



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

## **DIE HAFTUNG VON VORSTANDSMITGLIEDERN UND GESCHÄFTSFÜHRERN -**

Österreich und Kanada im Vergleich

Verfasserin

Mag. iur. Patricia Pokorny

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt.  
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin: o.Univ. Prof. Dr. Bea Verschraegen, LL.M., M.E.M.

## **Vorwort**

Mein Dank richtet sich an alle, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Allen voran möchte ich mich sehr herzlich bei Frau *o.Univ.-Prof. Dr. Bea Verschraegen, LL.M., M.E.M.* bedanken, die mich maßgeblich im Laufe meines Dissertationsvorhabens unterstützt hat. Die Diskussionen mit ihr sowie ihre kritischen Anmerkungen, als auch die Gewährung großzügiger akademischer Freiheit, waren für mich bei der Bearbeitung meiner Dissertation besonders wichtig. Ohne Frau *Prof. Dr. Bea Verschraegen* wäre eine Behandlung des Themas in dieser Form sicherlich nicht möglich gewesen.

Herrn *Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer* und Herrn *Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler*, welche die Beurteilung meiner Arbeit übernahmen, danke ich ebenfalls sehr herzlich für die tatkräftige Unterstützung. Weiters möchte ich mich auch sehr herzlich bei *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei der kanadischen Anwaltssozietät *Stikemann Elliott LLP* in Toronto bedanken, der mich bei der Bearbeitung des kanadischen Teils meiner Arbeit sowie während meines dreimonatigen Forschungsaufenthalts in Kanada maßgeblich unterstützt hat.

Besonderer Dank gebührt auch meinen Eltern, die mich stets unterstützt und auf meinem Weg bestärkt haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Wien, Mai 2012

Mag. Patricia Pokorny

## Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b>	<b>I</b>
<b>Inhaltsübersicht / -verzeichnis</b>	<b>II</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>IX</b>
<b><u>1 EINLEITUNG</u></b> .....	<b>1</b>
<b>1.1 PROBLEMSTELLUNG UND PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER VORSTANDS- UND GESCHÄFTSFÜHRERHAFTUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>1.2 GANG DER UNTERSUCHUNG</b> .....	<b>3</b>
<b>1.3 PERSÖNLICHE MOTIVATION</b> .....	<b>4</b>
<b><u>2 RECHTSVERGLEICHUNG</u></b> .....	<b>6</b>
<b>2.1 EINLEITUNG</b> .....	<b>6</b>
<b>2.2 FUNKTIONEN DER RECHTSVERGLEICHUNG</b> .....	<b>9</b>
<b>2.3 DIE METHODEN DER RECHTSVERGLEICHUNG</b> .....	<b>11</b>
<b><u>3 RECHTSSYSTEME IM VERGLEICH</u></b> .....	<b>22</b>
<b>3.1 EINLEITUNG</b> .....	<b>22</b>
<b>3.2 ÖSTERREICH</b> .....	<b>23</b>
<b>3.3 KANADA</b> .....	<b>27</b>
<b>3.4 RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE</b> .....	<b>35</b>
<b><u>4 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE ASPEKTE</u></b> .....	<b>37</b>
<b>4.1 EINLEITUNG</b> .....	<b>37</b>
<b>4.2 ÖSTERREICH - ORGANISATIONSSTRUKTUR DER KAPITALGESELLSCHAFTEN: DAS DUALISTISCHE SYSTEM</b> .....	<b>37</b>
<b>4.2.1 ORGANSTRUKTUR DER AG UND GMBH</b> .....	<b>38</b>
<b>4.2.2 AG</b> .....	<b>42</b>
<b>4.2.3 GMBH</b> .....	<b>56</b>
<b>4.2.4 CORPORATE GOVERNANCE KODEX</b> .....	<b>68</b>
<b>4.3 KANADA - ORGANISATIONSSTRUKTUR DER KAPITALGESELLSCHAFTEN: DAS MONISTISCHE SYSTEM</b> .....	<b>70</b>
<b>4.3.1 KANADA</b> .....	<b>72</b>
<b>4.3.2 ORGANSTRUKTUR IN KANADA</b> .....	<b>74</b>
<b>4.3.3 CORPORATION</b> .....	<b>77</b>
<b>4.3.4 PFLICHTORGANE DER CORPORATION</b> .....	<b>78</b>

4.3.5	BUSINESS JUDGEMENT RULE UND DEREN BEDEUTUNG FÜR DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT .....	92
<b>4.4</b>	<b>RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE.....</b>	<b>104</b>
<b>5</b>	<b><u>HAFTUNG .....</u></b>	<b><u>110</u></b>
<b>5.1</b>	<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>110</b>
<b>5.2</b>	<b>ÖSTERREICH .....</b>	<b>111</b>
5.2.1	INNENHAFTUNG UND AUßENHAFTUNG .....	112
5.2.1.1	Innenhaftung .....	113
5.2.1.2	Außenhaftung.....	121
5.2.1.3	Verwaltungsstrafrechtliche Haftung .....	129
5.2.1.4	Strafrechtliche Haftung .....	129
5.2.1.5	Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sowie der Haftungsvermeidung .....	133
<b>5.3</b>	<b>KANADA .....</b>	<b>136</b>
5.3.1	DELIKTSKATEGORIEN .....	140
5.3.2	DIRECT UND INDIRECT LIABILITY.....	142
5.3.2.1	Direct Liability.....	143
5.3.2.2	Indirect Liability .....	144
5.3.2.3	Anspruchsgrundlagen und Rechtsbehelfe.....	148
5.3.2.4	Beweislast.....	161
5.3.2.5	Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sowie der Haftungsvermeidung .....	161
<b>5.4</b>	<b>D&amp;O-VERSICHERUNG.....</b>	<b>163</b>
5.4.1	VERSICHERUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN UND GESELLSCHAFTSRECHTLICHE BEDEUTUNG DER D&O-VERSICHERUNG IN ÖSTERREICH.....	166
<b>5.5</b>	<b>HÖCHSTGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN ZUR VORSTANDS- BZW GESCHÄFTSFÜHRER-HAFTUNG SOWIE ZUR DIRECTORS LIABILITY.....</b>	<b>172</b>
5.5.1	ÖSTERREICH.....	172
5.5.2	KANADA.....	182
<b>5.6</b>	<b>RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE.....</b>	<b>192</b>
<b>6</b>	<b><u>HAFTUNG IN INSOLVENZFÄLLEN .....</u></b>	<b><u>205</u></b>
<b>6.1</b>	<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>205</b>
<b>6.2</b>	<b>ÖSTERREICH .....</b>	<b>208</b>
6.2.1	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN .....	209
6.2.2	ORGANSCHAFTSRECHTLICHE PFLICHTEN UND HAFTUNGSRECHTLICHE VERANTWORTUNG DES VORSTANDS BZW DES GESCHÄFTSFÜHRERS .....	211
6.2.3	HAFTUNG DES VORSTANDS BZW GESCHÄFTSFÜHRERS.....	219
6.2.4	AUSSCHLUSS BZW MINDERUNG DES HAFTUNGSRISIKOS .....	224
<b>6.3</b>	<b>KANADA .....</b>	<b>225</b>
6.3.1	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN .....	226
6.3.2	PFLICHTEN DES DIRECTORS SOWIE KLAGEGRÜNDE .....	229
6.3.3	HAFTUNG DES DIRECTORS .....	231
6.3.4	AUSSCHLUSS BZW MINDERUNG DES HAFTUNGSRISIKOS .....	234
<b>6.4</b>	<b>RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE.....</b>	<b>237</b>
<b>7</b>	<b><u>FUNKTIONALE RECHTSVERGLEICHUNG .....</u></b>	<b><u>240</u></b>
<b>7.1</b>	<b>ÖSTERREICH: „CAUSA BAWAG“ .....</b>	<b>241</b>
<b>7.2</b>	<b>KANADA: PEOPLES DEPARTMENT STORES INC. (TRUSTEE OF) V. WISE (PEOPLES).....</b>	<b>247</b>

<b>8</b>	<b><u>ZUSAMMENFASSUNG</u></b> .....	<b>250</b>
<b>8.1</b>	<b>HAFTUNGSPROBLEMATIK</b> .....	<b>251</b>
<b>8.2</b>	<b>ABSICHERUNGS- SOWIE VERSICHERUNGSMÖGLICHKEITEN: D&amp;O-VERSICHERUNG</b> ....	<b>264</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>i</b>
	<b>Abbildungsverzeichnis</b>	<b>xiii</b>
	<b>Abstract</b>	<b>xiv</b>
	<b>Abstract - English</b>	<b>xvii</b>
	<b>Curriculum Vitae</b>	<b>xx</b>

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Vorwort</b>	<b>I</b>
<b>Inhaltsübersicht / -verzeichnis</b>	<b>II</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>IX</b>
<b><u>1 EINLEITUNG</u></b> .....	<b>1</b>
<b>1.1 PROBLEMSTELLUNG UND PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER VORSTANDS- UND GESCHÄFTSFÜHRERHAFTUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>1.2 GANG DER UNTERSUCHUNG</b> .....	<b>3</b>
<b>1.3 PERSÖNLICHE MOTIVATION</b> .....	<b>4</b>
<b><u>2 RECHTSVERGLEICHUNG</u></b> .....	<b>6</b>
<b>2.1 EINLEITUNG</b> .....	<b>6</b>
<b>2.2 FUNKTIONEN DER RECHTSVERGLEICHUNG</b> .....	<b>9</b>
<b>2.3 DIE METHODEN DER RECHTSVERGLEICHUNG</b> .....	<b>11</b>
2.3.1 EINLEITUNG .....	11
2.3.2 FUNKTIONALISMUS .....	12
2.3.3 CRITICAL LEGAL STUDIES .....	15
2.3.3.1 Günther Frankenbergs Ansicht .....	16
2.3.3.2 Duncan Kennedys Ansicht.....	18
2.3.4 BRÜCKENSCHLAG ZUM FUNKTIONALISMUS – PIERRE LEGRAND .....	19
2.3.5 SPRACHE ALS BARRIERE .....	20
<b><u>3 RECHTSSYSTEME IM VERGLEICH</u></b> .....	<b>22</b>
<b>3.1 EINLEITUNG</b> .....	<b>22</b>
<b>3.2 ÖSTERREICH</b> .....	<b>23</b>
3.2.1 VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN .....	24
3.2.2 POSITIVES RECHT.....	24
3.2.3 GESELLSCHAFTSRECHT .....	25
3.2.4 ZIVILRECHT.....	27
<b>3.3 KANADA</b> .....	<b>27</b>
3.3.1 GERICHTSSYSTEM .....	28
3.3.2 RECHTSSYSTEM KANADAS .....	30
3.3.3 VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN .....	32
3.3.4 COMMON LAW .....	32
3.3.5 GESELLSCHAFTSRECHT .....	33
<b>3.4 RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE</b> .....	<b>35</b>
<b><u>4 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE ASPEKTE</u></b> .....	<b>37</b>
<b>4.1 EINLEITUNG</b> .....	<b>37</b>
<b>4.2 ÖSTERREICH - ORGANISATIONSSTRUKTUR DER KAPITALGESELLSCHAFTEN: DAS DUALISTISCHE SYSTEM</b> .....	<b>37</b>

4.2.1	ORGANSTRUKTUR DER AG UND GMBH.....	38
4.2.2	AG.....	42
4.2.2.1	Vorstand der AG.....	43
4.2.2.1.1	Stellung des Vorstands.....	43
4.2.2.1.2	Bestellung, Abberufung und Rücktritt des Vorstands .....	45
4.2.2.1.3	Aufgaben und Pflichten des Vorstands.....	46
4.2.2.1.3.1	Sorgfaltspflicht des Vorstands .....	50
4.2.2.1.3.2	Treupflicht des Vorstands.....	53
4.2.2.1.3.3	Sonstige Vorstandspflichten .....	55
4.2.3	GMBH.....	56
4.2.3.1	Geschäftsführer der GmbH .....	57
4.2.3.1.1	Die Stellung des Geschäftsführers .....	57
4.2.3.1.2	Bestellung, Abberufung und Rücktritt des Geschäftsführers.....	61
4.2.3.1.3	Aufgaben und Pflichten des Geschäftsführers .....	63
4.2.3.2	Aufsichtsrat der AG bzw GmbH.....	64
4.2.3.2.1	Stellung des Aufsichtsrats.....	65
4.2.3.2.2	Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats .....	66
4.2.3.3	Hauptversammlung der AG .....	67
4.2.3.4	Generalversammlung der GmbH .....	67
4.2.4	CORPORATE GOVERNANCE KODEX .....	68
<b>4.3</b>	<b>KANADA - ORGANISATIONSSTRUKTUR DER KAPITALGESELLSCHAFTEN: DAS MONISTISCHE SYSTEM.....</b>	<b>70</b>
4.3.1	KANADA.....	72
4.3.2	ORGANSTRUKTUR IN KANADA .....	74
4.3.3	CORPORATION.....	77
4.3.4	PFLICHTORGANE DER CORPORATION .....	78
4.3.4.1	Director der corporation.....	79
4.3.4.1.1	Stellung des directors.....	79
4.3.4.1.2	Bestellung, Abberufung und Rücktritt des directors.....	82
4.3.4.1.3	Aufgaben und Pflichten des directors .....	83
4.3.4.2	Officer.....	89
4.3.4.2.1	Stellung des officers und seine Aufgaben und Pflichten .....	89
4.3.4.3	Managing director.....	90
4.3.4.4	Secretary .....	90
4.3.4.4.1	Aufgaben und Pflichten des secretary.....	91
4.3.4.5	Treasurer und Secretary-Treasurer .....	92
4.3.5	BUSINESS JUDGEMENT RULE UND DEREN BEDEUTUNG FÜR DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT .....	92
4.3.5.1	Fünf Tatbestandsmerkmale der BJR.....	94
4.3.5.2	Unternehmerisches Ermessen .....	96
4.3.5.3	Rechtslage in Österreich und Deutschland .....	97
4.3.5.4	Vor- und Nachteile des Positivierens der BJR für Österreich.....	100
<b>4.4</b>	<b>RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE.....</b>	<b>104</b>
<b>5</b>	<b><u>HAFTUNG .....</u></b>	<b><u>110</u></b>
<b>5.1</b>	<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>110</b>
<b>5.2</b>	<b>ÖSTERREICH.....</b>	<b>111</b>
5.2.1	INNENHAFTUNG UND AUßENHAFTUNG .....	112
5.2.1.1	Innenhaftung .....	113
5.2.1.1.1	Schaden.....	115
5.2.1.1.2	Kausalität und Adäquanz .....	116
5.2.1.1.3	Rechtswidrigkeit .....	117

5.2.1.1.4	Verschulden .....	118
5.2.1.1.5	Beweislastverteilung.....	119
5.2.1.1.6	Sondertatbestand des § 84 Abs 5 AktG - Haftung gegenüber Gesellschaftgläubigern	120
5.2.1.2	Außenhaftung.....	121
5.2.1.2.1	Haftung wegen Schutzgesetzverletzung - § 1311 ABGB .....	122
5.2.1.2.2	§ 255 Abs 1 AktG und § 122 Abs 1 GmbHG .....	124
5.2.1.2.3	§ 69 IO und § 159 StGB .....	125
5.2.1.2.4	Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung - § 1295 Abs 2 ABGB.....	125
5.2.1.2.5	Haftung wegen Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses .....	125
5.2.1.2.6	Außenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen .....	127
5.2.1.3	Verwaltungsstrafrechtliche Haftung .....	129
5.2.1.4	Strafrechtliche Haftung.....	129
5.2.1.5	Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sowie der Haftungsvermeidung .....	133
<b>5.3</b>	<b>KANADA .....</b>	<b>136</b>
5.3.1	DELIKTSKATEGORIEN .....	140
5.3.1.1	Absolute Liability Offences.....	141
5.3.1.2	Strict Liability Offences.....	141
5.3.1.3	Offences required proof of fault .....	142
5.3.2	DIRECT UND INDIRECT LIABILITY.....	142
5.3.2.1	Direct Liability .....	143
5.3.2.2	Indirect Liability .....	144
5.3.2.2.1	Indirekte Haftung nach den Bestimmungen des Criminal Code of Canada .....	144
5.3.2.2.2	Indirekte Haftung nach den allgemeinen gesetzlichen Ausführungsbestimmungen ...	147
5.3.2.3	Anspruchsgrundlagen und Rechtsbehelfe.....	148
5.3.2.3.1	Derivative suit gemäß § 239 des CBCA .....	155
5.3.2.3.2	Oppression remedy gemäß § 241 des CBCA.....	157
5.3.2.4	Beweislast.....	161
5.3.2.5	Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sowie der Haftungsvermeidung .....	161
<b>5.4</b>	<b>D&amp;O-VERSICHERUNG.....</b>	<b>163</b>
5.4.1	VERSICHERUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN UND GESELLSCHAFTSRECHTLICHE BEDEUTUNG DER D&O-VERSICHERUNG IN ÖSTERREICH.....	166
<b>5.5</b>	<b>HÖCHSTGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN ZUR VORSTANDS- BZW GESCHÄFTSFÜHRER-HAFTUNG SOWIE ZUR DIRECTORS LIABILITY.....</b>	<b>172</b>
5.5.1	ÖSTERREICH.....	172
5.5.2	KANADA.....	182
<b>5.6</b>	<b>RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE.....</b>	<b>192</b>
<b>6</b>	<b><u>HAFTUNG IN INSOLVENZFÄLLEN .....</u></b>	<b><u>205</u></b>
<b>6.1</b>	<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>205</b>
<b>6.2</b>	<b>ÖSTERREICH.....</b>	<b>208</b>
6.2.1	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN .....	209
6.2.1.1	Insolvenzordnung.....	209
6.2.1.2	Unternehmensreorganisationsgesetz (URG).....	209
6.2.2	ORGANSCHAFTSRECHTLICHE PFLICHTEN UND HAFTUNGSRECHTLICHE VERANTWORTUNG DES VORSTANDS BZW DES GESCHÄFTSFÜHRERS .....	211
6.2.2.1	Sorgfaltspflicht.....	211
6.2.2.2	Pflicht zur Insolvenzprophylaxe .....	212
6.2.2.3	Insolvenzprüfungspflicht .....	213
6.2.2.4	§ 69 IO – Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages .....	214
6.2.2.5	Exkurs: Zahlungssperre ab Kenntnis der Insolvenz.....	219
6.2.3	HAFTUNG DES VORSTANDS BZW GESCHÄFTSFÜHRERS.....	219
6.2.3.1	§ 69 Abs 2 IO – Haftung wegen Insolvenzverschleppung.....	220

6.2.3.2	§ 22 URG – Haftung der Leitungsorgane wegen Unterlassung der Antragsstellung .....	222
6.2.4	AUSSCHLUSS BZW MINDERUNG DES HAFTUNGSRISIKOS .....	224
<b>6.3</b>	<b>KANADA .....</b>	<b>225</b>
6.3.1	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN .....	226
6.3.1.1	Bankruptcy and Insolvency Act.....	226
6.3.1.2	Companies' Creditors Arrangement Act.....	228
6.3.1.3	Winding-up and Restructuring Act.....	229
6.3.2	PFLICHTEN DES DIRECTORS SOWIE KLAGEGRÜNDE .....	229
6.3.3	HAFTUNG DES DIRECTORS .....	231
6.3.4	AUSSCHLUSS BZW MINDERUNG DES HAFTUNGSRISIKOS .....	234
<b>6.4</b>	<b>RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE.....</b>	<b>237</b>
<b>7</b>	<b><u>FUNKTIONALE RECHTSVERGLEICHUNG .....</u></b>	<b><u>240</u></b>
7.1	ÖSTERREICH: „CAUSA BAWAG“ .....	241
7.2	KANADA: PEOPLES DEPARTMENT STORES INC. (TRUSTEE OF) V. WISE (PEOPLES).....	247
<b>8</b>	<b><u>ZUSAMMENFASSUNG .....</u></b>	<b><u>250</u></b>
8.1	HAFTUNGSPROBLEMATIK.....	251
8.2	ABSICHERUNGS- SOWIE VERSICHERUNGSMÖGLICHKEITEN: D&O-VERSICHERUNG....	264
<b>Literaturverzeichnis</b>		<b>i</b>
<b>Abbildungsverzeichnis</b>		<b>xiii</b>
<b>Abstract</b>		<b>xiv</b>
<b>Abstract - English</b>		<b>xvii</b>
<b>Curriculum Vitae</b>		<b>xx</b>

## Abkürzungsverzeichnis<sup>1</sup>

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung (alt)
AR	Aufsichtsrat
ARaktuell	Aufsichtsrat aktuell
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
BAWAG	Bank für Arbeit und Wirtschaft
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIA	Bankruptcy and Insolvency Act
BJR	Business Judgement Rule
BWG	Bankwesengesetz
CAD	kanadischer Dollar
CBCA	Canada Business Corporations Act
CCAA	Companies' Creditors Arrangement Act
bzw	beziehungsweise
dAktG	deutsches Aktiengesetz
dh	das heißt
€	Euro
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera

---

<sup>1</sup> In Anlehnung an die allgemeinen österreichischen Zitierregeln nach *Friedl/Loebenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)<sup>6</sup> (2008).

EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in „Österreichische Juristen-Zeitung“
EVHGB	handelsrechtliche Einführungsverordnung
f	und der, die Folgende
ff	und der, die Folgenden
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FJ	Finanzjournal
FMA	Finanzmarktaufsicht
FS	Festschrift
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRÄG	Gesellschaftrecht-Änderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
HG	Handelsgericht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
HV	Hauptversammlung
idH	in der Höhe
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
IKS	internes Kontrollsystem
IO	Insolvenzordnung
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinn des,- der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
KMG	Kapitalmarktgesetz

KO	Konkursordnung (alt)
LG	Landesgericht
lit	litera
mE	meines Erachtens
Mio	Millionen
Mrd	Milliarden
NJW	(deutsche) neue juristische Wochenzeitschrift
NZ	Österreichische Notariatszeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OenB	Österreichische Nationalbank
ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung
P.S.K.	Österreichische Postsparkasse
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivil- und Justizverwaltungssachen
ua	unter anderem
ÜbG	Übernahmegesetz
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URÄG	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
Vgl	Vergleiche
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz
WURA	Winding-up and Restructuring Act
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
Z	Ziffer
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

## 1 EINLEITUNG

### 1.1 Problemstellung und praktische Bedeutung der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung

Vor allem in Wirtschaftskrisen wie unter anderem der letzten Finanz- und Wirtschaftskrise tritt die Thematik der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung verstärkt in den Vordergrund, da gerade in Verlust- und Insolvenzfällen ein besonderes Bedürfnis besteht, die Frage der Verantwortlichkeit zu klären.

Im Fokus stehen hierbei vor allem **Vorstände** und **Geschäftsführer** als **zentrale Leitungsorgane** des österreichischen Gesellschaftsrechts, da diese faktisch die Funktion eines Unternehmers ausüben und gleichzeitig in eigener Verantwortung die Gesellschaft leiten. Beide Organtypen haben eine Vielzahl von Rechten und Pflichten, die sie ordnungsgemäß und gewissenhaft auszuüben haben.<sup>2</sup> Eine Verletzung dieser Pflichten kann somit eine Haftung begründen. Hierdurch sowie durch ihren Informationszugang und ihre Handlungsmöglichkeiten ergibt sich, dass Vorstände und Geschäftsführer vornehmlich bei Fehlentwicklungen der Gesellschaft mit Vorwürfen der Misswirtschaft in Zusammenhang mit ihrer Unternehmensführung konfrontiert werden.

Aus historischer Sicht ist es jedoch so, dass die **Organhaftung** in Österreich stets eine eher untergeordnete Rolle gespielt hat. In der Regel werden Ansprüche wegen eines Fehlverhaltens der Organe, welche seitens der Gesellschafter oder durch Dritte geltend gemacht werden, vielmehr von der Gesellschaft getragen. In Österreich gibt es demnach eine lange Tradition, nicht gegen die Organmitglieder vorzugehen.<sup>3</sup>

Zu beachten ist auch, dass Klagen bzw Prozesse gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft weniger häufiger erhoben bzw geführt werden als gegen Geschäftsführer einer GmbH. Als Grund hierfür wird vor allem die geringere Insolvenzanfälligkeit der AG im Vergleich zur GmbH angeführt.<sup>4</sup> Problematisch hierbei ist auch, dass Durchsetzungsverfahren für Ansprüche stets sehr langwierig sind und sich allfällige Prozesse in Österreich oftmals über mehrere Jahre erstrecken.

---

<sup>2</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, Der Vorstand der AG (2004) 4; *Temmel*, Der Aufsichtsrat: Ein Handbuch für die Praxis (2003) Vorwort.

<sup>3</sup> Vgl. *Kittel*, Die Haftung des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft (2004) 25f.

<sup>4</sup> Vgl. *Kittel*, Haftung 25.

Allerdings konnte man vor allem in den letzten - durch die oben angesprochene Wirtschaftskrise beeinträchtigten - Jahren eine stark gestiegene Zahl von überschuldeten und zahlungsunfähigen Unternehmen sowie an Insolvenzfällen in Österreich beobachten, wodurch die Haftungsproblematik stärker in den Vordergrund rückt. Verstärkt wird dieser Trend durch eine erhöhte Klagefreudigkeit, welche aus dem Bedürfnis der Gläubiger resultiert, sich schadlos zu halten. Für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte ist es daher unumgänglich mit ihrem Pflichtenkatalog vertraut zu sein, da die Haftung dieser Organe grundsätzlich als Haftung wegen einer Pflichtverletzung ausgestaltet ist. Zusätzlich steigt das Bedürfnis der Organmitglieder nach einer Absicherung gegen derartige Haftungsrisiken.

Auch im **kanadischen Rechtsbereich** sehen sich die *directors* einer starken persönlichen **Haftung** ausgesetzt. Dies ist vor allem auf das Fallrecht („*case law*“) sowie auf die einschlägigen Gesetze zurückzuführen. Im Gegensatz zu Österreich hat die persönliche Inanspruchnahme von Leitungsorganen in Kanada eine lange Tradition.<sup>5</sup> Dies ergibt sich unter anderem auch dadurch, dass Haftungsansprüche relativ einfach und kostengünstig durchgesetzt werden können. Im Zuge dessen wird es für die Organmitglieder auch in Kanada immer wichtiger sich gegen derartige Haftungsrisiken abzusichern.

Vor diesem Hintergrund gilt es in der vorliegenden Dissertation der **Forschungsfrage** nachzugehen, inwiefern die unterschiedlichen Rechtssysteme in Österreich und Kanada Auswirkungen auf die Haftung von Organmitgliedern, die Durchsetzung von Haftungsansprüchen sowie auf die Absicherung gegen solche Ansprüche haben und inwiefern diese Aspekte die Effektivität der Unternehmenssteuerung in einer Krisensituation aus rechtlicher Perspektive beeinträchtigen. Anhand von Systemvergleich und mittels deduktionistischer Nutzung relevanter Fallstudien wird gleichsam der Frage nachgegangen, welchen Einfluss die relevanten kanadischen Gesetzesbestimmungen sowie Rechtsinstrumente auf die österreichische Rechtslage haben bzw haben könnten. Der Schwerpunkt der Betrachtung wird hierbei einerseits auf die möglichen direkten Einflüsse kanadischer Rechtsbehelfe auf das österreichische Haftungssystem, sowie andererseits auf die möglichen indirekten Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage, bedingt durch die deutsche Positivierung der angloamerikanischen „*Business Judgement Rule*“ in § 93 dt. AktG, gelegt.

---

<sup>5</sup> Vgl. Richardson in Richardson (Hrsg.), *Directors' and Officers' Duties and Liabilities in Canada* (1997) 5f.

Auf dieser Grundlage werden in den folgenden Kapiteln die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des österreichischen und kanadischen Rechtssystems im Bereich der Haftung herausgearbeitet, um die eben angesprochenen Fragen beantworten zu können.

## 1.2 Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist primär dem **Fach der Rechtsvergleichung** zugeordnet, wobei auch die jeweiligen gesellschafts- und zivilrechtlichen Aspekte ausführlich behandelt werden.

Im Rahmen dieser Dissertation wird die Haftung von Vorständen und Geschäftsführern im Vergleich zwischen **Österreich und Kanada** näher beleuchtet. Vorangestellt sei, dass die Darstellung in Kanada dazu anhand einer nach Bundesrecht gegründeten und inkorporierten *federal corporation* erfolgt, auf welche die Bestimmungen des *Canada Business Corporations Act (CBCA)*, insbesondere auch in Zusammenhang mit der Haftung von Organmitgliedern kanadischer Kapitalgesellschaften anzuwenden sind. Anzumerken ist dazu auch, dass die einzelnen provinziellen *Business Corporations Acts* dem *CBCA* nachgebildet sind, sodass der *CBCA* diesbezüglich als „gesellschaftsrechtliches Mustergesetz“ angesehen werden kann. Gänzlich ausgeklammert wird im Rahmen dieser Arbeit die Provinz Quebec, welche aufgrund ihres *civil law* Kontexts aus der Systematik des angloamerikanischen Rechtssystems des *common law* herausfällt.<sup>6</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit wird nach einer Darstellung der Methoden der Rechtsvergleichung, unter besonderer Berücksichtigung des Funktionalismus, zunächst ein Überblick über die Grundstruktur des österreichischen und kanadischen Rechtssystems im Allgemeinen geboten. Thematische Abfolge der Dissertation ist sodann die Darstellung der Stellung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern österreichischer Kapitalgesellschaften bzw der *directors* kanadischer *corporations*. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt auf einer detaillierten Analyse der sich daraus ergebenden Haftungssituation für Leitungsorgane sowie der jeweiligen Haftungstatbestände. Im Zuge dieser Dissertation werden die jeweiligen Haftungsgründe in Österreich und Kanada näher dargestellt. Es geht dabei vor allem um die Möglichkeiten einer Geltendmachung derartiger Haftungsansprüche vor dem Hintergrund des in Österreich geltenden

---

<sup>6</sup> Ausnahme zu dem in Kanada vorwiegend maßgeblichen Rechtssystem des *common law* ist die französischsprachige Provinz Quebec, deren Rechtssystem auf dem *Civil Code* beruht, welcher konzeptuelle Ähnlichkeit mit dem zivilrechtlichen Gesetzbuch Frankreichs und dem anderer kontinentaleuropäischer Länder aufweist. In allen anderen Provinzen und Territorien Kanadas basiert die Rechtsprechung demgegenüber auf dem Rechtssystem des englischen *common law*.

kontinentaleuropäischen Rechtssystemen und dem in Kanada vorwiegend maßgeblichem *common law*. Ein eigenes Kapitel wird der Haftungssituation im Falle der Insolvenz der Gesellschaft gewidmet, wobei iZm der Haftungsthematik auch auf die Möglichkeiten einer versicherungsrechtlichen Abdeckung des Haftungsrisikos näher eingegangen wird.

Zusammenfassend soll durch den oben dargestellten systematischen Vergleich der grundlegenden Konzepte der Organhaftung in Österreich und Kanada, durch einen Vergleich der beiden Rechtssysteme an sich sowie durch eine rechtsvergleichende Analyse der Haftungssituation in Österreich und Kanada anhand von ausgewählten Fallbeispielen eine Beantwortung der gestellten Forschungsfragen ermöglicht werden.

### **1.3 Persönliche Motivation**

Im Zuge eines zweimonatigen Praktikums an der Außenhandelsstelle in Toronto, Kanada im Herbst 2009 (August-September 2009) hatte ich erstmals die Möglichkeit die Rechtssystematik des *common law* näher kennen zu lernen. Ich fasste daraufhin den Entschluss meine Dissertation über ein sowohl in Österreich als auch in Kanada hochaktuelles Thema zu schreiben.

Ausschlaggebend dafür war sicherlich, dass ich von Anfang an von der unterschiedlichen rechtlichen Zugangsweise im Vergleich zu der österreichischen Rechtslage fasziniert war. Im Zuge eines weiteren dreimonatigen Forschungsaufenthaltes in Toronto (Oktober bis Dezember 2010) hatte ich dabei die Möglichkeit „vor Ort“ zu forschen, sowie im Rahmen eines Volontariats bei der renommierten Wirtschaftsssozietät *Stikemann Elliott LLP* auch die Gelegenheit, Einblicke in diese Thematik aus Sicht einer kanadischen Großkanzlei zu gewinnen.

Bedanken möchte ich mich im Zuge dessen auch sehr herzlich bei Frau *o.Univ.-Prof. Dr. Bea Verschraegen, LL.M., M.E.M.*, die mich maßgeblich bei der Themensuche und der Verwirklichung der Forschungsarbeit vor Ort unterstützt hat. Ohne sie wäre eine Behandlung dieses Themas in dieser Form sicherlich nicht möglich gewesen.

Die gestellten Forschungsfragen sowie der Vergleich der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung zwischen österreichischer und kanadischer Rechtslage im Allgemeinen wurden in Österreich im Rahmen einer Dissertation noch keiner abschließenden wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen. In der vorliegenden Dissertationsarbeit soll diese Lücke durch Beantwortung der Forschungsfragen und durch

## Die Haftung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern - Österreich und Kanada im Vergleich

---

den einhergehenden ausführlichen Rechtsvergleich geschlossen werden.

## 2 RECHTSVERGLEICHUNG

### 2.1 Einleitung

Jede rechtswissenschaftliche Arbeit, die das Recht verschiedener Länder einbezieht, muss sich über die Herausforderungen im Klaren sein, welche die Rechtsvergleichung mit sich bringt.

Festzuhalten ist hierbei, dass der Nutzen sowie die Existenz Rechtsvergleichung als Wissenschaft über Jahre teilweise grundsätzlich hinterfragt wurde.<sup>7</sup> Vor allem in der US-amerikanischen Diskussion wurde die Disziplin der Rechtsvergleichung in Frage gestellt. Dort wurde der Begriff des *comparative law* dahingehend ausgelegt, dass es sich um eine eigene Disziplin mit eigenen Methoden handelt. Andere wiederum idealisierten Rechtsvergleichung als „*the very science of this millenium*“.<sup>8</sup> Die Diskussion über die Natur der Rechtsvergleichung ist jedoch müßig und in der Praxis auch bereits entschieden. Rechtsvergleichung wird betrieben und es gibt kaum mehr größere wissenschaftliche Abhandlungen, die gänzlich ohne einen rechtsvergleichenden Teil auskommen.<sup>9</sup>

Öfters behandelt wird hingegen die Frage nach den **Methoden der Rechtsvergleichung**.<sup>10</sup> Es wird dabei hinterfragt, inwieweit eine bestimmte Methode zusätzlichen Erkenntnisgewinn bringt. Als herrschende Methode wird in diesem Zusammenhang der Funktionalismus angesehen, der davon ausgeht, dass jede Ausgangsfrage einer rechtsvergleichenden Arbeit rein funktional gestellt werden muss, dh das untersuchte Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden muss. Als zweite wichtige Strömung sei an dieser Stelle auch die Methode der *Critical Legal Studies* (kurz *CLS*) erwähnt, welche sich als kritische Rechtswissenschaften formiert haben und dem Funktionalismus beispielsweise vorwerfen soziale, kulturelle und funktionelle Blickwinkel nicht ausreichend zu berücksichtigen. Es ist daher wesentlich, auf die Kritik

---

<sup>7</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996) 13 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Husa*, Melodies on Comparative Law: A Review Essay, *Nordic Journal of International Law* Vol. 74 (2005) 161 (161).

<sup>9</sup> An dieser Stelle sei darauf verwiesen, dass die Werke *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung aus dem Jahr 1996 sowie *Constantinesco*, Rechtsvergleichung Band I aus dem Jahr 1971, als „Standardwerke“ der Rechtsvergleichung für den deutschsprachigen Raum anzusehen sind. Die Ideen und Grundprinzipien, welche sich in diesen Werken finden, sind auch weiterhin gültig und von grundlegender Bedeutung für die Rechtsvergleichung. Für den deutschsprachigen Raum sind keine aktuelleren Werke vorhanden. Ergänzend wird auf die Ausführungen und Literaturstellen des amerikanischen Rechts eingegangen.

<sup>10</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 31ff.

an den Methoden der Rechtsvergleichung ausführlich einzugehen, wobei grundsätzlich die Frage im Vordergrund stehen sollte, warum Rechtsvergleichung als juristisches Gebiet lohnend ist und welche Chancen sie bietet.

Bei der Rechtsvergleichung an sich handelt es sich um ein **Teilgebiet der Rechtswissenschaften**, welches sich mit dem **Vergleich unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen** sowie der vergleichenden Gegenüberstellung **einzelner Rechtsfragen** beschäftigt<sup>11</sup> (vergleiche dazu die Abgrenzung zum IPR, das als Teil des nationalen Rechts festlegt, welches (materielle) Privatrecht inländische Behörden und Gerichte auf einen Sachverhalt mit Auslandsbezug anzuwenden haben).<sup>12</sup>

Bei der Rechtsvergleichung werden zwei oder mehrere Rechtsordnungen miteinander in Beziehung gesetzt, sei dies entweder durch den Vergleich ihrer materiellrechtlichen Regeln, in Bezug auf die Entstehung der Gesetzesordnungen oder durch selektive Erklärung und Bewertung der vorgefundenen Lösungen. Ziel ist dabei stets die Feststellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Rechtsordnungen, sowie das Erkennen der dafür ausschlaggebenden Ursachen und Auswirkungen.<sup>13</sup> Nach hL versteht man somit unter der Rechtsvergleichung eine Methode mit der mehrere Rechtsordnungen einander gegenübergestellt werden, um zu untersuchen, inwieweit sich ähnliche Fragen in der einen und der anderen Rechtsordnung ergeben, wie diese beantwortet werden und wie sich die jeweiligen Antworten zueinander verhalten.<sup>14</sup>

Die Rechtsvergleichung ist von anderen Gebieten der Rechtswissenschaften, die sich ebenfalls mit ausländischem Recht beschäftigen, wie dem Internationalen Privatrecht, dem Völkerrecht, der Rechtsethnologie sowie der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie abzugrenzen.<sup>15</sup>

Als Kerngebiet der Rechtsvergleichung wird klassischerweise das Privatrecht angesehen.<sup>16</sup> Das öffentliche Recht war jedoch zuerst Gegenstand rechtsvergleichender Forschung. Dies lässt sich schon zu Zeiten Platons und Aristoteles belegen. Aristoteles und Platon

---

<sup>11</sup> Vgl. *Bucher*, *Komparatistik – Rechtsvergleichung und Geschichte*, *RabelsZ* Bd. 74 (2010) 251 (253); *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* 2.

<sup>12</sup> Vgl. *Verschraegen* in *Rummel*, *Kommentar zum ABGB*<sup>3</sup> Band II §§ 1175 - 1502 ABGB und Nebengesetze – IPRG und EVÜ (2004) vor § 1 Rz 1f.

<sup>13</sup> Vgl. *Bucher*, *RabelsZ* Bd. 74 (2010) 253.

<sup>14</sup> Vgl. *Jansen*, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in *Reimann/Zimmermann*, *Oxford Handbook of Comparative Law* (2006) 305 (306ff); *Constantinesco*, *Rechtsvergleichung* Band I (1971) 210.

<sup>15</sup> Vgl. *Constantinesco*, *Rechtsvergleichung* 215.

<sup>16</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* 3.

verglichen die verschiedenen Stadtstaaten (*Póleis*) und kritisierten diese anhand ihrer Vorstellungen. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass der Rechtsvergleichung damals wie heute ähnliche Absichten zugrunde lagen: In einem ersten Schritt hilft die Rechtsvergleichung der Erlangung von Grundkenntnis über die Rechtslage anderer Länder, wodurch ein Einfinden in andere Rechtsordnungen erheblich erleichtert wird. Ziel dabei ist der über bloßes Wissen um fremdes Recht hinausgehende Erkenntnisgewinn.<sup>17</sup> Die Rechtsvergleichung ermöglicht dabei das eigene Recht kritisch zu beurteilen, Vor- und Nachteile herauszuarbeiten sowie eine gewisse Distanz zur eigenen Rechtskultur zu schaffen.

Wenn man also unter der Rechtsvergleichung das Vergleichen und Gegenüberstellen verschiedener nationaler Rechtsordnungen zueinander versteht, wird in diesem Zusammenhang zwischen der Makro- und der Mikrovergleichung unterschieden.

Unter **Makrovergleichung**<sup>18</sup> versteht man das „Vergleichen im Großen“, dh die vergleichende Untersuchung der gebräuchlichsten Verfahrensweisen und Denkmethode sowie das Herausarbeiten von Gemeinsamkeiten, Unterschieden und Stilelementen der unterschiedlichen Rechtsordnungen anhand von rechtsgeschichtlichen Entwicklungen und Zusammenhängen. Gegenstand der Makrovergleichung ist daher die Gegenüberstellung der allgemeinen Methoden über den Umgang mit dem Rechtsstoff, die Streitschlichtungs- und Entscheidungsverfahren sowie die Arbeitsweise, die Aufgaben und die Funktionen der im Rechtsleben tätigen Personen. Es geht somit einerseits um das Gegenüberstellen der unterschiedlichen Arbeitsweisen von kulturell und national verschiedenen Juristen sowie um das Aufzeigen von unterschiedlichen Streitschlichtungs- und Entscheidungsverfahren. Beispiele hierfür sind die rechtsvergleichende Darstellung der Methoden der Gesetzesauslegung sowie der Gesetzgebungstechnik oder die jeweilige Bedeutung der Präjudizien in verschiedenen Ländern.

Im Bereich der **Mikrovergleichung** wird demgegenüber eine funktionale Rechtsvergleichung vorgenommen.<sup>19</sup> Gegenstand der Mikrovergleichung sind demnach einzelne Rechtsinstitute oder Rechtsprobleme sowie die Regelungen, über die Lösung von Interessenskonflikten in verschiedenen Rechtsordnungen. Es geht dabei vor allem um die

---

<sup>17</sup> Vgl. *Riles*, *Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information*, *Harvard International Law Journal* Vol. 40 (1999) 221 (239).

<sup>18</sup> Vgl. *Jansen*, *Comparative Knowledge* 306ff; *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* 4.

<sup>19</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* 4.

Frage nach den Gründen für eine bestimmte Ausgestaltung des Rechts sowie um die Frage nach den Gründen für dessen Funktionen. Beispiele hierfür sind die rechtsvergleichende Gegenüberstellung verschiedener Rechtsordnungen bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Warenhersteller für einen Schaden haftet, den der Konsument durch eine fehlerhafte Beschaffenheit der Ware erlitten hat oder bei der Frage, nach welchen Bestimmungen die Schadenabwicklung bei Straßenunfällen in verschiedenen Ländern erfolgt.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch, dass die Grenzen der Mikro- und Makrovergleichung oft fließend sind. Die Lösung eines bestimmten Einzelproblems in einer fremden Rechtsordnung, lässt sich oft nur dann nachvollziehen, wenn man das Verfahren mitberücksichtigt, in dem die entsprechenden Regeln in der Praxis durchgesetzt werden.

## 2.2 Funktionen der Rechtsvergleichung

Nach herrschender Ansicht ist die primäre Funktion der Rechtsvergleichung, als Lehre von der Erforschung verschiedener Methoden zur Lösung und Verhinderung sozialer Konflikte, die **Erkenntniserlangung**.<sup>20</sup> Als weitere Funktionen der Rechtsvergleichung werden, die nähere Auseinandersetzung mit den verschiedenen sozialen und kulturellen Einrichtungen der Welt unter gleichzeitigem Abbau nationaler Vorurteile sowie die Bedeutung der rechtsvergleichenden Forschung für die voranschreitende Rechtsreform der Entwicklungsländer genannt.

Eine praxisrelevante Funktion der Rechtsvergleichung liegt in der Kompetenz als Hilfsmittel für den nationalen Gesetzgeber zu fungieren.<sup>21</sup> Sobald ein Staat mit dem Zusammenbruch seines Rechtssystems und in weiterer Folge mit der Aufgabe einer umfassenden Neuordnung desselben konfrontiert wird, ist es wesentlich sich die Erfahrungen anderer Länder zunutze zu machen, um anhand rechtsvergleichender Überlegungen Lösungsmöglichkeiten herauszuarbeiten, die der eigenen Rechtstradition am ehesten entsprechen. Ein Beispiel hierfür ist die Neuordnung des Rechtssystems der osteuropäischen Staaten nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion.

---

<sup>20</sup> Vgl. Jansen, Comparative Knowledge 306ff; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung 14.

<sup>21</sup> Vgl. Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung 14f.

Eine weitere Einsatzmöglichkeit der Rechtsvergleichung liegt darin, sie für die **Auslegung nationaler Rechtsordnungen** nutzbar zu machen. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen mit Hilfe von rechtsvergleichenden Überlegungen Unklarheiten im nationalen Recht beseitigt und Lücken geschlossen wurden.<sup>22</sup> In dieser Konstellation kommt es zweckmäßigerweise zu einer parallelen Anwendung der Rechtsvergleichung neben den nationalen Interpretationsmethoden, was meist zu einer Bestätigung und Unterstützung des mit Hilfe der traditionellen Auslegungsmethoden eruierten Ergebnisses führt. Als weitere wichtige Funktion in diesem Zusammenhang sei die rechtsvergleichende Interpretation genannt, bei der ausländisches Recht, welches bei der Gestaltung des auslegungsbedürftigen nationalen Rechts schon herangezogen wurde, zum besseren Verständnis der jeweiligen Norm näher betrachtet wird.

Als zentrale Funktion der Rechtsvergleichung wird oftmals auch ihre Kompetenz zur **Rechtsvereinheitlichung** genannt.<sup>23</sup> Es geht darum, die Verschiedenheiten nationaler Rechtsordnungen durch Einigung auf übernationale Grundsätze zu beseitigen bzw zu verringern. Die Rechtsvergleichung ist also nötig, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede verschiedener Rechtssysteme herauszuarbeiten, sowie um eine Wertung vorzunehmen, welche von mehreren Lösungen die geeignetste für das jeweilige Problem ist. Als Beispiele an Übereinkommen und Rechtsakten, welche in den letzten Jahren zu einer Rechtsvereinheitlichung beigetragen haben, seien genannt: *Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* (kurz *HCCH*) deren Aufgabe darin besteht, an einer Vereinheitlichung der Regeln des Internationalen Privatrechts zu arbeiten. Im Rahmen dieser Konferenz wurden seit Anfang des vorigen Jahrhunderts zahlreiche Konventionen (Übereinkommen) beschlossen (zB Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005, Übereinkommen über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen vom 27. November 2007).<sup>24</sup> An vereinheitlichenden Rechtsakten der europäischen Union seien demgegenüber,

---

<sup>22</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 17.

<sup>23</sup> Vgl. *Zumbansen*, *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56 (2008) 769 (774ff); *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 23.

<sup>24</sup> Vgl. Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.listing](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing) (5.8.2011).

die Rom-I-Verordnung<sup>25</sup> für vertragliche Schuldverhältnisse sowie die Rom-II-Verordnung<sup>26</sup> für außervertragliche Schuldverhältnisse, angeführt.

## 2.3 Die Methoden der Rechtsvergleichung

### 2.3.1 Einleitung

Im Laufe der Zeit haben sich verschiedene Methoden der Rechtsvergleichung entwickelt.<sup>27</sup> Als wichtigste seien genannt:<sup>28</sup>

- *Encyclopedic Comparison*, dh die umfassende Rechtsvergleichung: Es handelt sich dabei um eine Methode, die versucht das Recht der gesamten Menschheit, aller Orte und aller Jahrhunderte bei der Rechtsvergleichung mit einzubeziehen;
- *Constructive Comparison*, dh die konstruktive oder aufbauende Rechtsvergleichung, deren Ideen von Aristoteles bis Montesquie zurückreichen;
- *Comparative Historical Reconstruction*, diese Methode versucht aus den Ursprüngen heraus die wichtigsten Prinzipien des Rechts herauszuarbeiten, um das „richtige Recht“ zu entdecken, welches die sozialen und kulturellen Bedürfnisse befriedigt;
- *Juxtaposition-plus*, diese Strömung wird grundsätzlich nicht als eigene Methode angesehen, sondern übernimmt ihre Ideen aus den anderen Methoden bzw arbeitet mit diesen weiter und kombiniert sie;
- *Functionalism*, der Funktionalismus wird als herrschende Methode in der Rechtsvergleichung angesehen und geht von einer neutralen Betrachtungsweise bei der Lösung rechtsvergleichend relevanter Frage aus.

Der **Funktionalismus** wird nach hA als methodisches Grundprinzip in der Rechtsvergleichung angesehen.<sup>29</sup> Aus ihm ergeben sich alle weiteren Methodenlehrsätze, wie beispielsweise die Wahl der zu vergleichenden Rechte oder die Weite der jeweiligen Untersuchung. Die Ausgangsfrage einer rechtsvergleichenden Untersuchung wird dabei

---

<sup>25</sup> Vgl. Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:DE:PDF> (5.8.2011).

<sup>26</sup> Vgl. Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:DE:PDF> (5.8.2011).

<sup>27</sup> Vgl. *Frankenberg*, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal* Vol. 26 (1985) 411 (426f.).

<sup>28</sup> Vgl. *Frankenberg*, *Harvard International Law Journal* Vol. 26 (1985) 427.

<sup>29</sup> Vgl. *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in *Reimann/Zimmermann*, *Oxford Handbook of Comparative Law* (2006) 339 (340ff); *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* 33.

immer rein funktional gestellt, dh das jeweilige zu erörternde Problem frei von den Systembegriffen des eigenen Rechtskreises formuliert. Es wird also versucht die rechtsvergleichende Frage von den eigenen nationalen juristisch-dogmatischen Vorurteilen radikal zu befreien sowie von den dogmatischen Befangenheiten des eigenen Systems zu reinigen.<sup>30</sup> Man bezeichnet dies auch als die „negative Seite“ des Funktionalitätsprinzips. Bei der „positiven Seite“ des Funktionalitätsprinzips geht es um die Frage, inwieweit man in eine fremde Rechtsordnung eindringen muss, um eine Entsprechung für die eigene nationale Problemlösung zu erhalten. Es wird in diesem Zusammenhang die Meinung vertreten, dass der Rechtsvergleichende sich stets bemühen muss, seine Allgemeinbildung in Bezug auf die Mutterordnungen der großen Rechtskreise ständig auf dem Laufenden zu halten sowie zu vertiefen.

Im Rahmen dieser Arbeit wird die Thematik der Organhaftung einem Rechtsvergleich zwischen Österreich und Kanada im Wege des Funktionalismus unterzogen. Im Sinne dieser herrschenden Methode, wird von einer neutralen Betrachtungsweise bei der Lösung der rechtsvergleichend und gesellschaftsrechtlich relevanten Fragen ausgegangen. Gleichzeitig wird aber auch versucht, die sozialen, kulturellen und ethischen Blickwinkel nicht außer Acht zu lassen, wie dies bei den *CLS* der Fall ist. Dies deshalb, da gerade bei so unterschiedlichen Rechtssystemen wie dem kontinentaleuropäischen Recht und dem *common law* der kulturelle Hintergrund und die sozialen Gegebenheiten eine entscheidende Rolle spielen.

### 2.3.2 Funktionalismus

Der Funktionalismus wird heutzutage als **Standardmethode der Rechtsvergleichung** angesehen, auch wenn er, vor allem in Amerika, erheblicher Kritik ausgesetzt ist.<sup>31</sup> Im Einzelnen ist zwar umstritten, was genau unter der funktionellen Methode zu verstehen ist, doch besteht Einhelligkeit darüber, dass zwischen bis zu sieben Arten des Funktionalismus unterschieden wird.

Es gibt demnach den:<sup>32</sup>

- *Finalism*, eine neo-aristotelische Art des Funktionalismus, basierend auf der Annahme, dass eine erläuternde angeborene Teleologie vorhanden ist;

---

<sup>30</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 34.

<sup>31</sup> Vgl. *Frankenberg*, Harvard International Law Journal Vol. 26 (1985) 428; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 33.

<sup>32</sup> Vgl. *Michaels*, Functional Method 344 f.

- *Adaptionism*, eine Art des Funktionalismus, die in Anlehnung an Darwins Grundsätze entwickelt wurde;
- *Classic Functionalism*, bei dieser Art des Funktionalismus geht es darum, Einrichtungen und Institutionen über ihre Nützlichkeit für die Gesellschaft zu beschreiben;
- *Instrumentalism*, ist eine Variante des Funktionalismus, die Recht zur sozialen (Weiter-) Entwicklung heranzieht;
- *Refined Functionalism*, dh „Verfeinerter“ Funktionalismus, ersetzt die bisherigen Annahmen des klassischen Funktionalismus durch empirisch nachprüfbare Hypothesen;
- *Epistemological Functionalism*, dh erkenntnistheoretischer Funktionalismus, stellt auf die jeweiligen funktionalen Beziehungen ab;
- *Equivalence Functionalism*, dh gleichstellender Funktionalismus, verfolgt ein ähnliches Konzept wie der erkenntnistheoretische Funktionalismus, hebt jedoch die nicht-teleologischen und nicht-kausalen Aspekte der funktionellen Beziehungen stärker hervor.

In Zusammenhang mit dieser Arbeit soll unter Funktionalismus Folgendes verstanden werden:

Es geht um die Formulierung eines Rechtsproblems zunächst ohne Rückgriff auf die eigenen Rechtsbegriffe und die eigene Dogmatik, um dann diese „**Ausgangsfrage**“ einem fremden Rechtssystem zu stellen.<sup>33</sup> Intention dieser Methode ist es, das Pendant nicht über ähnliche Begriffe, sondern über ähnliche Aufgaben von Normen zu suchen. Diese Funktionen bzw Aufgaben von Normen bilden das *tertium comparationis*, dh den vorgegebenen Maßstab, anhand derer die rechtlichen Lösungen in den verschiedenen Ländern gemessen werden können.<sup>34</sup> Bei dieser Vorgangsweise sollen die Rechtsvorschriften sowie das Fallrecht des ausländischen Rechts seinem Sinn und Zweck nach erfasst und in seiner Bedeutung vom seinem Standpunkt aus beurteilt und gewürdigt werden, um es dann anschließend mit den Einrichtungen der eigenen Rechtsordnung vergleichen zu können. Hauptaugenmerk dieser Methode liegt somit weniger auf den gegebenen Normen als vielmehr auf deren Wirkung. Festgestellt wird dazu, dass

---

<sup>33</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 34.

<sup>34</sup> Vgl. *Zumbansen*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 56 (2008) 774f; *Michaels*, *Functional Method* 367.

unterschiedliche Normen in ihren Wirkungen oftmals konvergieren und zu gleichen Rechtsfolgen führen. *Michaels* spricht in diesem Zusammenhang auch davon, „*to build a system, determining the better law, unifying law*“ und von der „*critique of legal orders*“. <sup>35</sup>

Ziel und Aufgabe des Funktionalismus ist es also, rechtliche Probleme abstrakt darzustellen, um dann die Lösungen des Problems in verschiedenen Rechtsordnungen miteinander vergleichen zu können. Neu an dieser Methode war die Vorgangsweise, ein tatsächliches Problem zum Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung zu machen und zu versuchen, dieses ohne Bezugnahme auf das eigene Recht zu formulieren. Es wurde dabei davon ausgegangen, dass in jeder Rechtskultur ähnliche Probleme bestehen, diese aber verschieden gelöst werden.

Der Funktionalismus wendet sich vom Gesetzestext weg, hin zum Zweck eines Rechtsinstituts. Die Annahme, dass Probleme in ähnlicher Form in verschiedenen Rechtsordnungen auftreten, wird als *praesumptio similitudinis*, dh als Vermutung der Ähnlichkeit bezeichnet. <sup>36</sup> Es werden zwei Bedeutungen dieser Aussage unterschieden: Einerseits die Vermutung, dass die Probleme, die sich in den verschiedenen Rechtsordnungen stellen, ähnlich sind. *Konrad Zweigert* und *Heinz Kötz* formulieren dies in ihrem Buch „Einführung in die Rechtsvergleichung“ dahingehend, „[...] *dass zwar jede Gesellschaft ihrem Recht im Wesentlichen die gleichen Probleme aufgibt, dass aber die verschiedenen Rechtsordnungen diese Probleme, selbst wenn am Ende die Ergebnisse gleich sind, auf sehr unterschiedliche Weise lösen.*“ <sup>37</sup>

Zentraler Bestandteil in Zusammenhang mit dem Funktionalismus ist demnach der Begriff der „**Ähnlichkeit**“. <sup>38</sup> Er stellt jedoch gleichzeitig den Hauptkritikpunkt an dieser rechtsvergleichenden Methode dar. Grundsätzlich dürfte Einigkeit über die Aussage bestehen, dass in jeder Gesellschaft, vor allem in westlichen Kulturen, ähnliche Rechtsprobleme bestehen. Als Beispiel sei genannt, dass in Demokratien der Übergang von Macht geregelt sein muss, es muss Vorschriften geben, wie Eigentum übertragen wird oder wie Verbraucher bei bestimmten Rechtsgeschäften geschützt werden können.

Es besteht jedoch noch eine weitere Bedeutung dieser **Ähnlichkeitsvermutung**, nämlich

---

<sup>35</sup> Vgl. *Michaels*, Functional Method 372ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Michaels*, Functional Method 369f.

<sup>37</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 33.

<sup>38</sup> Vgl. *Dannemann*, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, in *Reimann/Zimmermann*, Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 383 (384ff).

die Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösungen. Alle entwickelten Rechtsordnungen der Welt befriedigen demnach die „*Bedürfnisse des Rechtsverkehrs auf gleiche oder sehr ähnliche Weise*.“<sup>39</sup> Dieses Postulat wird auch zweimal in Zusammenhang mit der Rechtsvergleichung verwendet. Zu Anfang soll mit der Ähnlichkeitsvermutung im Hintergrund die fremde Rechtsordnung „durchsucht“ werden. Nach dem Rechtsvergleich soll die Ähnlichkeitsvermutung als Korrektiv dienen. Es wird gefragt, ob die gefundene Lösung mit der eigenen konform ist. In diesem Fall kann die Suche beendet werden. Ergeben sich jedoch Unterschiede oder Gegensätze, so sollte dies zum Anlass für eine erneute Prüfung genommen werden.<sup>40</sup> Diese Ansicht wird teilweise heftig kritisiert.

### 2.3.3 Critical Legal Studies

Die zweite wichtige rechtsvergleichende Strömung, die im Rahmen dieser Arbeit näher dargestellt wird, ist die Methode der *CLS*. Ausgangspunkt dieser Bewegung waren die Vereinigten Staaten von Amerika, in denen sich diese Methode in den 1970er Jahren etabliert hat.<sup>41</sup> Obwohl die Ursprünge dieser Methode wahrscheinlich bis in die 1960er Jahre zurück reichen, kristallisierte sich die Bewegung im eigentlichen Sinne erst 1977 bei einer Konferenz an der *University of Wisconsin-Madison* heraus. Viele *CLS*-Wissenschaftler traten in den 1960er und 70er Jahren in *law schools* ein und wandten dort die Ideen von *Karl Marx*, *Theodor Adorno* und anderen auf das Studium des Rechts an. Die Bewegung blühte in den 80er Jahren in den USA, ihr Einfluss begann jedoch in den frühen 1990er Jahren zurückzugehen.

Die *CLS* kritisieren ganz allgemein die Methoden und die Selbstdarstellung der Rechtswissenschaften an sich. Als einer ihrer wichtigsten Vertreter kritisiert *Günther Frankenberg* unter anderem auch den Funktionalismus auf das Heftigste und versucht seine Stellung, als die im deutschsprachigen Raum wichtigste rechtsvergleichende Methode, zu schwächen.

Weitere bekannte Vertreter dieser Bewegung sind *Duncan Kennedy*, *David Kennedy* (Harvard), *Roberto Unger* (Brasilien) und *Ugo Mattei* (Italien).<sup>42</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit werden nun die Ansätze zweier Vertreter näher dargestellt,

---

<sup>39</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 39.

<sup>40</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 39.

<sup>41</sup> Vgl. *Mattei*, Comparative Law and Critical Legal Studies, in *Reimann/Zimmermann*, Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 816 (816).

<sup>42</sup> Vgl. *The Advocate*, A Conversation with Duncan Kennedy, *The Suffolk University Law School Journal* Vol. 24 Nr. 2 (1994) 56 (56ff).

nämlich: Die Ansicht von *Günther Frankenberg* und die Ansicht von *Duncan Kennedy*.

Bei der Strömung nach *Frankenberg* geht es um die grundsätzliche Frage, warum Rechtsvergleichung betrieben wird, dh um die Erforschung der Motive der Rechtsvergleichung. *Frankenberg*, der an der *Harvard Law School* sehr angesehen war und der durch seinen Artikel, „*Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law*“ aus dem Jahre 1985<sup>43</sup> sehr bekannt wurde, anerkennt dabei, dass Rechtsvergleichung zwar an sich möglich ist, kritisiert jedoch die Ausführung in der Praxis.<sup>44</sup> *Frankenberg* attackiert dabei auch die traditionelle Methode des Funktionalismus von zwei Seiten:<sup>45</sup> Er bezeichnet den Funktionalismus als „ethnozentrisch“ und „legozentrisch“ und behauptet, dass die Rechtsvergleichung an einem „*Cinderella Complex*“ leide, dh an einem Ungleichgewicht zwischen der Auffassung der Bedeutung dieser Disziplin und ihrer Werte in der Theorie und der tatsächlichen Bedeutung in der Praxis.<sup>46</sup> Seine Kritik bezieht sich vor allem auf den Umfang rechtsvergleichender Studien, wobei Ausgangspunkt seiner **Kritik** der vom **Funktionalismus** verwendete Begriff der „Neutralität“ ist. *Frankenberg* versucht dabei die Unterschiede aufzuzeigen, zwischen der Theorie der Rechtsvergleichung mit ihren hohen Prinzipien und Zielen und der oft ganz anders aussehenden rechtvergleichenden Realität.

*Duncan Kennedy*, der zweite hier angesprochene Vertreter der *CLS*, vertritt die Ansicht, dass diese Strömung zwei wichtige Aspekte beinhaltet: Bei der Methode der *CLS* handelte es sich einerseits um eine wissenschaftliche (Literatur-) Strömung und andererseits um ein Netzwerk, dessen Mitglieder sich als Aktivisten und Wegbereiter der rechtswissenschaftlichen Weiterentwicklung im Rahmen der Politik sehen.

In weiterer Folge wird nun die Ansicht nach *Günther Frankenberg* sowie nach *Duncan Kennedy* behandelt.

### 2.3.3.1 Günther Frankenbergs Ansicht

*Günther Frankenberg* gilt als einer der wichtigsten Vertreter der *CLS* und sehr radikaler **Kritiker der Rechtsvergleichung** im Allgemeinen und des **Funktionalismus** im Speziellen.

Ausgangspunkt seiner Kritik ist, wie gesagt, der vom Funktionalismus verwendete Begriff

---

<sup>43</sup> Vgl. *Frankenberg*, *Harvard International Law Journal* Vol. 26 (1985) 411ff.

<sup>44</sup> Vgl. *Husa*, *RabelsZ* Bd. 67 (2003) 419 (436).

<sup>45</sup> Vgl. *Mattei*, *Critical Legal Studies* 818.

<sup>46</sup> Vgl. *Frankenberg*, *Harvard International Law Journal* Vol. 26 (1985) 416.

der „**Neutralität**“. *Frankenberg* vertritt die Auffassung, dass die jeweilige Ausgangsfrage niemals neutral, sondern stets nur aus einem bestimmten Rechtssystem heraus verstanden werden kann. Der Rechtsvergleichende stößt damit auf die Ausgangsfrage immer aus einer bestimmten Motivation heraus.<sup>47</sup> Es besteht insoweit ein Vorverständnis, dessen der Rechtsvergleichende bedarf, um mit der Rechtsvergleichung überhaupt beginnen zu können. Dieses kann grundsätzlich nicht weggedacht werden, man sollte sich dessen jedoch bewusst sein. Der *praesumptio similitudinis* wohnt nach *Frankenbergs* Ansicht, soweit sie sich auf die vermutete Ähnlichkeit der Lösungen eines Problems in verschiedenen Rechtssystemen bezieht, eine Neigung zu bereits Bekanntem inne. Es kommt dadurch oft dazu, dass sich bei verschiedenen Rechtsordnungen dieselbe Lösung des Problems ergibt. Auch *Konrad Zweigert* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass nur dann weitergesucht werden muss, wenn das Ergebnis von der Lösung in der Heimatsrechtsordnung abweicht.<sup>48</sup> Dies kann kaum als wissenschaftlich bezeichnet werden, da das gewünschte Ergebnis, nämlich die Ähnlichkeit der Lösung, von vornherein feststehen würde. Dadurch wird auch einem anderen Grundprinzip widersprochen, nämlich dass Forschung ergebnisoffen betrieben werden soll. Die Kritik des Funktionalismus richtet sich somit gegen die Annahme der Ähnlichkeit der verschiedenen Rechtsordnungen und spezieller der dort jeweils vorherrschenden gesellschaftsrechtlichen Probleme.<sup>49</sup> Rechtsordnungen sind nicht immer ähnlich und somit auch ihre gesellschaftsrechtlichen Probleme nicht. *Frankenberg* kritisiert, dass der Funktionalismus dazu führt bzw. beiträgt, dass oftmals nur ähnliche Rechtsordnungen miteinander verglichen werden, wobei es doch spannender wäre, unterschiedliche einander gegenüber zu stellen. So kommt es auch fast immer zu einer ähnlichen Lösung des Problems. *Frankenberg* nennt zwei Schlagworte, die seine Kritik näher beschreiben sollen: ***Distancing and Differencing***, dh die „Ferne“ iSe „Abstandhaltens“ und die „Differenzierung“.<sup>50</sup> Dies bedeutet, dass man vorgefertigte Meinungen iSe Vorurteils über die Lösung eines Rechtsproblems bei der Rechtsvergleichung ausblenden sowie seine subjektiven Erfahrungen nicht in den Vordergrund stellen sollte.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch immer die Frage, inwieweit der Rechtsvergleichende in die Gesellschaften eindringen muss, deren Recht er vergleicht. Soll

---

<sup>47</sup> Vgl. *Frankenberg*, Harvard International Law Journal Vol. 26 (1985) 436.

<sup>48</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 39.

<sup>49</sup> Vgl. *Husa*, *RabelsZ* Bd. 67 (2003) 437.

<sup>50</sup> Vgl. *Mattei*, *Critical Legal Studies* 824.

er sein Augenmerk eher auf Details in der Mikroebene oder auf die gesamte Rechtsordnung richten? Jede rechtsvergleichende Arbeit hat sich somit mit zwei Extremen auseinander zu setzen.

Es gilt zwischen bloß oberflächlicher Betrachtung und sehr weiter gesellschaftlicher Betrachtung einen Ausgleich zu finden. Über die Ablehnung der Extreme besteht weitgehend Einigkeit. Die isolierte Betrachtung von positivem Recht bringt kaum Nutzen. Einigkeit besteht auch darüber, dass Recht ein kulturelles Phänomen ist, welches nicht losgelöst von der Gesellschaft gesehen werden kann, da Normen erst durch deren Anwendung Bedeutung erhalten.<sup>51</sup>

Dies deckt sich auch mit einem weiteren Kritikpunkt der von *Frankenberg* angeführt wird, nämlich dass die Methode des Funktionalismus zu formal sei und dabei die jeweiligen sozialen, kulturellen und ethischen Blickwinkel zu wenig beachtet werden.

### 2.3.3.2 Duncan Kennedys Ansicht

*Duncan Kennedy*s Ideen in Bezug auf die Methode der *CLS* sind von *Freud* und *Nitsche*, aber auch von *Marx* geprägt. Anregungen erhielt er auch durch Diskussionen mit seinen Zeitgenossen und Kollegen, wie *Roberto Unger* und *Al Katz*.<sup>52</sup>

*Duncan Kennedy* kritisiert ganz allgemein die Methoden und die Selbstdarstellung der Rechtswissenschaften. Er sieht die Methode der *CLS* einerseits als eine wissenschaftliche (Literatur-)Strömung an und andererseits als ein Netzwerk, dessen Mitglieder Aktivisten und Wegbereiter einer rechtswissenschaftlichen Weiterentwicklung im Rahmen der Politik sind. *Duncan Kennedy* versucht dabei herauszuarbeiten, wie rechtliches Argumentieren und rechtliche Schlussfolgerungen, die zum Beispiel in Artikeln oder rechtlichen Stellungnahmen enthalten sind, den Spielraum von Richtern bei ihrer Entscheidung beeinflussen. Er geht davon aus, dass die Politik der Richter einen Einfluss auf das Recht hat, welches sich durch die richterlichen Entscheidungen weiterentwickelt. Dies wiederum hat einen Einfluss auf das gesamte rechtliche System.<sup>53</sup> Eng damit zusammen hängt auch die Ansicht, dass juristische Regeln und Institutionen mit der Erhaltung von Macht und Reichtum verbunden sind und daher die Armen und Unterdrückten, besonders die Frauen,

---

<sup>51</sup> Vgl. *Legrand*, European Legal Systems are not converging, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 52 (1996) 52 (58).

<sup>52</sup> Vgl. *The Advocate*, The Suffolk University Law School Journal Vol. 24 Nr. 2 (1994) 59.

<sup>53</sup> Vgl. *The Advocate*, The Suffolk University Law School Journal Vol. 24 Nr. 2 (1994) 57.

die Arbeiterklasse, Homosexuelle oder nicht-weiße Menschen benachteiligen.

### 2.3.4 Brückenschlag zum Funktionalismus – Pierre Legrand

In Zusammenhang mit den Methoden der Rechtsvergleichung ist auch *Pierre Legrand* hervorzuheben. Er befasst sich mit der Frage nach der allgemeinen **Übertragbarkeit** von **Rechtsinstituten** und dem Problem der Sprache als Barriere. Über die Möglichkeit des *Legal Transplants*, dh die Möglichkeit, Rechtsinstitute in andere Rechtsordnungen zu übertragen, herrscht eine lebhafte Debatte.<sup>54</sup> Es müssen auch hier zunächst zwei Dinge getrennt werden, welche in der akademischen Diskussion bislang gelegentlich vermischt wurden: Die Frage, ob Rechtsregeln vom Wortlaut her übertragen werden können und die Frage, ob sie vom Inhalt her übertragen werden können.

Einerseits geht es also um die Frage, inwieweit es möglich ist, fremdes Recht zu erkennen und diese Erkenntnisse zu übertragen. Behandelt wird die Problematik, ob es möglich ist, mehr als einen oberflächlichen und damit ungenügenden Einblick in eine fremde Rechtsordnung zu geben.<sup>55</sup> Diese Kritik unterteilt sich in ein Erkenntnisproblem, dh das Problem des Erkennens und des Analysierens der fremden Rechtsordnung sowie der Definition des Ausgangsproblems und das Übertragungsproblem.

Unstreitig dürfte sein, dass es verschiedene Rechtsordnungen gibt, die voneinander Regeln übernehmen. Das bekannteste Beispiel ist sicherlich die Übernahme des römischen Rechts in europäische Kulturen über Jahrhunderte. Gerade das Beispiel der Rezeption des römischen Rechts zeigt, dass dieses Recht in unterschiedlichen Kulturen unterschiedlich angenommen wurde und bestimmte Regeln in der einen Rechtsordnung als wichtiger erachtet wurden als in der anderen. Dazu kam das Problem der Vermischung von römischem Recht mit lokalem Recht. Stets bedarf es eines Akts der Inkorporation fremder Rechtsinstitute. Durch die Diskussion im Parlament und in der Gesellschaft sowie später durch die Auslegung durch Rechtsanwender wird das Transplantat angepasst und ist insofern nicht identisch mit dem ursprünglichen Rechtsinstitut. Über die Möglichkeit des *Legal Transplants* vertritt *Legrand* die Auffassung, dass große Unterschiede zwischen dem kontinentaleuropäischen Recht und dem englischen *common law* bestehen und die Übertragung von Rechtsinstituten dieser Rechtsordnungen daher unmöglich sei.<sup>56</sup> *Legrand*

---

<sup>54</sup> Vgl. *Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *The Modern Law Review* Vol. 61 (1998) 11 (11 ff.).

<sup>55</sup> Vgl. *Großfeld/Eberle*, *Texas International Law Journal* Vol. 38 (2002) 291 (295).

<sup>56</sup> Vgl. *Husa*, *RabelsZ* Bd. 67 (2003) 439.

geht davon aus, dass Regeln und Institutionen nur die Oberfläche eines Systems ausmachen und man daher in die Tiefe gehen muss, um rechtliche Strukturen zu erkennen.

In diesem Zusammenhang kann der Bogen zum Funktionalismus geschlagen werden: Die Übernahme fremder Rechtskonzepte in die eigenen Rechtsordnung - *Legal Transplants* - kann auf einer ähnlichen funktionalistischen Herangehensweise beruhen wie beim klassischen Funktionalismus. Der Gedanke dabei ist, dass man einfach ein fremdes Rechtsinstitut hernimmt, welches angeblich oder auch nur scheinbar denselben Zweck erfüllt, für den die eigene Rechtsordnung eine Lösung sucht. *Legrand* kritisiert dabei, dass man den rechtskulturellen Background des fremden Rechtsinstituts jedoch nicht so einfach ausblenden kann und dass eine „Transplantierung“, wenn man den rechtlichen Hintergrund konsequent berücksichtigt, nicht wirklich möglich ist.

Auch bei ihm liegt, gleich wie bei *Frankenberg*, das Hauptaugenmerk auf den jeweiligen Unterschieden der Rechtsordnungen. Sowohl *Frankenberg* als auch *Legrand* vertreten die Ansicht, dass der Herausarbeitung der Unterschiede gegenüber den Gemeinsamkeiten eine größere Bedeutung bei der Rechtsvergleichung zukommen sollte. Nach Ansicht eines anderen Autors, nämlich *Jaakko Husa*, sollten jedoch sowohl die Gemeinsamkeiten als auch die Unterschiede in einer rechtsvergleichenden Arbeit gleichermaßen berücksichtigt werden und zur Entscheidungsfindung beitragen.

Bei der zweiten Fragestellung der Sprache als Barriere geht es darum, dass eine Bezeichnung übertragen werden kann, es jedoch unmöglich ist, die damit verbundene Bedeutung in ein anderes System zu übertragen. Der Grund dafür ist, dass die Bedeutung jeweils mit der Kultur verknüpft ist. Die Bedeutung von Wörtern ist somit kulturell. Will man auch die Bedeutung übertragen, so muss man die gesamte Kultur übertragen.<sup>57</sup>

### **2.3.5 Sprache als Barriere**

Nicht als Kritik, sondern als weiteres Problem der Rechtsvergleichung wird in diesem Zusammenhang noch die Sprache angeführt. Die Sprache ist bei der Rechtsvergleichung in der Regel das größte Hindernis. Erst in den Sprachen kann sich Recht entwickeln.<sup>58</sup> Die Sprache bietet oft eine fast unüberwindbare Grenze, Übersetzungen sind immer kulturelle

---

<sup>57</sup> Vgl. *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 4 (1997) 111 (117).

<sup>58</sup> Hierzu ausführlich und mit weiteren Nachweisen: *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung (1984) 149ff.

Interpretationen.<sup>59</sup> Diese Kritik wird dadurch relativiert, dass die **Rechtssprache** eine **Fachsprache** ist, die auf Definitionen zurückgreift, welche auch Einheimische erst lernen müssen. Weiters ist es so, dass Recht nicht von der Kultur getrennt werden kann. Die Kultur ist allerdings nicht monolithisch, es gibt unterschiedliche Kulturen in einem Nationalstaat. Zwar prägt die Nationalität die Kultur in der Regel am meisten, doch ist die Idee überholt, dass ein Volk spezifische Eigenschaften besitzt, welche zu einer bestimmten Rechtskultur führen. Das Typische einer Rechtskultur verliert sich daher mehr und mehr.<sup>60</sup> Eng damit verknüpft ist auch, dass große gesellschaftliche Unterschiede innerhalb eines Staates bestehen. Gemeint sind damit die verschiedenen Subkulturen: religiöse und regionale Zugehörigkeiten sowie Einkommens-, Bildungs- und Altersunterschiede. Aus dieser Heterogenität der Rechtssysteme folgt, dass die tatsächliche Bedeutung von im Wortlaut identischen Rechtsregeln nicht nur zwischen den Rechtsordnungen divergiert, sondern auch innerhalb einer Rechtsordnung stark variiert.<sup>61</sup>

Diese **Tendenzen zur Angleichung** der Gesellschaft über die Ländergrenzen hinweg sowie die Diversifizierung der Kulturen innerhalb einer Nation haben zur Folge, dass sich über die Ländergrenzen hinweg auch ähnliche Probleme stellen.

Fazit dabei ist, dass es zwar keine wörtliche Übersetzung zwischen verschiedenen Rechtsordnungen gibt. Es kann aber trotzdem über Gemeinsamkeiten und Unterschiede kommuniziert und die daraus gewonnene Erkenntnis übertragen werden. *Neil Walker* verweist in diesem Zusammenhang auf drei Regeln beim Kommunizieren über verschiedene Rechtsordnungen. Die Rechtsvergleichung setzt zunächst ein möglichst breites Verständnis der zu vergleichenden Rechtsordnungen voraus. Weiters müsse sie über die bloße Sprache hinausgehen und versuchen auf den Grund einer Rechtsfigur zu kommen. Im Endeffekt sollte das Ergebnis der Rechtsvergleichung auch plausibel und zugänglich für all diejenigen sein, die kompetent in beiden verglichenen Rechtsordnungen sind.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. *Henry*, Kulturfremdes Recht erkennen. Warum? Wie?, *ZfRV* (1997) 45 (52).

<sup>60</sup> Vgl. *Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law, *The Modern Law Review* Vol. 37 (1974) 1 (11).

<sup>61</sup> Vgl. *Watson*, *Electronic Journal of Comparative Law* Vol. 4.4. (2000) 2ff.

<sup>62</sup> Vgl. *Walker* in *Weiler/Wind*, *European Constitutionalism beyond the State* (2003) 37.

### 3 RECHTSSYSTEME IM VERGLEICH

#### 3.1 Einleitung

Im Rahmen dieser Dissertation soll vorweg ein Einblick in das **kontinentaleuropäische** und das **angloamerikanische Rechtssystem** anhand eines Vergleichs zwischen Österreich und Kanada geboten werden. Dies soll vor allem dazu dienen, schon vorab ein gewisses Grundverständnis für die unterschiedlichen Entwicklungen bzw Herangehensweisen an die Thematik der **Haftung von Leitungsorganen** in diesen Ländern gewinnen zu können. Der wichtigste Unterschied zwischen dem in Österreich geltenden **kontinentaleuropäischen Rechtssystem** und dem kanadischen System des *common law* liegt mAn im Rechtsverständnis und der sich daraus ergebenden Art der **Rechtsfindung**. Das in Österreich geltende römische Rechtssystem versucht, allgemeine Regeln aufzustellen, um daraufhin jeden zu behandelnden Fall unter eine schon vorab starr formulierte Regelung zu subsumieren. Anders ist die Lage hingegen in Kanada - im Mittelpunkt des dort geltenden *case law* bzw *common law* steht der zu behandelnde Einzelfall. Die Gerichte versuchen demnach, mit dem Urteil den Besonderheiten eines speziellen Falles zu entsprechen bzw diesem gerecht zu werden.<sup>63</sup> Als Ausgangspunkt für die Urteilsfindung werden bereits ergangene Urteile herangezogen, welche deutliche Gemeinsamkeiten mit dem aktuell zu entscheidenden Fall aufweisen. Es werden somit die Gemeinsamkeiten und Unterschiede festgesetzt, um im Rahmen der Urteilsfindung darauf aufgebaut entscheiden zu können. Als größter Vorteil des kanadischen Systems erscheint dabei jedoch das Rechtsverständnis:<sup>64</sup> Es wird für einen individuellen Einzelfall unter Berücksichtigung bereits ergangener Entscheidungen ein für zukünftige identische Fälle verbindliches Urteil gefällt. Ein Sachverhalt muss somit nicht zwangsweise in das enge Korsett eines vorab formulierten Gesetzes gezwängt werden, welches bestimmte Besonderheiten gar nicht berücksichtigen kann. Dem gegenüber stehen jedoch auch einige Nachteile dieses Systems, wie beispielsweise eine größere Anzahl von Faktoren, welche den Ausgang des Prozesses oftmals schwer vorhersehbar machen.<sup>65</sup> Darunter fallen etwa der Ort der Gerichtsverhandlung und die daraus resultierende Auswahl geltender Präzedenzfälle, der

---

<sup>63</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>64</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>65</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

politische Hintergrund des Richters und dessen Spielraum bei der Urteilsfestsetzung sowie die Zusammensetzung der Jury.<sup>66</sup>

Zu beachten ist weiters, dass die Rolle des Richters im kanadischen Raum, im Vergleich zu Österreich, als eher passiv anzusehen ist. Dem Richter wird der Fall von den Anwälten der Parteien quasi „vorgetragen“. Zu bemerken ist jedoch, dass der Ausgang eines Gerichtsprozesses in Kanada, trotz geltendem *common law* Systems, aufgrund des dezentralisierten Rechtssystems und der daraus resultierenden unterschiedlichen Tragweite einzelner Fälle und Präjudizien sowie der Art der Verhandlungsführung oft schwerer vorhersehbar ist als in Österreich.<sup>67</sup>

### 3.2 Österreich

Das auf dem römischen Recht aufbauende österreichische Rechtssystem ist im Wege eines sogenannten „**Stufenbaus der Rechtsordnung**“ hierarchisch gegliedert. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) zählt dabei zu einen der ältesten Privatrechtskodizes der Welt.

Der Stufenbau der Rechtsordnung ordnet an, dass alle Gesetze und Verordnungen höherwertigen Normen, wie zB der Verfassung oder höherrangigen Gesetzen, entsprechen müssen. Die höchste Stufe bilden dabei die österreichische Bundesverfassung, einzelne Verfassungsgesetze sowie die EU-Beitrittsakte.

Das Rechtssystem der demokratischen Republik **Österreich**, als **bundesstaatlich** organisierte **parlamentarische Demokratie**, baut demnach auf der österreichischen **Verfassung** auf.<sup>68</sup> Untergeordnet finden sich die einfachen **Bundesgesetze** und **Landesgesetze**, auf deren Grundlage von den staatlichen Behörden **Verordnungen** bzw **Bescheide** erlassen werden können. In der Urteilsfindung ist nicht nur geschriebenes Recht von Bedeutung. Vielmehr wird in der Regel auch auf frühere Urteile Bezug genommen und finden frühere Entscheidungen in der Argumentation auch Verwendung, was zur Stärkung der Rechtssicherheit beiträgt.

---

<sup>66</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>67</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>68</sup> Vgl. *Walter/Mayer/Kuscko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) 3f.

### 3.2.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das österreichische Verfassungsrecht steht in der Hierarchie der staatlichen Rechtsquellen an oberster Stelle. Alle übrigen Rechtsakte, wie beispielsweise einfache Gesetze, sind somit an die Verfassung gebunden.

In Österreich ergibt sich somit ein sogenannter „Stufenbau der Rechtsordnung“: An der Spitze dieses Stufenbaues stehen die einzelnen **Grundprinzipien des Verfassungsrechts**. Unterhalb dieser Grundprinzipien ist das **Bundesverfassungsrecht**, mit seinem „Stammgesetz“, dem Bundesverfassungsgesetz (B-VG), angesiedelt. Auf der nächsten Ebene befindet sich das Landesverfassungsrecht, welches dem Bundesverfassungsrecht nicht widersprechen darf und diesem auch untergeordnet ist. Darunter wiederum existieren die einzelnen Bundes- und Landesgesetze. Es handelt sich dabei um allgemein verbindliche Rechtsnormen, die in einem förmlichen Verfahren von dem dazu ermächtigten staatlichen Organ - dem Gesetzgeber - erlassen worden sind. Sie stehen einander auf gleicher Stufe gegenüber.<sup>69</sup> Unterhalb dieser befinden sich Verordnungen, sowie Bescheide und Erlässe.

### 3.2.2 Positives Recht

Das in Österreich geltende kontinentaleuropäische Rechtssystem beruht auf positivem Recht.<sup>70</sup> Unter positivem Recht versteht man einerseits **geschriebenes Recht** und andererseits **Gewohnheitsrecht**. Geschriebenes Recht wird auch als gesetztes Recht bezeichnet, welches von staatlichen Organen in einer bestimmten Form erlassen wurde. Gewohnheitsrecht hingegen ist ungeschriebenes Recht. Entscheidend für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ist eine „langandauernde, allgemeine und gleichmäßige Übung“, wobei die Übung von der Überzeugung getragen sein muss, dass die angewendeten Regeln Recht seien.<sup>71</sup>

Im Fall der hier relevanten Haftung von Organmitgliedern spielt vor allem das gesetzte Recht eine zentrale Rolle, insbesondere das Gesellschaftsrecht mit seinem Aktiengesetz sowie dem GmbH-Gesetz.

---

<sup>69</sup> Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2009) 26ff.

<sup>70</sup> Vgl. *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I (2006) 3f.

<sup>71</sup> Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I 36f.

### 3.2.3 Gesellschaftsrecht

Von zentraler Bedeutung im Bereich des Gesellschaftsrechts ist das Vorhandensein einer Gesellschaft. Zwar findet sich im geltenden österreichischen Recht keine allgemein gültige Definition des Gesellschaftsbegriffs, jedoch hat sich nach der Lehre und Judikatur folgende Begriffsbestimmung einer **Gesellschaft** herausgebildet<sup>72</sup>: „*Unter einer Gesellschaft versteht man eine durch Vertrag begründete organisierte Rechtsgemeinschaft mindestens zweier Personen, die sich zu einem bestimmten gemeinsamen Zweck zusammenschließen.*“

Es bedarf daher des Vorliegens von **vier Wesensmerkmalen**:

- Vorliegen einer Rechtsgemeinschaft
- Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages
- Bestimmter gemeinsamer Zweck
- Organisiertes Zusammenwirken

Gegenstand des Gesellschaftsrechts sind daher typischerweise Interessen, die mehreren Personen gemeinsam sind.

Um diesen gemeinsamen Zweck verfolgen zu können, bedarf es im Gesellschaftsrecht der Festlegung von Leistungsverpflichtungen und Regelungen für langfristiges zielgerichtetes Arbeiten unterschiedlicher Interessenträger. Demzufolge unterscheidet man Verhaltensgrundsätze, Verfahrensregeln und Kompetenzverteilungen, welche die jeweiligen Innen- und Außenbeziehungen der Organträger näher regeln sollen. Das Gesellschaftsrecht regelt zusätzlich auch die Rechtsbeziehungen der Mitglieder untereinander, sowie die Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Dritten.<sup>73</sup>

Gegenstand des Gesellschaftsrechts sind daher folgende **Gesellschaftstypen**:<sup>74</sup>

- **Aktiengesellschaft**
- **Gesellschaft mit beschränkter Haftung**
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts
- Offene Gesellschaft
- Kommanditgesellschaft

---

<sup>72</sup> Vgl. Holzhammer/Roth, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (1997) 1.

<sup>73</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht: Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen (2008) Rz 1/3.

<sup>74</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/4.

- Stille Gesellschaft
- Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
- Eingetragene Genossenschaft
- Verein

Nicht zu den Gesellschaften in diesem Sinne gehören daher etwa:<sup>75</sup>

- Organisation des öffentlichen Rechts, dh Körperschaften des öffentlichen Rechts
- Familienrechtliche Gemeinschaften wie Ehe, eingetragene Partnerschaft und Adoption
- Schlichte Rechtsgemeinschaften, die kraft Gesetzes entstehen

Andersartige als diese gesetzlich ausdrücklich genannten Gesellschaftstypen sind nicht zulässig, weshalb man in diesem Zusammenhang auch vom einem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen spricht. Trotz dieses strengen Typenzwangs ist es jedoch möglich - im Rahmen der **privatautONOMEN Gestaltung** - diese einzelnen Rechtsformen individuell auszugestalten sowie verschiedenen Gesellschaftstypen iSe Typenverbindung miteinander zu kombinieren. Das berühmteste Beispiel hierfür ist sicherlich die GmbH&CoKG.<sup>76</sup>

Zu erwähnen ist auch, dass das Gesellschaftsrecht, insbesondere das der GmbH vom Prinzip der Gestaltungsfreiheit geprägt ist, sodass es nur wenige zwingende Bestimmungen gibt. Die Funktion von zwingenden Regeln im Bereich des Gesellschaftsrechts ist vielfältig und verfolgt mehrere Ziele. Erwähnenswert hierbei sind insbesondere der Gläubiger- und Gesellschafterschutz sowie der Arbeitnehmerschutz.<sup>77</sup>

Anders als bei der GmbH sind bei der AG die zwingenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechts stärker ausgeprägt. Dies resultiert daraus, dass sich die AG grundsätzlich an einen weiteren Gesellschafterkreis richtet. Trotz alledem ist es nach dem AktG auch möglich von den gesetzlichen Bestimmungen abzugehen, sofern dies nicht dem Wesen und den Prinzipien der AG widerspricht.

Da in den Themenkomplex der Organhaftung auch Fragen des Zivilrechts, sowie des Gemeinschaftsrechts und des Kapitalmarktrechts hineinspielen, werden diese in weiterer Folge kurz dargestellt.

---

<sup>75</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/3.

<sup>76</sup> Vgl. Holzhammer/Roth, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 3f.

<sup>77</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 1/9.

### 3.2.4 Zivilrecht

Das Thema der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung ist in nationalem Kontext ein gesellschaftsrechtliches Problem. Der zivilrechtliche Bezug ist deshalb näher zu erörtern, da das Gesellschaftsrecht ein Teil des Privatrechts und somit des Zivilrechts an sich ist. Das Privatrecht regelt dabei sowohl die Beziehungen der Gesellschafter bzw Aktionäre untereinander als auch die der Gesellschafter bzw Aktionäre zu ihrer Gesellschaft. Nach herrschender Meinung handelt es sich beim **Gesellschaftsrecht** um **Sonderprivatrecht**.<sup>78</sup> Als Sonderprivatrecht verbindet das Gesellschaftsrecht die Problemstellungen des allgemeinen Teils des Zivilrechts und des Schuldrechts mit der Organisations- und Finanzverfassung. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass das Sonderprivatrecht iSe *lex specialis*-Regel vor dem allgemeinen Privatrecht zur Anwendung kommt. Soweit das Gesellschaftsrecht jedoch keine speziellen Regelungen erhält kommt das allgemeine Privatrecht zur Anwendung. Zu beachten ist, dass die zivilrechtlichen Bestimmungen in einem Fall mit gemeinschaftsrechtlichen Bezug oftmals modifiziert und abgeändert werden. Dies ist zum Einen im Gesetz explizit vorgesehen, zum Anderen ergibt sich dies durch richterliche bzw dogmatische Rechtsfortbildung.

### 3.3 Kanada

Als Mitglied des **britischen Commonwealth** ist Kanada ein souveräner Bundesstaat, welcher aus **zehn Provinzen** und **drei Territorien** besteht. Die einzelnen Provinzen besitzen, ähnlich wie die amerikanischen Bundesstaaten, weitreichende Rechtssetzungs- und Selbstverwaltungsbefugnisse. Der Bund ist somit nur auf den Gebieten zuständig, die nicht ausdrücklich in die Kompetenzen der Provinzparlamente fallen. Auf Bundesebene sind demnach die Verfassung, die einzelnen Gesetze (*statutes*) sowie das Fallrecht (*case law*), als das durch die Rechtsprechung der Bundes- und Provinzgerichte entwickelte Recht, die wichtigsten Rechtsquellen.<sup>79</sup>

Kanada ist weiters auch eine **parlamentarische Demokratie** und **konstitutionelle Monarchie** mit föderaler Struktur. Der folgende Abschnitt behandelt die einzelnen Aspekte des kanadischen Rechtssystems, unter näherer Darstellung des angloamerikanischen Rechtssystems des *common law*.

---

<sup>78</sup> Vgl. Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 1/64.

<sup>79</sup> Vgl. Hopffgarten, Recht kompakt: Kanada - Informationen zum Wirtschaftsrecht in Kanada (2009) 3.

Provinz (*Territorium)	Bevölkerung (in Tsd.) <sup>80</sup>	Fläche (in Tsd. km <sup>2</sup> )	Hauptstadt	Größte Stadt
Ontario	13.069	1.076	Toronto	Toronto
Alberta	3.687	662	Edmonton	Calgary
Manitoba	1.222	648	Winnipeg	Winnipeg
Saskatchewan	1.030	651	Regina	Saskatoon
British Columbia	4.455	945	Victoria	Vancouver
Nova Scotia	938	55	Halifax	Halifax
Neufundland & Labrador	508	405	St. John's	St. John's
New Brunswick	749	73	Fredericton	Saint John
Quebec	7.829	1.542	Quebec (Stadt)	Montreal
Prinz-Edward- Insel	141	6	Charlottetown	Charlottetown
*Nordwest- Territorien	43	1.346	Yellowknife	Yellowknife
*Nunavut	32	2.093	Iqaluit	Iqaluit
*Yukon	33	482	Whitehorse	Whitehorse
KANADA	33.739	9.985	OTTAWA	TORONTO

Abbildung 1 (Demographische Daten von Kanada)

### 3.3.1 Gerichtssystem

Kanada verfügt über ein System mit **vier** verschiedenen **Gerichtsebenen**,<sup>81</sup> wobei die föderale und provinzielle Gerichtsbarkeit hierbei - wie auch in den USA - parallel abläuft. Auf erster Stufe stehen dabei die einzelnen Gerichte der Provinzen bzw Territorien (*Provincial or Territorial Courts*), welche die Mehrheit der anfallenden Fälle zu behandeln haben. Auf zweiter Ebene existieren die sogenannten *Provincial or Territorial*

<sup>80</sup> Schätzung vom 1. Juli 2009, mit Genehmigung des nationalen statistischen Amtes Kanadas; Flächenangaben mit Genehmigung des kanadischen Ministeriums für natürliche Ressourcen.

<sup>81</sup> Vgl. *Department of Justice Canada – Canada's Court System*, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page3.html> (20.7.2011).

*Superior Courts*, dh die Obergerichte der Provinzen und Territorien. Diese Gerichte befassen sich mit Straftaten höheren Strafrahmens und fungieren gleichzeitig auch als *Provincial or Territorial Courts of Appeal*, dh als Berufungsgerichte der Provinzen und Territorien.<sup>82</sup> Auf gleicher Ebene, aber zuständig für andere Themenkomplexe, sind die Bundesgerichte angesiedelt (*Federal Courts*). Eine Ebene höher finden sich dann die Berufungsgerichte der Provinzen und Territorien (*Provincial or Territorial Courts of Appeal*) als auch der *Federal Court of Appeal*. An oberster Stelle steht der *Supreme Court of Canada*, welcher als letzter Teil des kanadischen Instanzenzugs jene Fälle zu entscheiden hat, welche von den höchsten Berufungsinstanzen auf Provinz-, Territorial- und Bundesebene weitergereicht werden. Parallel zu diesem allgemeinem Gerichtssystem existieren noch Sondergerichte wie der *Tax Court of Canada* für Steuerangelegenheiten oder die *Military Courts*.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Vgl. *Department of Justice Canada – Canada's Court System*, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page3.html> (20.7.2011).

<sup>83</sup> Vgl. *Department of Justice Canada – Canada's Court System*, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page3.html> (20.7.2011).

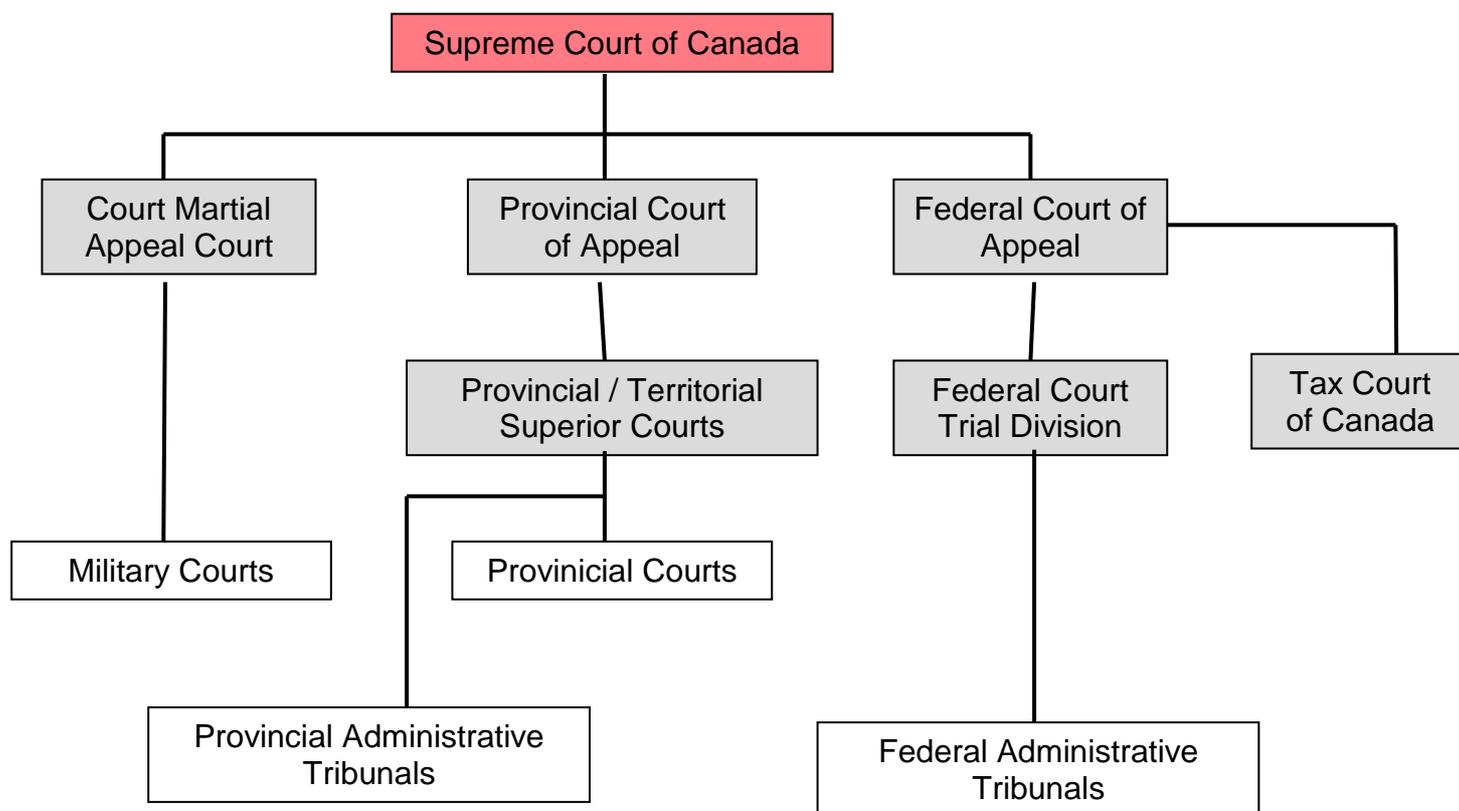


Abbildung 2 (Übersicht Gerichtssystem Kanadas)<sup>84</sup>

### 3.3.2 Rechtssystem Kanadas

Wie bereits erwähnt, verfügt Kanada über zwei unterschiedliche Rechtssysteme: In der weitgehend französischsprachigen Provinz **Quebec** beruht das Privatrecht auf dem *Civil Code*, welcher konzeptuelle Ähnlichkeit mit dem Zivilgesetzbuch Frankreichs und dem anderer kontinentaleuropäischer Länder aufweist. In **allen anderen Provinzen** und Territorien Kanadas basiert die Rechtsprechung hingegen auf dem Rechtssystem des englischen *common law*. Während historisch gesehen diejenigen Provinzen Kanadas, in denen das *common law* anwendbar ist, üblicherweise britischem Präzedenzrecht mehr Bedeutung beigemessen haben als amerikanischem, gewinnt in den letzten Jahren die amerikanische, auf Fallrecht basierende Rechtspraxis immer mehr Einfluss bei kanadischen Gerichten und Gesetzgebern – insbesondere in Bezug auf Handelsangelegenheiten.

---

<sup>84</sup> Vgl. *Department of Justice Canada – Canada's Court System*, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page3.html> (20.7.2011).

Zu den bedeutendsten Rechtsquellen in Kanada zählen:<sup>85</sup>

- Gesetze (*statutes*): Die *statutes* zählen zu den wichtigsten Rechtsquellen Kanadas. Gemäß der kanadischen Verfassung, dem *Constitution Act of 1982*, werden elf verschiedene Gesetzgebungsorgane unterschieden: Das Parlament von Kanada sowie zehn provinziell gesetzgebende Organe.
- *case law/common law*: Als zweite bedeutende Rechtsquelle im kanadischen Raum seien die Entscheidungen der Gerichte genannt. Die Sammlung dieser Entscheidungen bildet das *common law*. Der Begriff des *common law* an sich wird oftmals synonym mit dem Begriff des *case law* verwendet und bezeichnet grundsätzlich das von den Richtern durch Entscheidung weiterentwickelte Recht.<sup>86</sup> Zu beachten ist hierbei der Grundsatz des *stare decisis*: Gemäß dem Grundsatz des *stare decisis* sind Gerichte bei der Beurteilung ihres Falles an die Entscheidungen eines höherrangigen Gerichts innerhalb des gleichen provinziellen Zuständigkeitsbereiches gebunden und dürfen diese nicht ohne Begründung umstoßen, sofern es sich bei ihrem zu entscheidenden Fall um eine ähnliche bzw vergleichbare Problematik handelt. Sofern es sich um die Entscheidung eines Gerichts eines anderen Zuständigkeitsbereiches handelt, so hat diese Entscheidung lediglich *persuasive authority*, dh eine gewisse „überzeugende Wirkung“, wie entschieden werden soll. Hintergrund des *stare-decisis*-Grundsatzes ist es, dass eine Entscheidung, welche in sich einen Rechtsgrundsatz bzw einen neuen Rechtsgedanken enthält, nicht nur für den jeweiligen Fall entscheidungserheblich ist, sondern als Präzedenzfall auch für weitere Entscheidungen verbindlich sein soll. Dies bedeutet, dass Gerichte ältere Entscheidungen (**Präzedenzfälle**) nicht einfach ohne Begründung umstoßen können, sondern an die Präzedenzentscheidungen eines höheren Gerichts gebunden sind, sofern es sich bei ihrem Fall um eine ähnliche bzw vergleichbare Fallkonstellation handelt.<sup>87</sup> Festzuhalten ist dazu, dass alle kanadischen Gerichte an die Entscheidungen des *Supreme Court of Canada* gebunden sind, während der *Supreme Court of Canada* selbst jedoch nicht verpflichtet ist, seinen eigenen früheren Entscheidungen zu folgen. Anzumerken ist auch, dass die einzelnen Entscheidungen durch die

---

<sup>85</sup> Vgl. Gall, *The Canadian Legal System*<sup>5</sup> (2004) 40ff.

<sup>86</sup> Vgl. Lundmark, *Juristische Technik* 113.

<sup>87</sup> Vgl. Handschug, *Einführung in das kanadische Recht* (2003) 13.

Wirkung des *stare-decisis*-Grundsatzes sowie durch die damit erzielte Verbindlichkeit zu Bestandteilen des Normenkomplexes des *common law* werden, was wiederum zur mehr Rechtssicherheit beiträgt.

### 3.3.3 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die kanadische Verfassung ist oberste Rechtschicht in Kanada und setzt sich sowohl aus kodifizierten Gesetzen als auch aus nicht-kodifizierten Traditionen und Konventionen zusammen. Verfassungsrechtliche Prinzipien sind in der Rechtskultur fest verankert.<sup>88</sup> Ausgangspunkt dazu ist das Verfassungsgesetz von 1867, welches unter anderem das Regierungssystem festlegt und die Verteilung verschiedener Rechte an die Provinzregierungen bestimmt.

Der Gesetzgebungsprozess erfolgt in *common law* Ländern im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Rechtskreis problem- und anlassbezogen. Die vom kanadischen Parlament erlassenen Gesetze sowie die Gesetzgebung der Provinzen sind dabei die Hauptquellen im kanadischen Rechtssystem. Das Verfassungsgesetz von 1867 ermächtigt das Parlament Gesetze zu erlassen, solange das Parlament dabei nicht in die Gesetzgebungskompetenz der Provinzen eingreift.<sup>89</sup>

### 3.3.4 Common Law

Das kanadische Rechtssystem beruht sowohl im Bereich des Privatrechts als auch im Bereich des öffentlichen Rechts und des Strafrechts größtenteils auf englischem *common law*. Lediglich in der Provinz Quebec kommt, als Folge der ehemaligen Zugehörigkeit zu Frankreich, im Bereich des Privatrechts eine dem kontinentaleuropäischen Rechtssystem entsprechende Rechtsordnung zur Anwendung.<sup>90</sup> In diesem Zivilrecht römischer Tradition werden abstrakte Normen auf den konkreten Fall angewandt, statt wie im Bereich des *common law* Regeln aus Einzelfallentscheidungen zu deduzieren. Dieses System wird auch als *civil law* oder *continental law* bezeichnet. Demgegenüber baut das angloamerikanische System des *common law* auf Präjudizien und Fallgruppen auf und argumentiert dabei historisch-konkret anstatt systematisch-abstrakt, wobei Prinzipien, Traditionen und Verfahrensweisen eine dementsprechend wichtige Rolle spielen.<sup>91</sup> Demnach ist die Kenntnis der historischen Grundlagen für diesen Rechtskreis von besonderer Bedeutung.

---

<sup>88</sup> Vgl. *Lundmark*, Juristische Technik und Methodik des Common Law (1998) 98.

<sup>89</sup> Vgl. *Lundmark*, Juristische Technik 108.

<sup>90</sup> Vgl. *Gall*, Canadian Legal System 30.

<sup>91</sup> Vgl. *Schäfers*, Die kanadische Limited Partnership, Band 4 (2005) 31f.

Sowohl das englische *common law* als auch das franko-römisch geprägte Zivilrecht sind im Rang der kanadischen Verfassung nachstehendes Recht. In den *common law* Ländern – wie auch in den *civil law* Ländern - hat das Verfassungsrecht höchsten Rang. Kanada verfügt weiters, neben Australien, Irland, Neuseeland und den USA, auch über eine „*Constitution*“, dh eine geschriebene Verfassung.<sup>92</sup>

Der **Begriff des *common law*** an sich ist auch mehrdeutig und umfasst mehrere Bereiche.<sup>93</sup> Einerseits wird *common law* als das auf Gewohnheitsrecht basierende und durch richterliche Entscheidungen weiterentwickelte ungeschriebene Recht bezeichnet, welches den Gegenpol zum positiv gesetzten Recht, dem *statute law*, darstellt (***common law im engeren Sinn***). Andererseits wird aber auch das gesamte angloamerikanische Recht an sich als *common law* bezeichnet und damit dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis des *civil law* gegenübergestellt (***common law im weiteren Sinn***). *Common law* bezeichnet weiters auch das durch die historischen und königlichen Gerichte Englands geschaffene strikt anzuwendende Recht, als Gegenstück zum Recht der *Equity*, dem Billigkeitsrecht. *Equity*-Recht hat im Wesentlichen die gleiche Funktion wie die im kontinentaleuropäischen Rechtskreis, anhand von gewissen Prinzipien entwickelte „Billigkeitsklausel“. Es werden hierbei unter Berücksichtigung von Billigkeit, Treue und Glauben allgemeine Prinzipien definiert, welcher der Durchsetzung des positiven Rechts dienen. Da der Begriff des *Equity*-Rechts historisch zu verstehen ist, bedarf es einer kontinuierlichen Anpassung dieser Prinzipien bzw dieses traditionsgebundenen Rechts an die fortschreitenden sozialen und gesellschaftlichen Veränderungen und Weiterentwicklungen. Es kommt beim *Equity*-Recht somit zu einer Urteilsgründung im Rahmen von Billigkeitsentscheidungen, wobei die Gerichte berechtigt sind, Billigkeitsentscheidungen nach „*Equity*“ zu fällen und das Recht dementsprechend fortzuentwickeln.<sup>94</sup> Abschließend werden auch die Rechtsnormen bzw Rechtsquellen der allgemeinen Gerichte als *common law* bezeichnet.

### 3.3.5 Gesellschaftsrecht

Das kanadische Gesellschaftsrecht basiert sowohl auf bundesrechtlichen als auch auf provinziellen Gesetzen. Demzufolge kann eine kanadische Gesellschaft entweder nach

---

<sup>92</sup> Vgl. *Lundmark*, Juristische Technik 98.

<sup>93</sup> Vgl. *Schäfers*, Kanadische Limited Partnership 31ff.

<sup>94</sup> Vgl. *Ludwig*, Der Vertragsabschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law XXIV (1994) 99.

dem Recht einer Provinz (beispielsweise der Provinz Ontario) oder nach Bundesrecht gegründet werden.<sup>95</sup>

Das wichtigste Gesetz für eine nach Bundesrecht gegründete *federal corporation* ist in Zusammenhang der *directors liability*, neben den maßgeblichen Grundsätzen und Entscheidungen des *common law*, der *Canada Business Corporations Acts*, kurz *CBCA*, welcher die wichtigsten **Rechte und Pflichten** der *directors*, *officers* und *shareholder* festlegt. Nichtsdestotrotz weisen die Bestimmungen des *CBCA* jedoch eine gewisse Flexibilität auf, sodass eine Anpassung an die Umstände des jeweiligen Einzelfalls möglich ist.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Vgl. *Hopffgarten*, Informationen zum Wirtschaftsrecht in Kanada 7.

<sup>96</sup> Vgl. *Ross*, Corporate and Commercial Law (1984) 91.

### 3.4 Rechtsvergleichende Analyse

Das österreichische System des gesetzten Rechts und das kanadische System des *common law* unterscheiden sich primär durch die **Methoden der Rechtsfindung** und die Art ihrer **Rechtsquellen**. In Österreich stützen die Gerichte ihre Urteile auf kodifiziertes Recht, unter welches der jeweilige Sachverhalt zu subsumieren ist. In Kanada extrahieren die Gerichte hingegen die sich aus bestehenden und aus früheren Entscheidungen ergebenden Rechtsgrundsätze und Prinzipien, um diese auf den gerade zu entscheidenden Sachverhalt anzuwenden.<sup>97</sup>

Im Bereich des *civil law*, stehen somit Wissenschaft und Doktrin im Mittelpunkt der Betrachtung. Diese beiden Komponenten schaffen das vorkodifikatorische Recht, bestimmen die Gesetzgebung und beeinflussen auch deren Entwicklung in der Praxis. Anders ist die Ausgangssituation hingegen im Bereich des *common law* gelagert, in dessen Geltungsbereich die Doktrin eine eher untergeordnete Rolle spielt und die Präjudizienbindung von Gerichtsentscheidungen iSd *stare decisis*, zu mehr Rechtskontinuität und Rechtsvorhersehbarkeit beitragen soll.<sup>98</sup>

Trotz dieser historisch bedingten grundlegenden Unterschiede ist festzuhalten, dass als Gemeinsamkeit dieser Rechtssysteme sowohl in Kanada als auch in Österreich kodifizierte Gesetze bestehen. Es handelt sich somit um einen weit verbreiteten Irrtum, wenn behauptet wird, dass kontinentaleuropäisches Recht kodifiziert ist, während *common law* es nicht ist. Die kanadischen Gerichte haben demnach bei ihrer Entscheidungsfindung sowohl die kodifizierten Gesetze als auch die vorhandenen Präzedenzfälle zu beachten. Auf der anderen Seite sind auch die österreichischen Gerichte angehalten, sich an bereits existierenden Urteilen zu orientieren.<sup>99</sup> Dies ist besonders hervorzuheben, da in beiden Kulturkreisen teilweise noch immer die Ansicht vertreten wird, es handle sich bei dem Rechtssystem des *common law* um ein „*besonders eigenartiges und unserem Denken gänzlich fremdes Phänomen*“.<sup>100</sup> Weiters wird diese Ansicht auch dadurch gestärkt, dass die Engländer – wie auch die Kanadier - selbst gerne den Mythos ihres Rechts, als eine bedeutende nationale Errungenschaft, welche sich von Europa isoliert entwickelt hat,

---

<sup>97</sup> Vgl. *Bucher*, *RebelsZ* Bd. 74 (2010) 297f; *Handsbug*, *Kanadisches Recht* 14.

<sup>98</sup> Vgl. *Bucher*, *RebelsZ* Bd. 74 (2010) 298.

<sup>99</sup> Vgl. *Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre* (2005) 95ff.

<sup>100</sup> Vgl. Zitat von *Thomas J. Hogg*, *An Introductory Lecture on the Study of the Civil Law* (1831), Nachdruck bei *Michael H. Hoeflich*, *The Gladsome Light of Jurisprudence* (1988) 96 (99ff), wiedergegeben in *AcP* 193 (1993) 169.

verbreiten.<sup>101</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass in England, wie auch in Kanada (mit Ausnahme der Provinz Quebec), zwar keine Rezeption des römischen Rechts „*in complexu*“ stattgefunden hat, dass andererseits aber auch im kontinentaleuropäischen Rechtskreis, das römische Recht sich nicht überall in gleicher Weise weiterentwickelt bzw. durchgesetzt hat.

Sofern demnach ein Mindestmaß an historischem und rechtsvergleichendem Hintergrundwissen vorhanden ist, kann versucht werden, die in der jeweils anderen Rechtsordnung vertretenen Lösungen zu verstehen, die Gemeinsamkeiten zu erkennen, Unterschiede kritisch zu würdigen sowie die allen Lösungen gemeinsamen Grundlagen zu identifizieren.<sup>102</sup>

*Basil Markesinis*<sup>103</sup> spricht in diesem Zusammenhang von einer **schrittweisen Konvergenz** des *civil law* und des *common law*, welche sowohl für das materielle Recht als auch für dessen institutionelle und methodologische Rahmenbedingungen gelten soll. So ist unser österreichisches Recht heute von einem reichhaltigen und vielschichtigen *case law* umgeben, welches zur Entscheidungsfindung genauso beiträgt, wie das geschriebene Recht. In vielen Bereichen des Privatrechts findet man deshalb oftmals eine einzelfallspezifische Vorgangsweise, wobei festzuhalten ist, dass dieser Vorgang in Kanada *vice versa* gilt.<sup>104</sup>

Diese zunehmende Konvergenz führt dazu, dass sowohl in Kontinentaleuropa als auch in Kanada das Recht vom Gesetzgeber, von den Gerichten sowie durch die Rechtswissenschaft geprägt wird. Festzuhalten ist dazu, dass zwar die relative Bedeutung dieser drei Komponenten im Einzelnen unterschiedlich sein mag, so besteht dennoch die Notwendigkeit eines gezielten Zusammenwirkens.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> *J. H. Baker, An Introduction to English Legal History*<sup>3</sup> (1990) 35.

<sup>102</sup> Vgl. *Zimmermann, Savignys Vermächtnis \** (Teil I) Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, JBl 1998, 273 (281).

<sup>103</sup> Vgl. *B. S. Markesinis, Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law, Law Quarterly Review* 109 (1993) 622 ff.

<sup>104</sup> Vgl. *Zimmermann, JBl* 1998, 282.

<sup>105</sup> Vgl. *Zimmermann, JBl* 1998, 283.

## 4 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE ASPEKTE

### 4.1 Einleitung

Während in den vorangegangenen Kapiteln einerseits aufgezeigt wurde, weshalb rechtsvergleichende Darstellungen überhaupt sinnvoll sind, sowie zum besseren Verständnis der gegenständlichen Thematik ein Einblick in das österreichische und das kanadische Rechtssystem gegeben wurde, stehen in diesem Kapitel die gesellschaftsrechtlichen Aspekte iZm der Stellung von Organmitgliedern österreichischer und kanadischer Kapitalgesellschaften im Vordergrund. Nach einer Einführung in die jeweilige **Organstruktur**, wird hierbei die Position des Vorstands einer AG bzw des Geschäftsführers einer GmbH der eines *directors* einer kanadischen *private limited company* gegenübergestellt.

In einem ersten Schritt werden die Stellung und der Aufgabenbereich des AG-Vorstands und des GmbH-Geschäftsführers erörtert. In weiterer Folge wird die Position und der Aufgabenbereich des kanadischen *directors* näher betrachtet. Abschließend werden im Zuge einer kurzen Zusammenfassung die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen österreichischen Leitungsorganen und ihrem kanadischen Pendant aufgezeigt.

### 4.2 Österreich - Organisationsstruktur der Kapitalgesellschaften: Das dualistische System

Das österreichische Kapitalgesellschaftrecht ist gekennzeichnet durch das „**Trennungsprinzip**“<sup>106</sup>, wonach die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Kapitalgesellschaften als von ihren Mitgliedern getrennt anzusehen sind – dies vor allem in Bezug auf die Rechtsverhältnisse und die Vermögenssphäre der juristischen Person einerseits sowie der Gesellschafter andererseits. Eine klare „**Gewaltentrennung**“ besteht zusätzlich auch innerhalb der Gesellschaft zwischen dem **geschäftsführenden** und dem **kontrollierenden Organ** der Gesellschaft.<sup>107</sup> Grundgedanke dieses Prinzips ist, dass kein Organ sich selbst überwachen soll bzw darf und auf diese Weise auch die Gefahr von

---

<sup>106</sup> Vgl. Lutter in K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG<sup>2</sup>, Band I §§ 1-149 (2010) § 1 Rz 11; Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup>, Band I §§ 1-69 (2005) § 1 Rz 52.

<sup>107</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup>, Band II §§ 70 – 273 (2010) §§ 95 bis 97 Rz 18; Vgl. Eiselsberg/Haberer in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea) (2006) 182f.

Fehlentscheidungen und Missbräuchen auf ein Minimum reduziert werden soll.<sup>108</sup> Das dualistische System mit seiner klar festgeschriebenen Aufteilung der Leitungs- und Kontrollfunktion, durch Zuweisung dieser Aufgaben an unterschiedliche Organe, entspricht dabei dem aus der Staatslehre bekannten System der Gewaltentrennung bei gleichzeitiger wechselseitiger Abhängigkeit iSv „checks and balances“.<sup>109</sup>

Festzuhalten ist dazu jedoch, dass eine strikte Gewaltentrennung nur bei der Gesellschaftsform der AG gesetzlich festgeschrieben ist (Vorstand und Aufsichtsrat als obligatorisch eingerichtete Organe), während bei der Gesellschaftsform der GmbH, ein Aufsichtsrat nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Vergleiche dazu § 29 GmbHG) obligatorisch einzurichten ist. Sofern demnach sowohl Vorstand bzw Geschäftsführer, als auch Aufsichtsrat eingerichtet sind, liegt innerhalb der AG bzw GmbH - neben dem Organ der General- bzw Hauptversammlung als Willensbildungsorgan - eine starre Trennung zwischen Leitungs- und Überwachungsorgan vor.

#### 4.2.1 Organstruktur der AG und GmbH

Die Rechtsformen der AG und GmbH zählen zu den beliebtesten Gesellschaftsformen des österreichischen Rechts. Diese „Hitliste der österreichischen Gesellschaftsformen“ wird dabei von dem Rechtsinstitut der GmbH angeführt, von welcher zu Beginn des Jahres 2010 österreichweit rund 119.400 bestanden.<sup>110</sup> Die Beliebtheit dieser beiden Rechtsformen ist vor allem auf ihren geringen Kapitaleinsatz zurückzuführen. Dies ist jedoch zugleich auch wichtigster Ansatzpunkt ihrer Kritiker, die behaupten, dass diese Gesellschaftsformen eine unternehmerische Tätigkeit bereits mit sehr geringem Kapitaleinsatz zulassen, jedoch andererseits keine ausreichenden Haftungsdurchgriffsmöglichkeiten bestehen.

Im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht sind der Vorstand einer AG und der Geschäftsführer einer GmbH die zentralen Leitungsorgane, durch welche diese Gesellschaftsformen Handlungsfähigkeit erlangen.<sup>111</sup>

In der umfassenden Gesamtdarstellung gilt es demnach die wichtigsten **Strukturmerkmale der AG** - sowie später jene der GmbH - vorweg aufzuzeigen. Anhaltspunkt hierzu bietet

---

<sup>108</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 95 bis 97 Rz 18 und 19.

<sup>109</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, *Societas Europaea* 185.

<sup>110</sup> Vgl. Bundesweites Österreichisches Firmenbuch; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Handbuch Geschäftsführerhaftung mit Vorstandshaftung*<sup>2</sup> (2011) Rz 1/1.

<sup>111</sup> Vgl. *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *Kommentar zum Aktiengesetz Band I* §§ 1 – 124 (2003) § 70 Rz 6ff; *Gellis/Feil*, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*<sup>7</sup> (2009) § 18 Rz 1.

§ 1 des österreichischen Aktiengesetzes, welcher eine Legaldefinition der AG beinhaltet. Darin heißt es:

*„Die Aktiengesellschaft ist 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.“<sup>112</sup>*

Diese Begriffsbestimmung ist jedoch nicht ausreichend, um eine Abgrenzung zu anderen Gesellschaftsformen vornehmen zu können, da in dieser Legaldefinition wesentliche Unterscheidungs- bzw Abgrenzungsmerkmale nicht aufscheinen. Nach Ansicht von *Doralt/Nowotny/Kalss* sollte eine detaillierte Definition der AG folgende Merkmale enthalten:

*„Eine AG ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (...), die nach den Vorschriften dieses Gesetzes gegründet und organisiert ist und die zur Aufbringung ihres Eigenkapitals den geregelten Kapitalmarkt in Anspruch nehmen kann.“<sup>113</sup>*

Die hA sieht die Gesellschaftsform der AG daher als eine Vereinigung von Personen iSe Personenverbandes an, dem die österreichische Rechtsordnung Rechtspersönlichkeit zuerkannt hat.<sup>114</sup> Die österreichische AG ist demnach eine Körperschaft privaten Rechts und verfügt über eine durch das positive Recht sehr detailliert und zwingend geregelte Verfassung. Es handelt sich bei der AG um eine rechtlich selbstständige Gesellschaft, die im Wettbewerb zu anderen Unternehmensträgern, als eigenständiges und unabhängiges Wirtschaftssubjekt eigene Interessen und Zwecke verfolgt.<sup>115</sup> Die Mitglieder der AG, die Aktionäre, sind am Gesellschaftsvermögen beteiligt und verfügen über Mitgliedschaftsrechte. Diese Vermögensbeteiligung bzw Rechte sind in Form von Urkunden, den Aktien, verbrieft. Eine Mitgliedschaft an der AG vermittelt jedoch keine Organstellung iSe Kompetenz für die Gesellschaft handeln zu können. Die Organe müssen nach dem Prinzip der Dritt- bzw Fremdorganschaft vielmehr eigens dazu bestellt werden.<sup>116</sup> Für den Fall, dass Aktionäre zu Organmitgliedern bestellt werden, gilt die Regelung, dass diese ihre sich aus der Organstellung ergebenden Pflichten jedenfalls über ihre eigenen Aktionärsinteressen zu stellen haben.

---

<sup>112</sup> Vgl. § 1 österr. AktG; Siehe hierzu auch § 1 dt. AktG, wonach auch im Deutschen Recht keine Legaldefinition der AG in § 1 enthalten ist, sondern lediglich Strukturmerkmale festgelegt werden, die eine Abgrenzung zu anderen Gesellschaftsformen ermöglichen – Vergleiche hierzu *Lutter in K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), AktG<sup>2</sup>, Band I §§ 1-149 (2010) § 1 Rz 1.

<sup>113</sup> Vgl. *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 1 Rz 1.

<sup>114</sup> Vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> I § 1Rz 20.

<sup>115</sup> Vgl. *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> I § 1 Rz 20ff.

<sup>116</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II Vor Vierter Teil Rz 1.

Die AG kann mit einem **Mindeststammkapital von € 70.000** gegründet werden und ist gemäß **§ 2 UGB** unabhängig von einer unternehmerischen Tätigkeit als Unternehmer kraft Rechtsform anzusehen. Die Gesellschaftsform der AG wird vor allem von Großunternehmern mit einem hohem Kapitalbedarf bevorzugt in Anspruch genommen, da der Vorteil dieser Rechtsform in der **Einfachheit** der Übertragbarkeit ihrer Anteile liegt (eine **Aktienübertragung** ist ohne Notariatsakt möglich). Zusätzlich ermöglicht die Kapitalmarktfähigkeit der AG Anlagebeträge vieler einzelner Personen konzentriert für einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck einzusetzen.<sup>117</sup>

Die AG handelt, wie jede andere juristische Person, durch ihre Organe. Das Gesetz unterscheidet hierbei zwischen zwingenden, dh obligatorischen und fakultativen Organen. Zu den obligatorischen Organen einer AG zählen der Vorstand, sowie der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung.<sup>118</sup> Der Abschlussprüfer einer AG ist zwar jährlich mit der Abschlussprüfung der Gesellschaft betraut, er wird jedoch nicht permanent in der AG tätig, weshalb er grundsätzlich nicht als Organ der Gesellschaft anzusehen ist.<sup>119</sup> Zusätzlich zu diesen obligatorischen Organen kommt als fakultatives Organ der AG beispielsweise ein Beirat in Betracht. Die Stellung der Organmitglieder an sich ist durch eine strenge organisatorische Trennung der Aufgaben, Befugnisse und Kompetenzen sowie durch ihre relative Selbstständigkeit gekennzeichnet.

Im Gegensatz dazu gilt es die **Strukturmerkmale der GmbH** darzustellen. Die GmbH zählt in Österreich zu den mit Abstand am häufigsten gegründeten Gesellschaftsformen, die sich auch stetig wachsender Beliebtheit erfreut. Dies ist unter anderem auf die vor einigen Jahren durchgeführte Senkung des Körperschaftssteuersatzes von 34 auf 25 Prozent zurückzuführen. Zu Beginn des Jahres 2010 waren rund 119.400 GmbHs in Österreich eingetragen.<sup>120</sup> Im Laufe der Zeit wurden auch mehrere Reformen der GmbH-Struktur angedacht, bei denen sich gleichzeitig zwei Hauptgründe für die steigende Attraktivität der GmbH herauskristallisiert haben: Als Gesellschaftsform eignet sich die GmbH gerade für Klein- und Mittelunternehmen (KMU) indem sie die Gesellschafter, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, verlässlich vor einer persönlichen Haftung schützt. Als zweiter Punkt wird angeführt, dass die Gesellschafter einer GmbH, anders als die Aktionäre einer AG, auf Grund der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer der GmbH

---

<sup>117</sup> Vgl. *Feltl in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/3.

<sup>118</sup> Vgl. *Feltl in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/22.

<sup>119</sup> Vgl. *Feltl in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/22.

<sup>120</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/1.

gegenüber eine „stärkere Position“ innerhalb der Gesellschaft haben. Dies steht in krassem Gegensatz zur persönlichen Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft, die im Falle einer Pflichtverletzung tragend wird. Hierzu tritt meist noch eine weitere Haftung der Geschäftsführer gegenüber anderen Personen nach den diversen Bestimmungen des Zivil-, Straf-, Insolvenz- und Verwaltungsrechts.

Die GmbH selbst ist als Kapitalgesellschaft eine juristische Person, deren Gesellschafterstruktur jedoch sehr stark personalistisch geprägt ist. Dies spiegelt sich unter anderem darin wieder, dass die „typische österreichische GmbH“ oftmals nur über zwei bis drei Gesellschafter verfügt und fast 40 Prozent aller GmbHs Einpersonengesellschaften sind.<sup>121</sup>

Die GmbH kann mit einem **Mindeststammkapital von € 35.000** gegründet werden. Die Gesellschafter haben das Stammkapital der Gesellschaft aufzubringen, haften jedoch nach § 61 Abs 2 GmbHG - von Ausnahmefällen abgesehen („Durchgriffshaftung“) - nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.<sup>122</sup> Im Falle einer Insolvenz verlieren die Gesellschafter daher lediglich jene Vermögenswerte, welche sie in die Gesellschaft eingebracht haben. In der Lehre wird davon gesprochen, dass das Stammkapital als „Mindesthaftungsfonds“ für die Gläubiger dienen soll. Da dieses Kapital jedoch in der Praxis oftmals für Gesellschaftszwecke verbraucht wird, dient das Mindestkapital mehr als „Seriositätsschwelle“ denn als Haftungsfonds für Gläubiger.<sup>123</sup>

Gemäß § 1 Abs 1 GmbHG<sup>124</sup> kann die Gesellschaft, sofern nicht der Gesellschaftszweck gegen das Gesetz oder die gute Sitte verstößt, nahezu jeder wirtschaftlichen oder auch ideellen Tätigkeit nachgehen. Ausgenommen hiervon sind nach § 1 Abs 2 GmbHG jedoch der Betrieb von Versicherungsgeschäften und die Tätigkeit als politischer Verein. Weitere Ausnahmen finden sich zB im BörseG oder dem HypothekbankG. Weiters gilt die GmbH nach § 2 UGB unabhängig von einer unternehmerischen Tätigkeit als Unternehmer kraft Rechtsform.<sup>125</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die AG eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete organisatorische Einheit sowie gemäß § 2 UGB als Unternehmer kraft

---

<sup>121</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/1.

<sup>122</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/5.

<sup>123</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/6.

<sup>124</sup> Vgl. § 1 GmbHG.

<sup>125</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/2.

Rechtsform anzusehen ist. Als wichtiges Strukturmerkmal sei angeführt, dass der **Vorstand** einer AG an **keine Weisungen** gebunden ist. Weiters verfügt die Gesellschaft über ein in Aktien zerlegtes Grundkapital von mindestens € 70.000 sowie über eine nach dem „Trennungsprinzip“ klar festgeschriebene Abgrenzung der AG als solche von ihren Mitgliedern.<sup>126</sup> Die Aktionäre haben das Grundkapital aufzubringen, haften jedoch - von Ausnahmefällen abgesehen („Durchgriffshaftung“) - nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Im Gegensatz dazu kann die GmbH bereits mit einem Mindeststammkapital von € 35.000 gegründet werden. Eine bloß beschränkte Haftung bis zur Höhe der eingezahlten Stammeinlage seitens der Gesellschafter sowie eine nach dem „Trennungsprinzip“ klar festgeschriebene Abgrenzung der GmbH als solche von ihren Mitgliedern, sind weiters als strukturtypisch anzusehen. Im Gegensatz zur AG besteht bei der GmbH jedoch eine **Weisungsgebundenheit** der **Geschäftsführer**. Die Generalversammlung kann den Geschäftsführern demnach gemäß § 20 GmbHG Weisungen erteilen, sofern kein gesellschaftsvertragliches Weisungsverbot besteht.<sup>127</sup> Die Gesellschafter der GmbH haben das Stammkapital der Gesellschaft aufzubringen, haften jedoch nach § 61 Abs 2 GmbHG - von Ausnahmefällen abgesehen („Durchgriffshaftung“) - nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Wie die AG, so ist auch die GmbH gemäß § 2 UGB als Unternehmer kraft Rechtsform anzusehen.<sup>128</sup>

#### 4.2.2 AG

Im Bereich der AG sieht das AktG neben dem **Vorstand** als obligatorischem Leitungsorgan einer jeden AG, den **Aufsichtsrat** sowie die **Hauptversammlung** als **Pflichtorgane** vor. Der Aufsichtsrat der AG ist daher unabhängig von der Höhe des Grundkapitals, der Anzahl der Vorstandsmitglieder sowie dem Unternehmensgegenstand jedenfalls zu bestellen.<sup>129</sup>

Im Vordergrund dieser Arbeit wird in weiterer Folge der Vorstand als Pflichtorgan der AG sowie der Geschäftsführer als Pflichtorgan der GmbH behandelt.

---

<sup>126</sup> Pendant zur GmbH; vergleiche dazu *Feltl in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/18.

<sup>127</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/9.

<sup>128</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/2.

<sup>129</sup> Vgl. *Temmel*, Aufsichtsrat 5.

#### 4.2.2.1 Vorstand der AG

Gemäß § 70 AktG handelt es sich bei dem Vorstand einer AG um das **obligatorische Leitungsorgan**<sup>130</sup> dieser Rechtsform, dem einerseits die **Vertretung** der Gesellschaft nach außen als Repräsentant der Gesellschaft und andererseits die **Entscheidungsrolle** im Innenverhältnis obliegt.<sup>131</sup> Seine Stellung sowie die jeweiligen Aufgaben und Pflichten sind von wesentlicher Bedeutung, insbesondere auch im Hinblick auf eine etwaige Haftung bei einem Verstoß sowie für Absicherungsmöglichkeiten zur Vermeidung einer derartigen Haftung.

##### 4.2.2.1.1 Stellung des Vorstands

Dem Vorstand einer AG, als obligatorischem Organ einer jeden AG, obliegt die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft. Er übt die Funktion des Unternehmers aus und ist dementsprechend im Rechts- und Wirtschaftsleben von zentraler Bedeutung. Der Vorstand entscheidet in eigener Verantwortung im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens über die Geschäftspolitik, Führungsgrundsätze sowie die Organisation des Unternehmens.<sup>132</sup>

Die Weisungsfreiheit gegenüber den anderen Organen der AG (dem Aufsichtsrat, der Hauptversammlung<sup>133</sup>, dem Abschlussprüfer, einem Mehrheitsaktionär<sup>134</sup> sowie gegenüber sonstigen Organen oder Dritten) zählt dabei zu den prägendsten Eigenschaften des AG-Vorstands.<sup>135</sup>

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die **gesetzlichen Mindestanforderungen**, die das AktG an Vorstandsmitglieder stellt, äußerst gering sind. So sieht § 75 Abs 2 AktG lediglich vor, dass weder eine juristische Person noch einen Personengesellschaft iSd offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft zum Mitglied eines Vorstands bestellt werden kann. Gemäß § 90 Abs 1 AktG ist die Stellung des Vorstandsmitglieds weiters mit dem **Amt des Aufsichtsrats unvereinbar**. Um Umgehungsversuche zu vermeiden, erfasst dieser Tatbestand auch die Konstellation, dass

---

<sup>130</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/245; *Hüffer*, Kommentar zum AktG<sup>8</sup> (2008) § 76 Rz 7; *Kalss* in *MünchKommZurAktG* (2008) § 76 Rz 115.

<sup>131</sup> Vgl. *Schima*, Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand“, *GES* 2010, 260 (260).

<sup>132</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, Vorstand der AG 1.

<sup>133</sup> Anderes gilt, sofern der Vorstand in Geschäftsführungsfragen eigens die Zustimmung der Hauptversammlung eingeholt hat; Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG<sup>8</sup> § 76 Rz 11.

<sup>134</sup> Vgl. *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts* (2006) § 1 Rz 48.

<sup>135</sup> Vgl. OGH 11.3.1996, 1 Ob 566/95 = RdW 1996, 584.

Aufsichtsratsmitglieder nicht als Angestellte die Geschäfte der Gesellschaft führen können.<sup>136</sup> Ziel dieser Bestimmungen ist es, Interessenskonflikte zwischen dem Organ des Vorstands und des Aufsichtsrats zu vermeiden. Diese Aufgabenbereiche müssen demnach streng voneinander getrennt sein. Einzige Ausnahme hiervon ist § 90 Abs 2 AktG, der die Möglichkeit einräumt, dass Aufsichtsratsmitgliedern für einen im vor hinein begrenzten Zeitraum zu Vertretern von Vorstandsmitgliedern bestellt werden können. Während dieser Zeit dürfen sie ihre Funktion als Aufsichtsratsmitglied nicht ausüben, da es sonst zu einem **Interessenkonflikt** iSe Eigenüberwachung kommen würde.<sup>137</sup> Bestellungsbeschlüsse, welche gegen diese Vorschrift verstoßen, sind gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG als nichtig anzusehen, wobei sich jedermann auf die Nichtigkeit berufen kann.<sup>138</sup>

Es liegt somit eine grundsätzlich **zwingende Zuweisung** der **Leitungspflicht** an den Vorstand vor.<sup>139</sup> Der Vorstand kann seine Leitungsmacht nur in wenigen, sehr eingeschränkten Fällen, zB durch Unternehmensverträge, an Dritte übertragen. Sofern der Vorstand - wenn auch nur - einen sehr kleinen Teil seiner ihm zugeordneten Leitungsaufgaben an eine nachgeordnete Führungskraft überlässt, so liegt jedenfalls eine Verletzung der zwingenden aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung vor.<sup>140</sup> Die Unterscheidung zwischen delegierbaren und nicht-delegierbaren Aufgaben, dem sogenannten Kernbereich, ist demnach von zentraler Bedeutung. Als Beispiel für **nicht-delegierbare Aufgaben** seien genannt: die Organisation der Unternehmensstruktur, die Unternehmensplanung sowie die Besetzung von Führungspositionen.<sup>141</sup> Das Tagesgeschäft der AG kann – und wird in der Regel auch – **delegiert**. Für die übrigen Aufgabenbereiche, welche keinem anderen Organ zugewiesen sind, besteht weiters eine Restkompetenz des Vorstands.<sup>142</sup>

Neben den Bestimmungen des AktG finden sich in der österreichischen Rechtsordnung auch zahlreiche Normen, welche einer Bestellung als Vorstandsmitglied entgegenstehen. So sieht etwa § 4 des Unvereinbarkeitsgesetzes (UnvbkG) vor, dass die obersten Vollzugsorganen des Bundes und der Länder, Bürgermeister sowie Mitglieder des

---

<sup>136</sup> Vgl. Schlosser, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft (2002) 5.

<sup>137</sup> Vgl. Schlosser, Organhaftung 5.

<sup>138</sup> Vgl. Schlosser, Organhaftung 5.

<sup>139</sup> Vgl. OGH 16.7.2002, 4 Ob 163/02b = ecolex 2002/348; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/316; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 70 Rz 2; Wulf, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> Band II (2008) § 76 Rz 115.

<sup>140</sup> Vgl. Wulf, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> II § 76 Rz 15.

<sup>141</sup> Vgl. Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> Band II §§ 76-94 AktG (2010) § 76 Rz 45.

<sup>142</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/319.

Stadtsenats in Städten mit eigenem Statut nicht gleichzeitig eine Stellung als Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitglied bekleiden dürfen. Weitere Einschränkungen sieht das Gesetz für Richter (§ 63 RDG), Mitglieder des Rechnungshofs (Art 126 B-VG) sowie Bundesbeamte (§ 56 BDG) vor.<sup>143</sup> Da es sich hierbei um öffentlich-rechtliche Bestimmungen handelt, welche primär öffentlichen Interessen dienen, anstatt zum Schutz der Gesellschaft und ihrer Vertragspartner ausgestaltet zu sein, führt ein Verstoß nicht zur sofortigen Nichtigkeit des jeweiligen Bestellungsaktes. Hierbei ist der Unterschied zu den Unvereinbarkeitsbestimmungen des AktG zu ziehen, die in erster Linie dem Schutz der Gesellschaft dienen und bei denen ein Verstoß gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG zur sofortigen Nichtigkeit des Bestellungsaktes führt.<sup>144</sup>

Zu beachten ist weiters, dass im AktG auch nur äußerst wenige Bestimmungen über die **Organisation des Vorstands** enthalten sind. § 70 Abs 2 S 1 AktG sieht lediglich vor, dass der Vorstand einer AG aus einer oder auch mehreren Personen bestehen kann. Die genaue Anzahl der Vorstandsmitglieder muss demnach zwingend in der Satzung angegeben werden.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass die einzelnen Organe der AG zueinander im Verhältnis der Gleichordnung stehen. Die Aufgabenverteilung ist aktienrechtlich strikt voneinander abgegrenzt, weshalb ein Eingriff in die Kompetenzen eines anderen Organs regelmäßig unwirksam ist.<sup>145</sup>

#### 4.2.2.1.2 Bestellung, Abberufung und Rücktritt des Vorstands

Gemäß § 75 Abs 1 AktG ist der Aufsichtsrat der AG für die **Bestellung** der einzelnen Vorstandsmitglieder zuständig. Abgesehen von der Möglichkeit der Bestellung eines sogenannten „Notvorstands“ durch ein Gericht, handelt es sich hierbei um eine ausschließliche **Kompetenz des Aufsichtsrats**. Die hA geht davon aus, dass es sich bei diesem Bestellungsakt um ein einseitiges, zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft handelt; die bestellte Person also ihr Einverständnis zu ihrer Bestellung gegenüber dem Aufsichtsrat zu erklären hat.<sup>146</sup> Die Beschlussfassung im Aufsichtsrat erfolgt mit einfacher Mehrheit. Weiters bedarf es des zusätzlichen Erfordernisses der Zustimmung der Mehrheit der Kapitalvertreter (Vgl § 110 Abs 3 S 4 ArbVG).

---

<sup>143</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 5ff.

<sup>144</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 6.

<sup>145</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, Vorstand der AG 3.

<sup>146</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 8.

Die Abberufung eines Vorstandsmitglieds obliegt zwingend der Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Vor Ablauf der Amtsperiode kann eine Abberufung nur aus wichtigem Grund erfolgen. Das Gesetz nennt in diesem Zusammenhang die „grobe Pflichtverletzung“ oder die „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung“, wobei diese Aufzählung keinesfalls taxativ ist.<sup>147</sup>

Weiters kann das Vorstandsmitglied selbst vor Ablauf seiner Funktionsperiode zurücktreten. Es handelt sich dabei um eine einseitige empfangsbedürftige und formlos abgegebene Erklärung durch das jeweilige Organ.<sup>148</sup>

#### 4.2.2.1.3 Aufgaben und Pflichten des Vorstands

Der Vorstand, als Organ mit Leitungsmonopol, hat gemäß § 70 Abs 1 AktG in eigener Verantwortung die AG so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Bedachtnahme auf die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie das öffentliche Interesse erfordert. Die Befugnisse des AG-Vorstands zur **Geschäftsführung im Innenverhältnis** sowie die zur **Vertretung der AG nach außen**, gehören somit zu den zentralen Charakteristika seiner Organstellung.<sup>149</sup>

Zu den betriebswirtschaftlich typischen Aufgaben des Vorstands einer AG ist die Unternehmensleitung bzw -führung zählen jedenfalls die Unternehmensplanung, die Unternehmenskoordinierung, die Unternehmenskontrolle sowie die Zuständigkeiten in Personalangelegenheiten der Führungsebene. Die „**Unternehmensleitung**“ durch den Vorstand wird hierbei oftmals in **doppelter Hinsicht** verstanden:<sup>150</sup>

- Einerseits als Leitungsbefugnis iwS, dh als Oberbegriff für alle dem Vorstand einer AG zustehenden Befugnisse, sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis;
- Andererseits als Leitungsbefugnis ieS, dh als Befugnis auf höchster Unternehmensebene zu handeln.

Normiert findet sich diese Leitungspflicht des Vorstands in der **Generalklausel** des § 70 Abs 1 AktG, in gesetzlichen Präzisierungen, wie zB seiner Pflicht zur Vertretung der AG gemäß § 71 AktG sowie in gesetzlich explizit zugewiesenen Aufgabenbereiche.<sup>151</sup> Gemäß § 70 AktG obliegt dem Vorstand der AG die eigenverantwortliche Leitung der

---

<sup>147</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/55.

<sup>148</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/64f.

<sup>149</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, *Vorstand der AG* 70.

<sup>150</sup> Vgl. *Schlosser*, *Organhaftung* 12.

<sup>151</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* Rz 3/318.

Gesellschaft. Diese Kompetenz umfasst sowohl die Vertretung der AG nach außen als auch die Geschäftsführung nach innen, dh das Entscheidungsmonopol.<sup>152</sup> Dem Vorstand kommt bei dieser Unternehmensleitung ein – nur in Ausnahmefällen durchbrochenes – Geschäftsführungs- und Vertretungsmonopol zu. Einschränkungen davon ergeben sich nur dort, wenn und insoweit Mitbestimmungsrechte bzw Kompetenzen anderer Organe bestehen.<sup>153</sup>

Da der AG-Vorstand im Rahmen seiner Tätigkeit in eigener Verantwortung handelt, ist es notwendig, dass ihm ein gewisser unternehmerischer Ermessensspielraum zukommt, welcher seinerseits wiederum durch den Unternehmensgegenstand selbst begrenzt wird.<sup>154</sup> Weitere Beschränkungen ergeben sich auch durch gesetzlich vorgegebene Regelungen, wie zB durch seine Sorgfalts- und Treupflicht, sowie durch die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG dessen Bestimmungen in gewissem Maße als Leitlinien heranzuziehen sind.<sup>155</sup>

Anschaulich wird dies dadurch, dass der Vorstand verpflichtet ist, bei der Wahrnehmung seiner Kompetenzen stets die **Erfüllung des Gesellschaftszwecks** durch gleichzeitige **Verfolgung des satzungsgemäßen Unternehmensgegenstandes** im Auge zu behalten und an diese auch gebunden ist. Dies wiederum stellt eine Beschränkung des gesamten AG-Vorstands bzw auch jedes einzelnen Vorstandsmitgliedes dar.<sup>156</sup>

Der **Gesellschaftszweck** stellt die langfristige Zielausrichtung der Gesellschaft dar, welche im Zweifel in einer langfristigen Gewinnerzielung zu sehen ist. Der Vorstand hat demnach seine Geschäftstätigkeit hauptsächlich am Gesellschaftszweck zu orientieren sowie darauf zu achten, dass dadurch das Unternehmenswohl gefördert wird.<sup>157</sup>

Der **Unternehmensgegenstand** der Gesellschaft stellt dagegen die operative Tätigkeit der AG dar, durch welche der Vorstand bei seiner Aufgabenerfüllung im Rahmen der Erreichung des Gesellschaftszwecks begrenzt ist. Zur Geschäftstätigkeit der AG werden dabei alle Aktivitäten gezählt, welche dem Unternehmensgegenstand dienen.<sup>158</sup> *Jabornegg/Strasser* schreiben dazu: „*Herr dieser Geschäftstätigkeit und dh zuständig und*

---

<sup>152</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, Vorstand der AG 1f.

<sup>153</sup> Vgl. OGH 5.2.1985 4 Ob 5/85 = ÖJZ 1985/80 (EvBl).

<sup>154</sup> Vgl. *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), Vorstandsrecht § 1 Rz 50f.

<sup>155</sup> Vgl. *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 70 Rz 9.

<sup>156</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/322.

<sup>157</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/322; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II § 70 Rz 1ff.

<sup>158</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/322; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II § 70 Rz 7.

*berufen dazu, diese Aktivitäten zu planen, in Gang zu bringen, zu lenken (Unternehmensstrategie, unternehmerische Taktik), sie auszuweiten, einzuschränken oder einzustellen, ist, von wenigen Ausnahmen abgesehen, der Vorstand<sup>159</sup>.*

Die Geschäftsführung des Vorstands umfasst dabei die Gesamtheit aller auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichteten Tätigkeiten auf höchster Ebene, wobei die Geschäftsführung ieS **vier Kernbereiche** normiert:<sup>160</sup>

- Die Planung und Bestimmung der **Unternehmensstrategie** zielt auf eine Festlegung der Geschäftspolitik an sich sowie auf eine Festlegung der langfristigen Unternehmensziele ab.
- **Compliance**, dh die Pflicht zur Überwachung der Vorstandmitglieder untereinander, sowie der Überwachung des Unternehmens durch den Vorstand.
- Die Verantwortung des Vorstands sowie seine Pflicht zur Nachbesetzung von **Führungskräften**.
- Die Organisation und Ausführung des **Tagesgeschäftes** iSv rechtsgeschäftlichen, aber auch tatsächlichen Handlungen, wie zB dem Ein- und Verkauf, der Buchführung und dem Personalwesen.

Die **Vertretungsmacht** des Vorstands nach Außen ist einerseits in der Generalklausel des § 70 Abs 1 AktG normiert, andererseits findet sich eine Präzisierung dazu auch in der Norm des § 71 Abs 1 AktG.<sup>161</sup> Sofern satzungsmäßig nichts anderes vorgesehen wurde, gilt für einen mehrgliederigen Vorstand bei aktiven Handlungen das Prinzip der Gesamtvertretung, wonach alle Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Abgabe einer Willenserklärung berechtigt sind. Für passive Vertretungshandlungen der Gesellschaft reicht hingegen ein einzelnes Vorstandsmitglied aus. Festzuhalten ist weiters, dass sich die Vertretungsbefugnis des Vorstands auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen sowie auf gewöhnliche und ungewöhnliche Handlungen erstreckt.<sup>162</sup>

Zusammenfassend bedeutet dies, dass der Vorstand einer AG sowohl für die Entscheidung über „originäre Führungsmaßnahmen“ zuständig ist, aber auch das laufende Tagesgeschäft zu besorgen hat. Letzteres kann er jedoch, wie bereits ausgeführt, weitgehend an andere Personen delegieren, da es sich hierbei nicht um Aufgaben handelt, die typischerweise von einem Unternehmer selbst besorgt werden. Zu beachten ist jedoch, dass der Vorstand für

---

<sup>159</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II § 70 Rz 7ff.*

<sup>160</sup> In Anlehnung an *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/329ff.*

<sup>161</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II § 70 Rz 1ff und Rz 7.*

<sup>162</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/374.*

den Fall der Delegation einzelner Aufgaben, dafür zu sorgen hat, dass ihm in „oberster Instanz“ stets die Kontrolle und Aufsicht vorbehalten ist.<sup>163</sup>

Der Vorstand einer AG hat bei seiner Funktion als Leitungsorgan der Gesellschaft eine **Vielzahl von Rechten und Pflichten** wahrzunehmen, deren Verletzung eine Haftung aus Schadensersatz nach den Normen des § 84 AktG nach sich ziehen kann.<sup>164</sup> In der Lehre haben sich demnach drei Gruppen von Hauptpflichten des Vorstands herausgebildet:<sup>165</sup>

- **Sorgfaltspflicht**, dh die Pflicht zur Einhaltung der gehörigen Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§84 Abs 1 AktG);
- **Treuepflicht**;
- Sämtliche **sonstige Pflichten**, welche dem Vorstand durch die Satzung, Gesetze oder sonstige verbindliche Organbeschlüsse auferlegt werden.

Weitere **konkret ausformulierte Pflichten** des Vorstands in Zusammenhang mit seiner Stellung als Leitungsorgan einer Kapitalgesellschaft finden sich dabei beispielsweise in § 82 AktG, welcher die Einrichtung eines ordnungsgemäßen Rechnungswesens sowie eines internen Kontrollsystems (IKS)<sup>166</sup> vorsieht, § 81 AktG, welcher eine Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat der Gesellschaft festlegt, § 83, welcher die Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung bei Verlusten in Höhe des halben Grundkapitals verlangt, § 118 AktG, nach dem den Vorstand gegenüber den Aktionären eine Auskunftspflicht trifft sowie die Verpflichtung des Vorstands zur Neutralität in Übernahmefällen.

Um die **Kompetenzen** des Vorstands nicht ausufern zu lassen, sind diese Rechte und Pflichten durch zahlreiche rechtliche sowie faktische Bestimmungen **beschränkt**. Hierzu zählt beispielsweise die Vorschrift über **zustimmungspflichtige Geschäfte** gemäß § 95 Abs 5 AktG. Zu diesen Geschäften, welche einer vorherigen Zustimmung durch den Aufsichtsrat bedürfen, zählen unter anderem, der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen; der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben (§ 95 Abs 5 Z 1); sowie die Errichtung und die Schließung von Zweigniederlassungen (§ 95 Abs 5 Z 3).

---

<sup>163</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 12f.

<sup>164</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern – Österreich (2005) 169.

<sup>165</sup> Einteilung in Anlehnung an die Gliederung nach *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 171; siehe auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/388ff sowie Rz 3/321ff.

<sup>166</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/354f.

#### 4.2.2.1.3.1 Sorgfaltspflicht des Vorstands

§ 84 Abs 1 S 1 AktG legt die *duty of care*, dh die allgemeine Sorgfaltspflicht des Vorstands fest, nach der jedes Vorstandsmitglied bei der Geschäftsführung und sonstigen Ausübung seiner Aufgaben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat. Diese zentrale Vorstandspflicht erfüllt nach hM eine **Doppelfunktion**:<sup>167</sup>

Einerseits normiert sie einen gewissen **Sorgfaltsmaßstab**, nach dem beurteilt bzw gemessen werden kann, ob das jeweilige Vorstandsmitglied rechtswidrig oder schuldhaft gehandelt hat.

Auf der anderen Seite wird die Sorgfaltspflicht aber auch als **Quelle** für die Ermittlung weiterer konkreter **Vorstandspflichten** herangezogen und ist somit auch für die Frage der Beurteilung einer etwaigen Rechtswidrigkeit des Handelns relevant.

Bei dem Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder nach den Bestimmungen des § 84 Abs 1 AktG kommt es nicht auf die subjektiven Kenntnisse und Fähigkeiten des jeweiligen Vorstandsmitgliedes an, sondern vielmehr hat das Organmitglied sich entsprechend der **Maßfigur** eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu verhalten – es wird demnach ein **objektivierter Sorgfaltsmaßstab** angelegt.<sup>168</sup> Der Vorstand hat jedoch für das Vorhandensein der nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche für die Erfüllung seiner Leitungsaufgaben erforderlich sind, einzustehen. Das Fehlen dieser erforderlichen Kenntnisse kann ihm demnach zum Vorwurf gemacht werden.<sup>169</sup> Es gilt hierbei jedoch nicht für alle Vorstandmitglieder derselbe Sorgfaltsmaßstab. Der Sorgfaltsmaßstab ist vielmehr von Situation zu Situation unterschiedlich und nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu konkretisieren, wobei speziell auf die Art des Unternehmens, auf den Geschäftszweig, das Umfeld des Unternehmens, die Größe des Unternehmens<sup>170</sup>, die jeweilige Branche des Unternehmens<sup>171</sup>, die Marktposition des Unternehmens<sup>172</sup>, die Anzahl der dort Beschäftigten<sup>173</sup>, das eingesetzte Vermögen<sup>174</sup>, die wirtschaftliche Lage<sup>175</sup>

---

<sup>167</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 95; *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), Vorstandsrecht § 7 Rz 1; *Schlosser*, Organhaftung 27; *Hüffer*, AktG<sup>8</sup> § 93 Rz 3a, 13.

<sup>168</sup> Vgl. *Haberer*, Corporate Governance (2003) § 27 Rz 34.

<sup>169</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 30; *Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 98 (103f).

<sup>170</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 95; *Schlosser*, Organhaftung 28.

<sup>171</sup> Vgl. *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> Band II §§ 1293 - 1312 (2007) § 1299 Rz 2b; *Schlosser*, Organhaftung 28.

<sup>172</sup> Vgl. *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 2b; OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k = ecolex 2003/22.

<sup>173</sup> Vgl. *Wulf*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> II § 93 Rz 24.

<sup>174</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 95.

sowie auf die Konkurrenzsituation des Unternehmens<sup>176</sup> abzustellen ist. Es gibt demnach keinen allgemein gültigen Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters, da stets auf die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse des Unternehmens und auf das jeweilige übernommene Ressort des Vorstandsmitgliedes abzustellen ist (**relative Komponente des Sorgfaltsmaßstabs**).<sup>177</sup> Der Sorgfaltsmaßstab nach den Bestimmungen des § 84 Abs 1 AktG ist somit ein **objektiv-normativer Maßstab**, der in relativer Weise immer an den **tatsächlichen Verhältnissen** der Unternehmens zu **konkretisieren** ist. Hält der Vorstand diesen nach objektiven Kriterien festgelegten und nach den individuellen Umständen des Einzelfalls konkretisierten Sorgfaltsmaßstabes nicht ein, so handelt er pflichtwidrig und rechtswidrig und begeht eine Sorgfaltspflichtverletzung. Aber auch für die **Verschuldensprüfung** ist der Sorgfaltsmaßstab des Vorstands von Bedeutung. Dem Vorstandsmitglied, welches unsorgfältig handelt, kann dieses Verhalten subjektiv zum Vorwurf gemacht werden. Auch eine Berufung des jeweiligen Vorstandsmitglieds auf fachliche Unkenntnis oder persönliche Unfähigkeit scheidet aus, da der Sorgfaltsmaßstab objektiviert ist und eine Berufung auf fehlende Kenntnisse oder Fähigkeiten somit nicht möglich ist. Durch die Objektivierung des an sich subjektiven Elementes des Verschuldens ergibt sich die Besonderheit, dass dieses Element bereits auf der Rechtswidrigkeitsebene geprüft wird. Auf der Verschuldensebene ist ein Verschulden durch den objektiven Verstoß gegen die Vorstandspflicht somit bereits indiziert, weshalb nahezu vollständig auf die Prüfung der subjektiven Vorwerfbarkeit des Handelns verzichtet wird. Die Prüfung der subjektiven Vorwerfbarkeit beschränkt sich somit darauf, dass der objektive Sorgfaltsmaßstab nicht eingehalten wurde.

Zu beachten ist, dass grundsätzlich lediglich der Gesamtvorstand „über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen muss, die für die Führung der Geschäfte der kompletten Gesellschaft erforderlich sind.“<sup>178</sup> Welche weiteren **Kenntnisse** das einzelne Vorstandsmitglied aufweisen muss, richtet sich nach der Ressortverteilung innerhalb der Gesellschaft. Von jedem Vorstandsmitglied werden jedoch seitens der Gesellschaft gewisse **Basiskenntnisse** vorausgesetzt „um die wirtschaftliche Gesamtentwicklung aus dem Rechnungswesen der Gesellschaft beurteilen und die Vorstandskollegen im Rahmen

---

<sup>175</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 95.

<sup>176</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 95.

<sup>177</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174.

<sup>178</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174.

den Ressortaufteilung ordnungsgemäß überwachen zu können.“<sup>179</sup> Die für sein Ressort relevanten **Spezialkenntnisse** muss jedes Vorstandsmitglied demnach zusätzlich aufweisen.<sup>180</sup> Die einzelnen Vorstandsmitglieder einer AG trifft demnach im Vergleich zum gewöhnlichen Geschäftsmann eine erhöhte Sorgfaltspflicht, wobei der objektivierte Sorgfaltsmaßstab nach den Bestimmungen des § 84 Abs 1 AktG als Mindeststandard angesehen werden kann, den jedes Vorstandsmitglied einzuhalten bzw zu überschreiten hat.<sup>181</sup>

§ 84 AktG, der einen **allgemeinen Sorgfaltsmaßstab** festlegt, wird auch als Ausgangspunkt für die Ausgestaltung der Vorstandspflichten herangezogen. Eine allgemeine und abstrakte Aufzählung der Vorstandspflichten enthält diese Bestimmung jedoch nicht, da es vielmehr auf die jeweilige Situation ankommt, in der sich der Vorstand befindet.<sup>182</sup>

§ 84 Abs 3 AktG enthält jedoch eine **Aufzählung der Tatbestände**, zu deren Einhaltung der Vorstand einer AG „namentlich“ verpflichtet ist: Z 1 das Verbot der Einlagenrückgewähr; Z 2 die Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre; Z 3 die Zeichnung, das Erwerben, das In-Pfand-Nehmen oder das Einziehen von Aktien der eigenen oder einer anderen Gesellschaft; Z 4 das Ausgeben von Aktien vor voller Leistung des Ausgabebetrags; Z 5 die Verteilung von Gesellschaftsvermögen; Z 6 die Vornahme von Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, soweit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht eingehalten wurde; Z 7 die Kreditgewährung sowie Z 8 die bedingte Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder die Ausgabe von Bezugsaktien vor voller Leistung des Gegenwertes.<sup>183</sup>

Bei der Norm des § 84 Abs 1 AktG handelt es sich daher grundsätzlich um eine Generalklausel aus der die Lehre und Rechtsprechung eine Reihe konkreter sowie situationsabhängiger Einzelpflichten des Vorstands abgeleitet haben. Darunter fallen:<sup>184</sup> das Legalitätsprinzip, nachdem der Vorstand zur Einhaltung der die Gesellschaft treffenden Gesetze und Verträge verpflichtet ist; die Überwachungspflicht iSe organisierten Abstimmung der Tätigkeitsbereiche der einzelnen Vorstandsmitglieder

---

<sup>179</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174f.

<sup>180</sup> Vgl. § 1299 ABGB.

<sup>181</sup> Vgl. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 84 Rz 7.

<sup>182</sup> Vgl. Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (1996) Rz 60f.

<sup>183</sup> Vgl. § 84 Abs 3 AktG.

<sup>184</sup> Vgl. Fleischer in Fleischer (Hrsg.), Vorstandsrecht § 7 Rz 1; Hüffer, AktG § 93 Rz 3a.

untereinander, die gegenseitige Überwachung der einzelnen Vorstandmitglieder sowie eine „sachgerechte Aufteilung und Abgrenzung der Arbeit der nachgeordneten Führungskräfte“<sup>185</sup>; weiters lässt sie aus der Norm des § 84 Abs 1 AktG auch die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung ableiten.

#### 4.2.2.1.3.2 Treupflicht des Vorstands

Neben der Sorgfaltspflicht zählt die Treupflicht des Vorstands zu seinen Hauptpflichten. Im Vordergrund steht dabei, dass der Vorstand bzw jedes einzelne Vorstandsmitglied einerseits umfassend im Interesse der Gesellschaft zu handeln sowie die **Gesellschaftsinteressen** an sich **zu wahren** hat, andererseits aber auch **Interessenskonflikte zu vermeiden** sowie allenfalls bestehende Interessenskonflikte zwischen sich und der Gesellschaft, die über einfache Interessendivergenzen nach § 70 AktG hinausgehen, nicht zu seinen Gunsten bzw zu Gunsten einer anderen, ihm nahe stehenden Person, zu entscheiden hat. Diese Regelung greift insbesondere bei vermögensrechtlichen Konflikten. Sofern ein Interessenskonflikt besteht, ist dieser der AG gegenüber unverzüglich und vollständig offen zulegen.<sup>186</sup> Der Vorstand hat demnach stets das Unternehmenswohl im Auge zu behalten, seine eigenen Interessen hintanzustellen sowie etwaige Geschäftschancen der AG nicht zu seinem eigenen Vorteil auszunutzen.<sup>187</sup> Diese Regelung gilt auch für Interessen dritter Personen, soweit diese auf die Entscheidung des Vorstands Einfluss haben.

Neben einzelnen im Gesetz ausdrücklich normierten Sondertatbeständen der Treupflicht erkennt die Lehre somit im Wege einer **Generalklausel** das Vorhandensein einer allgemeinen, gesetzlich nicht ausdrücklich niedergeschriebenen Treupflicht des Vorstands an, welche sich aus seiner Stellung als **Verwalter fremden Vermögens** sowie aus seiner organschaftlichen Stellung zur AG ergibt.<sup>188</sup> Obwohl dem Vorstand bei der Verwaltung des Vermögens der Aktionäre ein umfassender Ermessensspielraum zukommt, hat er somit jedenfalls im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre zu handeln sowie mit seinen

---

<sup>185</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/334.

<sup>186</sup> Vgl. *Schlösser*, Organhaftung 57; Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 67ff.

<sup>187</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/392; *Schlösser*, Organhaftung 57.

<sup>188</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 67; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/390; *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 182f.

Kenntnissen, Fähigkeiten und Erfahrungen uneingeschränkt und vorbehaltlos zu Gunsten der AG tätig zu werden.<sup>189</sup>

An gesetzlich normierten **Ausformulierungen der Treuepflicht** seien hier genannt: das Wettbewerbsverbot nach § 79 Abs 1 AktG und die Verschwiegenheitspflicht nach § 84 Abs 1 S 2 AktG.

- **Wettbewerbsverbot** gemäß § 79 Abs 1 AktG: Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats grundsätzlich weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch im selben Geschäftszweig wie die AG für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, noch sich als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Handelsgesellschaft beteiligen. Hintergrund dieser Bestimmung ist es, eine uneingeschränkte Hingabe des Vorstandsmitgliedes den Interessen der Gesellschaft gegenüber zu erzielen und zwar unabhängig davon, ob das Vorstandsmitglied mit seiner Handlung tatsächlich mit der AG in Konkurrenz tritt. Entfallen kann dieses Wettbewerbsverbot allenfalls durch die Zustimmung des Aufsichtsrats, welche sowohl vorweg im Anstellungsvertrag, als auch nachträglich erteilt werden kann.<sup>190</sup> Mit Beendigung der Vorstandstätigkeit geht auch grundsätzlich das Ende des Wettbewerbsverbotes einher; eine Geltung darüber hinaus ist jedoch in Rahmen der guten Sitten durch Vereinbarung möglich (Konkurrenzklause).<sup>191</sup> Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot stellt eine grobe Pflichtverletzung dar und berechtigt die Gesellschaft zur vorzeitigen Abberufung des zuwiderhandelnden Vorstandsmitgliedes. Weiters kann die Gesellschaft das Vorstandsmitglied auf Schadensersatz in Anspruch nehmen oder auch in das abgeschlossene Geschäft eintreten (Eintrittsrecht).<sup>192</sup>
- **Verschwiegenheitspflicht** gemäß § 84 AktG: Nach § 84 Abs 1 S 2 AktG haben Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren. Dies ergibt sich aus einer allgemeinen übergeordneten Interessenswahrungspflicht des AG-Vorstands gegenüber seiner Gesellschaft.<sup>193</sup> Zu beachten ist jedoch, dass jeweils auf das im Einzelfall zu beurteilende Interesse der Gesellschaft an der

---

<sup>189</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/390.

<sup>190</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 70; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/397f.

<sup>191</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 69.

<sup>192</sup> Vgl. § 79 Abs 2 AktG.

<sup>193</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, Vorstand der AG 117f.

Geheimhaltung einer bestimmten Information abzustellen ist.<sup>194</sup> Nach hM - anders *Jabornegg*<sup>195</sup> - besteht die Verschwiegenheitspflicht auch nach Beendigung der Vorstandstätigkeit uneingeschränkt fort.<sup>196</sup> Eine Wirkung über das Ende der Vorstandstätigkeit hinaus erscheint meiner Meinung nach – gemessen am Zweck der Verschwiegenheitspflicht als fortbestehender Schutz vertraulicher Informationen - auch nachvollziehbar. Verletzt ein Vorstandsmitglied seine Geheimhaltungspflicht, so kann es von der AG auf Schadensersatz in Anspruch genommen und auch aus wichtigem Grund vorzeitig abberufen werden.<sup>197</sup>

#### 4.2.2.1.3.3 Sonstige Vorstandspflichten

Zu dieser Gruppe gehören durch **Gesetz**, **Satzung** oder auch durch **verbindlichen Organbeschluss** auferlegte Vorstandspflichten. Wie bereits erwähnt wurde, sind nur wenige Vorstandspflichten gesetzlich konkret ausgestaltet; die meisten Pflichten des Vorstands ergeben sich bereits durch Auslegung der gesetzlich festgelegten Generalklausel iSd allgemeinen Sorgfaltspflicht.

An gesetzlich konkret ausgestalteten Vorstandspflichten seien genannt: Berichts- und Auskunftspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat gemäß § 81 AktG, Buchführungspflicht gemäß § 82 AktG iSd Errichtung und Führung eines Rechnungswesen sowie eines internen Kontrollsystems und die Pflicht zur Kapital- und Vermögenserhaltung nach § 84 Abs 3 AktG.

Zusätzlich haben österreichische Leitungsorgane noch weitere nicht positivierete Pflichten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beachten. Zu nennen ist hierbei einerseits die Geschäftschancenlehre (Lehre von den *corporate opportunities*), welche als Ausprägung der Treuepflicht vorsieht, dass Geschäftschancen stets zugunsten der Gesellschaft wahrzunehmen und nicht für eigene Zwecke auszunützen sind. Demnach ist es Leitungsorganen untersagt Geschäftschancen wahrzunehmen, welche auch für ihre Gesellschaft von Interesse sind, sofern ihre Tätigkeit in der Gesellschaft die Wahrnehmung

---

<sup>194</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/402.

<sup>195</sup> Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 91.

<sup>196</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 73; *Hüffer*, AktG<sup>8</sup> § 93 Rz 7.

<sup>197</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/404; Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 93.

dieser Geschäftschancen ermöglicht oder erleichtert.<sup>198</sup> Anzumerken ist dazu, dass die Wahrnehmung einer derartigen Geschäftschance mit der Zustimmung des Aufsichtsrates in Anwendung des § 79 AktG zwar grundsätzlich zulässig ist, sofern diese Zustimmung jedoch nicht erteilt wird, besteht wahlweise ein Eintrittsrecht sowie die Möglichkeit, das jeweilige Leitungsorgan auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.<sup>199</sup>

Eine weitere in Österreich bislang nicht postivierte Pflicht betrifft das Prinzip der *BJR*, welches die Grenzen zwischen einer bloßen unternehmerischen Fehlentscheidung und einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung von Organmitgliedern determiniert und in weitere Folge unter Punkt 4.3.5. ausführlich behandelt wird.<sup>200</sup>

### 4.2.3 GmbH

Im Rahmen der Organstruktur der GmbH wird zwischen **obligatorischen** iSv zwingenden und **fakultativen Organmitgliedern** einer GmbH unterschieden. Zu den obligatorischen Organen der GmbH zählen die **Geschäftsführer** sowie die **Generalversammlung**. Das Vorhandensein eines Aufsichtsrats ist hingegen nur im Falle einer Überschreitung von im Gesetz explizit festgelegten Größenmerkmalen zwingend vorgesehen. Zusätzlich kann auch ein Abschlussprüfer zu bestellen sein, dessen Aufgabenbereich die Prüfung des Jahresabschlusses sowie des Lageberichts der GmbH umfasst. Auf freiwilliger Basis können daneben noch weitere Organe, wie zum Beispiel ein Beirat, eingerichtet werden.<sup>201</sup>

Der bzw die Geschäftsführer sowie die Generalversammlung sind somit Pflichtorgane einer jeden GmbH. Gemäß § 29 GmbHG ist ein **Aufsichtsrat** demgegenüber nur bei **Vorliegen gewisser Voraussetzungen** zu bestellen. Diese wären, dass:

- *„das Stammkapital 70 000 Euro und die Anzahl der Gesellschafter fünfzig übersteigen, oder*
- *die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt dreihundert übersteigt, oder*
- *die Gesellschaft Aktiengesellschaften, aufsichtsratspflichtige Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Sinn des Abs. 2 Z. 1 einheitlich leitet (§ 15 Abs. 1 Aktiengesetz 1965) oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent beherrscht und in beiden Fällen*

---

<sup>198</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/395; *Doralt*, Managerpflichten in der englischen Limited, Companies Act Kommentar (2011) sec 178 Rz 25; *Schima in Kalss/Kunz* (Hg.) Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 12 Rz 97ff.

<sup>199</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 182.

<sup>200</sup> Siehe zu den Regeln der *BJR* sowie zu deren Bedeutung für Österreich ausführlich unter Punkt 4.3.5.

<sup>201</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/8.

*die Anzahl der Arbeitnehmer jener Gesellschaft und dieser Gesellschaften zusammen im Durchschnitt dreihundert übersteigt, oder*

- *die Gesellschaft persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist und die Anzahl der Arbeitnehmer in ihrem Unternehmen und im Unternehmen der Kommanditgesellschaft im Durchschnitt zusammen dreihundert übersteigt, oder*
- *aufgrund des VIII. Teils des Arbeitsverfassungsgesetzes die Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft das Recht haben, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrats zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen*<sup>202</sup>

#### 4.2.3.1 Geschäftsführer der GmbH

Das Pendant zum Vorstand einer AG ist der Geschäftsführer einer GmbH. Auch ihm obliegt die fachlich sorgfältige und gewissenhafte Führung und **Leitung** der Gesellschaft – somit die ordnungsgemäße **Vertretung** der GmbH im Außenverhältnis bzw die Leitungs- und Entscheidungskompetenz nach innen. Die Erfüllung dieser Kernpflichten setzt, wie auch bei den Vorstandsmitgliedern einer AG, notwendigerweise eine gewisse Kenntnisse und das Vorhandensein spezifischer Fähigkeiten voraus.<sup>203</sup> In den folgenden Unterkapiteln wird die Stellung und Bedeutung der Geschäftsführer einer GmbH näher dargestellt. Es kann dabei grundsätzlich auf die Ausführungen zum Vorstand der AG verwiesen werden.

##### 4.2.3.1.1 Die Stellung des Geschäftsführers

Dem Geschäftsführer, als zwingend vorgesehenem Organ einer jeden GmbH<sup>204</sup>, obliegt einerseits die **Vertretung der GmbH gegenüber Dritten nach außen** sowie die **Unternehmensleitung**, dh die Führung der Geschäfte im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Geschäftsführern nach innen. Zu GmbH-Geschäftsführern können nur physische und handlungsfähige Personen bestellt werden.<sup>205</sup> Nach dem Prinzip der Drittorganschaft ist es jedoch nicht erforderlich, dass es sich bei den Geschäftsführern um

---

<sup>202</sup> Vgl. § 29 Abs 1 Z 1-5 GmbHG.

<sup>203</sup> Vgl. *Leitner*, Auswahlverschulden der GmbH bei einem Qualifikationsmangel des Geschäftsführers - Anlass zur Haftungsminderung?, GeS 2009, 208 (208).

<sup>204</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG- Kommentar<sup>3</sup> (2007) § 15 Rz 6.

<sup>205</sup> Vgl. *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 15 Rz 2.

Gesellschafter der GmbH handelt.<sup>206</sup> Die Geschäftsführer vertreten die GmbH als juristische Person nach außen gerichtlich und außergerichtlich gegenüber Dritten, Behörden sowie auch gegenüber den Gesellschaftern.<sup>207</sup>

Die Geschäftsführung im Innenverhältnis betrifft im Gegensatz dazu das Verhältnis der Geschäftsführer zur GmbH. Dieses Verhältnis wird grundsätzlich weit verstanden und beinhaltet alle Handlungen und Unterlassungen organisatorischer, kaufmännischer und personeller Art (Leistungsmaßnahmen in Innen- und Außenverhältnis).

Innerhalb der Gruppe der GmbH-Geschäftsführer wird zwischen zwei Arten unterschieden:

- **Handelsrechtliche Geschäftsführer;**
- **Gewerberechtliche Geschäftsführer.**<sup>208</sup>

Der handelsrechtliche Geschäftsführer muss eine natürliche, dh physische und voll handlungsfähige Person sein. Jede GmbH hat einen oder mehrere dieser Geschäftsführer. Sie sind operativ für das Innenverhältnis sowie für die Vertretung im Außenverhältnis zuständig.

Bei der Ausübung eines bestimmten Gewerbes erbringt demgegenüber der gewerberechtliche Geschäftsführer die für die Ausübung dieses Gewerbes notwendigen persönlichen Voraussetzungen bzw den erforderlichen Befähigungsnachweis für die GmbH, als Gewerbeinhaberin.<sup>209</sup> Die GmbH als juristische Person übt demnach das Gewerbe aus, auf sie lautet der Gewerbebeschein und sie ist Trägerin des Gewerberechts. Um jedoch eine bestimmte Gewerbeberechtigung zu erhalten, muss die GmbH einen gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen. Dieser kann nur eine persönliche Person sein, welche die allgemeinen und besonderen Gewerbebeitrittsvoraussetzungen erfüllt. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer gemäß § 39 Abs 2 GewO nicht auch Organmitglied der Gesellschaft sein muss. Sofern dies nicht der Fall ist, wird der gewerberechtliche Geschäftsführer von den handelsrechtlichen Geschäftsführern und nicht von der Gesellschaft eingesetzt.<sup>210</sup> Sofern der gewerberechtliche Geschäftsführer bestellt ist, muss er sich im Betrieb entsprechend betätigen, insbesondere eine

---

<sup>206</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/12.

<sup>207</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 1/40; *Gellis/Feil*, *GmbHG*<sup>7</sup> § 18 Rz 4.

<sup>208</sup> Vgl. *Bollenberger-Klemm*, *Geschäftsführerhaftung*<sup>4</sup> (2008) 17f.

<sup>209</sup> Vgl. *Gellis/Feil*, *GmbHG*<sup>7</sup> § 15 Rz 3.

<sup>210</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 15 Rz 4.

selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen und auch zeitlich konkret in der Lage sein, seinen Überwachungsaufgaben nachzukommen.<sup>211</sup>

Zu den **allgemeinen Voraussetzungen** zählen:

- Vollendung des 18.Lebensjahres;
- Unbescholtenheit;
- EWR- oder Schweizer Staatsbürger bzw entsprechender Aufenthaltstitel;
- Kein Gewerbeausschlussgrund.

Zu den **besonderen Voraussetzungen** zählen:

- Befähigungsnachweis (bei reglementierten bzw konzessionierten Gewerben).

§ 39 GewO schreibt weiters vor, dass in einer GmbH gewerberechtllicher Geschäftsführer nur sein kann, der:<sup>212</sup>

- entweder schon handelsrechtlicher Geschäftsführer ist oder
- zumindest zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt und nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist.<sup>213</sup>

Als Gewerbeausschlussgründe nennt § 13 GewO:<sup>214</sup>

- Verurteilung wegen §§ 156-159 StGB (organisierte Schwarzarbeit, betrügerischer Krida etc) oder wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen, sofern die Verurteilung noch nicht getilgt ist;
- Ausübung eines Gastgewerbes – Verurteilung wegen §§28-31 SMG;
- Ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet oder aufgehoben wurde und der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen ist;
- Verurteilung zu einer Geldstrafe von mehr als € 726 wegen der Finanzvergehen des Schmuggels, der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben, der Abgabenhellerei, der Hinterziehung von Monopoleinnahmen, des vorsätzlichen Eingriffes in ein staatliches Monopolrecht oder der Monopolhellerei oder wenn neben einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängt wurde und seit der Bestrafung noch keine fünf Jahre vergangen sind.

---

<sup>211</sup> Vgl. *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung<sup>4</sup> 18f.

<sup>212</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15 Rz 4.

<sup>213</sup> Vgl. § 39 GewO.

<sup>214</sup> Vgl. § 13 GewO.

Dies gilt auch wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

Gemäß § 26 GewO hat jedoch die Bezirksverwaltungsbehörde, als zuständige Behörde, eine Nachsicht von dem jeweiligen Ausschlussgrund zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist bzw auf Grund der nunmehrigen wirtschaftlichen Lage des Rechtsträgers erwartet werden kann, dass er den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird.<sup>215</sup>

Neben diesen nach den Gesetzesbestimmungen ordnungsgemäß und rechtskonform bestellten Geschäftsführern als Leitungsorganen der Kapitalgesellschaften, gibt es in Österreich auch die Figur des „**faktischen Geschäftsführers**“ bzw des „**de-facto-Geschäftsführers**“.<sup>216</sup> Bei einem faktischen Geschäftsführer handelt es sich um eine Person, die sich als Geschäftsführer geriert, ohne es tatsächlich zu sein.<sup>217</sup> Der faktische Geschäftsführer leitet somit das Unternehmen tatsächlich, ohne wirksam zum Geschäftsführer bestellt zu sein. Häufig ist die Person des faktischen Geschäftsführers gleichzeitig Mehrheitsgesellschafter womit einhergeht, dass der formell bestellte Geschäftsführer *de facto* „nichts mehr zu sagen hat“. Nichtsdestotrotz können auch Nichtgesellschafter als faktische Geschäftsführer tätig werden. An Beispiele für die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers sind einerseits unwirksame Beststellungsakte zu nennen, die vorerst häufig unerkannt bleiben oder auch Fälle, in denen ein tatsächlich bestellter Geschäftsführers, lediglich als „Strohmann“ fungiert und seine Organfunktionen nicht ausübt.<sup>218</sup>

Da die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers nicht klar abgegrenzt und stark von Rechtsunsicherheiten geprägt ist, bestehen grundsätzlich unterschiedliche Ansichten in der Literatur, ob es im Falle eines schuldhaften Fehlverhaltens auch zu einer Haftung des faktischen Geschäftsführers kommt. In Anlehnung an die herrschende österreichische

---

<sup>215</sup> Vgl. § 26 GewO.

<sup>216</sup> Korrespondierend dazu sieht auch das AktG die Figur von fehlerhaften, unwirksamen oder gar nicht bestellten Organmitgliedern vor („faktische Organe“), welche ebenfalls haften können, sofern sie ihr Amt unter Billigung des Aufsichtsrates ausüben.

<sup>217</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/35; *Gellis/Feil*, *GmbHG*<sup>7</sup> § 25 Rz 3.

<sup>218</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/35.

Literatur wird eine Haftung nach den allgemeinen Regeln des GmbHG und des AktG<sup>219</sup> nach den jüngsten Entwicklungen grundsätzlich bejaht.<sup>220</sup> Dementsprechend können auch Personen haften, die nicht wirksam als Geschäftsführer bestellt worden sind.<sup>221</sup> In der Literatur wird dazu die Ansicht vertreten, dass die Haftung eines abberufenen bzw zurückgetretenen Geschäftsführers somit erst zu dem Zeitpunkt endet, mit dem er seine Funktion tatsächlich nicht mehr ausübt.<sup>222</sup>

#### 4.2.3.1.2 Bestellung, Abberufung und Rücktritt des Geschäftsführers

Die **Bestellung** und auch die Abberufung des bzw der GmbH-Geschäftsführer obliegt grundsätzlich den **Gesellschaftern der GmbH**<sup>223</sup> und darf daher keinen anderen Organen (Aufsichtsrat oder Beirat) übertragen werden. Über die Bestellung des bzw der Geschäftsführer wird durch Beschluss mit einfacher Mehrheit entschieden. Der Beschluss kann entweder in der Gesellschafterversammlung (Generalversammlungsbeschluss), wenn alle Gesellschafter mit dem Verfahren einverstanden sind, auch schriftlich im Wege eines Umlaufbeschlusses oder grundsätzlich auch formlos gefasst werden - dies jedoch nur dann wenn alle Gesellschafter mit dem Beschluss einverstanden sind.<sup>224</sup> Für den Fall, dass ein Gesellschafter der GmbH zum Geschäftsführer bestellt wird, kann dies auch im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Die Organfunktion als Geschäftsführer geht demnach mit dem Ausscheiden als Gesellschafter aus der GmbH verloren. Die Bestellung selbst bedarf der Annahme durch die betroffene Person, da mit der Übernahme dieser Stellung bedeutende Rechte und Pflichten verbunden sind. Die Bestellung wird von den Geschäftsführern in vertretungsbefugter Zahl zum Firmenbuch angemeldet und muss unterschrieben werden. Die darauf folgende Eintragung zum Firmenbuch ist zwar zwingend vorgesehen, hat jedoch nur deklarative Bedeutung.<sup>225</sup>

In **Ausnahmefällen** ist weiters die **gerichtliche Bestellung** eines Geschäftsführers möglich. Dies ist gemäß § 15 a GmbHG vorgesehen, sofern die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäftsführer fehlen. Es wird sodann durch das Gericht ein

---

<sup>219</sup> Vergleich dazu die Ausführungen zu § 25 GmbHG bzw § 84 AktG im Folgenden in Kapitel 5.2.

<sup>220</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 6.

<sup>221</sup> Zur Haftung des faktischen Geschäftsführers in der Insolvenz siehe Kapitel 6.2.2.4.

<sup>222</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/35.

<sup>223</sup> Vgl. *Straube/Ratka/Stöger/Völkl* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Loseblatt-Ausgabe (2008) § 15 Rz 20.

<sup>224</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/15.

<sup>225</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/18.

Notgeschäftsführer für die Zeit bis zur Behebung des Mangels bestellt.<sup>226</sup> Der Antrag hierzu kann von anderen Geschäftsführern, Gesellschaftern, Aufsichtsratsmitgliedern oder Dritten, die Ansprüche gegenüber der Gesellschaft geltend machen wollen, gestellt werden.

Wie bereits erwähnt, erfolgt auch die **Abberufung** des bzw der Geschäftsführer durch **Beschluss der Gesellschafter** mit einfacher Mehrheit. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist dabei nicht erforderlich, sodass der Einfluss der Gesellschafter bei der GmbH, anders als bei der AG, unmittelbar wirkt.<sup>227</sup> Die Eintragung der Abberufung im Firmenbuch ist unverzüglich durch die im Amt befindlichen Geschäftsführer vorzunehmen, hat jedoch wiederum nur deklarative Wirkung. Weiters ist zu beachten, dass der Gesellschafter, der zugleich Geschäftsführer ist, bei der Abberufung keinem Stimmverbot unterliegt und somit seine Abberufung auch verhindern kann. Aus diesem Grund sind noch weitere Abberufungsmöglichkeiten vorgesehen, wie die Abberufung durch **gerichtliche Entscheidung**. Diese Möglichkeit dient dazu, dem Umstand entgegenzuwirken, dass ein Geschäftsführer, der selbst Gesellschafter ist, durch seine Stimmmacht seine eigene Abberufung verhindern kann bzw die Abberufung dadurch verhindert wird, dass eine Stimmenmehrheit der Gesellschafter einen Geschäftsführer stützt. Neben der Abberufung eines Geschäftsführers durch das Gericht, kann bei der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers ein „Sonderrecht auf Geschäftsführung“ im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Der **Gesellschafter-Geschäftsführer** kann demnach nur mit seiner **Zustimmung** durch Beschluss abberufen werden. Stimmt er nicht zu, so kann eine Abberufung nur erfolgen, sofern ein **wichtiger Grund** vorliegt und eine Abberufungsklage erhoben wird.<sup>228</sup> Als wichtiger Grund gelten jedenfalls grobe Pflichtverletzungen sowie die Unfähigkeit zur sorgfältigen Geschäftsführung. Nach der Rechtsprechung des OGH<sup>229</sup> sind hierfür zwei Indikatoren maßgeblich: Durch das Fortsetzen der Tätigkeit des Geschäftsführers wäre das Interesse der Gesellschaft erheblich gefährdet und/oder den übrigen Gesellschaftern kann nach den Umständen des Einzelfalls und einer Interessensabwägung das Fortsetzen dieser Tätigkeit nicht zugemutet werden. Im Wege einer Gesamtschau ist hierbei auch das Verhalten der Mitgesellschafter zu berücksichtigen.

---

<sup>226</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/19.

<sup>227</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/21f.

<sup>228</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/26.

<sup>229</sup> OGH 21.05.2003, 6 Ob 63/03p; OGH 09.11.2006, 6 Ob 190/06v; OGH 17.12.2008, 6 Ob 213/07b.

Die gerichtliche Abberufung selbst wird durch das rechtskräftige Urteil und dessen Zugang wirksam.

Gemäß § 16a GmbHG ist weiters die Beendigung einer Geschäftsführungsfunktion durch **Rücktritt** vorgesehen. Das Gesetz schreibt hierfür eine Frist von 14 Tagen vor, wobei der Rücktritt bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch mit sofortiger Wirkung erfolgen kann.<sup>230</sup> Als Beispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes werden unter anderem genannt, dass der Geschäftsführer an der pflicht- und ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben behindert ist und dagegen mit zumutbaren Maßnahmen keine Abhilfe geleistet werden kann.

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass der Rücktritt eines Geschäftsführers, vor allem im Falle einer Unternehmenskrise, ein nützliches Mittel zur Haftungsvermeidung sein kann. In diesem Zusammenhang sollte jedoch beachtet werden, dass ein Rücktritt zur Unzeit, ohne wichtigen Grund, diese Wirkung nicht hervorruft und als problematisch angesehen wird.<sup>231</sup> Es ist daher der Rücktritt als Geschäftsführer stets so rechtzeitig anzukündigen, dass die Gesellschaft handlungsfähig bleibt und durch den Rücktritt keinen Schaden erleidet, da es anderenfalls zu einer Schadensersatzpflicht für den zurückgetretenen Geschäftsführer kommen kann.

#### 4.2.3.1.3 Aufgaben und Pflichten des Geschäftsführers

Die Aufgaben und Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers sind gekennzeichnet durch seine Kompetenz zur **Geschäftsführung** und **Vertretung** der GmbH. Der im GmbHG festgelegte Begriff der Geschäftsführung umfasst alle betrieblichen und wirtschaftlich notwendigen Maßnahmen der strategischen Unternehmensführung. Gemäß § 18 Abs 1 GmbHG wird die GmbH durch die bzw den Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Diese Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber im Außenverhältnis sachlich nicht beschränkt, Einschränkungen im Innenverhältnis, beispielsweise durch die Satzung oder im Wege der Ressortverteilung, sind jedoch möglich und müssen von den Geschäftsführern beachtet werden.<sup>232</sup> Eine Ausnahme hiervon ist der Missbrauch der Vertretungsmacht, bei der Vertretungshandlungen im

---

<sup>230</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/34.

<sup>231</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/34.

<sup>232</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/40.

Außenverhältnis keine Wirkung entfalten, wenn der Dritten vom der Überschreitung der Vertretungsmacht wusste oder sie ihm offenbar auffallen hätte müssen.

Das GmbHG sieht im **Zweifel Gesamtgeschäftsführung** bzw **Gesamtvertretung**<sup>233</sup> vor. Für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, kommt diesen demnach gemeinsam eine kollektive Vertretungsbefugnis zu. Die Geschäftsführer bilden ein Kollegialorgan, wobei für die Willensbildung einstimmige Geschäftsführungsbeschlüsse erforderlich sind.<sup>234</sup> Gemäß § 21 Abs 1 GmbHG kann jedoch bei Gefahr im Verzug jeder Geschäftsführer die notwendigen Maßnahmen selbstständig vornehmen.

§ 25 GmbHG normiert die Verhaltenspflichten der einzelnen Geschäftsführer. Grundlegendes Prinzip ist hierbei, dass der Geschäftsführer bei seinen Handlungen die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** an den Tag zu legen hat.<sup>235</sup>

Die **wichtigsten Pflichten** des Geschäftsführers sind demnach die:

- **Sorgfaltspflicht;**
- **Treuepflicht;**
- **Loyalitätspflicht.**<sup>236</sup>

#### 4.2.3.2 Aufsichtsrat der AG bzw GmbH

Der Aufsichtsrat ist als Überwachungsorgan einer jeden AG sowie bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch bei einer GmbH zu bestellen. Während im Bereich der AG somit stets ein Aufsichtsrat zu bestellen ist, ist der Aufsichtsrat einer GmbH nur unter den **Voraussetzungen des § 29 GmbHG** zwingend vorgesehen. Man bezeichnet dies als den „**obligatorischen Aufsichtsrat**“. In anderen Fällen kann der Aufsichtsrat der GmbH auf freiwilliger Basis errichtet werden – dies wird als „**fakultativer Aufsichtsrat**“ bezeichnet.

Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft ist die **Überwachung der Geschäftsführung** durch den Vorstand einer AG bzw durch den Geschäftsführer einer GmbH. Er übt damit die Funktion eines Überwachungs- und Kontrollorgans aus und ist

---

<sup>233</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 18 Rz 13.

<sup>234</sup> Vgl. *Fritz*, Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften, SWK 83.Jahrgang/Okttober 2008, Rz 183ff.

<sup>235</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.

<sup>236</sup> Siehe hierzu die Ausführungen zur AG.

dementsprechend für eine funktionierende Organstruktur innerhalb der Gesellschaft von zentraler Bedeutung.

#### 4.2.3.2.1 Stellung des Aufsichtsrats

Da die einzelnen Organe innerhalb einer Kapitalgesellschaft zueinander im Verhältnis der Gleichordnung stehen, sind deren Aufgabenbereiche gesellschaftsrechtlich strikt voneinander abgegrenzt. Eingriffe in die Kompetenzen eines anderen Organs sind somit, wie bereits erwähnt, regelmäßig unwirksam.<sup>237</sup> § 90 Abs 1 Satz 1 AktG legt in diesem Zusammenhang fest, dass das **Amt** des Aufsichtsratsmitglieds mit dem eines **Vorstandsmitglieds unvereinbar** ist.<sup>238</sup> § 90 Abs 2 AktG räumt jedoch die Möglichkeit ein, dass Aufsichtsratsmitglieder für einen im Vorhinein begrenzten Zeitraum zu Vertretern von Vorstandsmitgliedern bestellt werden können. Während dieser Zeit dürfen sie ihre Funktion als Aufsichtsratsmitglied nicht ausüben, da es sonst zu einem Interessenkonflikt iSe Eigenüberwachung kommen würde.<sup>239</sup> Entsprechendes gilt nach § 30e GmbHG auch im Bereich der GmbH.

Die **check-and-balance Funktion** des Aufsichtsrats einer AG bzw GmbH spielt dabei vor allem bei seiner Kompetenz zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer AG eine wichtige Rolle. Diese Tätigkeit fällt ebenso wie die Ernennung des Vorstandsvorsitzenden einer AG gemeinsam mit dem Abschluss, der Ausgestaltung sowie der Auflösung des Vorstandvertrages in die ausschließliche Kompetenz des Aufsichtsrats.<sup>240</sup>

Zu beachten ist, dass der Aufsichtsrat in der GmbH im Allgemeinen eine geringere Bedeutung als innerhalb der AG hat. So hat der GmbH-Aufsichtsrat beispielsweise keine Kompetenz zur Bestellung oder Abberufung der Geschäftsführer, da dies nach dem GmbH-Recht den Gesellschaftern obliegt.<sup>241</sup>

Die Mitglieder des Aufsichtsrats selbst werden durch **Wahl bzw durch Entsendung der Aktionäre** oder durch das **Gericht bestellt**.<sup>242</sup> Je nach ihrer Bestellung und Funktion werden grundsätzlich zwei Arten von Aufsichtsratsmitgliedern unterschieden: die **Kapitalvertreter** und die **Arbeitnehmervertreter**. Die Kapitalvertreter werden von der

---

<sup>237</sup> Vgl. Pichler/Weninger, Vorstand der AG 3.

<sup>238</sup> Vgl. Kalss/Schimka in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 2 Rz 26.

<sup>239</sup> Vgl. Schlosser, Organhaftung 5; Kalss/Schimka in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 2 Rz 27.

<sup>240</sup> Vgl. Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 8 Rz 5.

<sup>241</sup> Vgl. Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 8 Rz 6.

<sup>242</sup> Vgl. Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006) 69.

Hauptversammlung gewählt, während die Arbeitnehmervertreter vom Betriebsrat entsendet werden. In Unternehmen ohne Betriebsrat bzw wenn der Betriebsrat von seinem Entsendungsrecht keinen Gebrauch macht, gibt es somit keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

#### 4.2.3.2.2 Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats

Dem Aufsichtsrat, als **Kontroll- und Überwachungsorgan**, obliegt gemäß § 95 Abs 1 AktG und gemäß § 30j GmbHG die laufende Überwachung der Geschäftsführung sowie im Bereich der AG auch die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder nach § 75 Abs 1 AktG. Diese Tätigkeiten zählen neben der **Vertretung der Gesellschaft bei Rechtshandlungen und Rechtsstreitigkeiten mit dem Vorstand** und den Geschäftsführern zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats.

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist jedoch zweifelsohne seine Überwachungspflicht gegenüber den Handlungen des Geschäftsleitungsorgans. Nach *Semlers*<sup>243</sup> Theorie von der „**abgestuften Überwachungspflicht**“ werden verschiedene Stufen der Überwachungsintensität je nach der aktuellen Lage der Gesellschaft unterschieden. Es gibt demnach drei Stufen der Überwachungsintensität durch den Aufsichtsrat:

- **Begleitende Überwachung:** Bei normaler Geschäftsentwicklung besteht bloß eine Pflicht zur begleitenden Überwachung.
- **Unterstützende Überwachung:** Bei Verschlechterung der Geschäftslage muss die Überwachungspflicht hin zu einer unterstützenden Überwachung intensiviert werden, dh es kommt zu einer häufigeren Einforderung von Berichten des Vorstands bzw des Geschäftsführers oder Geschäfte werden an den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gebunden.
- **Gestaltende Überwachung:** In der Krise kommt es zu einer gestaltenden Überwachung, dh der Aufsichtsrat hat all seine Ressourcen auszuschöpfen, um schnellst möglich den gesellschaftsrechtlichen Normalzustand wiederherzustellen.

Zusätzlich finden sich noch **weitere Grundpflichten** des Aufsichtsrats, wobei das Gesetz nicht nur dem Aufsichtsrat als Organ, sondern auch den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern Pflichten auferlegt. Ausgangspunkt ist hierbei vor allem eine generalklauselartige allgemeine Sorgfaltspflicht. Zu weiteren zentralen Aufgaben des Aufsichtsrats zählen insbesondere, die Treuepflicht des Aufsichtsrats, welche gemäß §§ 99 iVm 84 Abs 1

---

<sup>243</sup> Vgl. *Semler*, Aktiengesellschaft Rz 231.

letzter Satz AktG aus der Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht abgeleitet wird. Zentrale Bestandteile der Treuepflicht des Aufsichtsrats sind die Verschwiegenheitspflicht, das Ausnutzungsverbot sowie das Verbot des Insiderhandels und das Willkürverbot.<sup>244</sup>

#### 4.2.3.3 Hauptversammlung der AG

Die Hauptversammlung ist das oberste Willensbildungsorgan einer jeden AG, somit die zur **Willensbildung der Gesellschaft berufene Aktionärsversammlung**.<sup>245</sup> Die Hauptversammlung legt die Zusammensetzung der Aufsichtsratsmitglieder fest und ist demnach für die Organstruktur der AG von zentraler Bedeutung. Dies zeigt sich auch in ihrer Kompetenz durch ein Misstrauensvotum auf die Abberufung der Vorstandsmitglieder Einfluss nehmen zu können. Zu weiteren Aufgaben der Hauptversammlung zählen unter anderem die **Entlastung des Vorstands**<sup>246</sup>, die **Beschlussfassung über Satzungsänderungen**<sup>247</sup> sowie die **Beschlussfassung über die Gewinnverteilung**<sup>248</sup> innerhalb der AG.

#### 4.2.3.4 Generalversammlung der GmbH

Auch bei der Generalversammlung der GmbH handelt es sich um das oberste **Willensbildungsorgan** einer jeden GmbH. Dieses Organ wird durch die Gesellschafter gebildet und setzt sich aus ihnen zusammen.<sup>249</sup> Die Generalversammlung hat einige zentrale Kompetenzen, von denen in weiterer Folge einige aufgezählt werden. Die Generalversammlung hat im Vergleich zur Hauptversammlung der AG, eine **starke Stellung** in der Gesellschaft.

Zu den **wichtigsten Kompetenzen** der Generalversammlung zählen:<sup>250</sup>

- **Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer** und gegebenenfalls auch des Aufsichtsrats;<sup>251</sup>
- **Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses;**<sup>252</sup>

---

<sup>244</sup> Vgl. *Kittel*, Handbuch 116.

<sup>245</sup> Vgl. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 102 Rz 2.

<sup>246</sup> Vgl. § 104 Abs 2 Z 3 AktG.

<sup>247</sup> Vgl. § 145 AktG.

<sup>248</sup> Vgl. § 104 Abs 2 Z 2 AktG iVm § 104 Abs 4 AktG.

<sup>249</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 34 Rz 1f.

<sup>250</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 1/9.

<sup>251</sup> Vgl. §§ 15 f und § 30b Abs 1 GmbHG.

<sup>252</sup> Vgl. § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG.

- Erteilung von **Weisungen** gegenüber der Geschäftsführung, sofern kein gesellschaftsvertragliches Weisungsverbot besteht;<sup>253</sup>
- **Zustimmung** zu bestimmten Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen.<sup>254</sup>

#### 4.2.4 Corporate Governance Kodex

Die Thematik des *Corporate Governance* wurde bereits in den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts in der Lehre von *Berle* und *Means* behandelt, jedoch erst 1984 von *Williamson* in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt und daraufhin in das Gesellschaftsrecht übernommen.<sup>255</sup>

*Corporate Governance* bezeichnet die **sorgfältige und verantwortliche Unternehmensführung bzw -kontrolle**, die auf eine langfristige Wertschöpfung ausgerichtet ist. Mit einbezogen werden die Arbeitsweise der Leitungsorgane einer Gesellschaft, ihre Zusammenarbeit sowie die Kontrolle ihres Verhaltens. Es geht um die Regelung des rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmens für ein gezieltes Zusammenwirken von Leitungs- und Überwachungsorganen innerhalb und außerhalb der Gesellschaft sowie von Interessensgruppen.<sup>256</sup> Die Einhaltung der *Corporate Governance*-Regeln sichert zusätzlich die Erzielung des Unternehmenserfolges am Kapitalmarkt ab, indem ihre Befolgung dazu beitragen kann, dass Investoren der betreffenden Gesellschaft vertrauen und deshalb eher zu Investitionen bereit sind, die sie sonst vielleicht nicht tätigen würden.<sup>257</sup>

**Ziel** des *Corporate Governance* ist es somit aufgrund einer **optimalen Verteilung der Aufgaben** den Erfolg des Unternehmens sicherzustellen und das **Vertrauen in das Unternehmen zu stärken**.

Der aus diesen Ideen entwickelte *Corporate Governance*-Kodex ist vor allem in Zusammenhang mit den Rechten und Pflichten eines AG-Vorstands zu beachten. Der am 1. 10. 2002 veröffentlichte und bereits mehrfach überarbeitete österreichische *Corporate*

---

<sup>253</sup> Vgl. § 20 Abs 1 GmbHG.

<sup>254</sup> Vgl. § 30j GmbHG.

<sup>255</sup> Vgl. *Kittel*, *Corporate Governance*, in *Althuber/Schopper*, *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*, Band I (2010) 316f.

<sup>256</sup> Vgl. *Peemöller/Reinel-Neumann*, *Corporate Governance und Corporate Compliance im Akquisitionsprozess*, BB 2009, 206 (206) mit Verweis auf *van Rosen* in *Siegwart/Mahari*, *Corporate Governance* (2002) 592.

<sup>257</sup> Vgl. *Kittel*, *Corporate Governance* 316f.

**Governance-Kodex (ÖCGK)**<sup>258</sup> wurde vom österreichischen Arbeitskreis für *Corporate Governance* herausgegeben und hat zum Ziel, als zentrale Maßnahme zur Förderung des Anlegervertrauens, einen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung von österreichischen Gesellschaften zu schaffen.<sup>259</sup>

Der Kodex stellte jedoch nur *soft law* dar, dh es handelt sich hierbei um keine verbindliche Rechtsquelle. Die einzelnen Leitungs- sowie Überwachungsorgane sollten sich demnach freiwillig unter dem Transparenzdruck der Öffentlichkeit diesem Kodex unterstellen. Der Kodex richtet sich dabei vorrangig an börsennotierte Aktiengesellschaften. Es wird jedoch auch nicht börsennotierten Gesellschaften empfohlen, sich daran zu orientieren. Nach der Präambel erlangt der Kodex „*durch freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen*“ Geltung.<sup>260</sup> Der ÖCGK ist eine Selbstregulierungsmaßnahme, die das Vertrauen der Anleger in börsennotierte Unternehmen durch erhöhte Transparenz, durch eine Qualitätsverbesserung im Zusammenwirken zwischen Aufsichtsrat, Vorstand und Aktionären und durch eine Ausrichtung hin zu einer langfristigen Wertsteigerung maßgeblich erhöhen soll.<sup>261</sup>

Der ÖCGK kennt dazu **drei Abstufungen**:

- „**Legal Requirements**“ („L“): zwingende Regeln auf der Grundlage bereits bestehender Normen;
- „**Comply or Explain**“ („C“): Regelungen, die grundsätzlich einzuhalten sind und bei deren Nichteinhaltung bzw Abweichung Erklärungsbedarf besteht;
- „**Recommendations**“ („R“): Regeln mit bloßem Empfehlungscharakter, bei deren Nichteinhaltung dies weder offen zu legen ist noch Begründungsbedarf besteht.<sup>262</sup>

Obwohl der ÖCGK als *soft law* angesehen wird und sowohl im Kodex als auch auf gesetzlicher Ebene keine ausdrücklichen Sanktionen bei Verstößen vorgesehen sind, ist dieser doch auch in haftungsrechtlicher Sicht von Bedeutung. Demnach kann es bei der Nichteinhaltung von *Corporate Governance*-Grundsätzen zu wesentlichen Schäden für Dritte oder für die Gesellschaft selbst kommen. Grundsätzlich kommen dabei folgende

---

<sup>258</sup> Die letzte Kodex-Revision 2009 diente einer verstärkten Ausrichtung der Unternehmensführung hin zu einer größeren Bedeutung von Nachhaltigkeit und Langfristigkeit, sowie in Hinblick auf eine effektivere Ausgestaltung der Unternehmenskontrolle sowie einer verstärkten Bedeutung von Transparenz.

<sup>259</sup> Vgl. *Schenz/Eberhartinger*, Der Österreichische Corporate Governance Kodex in der Fassung Jänner 2009, ÖBA 2009, 333 (333).

<sup>260</sup> Vgl. *Zahradnik*, Corporate Governance – Haftungsfragen, GeS 2002, 59 (59); *Schenz/Eberhartinger*, ÖBA 2009, 333.

<sup>261</sup> Vgl. *Pichler/Weninger*, Vorstand der AG 14.

<sup>262</sup> Vgl. *Temmel*, Aufsichtsrat 4.

Haftungsgrundlagen in Frage:

- Haftung wegen unrichtiger Darstellung nach § 255 AktG: Verwendung falscher bzw unvollständiger Geschäftsinformationen;
- Haftung in Anlehnung an die zivilrechtliche Prospekthaftung;
- Haftung nach den Bestimmungen des Wettbewerbsrecht;
- Haftung wegen Sorgfaltspflichtverletzungen sowie wegen der Verletzung von Verpflichtungen aus dem Vorstandsvertrag.

#### 4.3 Kanada - Organisationsstruktur der Kapitalgesellschaften: Das monistische System

Im Gegensatz zu dem österreichischen Rechtssystem gibt es im kanadischen Gesellschaftsrecht keine formale Trennung zwischen Leitungs- und Überwachungsfunktion durch Zuweisung einzelner Aufgaben an unterschiedliche Organe. Es gilt stattdessen das sogenannte **Boardsystem** - auch **monistisches System** oder Verwaltungsratssystem genannt - bei dem die **Leitungs- und Kontrollfunktionen** in einem **einzigen Organ**, dem *board*, vereint sind. Dementsprechend ist dieses Systems durch die Vereinigung der Leitungs- bzw Geschäftsführungsfunktion einerseits, sowie der Kontroll- bzw Überwachungsfunktion andererseits, in einem einzigen Organ charakterisiert.<sup>263</sup> Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch, dass es in der Praxis grundsätzlich üblich ist, eine gewisse Abstufung zu schaffen, indem innerhalb des *boards* die Kompetenzen zwischen *executive directors (inside directors)* iSv geschäftsführenden und *non-executive directors (outside directors)* iSv nicht-geschäftsführenden Mitgliedern aufgeteilt werden. Nichtsdestotrotz gehören beide Gruppen im Rahmen des monistischen Systems ein und f demselben Organ, namentlich dem *board* an, weshalb in Summe gesehen alle Aufgaben in diesem Organ vereint werden.<sup>264</sup> Die Aufteilung innerhalb des *boards* erfolgt dazu in einer derartigen Weise, dass die Geschäftsführungstätigkeit an eine kleine Gruppe von Mitgliedern ausgelagert wird. Diese *directors* werden als *executive directors* oder *inside directors* bezeichnet, die einerseits das Unternehmensziel sowie die Unternehmensstrategie planen und entwickeln und somit auf operativer und geschäftsführender Ebene tätig sind, sowie

---

<sup>263</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea) (2006) 184f; *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar (2004) Vor § 34 SEG Rz 6.

<sup>264</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, SE-Handbuch 185.

andererseits auch das Tagesgeschäft besorgen. Bei den *inside directors* handelt es sich um Angestellte bzw *stakeholder* der Gesellschaft, die zumeist auch gleichzeitig als *chief executive officers* der Gesellschaft tätig sind. Im Gegensatz dazu sind *non-executive directors* bzw *outside director* zumeist in mehr als nur einem *board* tätig, agieren unabhängig und nehmen typischerweise auf Informationen Bezug, welche ihnen von den *inside directors* bereitgestellt werden bzw bauen bei ihrer Entscheidungsfindung auf diese auf.<sup>265</sup> Als Mitglied des *board of directors* handelt es sich bei den *outside directors* um keine Angestellten des Unternehmens oder einer Tochtergesellschaft. Die *outside directors* sind nicht in das Tagesgeschäft involviert, überwachen jedoch die Geschäftsführungstätigkeit und tragen so auch zur Verwirklichung der Unternehmensstrategie bei.

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, dass im angloamerikanischen Rechtssystem einer ausgewogenen Zusammensetzung des *boards*, bestehend aus *executive directors* und *non-executive directors* eine zentrale Bedeutung zukommt. Grundgedanke hinter dieser Auslagerungsmöglichkeit ist es, den jeweiligen *board* auch bei einer großen Anzahl von Mitgliedern handlungsfähig zu halten.

Der klare **Vorteil des monistischen Systems** liegt dabei in dem erleichterten und schnelleren Informationsfluss zwischen den *executive directors* und *non-executive directors*, aufgrund der beschriebenen Vereinigung aller Mitglieder in ein und demselben Organ, sowie aufgrund der damit einhergehenden „Nähe zur Geschäftsführung“.<sup>266</sup>

Klarer **Nachteil des monistischen Systems** ist demgegenüber das Vorhandensein eines Kontrolldefizits durch die Vereinigung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsfunktion in einem Organ, sowie das Vorhandensein einer gewissen Unsicherheit bei der Kompetenzzuordnung. Diese Unsicherheit bei der Kompetenzzuordnung kann im Rahmen des *Boardsystem* als geradezu systemimmanent angesehen werden. In Hinblick auf das beschriebene Kontrolldefizit ist demgegenüber festzuhalten, dass es vordringliche Aufgabe und Ziel des *Corporate Governance Kodex* ist, dieses zu bekämpfen. Generell besteht somit bei dem monistischen System die Gefahr der

---

<sup>265</sup> Vgl. *Donley/Kent*, *Directors and Officers Liability: A Review of Exposures and Coverages Available under D&O Policies* (2008) 2.

<sup>266</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, SE-Handbuch 190; *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 34 SEG Rz 9.

Bildung von Interessenkonflikten, sowie von Mitwisserschaft und zu großer Nähe zur Entscheidungsfindung, als Folge mangelnder Distanz in Zusammenhang mit der Fällung rationaler Entscheidungen.<sup>267</sup>

Trotz der unterschiedlichen Ausgangspositionen dieser beiden Systeme kann aus rechtsvergleichender Sicht abschließend ausgesprochen werden, dass eine gewisse Tendenz hin zu einer funktionalen **Konvergenz** des monistischen und dualistischen Systems festzustellen ist. Dies zeigt sich einerseits darin, dass im dualistischen System der strategischen und beratenden Kompetenz des Aufsichtsrates stärkere Bedeutung zukommt, während andererseits im monistischen System deutlicher zwischen den geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Mitgliedern differenziert wird.<sup>268</sup>

Es obliegt weiterer Forschungstätigkeit die expliziten Auswirkungen der unterschiedlichen Systeme und vielmehr der unterschiedlichen Rechtsformen (Kapitalgesellschaften) zu analysieren. Eine detaillierte Untersuchung der genannten Frage, würde den vorgegebenen Rahmen bei Weitem sprengen. An dieser Stelle sollte lediglich ein Einblick in die Rechtssystematik des kontinentaleuropäischen und des angloamerikanischen Rechtskreises gegeben werden, um dadurch die Haftungssituation bzw Haftungsthematik besser einordnen zu können.

#### 4.3.1 Kanada

In Kanada existieren sowohl auf nationaler als auch auf provinzieller Ebene diverse Gesetze zur Gründung und Führung von Unternehmen. Das wichtigste Gesetze in diesem Zusammenhang ist der landesweit geltende *CBCA*,<sup>269</sup> welchem die einzelnen provinziellen gesellschaftsrechtlichen Gesetzesbestimmungen nachgebildet sind.

Gesellschaften können demnach in Kanada entweder auf Bundes- oder auf Provinzebene organisiert werden; die Entscheidung darüber liegt im Willen des jeweiligen Unternehmers. Sofern eine Gesellschaft auf Bundesebene gegründet wird, ist diese berechtigt, in ganz Kanada tätig zu werden. Die Gesellschaft ist in diesem Fall den lokalen Gesetzen untergeordnet, hat aber grundsätzlich das Recht, in jeder Provinz

---

<sup>267</sup> Vgl. *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 34 SEG Rz 10.

<sup>268</sup> Vgl. *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 34 SEG Rz 4; *Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar (2008) Art 38 SE-VO Rz 25.

<sup>269</sup> Vgl. <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html> (vom 6.7.2011).

unternehmerisch tätig zu werden.<sup>270</sup> In den meisten Provinzen ist es weiters erforderlich, dass eine Gesellschaft, bevor sie in der betreffenden Provinz unternehmerisch tätig werden darf, vorweg registriert bzw zugelassen werden muss. Eine auf Provinzebene gegründete Gesellschaft darf ihren Geschäften von Rechts wegen in der Provinz nachgehen, in der sie gegründet wurde. Sie ist aber grundsätzlich auch berechtigt, über die Grenzen der Provinz hinweg unternehmerisch tätig zu werden. Sie darf in einer anderen Provinz jedoch nicht unter demselben Namen tätig sein, sofern in dieser Provinz schon eine andere Gesellschaft mit ähnlichem Namen existiert.<sup>271</sup> Der Nachteil eine Gesellschaft auf Bundesebene zu organisieren liegt darin, dass die Finanzdaten einer Veröffentlichungsverpflichtung unterliegen. Weiters müssen derartige Gesellschaften ihre Anfangs- und Jahresrenditen sowie jede grundlegende Änderungen im Unternehmen bekannt geben. Finanzberichte müssen veröffentlicht werden, sobald eine auf Bundesebene organisierte Gesellschaft während einer Rechnungsperiode ein Bruttoeinkommen von über CAD 10 Mio erwirtschaftet oder am letzten Tag der Rechnungsperiode Gesamtaktiva von mehr als CAD 5 Mio verzeichnet.<sup>272</sup>

Ein Zuwiderhandeln gegen die vorher genannten Regeln kann dazu führen, dass eine Gesellschaft nach geltendem Recht keinen Grund erwerben und keine Klagen vor Gericht einbringen darf und in einigen Fällen auch dazu, dass ansonst gültige vertragliche Vereinbarungen nicht durchgesetzt werden können.<sup>273</sup>

Obwohl sich die nationalen und provinziellen gesellschaftsrechtlichen Statuten in den meisten Bereichen ähneln, gibt es doch einige Unterschiede, welche für die Entscheidung von Bedeutung sein können, ob ein Unternehmen auf staatlicher oder provinzieller Ebene gegründet wird. Hierzu zählen beispielsweise die Einfachheit und die Rechtzeitigkeit der Gründung, die Flexibilität bei der Durchführung unternehmensbezogener Abläufe, sowie für erforderliche Zulassungen, Gebühren und Steuern und das Ausmaß der Offenlegungspflichten. Ein bedeutendes Entscheidungskriterium hierbei ist die in vielen Unternehmensstatuten zu findende Verpflichtung, eine Mindestzahl oder einen Mindestprozentsatz an in Kanada ansässigen Personen als Verwaltungsratsmitglieder zu

---

<sup>270</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>271</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>272</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>273</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

bestellen. Für nicht im Land ansässige Investoren sind Gründungen jedoch zumeist einfacher, die einem Statut unterliegen, welches keine bzw nur eine minimale Beschäftigung von in Kanada ansässigen Personen verlangt. Sofern demnach die Bedingungen einer Unternehmensgründung auf Provinz- und Bundesebene gleich sind, wird nicht in Kanada ansässigen Personen in der Praxis oft geraten, ihr Unternehmen auf nationaler anstatt auf provinzieller Ebene zu gründen. Der Grund dafür ist kein rechtlicher, sondern liegt in der gelebten Praxis, wonach ein auf Bundesebene gegründetes Unternehmen außerhalb von Kanada eher anerkannt und akzeptiert wird, als eine nach provinziellen Vorschriften inkorporierte Gesellschaft.<sup>274</sup>

#### 4.3.2 Organstruktur in Kanada

Kanada, als Mitglied des *British Commonwealth* und somit durch das englische Gesellschaftsrecht geprägt, unterscheidet zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen. Zu den wichtigsten zählen die *corporation*, welche umgangssprachlich oftmals auch als *company* bezeichnet wird und mit der österreichischen AG vergleichbar ist sowie die *partnerships*, welche einer österreichischen Personengesellschaft entspricht. Im kanadischen Gesellschaftsrecht herrscht demnach ebenfalls eine strenge Trennung von Personen- und Kapitalgesellschaften.<sup>275</sup>

An Rechtsformen wird in Kanada unterschieden zwischen:

- *Corporation* iSe Aktiengesellschaft;
- *Partnerships* iSe Personengesellschaft;
- *Sole proprietorships* iSe Einzelunternehmens;
- *Co-ownerships* iSe Gesamthandschaft.<sup>276</sup>

Das kanadische Recht kennt, anders als das österreichische Recht, somit nur eine Rechtsform der Kapitalgesellschaft. Bei der *corporation* handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Personen zu einem Unternehmen. Diese Rechtsform kann in unterschiedlicher Weise auf Bundes- oder Provinzebene gegründet werden. Man unterscheidet demnach die *private* und die *public corporation*. Eine nach Bundesrecht gegründete *federal corporation* ermöglicht es in ganz Kanada, ohne zusätzliche

---

<sup>274</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>275</sup> Vergleiche hierzu auch in Anlehnung an das englische Recht: *Feltl*, Der Director der englischen Limited: Eine vergleichende Darstellung zum GmbH-Geschäftsführer nach österreichischem Recht (2008) 30.

<sup>276</sup> In Bezug auf die einzelnen Gesellschaftsformen ist festzuhalten, dass es weiterer Forschungstätigkeit obliegt, die Auswirkungen der unterschiedlichen Systeme und vielmehr der unterschiedlichen Rechtsformen (Kapitalgesellschaften) zu analysieren.

Registrierung in einzelnen Provinzen, tätig zu sein. Rechtsgrundlage dieser *federal corporation* ist der *CBCA*.

Die *corporation* selbst ist eine eigenständige **juristische Person**, welche unabhängig von ihren Mitgliedern, den Anteilseignern, existiert. Als juristische Personen sind *corporations* selbständig rechtsfähige rechtliche Einheiten. Sie können Eigentum erwerben, Verträge abschließen und vor Gericht klagen und verklagt werden. Jeder Anteilseigner einer *corporation* unterliegt weiters einer bloß beschränkten Haftung, dh die Gesellschafter haften demnach nur bis zur Höhe ihrer Einlagen. Zu einer persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten und Handlungen der Gesellschaft kommt es dabei nicht. Bei der *federal corporation* müssen zwingend mindestens drei *directors* tätig sein, von denen die Mehrheit über die kanadische Staatsbürgerschaft verfügen muss. Ein weiteres allgemeines Kriterium ist das Vorhandensein einer Satzung - **articles of incorporation** - sowie die **Registrierung** der Gesellschaft, welche je nach Provinz zwischen CAD 200 und CAD 2.000 betragen kann.<sup>277</sup> Bei der Rechtsform der *corporation* ist grundsätzlich **kein Mindestkapital** vorgesehen, obwohl ihren Gesellschaftern der Vorteil einer Haftungsbeschränkung zugute kommt. Die Vorschriften zum Mindestkapital können jedoch je nach den Provinzen variieren. Nach dem *CBCA* ist ein Anfangskapital nicht zwingend vorgesehen. Weiters ist zu beachten, dass Tätigkeiten im Banken-, Versicherungs- sowie Bildungssektor grundsätzlich nicht im Rahmen einer *corporation* ausgeübt werden können.

Bei der Gründung einer kanadischen *corporation* ist zu beachten, dass die relevanten Dokumente bei der zuständigen Behörde nach den Regeln des *CBCA* eingereicht werden. Zu den wichtigsten Dokumenten zählen hierbei die *articles of incorporation*, welche das Kapital, den Namen, den Sitz des Unternehmens sowie die Anzahl der *directors* und deren Rechte und Pflichten festlegen. Sofern die Unterlagen ordnungsgemäß eingereicht und die entsprechende Gebühr beglichen wurde, existiert die Gesellschaft von dem Moment der Registrierung an.<sup>278</sup> Die *corporation* kann fortan selbständig handeln und ist mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattet.

Die **Vorteile** einer *corporation* liegen dabei in ihrer **beschränkten Haftung**, in der **Übertragbarkeit der Anteile**, ihrer Rechtsstellung als juristischen Person sowie dem

---

<sup>277</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>278</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

einfachen Weg, sich Kapital am Markt zu beschaffen. Als **Nachteile** werden unter anderem die **strikte Regulierung**, die **kostenaufwendige Organisation**, die hohen Verwaltungskosten und die doppelte Besteuerung der Dividenden genannt.<sup>279</sup>

Wie bereits erwähnt, können **verschiedene Arten einer corporation** unterschieden werden:

Bei der **corporation** **in Österreichischen AG** handelt es sich um eine **limited company**, dh eine Gesellschaft, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Gesellschafter bzw Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich unbeschränkt haften. Nach dem „Trennungsprinzip“ haftet nur das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der **corporation**, da das Gesellschaftsvermögen und das Vermögen der Gesellschafter unterschiedliche Vermögensmassen bilden.<sup>280</sup>

Davon zu unterscheiden ist die **unlimited company**, welche im Rahmen dieser Arbeit nicht von Bedeutung ist und daher nur am Rande erwähnt sei. Die **unlimited company** zählt zu den ältesten Gesellschaftsformen im angloamerikanischen Rechtskreis. Dieser Gesellschaftstypus bietet den Gesellschaftern die Möglichkeit, sich für eine unbegrenzte Haftung in Bezug auf die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu entscheiden. Dies erscheint auf den ersten Blick unlogisch, die **unlimited company** bietet jedoch den Vorteil, dass eine Reihe von Kapitalgesellschaftsvorschriften, wie beispielsweise die Verpflichtung zur Veröffentlichung des Jahresabschlusses, hier nicht zur Anwendung gelangen. Sie wird demnach eher von jenen Gesellschaftern gewählt, für die eine größere Flexibilität der Kapitalstruktur sowie die Stärkung der Privatsphäre wichtiger ist, als der Ausschluss der persönlichen Haftung.<sup>281</sup>

Eine weitere Unterscheidungsmöglichkeit innerhalb der Gruppe der **corporation**, stellt die **Abgrenzung der public von private corporation** dar. Diese Unterscheidung geht auf die Rechtslage Englands im Jahre 1908 zurück und ist heute größtenteils nurmehr von historischer Bedeutung.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>280</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, *The Law of Canadian Companies* (1979) 5ff.

<sup>281</sup> Vergleiche insoweit auch zum englischen Recht; *Fetl*, *Englische Limited* 32.

<sup>282</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, *Canadian Companies* 11f.

Der Gesellschaftstypus der *public corporation* entspricht funktional der österreichischen AG, die *private corporation* eher der österreichischen GmbH. Es kommt somit zu einer Anlehnung an die Unterscheidung der zwei Typen von Kapitalgesellschaften im kontinentaleuropäischen Rechtskreis: jene der „kapitalmarktoffenen Gesellschaften“ und jene der „kapitalmarktfernen Gesellschaften“.

Bei den „**kapitalmarktoffenen Gesellschaften**“ iSe *public corporation* handelt es sich um diejenigen Gesellschaften, welche über den öffentlich zugänglichen Kapitalmarkt finanziert werden und deren Geschäftsanteile als Wertpapiere an der Börse gehandelt werden. Die *public corporation*, welche auch als *distributing corporation* bezeichnet wird, ist demnach die übliche Unternehmensform für börsennotierte Gesellschaften, die strengeren Berichts- und Meldepflichten unterliegen. Sie kann über eine unbegrenzte Anzahl von Gesellschaftern verfügen.<sup>283</sup>

Die „**kapitalmarktfernen Gesellschaften**“ iSe *private corporation* sind hingegen jene Gesellschaften, bei denen das Kapital durch einen Kreis persönlich miteinander verbundener Gesellschafter bereitgestellt wird. Grundsätzlich sind *private corporations* dadurch gekennzeichnet, dass bei ihnen keine Pflicht zur Ausgabe eines Emissionsprospekts besteht. Die Übertragung von Aktien und Wertpapieren unterliegt weiters gewissen Beschränkungen.<sup>284</sup> Die *private corporation*, die auch als *non-distributing corporation* bezeichnet wird, ist demnach die für kleine und mittlere Kapitalgesellschaften übliche Unternehmensform. Ihrer Charakteristika sind die geringere Anzahl an Gesellschaftern (maximal 35-50) sowie das Fehlen einer Börsennotierung.

Zu erwähnen ist abschließend, dass die *public* und *private corporations* einander grundsätzlich viel ähnlicher sind als die österreichische AG der GmbH. Dies zeigt sich auch in der Rolle des *company director*.

### 4.3.3 Corporation

Zu der in Kanada am häufigsten verwendeten Kapitalgesellschaftsform zählt die *private limited company* bzw *corporation by shares*, die einerseits in der Praxis die

---

<sup>283</sup> Vgl. Hopffgarten, Wirtschaftsrecht in Kanada 8f.

<sup>284</sup> Vgl. Wegenast/Hyndman, Canadian Companies 12.

größte Bedeutung hat und andererseits der österreichischen AG auch am ehesten entspricht.

Bei der *private limited company* bzw. *corporation by shares* handelt es sich um eine Gesellschaft bei der die Haftung der Gesellschafter auf ihre Einlage beschränkt ist. Davon zu unterscheiden ist die *private company limited by guarantee* bei der die Gesellschafter ein Garantieverprechen abgegeben, dass sie bei Insolvenz der Gesellschaft einen im vorhinein festgelegten Betrag an diese entrichten. Die Gesellschafterhaftung greift dabei nur, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird und das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, um die Gläubiger zu befriedigen.<sup>285</sup>

#### 4.3.4 Pflichtorgane der corporation

In Anlehnung an das englische Gesellschaftsrecht sieht das kanadische Gesellschaftsrecht für eine *corporation* grundsätzlich **zwei obligatorische Organe** vor: die *directors* bzw. das *board of directors*, welches der österreichischen Geschäftsführung bzw. dem Vorstand als Leitungsorgan entspricht und das *general meeting*, welches der österreichischen General- bzw. Hauptversammlung als Willensbildungsorgan entspricht. Die zahlreichen bundesweit und provinziell existierenden *Business Corporations Acts* legen dabei die Qualifikationen, die Befugnisse sowie die Rechte und Pflichten dieser Organe und ihre Haftung fest. Das zentrale Gesetz in diesem Zusammenhang ist der *CBCA*, dem die meisten der provinziellen Gesetze zur Regelung des Kapitalgesellschaftsrechts nachgebildet sind.<sup>286</sup>

Ein separates Aufsichtsorgan, entsprechend dem österreichischen Aufsichtsrat als Überwachungsorgan, ist dem kanadischen Recht fremd. Es gibt somit keine formale Trennung der Leitungs- und Kontrollfunktion durch Zuweisung dieser Aufgaben an unterschiedliche Organe (**Boardsystem bzw. monistisches System**). Eine Besonderheit des kanadischen Gesellschaftsrechts stellt die Möglichkeit dar, einen *secretary* innerhalb der Gesellschaft einzustellen. Es handelt sich dabei um einen gesetzlich vorgesehenen, **ranghöchsten Angestellten des Unternehmens**, der grundsätzlich für die gesamte **formell-administrative Verwaltung der corporation** zuständig ist. Die Führung der vorgeschriebenen Bücher und sonstigen Verzeichnisse der Gesellschaft sowie auch die Einberufung des *general meeting* fällt dabei beispielsweise in seinen Aufgabenbereich. Der *secretary* wird bestellt und abberufen durch den *board of directors*. Nach der neuesten

---

<sup>285</sup> Vergleiche insoweit auch zum englischen Recht: *Fetl*, Englische Limited 37.

<sup>286</sup> Vgl. *Beattie in Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 7.

Rechtslage besteht für *private limited companies* jedoch keine Verpflichtung zur Führung eines *secretary*, da nunmehr seine Aufgaben auch von einem *director* bzw dem *board of directors* wahrgenommen werden können.<sup>287</sup>

#### 4.3.4.1 Director der corporation

Im Gegensatz zum österreichischen Rechtssystem wird durch das *board of directors* die Leitungs- und Kontrollfunktion innerhalb der Gesellschaft in einem einzigen Organ vereint. Bei diesen beiden Agenden handelt es sich um die wichtigsten Aufgabenbereiche der *directors*. Eine Art Zweiteilung bzw ein gewisser Dualismus kann jedoch durch eine gesellschaftsinterne Aufspaltung des *boards* in *executive-directors* und sogenannte *non-executive-directors* erzielt werden.

In weiterer Folge gilt es nun, das Organ der *board of directors* bzw die Stellung des einzelnen *directors* näher dazustellen.

##### 4.3.4.1.1 Stellung des directors

Die wesentliche Funktion eines kanadischen *directors* besteht in der **Leitung** bzw der **Überwachung der Leitung der einzelnen Geschäfte und Angelegenheiten** seiner Gesellschaft. Der *board of directors* ist demnach gemäß § 102 Abs 1 des *CBCA* verpflichtet, in der Geschäftsführung tätig zu werden sowie ganz generell die Geschäfte und Angelegenheiten der Gesellschaft zu leiten und zu überwachen.<sup>288</sup> Eine weitere wichtige Funktion, welche seine Stellung definiert, besteht in der Pflicht, den vom Management entwickelten Plan der strategischen Unternehmensführung auf seine Plausibilität hin zu untersuchen, sowie zu beurteilen, ob dieser mit den Unternehmenszielen in Einklang steht. Aufgrund der Tatsache, dass *directors* nicht in der Lage sind alle ihre **Befugnisse** stets selbst wahrzunehmen, erlaubt der *CBCA* diese an **officers** oder auch an ein **anderes Vorstandsmitglied** bzw an **Vorstandsausschüsse** zu **delegieren**. Manche Angelegenheiten sind jedoch von solcher Wichtigkeit, dass eine Delegation nicht erlaubt ist. Zu diesen zählen beispielsweise Angelegenheiten, die der

---

<sup>287</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>288</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties in Canada*<sup>3</sup> (2006) 76.

Zustimmung der Gesellschafter bedürfen oder auch die Bestätigung der jährlichen Bilanz.<sup>289</sup>

Wie bereits ausgeführt, kann der *board of director*, welcher aus mehreren Personen besteht die operative Geschäftsführung an eine kleine Gruppe von Mitgliedern delegieren. Man unterscheidet in diesem Fall zwischen *executive directors (inside directors)* und *non-executive bzw unrelated directors (outside directors)*. Die *executive directors* sind im täglichen Geschäftsführungsprozess, sowie in der Planung und Entwicklung des Unternehmenszieles und der Unternehmensstrategie tätig, während die *unrelated directors* darin nicht involviert sind und stattdessen eine kontrollierende bzw überwachende Stellung einnehmen.<sup>290</sup>

Die Annahme, dass die Leitungs- und Überwachungsfunktion in einem einzigen Organ vereint ist, trifft somit nicht ganz zu, da oftmals innerhalb des *boards* eine Aufteilung der Kompetenzen zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Mitgliedern vorgenommen wurde. Die nicht-geschäftsführenden Mitglieder nehmen somit in der Regel die Rolle des Kontrollorgans wahr.

Hinsichtlich der Pflichten des *boards* bestimmt § 122 Abs 1 des *CBCA*, dass die *directors* **sorgfältig** und im **bestmöglichen Interesse der Gesellschaft** zu **handeln** haben. Sie sollen dabei mit der Sorgfalt, der Gewissenhaftigkeit und nach den Fähigkeiten einer vernünftigen und umsichtigen Person in vergleichbaren Umständen agieren.<sup>291</sup> Es handelt sich demnach um einen objektiven Standard. Dieser kann grundsätzlich je nach lokalen Unterschieden variieren. Es geht darum, vorerst eine entsprechende „**Peer group**“ zu identifizieren und sodann festzulegen, welche Sorgfaltsstandards innerhalb dieser Gruppe existieren, um einen Vergleich durchführen zu können.<sup>292</sup>

Festzuhalten ist weiters, dass in Entsprechung eines Pendantes zum österreichischen „faktischen Geschäftsführer“ auch in Kanada die Rechtsfigur des „*shadow directors*“ bzw des „*de-facto-directors*“ existiert. Unter dem Begriff des *de-facto-directors* wird nach hL eine Person verstanden, die ohne nach den Gesetzesbestimmungen gültig bestellt worden

---

<sup>289</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 12f.

<sup>290</sup> Vergleiche insoweit auch zum englischen Recht: *Feltl*, *Englische Limited* 48f.

<sup>291</sup> Vgl. *Horton*, *Threats and Opportunities: Litigation under OBCA/CBCA* (2006) 4.

<sup>292</sup> Vgl. *Horton*, *Threats and Opportunities* 6.

zu sein, für die Gesellschaft handelt und faktisch als *director* agiert.<sup>293</sup> Als Beurteilungsmaßstab werden in diesem Zusammenhang verschiedene Kriterien herangezogen. Maßgeblich ist hierbei beispielsweise, ob der Titel „*director*“ geführt wird, ob durch die betreffende Person tatsächliche Entscheidungsgewalt ausgeübt wird und ob sie Zugang zu den hierfür relevanten Informationen besitzt.<sup>294</sup> Der Begriff des *shadow directors* erfasst in Ergänzung dazu auch Personen, auf deren Anweisung hin die übrigen *directors* gewohnt sind zu handeln. Festzuhalten ist hierzu, dass eine gewisse „gewohnte Befolgung“ vorliegen muss, um als *shadow director* qualifiziert zu werden, sowie weiters der Umstand, dass die Mehrheit der *directors* die Anweisung befolgt.<sup>295</sup>

Wie in Österreich, so ist auch in Kanada die Rechtsfigur des *shadow directors* bzw des *de-facto-directors* von Rechtsunsicherheiten geprägt. Nichtsdestotrotz haben die kanadischen Gerichte, wie der *Ontario Court of Appeal* in der Entscheidung *Owen Sound Lumber Co., Re*<sup>296</sup> klar ausgesprochen, dass Personen die lediglich als *de-facto-directors* agieren, gleichsam wie rechtsgültig bestellte Leitungsorgane haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. In Anlehnung dazu wurde in der Entscheidung *Gainers Inc. v. Pocklington*<sup>297</sup> festgelegt, dass Personen, welche gleichartige Rechte und Funktionen wie ein ordnungsgemäß bestellter *director* wahrnehmen, denselben Pflichten unterworfen sind und demnach nach denselben Bestimmungen haften.

Anzumerken ist an dieser Stelle abschließend, dass mit dem Begriff des *shadow directors* bzw des *de-facto-directors* im englischen Recht oftmals der Haftungstatbestand des **wrongful trading** eng verknüpft wird. Der Begriff des *wrongful trading* ansich wird dem Insolvenzrecht zugeordnet und bezieht sich auf Handlungen in Situationen, in welchen sich die Gesellschaft insoweit in Zahlungsunfähigkeit befindet, dass sie ihre Verpflichtungen voraussichtlich nicht mehr erfüllen können wird und auch keine Aussicht auf Vermeidung bzw Abwehr der drohenden Insolvenz bestehen (Prognosetatbestand).<sup>298</sup> Der Tatbestand des *wrongful trading* ist erfüllt, sofern der *director* die Geschäfte weiterhin abgewickelt

---

<sup>293</sup> Vgl. *Hansell*, *Directors and Officers in Canada: Law and Practice*, Loseblattsammlung (directors) (2005 – Rel. 3), 1-9f.

<sup>294</sup> Vgl. *Doralt*, *Managerpflichten*, sec 250 Rz 3.

<sup>295</sup> Vgl. *Doralt*, *Managerpflichten*, sec 251 Rz 1.

<sup>296</sup> Vgl. (1917), 38 O.L.R. 414 (Ont. C.A.).

<sup>297</sup> Vgl. (1992), 132 A.R. (Alta Q.B.).

<sup>298</sup> Vgl. *Bachner*, *Die Limited in der Insolvenz – Mit Hinweisen zur neuen Rechtslage nach dem Companies Act 2006* (2007) 55.

und nichts unternimmt, um den Schaden der Gläubiger zu begrenzen, obwohl er von der finanziell Misslage der Gesellschaft Kenntnis hatten bzw Kenntnis hätte haben müssen.<sup>299</sup>

Die Bedeutung des Tatbestandes des *wrongful trading* für Kanada, wird in weiterer Folge unter Punkt 6.3.3. näher dargestellt. Festzuhalten ist dazu auch, dass in der Insolvenz der Gesellschaft vor allem der Rechtsbehelf der „*oppression remedy*“ eine zentrale Rolle spielt. Sofern die Gesellschaft oder ihre *directors* demnach in unfairer oder benachteiligender Weise gehandelt haben, kann es zu einer haftungsrechtlichen Verantwortung der Organe kommen. Nach hL können die Grundsätze der *oppression remedy* grundsätzlich auch auf insolvenzrechtliche *wrongful trading*-Situationen angewendet werden.<sup>300</sup>

#### 4.3.4.1.2 Bestellung, Abberufung und Rücktritt des directors

Zum *director* einer kanadischen Kapitalgesellschaft kann nur eine natürliche Person bestellt werden. § 105 Abs 1 des *CBCA* legt weitere **Kriterien** fest. Demnach kann eine Person nicht als *director* bestellt werden, die:

- das 18 Lebensjahr noch nicht vollendet hat;
- geisteskrank ist; oder
- sich in Insolvenz befindet.<sup>301</sup>

Sollte ein bereits bestellter *director* in Insolvenz geraten bzw geistig behindert oder geschäftsunfähig werden, so beendet dies automatisch seine Stellung als Vorstandsmitglied. Die Bestimmungen des *CBCA* sehen weiters vor, dass jede kanadische *corporation* über zumindest einen (oder auch mehrere) *director(s)* zu verfügen hat. § 105 Abs 3 des *CBCA* legt dazu fest, dass grundsätzlich **25% der Vorstandsmitglieder die kanadische Staatsbürgerschaft** besitzen müssen und das in einer Gesellschaft mit weniger als vier Vorstandsmitgliedern zumindest einer dieser Personen kanadischer Staatsbürger sein muss. Gleichzeitig sehen die einzelnen provinziellen Gesetze oftmals vor, dass **zumindest ein Drittel** der Vorstandsmitglieder **nicht gleichzeitig als *officer*** bzw als sonstiger Angestellter der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaften tätig sein darf.<sup>302</sup>

---

<sup>299</sup> Vgl. *Bachner, Limited* in der Insolvenz 55f.

<sup>300</sup> Vgl. *Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada*, The Personal Liabilities of Insolvency Practitioners under Insolvency Legislation: A Comparative Analysis of the Canadian, English and American Positions – Parts V and VI; <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01693.html>.

<sup>301</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 77.

<sup>302</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 77.

Weiters ist es nach den provinziellen Gesetzesbestimmungen üblich, dass die Mehrheit der *directors* den Status eines „*resident Canadian*“ innehaben muss. Unter einem „*resident Canadian*“ versteht man:

- einen kanadischen Staatsbürger, welcher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Kanada hat; oder
- einen kanadischen Staatsbürger, welcher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zwar nicht in Kanada hat, aber den Status eines *permanent resident* in Kanada seit mehr als einem Jahr innehat; dies gerechnet ab dem Zeitpunkt, als er erstmals berechtigt war sich für die kanadische Staatsbürgerschaft zu bewerben. Es handelt sich somit um eine Person, die seit mehr als vier Jahren *permanent resident* in Kanada ist.<sup>303</sup>

Grundsätzlich sollte jeder *director* zudem auch über das nötige **Fachwissen** sowie über ausreichende **berufliche Vorerfahrungen** verfügen. Dies ist speziell in den Bereichen Finanzierung, Bilanzierung, Marketing und *Corporate Governance* empfehlenswert.<sup>304</sup>

Die **Bestellung** der *directors* erfolgt bei der jährlich stattfindenden ordentlichen Versammlung der Gesellschafter, dem *annual general meeting*. Die *directors* werden dabei von den *shareholdern*, dh den Gesellschaftern gewählt, wobei eine Bestellung grundsätzlich bis zum nächsten *general meeting* bzw bis zu dem Zeitpunkt gültig ist, zu dem neue *directors* gewählt werden. § 106 Abs 3 des *CBCA* sieht dazu vor, dass eine Bestellungsperiode den Zeitraum von 3 Jahren nicht überschreiten darf.<sup>305</sup>

Die Stellung als *director* endet mit dem **Tod** der jeweiligen Person, dem Ausschluss aufgrund des **Eintritts der Untauglichkeit**, dem **freiwilligen Rücktritt** des *directors* oder seiner **Entlassung aufgrund eines Beschlusses der Gesellschaft**.<sup>306</sup>

#### 4.3.4.1.3 Aufgaben und Pflichten des directors

§ 122 Abs 1 des *CBCA* legt die beiden wichtigsten Pflichten eines kanadischen *directors* fest.

Die *directors* sind demnach verpflichtet:

- verantwortungsbewusst, loyal und im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln, sowie

---

<sup>303</sup> Vgl. *Ross*, Corporate and Commercial Law 91f.

<sup>304</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 79.

<sup>305</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 78f.

<sup>306</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 78f.

- mit der Sorgfalt, der Gewissenhaftigkeit und den Fähigkeiten zu handeln, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde.<sup>307</sup>

Die erste dieser beiden „**Hauptpflichten**“ wird als *fiduciary duty* oder *duty of loyalty*, dh als Pflicht sich loyal zu verhalten, bezeichnet. Generell ist hiermit gemeint, dass ein *director* stets im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln hat und seine persönlichen Interessen sowie andere entgegenstehende Interessen hinten anzustellen hat.<sup>308</sup>

Die zweite dieser beiden „Hauptpflichten“ beschreibt die *duty of care*, dh die Pflicht mit gehöriger Sorgfalt zu handeln. Hierbei geht es darum sorgsam zu handeln sowie auf Grundlage einer gewissen fachlichen Vorkenntnis. Der *director* hat demnach mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten zu handeln, die eine sorgsame Person nach objektiven Kriterien in derselben Situation ausüben würde.

Zu den wichtigsten Verpflichtungen, denen kanadische *directors* unterliegen, zählen:

- **Fiduciary duty:** Die Pflicht mit gehöriger Sorgfalt zu handeln. Es geht hierbei vor allem um **Treue- und Sorgfaltspflichten iSe Handels im besten Interesse für die Gesellschaft**. Ein Aspekt hierbei ist, dass Vorstände einige ihrer geschäftsführenden Aufgaben delegieren können. Obwohl die Vorstände in diesem Fall nicht ständig in jede einzelne Tätigkeit bzw Aktivität der Gesellschaft eingebunden sind, müssen sie doch mit gehöriger Sorgfalt bei der Auswahl der verantwortlichen Personen handeln. Hätte also eine vernünftige und sorgfältige Person in vergleichbaren Umständen ein Problem entdeckt, so begeht der Vorstand eine Pflichtverletzung, sofern er nicht die nötigen Erkundigungen über die Eignung dieser Person eingeholt hat.

*Directors* dürfen sich weiters auch nicht selbst in eine Situation begeben, in der ihre Pflicht im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln mit ihren eigenen Interessen in Konflikt gerät. Dementsprechend müssen *directors* grundsätzlich jegliches Interesse, welches sie am Abschluss eines gegenwärtigen oder zukünftig geplanten Vertrages bzw an der Durchführung einer Transaktion mit der Gesellschaft haben, vorweg bekannt geben bzw offen legen. Dieses Erfordernis tritt jedenfalls ein, sofern:

- (a) der *director* eine Partei des in Frage kommenden Vertrages bzw der geplanten Transaktion ist; oder

---

<sup>307</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 53.

<sup>308</sup> Vgl. *Ross*, *Corporate and Commercial Law* 95.

(b) der *director* ein erhebliches Interesse am Abschluss dieses Vertrages bzw der geplanten Transaktion hat.<sup>309</sup>

Sofern ein *director* es unterlässt diesen **Interessenkonflikt bekanntzugeben**, kann er dazu verpflichtet werden, jeglichen Ertrag, den er aus diesem Vertrag bzw der Transaktion gezogen hat, zurückzuerstatten. Zusätzlich kann dieser Vertrag oder die Transaktion von dem zuständigen Gericht auch für nichtig erklärt werden. Ein **bloß potenzieller Interessenkonflikt** reicht hierbei aus, um eine persönliche Haftung des *directors* auszulösen. Diese Ansicht korrespondiert mit dem *common law*-Prinzip, welches besagt, dass ein Vermögensverwalter, der in der Absicht handelt sich einen persönlichen Vorteil zu verschaffen, einen an sich ungültigen Akt nicht dadurch gültig machen kann, in dem er darlegt, dass die Tat schlussendlich für den gesellschaftlich Begünstigten vorteilhaft war.<sup>310</sup>

Eines der wichtigsten und bedeutendsten Beispiele in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*<sup>311</sup> des *Supreme Court of Canada*. Der damalige Vorstandsvorsitzende der *Canadian Aero Service Ltd* (*Canaero*) und sein Stellvertreter waren maßgeblich an Verhandlungen zum Abschluss eines Luftvertrages mit einer Gesellschaft in Guyana beteiligt. Bevor es jedoch zum Abschluss dieses Vertrages kam, verließen die beiden *directors* *Canaero*, gründeten ihre eigene Gesellschaft mit dem Namen *Terra Surveys Limited* und schlossen selbst einen Vertrag mit der Gesellschaft in Guyana ab. Der *Supreme Court of Canada* entschied in diesem Fall, dass die beiden früheren *directors* von *Canaero* der Gesellschaft für den aus diesem Vertrag entstandenen Profit haftbar waren. Der *Supreme Court of Canada* führte dazu aus, dass *O'Malley* und *Zarzycki* (die beiden früheren Angestellten von *Canaero*) in einem Treuverhältnis zu ihrer Gesellschaft standen, welches sie verpflichtete verantwortungsbewusst, loyal und im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln, sowie Interessenkonflikte zu vermeiden. Speziell sei es ihnen untersagt, ohne die Zustimmung der Gesellschaft, etwaige Geschäftsvorteile, die der *corporation* selbst zu stehen oder welche sie für diese aushandeln sollten, selbst in Anspruch zu nehmen.<sup>312</sup>

---

<sup>309</sup> Vgl. *Smerdon*, *Directors' Liability and Indemnification: A Global Guide* (2007) 70.

<sup>310</sup> Vgl. *Smerdon*, *Liability and Indemnification* 70.

<sup>311</sup> Vgl. [1974] S.C.R. 592.

<sup>312</sup> Vgl. *Ross*, *Corporate and Commercial Law* 95.

- **Duty of care:** Die Pflicht mit gehöriger Sorgfalt zu handeln. Ein *director* hat demnach mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten zu handeln, die eine sorgsame Person nach **objektiven Kriterien** in derselben Situation an den Tag legen würde. Sofern ein *director* diese Pflicht verletzt, greift seine Haftung gegenüber der Gesellschaft für Schäden, die hieraus entstehen. Was genau unter dem Begriff „des Handelns mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten, die eine sorgsame Person nach objektiven Kriterien in derselben Situation an den Tag legen würde“ zu verstehen ist, wurde in den gesetzlichen Bestimmungen des *CBCA* nicht näher ausgeführt. Es ist demnach auf den jeweiligen **Einzelfall** abzustellen.<sup>313</sup>
- **Duty of loyalty:** Die Pflicht sich loyal zu verhalten.<sup>314</sup>
- Die Pflicht sich den jeweiligen Standards entsprechend zu verhalten, welche gesellschaftsrechtlich relevante Dokumente, Gesetze und Vorschriften vorgeben.
- Die Pflicht die **Gesellschaft zu leiten** bzw ihre **Leitung zu überwachen**. Solange *directors* ihre Leitungsfunktion ordnungsgemäß ausüben, besteht diese Leitungsverpflichtung ohne Einschränkung, es sei denn sie wurde entweder durch entsprechende Bestimmungen in der Satzung begrenzt oder es wurde eine einstimmige Vereinbarung der Gesellschafter darüber getroffen. Bei diesem **unanimous shareholder agreements**, kurz „USA“, handelt es sich um einstimmige Übereinkünfte der Gesellschafter die **Leitungsfunktion der directors** ganz oder teilweise zu **begrenzen**. Dies führt dazu, dass Gesellschafter, welche Parteien dieser Vereinbarung sind, alle Rechte und Pflichten der *directors* innehaben und die *directors* im Gegenzug dazu, in entsprechendem Ausmaß, von ihren Verpflichtungen sowie einer Haftung entlassen sind. Sinn dieser Regelung ist es *directors* vor einer Haftung zu bewahren, in Fällen in denen diese ohnehin nur geringe bzw keine Kontrolle über die Geschäfte der Gesellschaft haben. Ein Beispiel hierfür wäre eine hundertprozentige Tochtergesellschaft.<sup>315</sup>

Weiters sieht § 122 Abs 2 des *CBCA* vor, dass *directors* und *officers* einer *corporation* stets verpflichtet sind, sich entsprechend den Grundsätzen des *CBCA* sowie in Übereinstimmung mit der Satzung, Nebenbestimmungen und einstimmigen Gesellschafterbeschlüssen zu verhalten.

---

<sup>313</sup> Vgl. Ross, Corporate and Commercial Law 98.

<sup>314</sup> Vgl. Ontario Bar Association, Ever expanding directors' and officers' liability landscape: Is the traditional corporate veil still a shield? (2003) 1.

<sup>315</sup> Vgl. Beattie in Richardson (Hrsg.), Duties and Liabilities in Canada 13f.

In Zusammenhang mit den beschriebenen *directors duties* ist auch der Gläubigerschutz kanadischer Gesellschaften zu sehen. Festzuhalten ist dazu, dass die Frage des Gläubigerschutzes in Kanada sowie die Ausrichtung der *directors duties* an diesem gänzlich anders gehandhabt wird als in Österreich. Während in Österreich der Gläubigerschutz stets im Vordergrund steht und Vorstände sowie Geschäftsführer den Gläubigerschutz in Rahmen der Ausübung ihrer Tätigkeit durchwegs zu beachten haben, sind kanadische Leitungsorgane bei der Ausführung ihrer Tätigkeit nur dem Wohle der Gesellschaft verpflichtet und haben sich dabei nicht an den Gläubigerinteressen zu orientieren.<sup>316</sup> Nichtsdestotrotz misst auch das kanadische Gesellschaftsrecht dem Gläubigerschutz eine zentrale Bedeutung bei. In der Insolvenz der Gesellschaft kippt demnach die Situation und der Gläubigerschutz rückt in den Vordergrund. In diesem Zusammenhang greift das Rechtsinstitut des *wrongful trading*<sup>317</sup>, nachdem wie bereits unter Punkt 4.3.4.1.1. ausgeführt, eine insolvenzrechtliche Haftung daran anknüpft, dass die *directors* die Geschäfte der Gesellschaft weiterhin abwickeln bzw nichts dagegen unternehmen, um den Schaden der Gläubiger zu begrenzen, obwohl ihnen die finanziell schlechte Lage der Gesellschaft bewusst ist bzw bewusst hätte sein müssen.<sup>318</sup> Zusätzlich dazu sieht das kanadische Recht den Rechtsbehelf der *oppression remedy* gemäß § 241 *CBCA* vor, nach dem in unfairer bzw benachteiligender Weise behandelte Gläubiger in der Insolvenz die Leitungsorgane haftungsrechtlich zur Verantwortung ziehen können. In diesem Licht ist auch das angloamerikanische System der Kapitalvorschriften zu sehen. Als Ausgleich für fehlende Mindestkapitalvorschriften, greift demnach ein strenges System der Kapitalerhaltung bzw Rückforderung, welches ebenfalls dem Gläubigerschutz dient.<sup>319</sup>

### **Anspruchsberechtigte der Pflichterfüllung:**

#### **1) Gesellschaft**

Die *directors* sind der Gesellschaft gegenüber zur Einhaltung der genannten *duties* verpflichtet. Dementsprechend haben Entscheidungen, welche von ihnen getroffen werden, im besten Interesse der Gesellschaft zu sein.<sup>320</sup>

---

<sup>316</sup> Vgl. *Doralt*, Managerpflichten, sec 170 Rz 8.

<sup>317</sup> Vgl. *Doralt*, Managerpflichten, sec 170 Rz 9.

<sup>318</sup> Vgl. *Bachner*, Limited in der Insolvenz 55f.

<sup>319</sup> Vgl. *Doralt*, Managerpflichten, sec 170 Rz 12.

<sup>320</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 73.

## 2) Gläubiger

Grundsätzlich gibt es keine unmittelbare Verpflichtung der *directors* gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Ungeachtet dessen schulden die *directors* bestimmter *corporations* – speziell bei Gesellschaften, welche größere Summen von Geld treuhändig verwalten – die Einhaltung bestimmter Pflichten gegenüber den Begünstigten dieser Treuhandgelder.<sup>321</sup>

## 3) Angestellte

Ausständige Gehaltszahlungen an Angestellte sowie noch offenen Zahlungen in Zusammenhang mit sozialen Abgaben an öffentliche Behörden sind ebenfalls eine bedeutende Quelle der kanadischen *directors liability*. Zu einer Haftung kann es hierbei sowohl nach gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen als auch nach den Normen der provinziellen sowie der bundesweiten Arbeitsgesetzgebung kommen. Der *CBCA* sieht hierbei beispielsweise vor, dass *directors* persönlich für alle den Angestellten zustehenden leistungsbezogenen Ansprüche haften. Diese Haftung ist bis zu einem Höchstbetrag vorgesehen, der umgerechnet der Summe von bis zu sechs Monatsgehältern entspricht, wobei die *directors* nur haften, sofern sie in dem Zeitraum, als der Angestellte in der Gesellschaft tätig war, auch als *director* der *corporation* eingesetzt waren.

Die Klage eines Angestellten ist jedoch nur erfolgreich, sofern einer der folgenden drei Punkte vorliegt:<sup>322</sup>

- Die Gesellschaft wurde bereits erfolgreich innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Fälligkeit des Anspruchs geklagt, wobei die Durchführung der gesamten Exekution jedoch nicht erfolgreich war;
- die Liquidation der Gesellschaft hat begonnen bzw die Gesellschaft ist bereits aufgelöst; in diesem Fall muss die Klage auf Zahlung bereits sechs Monate vor Beginn der Liquidation bzw vor Beginn des Auflösungsprozess geltend gemacht worden sein; oder
- die Gesellschaft hat eine Anweisung gemacht oder eine Aufforderung zur Insolvenzanmeldung ist nach den Bestimmungen des *Bankruptcy and Insolvency Act* dagegen ergangen; auch in diesem Fall muss die Klage auf Zahlung bereits sechs Monate vor dem Datum der Anweisung bzw der

---

<sup>321</sup> Vgl. *Smerdon, Liability and Indemnification* 73.

<sup>322</sup> Vgl. *Smerdon, Liability and Indemnification* 73f.

Aufforderung zur Insolvenzanmeldung geltend gemacht worden sein.

#### 4) Wertpapierinhaber

Eine spezielle Schuld der *directors* den Wertpapier- bzw Aktieninhabern gegenüber auf Pflichterfüllung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Dennoch hat der *Supreme Court of Canada*<sup>323</sup> sich damit befasst und ausgesprochen, dass ein Treueverhältnis besteht, sofern eine Person alleine in der Lage ist, die rechtlichen Interessen eines Anderen zu beeinflussen bzw mitzugestalten und Umstände vorherrschen, in denen diese Person verletzbar ist bzw auch geschädigt werden kann. Ob dieser Grundsatz direkt auf Wertpapier- bzw Aktieninhabern umgelegt werden kann, ist fraglich. Herrschende Meinung hierzu ist, dass keine direkte Verpflichtung der *directors* den Wertpapier- bzw Aktieninhabern gegenüber besteht, diese jedoch deren Interessen bei der Pflichterfüllung zu beachten haben.<sup>324</sup>

#### 5) Öffentlichkeit

Grundsätzlich besteht keine spezielle Verpflichtung der *directors* gegenüber der Allgemeinheit iSd Öffentlichkeit. Dennoch kann ein *director* haftbar gemacht werden, sofern er seinen Geltungsbereich als Autorität und handlungsbefugte Person für die Gesellschaft überschreitet.<sup>325</sup>

#### 4.3.4.2 Officer

Das Organ des kanadischen *officers* spielt im Gegensatz zu dem in Österreich weitaus bedeutsameren Kontrollorgan des Aufsichtsrats eine eher untergeordnete Rolle. Dennoch soll auch dieses Organ erwähnt und im Rahmen dieser Arbeit kurz dargestellt werden.

##### 4.3.4.2.1 Stellung des officers und seine Aufgaben und Pflichten

Das kanadische Gesellschaftsrecht mit seinem „monistischen System“ kennt kein direktes Pendant zu dem österreichischen Organ des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan. Nichtsdestotrotz sieht der *CBCA* vor, dass *directors* gewisse dazu geeignete Personen als *officers* bestellen können.<sup>326</sup> Korrespondierend dazu obliegt es den *directors* auch die *officers* wieder abzusetzen. Der *officer* einer *corporation* hat nach denselben

---

<sup>323</sup> *Judgments of the Supreme Court of Canada: BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, [2008] 3 S.C.R. 560 [BCE];

<sup>324</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 73.

<sup>325</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 74.

<sup>326</sup> Vgl. § 121 des *CBCA*.

**Sorgfaltsmaßstäben** wie ein *director* zu handeln. Weiters legen die *directors* die spezifischen Pflichten eines *officers* fest und sind gemäß § 121 des *CBCA* auch in der Lage bestimmte Befugnisse an einen *officer* oder auch an ein anderes Vorstandsmitglied bzw an Vorstandsausschüsse zu delegieren.<sup>327</sup> Die Rechte und Pflichten eines *officers* sind in der Regel durch die Satzung der Gesellschaft, durch die gesetzlichen Bestimmungen des *CBCA*, durch Beschlüsse der *directors* sowie durch einstimmige Gesellschafterbeschlüsse determiniert. Eine Besonderheit des kanadischen Rechtssystems liegt darin, dass eine Person **zugleich *director* und *officer* einer Gesellschaft sein** kann.

#### 4.3.4.3 Managing director

Das kanadische Gesellschaftsrecht sieht zusätzlich die Möglichkeit vor, einen *managing director* zu bestellen. Grundsätzlich ist es zwar nicht üblich einen *managing director* zu bestellen, sollte eine derartige Bestellung jedoch dennoch erfolgen, so hat der *managing director* innerhalb der *corporation* die **Stellung eines *chief executive officers*** und ist mit der Befugnis ausgestattet, die Geschäfte und sonstigen Angelegenheiten der Gesellschaft zu überwachen.<sup>328</sup> Es handelt sich dabei also um eine Person, welche mit weit reichenden Rechten und Befugnissen in Bezug auf den gewöhnlichen Geschäftsverkehr der Gesellschaft ausgestattet ist. Der *managing director* einer *corporation* wird durch die Gruppe der *directors* bestellt und muss dieselben Qualifikationen wie ein Vorstandsmitglied aufweisen. Gemäß § 110 Abs 1 des *CBCA* hat der *managing director* einer *corporation* die kanadischer Staatsbürgerschaft zu besitzen.<sup>329</sup> Der *managing director* ist kein gewöhnlicher Angestellter, sondern ein **höherrangiger leitender Angestellter bzw Verwaltungsbeamter** der Gesellschaft. Sofern der *managing director* bei Handlungen im Namen der Gesellschaft seine Befugnisse überschreitet, ist er Dritten gegenüber für diese Pflichtverletzung haftbar.<sup>330</sup>

#### 4.3.4.4 Secretary

Wie bereits ausgeführt, ist es innerhalb einer kanadischen *corporation* üblich eine Person als *secretary* einzusetzen. Der *secretary* einer Gesellschaft ist der gesetzlich vorgesehene, ranghöchste Angestellte in dem jeweiligen Unternehmen, der

---

<sup>327</sup> Vgl. Ross, Corporate and Commercial Law 101.

<sup>328</sup> Vgl. Ross, Corporate and Commercial Law 101.

<sup>329</sup> Vgl. Ross, Corporate and Commercial Law, 101.

<sup>330</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, Canadian Companies 438f.

grundsätzlich für die gesamte **formell-administrative Verwaltung** der *corporation* verantwortlich ist. Er wird entweder innerhalb der Gruppe der *directors* selbst gewählt oder zumindest durch diese bestellt, je nachdem wie die Satzung der Gesellschaft ausgestaltet ist.<sup>331</sup> Sein Aufgabenbereich umfasst unter anderem die Führung der vorgeschriebenen Bücher und sonstigen Verzeichnisse sowie die Einberufung der Gesellschafterversammlungen. Der *secretary* einer *corporation* ist demnach das Organ, durch welches die Gesellschaft bei **alltäglich anfallenden Angelegenheiten** agiert. Nichtsdestotrotz ist der *secretary* stets verpflichtet, sich an die gesetzlich vorgegebenen Bestimmungen der Gesellschaft sowie an die **Anweisungen der directors** zu halten.<sup>332</sup> Nach der neuesten Rechtslage besteht für eine *corporation* keine Verpflichtung zur Führung eines *secretary*, da seine Aufgaben grundsätzlich auch von einem *director* bzw dem *board of directors* wahrgenommen werden können.<sup>333</sup>

#### 4.3.4.4.1 Aufgaben und Pflichten des secretary

Nach herrschender Ansicht steht der *secretary* gegenüber seiner Gesellschaft in einem Treueverhältnis. Er sollte demnach in einer Weise handeln, sodass es zu keinem Interessenskonflikt zwischen seinen Pflichten und seinen persönlichen Belangen kommt.<sup>334</sup>

In seiner Stellung als *chief agent* - iSe **Generalvertreter der Gesellschaft** - verfügt der *secretary* auch über eine Reihe von Rechten und Pflichten. Einige dieser Pflichten treffen einen *secretary* von Gesetzes wegen oder aufgrund der Statuten, andere werden ihm durch Anordnung der *directors* auferlegt.

Als wichtigste **Rechte und Pflichten** seien genannt:<sup>335</sup>

- Empfang von Nachrichten und Mitteilungen an die Gesellschaft, einschließlich rechtlich bedeutender Umstände;
- Teilnahme an der Korrespondenz der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern und Wertpapierinhabern;
- Bekanntgabe von Treffen zwischen den Gesellschaftern und der *corporation* - dies erfolgt nur auf Anordnung der *directors*;

---

<sup>331</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, Canadian Companies 418f.

<sup>332</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, Canadian Companies 434.

<sup>333</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>334</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, Canadian Companies 435.

<sup>335</sup> Vgl. *Wegenast/Hyndman*, Canadian Companies 437ff.

- Teilnahme an Versammlungen der Gesellschafter sowie an Versammlungen der *directors*;
- Verwahrung der Bilanzbücher und Erfassung aller gesellschaftsrechtlichen Transaktionen;
- Unterzeichnung oder Gegenzeichnung von Schecks, Schuldverschreibungen und Wechseln - sofern dies in der Satzung vorgesehen wurde.

#### 4.3.4.5 Treasurer und Secretary-Treasurer

Bei dem *treasurer* einer *corporation* handelt es sich um den Verwalter bzw Vermögensverwahrer der Fonds und Sicherheiten einer Gesellschaft. Sein Aufgabenbereich besteht hauptsächlich darin, Schecks und Schuldverschreibungen der Gesellschaft zu unterzeichnen, wobei in der Praxis üblicherweise eine zusätzliche Unterschrift eines *directors* erforderlich ist.

Bei einem *secretary-treasurer* handelt es sich um einen Angestellten der Gesellschaft, welcher die Funktion des *secretary* und des *treasurer* in einer Person vereint.<sup>336</sup>

#### 4.3.5 Business Judgement Rule und deren Bedeutung für das österreichische Recht

Im Lichte des den Leitungsorganen bei der Durchführung ihrer Aufgaben bzw bei der Erfüllung ihrer Pflichten zukommenden unternehmerischen Ermessensspielraums, ist die aus dem **angloamerikanischen Rechtsraum** stammende „Theorie“ der ***Business Judgment Rule*** („*BJR*“) näher zu beleuchten, welche die gerichtliche Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen von Organmitgliedern sowie deren Haftung näher bestimmt.<sup>337</sup> Dieses ursprünglich aus den USA stammende und in Kanada von zentraler Bedeutung geprägte Prinzip, setzt sich mit der Grenze zwischen der Verwirklichung des normalen Unternehmensrisikos und der Begehung einer Sorgfaltswidrigkeit auseinander. Es geht dabei vor allem darum, in objektiver Form zu erheben, wann der unternehmerische Ermessensspielraum endet und ab welchem Zeitpunkt eine Pflichtverletzung begangen wird. Die *BJR* trennt somit die **bloß unternehmerische Fehlentscheidung** von **haftungsbegründenden Pflichtverletzung**.<sup>338</sup>

---

<sup>336</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>337</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup>, Rz 2/97.

<sup>338</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup>, Rz 2/96.

In Anlehnung an diese Regelungen wird sogleich der Frage nachgegangen, welche möglichen Auswirkungen bzw. **Vorteile oder Nachteile das Positiveren** der angloamerikanischen *BJR* auf die **österreichische Rechtslage**, analog zu der in Deutschland stattgefundenen Implementierung der *BJR* durch den deutschen Gesetzgeber in **§ 93 Abs 1 dt.AktG**, hat bzw haben könnte.

Vorweg gilt es dabei, die angloamerikanische Rechtsfigur der *BJR* näher dazustellen sowie deren Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zu der Einrichtung des „unternehmerischen Ermessens“ in Österreich aufzuzeigen.

Im Grunde lassen sich nach der *BJR* **fünf Kriterien** darlegen, welche dafür ausschlaggebend sind, dass es zu keiner Haftung des jeweiligen Organmitgliedes kommt:<sup>339</sup>

- 1) Es handelt sich um eine unternehmerische Entscheidung iSd „*business interest*“;
- 2) es besteht kein Interessenkonflikt;
- 3) die Entscheidung wird mit „*due care*“ getroffen, dh es existiert eine ausreichende Informationsgrundlage, auf der die Entscheidung gefällt werden kann;
- 4) es wird im besten Interesse der Gesellschaft gehandelt;
- 5) die Entscheidung ist „*reasonable*“, dh sie hat einen vernünftigen Geschäftszweck.<sup>340</sup>

Nach den Kriterien der *BJR* wird eine Haftung somit auch für eine schlussendlich fehlerhafte, aber dennoch unternehmerisch sinnvolle Geschäftsentscheidung idR verneint, sofern die handelnde Person eine unternehmerische Entscheidung getroffen hat, bei der keine von den Interessen des Unternehmens abweichenden Ziele verfolgt wurden (Vermeidung von Interessenkonflikten), die Entscheidung auf einer ausreichenden Informationsgrundlage unter Zugrundelegung der wesentlichen Informationen beruht hat, welche sinnvoller Weise verfügbar waren, sowie das Organmitglied subjektiv der Überzeugung war, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln, wobei diese Überzeugung von einem objektiven Standpunkt *ex ante* nachvollziehbar war. (rationale Entscheidung). Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, handelt der *director* im Rahmen

---

<sup>339</sup> Vgl. Lutter, Die Business Judgement Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 (81ff); Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup>, Rz 2/97.

<sup>340</sup> Vgl. Reiter, Directors' Duties<sup>3</sup> 67f; Lutter, GesRZ 2007, 81; Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften – zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung\*, wbl 2009, 168 (169).

seines unternehmerischen Ermessensspielraums und haftet demnach nicht. In weiterer Folge werden die fünf Kriterien der *BJR* näher umschrieben.

#### 4.3.5.1 Fünf Tatbestandsmerkmale der *BJR*

Die aus dem angloamerikanischen Recht stammende *BJR* legt, wie bereits angesprochen, die Abgrenzung zwischen der bloßen unternehmerischen Fehlentscheidung und einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung fest. In Anwendung dieser Regelung, wird eine gesetzmäßige und durch den Gesellschaftszweck gedeckte unternehmerische und wirtschaftliche Entscheidung gerichtlich nicht weiter auf ihre inhaltliche Vereinbarkeit mit der *duty of care* iSd der Sorgfaltspflicht überprüft. Diese jedoch nur, sofern die Entscheidung unbefangen, informiert und in gutgläubiger Absicht gefällt wurde. Eine nähere inhaltliche Überprüfung finden somit lediglich in den Fällen statt, in denen es der klagenden Gesellschaft oder einem Aktionär, welcher den Schaden im Rahmen des Rechtsbehelfes der *shareholder derivative suit* geltend macht gelingt sollte, durch eine inhaltlich gefestigte Tatsachenbehauptungen das Fehlen von zumindest einer der fünf Voraussetzungen glaubhaft zu machen.<sup>341</sup>

Erste Voraussetzung im Anwendungsbereich der *BJR* ist die Tatsache, dass es sich um eine **unternehmerische Entscheidung** des jeweiligen Leitungsorgans handelt. Festzuhalten ist dazu, dass dieses Tatbestandsmerkmal sowohl negativ als auch positiv umschrieben werden kann. In negativer Hinsicht ist damit gemeint, dass es sich um keine unternehmerische Entscheidung handelt, sofern eine Pflicht auf Grund eines Gesetzes, der Satzung, des Anstellungsvertrages, der Geschäftsordnung oder auf Grund einer verbindlichen Anweisung zu erfüllen ist. In diesen Fällen besteht somit kein Ermessen des jeweiligen Leitungsorgans, da das Organ stets in Befolgung dieser Pflichten zu handeln hat.<sup>342</sup> In positivem Sinn wird die unternehmerische Entscheidung dadurch umschrieben, dass das jeweilige Leitungsorgan frei ist, sich in die eine oder auch in die andere Richtung zu entscheiden. Es handelt sich also um die bewusste Auswahl des jeweiligen Organs aus mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensalternativen.<sup>343</sup>

Als zweite Voraussetzung legt die *BJR* fest, dass das jeweilige Organmitglied zum **Wohle der Gesellschaft** zu handeln hat. Dieses Tatbestandsmerkmal ist nicht erfüllt, sofern die

---

<sup>341</sup> Vgl. *Torggler*, Business Judgement Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen – Zugleich eine Besprechung von Grass, Business Judgement Rule, ZfRV 2002/9, 133 (133f).

<sup>342</sup> Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, 81.

<sup>343</sup> Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, 82.

Maßnahmen den Bestand der Gesellschaft gefährden oder zu deren andauernder Unrentabilität führen.<sup>344</sup>

Die dritte Voraussetzung der *BJR* besteht darin, dass die Entscheidung des Organs **frei von Interessenkonflikten** zu sein hat, welche es selbst oder nahe Angehörige betreffen. Zu beachten sind hierbei sowohl Eigeninteressen, als auch Interessen von nahen Angehörigen sowie von dritten Personen, unter deren kontrollierendem Einfluss das Leitungsorgan steht. Sofern dem Kläger der Nachweis eines Interessenkonflikts gelingt, obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass die Entscheidung dennoch „*fair to the corporation*“ war dh, dass den Gesellschaftsinteressen vor den Eigen- bzw Sonderinteressen der Vorrang gegeben wurde. Kontrollmaßstab ist dabei ein Fremdvergleich („*arm's-length transaction with a stranger*“).<sup>345</sup>

Die Frage des Vorliegens eines Interessenkonfliktes hat dabei auch große Bedeutung im Falle eines Konzerns. Sofern beispielsweise ein und dieselbe Person sowohl als Vorstand der Mutter- als auch der Tochtergesellschaft eingesetzt ist und in der Tochtergesellschaft die Schließung einer äußerst rentablen Produktionslinie aus Gründen der Konzernstrategie anordnet, so steht dieser Person das Privileg der *BJR* wegen des eben beschriebenen Interessenkonfliktes zwischen Mutter und Tochter jedenfalls nicht zu.<sup>346</sup>

Als vierte Voraussetzung ordnet die *BJR* an, dass das jeweilige Organmitglied stets auf der Basis **ausreichender** sowie **angemessener Informationen** zu handeln hat. Grundgedanke ist dazu, dass die Gesellschaft sowie die Aktionäre bzw Gesellschafter an sich nicht vor Schäden aus Fehleinschätzungen iZm unternehmerischen Entscheidungen geschützt sind. Als Ausgleich dazu müssen die Entscheidungen daher stets sorgfältig vorbereitet sowie dementsprechend getroffen werden, um das mit der Entscheidung notwendig verbundene Risiko zu minimieren. In diesem Lichte muss die Entscheidung somit auf möglichst breiter Informationsgrundlage und mit Sorgfalt getroffen werden, wobei stets nach der jeweiligen Bedeutung und Tragweite der Entscheidung zu differenzieren ist.<sup>347</sup> Die Verpflichtung des jeweiligen Leitungsorgans alle ihm zur Verfügung stehenden Informationsquellen zu nutzen, relativiert dabei Art und Umfang der erforderlichen Selbstinformation, je nach der Dringlichkeit der Entscheidung.<sup>348</sup> In diesem Zusammenhang spielt vor allem die Frage nach der Reichweite der Informationsbeschaffungspflicht eine wichtige Rolle. Fest steht

---

<sup>344</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 82.

<sup>345</sup> Vgl. Torggler, ZfRV 2002/9, 139f

<sup>346</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 82f.

<sup>347</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 83.

<sup>348</sup> Vgl. Torggler, ZfRV 2002/9, 138.

dazu, dass bei der Entscheidungsfindung einerseits der oft äußerst hohe Zeitdruck zu berücksichtigen ist, sowie andererseits die Tatsachen, dass keine Informationsbeschaffung allumfassend sein kann und das jeweilige Organ sich daher grundsätzlich auf die betriebswirtschaftlich maßgeblichen Faktoren, wie die Rentabilität, eine Risikobewertung, das Investitionsvolumen und die Finanzierung beschränken kann. Das Leitungsorgan hat in einem Haftungsprozess dabei die Tatsache, dass es sorgfältig sowie auf angemessener Informationsgrundlage gehandelt hat, darzutun und zu beweisen. Demensprechend ist es für die Organmitglieder auch von zentraler Bedeutung ihre Unterlagen sowie Dokumentationen sorgfältig aufzubewahren.<sup>349</sup>

Als fünftes Tatbestandsmerkmale legt die *BJR* fest, dass mit der jeweiligen zu treffenden Entscheidung **kein übergroßes Risiko** eingegangen werden darf, wie beispielsweise Leistungen ohne korrespondierende Sicherheiten zu erbringen oder auch die Existenz der Gesellschaft aufs Spiel zu setzen.<sup>350</sup>

Sofern diese fünf Tatbestandsmerkmale der *BJR* iS einer korrekten Ermessensentscheidung vorliegen, hat das betreffende Organmitglied jedenfalls nicht pflichtwidrig gehandelt. Demensprechend entfällt bereits die erste Voraussetzung der Haftung und es greift das Privileg der *BJR*, weshalb sich das zuständige Gericht auch nicht mehr um den Inhalt der unternehmerischen Entscheidung zu kümmern hat, mag sie auch noch so fatal gewesen sein. Sofern die *BJR* hingegen nicht greift, so hat das Gericht die unternehmerische Entscheidung im Hinblick auf die Sorgfalt sowie in Hinblick auf das schädigende Handeln zu überprüfen.<sup>351</sup>

#### 4.3.5.2 Unternehmerisches Ermessen

Bedeutsam iZm der *BJR* sowie mit den vorweg erläuterten Pflichten von Leitungsorganen, ist die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit im Rahmen des rechtmäßigen **unternehmerischen Ermessens**, welches als Korrektiv zur Abgrenzung dieser Pflichten von einer Pflichtverletzung dienen soll. Es handelt sich hierbei um einen **gerichtlich nicht überprüfbaren Handlungsspielraum**, welcher den Vorstandsmitgliedern bzw den Mitglieder der Geschäftsführung bei der Durchführung bzw Erfüllung ihrer Verpflichtungen zur Verfügung steht.

---

<sup>349</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 83f.

<sup>350</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 84.

<sup>351</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 84.

Da das österreichische Recht strenge Haftungsbestimmungen normiert, ist es als Ausgleich notwendig unternehmerische Initiativen sowie unternehmerische Entscheidungen zu zulassen bzw diese zu fördern. Dies geschieht vor allem dadurch, dass den handelnden Organen ein gewisser Ermessensspielraum zugesprochen wird, um wirtschaftliche Entscheidungen sinnvoll treffen zu können, ohne sofort einem Haftungsrisiko ausgesetzt zu sein. Ohne einen derartigen Handlungsspielraum wäre **effektives wirtschaftliches Handeln und Entscheiden** schlichtweg undenkbar. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass das unternehmerische Risiko stets von der Gesellschaft selbst zu tragen ist.<sup>352</sup> Aufgabe des Vorstands ist es somit das unternehmerische Risiko einzustufen und entsprechend zu entscheiden. Es soll jedoch keinesfalls für jede sich nachträglich als Fehlentscheidung ergebende Maßnahme haften. Eine gewisse **Haftungsbegrenzung** ist iSd sinnvollen Wirtschaftens daher jedenfalls notwendig.<sup>353</sup>

Hauptaufgabe des Leitungsorgans ist dabei auch die Unternehmensplanung sowie die Entwicklung von Konzepten, um ein übergeordnetes Unternehmensziel erreichen zu können. Was in diesem Zusammenhang „zulässig ist“, bemisst sich einerseits *ex ante* aus der Wahrscheinlichkeit des diesbezüglichen Gelingens sowie aus der Relation der Wahrscheinlichkeit zur Art und Höhe eines möglicherweise eintretenden Schadens.<sup>354</sup> Weiters sind bei der Frage einer etwaigen Überschreitung des unternehmerischen Ermessensspielraumes jedenfalls die branchen-, größen- und situationsadäquaten Umstände des Unternehmens mitzubersichtigen.<sup>355</sup> Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt demnach vor, sofern das jeweilige Vorstandsmitglied bzw das Mitglied der Geschäftsführung bei seiner Entscheidung diesen unternehmerischen Ermessensspielraum überschreitet. Soweit das jeweilige Leitungsorgan innerhalb der Grenzen dieses Ermessensspielraumes handelt, hat eine **gerichtliche Nachprüfung** dagegen **zu unterbleiben**.

#### 4.3.5.3 Rechtslage in Österreich und Deutschland

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland spielt die Haftung von Vorständen und Geschäftsführern, sowie die Möglichkeit einer Haftungsfreistellung eine immer größere

---

<sup>352</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup>, Rz 2/100.

<sup>353</sup> Vgl. *Bollenberger/Klemm*, *Geschäftsführerhaftung* 81.

<sup>354</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup>, Rz 2/100.

<sup>355</sup> Vgl. *Bollenberger/Klemm*, *Geschäftsführerhaftung* 81; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* Rz 3/336.

Rolle. Dies führt bei den potenziell Betroffenen oftmals zu großer Beunruhigung. Die Haftungsbestimmungen für Vorstände, Geschäftsführer und auch für Aufsichtsräte werden im österreichischem wie auch im deutschem Recht, dabei grundsätzlich sehr streng gehandhabt. Das gilt insbesondere in Verfahren, bei denen sich die Vorstände und Geschäftsführer entlasten müssen. Eine vertragliche Einschränkung dieses Haftungsrahmens ist in Österreich grundsätzlich nicht möglich – dies gilt sowohl für die AG als auch für die GmbH. In Deutschland ist dazu eine gewisse Erleichterung im Rahmen der GmbH vorgesehen, bei der eine vertragliche Einschränkung des Haftungsrahmens grundsätzlich zulässig ist. Festzuhalten ist dazu, dass diese Möglichkeit jedoch nur bei der deutschen GmbH besteht, nicht hingegen bei den Leitungs- oder Überwachungsorganen einer deutschen AG.<sup>356</sup>

Im Lichte dieser Rechtslage spielt das vorweg erläuterte **Prinzip der BJR**, welches die Voraussetzungen für eine derartige Haftungsfreistellung näher quantifiziert, eine immer größere Rolle. Festzuhalten ist dazu, dass die *BJR* in **Österreich nicht unmittelbar anwendbar** ist. Dennoch ist es auch hierzu Lande von großer Bedeutung, dass Entscheidungen von Leitungsorganen auf angemessener Informationsgrundlage sowie frei von Interessenkonflikten und in gutem Glauben getroffen werden, dass die jeweilige Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft liegt. Den Grundsätzen *BJR* wird somit auch in Österreich – **zumindest indirekt** - Rechnung getragen.<sup>357</sup> Auch nach österreichischem Recht ist demnach ein haftungsfreier Ermessensspielraum iSe Freiraumes vor einer gerichtlichen Prüfung vorgesehen, welcher nach den Kriterien der *BJR* konkretisiert werden kann.<sup>358</sup>

Festzuhalten ist, dass diese - aus der Rechtsfigur der *BJR* - extrahierten Grundsätze den österreichischen unternehmerischen Ermessensspielraum in gewisser Weise determinieren. Obwohl dessen Bestimmungen zwar in Österreich nicht unreflektiert übernommen werden, so spielen sie doch in der österreichischen sowie auch in der deutschen Diskussion der Abgrenzung des Haftungsbereiches eine zentrale Rolle.

An dieser Stelle sei angeführt, dass bis zum Jahr 2005, die Rechtslage in Deutschland wie in Österreich gleich war. Demnach war eine der *BJR* entsprechende Regelung weder in

---

<sup>356</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 79.

<sup>357</sup> Vgl. Briem, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010/27, 108 (111 ff).

<sup>358</sup> Vgl. Briem, PSR 2010/27, 112.

§ 84 österr. AktG noch in § 93 dt. AktG bzw in § 25 österr. GmbHG oder § 43 dt. GmbHG gesetzlich verankert und somit in keiner geschriebenen Norm enthalten.

Dies hat sich jedoch mit dem UMAG<sup>359</sup> 2005 für Deutschland geändert. Mit dem 1.12.2005 wurde in Deutschland die *BJR* gesetzlich verankert und durch die Normierung der *BJR* im dt. AktG, auch § 93 Abs 1 dt. AktG neu formuliert.<sup>360</sup> Der seit dem 1. 12. 2005 gültige Text des **§ 93 Abs 1 dt. AktG** lautet demnach, wie folgt:

*„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“*

Auch in Österreich wird, wie bereits angesprochen, die Gewährung eines haftungsfreien Ermessens für Leitungs- und Überwachungsorgane fraglos akzeptiert. Nicht durchgesetzt hat sich jedoch bisher der Gedanke, diesen Freiraum in einem eigenen Tatbestand zu kodifizieren. Festzuhalten ist hierzu jedoch, dass sich in Deutschland zwar die Tatsache der Kodifizierung geändert hat, das Regelungssystem der *BJR* hingegen sowohl in Österreich als auch in Deutschland seit eh und je angewendet und auch entsprechend judiziert wurde.<sup>361</sup>

Richtungsweisend für Deutschland war hierzu die „**ARAG/Garmenbeck**“-**Entscheidung** des deutschen BGH<sup>362</sup> aus dem Jahre 1997, welche für Deutschland ausdrücklich festlegte, dass bloße Fehlentscheidungen eines Vorstandsmitgliedes, die sich innerhalb der Grenzen unternehmerischen Ermessens bewegen, nicht als pflichtwidrig anzusehen sind.<sup>363</sup> Determiniert wurde dazu sowohl der weite Handlungsspielraum von Organmitgliedern und Leitungsorganen, ohne dem sinnvolles unternehmerisches Handeln nicht möglich ist, als auch das bewusste Eingehen von wirtschaftlichen Risiken, sowie der damit einhergehenden Gefahr von Fehlentscheidungen. Festgelegt wurde dazu abschließend, dass eine Haftung der Leitungsorgane erst dann einsetzen soll, wenn die Grenzen des verantwortungsbewussten und auf umfassender Entscheidungsgrundlage beruhenden, sowie nach dem Unternehmenswohl ausgerichteten, sorgfältigen Handelns deutlich

---

<sup>359</sup> Vgl. Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005 BGBl I 2005, S 2802 ff.

<sup>360</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 80f.

<sup>361</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 79.

<sup>362</sup> Vgl. BGH II ZR 175/95

<sup>363</sup> Vgl. Torggler, ZfRV 2002/9, 133.

überschritten sind oder das Verhalten aus anderen Gründen als pflichtwidrig anzusehen ist.<sup>364</sup>

Ähnlich argumentierte hierzu für Österreich auch der OGH<sup>365</sup>, welcher dazu aussprach, dass eine bloße unternehmerischer Fehlbeurteilung bzw Fehlentscheidung eines Leitungsorgans nicht *per se* zu einer Haftung des jeweiligen Organs führen dürfe, da andernfalls eine nicht gewünschte Erfolgshaftung vorliegen würde, nach der das typische Unternehmerrisiko der GmbH dem Leitungsorgan aufgebürdet werden würde. Gerade dies sei aber nicht erwünscht.<sup>366</sup>

Angesichts dieser Tatsachen ist auch für Österreich festzuhalten, dass die Rechtsfigur des unternehmerischen Ermessens, ähnlich wie die angloamerikanische *BJR*, eine Abgrenzung trifft zwischen einer bloßen unternehmerischen Fehlentscheidung und einer Pflichtverletzungen. Diese Unterscheidung erscheint demnach als Sachproblem, welches sich quer durch alle Rechtsordnungen erstreckt.

#### 4.3.5.4 Vor- und Nachteile des Positivierens der *BJR* für Österreich

Ausgehend von der in dieser Dissertation zu behandelnden Forschungsfrage nach den möglichen Auswirkungen des kanadischen Rechtssystem auf die Haftung von Organmitgliedern, die Durchsetzung von Haftungsansprüchen sowie auf die Absicherung gegen solche, ist der Frage nachzugehen, inwieweit die angloamerikanische Rechtsfigur der *BJR* eine mögliche direkte oder auch indirekte Auswirkung auf die österreichische Rechtslage hat bzw haben könnte. Dies vor allem betrachtet im Lichte der deutschen Kodifizierung der angloamerikanischen *BJR* in § 93 dt. AktG. In diesem Sinne gilt es die Vor- und Nachteile des Positivierens der *BJR* für Österreich aufzuzeigen.

Ausgangspunkt hierzu ist der Umstand, dass sowohl die österreichische als auch die deutsche Literatur und Rechtsprechung die Notwendigkeit eines haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraums bereits früh erkannt haben. Wie *Lutter*<sup>367</sup> in seinem Artikel zur *BJR* und deren Bedeutung für Deutschland und Österreich jedoch treffend beschreibt, handelte es sich dabei um einen Prozess, welcher sich über mehrere Jahre hinweg zog, bis der genaue Unterschied zwischen dem unternehmerischem Handeln

---

<sup>364</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup>, Rz 2/99.

<sup>365</sup> Vgl. OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i = *ecolex* 1998, 774 (Reich-Rohrwig) ; OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k.

<sup>366</sup> Vgl. *Torggler*, *ZfRV* 2002/9, 133.

<sup>367</sup> Vgl. *Lutter*, *GesRZ* 2007, 79f.

der Organmitgliedern einerseits, sowie ihren Pflichten andererseits erkannt wurde. Im angloamerikanischen Rechtskreis vollzog sich diese Entwicklung jedoch bereits früher und manifestiert sich dort in der Rechtsfigur der *BJR*.<sup>368</sup>

Eng verknüpft mit dieser in Deutschland und Österreich erst nach und nach einsetzenden Bedeutung des unternehmerischen Ermessens und dessen Konkretisierung im Rahmen der *BJR*, ist andererseits aber auch die fragwürdige Konstruktion des österreichischen und deutschen Organhaftungsrecht zu sehen, wonach grundsätzlich der Aufsichtsrat bzw Restvorstand für Klagen gegen seinen eigenen Vorstand und der Vorstand für Klagen gegen den eigenen Aufsichtsrat zuständig ist. Diese Regelung führt dazu, dass derartige Haftungsklagen im aktuellen Wirtschaftsleben praktisch nicht vorkommt.

Ein gewisser Ausgleich könnte beispielsweise durch eine sogenannte „Verantwortlichkeitsklage“ geschaffen werden, nach der jeder Aktionär klageberechtigt ist. Eine derartige Regelung existiert in der Schweiz<sup>369</sup>, in Deutschland und Österreich hingegen nicht.

In Anbetracht dieser Sachlage ist die genaue Umschreibung des unternehmerischen Ermessens sowie dessen Konkretisierung in Zusammenhang mit der Systematik der Haftungsklagen von zentraler Bedeutung.

Die gesetzliche Verankerung eines ausdifferenzierten und den Bestimmungen der *BJR* entsprechenden Tatbestandes hätte dabei sowohl für Vorstände, als auch für Geschäftsführer und Aufsichtsräte den klaren Vorteil der **Vorgabe einer detaillierten Leitlinie**. Die Vorzüge für eine gesetzliche Verankerung der *BJR* liegen dabei auf der Hand. Einerseits würde das Positivieren der *BJR* in Österreich zu einer Stärkung der **Rechtssicherheit** beitragen, sowie andererseits auch **erhöhte Transparenz** schaffen und somit indirekt auch zu einer **Beruhigung von Leitungs- und Überwachungsorganen** führen.<sup>370</sup> Mittels einer kodifizierten *BJR* wäre insbesondere auch das unternehmerische Ermessen abgesichert. Gleichzeitig soll es dadurch auch einer Minderheit erleichtert werden, Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organe durchzusetzen. Durch die Subsumtionsfähigkeit unter klar festgeschriebene Tatbestandmerkmale würde es zusätzlich

---

<sup>368</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 79f.

<sup>369</sup> Vgl. Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen<sup>2</sup> (1987) 41ff.

<sup>370</sup> Vgl. Kunz, Würde die Übernahme des § 93 Abs 1 dAktG in das österreichische Aktienrecht zu mehr Rechtssicherheit in Bezug auf nützliche Gesetzesverletzungen führen?, GesRZ 2007, 91 (91).

auch zu einer Erleichterung der Gerichte iSe einfacheren Anwendung sowie Beurteilung komplexer Sachverhalte an Hand der Prinzipien der *BJR* kommen. Dies jedoch ohne andererseits eine Fortentwicklung der Normen von Fall zu Fall einzuschränken. In die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen wäre insbesondere, neben den Aspekten der erhöhten Transparenz und Rechtssicherheit, auch die Bedeutung des **Vertrauensgrundsatzes der Rechtsunterworfenen**.

Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch, dass über die Bedeutung des Positivierens der *BJR* keine einheitliche Ansicht zwischen den einzelnen Rechtsordnung herrscht. So haben beispielsweise die vorher genannten Überlegungen sowohl in den Kanada, als auch in den USA und Großbritannien dazu geführt, dass die *BJR* nicht kodifiziert wurde, wohingegen es in Deutschland und Australien zu einer Kodifizierung gekommen ist.<sup>371</sup>

Gegen eine Kodifizierung der *BJR* für Österreich kann vorgebracht werden, dass hiezulande, auch ohne eine derartige gesetzliche Verankerung, die Entscheidungen von Leitungsorganen stets auf angemessener Informationsgrundlage, sowie frei von Interessenkonflikten und in gutem Glauben, dass die jeweilige Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft liegt, getroffen werden sollten. Dem oben angesprochenem Vertrauensgrundsatz der Rechtsunterworfenen und der Schaffung einer klaren Regelung durch die Kodifizierung der *BJR*, steht hierbei auch ein allfälliger **Interpretationsspielraum** sowie stets bestehende unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten einer gesetzlichen Verankerung der *BJR* gegenüber. Festzuhalten ist dazu auch, dass den Grundsätzen der *BJR* bereits bisher in Österreich, auch ohne entsprechende Kodifizierung indirekt Rechnung getragen wird. Der haftungsfreie Ermessensspielraum wird nach den Kriterien der *BJR* konkretisiert.

Aus rechtsvergleichender Sicht kann somit insgesamt ausgesprochen werden, dass sowohl Lehre als auch Rechtsprechung in Österreich praktisch zu dem gleichen Ergebnis wie in Deutschland kommen - sei es vor oder nach der Kodifizierung des § 93 Abs 1 und 2 des dt. AktG.

Anzumerken ist dazu auch, dass schon nach der gesetzlichen Ausgangslage, die *BJR* nicht pauschal in das österreichische und das deutsche Organhaftungsrecht übernommen werden kann. Dies deshalb, da zwar einerseits der Umfang des Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen weitgehend übereinstimmt, nicht jedoch die

---

<sup>371</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 80f.

Regelungen über die Beweislastverteilung bei Ermessensüberschreitungen. Im angloamerikanischen Recht hat dazu der Kläger nach den Regelungen der *BJR* stets die Untervertretbarkeit des Handelns zu beweisen.<sup>372</sup> Anders ist dies jedoch im Falle eines Ermessensmissbrauches, in dessen Fall eine dem angloamerikanischen Haftungsrecht entsprechende Beweislastverteilung vorgesehen ist.<sup>373</sup>

Abschließend sei hierzu auf den Artikel von *Torggler* zu der *BJR* und unternehmerischen Ermessensentscheidungen verwiesen, in welchem er die Frage nach einem der *BJR* „vergleichbarem Institut“ in Kontinentaleuropa grundsätzlich bejaht. Ausgesprochen wird dazu, dass die Elemente der *BJR* auch in der kontinentaleuropäischen Lehre grundsätzlich berücksichtigt werden (hoher Kompatibilitätsgrad), dies jedoch „*teilweise in anderem Zusammenhang oder mit anderer Wirkung*“.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> Vgl. *Torggler*, ZfRV 2002/9, 138.

<sup>373</sup> Vgl. *Torggler*, ZfRV 2002/9, 140.

<sup>374</sup> Vgl. *Torggler*, ZfRV 2002/9, 134.

#### 4.4 Rechtsvergleichende Analyse

Wie in Österreich so zählen auch in Kanada die Kapitalgesellschaften zu den beliebtesten Gesellschaftsformen. Hauptgrund ist hierfür einerseits der geringe Kapitaleinsatz, andererseits aber auch die bloß beschränkte Haftung der Gesellschafter. Für **Österreich** ist in diesem Zusammenhang von allem das Rechtsinstitut der **GmbH** zu nennen, welches bereits mit einem Mindeststammkapital von € 35.000 gegründet werden kann. Korrespondierend dazu existiert in Österreich als zweite Kapitalgesellschaftsform die **AG**. Es handelt sich dabei um eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete organisatorische Einheit, die gemäß § 2 UGB als Unternehmer kraft Rechtsform anzusehen ist und mit einem Grundkapital von mindestens € 70.000 gegründet werden kann. Eine nach dem „**Trennungsprinzip**“ klar festgeschriebene Abgrenzung der Gesellschaft als solche von ihren Mitgliedern, kann bei beiden Gesellschaftsformen als strukturtypisch angesehen werden. Als Unterschied sei jedoch angeführt, dass die Geschäftsführer einer GmbH weisungsgebunden sind, während die Vorstände der AG in ihren Handlungen grundsätzlich weisungsfrei sind.

Korrespondierend dazu existieren auch in **Kanada** zahlreiche Rechtsformen nach denen eine Gesellschaft gegründet werden kann. Neben der *Partnership* (Personengesellschaft) und dem *Joint Venture* ist im Bereich der hier relevanten Kapitalgesellschaften vor allem die kanadische *corporation* von zentraler Bedeutung. Es handelt sich dabei um einen selbstständigen Rechtsträger, dessen Gesellschafter einer bloß beschränkten Haftung ausgesetzt sind. Die einzelnen *shareholder* haften daher stets nur bis zur Höhe des von ihnen eingesetzten Kapitals. Dies entspricht dem österreichischen System der Haftungsbeschränkung. Wie in Österreich, so bedarf auch die kanadische *corporation* zahlreicher Schritte zu ihrer Inkorporation:

- Erstellen einer Satzung bzw eines Gesellschaftsvertrages - *articles of incorporation*;
- Zahlung der *registration fee*;
- Entscheidung ob die Gesellschaft nach Bundesrecht (*CBCA*) oder nach dem Recht einer Provinz (beispielsweise nach dem *Ontario Business Corporations Act*) gegründet werden soll.

Die Vorteile einer kanadischen *corporation* liegen dabei darin, dass sie über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, ihr Bestand somit nicht durch Tod oder etwaige

Pensionierungen ihrer Mitglieder beeinträchtigt wird und die *shareholder* auch nicht für Schulden bzw Verpflichtungen ihrer Gesellschaft haften (beschränkte Haftung nur bis zur Höhe des von ihnen eingesetzten Kapitals).<sup>375</sup> Insoweit ist die kanadische *corporation* den österreichischen Kapitalgesellschaften sehr ähnlich.

Zu beachten ist jedoch, dass bei der Gründung einer kanadischen *corporation* stets vorweg zu überlegen ist, ob die Gesellschaft in mehr als einer Provinz tätig wird. Demnach sollte die Gesellschaft entweder gleich nach Bundesrecht (*CBCA*) gegründet werden oder zusätzlich eine *extra-provincial license* beantragt werden, um eine wirtschaftliche Handlungsfähigkeit auch in anderen Provinzen sicherstellen zu können.<sup>376</sup>

Dies stellt einen erheblichen Unterschied zum österreichischen System dar, welches als Rechtsnormen für die Inkorporation von Kapitalgesellschaften ausschließlich das bundesweit geltende AktG und GmbHG bereithält. Ein wichtiger Unterschied zwischen der österreichischen Kapitalgesellschaftsform der AG bzw GmbH und der kanadischen *corporation* besteht somit in ihrem Geltungsbereich. Während österreichische Gesellschaften für das gesamte Bundesgebiet in Geltung sind, gilt für den kanadischen Raum etwas anderes. Einige Gesellschaftsformen werden durch das Recht der jeweiligen Provinz geregelt, andere hingegen durch Bundesrecht, welches in allen Provinzen und Territorien Kanadas gleichsam in Geltung ist. Die Entscheidung, ob man ein kanadisches Unternehmen auf Provinzebene oder auf Landesebene gründet, wird individuell getroffen. Will das Unternehmen in mehr als nur einer Provinz oder auch in Ländern außerhalb von Kanada geschäftlich tätig werden, so muss eine Eintragung nach Bundesrecht erfolgen bzw zusätzlich eine *extra-provincial license* beantragt werden.<sup>377</sup> Sofern das Unternehmen nach Bundesrecht gegründet und registriert wird, bedarf es auch einer Registrierung nach dem jeweiligen Provinzrecht. Wird ein Unternehmen, welches nach Bundesrecht gegründet wurde, somit beispielsweise in Ontario tätig, so muss es auch nach dem *OBCA* registriert werden. Es kommt demnach zu einer doppelten Registrierung.<sup>378</sup>

Isse rechtsvergleichenden Gegenüberstellung ist weiters festzuhalten, dass auch in Bezug auf die Ausgestaltung der **Organstruktur** bedeutende Unterschiede zwischen dem österreichischen und dem kanadischen Kapitalgesellschaftsrecht bestehen. Österreich ist in

---

<sup>375</sup> Vgl. *Osgoode Business Associations*, Law Resources For Business Lawyers – Part I (2010) 5.

<sup>376</sup> Vgl. *Osgoode Business Associations*, Law Resources For Business Lawyers – Part I (2010) 6.

<sup>377</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>378</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

diesem Zusammenhang durch das sogenannte „**dualistische System**“ geprägt. Demnach besteht eine klare „**Gewaltentrennung**“ zwischen dem **geschäftsführenden und dem kontrollierenden Organ** innerhalb der Gesellschaft.<sup>379</sup> Grundgedanke ist dazu, dass sich kein Organ selbst überwachen soll bzw darf und auf diese Weise auch die Gefahr von Fehlentscheidungen und Missbräuchen hintan gehalten werden soll. Neben dem Organ der General- und Hauptversammlung als Willensbildungsorgan gibt es demnach innerhalb der AG bzw GmbH - sofern für diese ein Aufsichtsrat eingerichtet ist - eine starre Trennung zwischen dem **Geschäftsführer bzw Vorstand als Leitungsorgan** und dem jeweiligen **Aufsichtsrat als Überwachungsorgan**. Dem Vorstand einer AG bzw dem Geschäftsführer einer GmbH, obliegt die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft, sowie die Planung und Bestimmung der Unternehmensstrategie. Diese Organe haben ihre Gesellschaft somit einerseits nach innen zu leiten und andererseits nach außen zu vertreten. Gemäß § 84 Abs 1 AktG und § 25 Abs 1 GmbHG haben die Vorstände sowie die Mitglieder der Geschäftsführung bei der Erledigung ihrer Aufgaben stets die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden hat. Neben der Sorgfaltspflicht haben die Leitungsorgane iSe **Treuepflicht** auch Verschwiegenheit über Geschäftsgeheimnisse zu wahren sowie bei der Durchführung ihrer Aufgaben stets im Interesse der Gesellschaft zu handeln und Interessenkonflikte zu vermeiden. Weiters obliegt den Leitungsorganen auch die Erfüllung **sonstiger Pflichten**, welche ihnen durch Gesetz, Satzung oder durch einen sonstigen verbindlichen Organbeschluss auferlegt werden. Der Aufsichtsrat ist korrespondierend dazu für die Kontrolle sowie die laufende Überwachung der Geschäftsführung zuständig. Für das österreichische Kapitalgesellschaftsrecht ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Stellung des Vorstands einer AG bzw des Geschäftsführers einer GmbH nach § 90 AktG sowie nach § 30e GmbHG mit dem Amt des Aufsichtsrats unvereinbar ist. Um Umgehungsversuche zu vermeiden, erfasst dieser Tatbestand auch dauernde Vertreter von Geschäftsführern der Gesellschaft bzw ihrer Tochterunternehmen und Angestellte.<sup>380</sup> Ziel dieser Bestimmungen ist es, **Interessenskonflikte zu vermeiden** sowie eine **objektive Kontrolle** der Handlungen des Leitungsorgans zu gewährleisten.

---

<sup>379</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 95 - 97 Rz 18; Vergleiche insoweit auch zum englischen Recht: *Feltl*, Englische Limited 46.

<sup>380</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 5.

Während in Österreich in Bezug auf die Struktur von Kapitalgesellschaften eine klare Abgrenzung zwischen Leitungs- und Überwachungsorgan somit als systemimmanent anzusehen ist, sieht das kanadische Kapitalgesellschaftsrecht keine formale Trennung zwischen dem Leitungs- und dem Überwachungsorgan vor. Stattdessen ist nach dem sogenannten **Boardsystem** oder **monistischen System** die Leitungs- und Kontrollfunktion in einem einzigen Organ, dem *board of directors*, vereint. Dementsprechend ist dieses Systems durch die Vereinigung der Leitungs- und Überwachungsfunktion in einem einzigen Organ charakterisiert.<sup>381</sup> Festzuhalten ist jedoch, dass es in der Praxis üblich ist, eine gewisse Abstufung zu schaffen, indem innerhalb des *boards* die Kompetenzen zwischen *executive directors (inside directors)* iSv geschäftsführenden und *non-executive directors (outside directors)* iSv nicht-geschäftsführenden Mitgliedern aufgeteilt werden. Nichtsdestotrotz gehören beide Gruppen im Rahmen des monistischen Systems ein und demselben Organ an.<sup>382</sup> Die Aufteilung erfolgt somit lediglich dadurch, dass die Geschäftsführungstätigkeit an eine kleine Gruppe von Mitgliedern ausgelagert wird. Diese *directors* werden als *executive directors* oder *inside directors* bezeichnet, die einerseits das Unternehmensziel sowie die Unternehmensstrategie planen und entwickeln und somit auf operativer und geschäftsführender Ebene tätig sind, sowie andererseits auch das Tagesgeschäft besorgen. *Inside directors* sind oftmals gleichzeitig als *chief executive officer* der Gesellschaft tätig. Im Gegensatz dazu sind *non-executive directors* bzw *outside director* zumeist in mehr als nur einem *board* tätig, agieren unabhängig und nehmen typischerweise auf Informationen Bezug, welche ihnen von den *inside directors* bereitgestellt werden bzw bauen bei ihrer Entscheidungsfindung auf diese auf.<sup>383</sup> Die *outside directors* sind nicht in das Tagesgeschäft involviert, überwachen jedoch die Geschäftsführungstätigkeit und tragen so auch zur Verwirklichung der Unternehmensstrategie bei. Grundgedanke dieser Aufteilung ist es, den jeweiligen *board* auch bei einer großen Anzahl von Mitgliedern handlungsfähig zu halten. Aus rechtsvergleichender Sicht hat das **monistische System** dabei den klaren **Vorteil** eines erleichterten und schnelleren Informationsfluss zwischen den *executive directors* und *non-executive directors* aufgrund der beschriebenen Vereinigung aller Mitglieder in ein

---

<sup>381</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea) (2006) 184f; *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar (2004) Vor § 34 SEG Rz 6.

<sup>382</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, SE-Handbuch 185.

<sup>383</sup> Vgl. *Donley/Kent*, Directors and Officers Liability 2.

und demselben Organ, sowie aufgrund der damit einhergehenden „Nähe zur Geschäftsführung“. <sup>384</sup> Der **Nachteil des monistischen Systems** gegenüber dem kontinentaleuropäischen dualistischen System liegt demgegenüber in dem Vorhandensein eines gewissen Kontrolldefizites durch die Vereinigung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsfunktion in einem Organ, sowie in einer gewissen Unsicherheit bei der Kompetenzzuordnung. <sup>385</sup> Generell gesehen zeichnet sich jedoch eine gewisse Tendenz hin zu einer **funktionalen Konvergenz** des monistischen und dualistischen Systems ab. Dies zeigt sich einerseits darin, dass im dualistischen System der strategischen und beratenden Kompetenz des Aufsichtsrates stärkere Bedeutung zukommt, während andererseits im monistischen System deutlicher zwischen den geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Mitgliedern differenziert wird. <sup>386</sup>

In Bezug auf die Erfüllung ihrer Aufgaben ist aus rechtsvergleichender Sicht festzustellen, dass auch die kanadischen *directors* bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen nach § 122 Abs 1 des *CBCA* mit der Sorgfalt, der Gewissenhaftigkeit und den Fähigkeiten zu handeln haben, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde. <sup>387</sup> Sie habe somit stets verantwortungsbewusst, loyal und im besten Interesse der Gesellschaft zu agieren (*duty of care* und *duty of loyalty*). Wie auch in Österreich, so liegt die Funktion bzw Wirkung dieser Regelung somit primär darin, den Leitungsorganen eine Art „Leitfaden“ für ihre Verhaltensweise bereitzustellen, sowie deren **Verletzung zu sanktionieren**. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es dabei sicherzustellen, dass die *directors* sorgsam sowie mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten handeln, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde. Insofern stimmen die Normen des kanadischen Gesellschaftsrechts mit den Bestimmungen des AktG und des GmbHG weitgehend überein. Als wesentlicher Unterschied in Bezug auf die Organstruktur von Kapitalgesellschaft ist festzuhalten, dass nach dem kanadischen Recht eine Person **zugleich director und officer einer Gesellschaft** sein kann, während dies nach österreichischer Rechtslage nicht möglich ist.

---

<sup>384</sup> Vgl. *Eiselsberg/Haberer* in *Straube/Aicher*, SE-Handbuch 190; *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 34 SEG Rz 9.

<sup>385</sup> Vgl. *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 34 SEG Rz 10.

<sup>386</sup> Vgl. *Kalls/Greda* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 34 SEG Rz 4; *Teichmann* in *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar (2008) Art 38 SE-VO Rz 25.

<sup>387</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 53.

Abschließend ist aus rechtvergleichender Sicht auf die Bedeutung der *BJR* für das österreichische Haftungsrecht einzugehen, wobei in diesem Zusammenhang auf die ausführliche Darstellung und rechtsvergleichende Anaylse unter Punkt 4.3.5 verwiesen wird.

## 5 HAFTUNG

### 5.1 Einleitung

Die Haftungsrisiken denen Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft heutzutage ausgesetzt sind, werden immer vielfältiger. Bedingt vor allem durch die Wirtschaftskrise, die Bankenkrise und eine in den letzten Jahren immer höher ansteigende Anzahl an Insolvenzen, ist eine Verschärfung im Bereich der Haftungsnormen zu beobachten. Damit einhergehend erfolgte auch einer Änderung des Insolvenzrechts (Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 - IRÄG 2010).

Sowohl in Österreich als auch in Kanada finden sich die Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften demnach **zahlreichen Haftungsrisiken** ausgesetzt, welche durch die diversen Haftungsnormen dieser Länder ausführlich geregelt werden. Die Bestimmungen des österreichischen Aktien- und GmbH-Gesetzes, als auch die Normen des *CBCA* legen dabei dar, dass die Organe bei der Ausübung ihrer Funktion sorgfältig und gewissenhaft zu handeln haben, da sie im Falle einer Verletzung ihrer Obliegenheiten der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sind. Die genannten Regelungskomplexe setzen dem Ermessensspielraum der Leitungsorgane somit Grenzen.<sup>388</sup>

Zu beachten ist bei der anschließenden Gegenüberstellung des österreichischen und des kanadischen Haftungssystems vor allem die heute unbestrittene und in vollem Gang befindliche Globalisierung. Diese berührt auch das nationale Rechtswesen, wobei der Bereich des Unternehmensrechts hiervon besonders intensiv betroffen ist. Die diesbezügliche Entwicklung ist noch lange nicht abgeschlossen.<sup>389</sup> In diesem Kontext ist auch das vorweg erläuterte Prinzip der *BJR*, welches als Maßstab für die Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen von Leitungsorganen herangezogen wird, zu sehen. Die *BJR* setzt demnach maßgebliche Impulse.<sup>390</sup>

In weiterer Folge werden nun die verschiedenen Haftungsnormen und –arten in Österreich und Kanada dargestellt sowie Möglichkeiten aufgezeigt, sich gegen eine derartige Haftung abzusichern.

---

<sup>388</sup> Vgl. Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup>, Band II §§ 77-84 Rz 98.

<sup>389</sup> Vgl. Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup>, Band II §§ 77-84 Rz 98a.

<sup>390</sup> Vgl. Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup>, Band II §§ 77-84 Rz 98a.

## 5.2 Österreich

Von den in **Österreich bestehenden Gesetzen** sind in Zusammenhang mit der hier bedeutsamen Haftungsthematik von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern vor allem

- das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (**ABGB**)
- das Gesellschaftsrecht mit seinem Aktiengesetz (**AktG**) und GmbH-Gesetz (**GmbHG**)
- das Insolvenzrecht (**IO**) sowie das Unternehmensreorganisationsgesetz (**URG**) und
- das Strafrecht (**StGB**)

relevant.

Ganz allgemein lässt sich sagen, dass die **Haftungsproblematik in sämtlichen Phasen** einer Kapitalgesellschaft - in der **Gründungsphase**, in der Phase der „**werbenden Gesellschaft**“, sowie im Fall einer Krise - zum Tragen kommt. Besondere Haftungsrisiken drohen den jeweiligen Organen jedoch in der Gründungsphase sowie in der Krise (**Insolvenz**).<sup>391</sup>

Die Haftung von Geschäftsführern einer GmbH und von Vorstandsmitgliedern einer AG beruht in Rahmen der österreichischen Rechtslage auf inhaltlich weitgehend identen Vorschriften des AktG sowie des GmbHG. Da die Zahl von GmbH-Geschäftsführern jene von Vorstandsmitgliedern jedoch weit übersteigt, ist die Geschäftsführerhaftung von größerer praktischer Bedeutung.

Hauptanwendungsbereich der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung ist der Insolvenzfall einer AG oder GmbH, bei welcher der Masseverwalter verpflichtet ist, Ansprüche gegen die jeweiligen Leitungsorgane geltend zu machen. Im Bereich der wirtschaftlich gesunden und aktiven Gesellschaft kommt die Vorstands- und Geschäftsführerhaftung dagegen seltener zum Tragen. Die mit einer Entlassung bzw gerichtlichen Geltendmachung verbundene Publizität schadet dem Unternehmen oft mehr als die haftungsrechtlich zu zahlende Ersatzleistung durch das Leitungsorgan der Gesellschaft nützt.<sup>392</sup>

Grundsätzlich wird im Bereich der Haftung von Vorständen einer AG und Geschäftsführern einer GmbH zwischen zwei Haftungstatbeständen unterschieden:

- **Innenhaftung:** als Haftung gegenüber der Gesellschaft;

---

<sup>391</sup> Vgl. *Jula*, Die Haftung von GmbH-Geschäftsführern und Aufsichtsräten: Haftung, Strafbarkeit, Risikoverminderung und -vermeidung, Versicherungslösungen (1998) 5.

<sup>392</sup> Vgl. *Fritz*, SWK 83.Jahrgang/Okttober 2008, Rz 691f.

- **Außenhaftung:** als Haftung gegenüber Dritten (Aktionären, Gesellschaftern, Gläubigern etc).<sup>393</sup>

Zu beachten ist weiters eine Unterteilung dieser Haftungstypen nach Rechtsgebieten. Demnach werden drei Arten der Vorstands- bzw Geschäftsführerhaftung zu unterscheiden:

- **Zivilrechtliche Haftung;**
- **Strafrechtliche Haftung;**
- **Verwaltungsstrafrechtliche Haftung.**

In weiterer Folge werden nun die Innen- und die Außenhaftung näher dargestellt.

### 5.2.1 Innenhaftung und Außenhaftung

Die beiden Haftungstypen der Innen- und Außenhaftung spielen aufgrund der - vor allem in den letzten Jahren - steigenden Bedeutung der Organhaftung eine immer größere Rolle. Bei der **Innenhaftung** handelt es sich um die in der Praxis weitaus **häufigere Form** der Organhaftung, bei der die einzelnen Organmitglieder **gegenüber ihrer Gesellschaft haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen** werden. So wird in rund 75 bis 80% der Haftungsfälle eine Innenhaftung schlagend, bei der die Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder vorgeht, während die Außenhaftung im Gegensatz dazu nur rund 20 bis 25% der Haftungsfälle betrifft.<sup>394</sup> Die maßgeblichen Normen in diesem Zusammenhang sind § 84 Abs 1 AktG und § 25 Abs 1 GmbHG, welche den Sorgfaltsmaßstab eines Vorstands bzw eines GmbH-Geschäftsführers festlegen und somit auch dessen Haftung im Falle eines Pflichtverstoßes determinieren.

Im Gegensatz zur Innenhaftung betrifft die **Außenhaftung Ansprüche Dritter**, wie zB Ansprüche von Geschäftspartnern, Gläubigern, Aktionären, Gesellschaftern, Kunden, Lieferanten, der öffentlichen Hand und von sonstigen Dritten, welche infolge eines Fehlverhaltens des Organs Schadenersatz einfordern. Festzuhalten ist dazu, dass die Außenhaftung durch keinen einheitlichen gesetzlichen Grundtatbestand geregelt ist.<sup>395</sup>

---

<sup>393</sup> Vgl. *Schönbacher*, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Konkursverschleppung (2009) 156.

<sup>394</sup> Vgl. *Gisch*, Die Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften für mangelhaften Versicherungsschutz (Teil I) Zukunftschancen aktiv nutzen: Internationales Symposium für Versicherungsmakler und Führungskräfte von Versicherungsunternehmen (25. - 26. Juni, Velden am Wörthersee), VR 2009 H 7-8, 32 (33).

<sup>395</sup> Vgl. *Gisch*, VR 2009 H 7-8, 32f.

### 5.2.1.1 Innenhaftung

Bei der Innenhaftung handelt es sich um die persönliche Haftung des Vorstands bzw des Geschäftsführers seiner eigenen Gesellschaft gegenüber.<sup>396</sup> Für diese Haftung besteht ein **gesetzlicher Anspruch**, einer besonderen vertraglichen Beziehung zwischen dem jeweiligen Organ und der Gesellschaft bedarf es deshalb nicht. Auch ohne einen Dienstvertrag würde somit im Falle einer Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber auf Schadensersatz gehaftet werden.<sup>397</sup> Zu beachten ist hierbei auch, dass Vorstandsmitglieder nicht *per se* für Schäden haften, welche ihre Handlungen bzw die Nichtvornahme von bestimmten Handlungen hervorgerufen haben (**Ablehnung einer Erfolgshaftung**)<sup>398</sup>, sondern nur für jene Schäden, welche sie durch rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten auch tatsächlich ausgelöst haben (**Zurechnungsgründe**). Bei der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung nach den Bestimmungen des AktG und GmbHG handelt es sich demnach um eine **Verschuldenshaftung**, als deren Voraussetzungen neben Schaden und Kausalität auch Rechtswidrigkeit und Verschulden vorliegen müssen. Insofern stimmen die Haftungsvoraussetzungen der Organhaftung mit den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts überein.

Zu erwähnen ist weiters, dass die Innenhaftung in Österreich - im Gegensatz zum angloamerikanischen Rechtskreis - als **Regelfall** anzusehen ist, wobei Vorstände bzw Geschäftsführer grundsätzlich die Möglichkeit haben, sich durch den Abschluss einer **Versicherung** gegen eine persönliche Inanspruchnahmen abzusichern (wachsende Bedeutung der *directors' and officers' liability insurance* – kurz *D&O-Versicherung* – in Österreich).

**Zentrale Haftungsbestimmung** im Bereich der Innenhaftung des Vorstands einer AG ist **§ 84 AktG**, dessen primärer Schutzzweck der Schutz des Gesellschaftsvermögens ist.<sup>399</sup> § 84 Abs 2 AktG normiert in diesem Zusammenhang die **solidarische Haftung** aller Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner, im Falle der Verletzung der dem Vorstand auferlegten Pflichten.<sup>400</sup> Diese Haftungsbestimmung ist zwingend und kann weder durch Satzung noch durch Vertrag beschränkt oder abbedungen

---

<sup>396</sup> Vgl. *Rüffler*, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, JBl 2011, 69 (70).

<sup>397</sup> Vgl. *Schönbacher*, Konkursverschleppung 156.

<sup>398</sup> Vgl. OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 99ff; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 32.

<sup>399</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 169.

<sup>400</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 6.

werden. § 84 Abs 2 S 2 AktG sieht hierzu eine **Beweislastregelung** vor, nach der sich die Vorstandsmitglieder von der „*Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.*“<sup>401</sup> Strukturell enthält § 84 Abs 3 AktG in seinen Z 1 bis 8 weitere besondere Haftungstatbestände, welche das Vorliegen eines Schadens indizieren. § 84 Abs 4 sieht einen **Entfall der Vorstandhaftung** vor, sofern „*die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht*“. <sup>402</sup> Dies ist der Fall, sofern die Vorstandshandlung durch einen rechtmäßigen **Beschluss der Hauptversammlung** genehmigt wurde. Sofern lediglich der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird eine Ersatzpflicht (jedoch) nicht ausgeschlossen.<sup>403</sup> Weiters kann die Gesellschaft auch erst nach fünf Jahren seit der Entstehung eines Anspruchs auf etwaige **Ersatzansprüche verzichten** oder sich **vergleichen**; dies sofern die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile 20% des Grundkapitals ausmachen, widerspricht. Die Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder beträgt gemäß § 84 Abs 6 AktG fünf Jahre.

Festzuhalten ist, dass § 84 AktG **keine abschließende Haftungsregel** im Bereich des Aktienrechts darstellt, sodass sich innerhalb des AktG noch weitere selbstständige Haftungsnormen finden. Zu nennen ist beispielsweise § 100 AktG – Handeln zum Schaden der Gesellschaft zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile. Die Vorrangigkeit des § 84 AktG ist jedoch weiterhin unbestritten. Ob es sich bei der Vorstandshaftung nach der Norm des § 84 AktG um eine gesetzlich oder um eine vertragliche Haftung handelt ist umstritten, jedoch in der Lehre und Praxis von nicht allzu großer Bedeutung.<sup>404</sup>

Korrespondierend zu den Normen des AktG, haften die **Geschäftsführer einer GmbH**, welche ihre Obliegenheiten verletzen, nach **§ 25 GmbHG** der Gesellschaft gegenüber zur ungeteilten Hand<sup>405</sup> für von ihnen rechtswidrig und schuldhaft verursachte Schäden.<sup>406</sup> Die Bestimmungen des AktG und des GmbHG sind somit **weitgehend identisch**.

Im Bereich der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung bedarf es – den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts entsprechend - zur Geltendmachung eines

---

<sup>401</sup> Vgl. § 84 Abs 2 S 2 AktG; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 84 Rz 26.

<sup>402</sup> Vgl. § 84 Abs 4 AktG.

<sup>403</sup> Vgl. § 84 Abs 4 S 2 AktG.

<sup>404</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 169.

<sup>405</sup> Vgl. Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 13.

<sup>406</sup> Vgl. Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 7f und 14.

Schadensersatzanspruches des Vorliegens eines Schadens sowie dessen kausaler Verursachung durch eine schuldhafte Pflichtverletzung. Als **Haftungsvorraussetzungen** müssen demnach vorliegen:<sup>407</sup>

- Schaden
- Kausalität und Adäquanz
- Rechtswidrigkeit
- Verschulden

#### 5.2.1.1.1 Schaden

Grundvoraussetzung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches der Gesellschaft gegen ihre Organe, ist das Vorliegen eines Schadens. Im Gegensatz zum allgemeinen Schadensbegriff des § 1293 ABGB, nach dem unter einem Schaden jeder Nachteil verstanden wird, der jemandem am Vermögen, den Rechten oder seiner Person zugefügt wird, wird nach Ansicht des OGH<sup>408</sup> unter einem Schaden im gesellschaftsrechtlichen Sinn *jede dem Unternehmenszweck widersprechende, in Geld messbare Beeinträchtigung des Vermögens, der Tätigkeit oder der Organisation der Gesellschaft oder des von ihr betriebenen Unternehmens*, dh jede dem Unternehmenszweck widersprechende Vermögensminderung verstanden. Man versteht daher unter dem Schadensbegriff somit jede **negative Veränderung des Gesellschaftsvermögens**.<sup>409</sup> So sind beispielsweise Spenden im Unternehmensinteresse oder Unterstützungen von Arbeitnehmern in Notfällen kein Schaden. Ersetzt werden im Rahmen der Organhaftung auch nur Vermögensschäden, dh „Nachteile an geldwerten Gütern“, ideelle Schäden iSv immateriellen Schäden, die nicht in Geld messbar sind, werden hingegen grundsätzlich nicht ersetzt.<sup>410</sup> Der entgangene Gewinn, als Verlusts einer Erwerbchance, wird dabei weitgehend dem positiven Schaden zugerechnet, sofern ein Gewinn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.<sup>411</sup>

Das jeweilige Organ hat im Falle eines Schadens somit stets das gesamte Interesse, dh sowohl den positiven Schaden als auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen.<sup>412</sup> Der

---

<sup>407</sup> Vgl. *Kalss/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 35ff.

<sup>408</sup> Vgl. OGH-RIS Justiz RS0022477.

<sup>409</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 170; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/412ff.

<sup>410</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/4.

<sup>411</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/5.

<sup>412</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 170; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 99.

Schaden wird hierbei **subjektiv-konkret**, iSe Vergleiches der Vermögenslage der Gesellschaft ohne Schädigung und dem danach tatsächlich bestehenden Vermögen, berechnet.<sup>413</sup> **Bloße Vermögensschäden**, dh Schäden im Vermögen des Geschädigten, welche ohne die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts entstanden sind, werden nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts nur in Ausnahmefällen ersetzt (zB bei Schutzgesetzverletzungen nach § 1311 ABGB bzw wenn die Schädigung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses oder einer sonstigen schuldrechtlichen Sonderbeziehung erfolgt ist). Als Verwalter des Gesellschaftsvermögens hat das jeweilige Leitungsorgan der Gesellschaft gegenüber dementsprechend auch bloße Vermögensschäden zu ersetzen. Dritte können sich zum Ersatz auf eine Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB berufen.<sup>414</sup> In Bezug auf den Umfang des Schadensersatzes geht die hL davon aus, dass ein **positiver Schaden** stets, dh auch bei leichtem Verschulden zu ersetzen ist, ein **entgangener Gewinn** hingegen nur bei grobem Verschulden.<sup>415</sup>

#### 5.2.1.1.2 Kausalität und Adäquanz

Wie im allgemeinen Schadensersatzrecht üblich, wird die Kausalität iSd **conditio-sine-qua-non-Formel** geprüft. Man denkt sich hierbei das aktive Verhalten weg bzw die unterlassene Handlung hinzu, entfällt dadurch der entstandene Schaden so ist Kausalität zwischen dem jeweiligen Verhalten und dem Eintritt des Schadens gegeben. Der Schaden muss demnach gerade durch ein pflichtwidriges Handeln eines Organs hervorgerufen worden sein.<sup>416</sup> Der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der konkret schädigenden Handlung und dem Eintritt eines bestimmten Schadens obliegt dabei regelmäßig der den Schadensersatz geltend machenden Gesellschaft. Gemäß der **Adäquanztheorie** ist eine Schadenszurechnung jedoch auf jene Folgen begrenzt, deren Eintritt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden konnte.<sup>417</sup> Nicht erfasst sind somit völlig untypische oder unvorhersehbare Schäden.

---

<sup>413</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 170.

<sup>414</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/8.

<sup>415</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/9.

<sup>416</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/413.

<sup>417</sup> Vgl. Hopt/Wiedemann, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis<sup>4</sup> (2008) § 93 Rz 266; Reich-Rohrwig in Straube (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 170.

### 5.2.1.1.3 Rechtswidrigkeit

Verletzt ein Mitglied des Vorstands bzw ein Geschäftsführungsorgan seine ihm im Rahmen der Organtätigkeit auferlegten Pflichten, so verhält es sich rechtswidrig.<sup>418</sup> Ein Verstoß gegen die Vorstands- bzw Geschäftsführungspflichten ist damit objektiv sorgfaltswidrig und auch rechtswidrig. Auf der Rechtswidrigkeitsebene wird demnach auf eine **Organpflichtverletzung** abgestellt.<sup>419</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch auch der Handlungsspielraum, welcher den Organen im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessens zusteht. Pflichtwidrig sind demnach nur jene Handlungen bzw Unterlassungen, welche nicht vom unternehmerischen Ermessensspielraum gedeckt sind.<sup>420</sup>

Der haftungsrechtlich belangte Vorstand einer AG bzw der Geschäftsführer einer GmbH kann weiters einwenden, dass der Schaden auch bei **rechtmäßigem Alternativverhalten** eingetreten wäre.<sup>421</sup> Ihm obliegt demnach der Beweis, dass die Folgen auch dann eingetreten wären, wenn er rechtmäßig gehandelt hätte. Problematisch wird dies zum Teil in der Lehre bei Kollektiventscheidungen des Vorstands gesehen. *Schlosser* vertritt dazu die Ansicht, dass die Berufung eines Vorstandsmitgliedes darauf, dass die übrigen Vorstandsmitglieder auch gegen seinen Willen eine bestimmte Entscheidung getroffen hätten, grundsätzlich nicht haftungsbefreiend wirkt<sup>422</sup>; ausgesprochener Widerstand dagegen schon.<sup>423</sup> Einhelligkeit besteht jedoch darüber, dass jedes Vorstandsmitglied alle zumutbaren Schritte unternehmen muss, um rechtswidrige Vorstandsentscheidungen hintanzuhalten. Stimmenthaltung oder Abwesenheit reichen dazu jedenfalls nicht aus.<sup>424</sup> Zu erwähnen ist weiters, dass in Fällen, in denen es zwar auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten zu einem Schaden gekommen wäre, aber durch die rechtswidrige Maßnahme eine Schadenserhöhung eingetreten ist, das jeweilige Organ jedenfalls für diese Schadenserhöhung haftet.<sup>425</sup>

---

<sup>418</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/414.

<sup>419</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 171.

<sup>420</sup> Vgl. *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands (2001) 135.

<sup>421</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 110.

<sup>422</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 110.

<sup>423</sup> Vgl. OLG Hamm 10.5.1995, 8 U 59/94, AG 1995, 512 /514 = ZIP 1995, 1263 (1267).

<sup>424</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/415.

<sup>425</sup> Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2008) 276.

#### 5.2.1.1.4 Verschulden

Als letzte Zurechnungsvoraussetzung um ein Vorstandsmitglied bzw einen Geschäftsführer in Anspruch nehmen zu können, sei das Verschulden des betreffenden Organs genannt.<sup>426</sup> Das Vorliegen eines Schadens, welcher auf Grund einer bestimmten Verhaltensweise des jeweiligen Leitungsorgans eingetreten ist, muss dem Vorstandsmitglied bzw dem Geschäftsführer somit **persönlich vorwerfbar** sein.<sup>427</sup> Er muss folglich entweder vorsätzlich oder fahrlässig seine Verhaltenspflichten gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären bzw den Gesellschaftern oder gegenüber einem Dritten verletzt haben. Die Haftung des Vorstandsmitglieds bzw des Geschäftsführers setzt bei jedem Grad des Verschuldens ein. Leichte Fahrlässigkeit genügt.<sup>428</sup>

Zu beachten ist, dass dem Verschuldenselement im Rahmen der Innenhaftung idR jedoch keine besondere Bedeutung zukommt. Dies deshalb, da die Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes dazu führt, dass sich die Organe nicht auf ihre fehlenden Kenntnisse oder Fähigkeiten berufen können, sondern gewisse Standards jedenfalls einzuhalten haben. Die Bedeutung der subjektiven Komponente wird somit auf Ausnahmefälle reduziert, da bei einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung gleichzeitig mit der Rechtswidrigkeit auch Verschulden vorliegt. Wird demnach die Rechtswidrigkeit der Sorgfaltspflichtverletzung bejaht, liegt regelmäßig auch Verschulden vor, da das Organmitglied die Kenntnisse oder Fähigkeiten vorweisen muss, die für seine Stellung konkret erforderlich sind. Das Organ handelt demnach im Rahmen der Innenhaftung stets subjektiv vorwerfbar, sofern es rechtswidrig handelt, es sei denn, es liegt ein Entschuldigungsgrund wie Deliktsunfähigkeit oder entschuldbarer Notstand vor.<sup>429</sup>

Anders gelagert ist diese Prüfung hingegen, wenn es um die Verletzung sonstiger Pflichten - in Abgrenzung zur vorher erläuterten Sorgfalts- und Treuepflicht - geht, bei denen das Verschulden eine eigenständige Rolle spielt. Die subjektive Vorwerfbarkeit wird nach der Rechtswidrigkeit geprüft, welche sich in diesen Fällen aus der Verletzung der spezialgesetzlichen Regelungen ergibt.<sup>430</sup>

---

<sup>426</sup> Vgl. *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 25 Rz 7.

<sup>427</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/21.

<sup>428</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 98; siehe auch OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73, SZ 46/113 = EvBl 1974/83.

<sup>429</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 192.

<sup>430</sup> Vgl. *Roth*, Unternehmerisches Ermessen 135.

### 5.2.1.1.5 Beweislastverteilung

Der Frage wer die Beweislast für die einzelnen haftungsrelevanten Elemente zu tragen hat, kommt im Haftungsprozess eine entscheidende Bedeutung zu.

§ 84 Abs 2 S 2 AktG enthält dazu eine Regelung zur **Beweislastumkehr** - ausgehend von einer Verschuldensvermutung zu Lasten des Vorstands.<sup>431</sup> Das Aktienrecht geht somit von einer **Vermutung des pflichtwidrigen Verhaltens** des Vorstands im Schadensfall aus. § 84 Abs 2 S 2 AktG sieht dazu vor, dass sich die Vorstandsmitglieder „*von der Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.*“ Es obliegt demnach dem einzelnen Vorstandsmitglied zu beweisen, dass es mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehandelt hat.

Die **Gesellschaft als Klägerin** hat somit den **Schaden**, dem Grunde und der Höhe nach, die **Kausalität** und die **adäquate Verursachung** zu beweisen sowie alle **Umstände** vorzubringen, welche das pflichtwidrige Handeln oder Unterlassen des Vorstands nahe legen und weshalb auf sein **rechtswidriges Verhalten** geschlossen werden kann.<sup>432</sup> Das Verschulden des Vorstands wird hingegen so lange als gegeben angesehen, als es nicht durch einen Gegenbeweis widerlegt wird (**Gegenbeweis zur Verschuldensvermutung**). Der Vorstand haftet daher grundsätzlich auch, wenn nicht aufgeklärt wird, ob er vorwerfbar gehandelt hat. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist anzuführen, dass es zu einer diesbezüglichen Beweislastumkehr zu Lasten des Vorstands nur dann kommt, wenn die von der AG vorgebrachten Tatsachen nach der allgemeinen Lebenserfahrung den Schluss zulassen, dass der Vorstand rechtswidrig gehandelt hat. Sofern die AG dies nicht beweisen kann, tritt eine Vermutung in Bezug auf die Rechtswidrigkeit somit nicht ein. Hauptaugenmerk des Vorstands liegt somit stets darauf, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehandelt hat sowie zu beweisen, nicht schuldhaft gehandelt zu haben.<sup>433</sup> Zusätzlich hat sich der Vorstand, sofern die von der Gesellschaft vorgebrachten Tatsachen eine Rechtswidrigkeitsvermutung auslösen, auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit freizubeweisen. Die Regelung der Beweislastumkehr

---

<sup>431</sup> Vgl. *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/410.

<sup>432</sup> Vgl. *Arnold/Rechberger*, Neues vom Haften, Anfechten und Hinterlegen, GeS 2005, 184 (185); *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 84 Rz 26; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 108.

<sup>433</sup> Vgl. *Fleischer in Fleischer* (Hrsg.), Vorstandsrecht § 7 Rz 61.

hinsichtlich des Verschuldens bezieht sich jedoch nur auf leichte Fahrlässigkeit, grobes Verschulden muss von der geschädigten Gesellschaft bewiesen werden.

Im GmbHG fehlt eine derartige Bestimmung. Nach hA ist § 84 Abs 2 Satz 2 AktG, welcher eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens anordnet, jedoch auch für den Geschäftsführer einer GmbH analog anzuwenden, weshalb auch der GmbH-Geschäftsführer die Einhaltung der gehörigen Sorgfalt zu beweisen und darzulegen hat, dass der Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist.<sup>434</sup>

#### 5.2.1.1.6 Sondertatbestand des § 84 Abs 5 AktG - Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern

Während die Bestimmungen des § 84 AktG sowie des § 25 GmbHG grundsätzlich nur die Haftung von Leitungsorganen gegenüber ihrer Gesellschaft festlegen, durchbricht § 84 Abs 5 AktG im Bereich der AG diese Konzept, indem diese Sonderbestimmung die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Gesellschaftsgläubiger normiert.<sup>435</sup> Man bezeichnet dies auch als eine Art „indirekte Direkthaftung“.<sup>436</sup> In erster Linie sollen die Gesellschaftsgläubiger ihre Ansprüche ja grundsätzlich gegen die Gesellschaft selbst geltend machen. § 84 Abs 5 AktG sieht jedoch vor, dass **Gläubiger** den Ersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen gegenüber dem Vorstand geltend machen können, sofern sie von der AG keine oder keine vollständige Befriedigung erlangen können. Es handelt es dabei um eine spezielle im AktG normierte **Einziehungsermächtigung**.<sup>437</sup> Primär sollten Dritte die Gesellschaft in Anspruch nehmen, wobei diese letztlich von dem schuldhaft und rechtswidrig handelnden Vorstandsmitglied Regress verlangen kann. Nach der spezialgesetzlichen Regelung des § 84 Abs 5 AktG kann ein **Dritter das Recht der AG jedoch im eigenen Namen geltend machen**, sofern er von der AG keine oder **keine vollständige Befriedigung** erlangen kann. Der Ersatzanspruch nach § 84 Abs 5 S 2 AktG ist weiters auch abhängig vom Grad des Verschuldens. Bei leichtem Verschulden des Vorstandsmitglieds können die Gläubiger einen Ersatzanspruch nur bei der Verwirklichung eines in § 84 Abs 3 AktG aufgezählten Tatbestandes geltend machen. Im Falle einer sonstigen Pflichtverletzung wird hingegen grobes Verschulden vorausgesetzt.

**Voraussetzungen** für die Geltendmachung des Schadensersatzes sind demnach, dass:

---

<sup>434</sup> Vgl. Fritz, SWK 83.Jahrgang/Okttober 2008, Rz 704; Reich-Rohrwig in Straube (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 200.

<sup>435</sup> Vgl. § 84 Abs 5 AktG.

<sup>436</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/317.

<sup>437</sup> Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/432.

- Die Gläubiger von der AG selbst keine Befriedigung erlangen können;
- es sich um eine fällige geldwerte Forderung der Gesellschaft handelt;
- der Anspruch auf einer Organpflichtverletzung durch den Vorstand beruht;
- der Ersatzanspruch auf grober Fahrlässigkeit oder der Verwirklichung eines im AktG taxativ aufgezählten Tatbestands beruht; und
- die Gesellschaft sich nicht in Insolvenz befindet (In der Insolvenz werden die Ansprüche vom Masseverwalter geltend gemacht).<sup>438</sup>

Die Regelung des § 84 Abs 2 S 2 AktG zur Beweislastumkehr gilt dabei sinngemäß, dies allerdings nur bei leichter Fahrlässigkeit. Nach § 84 Abs 5 S 3 AktG kann eine derartige Ersatzpflicht nicht durch Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft aufgehoben werden. Auch der Umstand, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht oder der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, beseitigt die Haftung des Vorstands nicht. Darüber hinaus kommt eine Haftung gegenüber den Gläubigern weiters auch wegen der Verletzung insolvenzrechtlicher oder strafrechtlicher Schutzgesetze in Betracht. Aus praktischer Sicht kommt es jedoch äußerst selten zu einer Geltendmachung dieser Ersatzansprüche durch einen Gläubiger, da dort, wo diese Norm realistischer Weise zum Tragen kommt, nämlich in der Insolvenz der Gesellschaft, ausschließlich der Masseverwalter nach § 84 Abs 5 S 4 AktG das Recht der Gläubiger dem Vorstand gegenüber geltend machen kann.<sup>439</sup>

Für den Bereich des GmbH-Rechts existiert eine derartige Sonderregelung jedoch nicht. Dritte können ihre Ansprüche daher nicht direkt auf eine Norm des GmbHG stützen, sondern machen ihre Ersatzansprüche in der Regel auf der Grundlage einer Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB geltend.

### 5.2.1.2 Außenhaftung

Während die Innenhaftung nach § 84 AktG die Haftung des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaft betrifft, versteht man unter dem Begriff der Außenhaftung<sup>440</sup>, die Haftung eines Leitungsorgans gegenüber außenstehenden Personen, dh gegenüber **Gesellschaftern**, **Gläubigern** der Gesellschaft und **sonstigen Dritten** (wie zB Arbeitnehmern, Kunden des Unternehmens oder Konkurrenzunternehmen), zu denen weder eine organschaftliche noch

---

<sup>438</sup> Vgl. *Schönbacher*, Konkursverschleppung 191.

<sup>439</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 72.

<sup>440</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/71.

einen vertragliche Beziehung besteht. Gleiches gilt im Falle der GmbH, bei der den Geschäftsführer eine besondere Verantwortung grundsätzlich nur gegenüber seiner eigenen Gesellschaft trifft. („Innenhaftung“ nach § 25 GmbHG). Organpflichtwidriges Verhalten ist Dritten gegenüber daher prinzipiell nicht rechtswidrig.

Im Bereich der Außenhaftung **fehlt** es somit sowohl bei der AG als auch bei der GmbH an einer **ausdrücklichen gesellschaftsrechtlichen Regelung** zur Geltendmachung etwaiger Ersatzansprüche. Es existiert - im Gegensatz zur Innenhaftung - somit zwar keine zentrale Norm als Anspruchsgrundlage, jedoch kommt grundsätzlich eine Vielzahl von möglichen Anspruchsgrundlagen in Betracht.<sup>441</sup> Festzuhalten ist dazu, dass § 84 AktG und § 25 GmbHG prinzipiell keine geeigneten Anspruchsgrundlagen für die Geltendmachung der Außenhaftung darstellen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass als Anspruchsgrundlagen im Bereich der Außenhaftung neben spezialgesetzlichen Regelungen wie zB in § 101 AktG (Haftung gegenüber den Gläubigern), vor allem die **Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 1311 ABGB** (zB §§ 1311 ABGB iVm 69 IO oder iVm einem strafrechtlichen Schutzgesetz), aber auch die **Verletzung sonstiger Regeln des allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzrechts** (zB § 1295 ABGB, Haftung als *falsus procurator* oder Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses als Fortentwicklung der *culpa in contrahendo*-Haftung) in Betracht kommen. Für Aktionäre besteht überdies die Möglichkeit, sich auf den deliktischen Schutz ihrer Mitgliedschaftsrechte zu berufen. In Betracht kommt weiters eine Außenhaftung auf der Grundlage der schadenersatzrechtlichen Verantwortung aus einem **Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter**, aus besonderen Sorgfaltspflichten im Zwischenverhältnis zwischen Vertrag und Delikt sowie aufgrund **spezialgesetzlicher Regelungen**.<sup>442</sup>

#### 5.2.1.2.1 Haftung wegen Schutzgesetzverletzung - § 1311 ABGB

Ausschlaggebend im Bereich der Außenhaftung wegen einer Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB ist, dass die verletzte Norm gerade den Schutz des Geschädigten bezwecken soll. Man bezeichnet dies als den „**persönlichen Schutzbereich der Norm**.“<sup>443</sup> Bloß indirekt Betroffene können somit keine Ansprüche gegen das Leitungsorgan geltend

---

<sup>441</sup> Vgl. *Semler/Pelzer*, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder (2005) § 9 Rz 172.

<sup>442</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 222.

<sup>443</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 220.

machen, auch nicht, sofern sie einen Vermögensschaden erlitten haben, gleichzeitig ein solcher im Gesellschaftsvermögen jedoch nicht eingetreten ist.

Unter einem Schutzgesetz an sich versteht man eine Gesetzesnorm, welche überwiegend oder ausschließlich dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dient. Im Fall einer solchen Verletzung ist der Vorstand bzw Geschäftsführer der durch die Norm geschützten Person direkt haftbar. Die Ansprüche werden dabei nach den allgemeinen schadensersatzrechtlichen Bestimmungen, dh nach §§ 1295 iVm 1311 ABGB geltend gemacht.

Festzuhalten ist auch, dass sogenannte **Reflexschäden nicht** im Wege der Außenhaftung **ersetzb**ar sind. Es handelt sich dabei um Schäden, welche die Gesellschafter und Gläubiger reflexartig erleiden, sofern das jeweilige Leitungsorgan durch die Verletzung seiner Pflichten das Gesellschaftsvermögen mindert, wodurch gleichzeitig auch ihre Beteiligungen bzw Forderungsrechte entsprechend beeinträchtigt werden.<sup>444</sup> Ein typischer Reflexschaden wäre beispielsweise die Kursverschlechterung einer Aktie, da aufgrund des pflichtwidrigen Verhaltens des Leitungsorgans der Wert der Aktie sinkt (**keine Geltendmachung mittelbarer Schäden**). Der Aktionär ist also nur berechtigt, einen über den Schaden der Gesellschaft hinausgehenden Schaden gegen die Organmitglieder geltend zu machen. Dies bedeutet, dass eine direkte Haftung des Organs gegenüber den Gesellschaftern und Gläubigern nur für Schäden außerhalb des Gesellschaftsvermögens besteht.

Die Haftung des Vorstands bzw Geschäftsführers ergibt sich somit immer aus seinem Pflichtenkreis laut Gesetz und/oder Vertrag, sowie durch die Abgrenzung zum Aufgabenbereich anderer Organe. Zusätzlich finden sich, wie bereits ausgeführt, einzelne Haftungstatbestände in den verschiedenen Gesetzen. Darunter fallen beispielsweise die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 69 IO, die Haftung wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 StGB oder eine Haftung für Steuern und Abgaben sowie eine Haftung für Sozialversicherungsbeiträge nach § 67 Abs 10 ASVG.<sup>445</sup>

In weiterer Folge werden nun einige Schutzgesetze bzw spezialgesetzliche Regelungen im Rahmen der Außenhaftung näher dargestellt:

---

<sup>444</sup> Vgl. *Kalss/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 77.

<sup>445</sup> Vgl. *Gisch*, VR 2009 H 7-8, 33.

#### 5.2.1.2.2 § 255 Abs 1 AktG und § 122 Abs 1 GmbHG

§ 255 Abs 1 AktG und 122 Abs 1 GmbHG sind **Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB.**<sup>446</sup> Der Vorstand bzw Geschäftsführer haftet demnach sofern er **vorsätzlich** „in Berichten, Darstellungen, Übersichten an die Öffentlichkeit oder an die Gesellschafter, durch Öffentliche Aufforderung zur Beteiligung, in Vorträgen und Auskünften in der Hauptversammlung/Generalversammlung, in Auskünften gegenüber Prüfern oder in Berichten, Darstellungen und Übersichten an den AR oder seinen Vorsitzenden, die **Verhältnisse der Gesellschaft** oder mit ihr verbundener Unternehmen oder erhebliche **Umstände**, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, **unrichtig wiedergibt, verschleiert oder verschweigt.**“<sup>447</sup> Es kommt somit bei Vorliegen dieser Voraussetzungen zu einer Haftung des jeweiligen Organs gegenüber den Aktionären bzw Gesellschaftern wegen einer Schutzgesetzverletzung nach §§ 255 AktG iVm 1311 ABGB bzw nach §§ 122 GmbHG iVm 1311 ABGB. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch eine direkte Haftung gegenüber den Aktionären wegen Beeinträchtigung ihrer Mitgliedschaft. Ausgeführt wird dazu, dass Mitgliedschaftsrechte in ihrer Ausprägung als Herrschafts-, Teilhabe- und Vermögensrechte, als geschützte Rechtsgüter angesehen werden. Ob dadurch nicht nur ein deliktischer Schutz gegen rechtswidrige Eingriffe Dritter, sondern auch gegenüber den Organmitgliedern besteht, ist jedoch umstritten. Denn auch wenn man einen deliktischen Schutz von Mitgliedschaftsrechten annimmt, so liegt ein ersatzfähiger Schaden jedenfalls nicht in der bloßen Kursverschlechterung oder in sonstigen Reflexschäden. Es muss demnach der „Zuweisungsgehalt“ des Mitgliedschaftsrechts selbst betroffen sein, was insbesondere bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, des Bezugsrechts oder der mitgliedschaftsrechtlichen Entscheidungsbefugnis der Fall ist.<sup>448</sup> Beispiele einer direkten Vorstandshaftung gegenüber den Aktionären sind unter anderem die ungleiche Behandlung bei der Gewinnausschüttung, die Nichtverständigung von der Einberufung einer HV sowie die Verletzung von Informationspflichten gegenüber den Aktionären.<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> Vgl. *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II § 255 Rz 4.

<sup>447</sup> Vgl. § 255 Abs 1 AktG und § 122 Abs 1 GmbHG.

<sup>448</sup> Vgl. *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 223f; 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 anerkannt ist; in der österreichischen Lehre befürwortend *Torggler*; zum deliktischen Schutz der Mitgliedschafts(-rechte), JBl 2003, 747 unter Verweis auf *Mertens* in *Fischer-FS* (1979) 461 (471).

<sup>449</sup> Vgl. *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung 104.

#### 5.2.1.2.3 § 69 IO und § 159 StGB

§ 69 IO und § 159 StGB stellen Haftungsnormen im **Schutzgesetzes zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger** dar. Tatbestand ist einerseits die Haftung des Vorstands bzw Geschäftsführers wegen **Insolvenzverschleppung** (§ 69 IO) sowie andererseits die **grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen** (§ 159 StGB). Die Haftung des Vorstands bzw Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung nach § 1311 ABGB iVm § 69 IO zählt dabei zu den bedeutendsten Bestimmungen in diesem Bereich. Siehe dazu ausführlich unter Punkt 6.

#### 5.2.1.2.4 Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung - § 1295 Abs 2 ABGB

Als Anspruchsgrundlage zur Begründung einer Außenhaftung kommt weiters § 1295 Abs 2 ABGB in Betracht. Es handelt sich dabei um die **vorsätzliche sittenwidrige Schädigung**. Nach § 1295 Abs 2 ABGB kommt es zu einer direkten Haftung des Leitungsorgans gegenüber außenstehenden dritten Personen, sofern das Organ in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich einen Schaden zufügt hat. Nach hL genügt hierzu **bedingter Vorsatz**, dh der Täter hält den Eintritt des Erfolges konkret für möglich und nimmt diesen billigend in Kauf.<sup>450</sup> 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“*.<sup>451</sup> Es können somit beispielsweise auch gänzliche oder überwiegende Thesaurierungen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu einer Haftung führen, sofern die Thesaurierungen nicht notwendig waren.<sup>452</sup>

#### 5.2.1.2.5 Haftung wegen Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses

In Betracht kommt weiters eine Haftung wegen der **Verletzung von vorvertraglichen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten**. Grundsätzlich gilt die Regelung, dass den Vorstand oder Geschäftsführer **keine Haftung für Verträge** trifft, welche von diesem für die Gesellschaft abgeschlossen wurden. Dies ist auch für vorvertragliche Schuldverhältnisse (*„culpa in contrahendo“*) weiterhin gültig.<sup>453</sup> Es haftet in diesem Fall somit grundsätzlich die Gesellschaft, jedoch können auch Vorstandsmitglieder oder

---

<sup>450</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/327.

<sup>451</sup> OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h.

<sup>452</sup> OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h.

<sup>453</sup> Vgl. *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/333.

Geschäftsführer auf dieser Grundlage wegen Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses direkt haften.<sup>454</sup> Es handelt sich dabei um eine **Fortentwicklung der culpa in contrahendo-Haftung**, welche von *Kalss* insbesondere in Zusammenhang mit den kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten angeführt wird.<sup>455</sup> Demnach besteht zwischen einem Dritten und dem Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer zwar an sich kein Vertrag oder eine gesetzliche Sonderbeziehung, eine Verantwortlichkeit kann jedoch aus der allgemeinen Haftung von Vertretern und Verhandlungsgehilfen (**Vertreterhaftung**) herleitet werden.<sup>456</sup>

Nach hL kann es somit in bestimmten Fällen ausnahmsweise doch zu einer Haftung des Leitungsorgans wegen der Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses kommen, und zwar bei:

1. **Einsatz von besonderem persönlichen Vertrauen** durch das Leitungsorgan - Der Vorstand oder Geschäftsführer nimmt ein persönliches, das Vertragsverhältnis beeinflussende Vertrauen des Geschäftspartners in Anspruch, wobei dieser geschädigt wird; oder
2. Vorhandensein eines **erheblichen wirtschaftlichen Eigeninteresses** am Vertragsabschluss – Das Leitungsorgan hat ein erhebliches und unmittelbares Eigeninteresse am Vertragsabschluss. Auch hier kann es zu einer persönlichen Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflichten kommen; oder
3. **Unterlassung der Aufklärung über wirtschaftliche Schwierigkeiten** - Es besteht in diesem Zusammenhang beispielsweise eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Vorleistung erbringenden Dritten, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es sich bei der Haftung wegen der Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses um eine Fortentwicklung der culpa in contrahendo-Haftung handelt, wobei die Grundsätze der Vertragshaftung anzuwenden sind.<sup>457</sup> Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer haften daher im Falle eines reinen Vermögensschadens bereits bei leichtem Verschulden. Ein Teil der Lehre spricht sich jedoch gegen eine derartige Haftung aus, dies insbesondere im Falle der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten. Dagegen spricht, dass die Strafbestimmung

---

<sup>454</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/333f.

<sup>455</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/440f.

<sup>456</sup> Vgl. *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (2005) § 19 Rz 19.

<sup>457</sup> Vgl. *Kalss*, Anlegerinteressen: der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001) 333.

des § 255 AktG, welche als Schutzgesetz zugunsten der Anleger konzipiert ist, Vorsatz verlangt, eine *culpa in contrahendo*-Haftung jedoch bereits bei leichter Fahrlässigkeit vorliegen kann. Es liegt somit ein Wertungswiderspruch vor. Der OGH wandte jedoch bereits in mehreren Entscheidungen in Zusammenhang mit der Haftung von Leitungsorganen die Grundsätze der *culpa in contrahendo*-Haftung an.<sup>458</sup>

#### 5.2.1.2.6 Außenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen

Die Außenhaftung der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen ist vor allem bedingt durch die „Wirtschaftsaffären“ der letzten Jahre sowie durch Spekulationsverluste in Milliardenhöhe aktueller Gegenstand rechtspolitischer Diskussion. Festzuhalten ist dazu, dass obwohl die Organaußenhaftung für grob fahrlässige fehlerhafte Kapitalmarktinformationen bereits in zwei Gesetzesentwürfen vorgesehen war, bis heute **keine derartige Gesetzesbestimmung** erlassen wurde.<sup>459</sup> Nichtsdestotrotz kann eine derartige Haftung in Österreich auf **mehrere Anspruchsgrundlagen**, mit teilweise jedoch durchaus heterogenen Ergebnissen gestützt werden. *Rüffler* bringt hierzu vor, dass diese Ausgangslage gleichzeitig auch Anreiz für den Gesetzgeber sein sollte, die Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation auf eine einheitliche sowie andere Anspruchsgrundlagen ausschließende Grundlage zu stellen, wie dies beispielsweise bereits für Ad-hoc-Mitteilungen in Deutschland vollzogen wurde.<sup>460</sup> Exemplarisch seien an dieser Stelle einige Anspruchsgrundlagen genannt, bei denen es nach derzeitigem Stand der Rechtslage zu einer Organaußenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation kommt: **§ 255 AktG iVm § 1311 ABGB** ordnet für bedingt **vorsätzliche Fehlinformationen**, insbesondere in **Ad-hoc-Mitteilungen**, aber auch in **Werbeprospekten**, eine Organhaftung an, wobei als tatbestandmäßig bereits die unrichtige Wiedergabe einzelner Geschäftsfälle oder Ereignisse angesehen wird. Die Rechtslage ist demnach anders als in Deutschland, wo für die Tatbestandsmäßigkeit erforderlich ist, dass die Mitteilung das Gesamtbild der wirtschaftlichen Lage der

---

<sup>458</sup> Vgl. OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k nach Ansicht des OGH bestand „eine umfassende, der schon erläuternden 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.

<sup>459</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 71.

<sup>460</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 89.

Gesellschaft betrifft.<sup>461</sup> Als weitere Anspruchsgrundlagen kommen, **§ 1300 S 2 ABGB** und **§ 1295 Abs 2 ABGB** in Betracht, nach denen eine Schadensersatzpflicht des jeweiligen Organs, für **wissentliche Schadenaufügung durch Erteilung eines Rates** bzw einer **Auskunft** besteht, sofern zumindest bedingter Schädigungsvorsatz nachzuweisen ist. Nach **§ 1295 Abs 2 ABGB** kann weiters auch das **Unterlassen der Mitteilung einer gebotenen Information** schadenersatzbegründend sein, sofern das jeweilige Organ **eigennützige Motive** verfolgt. Aufsichtsratsmitglieder können zu Schadensersatz verpflichtet werden, wenn sie in Kenntnis eines betrügerischen oder sittenwidrigen Vorstandsverhaltens aktive Tatbeiträge gesetzt haben.<sup>462</sup> Differenziert zu betrachten ist die Rechtslage in Bezug auf eine Organaußenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation nach den Bestimmungen des BörseG. Grundsätzlich ist dazu festzuhalten, dass sich die börsengesetzlichen Informationspflichten zu einem erheblichen Teil an den Emittenten, dh an die Gesellschaft selbst richten, während Organmitglieder nicht unmittelbar gebunden sind. Zu beachten ist jedoch **§ 48a Abs 1 Z 2 lit c BörseG** und **§ 48c BörseG**, welche in Zusammenhang mit dem Tatbestand der **Marktmanipulation**, das Verbreiten irreführender Informationen pönalisieren. Das Marktmanipulationsverbot ist dabei umfassend formuliert, bestraft wird und es haftet, „wer“ Marktmanipulation betreibt. Zu einer Haftung des Organs nach den Bestimmungen des BörseG kommt es somit nur, sofern das Organ in seinem eigenen Namen gehandelt hat.<sup>463</sup> Sofern das Organ für die Gesellschaft gehandelt hat, greift die persönliche Haftung nicht. Abschließend seien noch die Bestimmungen des **unlauteren Wettbewerbs** erwähnt. **§ 1 UWG iVm § 18 UWG** sieht dazu vor, dass einem irreführten Anleger Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer, dh gegenüber der Gesellschaft zusteht, sofern die Handlung entweder vom Unternehmer selbst oder im Betrieb des Unternehmens begangen wurde und bekannt war oder bekannt sein musste. Leicht Fahrlässigkeit genügt. Zu einer Haftung der für den Unternehmer handelnden Vertreter, dh der Organe, kommt es nach §§ 1 und 2 UWG jedoch nicht. Dies ergibt sich aus dem der Rechtsordnung immanentem Prinzip, wonach eine Eigenhaftung des Vertreters im Falle eines fahrlässigen Erklärungsfehlverhaltens ohne besondere Zurechnungsmomente nicht möglich ist.<sup>464</sup>

---

<sup>461</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 73f.

<sup>462</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 78f.

<sup>463</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 74f.

<sup>464</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 75ff.

### 5.2.1.3 Verwaltungsstrafrechtliche Haftung

Kapitalgesellschaften haften grundsätzlich nicht für begangene strafrechtliche oder verwaltungsstrafrechtliche Delikte, da eine Bestrafung mangels Vermögens nicht möglich ist. Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist daher das jeweilige **Vertretungsorgan** für die Einhaltung der **Verwaltungsvorschriften verantwortlich**. Wird nun eine Verwaltungsverletzung von einer juristischen Person begangen, so haften die zur Vertretung nach Außen berufenen Organe. Da diese in der Regel der Vorstand bzw der Geschäftsführer sind, kommt es zu einer verwaltungsstrafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats nur in Ausnahmefällen. Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit besteht dabei grundsätzlich in einer Geldstrafe, im Falle der Uneinbringlichkeit jedoch in einer Ersatzfreiheitsstrafe. Anspruchsberechtigte sind die jeweilige Verwaltungsbehörde, also die Magistrate, Bezirksverwaltungsbehörden oder Ministerien, die den Staat vertreten.<sup>465</sup>

### 5.2.1.4 Strafrechtliche Haftung

Die Gefahr einer strafrechtlichen Inanspruchnahme der Leitungs- und Kontrollorgane ist vielfältig und hat sich in jüngster Zeit bedeutend verschärft. Es handelt sich dabei um ein hochaktuelles Thema, wie auch die vermehrte Anzahl an gerichtsanhängigen Verfahren zeigt.<sup>466</sup> Festzuhalten ist dazu, dass sich das jeweilige Mitglied des Vorstandes bzw der Geschäftsführung, wie auch ein Aufsichtsratsmitglied entweder als ausführende Person und somit als unmittelbarer Täter oder auch als Beteiligter an einem Delikt strafbar machen kann.<sup>467</sup> Letzteres liegt regelmäßig öfter im Fall eines Aufsichtsratsmitgliedes als Teil der Kontrollinstanz vor, da der Aufsichtsrat nur in Ausnahmefällen selbst exekutiv tätig wird und daher in vielen Bereichen eher die Gefahr besteht, dass er sich durch die Beteiligung an einem, durch das Leitungsorgan begangenen Delikt strafbar macht.<sup>468</sup>

In weiterer Folge werden einige der wichtigsten Tatbestände aufgezeigt, nach denen sich Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer sowie Aufsichtsratsmitglieder in Ausübung ihrer Funktion strafbar machen sowie eine kurze Darstellung, welche Regeln zu beachten sind, um das Risiko der strafrechtlichen Verantwortung aus praktischer Sicht auszuschließend bzw zu reduzieren. In diesem Zusammenhang wird zwischen Wirtschaftsdelikten nach

---

<sup>465</sup> Vgl. *Fritz*, SWK 83.Jahrgang/Oktober 2008, Rz 693f.

<sup>466</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 2.

<sup>467</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 4.

<sup>468</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 76.

dem allgemeinen Strafgesetzbuch und zwischen Delikten nach dem Nebenstrafrecht<sup>469</sup> unterschieden.

▪ **Delikten nach dem Nebenstrafrecht (AktG und GmbHG):**

- **§ 255 AktG bzw § 122 GmbHG:** § 255 AktG sowie die inhaltlich weitgehend gleichlautende Bestimmung des § 122 GmbHG untersagen, als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB, die unrichtige Darstellung, dh die unrichtige Wiedergabe, das Verschleiern und Verschweigen der Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen sowie andere erhebliche Umstände, mögen sie auch nur einzelne Geschäftsfälle betreffen. Das AktG sowie das GmbHG sehen hierzu Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahren oder Geldstrafen von bis zu 360 Tagessätzen vor. Strafbar ist somit einerseits die unrichtige Mitteilung, aber auch das Unterlassen einer gebotenen Mitteilung, beispielsweise in Zusammenhang mit der Ad-hoc-Publizitätsmitteilungspflicht, sofern es sich dabei um eine vorsätzliche Falschinformation sowie um das bewusste Unterlassen einer vorzunehmenden Mitteilung bzw Information handelt. Vom Schutzzweck der Norm erfasst sind dabei sowohl die Gesellschaft als auch die gegenwärtigen und künftigen Aktionäre der Gesellschaft, Gläubiger und Arbeitnehmer sowie andere mit der Gesellschaft in einer geschäftlichen Beziehung stehende Personen.<sup>470</sup>

▪ **Wirtschaftsdelikten nach dem allgemeinen Strafgesetzbuch (StGB):**

- **Betrug nach §§ 146ff. StGB:** Tathandlung nach § 146 StGB ist die Täuschung über Tatsachen mit dem Ziel auf den Willen eines anderen einzuwirken und ihn durch den Irrtum zu veranlassen, selbst eine schädigende Vermögensverfügung vorzunehmen. Hierbei ist gleichgültig, ob der Schaden beim Getäuschten oder einem Dritten entsteht.<sup>471</sup> Der Strafrahmen des Deliktes sieht Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten sowie Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen vor. Tatbestandelemente des Betruges sind demnach das Vorliegen eines Täuschungsverhaltens, welches den

---

<sup>469</sup> Zu dem Nebenstrafrecht gehören all jenen Strafnormen, die zwar in die Zuständigkeit des Strafgerichts fallen, jedoch nicht im allgemeinem Strafgesetzbuch, sondern in anderen Rechtsnormen, wie zB dem AktG oder dem GmbHG angesiedelt sind.

<sup>470</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 49f.

<sup>471</sup> Vgl. *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup> (2011) § 146 Rz 1.

Getäuschten in Irrtum führt, wodurch dieser eine Vermögensverfügung vornimmt, die bei ihm oder einem anderen einen Vermögensschaden bewirkt. Der Täter muss hierbei mit Täuschungs-, Bereicherungs- oder Schädigungsvorsatz handeln<sup>472</sup>. Zusätzlich sieht § 147 StGB und § 148 StGB die Qualifikationen des schweren und des gewerbsmäßigen Betruges mit einem nach Wertgrenzen entsprechend höher festgesetztem Strafraumen vor.<sup>473</sup> Betrug durch den Aufsichtsrat ist in der Praxis meist nur durch ein Zusammenwirken mit dem Vorstand bzw dem Geschäftsführer denkbar.

- **Untreue nach § 153 StGB:** § 153 StGB sieht dazu vor: „*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.*“ Tatbestandselemente der Untreue sind demnach einerseits der wissentliche Befugnismissbrauch durch den andererseits ein Vermögensnachteil bewirkt wird. *Dolus Eventualis* ist hierbei ausreichend. Die Berechnung des Schadens erfolgt im Wege einer Gesamtsaldierung, bei der die Vor- und Nachteile aus dem Geschäft einander gegenübergestellt werden.<sup>474</sup>
- **Betrügerische Krida nach § 156 StGB:** Tatbestand ist die tatsächliche oder scheinbare Verringerung des Vermögens des Schuldners, die zu einem gänzlichen oder teilweisen Befriedigungsausfall bei zumindest einem seiner Gläubiger führt. Pönalisiert wird dabei die vorsätzliche Schädigung von Gläubigern durch den Schuldner bzw durch seine Organe, wobei der Strafraumen des § 156 StGB Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, sowie bei Überschreiten der Wertgrenze von EUR 50.000 Freiheitsstrafen von einem bis zu zehn Jahren vorsieht.<sup>475</sup> § 156 StGB sieht als Tathandlung die tatsächliche oder scheinbare Vermögensverringerung vor, unter der das Verheimlichen, Beiseiteschaffen, Veräußern und Beschädigen von Vermögensteilen sowie das Vorschützen

---

<sup>472</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 18.

<sup>473</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 19.

<sup>474</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 24.

<sup>475</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 33.

oder Anerkennen nicht bestehender Verbindlichkeiten, aber auch jede weitere sonstige Vermögensverringerung verstanden wird. Ein Beispiel hierfür ist die vorsätzliche Insolvenzverschleppung bei der es zu einer Scheinsanierung einer Gesellschaft kommt, obwohl klar erkennbar ist, dass es sich dabei lediglich um eine „lebensverlängernde Maßnahme“ für eine wirtschaftlich bereits kaputte Gesellschaft handelt. Weiters muss der Vorsatz bestehen, dass Vermögen der Gesellschaft als Haftungsfonds weiter zu verringern, wodurch die Gläubiger einen Ausfall erleiden. Tathandlungen können beispielsweise das Verschenken von Waren<sup>476</sup> oder das Verbringen von Gegenständen ins Ausland sein, wobei zu diesen Ländern kein Vollstreckungsübereinkommen besteht.

- **Grob fahrlässige Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen nach § 159 StGB:** Tathandlung des § 159 StGB ist die grob fahrlässige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch kridaträchtiges Handeln.<sup>477</sup> Dazu zählt unter anderem die Tathandlung des Zerstörens, Beschädigens oder Verschenkens bedeutender Bestandteile des Vermögens.<sup>478</sup> Adressaten dieser Tathandlungen sind primär Leitungsorgan oder leitende Angestellte. Aufsichtsratsmitglieder werden nach §§ 161 iVm 309 StGB den leitenden Angestellten jedoch gleichgestellt, weshalb sie auch, in der Regel wegen Unterstützung oder der Unterlassung der Abwendung kridaträchtiger Geschäfte, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

Nach dieser Darstellung der wichtigsten strafrechtlich relevanten Tatbestände und Deliktsformen ist anzumerken, dass in Bezug auf die Möglichkeit der Haftungsvermeidung bzw -beschränkung auch im Strafrecht eine umfassende Dokumentation der Entscheidungsvorgänge, wie auch eine betont sachliche und objektive Beziehung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bzw zwischen Geschäftsführer und Aufsichtsrat wesentlich dazu beiträgt, das Haftungsrisiko möglichst gering zu halten.<sup>479</sup>

---

<sup>476</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 35.

<sup>477</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 39f.

<sup>478</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 39.

<sup>479</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 98f.

### 5.2.1.5 Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sowie der Haftungsvermeidung

Da Leitungsorgane im Allgemeinen einer strengen und sich immer weiter zuspitzenden Haftungssituation ausgesetzt sind, sollen im Folgenden einige Möglichkeiten wirksamer Gegenmaßnahmen aufgezeigt werden. In Frage kommen hierbei die **Entlastung** sowie der **Verzicht** bzw **Vergleich** und die **Ressortverteilung**.

In Bezug auf die Entlastung sieht § 104 Abs 2 Z 3 AktG für den Bereich der AG vor, dass die Hauptversammlung in den ersten acht Monaten jedes Geschäftsjahres über die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder beschließen soll. Mit der **Beschlussfassung über die Entlastung** billigt die **Hauptversammlung** pauschal die vorgenommenen Geschäftsführungsmaßnahmen sowie ihre Kontrolle für eine abgelaufene Periode.<sup>480</sup> Nach hA erfolgt die Entlastung dazu für jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsrates in gesondert durchgeführten Abstimmungen.<sup>481</sup>

Festzuhalten ist hierzu, dass die Entlastung keinen Verzicht darstellt, da die Gesellschaft unter Bedachtnahme auf § 84 Abs 4 S 3 AktG, die ihr aus dem Titel der Pflichtverletzung zustehenden Ersatzansprüche zunächst fünf Jahre hindurch überhaupt nicht und später nur unter erschwerten Bedingungen ganz oder teilweise nachsehen kann.<sup>482</sup> Hierzu hat der OGH<sup>483</sup> ausgesprochen, dass nur eine von allen Aktionären beschlossene Entlastung die Wirkung eines Verzichts der Gesellschaft auf (erkennbare) Ersatzansprüche gegenüber den entlasteten Organmitgliedern entfaltet, da diesfalls der Schutzzweck der Bestimmung des § 84 Abs 4 S 3 nicht Platz greift.<sup>484</sup>

Für den Bereich des GmbH-Rechts sieht § 35 Abs Z 1 GmbHG in entsprechender Weise vor, dass die **Generalversammlung** in den ersten acht Monaten jedes Geschäftsjahres über die Entlastung der Geschäftsführer sowie des allenfalls bestehenden Aufsichtsrates beschließt. Die Wirkung der Entlastung besteht in diesem Fall darin, dass Präklusion in Bezug auf die Geltendmachung jener Tatsachen der Gesellschaft gegenüber den entlasteten Geschäftsführern eintritt, welche aus den von den Geschäftsführern vorgelegten Urkunden ersichtlich sind, über die berichtet wurde oder welche allen Gesellschaftern auf andere Weise bekannt geworden sind.<sup>485</sup>

---

<sup>480</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/424.

<sup>481</sup> Vgl. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 104 Rz 33.

<sup>482</sup> Vgl. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 104 Rz 31.

<sup>483</sup> Vgl. OGH 3. 7. 1975 SZ 48/79 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602.

<sup>484</sup> Vgl. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 104 Rz 31.

<sup>485</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 19.

In Bezug auf mögliche **Verzichts- bzw Vergleichsvarianten** sieht § 84 Abs 4 S 3 und 4 **AktG** für die Bereich der AG die Möglichkeit eines Haftungsverzichts - sowie eines Haftungsvergleichs gegenüber dem Vorstand vor. Erfasst sind hiervon nicht nur materiell-rechtliche Verzichte und Vergleiche, sondern auch gerichtliche sowie außergerichtliche Maßnahmen gleicher Art.<sup>486</sup>

Vollzogen wird ein derartiger Haftungsverzicht bzw -vergleich stets in **zwei Schritten**: Zuerst wird eine dementsprechende rechtsgeschäftliche Willenserklärung seitens der Organe bzw der Gesellschaft abgegeben und danach die Zustimmung der Hauptversammlung eingeholt.<sup>487</sup>

Da für die Abgabe derartiger Erklärungen stets das Geschäftsführungsorgan zuständig ist, es sich jedoch um ein Rechtsgeschäft mit dem Vorstand handelt, greift gemäß § 97 AktG die alternative Zuständigkeit des Aufsichtsrats.

Bei der Verzichtserklärung handelt es sich um einen einseitigen Rechtsakt der AG, bei dem diese auf Haftungsansprüche gegenüber dem Vorstand bzw gegenüber einzelnen Vorstandsmitglied verzichtet. Der Haftungsvergleich ist demgegenüber als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Aufsichtsrat, als Vertreter der AG, und dem Vorstand, als Vertreter seiner eigenen Interessen, zu qualifizieren.

Nach Abgabe der entsprechenden Willenserklärung bedarf es noch der Zustimmung der Hauptversammlung, wobei eine qualifizierte Minderheit von 20% des Grundkapitals dem Verzicht oder Vergleich nicht widersprechen darf. Gemäß § 84 Abs 4 AktG kann auf diese Ersatzansprüche erst nach Ablauf einer Frist von fünf Jahren nach deren Entstehung verzichtet bzw sich wirksam darüber verglichen werden.<sup>488</sup> Diese zeitliche Beschränkung besteht jedoch nicht, sofern der Leistungsschuldner zahlungsunfähig ist und sich zur Abwehr der Insolvenz mit seinen Gläubigern vergleicht.

Das GmbHG sieht in § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG dazu vor, dass ein Haftungsverzicht bzw -vergleich der Gesellschaft gegenüber einem Geschäftsführer grundsätzlich nur möglich ist, soweit der Ersatzanspruch nicht zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird, dh die Gläubigerbefriedigung durch den Verzicht bzw Vergleich nicht beeinträchtigt wäre.<sup>489</sup>

---

<sup>486</sup> Vgl. *Schlosser*, Organhaftung 120f.

<sup>487</sup> Vgl. § 84 Abs 4 S 3 und 4 AktG.

<sup>488</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/428.

<sup>489</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/298; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 25 Rz 28.

Abschließend zu erörtern ist noch der Begriff der **Ressortverteilung** sowie dessen Bedeutung in Zusammenhang mit dem österreichischen Haftungsrecht.

Für den **Bereich der AG** erfolgt die Festlegung einer Ressortverteilung dabei grundsätzlich in der **Satzung**. Sofern die Satzung dies zulässt, kann jedoch auch der **Aufsichtsrat** für die Implementierung der Ressortverteilung zuständig sein. Wurde in der Satzung keine besondere Regelung getroffen, so ist der Aufsichtsrat nach § 99 iVm § 84 AktG aufgrund seiner Sorgfalts- und Treuepflicht zur Errichtung einer Ressortverteilung verpflichtet, sofern dies in Bezug auf die Größe und Art des Unternehmens oder aufgrund der Anzahl der Vorstandsmitglieder als sinnvoll erscheint.<sup>490</sup> Zusätzlich besteht in Ausnahmefällen eine subsidiäre Kompetenz des Vorstandes zur Errichtung einer Ressortverteilung für den Fall, dass die Geschäfte nicht mehr ordnungsgemäß durch den Gesamtvorstand wahrgenommen werden können und der Aufsichtsrat auch keine dementsprechenden Vorkehrungen getroffen hat. Nach hA bestehen weiters bestimmte Angelegenheiten, welche jedenfalls in der Zuständigkeit des Gesamtvorstandes verbleiben müssen (**Kernbereich der Gesamtgeschäfts-führungsangelegenheiten**). Zu diesem Bereich zählen beispielsweise die strategische Unternehmensplanung, die Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung bei Verlust des halben Grundkapitals, sowie die Erstellung des Jahresabschlusses, des Gewinnverteilungsvorschlages, des Lageberichts sowie allenfalls des Konzernabschlusses samt Konzernlagebericht und des *Corporate Governance* Berichtes.<sup>491</sup>

Aus haftungsrechtlicher Sicht bewirkt die Ressortverteilung dabei eine **Abschwächung in der Gesamtverantwortung** der einzelnen Vorstandmitglieder. Dies führt jedoch nicht dazu, dass sich die Vorstandmitglieder nur mehr um ihren eigenen Ressortbereich zu kümmern haben; vielmehr modifiziert die Ressortverteilung die ihnen obliegenden Verpflichtungen je nach Inhalt und Ausmaß.<sup>492</sup> Generell gilt dazu, dass die Vorstandsmitglieder nach dem **Vertrauensgrundsatz** zwar einerseits darauf vertrauen dürfen, dass die anderen Leitungsorgane ihr Ressort sorgfältig leiten, andererseits greift jedoch die **ressortübergreifende Überwachungspflicht**. Jedes Vorstandsmitglied hat dabei neben der sorgfältigen und gewissenhaften Leitung seines eigenen Ressortbereichs auch die Führung der nicht in seinem Bereich liegenden Geschäfte auf ihre Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Diese

---

<sup>490</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/430.

<sup>491</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/432.

<sup>492</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/433.

ressortübergreifende Überwachungspflicht variiert je nach Art, Größe und Organisation des Unternehmens, sowie nach Art der Leitungspflichten und nach der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.<sup>493</sup> Geschäftsbereich und Haftungsbereich sind folglich nicht deckungsgleich, da auch bei einer zulässigen Geschäftsverteilung jedem Vorstandsmitglied die Pflicht zur Überwachung der anderen Mitglieder obliegt. Von zentraler Bedeutung ist hierbei ein funktionierendes Berichts- und Informationswesen, welches für einen geordneten Informationsfluss zu den anderen Organmitgliedern zu Sorgen hat. Sofern sich das ressortzuständige Leitungsorganmitglied nicht um Informationen aus anderen Ressorts kümmert, verletzt es demnach seine Überwachungspflicht. Für den Fall, dass das jeweilige Organmitglied seine ressortübergreifende Überwachungspflicht verletzt, kann es zu einer **Haftung** nach den Bestimmungen des § 84 AktG kommen.<sup>494</sup>

Anzumerken ist hierzu, dass für den Bereich der GmbH in Bezug auf die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung mittels Ressortverteilung Ähnliches gilt. Lediglich anzuführen ist, dass in der Literatur nicht einheitlich beantwortet wird, wer für die Ressortverteilung in Bezug auf die GmbH zuständig ist. Nach hA jedenfalls zulässig ist die Regelung der Ressortverteilung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages, während die Anordnung einer Ressortverteilung durch einstimmigen Beschluss der Geschäftsführer grundsätzlich zu keiner Beschränkung des Haftungsrisikos führt.<sup>495</sup>

### 5.3 Kanada

Wie in Österreich, so gilt auch für das kanadische Gesellschaftsrecht der Grundsatz, dass Kapitalgesellschaften als eigenständige Rechtssubjekte anzusehen sind, welche unabhängig von ihren Gesellschaftern und Organen bestehen. Dies spielt in Zusammenhang mit der **Organhaftung**<sup>496</sup> eine entscheidende Rolle.

Das kanadische Parlament sowie die provinziellen Gesetzgebungsorgane sehen dazu eine Reihe von Gesetzenbestimmungen vor, welche für die *directors* und *officers* eine persönlich Haftung aufgrund von Handlungen oder Unterlassungen vorsehen, welche diese selbst begangen haben bzw welche von der Gesellschaft gesetzt wurden. Festzuhalten ist

---

<sup>493</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/434f.

<sup>494</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 9/433.

<sup>495</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/301.

<sup>496</sup> Vergleiche dazu *Judgments of the Supreme Court of Canada: BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, [2008] 3 S.C.R. 560 [BCE]; *Judgments of the Supreme Court of Canada: Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* [2004] 3 S.C.R. 461 [Peoples].

dazu, dass die meisten Haftungsfälle in den Bereichen des Gesellschaft- und Wertpapierrechts, des Umweltrechts, des Steuerrechts sowie im Zusammenhang mit der Verletzung von Verpflichtungen gegenüber Angestellten vorkommen.<sup>497</sup>

In Zusammenhang mit der Haftungsthematik sind von den in Kanada bestehenden Gesetzen vor allem die **Bestimmungen des CBCA**, im Bereich des bundesweit geltenden Gesellschaftsrechts sowie die **Normen des BIA** im Bereich des Insolvenzrechts von zentraler Bedeutung.

Zur Haftung der Leitungsorgane kommt es demnach, wenn eine Handlung gesetzt wurde bzw die Durchführung einer Handlung unterlassen wurde, welche nach gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen zu setzen gewesen wären.

Normadressaten der Haftungsansprüche sind die Leitungsorgane iSd der *directors* kanadischer *corporations*, wobei hierbei zu beachten ist, dass auch *shadow directors*, die vorweg beschriebenen Verpflichtungen einzuhalten haben, widrigenfalls auch sie haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.<sup>498</sup>

Wie im österreichischen Recht so besteht auch in Kanada die Verpflichtung zur Einhaltung der *fiduciary duty* und *duty of care*, sowie im Falle einer etwaigen Pflichtverletzung eine daraus resultierende Haftung, grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft. Dies ergibt sich auch aus dem Pflichtkatalog gemäß § 122 Abs 1 lit a und lit b des *CBCA*. Nichtsdestotrotz besteht die Möglichkeit, direkte Ansprüche Dritter gegenüber den *directors* haftungsrechtlich geltend zu machen. Anhaltspunkt ist dabei, dass gegenüber dem Dritten eine haftungsbegründende Pflicht angenommen wird. Eine direkte Pflicht gegenüber Dritten, sowie bei deren Missachtung auch ein direkter Haftungsanspruch, besteht dabei insbesondere bei außergewöhnlichen Fallkonstellationen. Zu der Haftung gegenüber Dritten kommt es demnach im Falle eines Nahverhältnisses, sowie im Rahmen eines Auftragsverhältnisses oder im Kontext einer Übernahme in welcher das Gesellschaft Zielobjekt darstellt.<sup>499</sup>

Für den angloamerikanischen Raum im Allgemeinen sowie für Kanada im Speziellen ist demnach zusammenfassend festzuhalten, dass nach den Bestimmungen des *CBCA* eine Pflicht zur Einhaltung der *fiduciary duties* grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft

---

<sup>497</sup> Vgl. *Richardson* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 4.

<sup>498</sup> Vgl. *Doralt*, *Managerpflichten*, sec 170 Rz 1.

<sup>499</sup> Vgl. *Doralt*, *Managerpflichten*, sec 170 Rz 7.

geschuldet wird. Nichtsdestotrotz sieht der *CBCA* bestimmte Verpflichtungen sowie eine Haftung im Falle einer Verletzung auch gegenüber Dritten vor.<sup>500</sup> Zusätzlich ist für Ansprüche dritter Personen in diesem Zusammenhang vor allem der Rechtsbehelf der *derivative action* bzw *derivative suit* von zentraler Bedeutung nach welchem Dritte, wie beispielsweise *shareholder*, die einen direkten und über den Schaden der Gesellschaft hinausgehenden Schaden erlitten haben, im Namen der Gesellschaft eine Verpflichtung der *directors* gegenüber der Gesellschaft einklagen können. Neben dem Rechtsbehelf der *shareholder derivative suit* hat für dritte Personen vor allem die Klagemöglichkeit der *oppression remedy* zentrale Bedeutung.<sup>501</sup> Nach § 241 des *CBCA* können Dritte demnach gegen den *board of directors* vorgehen, sofern dieser in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt hat.<sup>502</sup> Diese Rechtsbehelfe werden in weiterer Folge näher erörtert.

Zusätzlich enthält das kanadische Recht auch einige generelle Grundsätze, die in Zusammenschau gesehen, für die Organhaftung von entscheidender Bedeutung sind.<sup>503</sup> Im Falle einer Rechtsverfolgung hat der Anspruchsberechtigte dazu einige Elemente oder Teile einer unrechtmäßigen Handlung zweifelsfrei nachzuweisen bevor das Organmitglied vor Gericht zur Verantwortung gezogen werden kann. Sollte ihm dies nicht gelingen, so kommt es zu einem Freispruch zugunsten des Organmitglieds.

Abhängig von der Art des Delikts hat der Anspruchsberechtigte bestimmte Tatsachen demnach zweifelsfrei oder bloß mit ausreichender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Die Elemente lassen sich dabei in zwei Kategorien teilen.<sup>504</sup>

- ***physical elements***, dh Elemente, welche die rein äußerlichen Merkmale einer Tat betreffen;
- ***fault elements***, dh Elemente, welche die Schuldhaftigkeit bzw die Vorwerfbarkeit einer Tat betreffen.

Das *physical element* einer Handlung betrifft die Begehung an sich, welche nach den Rechtsvorschriften verboten ist. Es handelt sich daher entweder um einen „*act of*

---

<sup>500</sup> Vergleiche dazu beispielsweise 119 *CBCA* – Haftung der *directors* für ausständige Gehaltszahlungen.

<sup>501</sup> Vgl. hierzu § 239 des *CBCA* und des § 241 *CBCA*, sowie deren ausführliche Darstellung in Kapitel 5.3.2.3.1 und 5.3.2.3.2.

<sup>502</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 75ff.

<sup>503</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>504</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

*commission*“, dh um die Begehung einer Tat, welche das Rechtssystem verbietet oder um einen „*act of omission*“, dh um die Unterlassung einer gebotenen Handlung.

Das *fault element* eines Delikts betrifft hingegen den mentalen Zustand des Organmitglieds zum Zeitpunkt der Vornahme der unerlaubten Handlung. Dieser Zustand kann in unterschiedlichen Ausprägungen vorkommen: beispielsweise Absicht, Wissentlichkeit, Entschlossenheit oder Rücksichtslosigkeit. Für die meisten Fälle einer Haftungs begründung ist im kanadischen Recht der Nachweis dieses *fault elements* jedoch nicht erforderlich. Wo dieser Nachweis nicht erforderlich ist, muss der Anspruchsberechtigte jedenfalls beweisen, dass das Organmitglied nachlässig, dh den Umständen entsprechend nachlässig oder unvernünftig gehandelt hat.<sup>505</sup>

Festzuhalten ist dazu, dass - wie in Österreich - auch in Kanada, die *corporation* als eigenständiger Rechtsträger zu qualifizieren ist, welcher unabhängig von der Rechtspersönlichkeit seiner Mitglieder besteht (Ratio der Entscheidung: *Salomon v. Salomon & Co.*<sup>506</sup> (1897), „*A corporation is a legal entity distinct from its shareholders – therefore, shareholders are not liable for the corporation’s debts/obligations*“). Anzuführen ist in diesem Zusammenhang auch der Grundsatz des *corporate veil*, nachdem eine Gesellschaft als eigenständige Rechtsperson, alleine für ihre Schulden verantwortlich ist, andererseits aber auch ihr alleine der erwirtschaftete Gewinn zusteht. Daraus ergibt sich, dass die Gesellschafter grundsätzlich nicht für die Handlungen ihrer Gesellschaft persönlich haftbar sind.<sup>507</sup> Dieses Prinzip der beschränkten Haftung dient somit dem Schutz der Gesellschafter vor einer persönlichen Haftung. In den Ländern des *common law* wird dieser Grundsatz zwar stets hochgehalten, jedoch bei Vorliegen bestimmter Umstände durchbrochen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch davon den Deckmantel der Haftungsbeschränkung aufzuheben – *to pierce or lift the corporate veil*.<sup>508</sup> Dies geschieht vor allem dann, wenn das Institut des *corporate veil* dazu missbraucht wird, ein Fehlverhalten der Organe auf die Gesellschaft abzuwälzen. Problematisch hierbei ist jedoch, dass bis jetzt keine einheitliche Regelung vorhanden ist, wann es zu einer derartigen Durchgriffshaftung kommt. Ob und wann kanadische Gerichte demnach den Deckmantel der Haftungsbeschränkung aufheben, hängt oftmals stark von der Bonität der

---

<sup>505</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 293.

<sup>506</sup> Vgl. (1897) A.C. 22.

<sup>507</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Director and Officer Liability in Corporate Insolvency: A comprehensive guide to rights and obligations<sup>2</sup> (2010) 17.

<sup>508</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 16f.

Gesellschaft ab.<sup>509</sup> Die kanadischen Gerichte entwickelten in diesem Zusammenhang den Grundsatz, dass im Falle der Insolvenz bzw Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch das potentielle Haftungsrisiko stark ansteigen soll.<sup>510</sup>

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass eine detaillierte Untersuchung der Gesellschafterhaftung iSd *piercing the corporate veil*, den vorgegebenen Rahmen bei Weitem sprengen würde. An dieser Stelle sollte lediglich der Grundsatz des *corporate veil* angesprochen werden, um dadurch auch die Haftungssituation bzw Haftungsthematik der *directors* besser einordnen zu können.

Die Haftung von Leitungsorganen kanadischer Kapitalgesellschaften knüpft zusätzlich dazu an spezifische Deliktskategorien an, welche in weiterer Folge dargestellt werden.

Aus systematischer Sicht ist dazu festzuhalten, dass das kanadische Recht im Haftungsbereich generell zwischen zwei verschiedenen Arten der *directors liability* unterscheidet:

- *direct liability* iSe unmittelbaren Haftung
- *indirect liability* (welche auch als *vicarious* oder *contributory liability* bezeichnet wird) iSe mittelbaren Haftung<sup>511</sup>

### 5.3.1 Deliktskategorien

Das kanadische Recht und der *Supreme Court of Canada* unterscheiden grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Kategorien von Delikten, nach denen *directors* und *officers* haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können:

- ***Absolute Liability Offences***
- ***Strict Liability Offences***
- ***Offences requiring proof of fault***

Zu beachten, ist dass diese Deliktsarten in den einzelnen Elementen variieren, welche nachgewiesen werden müssen, damit es zu einer Haftung des Leitungsorgans kommt.<sup>512</sup>

---

<sup>509</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 18f.

<sup>510</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 19.

<sup>511</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 292.

<sup>512</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 293f.

### 5.3.1.1 Absolute Liability Offences

In dieser Deliktskategorie hat der Kläger lediglich zu beweisen, dass kein vernünftiger Grund zu Zweifeln besteht, dass ein Organmitglied eine nach dem Gesetz unerlaubte und verbotene Handlung begangen hat. Es bedarf also nicht des Nachweises eines *fault elements*. In diesem Fall ist es für das Organmitglied schwierig sich zu verteidigen. Es kann jedoch immer einwenden, dass die unerlaubte Handlung nie stattgefunden hat. Gelingt es dies zu beweisen, so muss das Organmitglied freigesprochen werden.<sup>513</sup>

Zu beachten ist, dass die kanadischen Gerichte sehr zurückhaltend sind ein Delikt als *absolute liability offence* einzustufen. Nur wenn nach den Rechtsvorschriften zweifelsfrei feststeht, dass eine bestimmte Handlung als *absolute liability offence* anzusehen ist, erkennen die Gerichte dies auch dementsprechend an. Sofern jedoch Zweifel bestehen, behandeln die kanadischen Gerichte die jeweilige Tat als *strict liability offence*, bei dem die Möglichkeit besteht einzuwenden, dass mit *due diligence* gehandelt wurde.

Der *Supreme Court of Canada*<sup>514</sup> hat in diesem Zusammenhang auch ausgesprochen, dass eine derartige Haftung verfassungswidrig ist, sofern sie dazu führt, dass einer Person, ihr Leben, ihre Freiheit oder ihre Sicherheit, wie sie in der kanadischen Charta der Grundrecht und Grundfreiheiten garantiert werden, entzogen wird. Wenn also eine Gefängnisstrafe für ein Delikt vorgesehen ist, kann keine *absolute liability offence* vorliegen, sondern die Tat muss als *strict liability offence* angesehen werden, bei der die Möglichkeit besteht, zu beweisen, dass keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen wurde.<sup>515</sup>

### 5.3.1.2 Strict Liability Offences

Diese zweite Deliktskategorie erfordert ebenfalls, dass kein begründeter Zweifel besteht, dass eine unerlaubte Handlung begangen wurde. Dem Organmitglied steht hierbei jedoch die Möglichkeit offen, zu beweisen, dass es mit *due diligence*, dh mit gehöriger Sorgfalt gehandelt hat und ihm die Tat deshalb nicht vorgeworfen werden kann. Es können dabei zwei Varianten unterschieden werden:

---

<sup>513</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 294.

<sup>514</sup> Vgl. *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 52 C.R. (3d) 188 (Ont. C.A.).

<sup>515</sup> Vgl. *Richardson* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 4f.

- 1) Das Organmitglied hat, obwohl es vernünftig und sorgfältig gehandelt hat, irrtümlicherweise falsche Tatsachen angenommen die, falls sie richtig wären, dazu führen würden, dass sein Verhalten als rechtmäßig anzusehen ist.
- 2) Das Organmitglied hat alles Notwendige unternommen um die entsprechende Tat zu verhindern.

Die **meisten Fälle** der Vorstandshaftung fallen in diese Deliktskategorie.<sup>516</sup>

### 5.3.1.3 Offences required proof of fault

In diese Deliktskategorie fallen Taten, die mehr erfordern als das bloße Missachten gesetzlicher Vorschriften. Delikte, welches ein *required proof of fault*-Element aufweisen, sind ausdrücklich als solche gekennzeichnet und finden sich sowohl in den einzelnen bundesrechtlichen als auch in den provinziellen Rechtsvorschriften.<sup>517</sup>

### 5.3.2 Direct und Indirect Liability

Auch in Kanada wird zwischen zwei verschiedenen Haftungsarten unterschieden. Die *direct liability* betrifft dabei **unmittelbar** den *director*, welcher durch Missachtung seiner Pflichten sowie unter Verletzung der gehörigen *duty of care* bzw *duty of loyalty* oder auch einer anderen Rechtspflicht einen Schaden verursacht hat. Im Bereich der *indirect liability* geht es hingegen darum, dass *directors* für **Rechtsverletzungen der corporation** verantwortlich gemacht werden.<sup>518</sup> In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass im kanadischen Gesellschaftsrecht eine Gesellschaft haftungsrechtlich für Delikte zur Verantwortung gezogen werden kann, welche durch das *directing mind*, dh durch das leitende Organ begangen werden. Es handelt sich dabei um ein Organ mit Entscheidungskompetenz. Hierunter fallen: *directors*, aber auch Manager, Vorsteher und andere Personen, an die derartige Kompetenzen delegiert wurden. Sofern demnach ein *directing mind* der *corporation* eine unerlaubte Handlung vornimmt, kann die Gesellschaft hierfür haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Zusätzlich kann es zu einer indirekten Haftung eines *directors* kommen, sofern die Gesellschaft eine Tat begeht an welcher der jeweilige *director* teilnimmt bzw es unterlässt diese zu verhindern.<sup>519</sup>

---

<sup>516</sup> Vgl. *Richardson* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 4.

<sup>517</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 295.

<sup>518</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 292.

<sup>519</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 298f.

Das kanadische Recht unterscheidet - wie auch das österreichische Recht - zusätzlich zwischen **Innenhaftungsansprüchen**, iSe Haftung des Leitungs- und Aufsichtsorgans gegenüber der Gesellschaft und **Außenhaftungsansprüchen** gegenüber Dritten. Im Gegensatz zu Österreich spielt die Innenhaftung in Kanada jedoch eine eher untergeordnete Rolle.

### 5.3.2.1 Direct Liability

*Direct liability* tritt ein, sofern ein *director* eine den Rechtsvorschriften zuwiderlaufende Handlung setzt bzw eine vorgeschriebene Handlung unterlässt und durch diese unrechtmäßige Handlung ein Schaden entsteht.<sup>520</sup>

Innerhalb der Gruppe der *direct liability* werden **zwei Arten** der unmittelbaren Haftung unterschieden:

- Haftung aufgrund der Verletzung gesetzlicher Verpflichtungen, welche unmittelbar einen *director* betreffen. Ein Beispiel hierfür ist das Verbot des Insiderhandels, welches sich direkt an die Person des *directors* richtet.
- Haftung aufgrund der Verletzung gesetzlicher Verpflichtungen, welche sich zwar nicht unmittelbar an die *directors* richten, aber für diese dennoch, aufgrund ihrer Stellung innerhalb der *corporation*, von wesentlicher Bedeutung sind. Ein Beispiel hierfür ist die falsche Darstellung wesentlicher Bestandteile einer Gesellschaft innerhalb eines Emissionsprospekts, wodurch es zu einer Verletzung der Bestimmungen des *Securities Act* der jeweiligen Provinz kommt.<sup>521</sup>

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass diese Form der Vorstandshaftung relativ einfach vermieden werden kann, indem die *directors* sicherstellen, dass sie selbst die gesetzlichen Bestimmungen einhalten. Zusätzlich fallen die meisten Fälle der unmittelbaren Vorstandshaftung auch in die Deliktskategorie der *strict liability offences*, wonach *directors* einwenden können mit *due diligence*, dh mit gehöriger Sorgfalt gehandelt zu haben, um so einer Haftung zu entgehen.

---

<sup>520</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 292.

<sup>521</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 297f.

### 5.3.2.2 Indirect Liability

Die *indirect liability* macht *directors* für Rechtsverletzungen der *corporation* verantwortlich.<sup>522</sup> Eine kanadische Gesellschaft kann somit für Delikte haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, welche durch das *directing mind*, dh durch das jeweilige Leitungsorgan begangen wurden. Zusätzlich kann es, wie bereits ausgeführt, zu einer indirekten Haftung eines *directors* kommen, sofern die Gesellschaft eine Tat begeht, an welcher der jeweilige *director* teilnimmt bzw es unterlässt diese zu verhindern.<sup>523</sup>

Im kanadischen Recht werde hierbei **zwei Formen** der indirekten Haftung unterschieden:

- Indirekte Haftung nach den Bestimmungen des *Criminal Code of Canada* – dem kanadischen Strafrechtsgesetz;
- Indirekte Haftung nach den allgemeinen gesetzlichen Ausführungsbestimmungen.<sup>524</sup>

Im Falle der *strict liability* und der *absolute liability* ist die Gesellschaft für sämtliche Handlungen aller der Gesellschaft zugehörigen Personen haftungsrechtlich verantwortlich, dh auch für diejenigen Handlungen, welche durch einfache Angestellte vorgenommen werden. Sofern es sich jedoch um ein *strict liability offence* handelt, kann der Einwand der *due diligence* erhoben werden, indem belegt wird, dass das jeweilige Organ einen nicht vorwerfbaren Fehler begangen hat bzw sämtliche vernünftigerweise zumutbaren Schritte unternommen hat, um den Eintritt des Schadens zu verhindern.

#### 5.3.2.2.1 Indirekte Haftung nach den Bestimmungen des Criminal Code of Canada

§ 21 des *Criminal Code of Canada* enthält eine allgemeine Regelung, die festlegt unter welchen Umständen eine Person als „**Beteiligter**“ eines Delikts anzusehen ist.

§ 21 Abs 1 des *Criminal Code of Canada* lautet wie folgt:

- „*Beteiligter einer strafbaren Handlung ist jedermann der,*
- (a) die strafbare Handlung tatsächlich begeht;*
  - (b) handelt bzw es unterlässt zu handeln, um einer anderen Person bei der Begehung einer strafbaren Handlung zu helfen;*
  - (c) eine andere Person bei der Begehung der strafbaren Handlung unterstützt.“<sup>525</sup>*

---

<sup>522</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 292.

<sup>523</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 298f.

<sup>524</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 299.

Zu beachten ist, dass diese Bestimmung auch für die Haftung nach den einzelgesetzlichen Ausführungsbestimmungen von Bedeutung ist, da diese Regelung nach den Interpretationsnormen auch auf bundesrechtliche und provinzielle Haftungsfälle angewendet werden kann bzw für diese in Anlehnung an § 21 des *Criminal Code of Canada* eine ähnliche Regelungen vorgesehen ist.<sup>526</sup>

Für die Haftung der kanadischen *directors* ist vor allem lit b und c aus § 21 des *Criminal Code of Canada* von Relevanz. Diese Bestimmung wird hauptsächlich auf Personen angewendet, deren Verwicklung in ein Delikt zufällig bzw beiläufig zu der eigentlich strafbaren Handlung durch den „Haupttäter“ geschieht. Als *principal* bzw „Haupttäter“ kann die Gesellschaft selbst oder auch ein anderes Individuum auftreten. Zu beachten ist weiters, dass die Haftung des *principal* (beispielsweise der Gesellschaft) unabhängig von der Haftung eines *directors* auf Grund der Verwicklung in dieses Delikt anzusehen ist. Es kann demnach vorkommen, dass ein *director* für seine Verwicklung bzw Mitwirkung an einer Tat im Wege der indirekten Haftung verurteilt wird, der *principal* (beispielsweise die Gesellschaft) jedoch nicht. Ein Beispiel hierfür wäre die Teilnahme einer großen Anzahl an Mitarbeiter an einem Delikt, sodass eine genaue Zuordnung der jeweiligen Verantwortung nicht pauschal vorgenommen werden kann. Festzuhalten ist jedoch, dass jedenfalls eine unerlaubte Handlung vorliegen muss.

Hieraus ergibt sich, dass drei Arten der indirekten Haftung nach § 21 Abs 1 lit b und c des *Criminal Code of Canada* unterschieden werden können:<sup>527</sup>

- die Vornahme einer Handlung, um einer anderen Person bei der Begehung einer strafbaren Handlung zu helfen;
- das Unterlassen einer Handlung, wodurch einer anderen Person bei der Begehung einer strafbaren Handlung geholfen wird;
- die Unterstützung einer anderen Person bei der Begehung einer strafbaren Handlung.

### **Beitrag zur Begehung einer Tat**

§ 21 Abs 1 lit b des *Criminal Code of Canada* erfasst Handlungen, welche darauf abzielen einer Person bei der Begehung einer Tat zu helfen. Darunter fällt grundsätzlich jede

---

<sup>525</sup> § 21 des *Criminal Code of Canada*.

<sup>526</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 299f.

<sup>527</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 300.

positive, aktive Handlung, somit auch der bloße Ausdruck einzelner Worte bzw die Gestik. Schwieriger zu definieren ist in diesem Zusammenhang hingegen das *fault element*, dh das Unrechts- bzw Vorwerfbarkeitsselement der Tat. Es geht dabei darum, dass eine Handlung gerade zu dem Zweck gesetzt wurde, um bei der Begehung einer Tat zu helfen bzw dazu beizutragen. Dass es dabei schlussendlich nicht zu dem gewünschten Erfolg gekommen ist, spielt keine Rolle. Mit anderen Worten gesagt, bedeutet dies, dass auch der ineffektive Beitrag zu der Begehung einer Tat zur Haftung führt, sofern die betreffende Person glaubt, dass ihre Handlung die Begehung der Tat fördert bzw diese unterstützt.<sup>528</sup>

Im Fall der Vorstandshaftung kann es demnach beispielsweise zu einer Haftung kommen, sofern ein *director* eine andere Person innerhalb der Gesellschaft bei der Begehung einer Straftat unterstützt.

### **Unterlassen der Verhinderung einer Tat**

Generell kann festgehalten werden, dass eine Person im kanadischen Recht für die Tat der „Begehung durch Unterlassung“ nur zur Verantwortung gezogen werden kann, wo auch eine Verpflichtung zum Handeln besteht. Die leitende Entscheidung hierzu ist: *R. v. Dunlop and Sylvester*.<sup>529</sup> In diesem Fall hat der *Supreme Court of Canada* ausgesprochen, dass eine Person, welche einen sexuellen Übergriff beobachtet, nicht als Beteiligter an der Tat angesehen werden kann und auch nicht haftet. Um eine Haftung herbeizuführen, müsste die Person zumindest eine positive Handlung zur Förderung des Deliktes setzen.

Das *fault element*, dh das Unrechts- bzw Vorwerfbarkeitsselement, stellt bei der Tat der „Begehung durch Unterlassung“ auf denselben Zweck ab, wie bei einem Begehungsdelikt. Es geht darum, dass es gerade unterlassen wurde eine Handlung zu setzen zu dem Zweck, um zur Begehung einer Tat beizutragen.<sup>530</sup>

Diese Theorie hat Auswirkungen auf die Vorstand- und Geschäftsführerhaftung. Die kanadischen *directors* trifft die generelle Pflicht im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln sowie sicherzustellen, dass die *corporation* in Einklang mit den Gesetzen handelt.<sup>531</sup> Demnach sind die *directors* auch verpflichtet, ihre eigenen Interessen den Interessen der Gesellschaft hintanzustellen sowie das übergeordnete öffentliche Interesse zu beachten. Die Pflicht der *directors* umfasst es dabei auch sicherzustellen, dass die

---

<sup>528</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 301.

<sup>529</sup> Vgl. (1979) 2 S.C.R. 881, *R. v. Dunlop and Sylvester*.

<sup>530</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 302.

<sup>531</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 302f.

Gesellschaft keine unerlaubten Handlungen setzt. Sofern die *directors* es demnach - zum Zweck die Begehung einer Tat zu fördern - unterlassen eine Gegenmaßnahme zu setzen, kann es zu einer Haftung nach § 21 Abs 1 lit b des *Criminal Code of Canada* kommen.<sup>532</sup>

### **Förderung der Begehung einer Tat**

Als dritte Deliktsform, welche zu einer indirekten Haftung der *directors* führt, wird die „Förderung der Begehung“ genannt. Es geht darum, dass eine bestimmte Handlung bzw die Unterlassung der Vornahme einer Handlung, die Begehung einer Tat fördert. Obwohl der *Criminal Code* selbst kein „physisches Element“ vorsieht, gehen die Gerichte davon aus, dass es jedenfalls einer spezifischen Absicht bedarf, durch welche die Tat gefördert wurde.<sup>533</sup>

Im Fall der hier relevanten *directors liability* kann es beispielsweise zu einer indirekten Haftung wegen der Förderung der Begehung einer Tat kommen, sofern der *director* es unterlässt die notwendigen Schritte zu setzen, um sicherzustellen, dass ein anderes Organ bzw Organmitglied in Übereinstimmung mit dem Gesetz handelt. Wichtig ist hierbei, dass der jeweilige *director* gerade in der Absicht handelt die Begehung der Tat zu fördern.

#### **5.3.2.2 Indirekte Haftung nach den allgemeinen gesetzlichen Ausführungsbestimmungen**

Zahlreiche kanadische Normen legen den *directors* einer *corporation* eine indirekte persönliche Haftung dafür auf, dass sie ihre gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Verpflichtungen nicht eingehalten haben.

Diese mittelbare Haftung der *directors* macht die Organe für ein Fehlverhalten der Gesellschaft verantwortlich. Wenn also beispielsweise eine Gesellschaft ihre Steuerabgaben nach den einkommenssteuerlichen Vorschriften nicht bezahlt, können ihre Organe verurteilt werden und müssen die entsprechenden Zahlungen persönlich leisten. *Directors* werden deshalb oftmals für die Teilnahme an einer Tat angeklagt, entweder als Auftraggeber oder als Partei, ungeachtet dessen, ob die Gesellschaft selbst auch haftungsrechtlich verfolgt wird. Es handelt sich hierbei um *mens rea*-Delikte, bei denen es

---

<sup>532</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 303.

<sup>533</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 303f.

erforderlich ist, dass kein vernünftiger Grund zum Zweifeln besteht, dass der *director* die Tat begangen hat oder daran teilnehmen wollte.<sup>534</sup>

Als wichtigste Beispiele seien genannt: Die Nichtzahlung der Löhne, eine Aktienaussgabe in unzureichendem Wert oder die Genehmigung von Dividendenauszahlungen oder anderer Transaktionen, obwohl begründete Bedenken bestehen, dass wichtige finanzielle Vorgaben nicht erreicht werden.

Die *directors' duties* iSd vorher beschriebenen Leitungspflicht, der Pflicht zur Einhaltung der *fiduciary duty* und *duty of care* sind in Zusammenhang mit der zivilrechtlichen persönlichen Haftung der *directors* kanadischer *corporations* von entscheidender Bedeutung. Eine genaue Kenntnis sowie die Einhaltung dieser Pflichten im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums wird auch immer wichtiger, um das Haftungsrisiko zu minimieren. Entsprechend dem Rechtssystem des *common law* haben sich die kanadischen Gerichte daher stets mit den konkreten Umständen des Einzelfalls auseinanderzusetzen und zu entscheiden, ob eine Pflichtverletzung vorliegt und ob es zu einer Haftung kommt. Zu bemerken ist weiters, dass in Kanada neben der zivilrechtlichen Inanspruchnahme auch die strafrechtliche Verfolgung der *directors* immer wichtiger wird.

### 5.3.2.3 Anspruchsgrundlagen und Rechtsbehelfe

Ähnlich wie in Österreich, so sehen auch die Normen des *CBCA* ausdrückliche Haftungstatbestände vor, nach denen *directors* für Pflichtverletzungen haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Als zentrale Anspruchsgrundlagen kommen hierbei § 118 Abs 1 und Abs 2 des *CBCA*, § 119 des *CBCA* und § 131 des *CBCA* sowie die Rechtsbehelfe des § 239 und § 241 des *CBCA* in Betracht.

Nach § 118 Abs 1 des *CBCA*<sup>535</sup> haften *directors*, die einem Beschluss zugestimmt haben, durch welchen eine Aktienaussgabe nach § 25 des *CBCA* für eine nicht in Geld bestehende Gegenleistung angeordnet wurde, der *corporation* gegenüber **gesamtschuldnerisch** bzw solidarisch für den Betrag, um den die erhaltene Gegenleistung geringer war, als der tatsächlich in Geld bestehende Gegenwert, den das Unternehmen erhalten hätte, sofern Anteil zum Zeitpunkt der Beschlussfassung gegen Geld ausgegeben worden wären. Weiters sieht § 118 Abs 2 des *CBCA* vor, dass *directors* der Gesellschaft gegenüber für

---

<sup>534</sup> Vgl. *Richardson in Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 5f.

<sup>535</sup> Vgl. § 118 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>

die folgenden ausgezahlten Beträge gesamtschuldnerisch bzw solidarisch haften, sofern diese ausgezahlt wurden, obwohl diese von der Gesellschaft nicht abgedeckt werden können bzw die Gesellschaft nicht über die ausreichenden finanziellen Mittel verfügt. Die *directors* sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie **entgegen den Bestimmungen des CBCA:**

- (a) **Aktien** wider den Voraussetzungen des § 34, § 35 oder § 36 **gekauft, zurückgenommen** oder andersartig erworben haben;
- (b) eine **Vergütung entgegen § 41** gewährt haben;
- (c) **Dividendenauszahlungen wider der Bestimmung des § 42** vorgenommen haben;
- (d) **Entschädigungszahlungen im Widerspruch zu § 124** geleistet haben; oder
- (e) **Zahlungen an einen Gesellschafter entgegen den Bestimmungen** des § 190 oder des § 241 vorgenommen haben.

§ 118 Abs 3 des *CBCA* sieht in diesem Zusammenhang vor, dass ein *director*, welcher wegen einer der genannten Handlungen verurteilt wurde, berechtigt ist **Regress** von den anderen *directors* zu verlangen, die der unerlaubten Handlung zugestimmt haben. Eine Besonderheit des kanadischen Rechts stellt § 118 Abs 4 des *CBCA* da. Demnach ist ein nach § 118 Abs 2 des *CBCA* haftender *director* berechtigt, ein Gericht anzurufen, welches dem Aktionär oder einem sonstigen Leistungsempfänger zwingend anordnen kann, das Geld bzw die sonstigen Vermögenswerte, die entgegen den Bestimmungen des § 34, § 35, § 36, § 41, § 42, § 124, § 190 oder § 241 ausgezahlt bzw ausgegeben wurden, zurückzuzahlen. § 118 Abs 6 des *CBCA* sieht weiters vor, dass es zu **keiner Haftung** eines *directors* nach Abs 1 kommt, sofern dieser nachweist, dass er nicht wusste und auch vernünftigerweise nicht wissen hätte können, dass Aktien für einen nicht angemessenen monetären Gegenwert ausgegeben wurden. Weiters ist festzuhalten, dass Ansprüche nach diesen Bestimmungen in **zwei Jahren verjähren**.

Als zweite Haftungsnorm in diesem Kontext sieht § 119 des *CBCA*<sup>536</sup> eine Haftung der *directors* für die **Löhne der Angestellten** vor. Leitende Entscheidung dazu ist das Urteil des *Supreme Court of Canada, Barrette v. Crabtree Estate*, aus dem Jahre 1993.<sup>537</sup>

§ 119 Abs 1 des *CBCA* ordnet in diesem Kontext an, dass *directors* den Mitarbeiter ihrer *corporation* gegenüber **gesamtschuldnerisch** bzw solidarisch für sechs Monate nicht

---

<sup>536</sup> Vgl. § 119 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>

<sup>537</sup> (1993), 101 D.L.R. (4th) 66 at 78 (S.C.C.) (*Barette*).

übersteigende Lohnzahlungen haften. Dies stets in Bezug auf die entsprechenden Dienstleitungen, welche die Angestellten für das Unternehmen erbracht haben. Abs 2 sieht hierzu jedoch einige Ausnahmen vor, nach denen es zu keiner Haftung der *directors* kommt. Anzuführen ist hier der Fall, dass die Gesellschaft selbst auf diesen Betrag innerhalb von sechs Monaten, nachdem der Anspruch fällig geworden ist, geklagt wurde, der ausständige Betrag jedoch nicht bzw nicht vollständig exekutiert werden konnte. Auch hier sieht Abs 6 vor, dass ein in Anspruch genommener *director* von den übrigen, mithaftenden *directors* **Regress** verlangen kann.

Während § 118 und § 119 des *CBCA* somit die Voraussetzungen festlegen, nach denen es zu einer Haftung der *directors* kommt, sieht das kanadische Gesellschaftsrecht – ähnlich wie auch das österreichische Gesellschaftsrecht – Möglichkeiten vor, sich von der **Haftung „freizubeweisen“**. In diesem Zusammenhang sei § 123 des *CBCA* genannt.

Um eine Haftung nach § 118 bzw nach § 119 des *CBCA* zu vermeiden, sieht § 123 Abs 4 und 5 des *CBCA*<sup>538</sup> demnach vor, dass *directors* die Möglichkeit haben nachzuweisen, dass sie sich entsprechend ihren Pflichten nach § 122 Abs 2 des *CBCA* verhalten haben und zudem sorgsam, sowie mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten gehandelt haben, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde. Ausgeführt wird dazu, dass es weiters zu keiner Haftung kommt, sofern ein *director* in **gutem Glauben** auf:

- (a) den Jahresabschluss der Gesellschaft, welcher ihm seitens eines *officers* oder in Form eines schriftlichen Berichts des Abschlussprüfers dargelegt wurde, oder
- (b) den Bericht einer Person, deren Beruf eine gewisse Glaubwürdigkeit mit sich bringt, gehandelt hat.

§ 123 Abs 5 des *CBCA* ordnet dazu an, nach dem es zu keiner Haftung kommt, sofern ein *director* entsprechend seinen Verpflichtungen nach § 122 Abs 1 des *CBCA* und in gutem Glauben auf:

- (a) den Jahresabschluss der Gesellschaft, welcher ihm seitens eines *officers* oder in Form eines schriftlichen Berichts des Abschlussprüfers dargelegt wurde, oder
- (b) den Bericht einer Person, deren Beruf eine gewisse Glaubwürdigkeit mit sich bringt, gehandelt hat.

---

<sup>538</sup> Vgl. § 123 Abs 4 und 5 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>.

Als weitere haftungsrechtliche relevante Bestimmung befasst sich § 131 des *CBCA* mit dem Verbot des Insiderhandels (*insider trading*). In Anlehnung an die Entscheidung des *Supreme Court of Canada* aus dem Jahre 1982, *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*<sup>539</sup>, wird *Insider Trading* dadurch definiert, dass eine Person unter Ausnützung ihrer Stellung bzw ihrer Kenntnisse in und über Unternehmen Insiderhandel betreibt, indem sie eine Wertpapierorder erteilt oder auslöst, sowie die entsprechenden vertraulichen Informationen (Insiderinformationen) ausnützt, welche weder den *shareholdern* noch der Öffentlichkeit allgemein bekannt sind.<sup>540</sup>

Festzuhalten ist dazu, dass nach den Bestimmungen des *CBCA*, ähnlich wie nach den meisten provinziellen Gesetzesregelungen, nur die Vornahme von „*improper*“ *insider trading* verboten ist, dh Insiderhandel, welcher unter Ausnützung vertraulicher und für das Unternehmen wesentlicher Informationen betrieben wird. Als „*insider*“ wird in diesem Zusammenhang sowohl ein *director* als auch *officer* einer *corporation* oder einer Zweigniederlassung, sowie ein Person, welche mehr als 10% der Aktien an dieser Gesellschaft besitzt bzw welche die Kontrolle über mehr als 10% der Stimmenrechte an den Aktien dieser Gesellschaft ausübt, angesehen.<sup>541</sup>

Unterschieden wird in diesem Zusammenhang zwischen *distributing corporations* iSv kapitalmarkoffenen Gesellschaften und *non-distributing corporations* iSv kapitalmarkfernen Gesellschaften. *Insider* von *distributing corporations* sind demnach verpflichtet innerhalb von 10 Tagen nach dem Ende des Monats, in dem die Person *insider* des betreffenden Unternehmens geworden ist, einen Bericht (*insider report*) darüber zu erstatten, in dem das Interesse an dem Kauf oder Verkauf der Wertpapiere, sowie einer damit einhergehenden Transaktionen bekanntgegeben wird. Weitere Insiderberichte sind innerhalb von 10 Tagen nach dem Ende des Monats, in dem eine Änderung in den Interessen der Person des *insiders* eingetreten ist, bekanntzugeben. Sofern diese Berichtspflichten nicht eingehalten werden sehen die Bestimmungen des *CBCA* Geldstrafe bis zu CAD 5.000 bzw Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder auch eine Kombination beider Sanktionsarten vor<sup>542</sup>.

§ 131 Abs 4 und Abs 5 des *CBCA* sehen zusätzlich dazu vor, dass sowohl *insider* einer

---

<sup>539</sup> Vgl. (1982) 2 S.C.R. 161 at 164.

<sup>540</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 27.

<sup>541</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 28.

<sup>542</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 28f.

*distributing corporation* als auch einer *non-distributing corporation* zivilrechtlich, einerseits den Gesellschaftern sowie dritten Personen, die einen direkten Schaden erlitten haben, als auch der Gesellschaft gegenüber haftungsrechtlich verantwortlich sind.

§ 131 Abs 5 des *CBCA* sieht dazu vor, dass ein *insider* der Gesellschaft gegenüber für jeden Nutzen bzw Vorteil, welchen er aus der Transaktion gezogen hat haftbar ist. Zusätzlich sieht § 131 Abs 4 des *CBCA* aber auch vor, dass der *insider* auch einer dritten Person, welche einen direkten Schaden aus dem Kauf bzw Verkauf der Wertpapiere bzw der Transaktion erlitten hat haftbar ist, sofern der *insider* unter Ausnützung wesentlicher, vertraulicher und öffentlich nicht bekannter Informationen, gehandelt hat, die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen.<sup>543</sup> Anzumerken ist hierzu jedoch, dass § 131 des *CBCA* als *strict liability offence* zu qualifizieren ist, wonach der *insider* sich dadurch verteidigen kann, in dem er gemäß § 131 Abs 4 lit a des *CBCA* nachweist, dass er vernünftiger Weise annehmen durfte, dass die entsprechenden Informationen allgemein bekannt waren bzw nach § 131 Abs 4 lit b des *CBCA* beweist, dass dem Käufer bzw Verkäufer der Wertpapiere die gegenständlichen Informationen bekannt waren bzw vernünftiger Weise bekannt hätten sein müssen.<sup>544</sup>

Wie anhand der genannten Anspruchsgrundlagen deutlich wird, sind *directors* einer kanadischen *corporation* stets verpflichtet im besten Interesse ihrer Gesellschaft zu handeln. Grundgedanke aus historischer Sicht ist dazu, dass *directors* nur gegenüber ihrer Gesellschaft verpflichtet sind, nur ihr gegenüber wird demnach die Einhaltung der *fiduciary duties* geschuldet. Bedingt vor allem durch Reformbestrebungen und gesellschaftsrechtliche Skandale in den USA und Kanada, bestand jedoch bald die Tendenz den Adressatenkreis der Anspruchsberechtigten zu erweitern.<sup>545</sup>

Zusätzlich zu der Möglichkeit, dass die Gesellschaft selbst gegen ihre *directors* vorgeht, welche ihre *fiduciary duty* bzw *duty of care* verletzt haben bzw entgegen den Bestimmungen des § 122 des *CBCA* gehandelt haben, bestehen nach kanadischem Recht auch ausdrücklich festgeschriebene **Rechtsbehelfe** (*remedies*) für dritte Personen, wie zB für Gesellschafter (*shareholder*), Angestellte (*employees*), Gläubiger (*creditors*) oder auch für andere Anspruchsberechtigte (*other stakeholders*).

---

<sup>543</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 29.

<sup>544</sup> Vgl. *Gerhart* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 169.

<sup>545</sup> Vgl. *Donley/Kent*, *Directors and Officers Liability* 1.

Festgestellt werden kann somit, dass die Haftungsbestimmungen in Kanada und Österreich in ihren Grundzügen ähnlich sind, die nach kanadischem Gesellschaftsrecht gegen *directors* zur Verfügung stehenden Rechtbehelfen jedoch **vielfältiger** sind als in Österreich. Zu nennen sind hier beispielsweise die ***oppression remedy*** gemäß § 241 des *CBCA*, nach der Dritte gegen den *board of directors* vorgehen können, sofern dieser in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairen Weise gehandelt hat.<sup>546</sup> Als weiterer Rechtsbehelfe ist die ***derivative action bzw derivative suit*** von zentraler Bedeutung, nach dem Dritte, wie beispielsweise *shareholder*, einen direkten und über den Schaden der Gesellschaft hinausgehenden Schaden einklagen können.<sup>547</sup> Eine Besonderheit des angloamerikanischen Rechtskreises ist dabei die genannte ***shareholder derivative suit***. Es handelt sich um eine Art Prozessstandschaft, bei der *shareholder* Schadensersatzansprüche im Namen der Gesellschaft geltend machen. Prozessualer Ablauf ist dazu, dass der *shareholder* das Leitungsorgan der Gesellschaft auf Leistung an die Gesellschaft aus einem Recht der Gesellschaft klagt. Dabei ist als Voraussetzung vorgesehen, dass die Gesellschaft bzw das zuständige Organ aus unterschiedlichen Gründen den Anspruch nicht von sich aus einklagt.<sup>548</sup> Mit dieser Klagemöglichkeit wird vor allem dem Umstand Rechnung getragen, dass der Aufsichtsrat den Vorstand seiner eigenen Gesellschaft idR höchst selten klagt. Um jedoch vorab eine rechtsmissbräuchlichen Verwendung zu unterbinden, wurde in Kanada die ***contemporaneous ownership rule*** bzw *continuing ownership rule* entwickelt. Diese sieht vor, dass *shareholder* ihre Aktien während des gesamten Verfahrens weiter behalten müssen und auch alle sonstigen Rechtsmöglichkeiten (zB Aufforderung an den *board of directors* zur Klageerhebung) ausgeschöpft wurden.<sup>549</sup>

Als weitere Klagemöglichkeit sieht das angloamerikanische Rechtssystem noch die sogenannte ***direct action*** vor, bei welcher der jeweilige geschädigte Aktionäre, der einen unmittelbaren Schaden erlitten hat, selbst klagen kann. Abschließend sei noch die sogenannte ***class action*** erwähnt, bei der eine Person bzw eine Personengruppe für eine größere Gruppe gemeinschaftliche Interessen einklagen kann. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Personen ein gleichartiges Recht bzw ein Recht aus einem gleichartigen

---

<sup>546</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 75f.

<sup>547</sup> Vgl. hierzu § 239 des *CBCA* und § 241 des *CBCA*, sowie deren ausführliche Darstellung in Kapitel 5.3.2.3.1 und 5.3.2.3.2.

<sup>548</sup> Vgl. *Möhrle*, *Gesellschaftsrechtliche Probleme der D&O-Versicherung* (2007) 3f; *Merkt/Göthel*, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*<sup>2</sup> (2006) 506.

<sup>549</sup> Vgl. *Merkt/Göthel*, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*<sup>2</sup> 506f.

Sachverhalt einklagen oder dieses gegen sie eingeklagt wird.<sup>550</sup> Ein daraus resultierendes Urteil ist stets für die gesamte *class* bindend, dh für alle, die von ihrem grundsätzlich bestehenden *opting-out*-Recht keinen Gebrauch gemacht haben. Sie können somit dieselbe Klage nicht nochmals erheben (*res judicata*-Wirkung).

Gnerell kann festgehalten werden, dass die Vorstandspflichten iSd vorher beschriebenen Leitungspflicht, sowie der Pflicht zur Einhaltung der *fiduciary duty* und der *duty of care* in Zusammenhang mit der zivilrechtlichen persönlichen Haftung des *directors* einer kanadischen *corporation* von entscheidender Bedeutung sind. Die genaue Kenntnis sowie die Einhaltung dieser Pflichten im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums werden dabei auch immer wichtiger, um das Haftungsrisiko zu minimieren. Entsprechend dem Rechtssystem des *common law* haben sich die kanadischen Gerichte daher stets mit den konkreten Umständen des Einzelfalls auseinanderzusetzen und zu entscheiden ob eine Pflichtverletzung vorliegt und es somit zu einer Haftung kommt.

Ein großer Unterschied des angloamerikanischen Schadensersatzrechts zum kontinentaleuropäischen Schadensersatzrecht ist dabei der dem **Haftungsrecht immanente Grundgedanke**. Während das **österreichische Recht** den Gedanken der **Prävention** und des **Schadensausgleiches** in den Vordergrund stellt, fügt das **kanadische Haftungsrecht** diesen beiden Komponenten noch **Maßnahmen mit Strafcharakter** hinzu. In Kanada können demnach auch sogenannte *punitive damages*, dh Schadensersatzzahlungen mit Strafcharakter verhängt werden.<sup>551</sup>

Für das Haftungsrecht im Allgemeinen ist dazu festzuhalten, dass das Haftungsrisiko variiert, je nachdem ob eine *public corporation* iSe „kapitalmarktoffenen Gesellschaft“ oder eine *private corporation* iSe „kapitalmarktfernen Gesellschaft“ vorliegt und je nachdem, ob es sich um einen „*inside director*“, dh um einen *director*, welcher gleichzeitig Angestellter oder *stakeholder* der Gesellschaft und zumeist auch gleichzeitig in der Funktion des *chief executive officers* tätig ist oder um einen „*outside director*“ handelt, dh um eine Person, die in ihrer Funktion als *director* in mehr als einem *board* tätig ist, die unabhängig agiert und typischerweise auf Informationen, welcher von „*inside directors*“

---

<sup>550</sup> Vgl. Hay in Assmann/Bungert, Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts (2001) 559f.

<sup>551</sup> Vgl. Möhrle, D&O-Versicherung 4.

bereitgestellt werden, Bezug nimmt sowie bei seiner Entscheidungsfindung darauf aufbaut.<sup>552</sup>

Vor diesem Hintergrund gilt es sogleich die beiden wichtigsten kanadischen Rechtsbehelfe (i) die (*shareholder*) *derivative suit* und (ii) die *oppression remedy* näher darzustellen, sowie deren mögliche Bedeutung für Österreich als auch die Sinnhaftigkeit der Verankerung eines derartigen Rechtsbehelfes im österreichischen Recht im Wege rechtsvergleichender Analyse zu erörtern.

#### 5.3.2.3.1 Derivative suit gemäß § 239 des CBCA

Der kanadische Rechtsbehelf der *derivative action* bzw *derivative suit* ermöglicht es *shareholdern* und anderen Anspruchsberechtigten, welche einen direkten und über den Schaden der Gesellschaft hinausgehenden Schaden erlitten haben, unter bestimmten Umständen ein Recht der Gesellschaft gegenüber den *directors* im Namen der Gesellschaft einzuklagen. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme von dem rechtlichen Grundsatz, dass primär die Gesellschaft, welche als Rechtsträger unabhängig von ihren Gesellschaftern existiert, zur Geltendmachung eines etwaigen erlittenen Schadens klageberechtigt ist.<sup>553</sup> Dies resultiert vor allem daraus, dass aus historischer Sicht auch in Kanada Gesellschaften eher zurückhalten agierten, Klagen gegen ihre eigenen *directors* auf Grund von Pflichtverletzungen einzubringen. Dies bedingt vor allem dadurch, dass im Falle eines Prozesses auch die (schlechte) Unternehmensführung bzw -überwachung sowie eine etwaige Misswirtschaft der gesamten *corporation* geprüft würde. Vor diesem Hintergrund wurde in Kanada unter anderem der Rechtsbehelf der *derivative action* eingeführt, welcher dieses Defizit ausgleichen soll.<sup>554</sup> Ziel ist es einen Mechanismus bereitzustellen, der es den *shareholdern* sowie anderen Anspruchsberechtigten ermöglichen soll sicherzustellen, dass der *board of directors* in Entsprechung seiner Pflichten handelt, sowie die Interessen der Gesellschaft vor internem Fehlverhalten und Rechtsverletzungen schützen.<sup>555</sup>

---

<sup>552</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>553</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 70.

<sup>554</sup> Vgl. § 239 des *CBCA*.

<sup>555</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 71.

Der **Rechtsbehelf der *derivative action*** ist streng von einer direkten Klage der Gesellschafter gegen die *corporation* iSe *personal action*,<sup>556</sup> als auch von der *oppression remedy* zu unterscheiden. Nichtsdestotrotz können diese Klagen parallel eingebracht werden.<sup>557</sup>

Festzuhalten ist dazu, dass es im Falle der **Geltendmachung** einer *derivative action* stets der Zustimmung des Gerichtes bedarf, sowie allenfalls auch eine weitere gerichtliche Überwachung angeordnet werden kann. Eine Zustimmung seitens des Gerichtes wird erteilt, sofern es davon überzeugt ist, dass (i) der Klageberechtigte in gutem Glauben und auf vernünftiger Grundlage handelt (*reasonable basis*) und (ii) die eingebrachte Klage im besten Interesse der Gesellschaft gelegen ist.<sup>558</sup> Als weitere Voraussetzung sieht § 239 des *CBCA* vor, dass die Geltendmachung der beabsichtigten Klage dem *board of directors* 14 Tage vor Klageeinbringung bekanntzugeben ist.<sup>559</sup>

Als **Klageberechtigte** nach dem *CBCA* kommen gegenwärtige oder frühere Wertpapierinhaber, gegenwärtige oder frühere *directors* und *officers*, als auch jede andere Person in Betracht, welche von dem Gericht als dazu geeignete Person (*proper person*) angesehen wird. Das Gericht kann demnach ein derartiges Klagerecht zusprechen. Die entsprechende Qualifikation erfolgt dabei durch eine Ermessensentscheidung des Gerichtes.<sup>560</sup>

In Ergänzung des § 239 des *CBCA* sieht § 240 des *CBCA* vor, dass das jeweilige zuständige Gericht bestimmte Anordnungen treffen bzw bestimmte Erlässe fällen kann, welche nach der Lage des Falls angemessen erscheinen. Hierunter fallen beispielsweise Anordnungen in Bezug auf den Prozessablauf oder auch ein Erlass, mit welchem dem Angeklagten aufgetragen wird jenen Betrag, den er nach der *derivative action* an sich gegenüber der Gesellschaft bzw einer Tochtergesellschaft schuldet, ganz oder in Teilen, direkt an einen gegenwärtigen oder früheren Wertpapierinhaber zu zahlen.

---

<sup>556</sup> Beispiele für *personal actions* sind Klagen eines einzelnen *shareholders* bzw einer Gruppe von Gesellschaftern im Zusammenhang mit der Verletzung von Stimmrechten, sowie Klagen wegen nicht bzw nicht rechtzeitig erfolgter Auskunftserteilung und Informationsübermittlung. Im Gegensatz dazu sind *derivative action* als Klagen zwischen der Gesellschaft und Dritten (der Gesamtheit der Gesellschafter) anzusehen, welche darauf ausgerichtet sind einen Vorteil zu erlangen bzw zurückzuerlangen, welcher der Gesellschaft gebührt.

<sup>557</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 71.

<sup>558</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 73.

<sup>559</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 73.

<sup>560</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 72.

Abschließend ist festzustellen, dass der Rechtsbehelf der *derivative action* in Kanada eine eher untergeordnete Rolle spielt. Dies resultiert vor allem daraus, dass diese Klagemöglichkeit auf einem Fehlverhalten des Managements der Gesellschaft aufbaut und auf Grund der Komplexität des Rechtsbehelfs, durch die starke Einbeziehung des Gerichts, in der Praxis eher schwierig geltend zu machen ist.<sup>561</sup>

In gewisser Weise abgelöst wurde dieser Rechtsbehelf durch die in Kanada bedeutsame *oppression remedy* gemäß § 241 des *CBCA*, welche in weiterer Folge näher dargestellt wird.

### 5.3.2.3.2 Oppression remedy gemäß § 241 des CBCA

Gemäß § 241 des *CBCA* können *shareholder* sowie andere Anspruchsberechtigte gegen den *board of directors* vorgehen, sofern dieser in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt hat.

Einleitend ist hierzu festzuhalten, dass der **Rechtsbehelf der *oppression remedy*** in Kanada von zentraler Bedeutung ist. Vor dessen gesetzlicher Verankerung waren kanadische Gericht oftmals sehr zurückhaltend gesellschaftsrechtliche Entscheidungen des *boards*, sowie das Verhalten der *directors* und *officers* zu überprüfen. Mit der Einführung der *oppression remedy* war es erstmals möglich, dass auch Dritte, wie zB *shareholder* oder andere Anspruchsberechtigte gegen den *board* vorgehen konnten, womit auch zu einer fairen und gerechteren Entscheidungsfindung beigetragen werden sollte. Die Einführung der *oppression remedy* hat demnach in Kanada einen Paradigmenwechsel eingeleitet, dessen gesellschaftsrechtliche Bedeutung bis heute unbestritten ist.<sup>562</sup>

Der Rechtsbehelf der *oppression remedy* wird in Kanada häufig in Anspruch genommen, wobei die *oppression remedy* in ihrem Anwendungsbereich den Rechtsbehelf der *derivative action* nahezu vollständig verdrängt. Ursprünglich dazu vorgesehen, die Interessen der Minderheitsgesellschafter ausreichend und angemessen zu berücksichtigen, wird die *oppression remedy* umfassend eingesetzt, um sicherzustellen, dass sowohl die Interessen der Minderheitsgesellschafter als auch der Mehrheitsgesellschafter ausreichend und angemessen geschützt werden.<sup>563</sup>

---

<sup>561</sup> Vgl. Cowper-Smith in Richardson (Hrsg.), Duties and Liabilities in Canada 75.

<sup>562</sup> Vgl. Cowper-Smith in Richardson (Hrsg.), Duties and Liabilities in Canada 70.

<sup>563</sup> Vgl. Cowper-Smith in Richardson (Hrsg.), Duties and Liabilities in Canada 76.

Ziel des § 241 des *CBCA* ist es sicherzustellen, dass die Interessen der *shareholder* sowie von anderen Anspruchsberechtigten bei gesellschaftlichen Handlungen und Entscheidungen des *board of directors* in fairer und angemessener Weise beachtet werden. Gemäß § 241 des *CBCA* können demnach die Anspruchsberechtigten gegen den *board of directors* vorgehen, sofern dieser in unterdrückender, benachteiligender gehandelt hat, sowie berechnigte Interessen der Anspruchsberechnigten in sonstiger unfaierer Weise missachtet wurde.<sup>564</sup>

Als **Anspruchsberechnigte** kommen hierbei, wie auch beide der *derivative action*, sowohl Minderheits- als auch Mehrheitsgesellschaftler, Gläubiger, andere gegenwärtige oder frühere Wertpapierinhaber, gegenwärtige oder frühere *directors* und *officers*, sowie jede andere Person in Betracht, welche von dem Gericht als dazu geeignete Person (*proper person*) angesehen wird. Auch hier kann das Gericht demnach ein derartiges Klagerecht zusprechen. Die entsprechende Qualifikation erfolgt wiederum durch eine Ermessensentscheidung des Gerichts.<sup>565</sup> Der *Supreme Court of Canada* hat in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass sowohl gesicherte als auch ungesicherte Gläubiger sowie Personen, die gegenüber der Gesellschaft eine auf Geld gerichtete (zB Vertragspartner) oder auch eine geldlose Forderung halten, aber auch Gesellschaftler der Muttergesellschaft als derartige qualifizierte Personen angesehen werden können und demnach über ein Klagerecht verfügen. Anzumerken ist dazu, dass zwar grundsätzlich der Minderheitsgesellschaftler, dessen Interessen durch den im Interesse der Mehrheitsgesellschaftler agierenden *directors* nicht bzw nicht in angemessener und fairer Weise berücksichtigt wurden, den typischen Kläger im Bereich der *oppression remedy* darstellt, dieser Umstand aber nichtsdestotrotz darüber hinwegtäuschen darf, dass die Bestimmungen des *CBCA* ausdrücklich vorsehen, dass auch jede andere Dritte Person, welche in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfaierer Weise behandelt wurde, von dem Gericht als dazu geeignete Person (*proper person*) angesehen werden kann und demnach ein Klagerecht zukommt.

Differenziert zu betrachten ist die Frage, wann feststehen soll, dass der *board of directors* in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfaierer Weise gehandelt hat. Die kanadischen Gerichte haben in diesem Zusammenhang festgestellt, dass jeder Fall seine eigene Sachverhaltslage hat. Was demnach in einem Fall als

---

<sup>564</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 75f.

<sup>565</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 77.

unfair, unterdrückend oder benachteiligend angesehen wird, ist es in einem anders gelagerten Fall nicht. Demnach kann gesagt werden, dass stets im Einzelfall zu beurteilen ist, ob ein Verhalten als unfair, benachteiligend oder unterdrückenden anzusehen ist.<sup>566</sup>

Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles haben sich zusätzlich gewisse Kriterien etabliert, welche ausschlaggebend dafür sind, ob ein Verhalten als unfair, unterdrückend oder benachteiligend anzusehen ist. Als unterdrückend, benachteiligend, sowie in sonstiger unfairen Weise berechnete Interessen der Anspruchsberechtigten missachtend, wird demnach jenes Verhalten angesehen, welches eines der folgenden Kriterien erfüllt:<sup>567</sup>

- Fehlen eines gültigen Geschäftszwecks
- Fehlen der Marktüblichkeit einer Transaktion, Kontrollmaßstab ist ein Fremdvergleich (*non-arms's length transaction with a stranger*)
- *Directors* oder *officers* handeln nicht in gutem Glauben
- Fehlerhaftes Management bzw ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern, zum Nachteil der Minderheitsgesellschafter
- Nicht bzw nicht rechtzeitige Bekanntgabe wesentlicher Informationen an Minderheitsgesellschafter

Ähnlich wie § 240 des *CBCA* in Zusammenhang mit der *derivative action*, sieht auch § 241 Abs 3 des *CBCA* vor, dass das zuständige Gericht bestimmte einstweilige oder endgültige Anordnungen treffen bzw Erlässe fällen kann, welche nach der Lage des Falls angemessen erscheinen. § 241 Abs 3 des *CBCA* sieht dazu eine Art „*shopping list*“, bestehend aus 14 verschiedenen möglichen Erlässen bzw Anordnungen vor. Hierunter fallen beispielsweise Erlässe mit denen die Ausgabe oder der Austausch von Wertpapieren aufgetragen wird, Erlässe mit denen der Gesellschaft der Kauf von Wertpapieren eines *shareholders* aufgetragen wird, Erlässe mit denen die Abänderung oder der Verzicht einer Transaktion oder eines Vertrages angeordnet wird, sowie die Anordnung zu Ausgleichszahlungen für benachteiligte bzw unfair behandelte Personen. Was hierbei als angemessen anzusehen ist, wird stets nach der Lage des Einzelfalles

---

<sup>566</sup> Vgl. [1983], 150 D.L.R. (3d) 718 at 727 (ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refd. 2 O.A.C. 158.

<sup>567</sup> Vgl. *Cowper-Smith in Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 78f.

beurteilt. So wurde beispielsweise in der Entscheidung *Loveridge Holdings Ltd. v. King-Pin Ltd.* ausgesprochen, dass das zuständige Gericht den Mehrheitsgesellschaftern einer *corporation*, welche aufgrund einer bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage ist ihre Zahlungsverpflichtung bei Fälligkeit zu begleichen und für die es gemäß § 248 Abs 6 des *CBCA* unzulässig wäre, die Wertpapiere des klagenden *shareholders* selbst zu kaufen, auftragen kann, die Wertpapiere des klagenden *shareholders* anstelle der Gesellschaft zu kaufen.<sup>568</sup>

Nichtsdestotrotz ist stets darauf zu achten, dass derartige Erlässe und gerichtliche Anordnungen die Geschäfte und Angelegenheiten der Gesellschaft so wenig wie möglich beeinträchtigen und nur in derartigem Ausmaß erfolgen dürfen, um dadurch das unterdrückende, benachteiligende oder in sonstiger Weise unfaire Verhalten auszugleichen bzw zu entschädigen.<sup>569</sup>

In diesem Zusammenhang gesehen, trägt die *oppression remedy* einerseits dazu bei, dass *directors* und *officers* im besten Interesse der Gesellschaft handeln und ihre Unternehmensentscheidungen einen angemessen und gültigen Geschäftszweck haben, sowie andererseits auch dazu, dass die sinnvollen und begründeten Erwartungen (*reasonable expectations*) andere Anspruchsberechtigter, wie zB von *shareholdern* bei ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt werden. Hiermit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass *directors* stets verpflichtet sind im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln, hierbei zwar nicht zur Einhaltung der *fiduciary duties* gegenüber einzelnen Gesellschaftern verpflichtet sind, wohl aber gegenüber der Gesamtheit der *shareholder*.<sup>570</sup> Festzuhalten ist dazu, dass keineswegs vorgesehen ist alle Interessen iSe „Wunschliste“ der Anspruchsberechtigten zu berücksichtigen, stattdessen jedoch jene Interessen, die vernünftiger und sinnvoller Weise in Bezug auf begründete Erwartungen angenommen werden können.<sup>571</sup>

*Directors* und *officers* einer *corporation* müssen sich demnach bewusst sein, dass selbst wenn sie sorgfältig und in gutem Glauben handeln, es zu einer Haftung kommen kann, sofern ihr Verhalten die berechtigten Interessen und Erwartungen der

---

<sup>568</sup> Vgl. *Loveridge Holdings Ltd. v. King-Pin Ltd.* (1991), 5 B.L.R. (2D) 195 (Ont. Gen. Div.).

<sup>569</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 83.

<sup>570</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 80.

<sup>571</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 80.

Anspruchsberechtigten einer *oppression remedy* in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise missachtet.

Unternehmerische Entscheidungen der *directors* und *officers* müssen demnach in doppeltem Sinne, einerseits im besten Interesse der Gesellschaft gelegen sein, sowie einen gültigen Geschäftszweck haben, andererseits aber auch sinnvolle und begründete Erwartungen (*reasonable expectations*) anderer Anspruchsberechtigter, wie zB von *shareholdern* bei ihrer Entscheidungsfindung in angemessener Weise berücksichtigen.<sup>572</sup>

Nach der Darstellung der beschriebenen Anspruchsgrundlagen sowie der kanadischen Rechtsbehelfe gilt es im Anschluss unter Punkt 5.6 aus rechtsvergleichender Sicht zu erörtern, welchen Vorteil bzw welchen Mehrwert die Einführung vergleichbarer Rechtsbehelfe in Österreich haben könnte, sowie deren Bedeutung anhand von Fallbeispielen aus der Praxis in Kapitel 7 zu erörtern.

#### **5.3.2.4 Beweislast**

Wie im österreichischen Recht, so kennt auch das kanadische Recht den Grundsatz der „Beweislast des Klägers“. Eine Person wird demnach solange als unschuldig angesehen, bis das Gegenteil als bewiesen gilt.<sup>573</sup> Welche Elemente einer Tat der Kläger jedoch genau nachzuweisen hat und welche Verteidigungsmöglichkeiten dem Beklagten dagegen zur Verfügung stehen, variiert innerhalb der verschiedenen Deliktskategorie, wie in den vorherigen Unterpunkten bereits ausgeführt wurde. Zu beachten ist auch, dass nach den Regeln der *BJR* stets der Kläger die Unvertretbarkeit iSd schuldhaften Handelns des Organs zu beweisen.<sup>574</sup>

#### **5.3.2.5 Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sowie der Haftungsvermeidung**

Die Möglichkeiten das Haftungsrisiko eines *directors* zu reduzieren bzw gänzlich zu vermeiden, bestimmen sich nach der Art des Delikts. Auch hier wird wieder zwischen **Befreiungs- und Ausschlussmöglichkeiten** auf Bundes- und Provinzebene unterschieden.

Grundsätzlich sieht § 122 Abs 3 des *CBCA* dabei vor, dass keine Bestimmung eines

---

<sup>572</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 80.

<sup>573</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 296.

<sup>574</sup> Vgl. *Torggler*, *ZfRV* 2002/9, 138; *Grass*, *Business Judgement Rule*, *Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, Bd. 186 (1998) 129 (148f und 183f).

Vertrages, keine Klausel und auch keine Norm in den Statuten bzw keine Resolution die *directors* einer *corporation* von ihrer Pflicht befreien, in Einklang mit den Bestimmungen des *CBCA* zu handeln. Weiters ist vorgesehen, dass derartige Bestimmungen die *directors* im Falle einer Pflichtverletzung auch nicht von einer Haftung befreien können.<sup>575</sup> Korrespondierend dazu kann sich ein *director* auch nicht von der persönlichen Haftung nach dem *CBCA* befreien, indem er angibt an dem *board meeting*, in welchem der Verstoß beschlossen wurde, gar nicht teilgenommen zu haben. Dies auch nicht mit dem Argument, dass er zwar teilgenommen, sich aber der Stimme enthalten hat. Vielmehr muss er seinen **Widerspruch ausdrücklich kundtun**, um eine Haftung zu vermeiden. Sollte ein *director* bei einem Meeting nicht anwesend sein, gilt seine Zustimmung als erteilt, sofern er nicht innerhalb von sieben Tagen ab Kenntnisnahme davon, seinen Widerspruch kundtut.<sup>576</sup> Weiters hat ein *director* die Möglichkeit, einen sogenannten „**registered dissens**“, dh einen angezeigten Widerspruch für ein ganzes Bündel von Taten, welches dem *board of directors* vorgeworfen wird, abzugeben. Es muss sich hierbei um ausdrücklich im *CBCA* angeführte Taten handeln. Hierzu zählen beispielsweise die Aktienausgabe zu nicht adäquaten geldwerten Gegenleistungen oder auch die Dividendenauszahlung an Aktionäre zu einem Zeitpunkt als die Gesellschaft bereits insolvent ist oder dies bereits vorhersehbar ist. Voraussetzung für die Haftungsbefreiung ist, dass der jeweilige *director* mit der Sorgfalt, der Gewissenhaftigkeit und den Fähigkeiten handelt, welche eine vernünftige und sorgsame Person in vergleichbaren Umständen an den Tag legen würde. Dies umfasst auch das Vertrauen sowie den guten Glauben auf den Jahresabschluss und die sonstigen Berichte der Gesellschaft.<sup>577</sup>

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass eine Berufung auf die Verteidigung nach **gutem Glauben** jedenfalls zur Verfügung steht, sofern es sich um einen mutmaßlichen Treuebruch oder um eine Verletzung der Sorgfaltspflicht durch einen *director* einer kanadischen *corporation* handelt. Um zu obsiegen muss der *director* einen der folgenden Punkte nachweisen:<sup>578</sup>

- Das Vertrauen auf den von einem *officer* der Gesellschaft vorgelegten Jahresabschluss oder auf den schriftlich vorgelegten Bericht einer

---

<sup>575</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 75.

<sup>576</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 75f.

<sup>577</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 75f.

<sup>578</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; oder

- Das Vertrauen auf den Bericht einer Person, deren Stellung innerhalb der Gesellschaft eine gewisse Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen indiziert.

Zusätzlich existiert nach dem *CBCA* bei bestimmten Delikten auch die Möglichkeit eine **Verteidigung iSe *due diligence*-Nachweises** durchzuführen. Beispiele dafür sind die zu niedrig bewertete Aktienausgabe, der missbräuchliche Erwerb oder Rückkauf von Aktien sowie die Verletzung der Verpflichtungen aus dem *CBCA*. Diese auf *due diligence* gestützte Verteidigung eines *directors* ist weiter angelegt, als das bloße Berufen auf guten Glauben. Der *director* kann in diesem Falle vorbringen, dass er auf Anzeige einer Person gehandelt hat, deren Stellung innerhalb der *corporation* eine gewisse Glaubwürdigkeit vermittelt und somit auch indiziert, dass er selbst mit *due diligence* gehandelt hat.<sup>579</sup>

Bei einigen Delikten kann weiters das Fehlen einer spezifischen Absicht als Verteidigungsmöglichkeit vorgebracht werden. Auf diese Variante können sich Vorstandsmitglieder berufen, die beschuldigt werden in eine unrechtmäßige Gewährung einer Begünstigung der Gesellschaft an einzelne Gläubiger, im Falle der Insolvenz der Gesellschaft, eingewilligt bzw diese genehmigt zu haben. Die Beurteilung erfolgt nach objektiven Kriterien.

Abschließend ist festzuhalten, dass die nach der provinziellen Gesetzgebung zustehenden Verteidigungsmöglichkeiten innerhalb der verschiedenen Provinzen variieren können. Konsequenterweise kann es demnach vorkommen, dass eine Verteidigungsvariante, welche einem *director* in einer Provinz zugute kommt, dem *director* einer anderen Provinz verwehrt bleibt.

#### 5.4 D&O-Versicherung

Bei der *Directors and Officers Liability Insurance* (kurz D&O-Versicherung)<sup>580</sup> handelt es sich um eine Art **freiwillige Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung**, welche Leitungs- und Aufsichtsorgane vor Haftungsrisiken in Ausübung ihrer Organtätigkeit schützen soll. In der gegenständlichen Arbeit betrifft der Versicherungsschutz daher Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer sowie *directors*, wobei nach den gängigen

---

<sup>579</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>580</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 1.

allgemeinen Versicherungsbedingungen leitende Angestellte und Aufsichtsratsmitglieder häufig mitversichert werden.<sup>581</sup>

Der Begriff der D&O-Versicherung stammt aus dem angloamerikanischen Haftungs- und Versicherungsrecht<sup>582</sup>, wurde von dort nach Europa „importiert“ und erfreut sich seit einigen Jahren auch in Österreich sowohl bei Großunternehmen als auch in mittelständischen Betrieben zunehmender Bedeutung und Beliebtheit. Die D&O-Versicherung umfasst sowohl die **Innenhaftung** des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft, als auch die **Außenhaftung**.<sup>583</sup>

Es handelt es sich dabei um eine Versicherung für fremde Rechnung – somit um eine sogenannte Fremdversicherung - welche von der Gesellschaft für ihre als versicherte Personen bezeichneten Organmitglieder abgeschlossen wird.<sup>584</sup> Vertragspartner des Versicherers und Prämienschuldner ist die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin<sup>585</sup>, Versicherter ist das jeweilige Organmitglied, wobei es im Regelfall üblich ist eine Gruppenversicherung für alle Organmitglieder sowie leitenden Angestellten einer Gesellschaft abzuschließen.<sup>586</sup> Dies gilt sowohl für gegenwärtigen, als auch für ehemalige und künftige Organmitglieder.<sup>587</sup>

Schlussendlich kommt der Versicherungsschutz in Innenhaftungsfällen aber nicht nur dem versicherten Organmitglied, welches vor einer persönlichen Inanspruchnahme geschützt wird zugute, sondern auch der Gesellschaft, da dadurch das Gesellschaftsvermögen vor Schäden durch fehlerhafte Managemententscheidungen geschützt ist. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer sogenannten „**Doppelschutzwirkung**“, da nicht nur das Privatvermögen des jeweiligen Organmitglieds, sondern auch das Firmenvermögen vor finanziellen Folgen durch Vermögensschäden geschützt wird.<sup>588</sup>

Ziel der D&O-Versicherung aus Sicht der Praxis ist es, als „*konstitutives Element zur Sicherung der unternehmerischen Handlungsfreiheit*“ zu dienen. Die versicherten Organe werden durch dieses Konzept vor oftmals existenzbedrohenden Schadensersatzzahlungen

---

<sup>581</sup> Vgl. Gruber/Wax, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig?, wbl 2010 Heft 4, (169) 169f; Schima in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 127.

<sup>582</sup> Vgl. Ramharter in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 4.

<sup>583</sup> Vgl. Ramharter in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 40.

<sup>584</sup> Vgl. Gruber/Wax, wbl 2010 Heft 4, 169f.

<sup>585</sup> Vgl. Ramharter in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 13.

<sup>586</sup> Vgl. Ramharter in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 9.

<sup>587</sup> Vgl. Gruber/Wax, wbl 2010 Heft 4, 169f.

<sup>588</sup> Vgl. Gisch in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 8/1.

bewahrt, wobei ihnen gleichzeitig die Angst vor dem Eingehen sinnvoller aber riskanter unternehmerischer Entscheidungen und der damit verbundenen Gefahr einer Haftung genommen wird.<sup>589</sup> Die D&O-Versicherung ergänzt somit den unternehmerischen Ermessensspielraum, da diese dort greift bzw ansetzt, wo das Organhandeln nicht mehr vom unternehmerischen Ermessensspielraum gedeckt ist und das Organ daher pflichtwidrig handelt. Gleichzeitig setzt der unternehmerische Ermessensspielraum aber auch die Grenzen der D&O-Versicherung fest, da im Falle einer vorsätzlichen und wissentlichen Pflichtverletzung sowie bei sittenwidriger Schädigung idR kein Versicherungsschutz besteht.<sup>590</sup>

Der Ursprung der D&O-Versicherung liegt im US-amerikanischen Rechtsraum, wo dieses Deckungskonzept erstmals nach dem großen Börsencrash der New York Stock Exchange (NYSE) im Jahre 1929 am Versicherungsmarkt angeboten wurde.<sup>591</sup> Bedingt durch den Börsencrash vom 25.10.1929 („schwarzer Freitag“) und die daraufhin einsetzende Verschärfung der gesetzlichen Haftungsbestimmungen erfreute sich die D&O-Versicherung in den USA von Anfang an großer Beliebtheit.

Heutzutage sind in den USA aber auch in Kanada fast 90% aller börsen und nicht börsennotierten Großunternehmen sowie Klein- und Mittelunternehmen (KMUs) im Rahmen einer D&O-Versicherung geschützt, sodass deren Abschluss auch in Zusammenhang mit der organschaftlichen Fürsorgepflicht als selbstverständlich angesehen werden kann.<sup>592</sup>

In Österreich setzte hingegen keine dem nordamerikanischen Rechtsraum entsprechende Entwicklung ein. Zwar stieg die Popularität der D&O-Versicherung in den letzten Jahren auch in Österreich stark an, jedoch handelt es sich, im Gegensatz zu Kanada und den USA, noch keinesfalls um eine sogenannte „Standardversicherung“. Auch das Prämienvolumen, welches derzeit ca € 10 Mio beträgt, liegt weit hinter kanadischen Verhältnissen zurück, wobei mit einem starken Anstieg auch hierzu Lande

---

<sup>589</sup> Vgl. OLG München 15.3.2005, 25 U 3940/04.

<sup>590</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 8/39f.

<sup>591</sup> Vgl. *Griehser*, *Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern - Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich*, RdW 2006/127, Heft 3, 133 (134); *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 8/2.

<sup>592</sup> Vgl. *Möhrle*, *D&O-Versicherung 4*; *Griehser*, RdW 2006/127, Heft 3, 135.

gerechnet wird.<sup>593</sup> Festzuhalten ist weiters, dass in Österreich auch im Vergleich zu Deutschland, wo erstmals im Jahre 1995 eine den heutigen Standards vergleichbare D&O-Versicherung angeboten wurde, im Bereich dieser Versicherung Aufholbedarf besteht. Als eine Arbeitsgruppe des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft 1997 die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Vermögens-Haftpflichtversicherungen von Vorständen, Geschäftsführern und Aufsichtsräten (AVB-AVG) entwarf, so waren damit Musterbedingungen für den Abschluss von D&O-Versicherungen am deutschen Markt geschaffen.<sup>594</sup> Im Gegensatz zu Österreich verfügen damit heutzutage fast 95% der „deutschen Top 100-Unternehmen“ über den Versicherungsschutz im Rahmen einer D&O-Versicherung, wobei das Prämienvolumen in Deutschland derzeit rund € 500 Mio beträgt.<sup>595</sup> In Österreich besteht somit diesbezüglich erheblicher Nachholbedarf.

Als Grund für die größere Bedeutung der D&O-Versicherung im angloamerikanischen Rechtskreis ist jedenfalls die besondere Haftungssituation anzuführen, welche für die dortigen Organe sehr streng ausfällt. Begünstigt werden dabei vor allem besondere Schadensersatzklagen gegen Organe wegen tatsächlicher und vermeintlicher Pflichtverletzungen, weshalb die erfolgte Entwicklung am angloamerikanischen Versicherungsmarkt auch leicht nachvollziehbar ist.<sup>596</sup>

In weiterer Folge werden die wichtigsten und für Österreich bedeutsamen versicherungsrechtlichen Aspekte sowie gesellschaftsrechtlichen Probleme der D&O-Versicherung näher dargestellt; eine tiefergreifende Analyse hat im Rahmen dieser Arbeit zu Unterbleiben, da dies den vorgegebenen Rahmen bei Weitem sprengen würde.

#### **5.4.1 Versicherungsrechtliche Grundlagen und gesellschaftsrechtliche Bedeutung der D&O-Versicherung in Österreich**

Aus versicherungsrechtlicher Sicht handelt es sich bei der D&O-Versicherung um eine sogenannte Fremdversicherung, dh um eine Versicherung für fremde Rechnung gemäß §§

---

<sup>593</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 8/4.

<sup>594</sup> Vgl. *Olbrich*, *Die D&O-Versicherung in Deutschland* (2003) 7.

<sup>595</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 8/3; v. *Westpahl*, *Ausgewählte neue Entwicklungen in der D&O-Versicherung*, *VersR* 2006, 17 (17).

<sup>596</sup> Vgl. *Griehser*, *RdW* 2006/127, Heft 3, 134.

74 ff VersVG.<sup>597</sup>

Zuständig für den Abschluss eines Versicherungsvertrages mit dem D&O-Versicherer ist nach hA der Vorstand bzw der Geschäftsführer, welcher den Versicherungsvertrag für die Gesellschaft als Vertragspartnerin des Versicherers abschließt. Weiters bedarf es dazu nach überwiegender Ansicht auch der Zustimmung des Aufsichtsrats.<sup>598</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich auch die in Deutschland bislang kontroversiell beantwortete Frage, ob die Zahlung der Versicherungsprämie seitens der Gesellschaft in Bezug auf die D&O-Versicherung als Teil des Entgeltes der Leitungsorgane anzusehen ist oder nicht. In Deutschland wurde dazu teilweise vertreten, dass die Bezahlung der Versicherungsprämie durch die Gesellschaft nicht als Teil des Entgeltes auszusehen sei; dies mit dem Argument, da die deutsche Finanzverwaltung den Entgeltcharakter und hiermit einhergehend auch die Lohnsteuerpflicht in Bezug auf die D&O-Versicherung mit der Begründung ablehnte, dass der Abschluss der D&O-Versicherung im überwiegenden Interesse der Gesellschaft liegen würde. Gegenwärtig wird von einem Teil der deutschen Lehre der Entgeltcharakter in Bezug auf die Bezahlung der Versicherungsprämie seitens der Gesellschaft jedoch bejaht.<sup>599</sup>

In Österreich wird dazu von der überwiegenden Mehrheit die Ansicht vertreten, dass die Zahlung der Versicherungsprämie in Bezug auf die D&O-Versicherung als Teil des Vorstandsentgeltes iSd § 78 Abs 1 AktG anzusehen ist, da die Leistung der Versicherungsprämie seitens der Gesellschaft als Gegenleistung für die Mandatsübernahme durch das jeweilige Organ verstanden werden kann.<sup>600</sup> Für die Annahme, dass es sich bei der Zahlung der Versicherungsprämie durch die Gesellschaft um einen Entgeltbestandteil handelt, spricht auch der Umstand, dass deren Abschluss eindeutige auch in den Interessen des versicherten Organmitglieds liegt, da das jeweilige Organmitglied bei Vorliegen ein derartigen Versicherung schlussendlich mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht aus schadensersatzrechtlicher Pflicht zur Verantwortung gezogen wird. Hieran mag auch der Umstand nichts ändern, dass in der Praxis regelmäßig sowohl ein wirtschaftliches Interesse der Gesellschaft als auch ein wirtschaftliches Eigeninteressen

---

<sup>597</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 127.

<sup>598</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 130.

<sup>599</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 128.

<sup>600</sup> Vgl. OGH 30.6.1999, 9 Ob A 68/99m; *Griehser*, RdW 2006/127, Heft 3, 136; *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, *ecolex* 2008, 143 (144);

des versicherten Organs am Abschluss der D&O-Versicherung besteht.<sup>601</sup>

Generell ist in Bezug auf die D&O-Versicherung festzuhalten, dass der Versicherungsvertrag zwischen der Gesellschaft und der Versicherung zustande kommt, da der Vorstand bzw der Geschäftsführer als Vertreter seiner Gesellschaft handelt.<sup>602</sup> Vertragspartner des Versicherers und daher auch Versicherungsnehmer ist somit die Gesellschaft und nicht das einzelne Organmitglied. Die durch die D&O-Versicherung versicherten Personen, dh die einzelnen Organmitglieder, werden jedoch grundsätzlich nicht persönlich genannt, sondern stattdessen als Kollektiv bezeichnet.<sup>603</sup> Der Versicherungsschutz umfasst alle gegenwärtigen und ehemaligen Organmitglieder, somit alle Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer, Aufsichtsräte, sowie oftmals auch leitende Angestellte. Der Schutzbereich der D&O-Versicherung bezieht sich dabei regelmäßig nur auf **reine Vermögensschäden**<sup>604</sup> der Gesellschaft oder Dritter, welche aus einer Pflichtverletzung des Organmitglieds in Ausübung seiner versicherten Tätigkeit resultieren. Personen- oder Sachschäden bzw daraus abgeleitete Vermögensschäden sind vom Versicherungsschutz grundsätzlich nicht umfasst.<sup>605</sup> Diese müssen regelmäßig durch eine eigene (Betriebs-) Haftpflichtversicherung abgedeckt werden.<sup>606</sup> In der Praxis wird der Versicherungsschutz oftmals darauf beschränkt, dass der Versicherungsschutz nur für die Inanspruchnahme der versicherten Person auf der Grundlage gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen gewährt wird. Hierunter fallen deliktische, quasideliktische und sonstige privatrechtliche Ansprüche, weshalb öffentlich-rechtliche Ansprüche, wie zB Sozialversicherungsbeiträge oder Steuervorschreibungen regelmäßig nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind.<sup>607</sup> Umfänglich ist die Leistung des Versicherers mit der Versicherungssumme beschränkt. Die Höhe der von der Versicherung ausgezahlten Summe im Versicherungsfall richtet sich dabei nach der Größe des Unternehmens und nach dessen wirtschaftlicher Lage, wobei die Versicherungssumme grundsätzlich nur einmal für alle Schadensfälle innerhalb der Versicherungsperiode ausgezahlt wird.<sup>608</sup>

---

<sup>601</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 130.

<sup>602</sup> Vgl. *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169.

<sup>603</sup> Vgl. *Möhrle*, D&O-Versicherung 12.

<sup>604</sup> Vgl. *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), Vorstandsrecht § 12 Rz 6.

<sup>605</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 42; *Gisch*, Die Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften für mangelhaften Versicherungsschutz (Teil II), VR 2009 H 11, 22 (22); *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 224.

<sup>606</sup> Vgl. *Möhrle*, D&O-Versicherung 11.

<sup>607</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 8/23f.

<sup>608</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 63.

Grundsätzlich bezieht sich die D&O-Versicherung sowohl auf Innen- als auch auf Außenhaftungsansprüche. Für den Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob sich der Versicherungsbereich tatsächlich auf Innen- und Außenhaftungsansprüche erstreckt oder nur auf einen der beiden.<sup>609</sup> In den Versicherungsbedingungen finden sich regelmäßig auch umfassende Haftungsausschlussklauseln, um schon vorweg die Gefahr eines Missbrauchs durch rechtswidrig gezieltes Zusammenwirken der Organe mit der Gesellschaft zu reduzieren.

Beachtenswert ist weiters die genaue Festlegung des zeitlichen bzw örtlichen Geltungsbereiches eines Versicherungsvertrages sowie die Berücksichtigung von Risikoausschlüssen. In Hinblick auf den zeitlichen Geltungsbereichs folgt die D&O-Versicherung dem **Claims-made-Prinzip**, auch **Anspruchserhebungsprinzip**<sup>610</sup> genannt, nach dem nur jene Schäden seitens des Versicherers ersetzt werden, bei denen das **schadensverursachende Ereignis** innerhalb des **Versicherungszeitraumes gesetzt** sowie der Anspruch während aufrechter Versicherungslaufzeit (schriftlich) **geltend gemacht** wurde.<sup>611</sup> In Bezug auf den örtlichen Geltungsbereich enthalten die Versicherungsbedingungen teilweise auch **Einschränkungen des Versicherungsschutzes** auf Österreich oder Europa, sofern ein Unternehmen nur in Österreich tätig ist und somit weder am europäischen noch am weltweiten Wirtschaftsgeschehen teilnimmt.<sup>612</sup> Regelmäßig ausgenommen sind demgegenüber auch Schadenersatzzahlungen in Bezug auf Rechtsfälle, welche Kanada, die USA oder andere *common law*-Länder involvieren, da viele Versicherer diese fremde Rechtsordnung mit einem hohen Anteil an nicht-kodifizierten Rechtsnormen und andererseits auch die dort bestehende Rechtskultur mit hoher Klagefreudigkeit und hohen Schadenersatzforderungen abschreckt.<sup>613</sup> Festzuhalten ist jedoch, dass in der Praxis die Versicherungsbedingungen stets an die individuellen Bedürfnisse und Vorstellungen des jeweiligen Versicherungsnehmers angepasst bzw darauf abgestimmt werden. Eine generelle Haftungsbefreiung iSe „*all-risk*-Absicherung“ der Organmitglieder durch den Abschluss einer D&O-Versicherung ist im Regelfall somit nicht möglich.

Dennoch ist das Problem des Risikoausschlusses bei einer D&O-Versicherung vor allem in

---

<sup>609</sup> Vgl. *Gisch*, VR 2009 H 11, 22.

<sup>610</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 53f und 71ff.

<sup>611</sup> Vgl. *Griehser*, RdW 2006/127, Heft 3, 136.

<sup>612</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 8/36.

<sup>613</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 8/36.

der Praxis von Bedeutung. Ein derartiger Ausschluss soll verhindern, dass die D&O-Versicherung zu einer Art „Super-Polizze“ wird, wodurch für den Versicherungsnehmer der Abschluss jeglicher anderen Versicherung überflüssig werden würde.<sup>614</sup> Hintergrund dazu ist, dass ein Organmitglied im Schadensfall die Verletzung seiner Sorgfaltspflichten aufgrund des Fehlens einer Versicherungen, welche auf das Risikopotential des Unternehmens Bezug nehmend sinnvoll oder notwendig gewesen wären, nicht durch den Abschluss einer D&O-Versicherung auf den D&O-Versicherer abwälzen können soll.

Allgemein üblich ist eine Begrenzung des Versicherungsschutzes durch eine Deckelung der Versicherungssumme bis zu einem gewissen Betrag ("Cap") sowie die Möglichkeit einen Selbstbehalt zu vereinbaren. Bei dem Selbstbehalt handelt sich um einen Betrag, den die versicherte Person, dh das jeweilige Organmitglied, im Falle der Leistungsbeanspruchung und des Versicherungsschutzes selbst zu tragen hat.<sup>615</sup> Für Deutschland besteht in Bezug auf Aktiengesellschaften hierzu eine im *Corporate Governance* Kodex ausgesprochene Empfehlung für einen angemessenen Selbstbehalt der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Seit 2009 findet sich hierzu auch eine gesetzlich Verankerung in § 93 Abs 2 S 3 dt. AktG nach dem die Leistung eines Selbsthalts im Falle einer D&O-Versicherungen zwingend vorgesehen ist. Die Höhe des Selbstbehalt wird dabei in der Höhe von 10 % der Schadenssumme festgesetzt, zumindest jedoch dem eineinhalbfachen Betrag des dem Organmitglied zustehenden festen Jahreseinkommens.<sup>616</sup> Für Österreich besteht zwar keine aktienrechtliche Verpflichtung zur Vereinbarung eines Selbsthaltes im Rahmen des Abschlusses einer D&O-Versicherung, dies wird jedoch aus Sicht der Praxis empfohlen.<sup>617</sup> Festzuhalten ist weiters, dass die Vereinbarungen über die Höhe des Selbsthalts oftmals stark variieren, wobei üblicherweise das System des sogenannten Abzugsfranchise zur Anwendung kommt, wonach eine bestimmter Prozentsatz der Schadenssumme (prozentueller Selbstbehalt) bzw ein bestimmter Fixbetrag von dem jeweiligen versicherten Organmitglied selbst zu entrichten ist.<sup>618</sup> Zweck des Selbsthalts ist es dabei, das versicherte Organmitglied zur Schadensverhütung anzuleiten sowie eine schadensfallpräventive Wirkung zu entfalten.

Zusätzlich gibt es noch die Möglichkeit **Haftungsausschlussklauseln** zu vereinbaren, die

---

<sup>614</sup> Vgl. *Gisch*, VR 2009 H 11, 23.

<sup>615</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 65.

<sup>616</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 131.

<sup>617</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 131.

<sup>618</sup> Vgl. *Gisch* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 8/38.

dazu dienen eine rechtsmissbräuchliche Verwendung der D&O-Versicherung durch gezieltes schädigendes Zusammenwirken zwischen dem Organ und der Gesellschaft zu verhindern. Obwohl ein derartiger Risikoausschluss im Rahmen einer D&O-Versicherung zwar grundsätzlich anerkannt wird, so gibt es doch vereinzelt auch heftige Kritik. Vorgebracht wird dazu vor allem, dass eine D&O-Versicherung ausschließlich reine Vermögensschäden und insbesondere keine Personen- oder Sachschäden umfasst, weshalb sie schon aus diesem Grund andere Versicherungen nicht vollständig ersetzen kann.<sup>619</sup>

Der Haftungsausschluss im Rahmen der D&O-Versicherung erfasst jedenfalls die vorsätzliche oder wissentliche Pflichtverletzung.<sup>620</sup> Demzufolge umfasst der Versicherungsschutz keinesfalls Haftpflichtansprüche aufgrund einer wissentlichen Abweichung von Gesetzesnormen, Vorschriften oder Beschlüssen sowie sonstige wissentliche Pflichtverletzungen. Erfasst ist somit auch das bewusste Abweichen von einer gesetzlich normierten Pflicht oder einer sonstigen Weisung durch das jeweilige Organ der Kapitalgesellschaft. Zu einer Haftung trotz des Bestehens einer D&O-Versicherung kommt es somit nur, sofern das jeweilige Organ einerseits positive Kenntnis von der Pflicht, dh Pflichtbewusstsein und andererseits positive Kenntnis des Abweichens von dieser Pflicht dh Pflichtverletzungsbewusstsein hat.<sup>621</sup> Bei der vorsätzlichen Schädigung kommt es hingegen auf die Herbeiführung eines bestimmten Schadens an, wobei sich der Vorsatz auf das Schadensereignis und die Schadensfolgen beziehen muss. *Dolus eventualis* reicht dabei in der Regel für eine Haftungsbegründung aus.<sup>622</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der jeweiligen Analyse der unternehmensbezogenen Risiken als Grundlage für risikopolitisch zu treffende Entscheidungen des Organmitglieds eine erhebliche Bedeutung zukommt. Dabei sollten jedenfalls die zur Verfügung stehenden Risikotragungs- bzw Risikovermeidungs- und Risikoüberwälzungsmöglichkeiten einander gegenübergestellt bzw gegeneinander abgewogen werden, anstatt zu versuchen sämtliche Risiken, die zwar an sich versicherbar wären, mittels einer einzigen Versicherung abzusichern. Fest steht, dass es jedenfalls auf die konkreten Umstände des Einzelfalls bei der Frage ankommt, ob das Fehlschlagen einer unternehmerischen Entscheidung bestimmte Risiken nicht versicherungsmäßig erfasst und

---

<sup>619</sup> Gisch in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 8/44f.

<sup>620</sup> Vgl. Ramharter in Kalss/Kunz (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 84f.

<sup>621</sup> Vgl. Vothknecht, Die „wissentliche Pflichtverletzung“ in der Vermögensschaden-Haftpflicht-/D&O-Versicherung, PHI 2/2006, 52 (52ff).

<sup>622</sup> Vgl. Fleischer in Fleischer (Hrsg.), Vorstandsrecht § 12 Rz 49.

es somit im Schadensfall zu einer persönliche Haftung des Organs kommt. Ob dem Organ einer Kapitalgesellschaft demnach die Fehlentscheidung als Verletzung branchen-, größen- und situationsadäquater Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann, ist nach den von Lehre und Judikatur aufgestellten Grundsätzen der haftungsbegründenden Risikoentscheidung zu beurteilen.<sup>623</sup>

Die gegenständliche D&O-Versicherung dient dabei primär dazu, bestimmte Teile dieses persönlichen Haftungsrisikos auf den Versicherungsgeber abzuwälzen, zu einer *all-risk*-Versicherung, wie sie vorher beschrieben wurde, kommt es jedoch angesichts diverser Spezifika und angesichts sehr komplexer Risikoausschlüsse sicherlich nicht.<sup>624</sup>

Aus Sicht der Praxis ist hierbei zu beobachten, dass das Vorhandensein einer D&O-Versicherung oftmals dazu führt, dass Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organmitgliedern geltend gemacht werden, die ohne eine D&O-Versicherung wahrscheinlich nicht klageweise geltend gemacht worden wären. Insofern schützt die D&O-Versicherung somit einerseits die versicherten Organmitglieder vor Schadensersatzansprüchen, sie führt jedoch andererseits auch dazu, dass vermehrt Klagen eingebracht werden - dies im Gegensatz dazu, dass ohne Vorhandensein einer D&O-Versicherung bislang kaum geklagt wurde.<sup>625</sup>

## 5.5 Höchstgerichtliche Entscheidungen zur Vorstands- bzw Geschäftsführerhaftung sowie zur directors liability

### 5.5.1 Österreich

Für Österreich besteht im Bereich der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung eine lange Tradition gerichtlich nicht gegen die Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft vorzugehen.<sup>626</sup> Die Hemmschwelle ist daher, im Vergleich zu anderen Ländern, hierbei insbesondere im Vergleich zu Kanada, als äußerst hoch anzusehen. In Bezug auf Österreich kann dabei festgehalten werden, dass ein etwaiges **Risiko** einer **strafrechtlichen Inanspruchnahme** - so zumindest der Verfahrenseröffnung - bedeutend **höher** zu sein scheint, als das **Risiko** einer unter Umständen sogar **erfolgreichen**,

---

<sup>623</sup> Vgl. *Gisch*, VR 2009 H 11, 25.

<sup>624</sup> Vgl. *Gisch*, VR 2009 H 11, 25.

<sup>625</sup> Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 12 Rz 130.

<sup>626</sup> Vgl. *Martens*, Vorstände zwischen Straf- und Zivilrecht, Rechtspanorama – 16.8.2010, Die Presse 2010/33/03.

**zivilrechtlichen Geltendmachung eines Ersatzanspruches.**<sup>627</sup> Aufgrund dieser – auch stark durch die **österreichische Kultur geprägten Tradition nicht gegen Leitungsorgane vorzugehen** - finden sich nur äußerst wenige höchstgerichtliche Entscheidungen zur Vorstandshaftung, in denen es schlussendlich auch zu einer Verurteilung des angeklagten Leitungs- bzw Überwachungsorgans gekommen ist.

Nichtsdestotrotz hatten sich die österreichischen Gerichte in den letzten Jahren, bedingt vor allem durch zahlreiche „Wirtschaftsaffären“ in Zusammenhang mit Kapitalanlagen, auch mit der Frage der Haftung von Organmitgliedern auseinanderzusetzen. Die hierbei in Erscheinung tretenden Rechtsprobleme betreffend dabei sowohl Grundfragen des Vertragsrechts und der Rechtsgeschäftslehre an sich, als auch die Frage einer Irrtumsanfechtung, sowie die Möglichkeit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen die Organe der Gesellschaft bzw gegen vermittelnde Anlageberater.

In weiterer Folge wird nun ein Einblick in einige der **bedeutendsten Haftungsfälle** von Leitungs- und Aufsichtsorganen österreichischer Kapitalgesellschaften gegeben:

#### **Causa BAWAG:**

Zu den wohl populärsten Fällen der Haftung von Leitungs- und Überwachungsorganen zählt in Österreich die „*Causa BAWAG*“ (*Bank für Arbeit und Wirtschaft*), mit welcher in Bezug auf die österreichische Organhaftung eine Art Exempel statuiert wurde. Im Sinne eines kurzen Abrisses gestaltete sich der Hintergrund der „*Causa BAWAG*“ wie folgt: Ausgangspunkt waren die seit **1995** unter Generaldirektor *Helmut Elsner* getätigten riskanten „**Karibik-Geschäfte**“.<sup>628</sup> Es handelt sich bei diesen „**Karibik-Geschäften**“ um eine sehr riskante Veranlagungsart in Form von Zins und Währungs-Swaps. Die Geschäfte wurden vor allem von *Wolfgang Flöttl Junior*, einem amerikanischen Investmentbanker und Sohn des ehemaligen *BAWAG*-Generaldirektors *Walter Flöttl* getätigt. Statt der erwarteten Gewinne kam es jedoch durch diese Geschäfte zu **großen Verlusten**, zu deren **Verschleierung zahlreiche Briefkastenfirmen** gegründet wurden.<sup>629</sup> Die Höhe der Gesamtforderung gegen *Wolfgang Flöttl Junior* betrug an die € 1,4 Mrd. Diese Betrag wurde zwischen 1995 und 2001 an *Wolfgang Flöttl Junior* zur Veranlagung übermittelt,

---

<sup>627</sup> Vgl. *Kunz/Schima*, Wem kann man heute – noch – raten, Aufsichtsrat zu werden?, Aufsichtsrat aktuell 2/2011, 12 (12f).

<sup>628</sup> Vgl. *Kommenda*, Bawag-Zivilprozess: ÖGB kann auf Geld hoffen, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01..

<sup>629</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

von diesem jedoch durch **Zins- und Währungsspekulationen verzockt**. Der Verbleib der BAWAG-Gelder ist trotz vielfältiger Nachforschungen bis heute ungeklärt – es ist auch nicht auszuschließen, dass einzelne Beträge an Dritte flossen.<sup>630</sup>

Hintergrund dazu ist, dass in den Jahren 1998 bis 2005 Milliardenverluste, welche aus den „Karibik-Geschäfte“ resultierten, nicht in den Geschäftsberichten der BAWAG ausgewiesen wurden und aufschienen, sondern weltweit verstreut in Briefkastenfirmen und Stiftungen angelegt wurden.<sup>631</sup> Zentral ist hierbei anzumerken, dass alle internen Kontrollorgane der BAWAG vom Vorstand systematisch ausgeschaltet bzw umgangen wurden. Zusätzlich wurden die Vorstandsmitglieder auch angewiesen, nach allen Seiten Stillschweigen zu wahren; dies auch ausdrücklich gegenüber dem Aufsichtsrat und den Aktionären. Erste Probleme traten 2001 auf, als sich einige Vorstandsmitglieder nicht bereit erklärten, die Bilanz unter den gegebenen Umständen zu unterschreiben. Als jedoch unbefristete Garantien durch den ÖGB für das Obligo von *Wolfgang Flöttl Junior* sowie für die „Karibik-Geschäfte“ bereitgestellt wurden, erteilte der Wirtschaftsprüfer einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk. Diese Garantien wurden durch den ehemaligen ÖGB-Präsident *Fritz Verzetnitsch* genehmigt, dies jedoch ohne die zuständigen Organe des Aufsichtsrats der BAWAG und das Präsidium des ÖGB darüber in Kenntnis zu setzen bzw ohne ihre Zustimmung einzuholen. Als weitere Maßnahme um die Verlust abzudecken, erfolgt im Herbst 2005 die **Verschmelzung der BAWAG** mit der neuen **BAWAG P.S.K.**<sup>632</sup> im Zuge dessen die „alte“ BAWAG durch Schaffung der neuen BAWAG-P.S.K. als leere Hülle zurückblieb und auf Anteilsverwaltung BAWAG-P.S.K. AG (AVB) umfirmiert wurde. Es handelt sich dabei um eine Finanzholding, durch welche der ÖGB Anteile an der BAWAG hält.<sup>633</sup> **2006** erfolgte dann der **Totalzusammenbruch** dieses Systems und schlussendlichen auch der **Verkauf der BAWAG** an den **Finanzinvestor Cerberus**.<sup>634</sup>

---

<sup>630</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01; *Gruber*, BAWAG – haften die früheren Vorstandsmitglieder?, Aufsichtsrateaktuell 2011 H2, 28 (28); Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, BAWAG-CHRONIK, [http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

<sup>631</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

<sup>632</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrateaktuell 2011 H2, 28.

<sup>633</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

<sup>634</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, BAWAG-CHRONIK, [http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

Bereits im März 2006 wurden seitens der Staatsanwaltschaft erste Vorerhebungen in der Causa *BAWAG* eingeleitet. Wenig später wurde Klage bei Gericht eingebracht.<sup>635</sup> Die Staatsanwaltschaft warf dem damaligen *BAWAG*-Generaldirektoren *Helmut Elsner* und *Johann Zwettler*, sowie dem ehemaligen *BAWAG*-Aufsichtsratspräsidenten und *ÖGB*-Finanzchef *Günter Weninger*, dem Investmentbanker *Wolfgang Flöttl*, dem ehemaligen Mitglied des Vorstands *Huber Kreuch* und vier weiteren Mitangeklagten **Untreue**, **schweren Betrug** und **Bilanzfälschung** vor - dies teilweise in abgestufter Form und teilweise auch nur als Beitragstäter. Der Strafraum im Falle einer Verurteilung beträgt dazu bis zu zehn Jahren Haft.<sup>636</sup>

Im Juli 2007 hatte der **Strafprozess** vor dem Wiener Straflandesgericht begonnen, bei dem sich die vorher genannten neun Angeklagten vor Gericht zu verantworten hatten. Etwa ein Jahr danach, im Juli 2008, wurde das erstinstanzliche Urteil verkündet: Alle neun Angeklagten wurden schuldig gesprochen und zu teilweise unbedingten Haftstrafen verurteilt: *Helmut Elsner*, Generaldirektor der *BAWAG*, wurde zu neuneinhalb Jahren Haftstrafe sowie zur Zahlung von € 6 Mio an Schadenersatz verurteilt, der Investmentbanker *Wolfgang Flöttl* zu zweieinhalb Jahren, *Johann Zwettler* zu fünf Jahren, der ehemalige *BAWAG*-Aufsichtsratspräsident und *ÖGB*-Finanzchef *Günter Weninger* zu zweieinhalb Jahren, die ehemaligen Vorstandsmitglieder *Huber Kreuch* und *Josef Scharzecker* zu dreieinhalb Jahren, sowie das *BAWAG*-Vorstandsmitglied *Christian Büttner* zu eineinhalb Jahren bedingter Freiheitsstrafe. Die restlichen Angeklagten wurden zu eineinhalb bzw vier Jahren teilweise bedingten Haftstrafen verurteilt.<sup>637</sup> Das Erstgericht sprach alle neun Angeklagten wegen Untreue bzw Beihilfe dazu schuldig, wobei alle außer *Wolfgang Flöttl*, weiters auch wegen Bilanzfälschung schuldig gesprochen wurden. Lediglich *Helmut Elsner* wurde zusätzlich auch wegen schweren Betrugs im Zusammenhang mit seiner Pensionsabfindung verurteilt. Die Verurteilten legten gegen die

---

<sup>635</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, *BAWAG-CHRONIK*, [http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

<sup>636</sup> Vergleiche hierzu auch § 147f StGB, § 153 StGB und § 255 AktG bzw § 122 GmbHG sowie *Nowotny*, OGH zur Causa *BAWAG*: Das Bilanzstrafrecht gewinnt an Konturen, RdW 2011/198, 195f.

<sup>637</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt, vom 23.12.2010, Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do> (gelesen am 27.6.2011).

noch nicht rechtskräftigen erstinstanzlichen Urteile Berufung bzw Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund von Verfahrensmängeln ein.<sup>638</sup>

Im Dezember 2010 hob der OGH das **BAWAG-Urteile** der dafür verantwortlichen ex-Richterin und damaligen Justizministerin *Claudia Bandion-Ortner* **wegen wesentlicher Feststellungsmängel in erheblichem Umfang auf.**<sup>639</sup> Der OGH erklärt dazu, dass er der Nichtigkeitsbeschwerde des *Helmut Elsners* teilweise stattgebe, bestätigte jedoch die Entscheidung des Erstgerichts zu einer insgesamt zehnjährigen Freiheitsstrafe. Es handelt sich dabei um die Höchststrafe für die vorgeworfenen Delikte.<sup>640</sup> *Helmut Elsner* hat somit neben der vom OGH verhängten siebeneinhalbjährigen Freiheitsstrafe, für die von der Aufhebung des Ersturteils nicht betroffenen Untreuedelikte, auch eine zweieinhalbjährige Freiheitsstrafe aus der „Plastiksackerl-Affäre“ in Zusammenhang mit dem Konsum-Skandal zu verbüßen.<sup>641</sup> Aufgehoben wurde hingegen *Helmut Elsners* erstinstanzliche Verurteilung wegen Betrugs im Zusammenhang mit seiner Pensionsabfindung.<sup>642</sup> Auch die vom Erstgericht über *Johann Zwettler* verhängte Freiheitsstrafe im Ausmaß von fünf Jahren wurde vom OGH bestätigt; reduzierte wurde jedoch der ihm ursprünglich zugerechnete Schaden um rund ein Drittel. Der Fünf-Richter-Senat des OGH hob die Urteile gegen *Wolfgang Flöttl* sowie gegen die ehemaligen BAWAG-Vorstände *Christian Büttner*, *Josef Schwarzecker* und *Hubert Kreuch* als auch gegen die Wirtschaftsprüfer zur

---

<sup>638</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt, vom 22.12.2010, Finaler Showdown um die Urteile im Bawag-Prozess, [http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-452610/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-452610/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-452610/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-452610/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

<sup>639</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do> (gelesen am 27.6.2011).

<sup>640</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do> (gelesen am 27.6.2011).

<sup>641</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, OGH hebt BAWAG-Urteile weitgehend auf, [http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

<sup>642</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, OGH hebt große Urteilsteile auf, weil ihm das „zu wenig war“, [http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

Gänze auf, da die getroffenen erstinstanzlichen Feststellungen großteils als zu mangelhaft angesehen wurden.<sup>643</sup> Der OGH wies die Fälle an das Erstgericht zurück, wo sie nun, sofern sich die Staatsanwaltschaft für eine weitere Verfolgung ausspricht, gänzlich neu verhandelt werden.<sup>644</sup> Auch das Urteil gegen den ehemaligen BAWAG-Aufsichtsratsvorsitzenden *Günter Weninger* wurde großteils aufgehoben, da der OGH „Verfahrensmängel“ und „rechtliche Fehler“ ortete.

Parallel hierzu klagte die **ÖGB-eigene AVB-Holding** im Herbst 2006 zivilrechtlich den früheren **BAWAG-Vorstand**, sowie ihren eigenen **ehemaligen Vorstand** und den **ÖGB-Präsidenten Fritz Verzetnitsch** auf Zahlung von € 10 Mio an **Schadensersatz**. Hintergrund dazu sind die **Spekulationsverluste der BAWAG**, welche sich bis zum Jahr 2005 auf rund € 240 Mio beliefen.<sup>645</sup> Um diese Verlust zu beseitigen, beschloss der ehemalige BAWAG-Vorstand im Herbst 2005 seinen Bankbetrieb an die P.S.K.-Bank zu übertragen, wodurch wie bereits ausgeführt, die neue BAWAG-P.S.K. entstand. Kurze Zeit später verkaufte die BAWAG der neu entstandenen Gesellschaft Wertpapiere um rund € 670 Mio, wobei das dadurch lukrierte Geld, gegen Ausgabe von „Gewinnschuldverschreibungen“, in drei liechtensteinischen Stiftungen veranlagt wurde. Diese Stiftungen waren vorweg seitens der BAWAG-Gesellschafterin, der ÖGB Vermögensverwaltung, in Liechtenstein errichtet worden. Der Mindestzinssatz der Gewinnschuldverschreibungen betrug 0,5 % pro Jahr, wobei die Laufzeit der Gewinnschuldverschreibungen mit zehn bis fünfzehn Jahren festgelegt war. Ziel der Konstruktion war es, einen Großteil des Kapitals der genannten liechtensteinischen Stiftungen in drei weiteren Stiftungen anzulegen; dies mit dem Zweck, durch das lukrierte Kapital die Verluste der BAWAG-P.S.K. abzudecken und das neu entstandene Institut für einen Verkauf herzurichten.<sup>646</sup> Im Gegenzug hatte die ÖGB Vermögensverwaltung mit der BAWAG vereinbart, die Gewinnschuldverschreibungen jederzeit zum Anschaffungspreis

---

<sup>643</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, OGH hebt große Urteilsteile auf, weil ihm das „zu wenig war“, [http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT) (gelesen am 27.6.2011).

<sup>644</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt vom 23.12.2010, Bawag: Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do> (gelesen am 27.6.2011).

<sup>645</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 28.

<sup>646</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 28; *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

zu übernehmen, womit sichergestellt werden sollte, dass die Bank das veranlagte Geld zurückbekommen würde.<sup>647</sup>

Vor dem **Handelsgericht Wien** (kurz HG Wien) wurde die Klage gegen die beiden ehemaligen AVB-Vorstandsmitglieder *Johann Zwettler* und *Günther Weniger*, den ehemaligen-BAWAG-Vorstand, mit *Helmut Elsner* an der Spitze, sowie gegen den ehemaligen ÖGB-Präsidenten *Fritz Verzetnitsch* im Wesentlichen auf den **Erwerb von „faulen liechtensteinischen Wertpapieren“**, dh auf den Erwerb der genannten Gewinnschuldverschreibungen, gestützt.<sup>648</sup> Das HG Wien wies die Klage jedoch bereits zum zweiten Mal wegen **Unschlüssigkeit** ab und erklärte dazu, dass auch kein Schaden entstanden sei. Dies deshalb, da die Rückzahlung der Gewinnschuldverschreibungen durch die Garantie der ÖGB Vermögensverwaltung abgesichert wurde. Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches setzt jedenfalls das Vorhandensein eines tatsächlichen Schadens der Bank voraus. Ein solcher wurde nach Ansicht des HG Wien von der Klägerin jedoch weder schlüssig behauptet, noch bewiesen.<sup>649</sup> In zweiter Instanz hatte sich sodann das **Oberlandesgericht Wien** (kurz OLG Wien) mit der „Causa BAWAG“ auseinanderzusetzen. Dieses wies den Fall im Herbst 2009 zwar an das Handelsgericht Wien zurück, ließ jedoch zur verbindlichen Vorabklärung einen **Rekurs an den OGH** zu. Der OGH<sup>650</sup> sprach dazu aus, dass eine Haftung der Beklagten „*beim derzeitigen Verfahrensstand zumindest noch nicht ausgeschlossen erscheint*“.<sup>651</sup> Der OGH wies den Fall sodann zur Entscheidung an das Erstgericht zurück, wobei das HG Wien festzustellen hat, wie hoch der durch die schlechte Veranlagung entstandene Schaden ist. Zusammenfassend gesehen hat der OGH in seiner Entscheidung dem HG Wien nicht widersprochen, sondern lediglich einen anderen Gedanken aufgegriffen.<sup>652</sup> Nach Auffassung des OGH hat der ehemalige BAWAG-Vorstand sein **Kapital** in den **liechtensteinischen Stiftungen schlecht veranlagt**. Begründet wurde dies damit, dass die BAWAG den Stiftungen in Lichtenstein langfristig einen äußerst hohen Kapitalbetrag gegen eine Verzinsung von lediglich 0,5 % pro Jahr zur Verfügung gestellt hat. Eine derartige Verzinsung liegt laut Ansicht des OGH weit unter der Inflationsrate und würde auch keinem „Drittvergleich“ iSe Vergleichs mit den marktüblichen Bedingungen,

---

<sup>647</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 28.

<sup>648</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 28.

<sup>649</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 28.

<sup>650</sup> Vgl. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f.

<sup>651</sup> Vgl. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f.

<sup>652</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 28.

genügen. Auch die Tatsache, dass die *ÖGB*-Vermögensverwaltung der Bank die jederzeitige Übernahme der Gewinnschuldverschreibungen zu den Anschaffungskosten zusicherte, reicht nicht aus, da diese Zusage nach Ansicht des OGH nur den „Rückfluss des Kapitals“ sicherstelle, die Verzinsung jedoch weiterhin nicht „marktüblich“ sei.<sup>653</sup> Der OGH hob in seinem Urteil insbesondere **zwei Punkte** hervor: Er sprach aus, dass Anleger, welche fehlerhaft beraten wurden, grundsätzlich erst dann auf Schadenersatz klagen können, wenn die betroffenen Wertpapiere verkauft wurden. Dies deshalb, da erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob und wenn ja, inwieweit ein **Schaden entstanden** ist. Gleichzeitig kann jedoch eine günstige Kursentwicklung den Schaden, welcher durch die fehlerhafte Beratung entstanden ist, mindern oder sogar vollständig beseitigen. Abschließend stellte der OGH fest, dass somit vor dem Verkauf der Wertpapiere jedenfalls nur eine Feststellungsklage möglich sei.<sup>654</sup> Als zweiten Punkt hob der OGH hervor, dass die Bank selbst **Gewinnschuldverschreibungen** zu einem „**überhöhten Anschaffungspreis**“ angekauft hatte, wodurch ihr ein Schaden entstanden sei. Der Schaden wird dabei in dem Differenzbetrag zwischen dem Kaufpreis und dem wahren Wert der Gewinnschuldverschreibungen gesehen. Dieser Schaden verringere sich nach Ansicht des OGH auch nicht, sofern der Kurswert der Wertpapiere später ansteigt. Dies deshalb, da eine spätere Kurssteigerung dem Erwerber auch dann zugutegekommen wäre, wenn er beim Erwerb der Wertpapiere einen niedrigeren Preis bezahlt hätte.<sup>655</sup> Anders sieht dies *Gruber*<sup>656</sup>, der das Vorhandensein eines Schadens verneint. Seiner Ansicht nach handelt es sich bei den durch die *ÖGB*-Vermögensverwaltung übernommenen Kosten (Se Garantieabgabe, um einen unentgeltlichen Gesellschafterzuschuss der *ÖGB*-Vermögensverwaltung an die *BAWAG*, als Tochtergesellschaft. Ein solcher Gesellschafterzuschuss ist aus zivilrechtlicher Sicht unbedenklich. Offensichtlich ist nach *Gruber* auch, dass die Bank das Kapital aus dem Verkauf der Wertpapiere nicht bei den liechtensteinischen Stiftungen veranlagte, sondern schlussendlich die Verluste der *BAWAG-P.S.K.* damit abdecken wollte. Es war dabei klar, dass die Bank dieses Geld nicht mehr zurückbekommen würde; auch sollten keine Zinsen gezahlt werden. Da die Bank die Verluste der *BAWAG-P.S.K.* jedoch nicht alleine abdecken konnte, war sie auf die Hilfe des *ÖGB* angewiesen. Der *ÖGB* gewährte der *BAWAG* einen Gesellschafterzuschuss, in

---

<sup>653</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 29.

<sup>654</sup> Vgl. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f.

<sup>655</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 29.

<sup>656</sup> Vgl. *Gruber*, Aufsichtsrataktuell 2011 H2, 29f.

Form einer jederzeit einlösbaren Garantie, wobei die *BAWAG* den Betrag sogleich zur Abdeckung der Verluste verwendete. Auch dies ist aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig. Nach Ansicht von *Gruber*, erlitt somit weder die *BAWAG* noch die *BAWAG-P.S.K.* durch die Vorgangsweise des Vorstands einen Schaden.

Nichtsdestotrotz hat sich das **Erstgericht** mit der Thematik neuerlich auseinanderzusetzen. Nach Zurückweisung des Urteils an das Erstgericht steht fest, dass dieses neben der Frage der **Schadenshöhe** auch das **Verschulden** der jeweiligen Organe zu klären hat. Die *AVB*-Vorstände müssten sich nach einer erwiesenen Sorgfaltswidrigkeit vom Verschulden freibeweisen. Für die *BAWAG*-Vorstände wird vorgebracht, dass sie nicht in der Absicht gehandelt haben, die *AVB* zu schädigen. Sie planten lediglich die Bank verkaufsfähig zu machen und würden demnach nur bei Vorsatz haften.<sup>657</sup> Eine weitere Entscheidung des HG Wien bleibt abzuwarten.

Vor diesem Hintergrund zeigt der *BAWAG*-Prozess anschaulich, dass in Österreich, trotz formaler Trennung zwischen Leitungs- und Überwachungsorgan, die Ausgestaltung der Haftungsbestimmungen aus Sicht der Praxis als teilweise problematisch in Bezug auf eine effektive Durchsetzung anzusehen ist, sowie die Motivation der zur Geltendmachung zuständigen Organe dementsprechend eher zurückhaltend ist. Sofern es in **Österreich** zu einer tatsächlichen Verurteilung von Leitungsorganen kommt, werden diese **nicht zivilrechtlich verurteilt**, sondern es steht oftmals die **strafrechtliche Haftung im Vordergrund**. Anzumerken ist hierbei abschließend, dass eine strafrechtliche Verurteilung dabei den Anknüpfungspunkt für eine zivilrechtliche Verurteilung *ex delicto* darstellen kann.<sup>658</sup>

### **Krauland-Entscheidung:**

Exemplarisch zu erwähnen ist weiters, in Bezug auf den **Aufsichtsrat**, die sogenannte „*Krauland*-Entscheidung“ des OGH.<sup>659</sup> In dieser Entscheidung wurde erstmals seitens des OGH klar ausgesprochen, dass Aufsichtsratsmitglieder eines Bankunternehmens über ausreichend wirtschaftliches Fachwissen verfügen müssen und insbesondere bei der Vergabe von Großkrediten stets die rechtliche und wirtschaftliche Qualität der Deckungsmittel zu überprüfen haben, sowie sich rechtzeitig zu vergewissern, dass auch

---

<sup>657</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

<sup>658</sup> Vgl. *Brandstetter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 35 Rz 3.

<sup>659</sup> Vgl. OGH 31.5.1977, 5 Ob 306/76 = EvBl 1978/4.

ausreichend Deckung vorhanden ist. Auch eine Berufung auf mangelnde juristische Kenntnisse bzw mangelndes Fachwissen scheidet aus, da der Aufsichtsrat selbst über ausreichende Kenntnisse im Bereich der Kreditsicherung verfügen muss, um die bei Banken üblichen Deckungsgeschäfte beurteilen zu können. Der OGH sprach weiters aus, dass der Betroffene die Funktion als Aufsichtsratsmitglied ablehnen müsse, sofern dies nicht der Fall sein sollte.

Anzumerken ist dazu, dass dieser Fall durchaus mit der **Vorstands- bzw Geschäftsführerhaftung vergleichbar** ist. Beide Organtypen treffen grundsätzlich dieselben Sorgfaltspflichten sowie die sonstigen Obliegenheiten gegenüber ihrer Gesellschaft (Vergleich dazu: Verweis des § 99 AktG auf § 84 AktG bzw Verweis des § 33 GmbHG auf § 25 GmbHG). Weiters ist zu erwähnen, dass seit der *Krauland-*Entscheidung aus dem Jahre 1977 insgesamt nur drei weitere Aufsichtsratsmitglieder zivilrechtlich bis zum OGH verfolgt wurden.<sup>660</sup> In allen drei Fällen kam der OGH schlussendlich jedoch zu dem Ergebnis, die Schadenersatzklagen abzuweisen und ging dabei mit den beklagten Aufsichtsratsmitgliedern auch äußerst milde um. *„Dies trotz geradezu martialischer Beteuerungen und formalem Festhalten an (...) überzogenen Sorgfaltsstandards aus der „Krauland-Entscheidung“ des OGH („...Fähigkeit besitzen, schwierige wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhänge zu erkennen ...“).*<sup>661</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass angesichts dieser jüngsten Entwicklungen auch in Österreich eine „Trendwende“ hin zu einer verstärkten Inanspruchnahme von Leitungsorganen, als auch von Aufsichts- und Überwachungsorganen der Kapitalgesellschaften zu erkennen ist. Das AktG bzw das GmbHG weist hierbei den jeweiligen Vorständen bzw Geschäftsführern klar die Aufgabe der Leitung zu, wobei das Wohl des Unternehmens stets an oberster Stelle zu stehen hat. Leitungsorgane sollen im Unternehmensinteresse handeln und dessen Bestand sichern, gleichzeitig aber auch die Interessen der Arbeitnehmer, Gläubiger sowie die Anliegen der Öffentlichkeit mitberücksichtigen. Agiert ein Organ im Rahmen dieses „unternehmerischen Ermessens“, so kommt es auch dann zu keiner „Erfolgshaftung“, sofern die Abwicklung eines Geschäftes oder die Durchführung einer Strategemaßnahme misslingt. Eine gewisse Absicherung der Organe durch den Abschluss einer **D&O-Versicherung** wird in diesem

---

<sup>660</sup> Vgl. *Kunz/Schima*, Aufsichtsrat aktuell 2/2011, 12.

<sup>661</sup> Vgl. *Kunz/Schima*, Aufsichtsrat aktuell 2/2011, 12; OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01 k = RdW 2002/350 (*Intercontinallale*); OGH 22.5.2003, 8 Ob 262/02 s = eolex 2003/313 (*Schordan*); OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08 t = eolex 2008/346.

Zusammenhang somit wohl auch in Zukunft immer mehr an Bedeutung gewinnen. Die weitere Entwicklung in Österreich, als auch die höchstgerichtlichen Entscheidungen dazu werden demnach mit Spannung erwartet.

### 5.5.2 Kanada

*Directors* kanadischer Gesellschaften sind im Rahmen ihrer *fiduciary duty* verpflichtet, im besten Interesse ihrer Gesellschaft zu handeln. Zu beachten ist hierbei, dass sich die Interessen eines Unternehmens jedoch nicht immer pauschal festlegen lassen und die Frage, wie *directors* konkurrierende Interessen innerhalb einer Gesellschaft wahrzunehmen haben bzw wie schlussendlich entschieden werden sollte, Gegenstand heftiger Diskussion in vielen *common law*-Ländern ist. In Kanada wird diese Frage oft in Verbindung mit der Erhebung sogenannter *oppression remedies* angesprochen.<sup>662</sup> Es handelt sich dabei um einen den *shareholdern* bzw anderen Anspruchsberechtigten zur Verfügung stehenden Rechtsbehelf, welcher diese zu einer Klage gegen die *directors* ermächtigt, sofern sie durch eine Handlung bzw Entscheidung des Organs unfair behandelt, bedrückt oder ihre Interessen in andersartiger Weise zu Unrecht missachtet wurden.

Besondere Bedeutung erlangte diese Klageart im Fall *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders* (BCE)<sup>663</sup>, in dem sich der *Supreme Court of Canada* erstmals ausführlicher mit diesem bisher eher vernachlässigten Bereich des kanadischen Gesellschaftsrechts auseinandersetzte.<sup>664</sup> Diese Entscheidung war auch für eine Klarstellung in Zusammenhang mit der von den *directors* geschuldeten *fiduciary duties* von zentraler Bedeutung, regte gleichzeitig aber auch eine Diskussion an, über eine mögliche Erweiterung der Vorstandspflichten, sowie über die Einführung neuartiger Komponenten, wie beispielsweise der Pflicht sicherzustellen, dass ein Unternehmen iSe „*good corporate citizen*“ handelt.<sup>665</sup>

In weiterer Folge werden nun einige aktuelle Entscheidungen kanadischer Gerichte näher dargestellt, um auch für Kanada in den soeben theoretisch beschriebenen Themenkomplex der *directors liability* aus praktischer Sicht einen besseren Einblick geben zu können.

---

<sup>662</sup> Vgl. *Bradley*, *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders: the new fiduciary duties of fair treatment, statutory compliance and “good corporate citizenship”?*, *Ottawa Law Review* 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 1ff.

<sup>663</sup> Vgl. [2008] 3 S.C.R. 560 [*BCE*].

<sup>664</sup> Vgl. *Bradley*, *Ottawa Law Review* 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 1ff.

<sup>665</sup> Vgl. *Bradley*, *Ottawa Law Review* 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 1ff.

**Fiorillo v. Krispy Kreme Doughnuts, Inc.**<sup>666</sup>

In Fall *Fiorillo v. Krispy Kreme Doughnuts, Inc* ging es um den *director* einer kanadischen Gesellschaft, welcher in Zusammenhang mit Maßnahmen im Rahmen einer Kapitalerhöhung Aktien seiner Gesellschaft in zwei Tranchen erwarb, diese Anteile jedoch noch vor Durchführung einer dritten Tranche wieder verkauft und gleichzeitig auch als *director* dieser Gesellschaft zurücktrat.<sup>667</sup> Es handelte sich bei diesem Unternehmen um eine Einzelhandelsfirma, welche Süßwaren (Donuts) im Rahmen eines Franchisemodells eines US-amerikanischen Franchisegebers verkaufte. Anklage wurde damals seitens dreier Aktionäre dieser Gesellschaft erhoben, die alle in die erste Tranche, zwei von ihnen auch in die zweite Tranche, investiert hatten. Problematisch war in diesem Zusammenhang, dass einem der späteren Kläger durch den *director* mitgeteilt wurde, dass er nur deshalb nicht in die dritte Tranche investiere, da er schon genug Aktien besitze, ihm jedoch nicht mitteilte, dass er bereits die Anteile verkauft und auch als *director* dieser Gesellschaft zurückgetreten war. Alle drei Aktionäre investierten in die dritte Tranche. Kurze Zeit später wurde die Gesellschaft insolvent und die Aktionäre verloren ihre Investitionen.<sup>668</sup>

Anklage wurde von den drei Aktionären gegen alle *directors* der Gesellschaft wegen Unterlassung der Mitteilung des geplanten Verkaufs der Aktien des ehemaligen *directors*, als auch gegen den ehemaligen *director* wegen betrügerischer und fahrlässiger Falschdarstellung der Gegebenheiten, erhoben. Argumentiert wurde damit, dass die Aktionäre nicht in die dritte Tranche investiert hätten, sofern sie gewusst hätten, dass der ehemalige *director* seine Anteile bereits verkauft hat und zurückgetreten ist.<sup>669</sup>

Der *Ontario Superior Court of Justice*<sup>670</sup> sprach dazu aus, dass alle *directors* der Gesellschaft **haften** sollten, um den Schaden, welchen die Aktionäre durch ihre Investition in die dritte Tranche erlitten hatten, zu ersetzen. Dies deshalb, da im gegenständlichen Fall ein Recht der Aktionäre bestehe, stets vor Verkauf von Anteilen durch die *directors* informiert zu werden und darüber abzustimmen. Dies, da ihnen ein derartiges Recht durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss vorweg eingeräumt worden war.<sup>671</sup>

---

<sup>666</sup> Vgl. 98 O.R. (3d) 103.

<sup>667</sup> Vgl. *Bradley*, Ottawa Law Review 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 2.

<sup>668</sup> Vgl. *Bradley*, Ottawa Law Review 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 10f.

<sup>669</sup> Vgl. *Bradley*, Ottawa Law Review 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 10f.

<sup>670</sup> Vgl. 98 O.R. (3d) 103.

<sup>671</sup> Vgl. *Bradley*, Ottawa Law Review 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 10f.

Weiters sprach das Gericht aus, dass *directors* einer *corporation* in der Regel zwar nicht persönlich für Handlungen der Gesellschaft haften, dass sich eine derartige Haftung jedoch daraus ergeben kann, dass *directors* in ihrem **eigenen privaten Interessen handeln und ihre Interessen über die Interessen der Gesellschaft stellen.**<sup>672</sup>

### **Ford Motor Co. of Canada v. Ontario Municipal Employees Retirement Board**<sup>673</sup>

Im Mittelpunkt dieser Entscheidung des *Ontario Court of Appeal*<sup>674</sup> aus dem Jahre 2006 steht das Unternehmen *Ford*, dessen kanadischer Teilbetrieb, *Ford Canada*, im Jahr 1995 durch eine sogenannte *going-private*-Transaktion zu einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft von *Ford USA* wurde.<sup>675</sup> Vor dieser Transaktion waren rund 6 % der *Ford Canada*-Aktien weltweit verstreut, darunter ein Block von Aktien im Besitz der *Ontario Municipal Employees Retirement Board (OMERS)*. Im Laufe des *going-private*-Prozesses bildete das *board of directors* von *Ford Canada* ein spezielles Komitee, welches wiederum eine andere Gesellschaft mit der Bewertung des *Ford* Unternehmens beauftragte. Minderheitsaktionäre erhielten damals ein Angebot von 185 Dollar pro Aktie. Die Transaktion wurde in weiterer Folge durch eine außerordentliche Hauptversammlung genehmigt, *OMERS* stimmte jedoch dagegen.<sup>676</sup> 1995 erhob *Ford Canada* eine Klage auf Feststellung des beizulegenden Zeitwerts der Stammaktien von *OMERS*, aber auch der anderen widersprechenden Aktionäre. *OMERS* erhob daraufhin im Jahr 1999 eine *oppression remedy* gegen *Ford Canada* und *Ford US*.

Zentrale Frage in dem darauf folgenden Prozess war die Fairness dieses Zahlungssystems, welches die Preise festlegte, die sich die beiden Unternehmen gegenseitig für den Kauf von Teilen und Fahrzeugen zusicherten. Während der Jahre 1985 bis 1995 erwirtschaftete *Ford Canada* Verluste. *Ford Canada* führte diese Verluste auf Ereignisse zurück, auf welche das Unternehmen wenig Einfluss hatte, sowie auf den damaligen starken Wertverlust des kanadischen Dollars und die anhaltende Rezession. Die *OMERS*-

---

<sup>672</sup> Vgl. *Bradley*, *Ottawa Law Review* 22.3.2010, <http://www.bbburn.com/pmart20.html>, 11f.

<sup>673</sup> Vgl. [2004] O.J. No. 191 (S.C.J.).

<sup>674</sup> Vgl. [2004] O.J. No. 191 (S.C.J.).

<sup>675</sup> Vgl. *Leon/Armstrong*, *Business Judgment and Defensive Decision-Making: Directors and Officers Duties and Responsibilities after Peoples\**, *Fasken Martineau Martineau Du Moulin LLP*, <http://www.fasken.com/files/Publication/f6c57e93-41dd-4ccb-a1cf-edab27d2d8de/Presentation/PublicationAttachment/1bdf40b6-1f92-41e3-a4b0-aeffdb1aec59/BUSINESSJUDGMENT.PDF>, 29.

<sup>676</sup> Vgl. *Leon/Armstrong*, *Fasken Martineau Martineau Du Moulin LLP*, <http://www.fasken.com/files/Publication/f6c57e93-41dd-4ccb-a1cf-edab27d2d8de/Presentation/PublicationAttachment/1bdf40b6-1f92-41e3-a4b0-aeffdb1aec59/BUSINESSJUDGMENT.PDF>, 30.

Aktionäre behaupteten hingegen, dass diese Verluste auf unfaire unternehmensinterne Vereinbarungen zwischen *Ford USA* und *Ford Canada* zurückzuführen seien.<sup>677</sup>

In erster Instanz entschied der *Ontario Superior Court of Justice* zugunsten der *OMERS*-Aktionäre, dass dieses **transfer-pricing-System** als unfair anzusehen sei und dass die Aktionäre berechtigt seien, Klage für Verlust im Zeitraum zwischen dem 11. Januar 1994 um dem 11. September 1995 zu erheben. Allerdings hatte jeder Beschwerdeführer Gründe dafür vorzubringen, weshalb er tatsächlich und persönlich beeinträchtigt wurde. Es musste demnach auch ein zeitlich-sachlicher Konnex gegeben sein.<sup>678</sup>

Gegen dieses Urteil wurde Berufung erhoben. Der *Ontario Court of Appeal* entschied dazu als Berufungsgericht, dass die *directors* von *Ford Canada* aufgrund der erhobenen Beweise (i) über zu wenig Fachwissen in Bezug auf das *transfer-pricing*-System, sowie seine Auswirkungen auf die Rentabilität des Unternehmens verfügte; (ii) es keine kritische Hinterfragung des Systems gab und auch keine unabhängige Überprüfung des Systems durchgeführt wurde; und (iii) die *directors* einfach das bestehende System von *Ford USA* übernommen hatten. Das Berufungsgericht erläuterte weiters, dass *directors* einer kanadischen Gesellschaft nur geschützt sind, sofern sie ihre Handlungen im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessensspielraumes ausüben. **Directors** müssen demnach **reasonable, dh vernünftig handeln**. Eine derartige Handlungsweise liegt jedoch nicht vor, sofern die *directors* zu Unrecht die Rechte einer Gruppe von *shareholdern* außer Acht lassen.<sup>679</sup>

Im Ergebnis kam es daher auch in diesem Fall zu einer Verurteilung des *board of directors*.

An weiteren Entscheidungen in denen der *Ontario Superior Court of Justice* bzw der *Ontario Court of Appeal* das *board of directors* oder auch einzelne *directors* verurteilte

---

<sup>677</sup> Vgl. *Leon/Armstrong, Fasken Martineau Du Moulin LLP*, <http://www.fasken.com/files/Publication/f6c57e93-41dd-4ccb-a1cf-edab27d2d8de/Presentation/PublicationAttachment/1bdf40b6-1f92-41e3-a4b0-aeffdb1aec59/BUSINESSJUDGMENT.PDF>, 30.

<sup>678</sup> Vgl. *Leon/Armstrong, Fasken Martineau Martineau Du Moulin LLP*, <http://www.fasken.com/files/Publication/f6c57e93-41dd-4ccb-a1cf-edab27d2d8de/Presentation/PublicationAttachment/1bdf40b6-1f92-41e3-a4b0-aeffdb1aec59/BUSINESSJUDGMENT.PDF>, 30f.

<sup>679</sup> Vgl. *Leon/Armstrong, Business Judgment and Defensive Decision-Making: Directors and Officers Duties and Responsibilities after Peoples*, 31f, <http://www.fasken.com/files/Publication/f6c57e93-41dd-4ccb-a1cf-edab27d2d8de/Presentation/PublicationAttachment/1bdf40b6-1f92-41e3-a4b0-aeffdb1aec59/BUSINESSJUDGMENT.PDF> (vom 27.1.2012).

und es somit zu einer Haftung des betreffenden Organs kam, seien genannt: *2082825 Ontario Inc. v. Platinum Wood Finishing Inc.*<sup>680</sup>, *Walls v. Lewis*<sup>681</sup> und *Le Maitre Ltd. v. Seeger*<sup>682</sup>

Um diesen Themenkomplex aus praktischer Sicht abzuschließen, werden noch zwei der bedeutendsten Gerichtsentscheidungen des *Supreme Court of Canada* in Zusammenhang mit der Frage der Organhaftung näher ausgeführt. In diesen Entscheidungen kam es zwar schlussendlich zu keiner Haftung der *directors*, es wurden aber grundlegende Prinzipien in Zusammenhang mit der kanadischen *directors liability* festgelegt. Es handelt sich dabei um die Entscheidungen *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*<sup>683</sup> (*Peoples*) und *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*<sup>684</sup> (*BCE*).

### **Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise (Peoples)<sup>685</sup>:**

Die Entscheidung *Peoples Department Stores Inc. v. Wise (Peoples)* aus dem Jahr 2004 zählt zu den bedeutendsten und iSd angloamerikanischen Systems des *common law* auch heute noch richtungsgebenden Gerichtsentscheidungen des *Supreme Court of Canada*, bei der sich dieser mit der Frage des **Umfang der fiduciary duty des directors** eines kanadischen Unternehmens sowie von leitenden Angestellten, zu befassen hatte. Festgestellt wurde dabei, dass die *directors* gemäß § 122 Abs 1 des *CBCA* stets verpflichtet sind ihre Pflichten sorgfältig und gewissenhaft gegenüber der Gesellschaft sowie unter Beachtung der Interessen anderer Anspruchsberechtigter auszuüben haben, es jedoch im Einzelfall doch eine unterschiedliche Beurteilung bzw Gewichtung zwischen den Interessen des Unternehmens und denen der Aktionäre bzw Gläubiger geben kann.<sup>686</sup>

Sachverhalt zu dieser Entscheidung war Folgender:<sup>687</sup> Die *Wise Stores Inc.*, eine Einzelhandelskette in Kanada, befand sich im Besitz der drei Brüder *Wise*, welche die mehrheitlichen Anteile an dieser Gesellschaft hielten. Als *directors* ihrer Gesellschaft waren sie auch für die unternehmerischen Entscheidungen der *corporation* verantwortlich. 1992 erwarben sie den *Peoples Department Store*, einem Mitbewerber bzw Konkurrenten.

---

<sup>680</sup> Vgl. [2009] O.J. No. 1318.

<sup>681</sup> Vgl. [2009] O.J. No. 2580.

<sup>682</sup> Vgl. [2009] O.J. No. 634.

<sup>683</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*].

<sup>684</sup> Vgl. [2008] 3 S.C.R. 560 [*BCE*].

<sup>685</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*].

<sup>686</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*]; Waitzer/Jaswal, Peoples, BCE, and the Good Corporate "Citizen", (2009) 47 Osgoode Hall Law Journal 439 (439ff).

<sup>687</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*].

Nach einer signifikanten Aufschwungphase in der ersten Zeit, folgte ab dem Jahr 1994 ein wirtschaftlicher Rückgang. Die Gesellschaft geriet in finanzielle Schwierigkeiten. Zur Senkung ihrer Kosten entwickelte die Brüder *Wise* einen Plan, nachdem bestimmte notwendige Inventarbestände durch *Peoples* gekauft und auf Kredit an *Wise* weitergegeben werden sollten. Statt des erwarteten Erfolges kam es jedoch dazu, dass *Wise Peoples* in kürzester Zeit mehr als 18 Mio Dollar schuldeten. Im Jahr 1995 mussten beide Gesellschaften Insolvenz anmelden. Es kam in weiterer Folge dazu, dass die Gläubiger von *Peoples* eine Klage gegen den *board of directors* wegen Verletzung der *fiduciary duty* nach § 122 Abs 1 des *CBCA* in Folge der Umsetzung dieses fragwürdigen Kreditsystems erhoben. Argumentiert wurde dabei von Seiten der Gläubiger damit, dass die Brüder *Wise* die Interessen der *Wise Stores Inc.* über die der *Peoples Department Stores Inc.* gestellt hätten.

Das Erstgericht, der *Superior Court* in Quebec, sprach dazu aus, dass die Brüder *Wise* ihre *fiduciary duty* jedenfalls verletzt hätten. Nach Anmeldung einer Berufung, wurde diese Entscheidung durch das Berufungsgericht, den *Court of Appeal* in Quebec, aufgehoben. In letzter Instanz wurde der *Supreme Court of Canada* dazu angerufen, dessen Senat sich erstmals am 11. Mai 2004 (*Hearing*) unter dem Vorsitz der Richterin *Beverley McLachlin* mit diesem Fall befasste. In einer einstimmigen Senatsentscheidung vom 29. Oktober 2004 bestätigte das Gericht die Entscheidung des *Court of Appeal*. Gezielt setzte sich der *Supreme Court of Canada* dabei mit der genauen Bedeutung der Sorgfaltspflicht eines *directors* gemäß § 122 Abs 1 lit b des *CBCA* auseinander. In Anbetracht der geschuldeten *fiduciary duty* sprach der Gerichtshof aus, dass die Pflicht, welche die *directors* und *officers* gegenüber ihrer Gesellschaft schulden, auch unter Beachtung der Interessen des Unternehmens, nicht mit einer Pflicht gegenüber den Gläubigern verwechselt werden darf. In Hinblick auf den geschuldeten Sorgfaltsstandard stellte das Gericht dazu fest, dass die Formulierung „unter vergleichbaren Umständen“ so gemeint sein muss, dass jedenfalls ein gewisser objektiver Standard anzuwenden ist. Das Gericht sprach dazu abschließend aus, dass die Sorgfaltspflicht seitens der *directors* jedenfalls erfüllt ist, sofern sie sorgfältig und auf ausreichend informierter Grundlage gehandelt haben („*act prudently and on a reasonably informed basis*“), wobei für diesen Einzelfall auch festgestellt wurde, dass die Interessen der Gläubiger nicht in unfairen Weise missachtet bzw beeinträchtigt wurden.<sup>688</sup>

---

<sup>688</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*].

Die Entscheidung war eine willkommene Nachricht für die kanadischen *directors*, da sie für einen Bereich des kanadischen Gesellschaftsrecht, welcher in den letzten Jahren immer unsicherer zu sein schien, eine klare Entscheidung brachte. Für die *directors* wurde eine Lösung aus einer fast unmöglich zu lösenden Stellung aufgezeigt, nämlich des sorgfältigen Agierens im Rahmen der Treuepflicht bei gleichzeitiger ständiger Veränderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten. Der *Supreme Court* sprach dazu klar aus, dass die Treue- und Sorgfaltspflicht des *directors* jederzeit, dh auch oder gerade dann, wenn das Unternehmen in Gefahr einer Insolvenz ist gegenüber der Gesellschaft besteht, lehnte aber gleichzeitig den in einigen anderen Jurisdiktionen bestehenden Ansatz ab, dass gewisse spezielle und über die vom Rahmen der Treue- und Sorgfaltspflicht umfassten Pflichten zur Miteinbeziehung bzw Beachtung der Interessen der Gläubiger einzusetzen sollten, sofern eine Kapitalgesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten gerät.

Die Entscheidung des *Supreme Court of Canada* sollte den *directors* die Sicherheit bringen, dass es zu keiner Haftung kommt, sofern der *board of directors* eine unternehmerische Entscheidung sorgfältig und in gutem Glauben getroffen hat, sowie umsichtig und auf ausreichend informierter Basis gehandelt hat.

#### **BCE Inc. v. 1976 Debentureholders (BCE)<sup>689</sup>:**

Die Entscheidung *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders (BCE)* aus dem Jahr 2008 stellt einen weiteren bedeutenden Präzedenzfall für die Klärung der *directors duties* im kanadischen Raum dar und brachte eine entscheidende Aussage im Bereich der Verantwortung der *directors* sowie zu ihrer Haftung. Die im Ergebnis wichtigste Aussage dazu lautet, dass *directors* stets im **besten Interesse der Gesellschaft** und im Rahmen ihrer Pflichten in einer gegenüber der Gesellschaft **fairen Art und Weise zu handeln** haben.

Der *Supreme Court of Canada* sprach somit auch im Fall *BCE* aus, dass kanadische *directors* eine Fürsorgepflicht gegenüber ihrer Gesellschaft trifft, im besten Interesse der *corporation* zu handeln; diese besteht jedoch nicht in gleicher Weise gegenüber etwaigen anderen Anspruchsberechtigten. Hintergrund dazu ist – wie auch im Fall *Peoples* – ein gewisser Druckaufbau, welcher auf die Gerichte ausgeübt werden soll, um die den *directors* obliegenden Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auch auf einen sehr weit umfassten Kreis zusätzlicher möglicher Anspruchsberechtigter auszuweiten. Während

---

<sup>689</sup> Vgl. [2008] 3 S.C.R. 560 [*BCE*].

es im Fall *Peoples* darum ging diese Pflichten auf die Gläubiger zu erweitern, wurde im Fall *BCE* darum angesucht, in den Adressantenkreis der Berechtigten auch Inhaber von Schuldverschreibungen miteinzubeziehen.<sup>690</sup> In beiden Einzelfällen sprach sich der *Supreme Court of Canada* jedoch mit dem Argument, dass die *directors* eine *fiduciary duty* grundsätzlich nur gegenüber ihrer Gesellschaft schulden, dagegen aus. Festgehalten wurde in dieser Entscheidung jedoch auch, dass die Interessen anderer Personen, wie zB von Aktionären, Mitarbeitern, Gläubigern, Kunden, der Regierung oder auch die Beachtung von Umweltaspekten bei der Entscheidungsfindung jedenfalls zu berücksichtigen sein. Deren benachteiligende bzw unrechtmäßige Missachtung mache die Organe daher ersatzpflichtig.

Im Mittelpunkt des Falles *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, stand das kanadische börsennotierte Unternehmen *BCE Inc.*, ein großes kanadisches Telekommunikationsunternehmen mit nahezu 600.000 Aktionären. Im Frühjahr des Jahres 2007 wurde bekannt, dass *BCE Inc.* Vertragsverhandlungen mit einem Konsortium von Käufern führte – unter ihnen der *Ontario Teachers Pension Plan*. Ziel war es durch den Verkauf eine Wertsteigerung für die Aktionäre der *BCE Inc.* zu erzielen.<sup>691</sup> Vertragsgegenstand der Verhandlungen war die Durchführung einer Transaktion, durch welche die Käufer alle ausgegebenen und ausstehenden Stammaktien sowie Vorzugsaktien von *BCE Inc.* im Wege eines gesetzlich genehmigten Plans und entsprechend den Bestimmungen des *CBCA* erwerben sollten. Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für die Umsetzung dieses Plans war eine gerichtliche Genehmigung, die davon abhing, dass der entsprechende Plan als fair und angemessen angesehen wurde.

Bei der Beurteilung der Übernahmeangebote durch das *board of directors* von *BCE Inc.* wurde das Angebot des Konsortiums des *Ontario Teachers Pension Plan* ausgewählt. Dies da angenommen wurde, es liege im besten Interesse der *BCE Inc.* und ihrer Aktionäre. Das Angebot des *Ontario Teachers Pension Plan*, welches eine Prämie von 40 % über dem Marktwert pro Aktie vorsah, beinhaltete jedoch keine Stimmrechte für die Inhaber von

---

<sup>690</sup> Vgl. Canadian Lawyer, *King/Pasquino*, Web Exclusive: Directors have a fiduciary duty to the corporation — and only to the corporation!, <http://www.canadianlawyermag.com/Web-Exclusive-Directors-have-a-fiduciary-duty-to-the-corporation-and-only-to-the-corporation.html> (19.6.2011).

<sup>691</sup> Vgl. *Judgments of the Supreme Court of Canada*: *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, [2008] 3 S.C.R. 560, 2008 SCC 69, <http://scc.lexum.org/en/2008/2008scc69/2008scc69.html> (20.6.2011).

Schuldverschreibungen.<sup>692</sup> Nichtsdestotrotz akzeptierte die *BCE Inc. Teachers* Angebot und versuchte auch nicht, eine *fairness opinion* zugunsten der Inhaber von Schuldverschreibungen auszuhandeln. Die Transaktion, deren Volumen in etwa 52 Mrd CAD ausmachte, war die damals größte fremdkapitalfinanzierte Firmenübernahme in der kanadischen Geschichte („*leveraged buyout*“). Das Angebot von *Teachers* sah weiters eine deutliche Erhöhung der Haftungsübernahme durch *Bell Canada*, einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft der *BCE Inc.*, für Schulden ihrer Muttergesellschaft vor. In dieser Haftungsübernahme garantierte *Bell Canada* für Schulden der *BCE Inc.* in Höhe von 30 Mrd CAD die Haftung zu übernehmen; 97,93 % der Aktionäre von *BCE Inc.* stimmten zu.<sup>693</sup> Das Gericht genehmigte am 7. März 2008 den vorliegenden Plan. Der Richter sprach dazu aus, dass die Entscheidung, ob der Plan als fair und angemessen angesehen werden kann, keine Frage sei, in die auch etwaige Auswirkungen dieses Plans auf die Inhaber von Schuldverschreibungen miteinbezogen werden sollte. Die vorgeschlagene vertragliche Regelung hatte im Ergebnis jedoch negative Auswirkungen auf die Inhaber der Schuldverschreibungen, da die Bewertung dieser Schuldverschreibungen als mündelsichere Anlagen in Folge der Schuldübernahme herabgestuft wurde. Ohne eine derartige Schuldaufnahme wäre die gegenständliche Transaktion jedoch nicht möglich gewesen. Viele Inhaber von Schuldverschreibungen mussten in weiterer Folge diese mit Verlust verkaufen. Sie gingen gegen die gerichtliche Genehmigung dieser Transaktion mit dem Argument vor, dass ihre Rechte als Gläubiger der *BCE Inc.* beeinträchtigt wurden. Weiters wurde vorgebracht, dass die Vereinbarung nicht als „fair und angemessen“ angesehen werden kann, wie dies in Hinblick auf eine gerichtliche Genehmigung einer solchen Transaktion jedoch jedenfalls der Fall hätte sein müsste. Das Erstgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass die Vereinbarung im besten Interesse von *BCE Inc.* und *Bell Canada* liege.

Am 21. Mai 2008 hob der *Court of Appeal* in Quebec die Entscheidung des Erstgerichts hinsichtlich der Billigung dieses Plans auf, indem das Berufungsgericht aussprach, dass der Plan nicht als fair und angemessen angesehen werden kann.

---

<sup>692</sup> Vgl. The court, *Barretto*, *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders: Directors do what is best for the firm*, <http://www.thecourt.ca/2008/12/22/bce-inc-v-1976-debentureholders-directors-do-what-is-best-for-the-firm> (20.6.2011).

<sup>693</sup> Vgl. The court: *Barretto*, *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders: Directors do what is best for the firm*, <http://www.thecourt.ca/2008/12/22/bce-inc-v-1976-debentureholders-directors-do-what-is-best-for-the-firm> (20.6.2011).

Kurze Zeit später, am 20. Juni 2008, hob der *Supreme Court of Canada*, in einem einstimmigen Beschluss die Entscheidung des *Court of Appeal* jedoch wieder auf und bekräftigte die Entscheidung des Erstrichters. Der *Supreme Court of Canada* sprach aus, dass die vorliegende Regelung im Fall *BCE* die Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen nicht beeinträchtigt und als fair und vernünftig anzusehen sei.<sup>694</sup>

Der *Supreme Court of Canada* stellte sich in diesem Zusammenhang **zwei Fragen**: (i) hat die vorliegende Vereinbarung einen rechtsgültigen Geschäftszweck und (ii) konnten die Bedenken derjenigen, deren Rechte durch diese Vereinbarung beeinträchtigt wurden, in einer fairen und gerechten Weise beseitigt werden. Entwickelt wurde in diesem Zusammenhang auch ein sogenannter „*two-prong-test*“, dh ein Verfahren, bei dem die Fahrlässigkeit des Handelns des Leitungsorgans zweifach - im Hinblick auf objektive und subjektive Unachtsamkeit - geprüft wird. Der Beschwerdeführer muss darin ausführlich begründen, weshalb (i) er eine entsprechende Erwartungshaltung hatte, die (ii) in unfairer Weise missachtet wurde.<sup>695</sup> Im Ergebnis wurde ausgesprochen, dass die *directors* ihrer Pflicht im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln nachgekommen sind. Sie haben iSe „*good corporate citizen*“, dh eines verantwortlichen Leiters eines Unternehmen gehandelt, der sich gut in die Staatsverhältnisse einfügt und verträglich mit den sozialen, kulturellen und anderen Aspekten der Allgemeinheit agiert. Weiters sind sie ihrer gesellschaftlichen Verantwortung gerecht geworden.<sup>696</sup> ISd *going-concern*-Prinzips sollten die Leitungsgorgane einer *corporation* auch stets die langfristigen Unternehmensziele im Auge behalten. Der *Supreme Court of Canada* sprach dazu aus, dass sich die *directors* der *BCE. Inc.* im gegenwärtigen Fall ihren Obliegenheiten entsprechend gegenüber der Gesellschaft rechtmäßig verhalten und die Interessen der Inhaber der Schuldverschreibungen nicht in benachteiligender bzw unfairer Weise missachtet hatten.

---

<sup>694</sup> Vgl. *Fraser/Milner/Casgrain LLP, BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d46e762f-b926-4783-b529-07316a23bd2b> (20.6.2011).

<sup>695</sup> Vgl. *Waitzer/Jaswal*, 47 *Osgoode Hall Law Journal* 457.

<sup>696</sup> Vgl. *Waitzer/Jaswal*, 47 *Osgoode Hall Law Journal* 459.

## 5.6 Rechtsvergleichende Analyse

Die Haftung von Leitungsorganen gewinnt angesichts der jüngsten wirtschaftlichen Entwicklungen immer mehr an Bedeutung. Bedingt vor allem durch Wirtschaftskrisen, wie unter anderem die letzte Finanz- und Wirtschaftskrise tritt die Thematik der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung somit verstärkt in den Vordergrund, da gerade in Verlust- und Insolvenzfällen ein besonderes Bedürfnis besteht, die Frage der Verantwortlichkeit zu klären. Anzumerken ist dazu, dass die Organhaftung in Österreich traditionell bislang eine eher untergeordnete Rolle gespielt hat, während es in Kanada – auch statistisch gesehen - eine weitaus größere Anzahl von Fällen gibt, in denen es zu einer tatsächlichen gerichtlichen Handhabung und schlussendlich auch zu einer Verurteilung von Leitungsorganen gekommen ist. Die Rate an Haftungsfällen ist dabei in Kanada sogar noch höher als in den USA.<sup>697</sup>

Als zentrale Normen, sowohl im Bereich des österreichischen als auch des kanadischen Haftungsrechts, gelten jene Bestimmungen, die festlegen, dass Vorstände bzw. Geschäftsführer nach § 84 AktG bzw. § 25 GmbHG sowie *directors* nach § 122 des *CBCA* bei der Geschäftsführung und sonstigen Ausübung ihrer Aufgaben, die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden haben. Das kanadische Recht spricht in diesem Zusammenhang von der *fiduciary duty* und *duty of care* und meint damit, dass *directors* **verantwortungsbewusst, loyal und im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln** haben sowie mit der Sorgfalt, der Gewissenhaftigkeit und den Fähigkeiten, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde.<sup>698</sup> Bei dem genannten Sorgfaltsmaßstab kommt es demnach nicht auf die subjektiven Kenntnisse und Fähigkeiten des jeweiligen Vorstandsmitgliedes an, sondern vielmehr hat das Organmitglied sich entsprechend der **Maßfigur** eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu verhalten – es wird demnach ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** angelegt.<sup>699</sup> Andererseits hat das jeweilige Leitungsorgan jedoch auch für das Vorhandensein der nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche für die Erfüllung seiner Leitungsaufgaben erforderlich sind, einzustehen. Das Fehlen dieser erforderlichen

---

<sup>697</sup> Vgl. Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>698</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 53.

<sup>699</sup> Vgl. *Haberer*, *Corporate Governance* (2003) § 27 Rz 34.

Kenntnisse kann ihm demnach zum Vorwurf gemacht werden.<sup>700</sup> Es greift hierbei jedoch nicht bei allen Leitungsorganen derselbe Sorgfaltsmaßstab. Der Sorgfaltsmaßstab ist vielmehr von Situation zu Situation unterschiedlich und nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu konkretisieren, wobei speziell auf die Art, die Größe<sup>701</sup>, die Branche,<sup>702</sup> sowie auf die Marktposition des jeweiligen Unternehmens<sup>703</sup> abzustellen ist. Es gibt demnach keinen allgemein gültigen Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters, da stets auf die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse des Unternehmens und auf das jeweilige übernommene Ressort des Vorstandsmitgliedes abzustellen ist (**relative Komponente des Sorgfaltsmaßstabs**).<sup>704</sup> Der Sorgfaltsmaßstab ist somit ein **objektiv-normativer Maßstab**, der in relativer Weise immer an den **tatsächlichen Verhältnissen** des Unternehmens zu **konkretisieren** ist.

In Bezug auf Kapitalgesellschaften - in ihrer Eigenschaft als Körperschaften des Privatrechts sowie als juristische Personen - ist dazu festzuhalten, dass auch die kanadische *corporation* stets als eigenständiger Rechtsträger anzusehen ist, welcher unabhängig von der Rechtspersönlichkeit seiner Mitglieder besteht (Ratio der Entscheidung: *Salomon v. Salomon & Co.* (1897), „*A corporation is a legal entity distinct from its shareholders – therefore, shareholders are not liable for the corporation’s debts/obligations*“). Im kanadischen Gesellschaftsrecht ist dazu der beschriebene Grundsatz des *corporate veil* zu beachten, nachdem eine Gesellschaft als eigenständige Rechtsperson, alleine für ihre Schulden verantwortlich ist, andererseits aber auch ihr alleine der erwirtschaftete Gewinn zusteht. Dieser Grundsatz wird im Rahmen dieser Arbeit erörtert, ist jedoch vor allem in Zusammenhang mit der Gesellschafterhaftung von zentraler Bedeutung. Daraus ergibt sich, dass *shareholder* grundsätzlich nicht für die Handlungen ihrer Gesellschaft persönlich haftbar sind.<sup>705</sup> In bestimmten Situationen wird dieser Grundsatz jedoch durchbrochen – man spricht in diesem Zusammenhang auch davon den Deckmantel der Haftungsbeschränkung aufzuheben - „*to pierce or lift the corporate veil*“.<sup>706</sup> Problematisch ist hierbei jedoch, dass es keine einheitliche Regelung gibt, wann es zu einer derartigen Durchgriffshaftung kommt.

---

<sup>700</sup> Vgl. Schlosser, Organhaftung 30; Frotz, GesRZ 1982, 103f.

<sup>701</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 95; Schlosser, Organhaftung 28.

<sup>702</sup> Vgl. Rummel, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> Band II §§ 1293 - 1312 (2007) § 1299 Rz 2b; Schlosser, Organhaftung 28.

<sup>703</sup> Vgl. Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 2b; OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k = ecolex 2003/22.

<sup>704</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174.

<sup>705</sup> Vgl. Sarra/Davis, Corporate Insolvency 17.

<sup>706</sup> Vgl. Sarra/Davis, Corporate Insolvency 16f.

In Zusammenhang dazu ist auch Organhaftung iSd Haftung von Leitungs- und Überwachungsorganen einer Kapitalgesellschaft zu sehen. In Österreich wird dabei zwischen den beiden Haftungstypen der Innen- und Außenhaftung unterschieden. Bei der **Innenhaftung** handelt es sich um die in der Praxis weitaus häufigere Form der Organhaftung, bei der die einzelnen Organmitglieder gegenüber ihrer Gesellschaft haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Die maßgeblichen Normen finden sich dazu in den Bestimmungen des § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG, welche den Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer festlegen, sowie gleichzeitig im Falle eines Pflichtverstoßes die Voraussetzungen für deren Haftung determinieren. **§ 84 Abs 1 AktG** bzw **§ 25 Abs 1 GmbHG** normiert in diesem Zusammenhang eine **solidarische Haftung** aller Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer gegenüber ihrer Gesellschaft als Gesamtschuldnerin für all jenen Schäden, welche der Gesellschaft durch die rechtswidrige und schuldhafte Verletzung der den Leitungsorganen auferlegten Pflichten entstanden sind. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer nicht *per se* für Schäden haften, welche sie hervorgerufen haben. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Ablehnung der Erfolgshaftung.<sup>707</sup> Gehaftet wird demnach nur, sofern der Gesellschaft durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Organs ein Schaden entstanden ist. In Österreich gilt somit der Grundsatz der **Verschuldenshaftung**, als deren Voraussetzungen neben Schaden und Kausalität auch Rechtswidrigkeit und Verschulden des Vorstands bzw des Geschäftsführers gegeben sein müssen. Insofern stimmen die Haftungsvoraussetzungen von Leitungsorganen mit den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts überein. Im Gegensatz zur Innenhaftung betrifft die **Außenhaftung** Ansprüche Dritter, wie zB Ansprüche von **Gesellschaftern, Gläubigern** oder **sonstigen Dritten** gegenüber den Organen der Gesellschaft, welche infolge eines Fehlverhaltens der Organe Schadensersatz einfordern. Ausschlaggebend im Bereich der Außenhaftung ist, dass die verletzte Norm gerade den Schutz des Geschädigten bezwecken soll. Man bezeichnet dies als den „**persönlichen Schutzbereich der Norm**“. Im Bereich der Außenhaftung **fehlt** es dabei sowohl bei der AG als auch bei der GmbH an einer **ausdrücklichen gesellschaftsrechtlichen Regelung** zur Geltendmachung etwaiger Ersatzansprüche. Es existiert somit keine zentrale Norm als Anspruchsgrundlage, jedoch kommt grundsätzlich

---

<sup>707</sup> Vgl. OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 100ff.

eine Vielzahl von möglichen Anspruchsgrundlagen in Betracht.<sup>708</sup> Neben einzelnen spezialgesetzlichen Regelungen, wie zB in § 101 AktG (Haftung gegenüber den Gläubigern), kommt im Rahmen der Außenhaftung vor allem die Haftung aufgrund einer **Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB** (zB §§ 1311 ABGB iVm 69 IO oder iVm einem strafrechtlichen Schutzgesetze) in Betracht. Zusätzlich kann eine Außenhaftung auch wegen der **Verletzung sonstiger Regeln des allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzrechts** (zB § 1295 ABGB, Haftung als *falsus procurator* oder Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses als Fortentwicklung der *culpa in contrahendo*-Haftung) in Frage kommen. Für Aktionäre besteht überdies die Möglichkeit, sich auf den deliktischen Schutz ihrer Mitgliedschaftsrechte zu berufen. In Betracht kommt weiters eine Außenhaftung auf der Grundlage der schadenersatzrechtlichen Verantwortung aus einem **Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter**, aus besonderen Sorgfaltspflichten im Zwischenverhältnis zwischen Vertrag und Delikt sowie aufgrund anderer **spezialgesetzlicher Regelungen**.<sup>709</sup>

Für Kanada ist in Bezug auf die Organhaftung festzuhalten, dass generell zwischen drei verschiedenen **Kategorien von Delikten** unterschieden wird: *Absolute Liability Offences*, *Strict Liability Offences* und *Offences requiring proof of fault*. Die Einordnung einer Pflichtverletzung in eine dieser Deliktskategorien spielt dabei vor allem in Zusammenhang mit der Frage, ob sich das jeweilige Organ durch entsprechenden **due diligence-Nachweis**, dh durch den Nachweise mit gehöriger Sorgfalt gehandelt zu haben, weshalb ihm die Tat nicht vorgeworfen werden kann, von einer Haftung freibeweisen kann. Zusätzlich dazu sieht das kanadische Gesellschaftrecht zwei verschiedene **Haftungsarten** vor: die **direct liability** und die **indirect liability**. Erste betrifft unmittelbar den *director*, welcher durch Missachtung seiner Pflichten sowie unter Verletzung der gehörigen *duty of care* bzw *duty of loyalty* oder auch einer anderen Rechtsvorschrift einen Schaden verursacht hat. Bei der *indirect liability* geht es hingegen darum, dass ein *director* für Rechtsverletzungen der *corporation* verantwortlich gemacht wird.<sup>710</sup> Hierbei ist zu beachten, dass im kanadischen Gesellschaftsrecht eine Gesellschaft haftungsrechtlich für Delikte zur Verantwortung gezogen werden kann, welche durch ihre *directing minds* begangen werden. Es handelt sich dabei um Organe mit Entscheidungskompetenz, wie zB *directors*, aber auch Manager, Vorsteher und andere Personen, an die derartige Kompetenzen delegiert wurden. Sofern

---

<sup>708</sup> Vgl. Semler/Pelzer, Arbeitshandbuch § 9 Rz 172.

<sup>709</sup> Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 222.

<sup>710</sup> Vgl. Reiter, Directors' Duties<sup>3</sup> 292.

demnach ein *directing minds* der *corporation* eine unerlaubte Handlung begangen hat, kann es zu einer Haftung der Gesellschaft kommen. Zusätzlich kann es zu einer indirekten Haftung eines *directors* kommen, sofern die Gesellschaft eine Tat begeht, an welcher der jeweilige *director* teilnimmt bzw es unterlässt diese zu verhindern.<sup>711</sup>

Unabhängig von der Haftungsart und dem Deliktstyp kann jedoch festgehalten werden, dass der dem Haftungsrecht immanente Grundgedanke des angloamerikanischen Schadensersatzrechts vom dem des kontinentaleuropäischen Schadensersatzrechtes abweicht. Während das österreichische Recht den Gedanken der **Prävention** und des **Schadensausgleiches** in den Vordergrund stellt, fügt das kanadische Haftungsrecht diesen beiden Komponenten noch **Maßnahmen mit Strafcharakter** hinzu. In Kanada können demnach auch sogenannte *punitive damages*, dh Schadensersatzzahlungen mit Strafcharakter verhängt werden.<sup>712</sup>

Generell kann für die Organhaftung festgehalten werden, dass nach dem kanadischem Gesellschaftsrecht, wie auch nach dem österreichischem Gesellschaftsrecht, zwischen Innenhaftungsansprüchen - für die Haftung von Leitungs- und Aufsichtsorganen gegenüber der Gesellschaft - und Außenhaftungsansprüchen gegenüber Dritten unterschieden wird. Im Gegensatz zu Österreich spielt die Innenhaftung in Kanada jedoch eine eher untergeordnete Rolle. Als zentrale Anspruchsgrundlagen im kanadischen Gesellschaftsrecht kommen hierbei die Normen des § 118 Abs 1 und Abs 2 des *CBCA*, sowie die Bestimmungen des § 119 und § 131 des *CBCA*, als auch die Rechtsbehelfe des § 239 und § 241 des *CBCA* in Betracht. **§ 118 Abs 1 des *CBCA***<sup>713</sup> ordnet dazu eine solidarische Haftung der *directors*, welche eine Aktienausgaben für eine nicht in Geld bestehende Gegenleistung angeordnet haben, gegenüber ihrer Gesellschaft an und zwar für den Betrag, um den die erhaltene Gegenleistung geringer war, als der tatsächlich in Geld bestehende Gegenwert, den das Unternehmen erhalten hätte, sofern Anteil zum Zeitpunkt der Beschlussfassung gegen Geld ausgegeben worden wären. Weiters sieht **§ 118 Abs 2 des *CBCA*** vor, dass *directors* der Gesellschaft gegenüber für bestimmte ausgezahlte Beträge gesamtschuldnerisch haften, sofern diese ausgezahlt wurden, obwohl die Gesellschaft nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt.

---

<sup>711</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 298f.

<sup>712</sup> Vgl. *Möhrle*, D&O-Versicherung 4.

<sup>713</sup> Vgl. § 118 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html> .

Im Gegensatz zu dieser Haftung der *directors* gegenüber der Gesellschaft, normiert § 119 des *CBCA* eine Haftung der Leitungsorgane gegenüber den Angestellten der *corporation*. **§ 119 Abs 1 des CBCA** sieht in diesem Kontext vor, dass *directors* den Mitarbeiter ihrer *corporation* gegenüber gesamtschuldnerisch bzw solidarisch für sechs Monate nicht übersteigende Lohnzahlungen haften. Während die Bestimmungen des § 118 und § 119 des *CBCA* somit die Voraussetzungen festlegen, nach denen es zu einer Haftung der *directors* kommt, besteht nach § 123 Abs 4 und 5 des *CBCA*<sup>714</sup> die Möglichkeit sich von einer derartigen **Haftung „freizubeweisen“**, sofern einem *director* der Nachweis gelingt, dass er sich entsprechend seinen Pflichten nach § 122 Abs 1 und Abs 2 des *CBCA* verhalten hat und zudem sorgsam, sowie mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten gehandelt hat, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde. Ausgeführt wird dazu, dass es weiters zu keiner Haftung kommt, sofern ein *director* in **gutem Glauben** auf:

- (a) den Jahresabschluss der Gesellschaft, welcher ihm seitens eines *officers* oder in Form eines schriftlichen Berichts des Abschlussprüfers dargelegt wurde, oder
- (b) den Bericht einer Person, deren Beruf eine gewisse Glaubwürdigkeit mit sich bringt, gehandelt hat.

Als weitere haftungsrechtliche relevante Bestimmung befasst sich **§ 131 des CBCA** mit dem Verbot des Insiderhandels (*Insider Trading*), nach dem das Ausnützen der Stellung bzw der Kenntnisse einer Person in und über Unternehmen sanktioniert wird, sofern diese Person Insiderhandel betreibt, indem sie eine Wertpapierorder - unter Ausnützung von Insiderinformationen, welche weder den *shareholdern* noch der Öffentlichkeit bekannt sind - erteilt oder auslöst.<sup>715</sup> § 131 Abs 4 und Abs 5 des *CBCA* sehen dazu vor, dass sowohl *Insider* einer *distributing corporations* als auch einer *non-distributing corporations* zivilrechtlich, einerseits den Gesellschaftern sowie dritten Personen, die einen direkten Schaden erlitten haben, als auch andererseits der Gesellschaft gegenüber haftungsrechtlich verantwortlich sind. Nach § 131 Abs 5 des *CBCA* ist demnach der *Insider* einerseits der Gesellschaft gegenüber für jeden Nutzen bzw Vorteil, welchen er aus der Transaktion gezogen hat, haftbar. Zusätzlich sieht § 131 Abs 4 des *CBCA* aber auch vor, dass der *Insider* auch einer dritten Person, welche einen direkten Schaden aus dem Kauf bzw Verkauf der Wertpapiere bzw der Transaktion erlitten hat, haftbar ist, sofern der *Insider*

---

<sup>714</sup> Vgl. § 123 Abs 4 und 5 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>

<sup>715</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 27.

unter Ausnützung wesentlicher, vertraulicher und öffentlich nicht bekannter Informationen gehandelt hat, die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen.<sup>716</sup> Wie im Falle des § 118 und § 119 des *CBCA* steht jedoch auch hier dem *Insider* die Möglichkeit offen, sich durch den Nachweis zu verteidigen, dass er vernünftiger Weise annehmen durfte, dass die entsprechenden Informationen allgemein bekannt waren bzw nachweist, dass dem Käufer bzw Verkäufer der Wertpapiere die gegenständlichen Informationen bekannt waren bzw vernünftiger Weise bekannt hätte sein müssen.<sup>717</sup> Im Kontext der Organhaftung ist weiters zu erwähnen, dass die nach **kanadischem Gesellschaftsrecht** gegen *directors* zur Verfügung stehende Liste an **Rechtbehelfen** (*remedies*) weitaus länger ist als in Österreich. Zusätzlich zu der Möglichkeit, dass die Gesellschaft selbst gegen ihre *directors*, welche ihre *fiduciary duty* bzw *duty of care* verletzt bzw entgegen den Bestimmungen des § 122 des *CBCA* gehandelt haben vorgeht, bestehen demnach nach kanadischem Recht ausdrücklich festgeschriebene Rechtsbehelfe (*remedies*) für dritte Personen, wie zB für Gesellschafter (*shareholders*), Angestellte (*employees*), Gläubiger (*creditors*) oder auch für andere Anspruchsberechtigte (*other stakeholders*). Festgestellt werden kann somit, dass die Haftungsbestimmungen in Kanada und Österreich in ihren Grundzügen ähnlich sind, die nach kanadischem Gesellschaftsrecht gegen *directors* zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen jedoch **vielfältiger** sind als in Österreich. Zu nennen ist hierzu die **oppression remedy** gemäß § 241 des *CBCA*, nach der Dritte gegen den *board of directors* vorgehen können, sofern dieser in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt hat.<sup>718</sup> Als weiterer Rechtsbehelfe ist die **derivative action bzw derivative suit** von zentraler Bedeutung nach der Dritte, wie beispielsweise *shareholder*, die einen direkten und über den Schaden der Gesellschaft hinausgehenden Schaden erlitten haben, im Namen der Gesellschaft eine Verpflichtung der *directors* gegenüber der Gesellschaft einklagen können. Eine Besonderheit des angloamerikanischen Rechtskreises stellt dabei die sogenannte **shareholder derivative suit** dar. Es handelt sich dabei um eine Art Prozessstandschaft, bei der *shareholder* Schadensersatzansprüche im Namen der Gesellschaft geltend machen. Prozessualer Ablauf ist dazu, dass der *shareholder* das Leitungsorgan der Gesellschaft auf Leistung an die Gesellschaft aus einem Recht der Gesellschaft klagt. Voraussetzung ist dazu, dass die Gesellschaft bzw das

---

<sup>716</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 29.

<sup>717</sup> Vgl. *Gerhart* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 169.

<sup>718</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 75f.

zuständige Organ den Anspruch nicht von sich aus einklagt.<sup>719</sup> Mit dieser Klagemöglichkeit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Aufsichtsrat den Vorstand seiner eigenen Gesellschaft idR höchst selten klagt. Um jedoch vorab eine rechtsmissbräuchlichen Verwendung zu unterbinden, wurde in Kanada die *contemporaneous ownership rule* bzw *continuing ownership rule* entwickelt. Diese sieht vor, dass *shareholder* ihre Aktien während des gesamten Verfahrens weiter behalten müssen und auch alle sonstigen Rechtsmöglichkeiten (zB Aufforderung an den *board of directors* zur Klageerhebung) ausgeschöpft wurden.<sup>720</sup>

Als weitere Klagemöglichkeiten sieht das angloamerikanische Rechtssystem noch die sogenannte *direct action* vor, bei welcher der jeweilige geschädigte Aktionäre, der einen unmittelbaren Schaden erlitten hat, selbst klagen kann. Abschließend sei noch die sogenannte *class action* erwähnt, bei der eine Person bzw eine Personengruppe für eine größere Gruppe gemeinschaftliche Interessen einklagen kann. Voraussetzung ist dazu, dass diese Personen ein gleichartiges Recht bzw ein Recht aus einem gleichartigen Sachverhalt einklagen oder dieses gegen sie eingeklagt wird.<sup>721</sup> Ein daraus resultierendes Urteil ist stets für die gesamte *class* bindend, dh für alle, die von ihrem grundsätzlich bestehenden *opting-out*-Recht keinen Gebrauch gemacht haben. Sie können somit dieselbe Klage nicht nochmals erheben (*res judicata*-Wirkung).

Während das kanadische Gesellschaftsrecht somit zahlreiche, auch gesetzlich verankerter Rechtsbehelfe, wie zB die *oppression remedy* gemäß § 241 des *CBCA* oder die (*shareholder*) *derivative derivative suit* nach § 239 des *CBCA* zur Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen bereithält, sind in Österreich vor allem die Kompetenzregelungen für die Geltendmachung derartiger Haftungsansprüche oftmals hinderlich. Im Falle der AG ist demnach Gläubiger des Ersatzanspruchs und somit aktivlegitimiert zur Prozessführung gegen den Vorstand zwar stets die Gesellschaft gemäß § 84 AktG.<sup>722</sup> Zuständig für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gegen das bzw die beklagten Vorstandsmitglied(er) ist jedoch grundsätzlich der Restvorstand<sup>723</sup> aufgrund seiner allgemeinen Vertretungsbefugnis gegenüber der Gesellschaft. Alternativ

---

<sup>719</sup> Vgl. Möhrle, D&O-Versicherung 3ff; Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 506.

<sup>720</sup> Vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 506f.

<sup>721</sup> Vgl. Hay in Assmann/Bungert, Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts 559f.

<sup>722</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/121.

<sup>723</sup> Es handelt sich dabei um die nicht beklagten Vorstandsmitglieder in vertretungsbefugter Zahl, welche ohne das bzw die in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieder zu handeln haben.

kann gemäß § 97 Abs 1 AktG im Falle des Vorliegens eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses die Geltendmachung des Ersatzanspruches auch durch den Aufsichtsrat erfolgen. Sofern Ersatzansprüche gegen alle Vorstandsmitglieder geltend gemacht werden, stellt dies auch die einzige Möglichkeit zur Geltendmachung eines Ersatzanspruches dar.<sup>724</sup> Im Gegensatz zu der vorher erläuterten Ansicht, nach welcher eine primäre Zuständigkeit des Restvorstandes zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen besteht, vertritt ein Teil der Lehre<sup>725</sup> die Meinung, dass die Kompetenz zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen die Vorstandsmitglieder stets in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates fällt. Gegen diese Ansicht wird vorgebracht, dass dem Aufsichtsrat gemäß § 97 Abs 1 AktG nur dann eine Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft zukommt, sofern es um den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern geht. Haftungsansprüche sind von der Bestimmung des § 97 Abs 1 AktG jedoch nicht erfasst. Nach Ansicht von *Feltl* in *Ratka/Rauter* besteht in diesem Zusammenhang auch keine Gefahr in Bezug auf Interessenskonflikte der einzelnen Vorstandsmitglieder bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern, da die Hauptversammlung stets im Falle der Unterlassung der Geltendmachung von Ersatzansprüchen seitens des Restvorstandes bzw bei Zweifeln an der Objektivität des Restvorstandes, jedenfalls dem Aufsichtsrat die Geltendmachung der Ersatzansprüche auftragen kann.<sup>726</sup> Sofern durch einen Beschluss der Hauptversammlung die Zuständigkeit des Aufsichtsrates festgelegt wurde, wird dadurch jedenfalls die Kompetenz des Restvorstandes in Hinblick auf die Geltendmachung etwaiger Ersatzansprüche verdrängt.<sup>727</sup>

Neben dem Klagerecht der Gesellschaft nach § 84 AktG sieht § 134 AktG vor, dass auch eine Aktionärsminderheit, welche zusammen oder alleine zumindest 10 % des Grundkapitals ausmacht, Ersatzansprüche geltend machen kann. Dies ist vor allem in jenen Konstellationen von Bedeutung, in denen der Vorstand von einer Aktionärsmehrheit „geschützt“ wird. § 134 AktG sieht dazu vor, dass die Gesellschafter der Gesellschaft zustehenden Anspruch geltend gemacht können. Die Aktionäre machen hierbei demnach formell einen Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen, dh im Namen der Minderheit gelten, wobei sie materiell gesehen aber auf Rechnung der Gesellschaft handeln. Hierbei

---

<sup>724</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/384.

<sup>725</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/428f.

<sup>726</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/385.

<sup>727</sup> Vgl. *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/387.

ist zu beachten, dass stets die Gesellschaft den eingeklagten Betrag erhält und diesen an die Aktionäre verteilt.<sup>728</sup> § 134 Abs 1 AktG sieht somit einerseits vor, dass eine Aktionärsminorität, deren Anteile zumindest 10% des Grundkapitals erreicht einen Ersatzanspruch geltend machen kann, sofern die behaupteten Ansprüche nicht offenkundig unbegründet sind. Für in einem Prüfungsbericht festgestellte Tatsachen, aus denen sich Ersatzansprüche gegen die Aktionäre, sowie gegen Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats ergeben, genügt nach § 134 Abs 1 AktG auch eine Minorität, deren Anteile lediglich 5 % des Grundkapitals erreicht. Die Bestimmungen des AktG sehen weiters vor, dass die Minoritätsaktionäre bereits drei Monaten vor der Hauptversammlung über 10 % bzw 5 % des Grundkapitals verfügen müssen und ihre Aktien gemäß § 135 AktG auch während der Dauer des Rechtsstreits grundsätzlich nicht veräußern dürfen. Zusätzlich sieht § 134 Abs 2 AktG auch die Möglichkeit vor, dass eine Aktionärsminorität die gerichtliche Bestellung eines besonderen Prozessvertreters vorschlagen kann, sofern die vorgebrachten Ansprüche als nicht offenbar unbegründet anzusehen sind.<sup>729</sup>

Ähnlich ist die Rechtslage nach § 25 GmbHG, wonach lediglich die Gesellschaft selbst zur Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Geschäftsführung berechtigt und demnach zur Prozessführung aktivlegitimiert ist.<sup>730</sup> Als Voraussetzung für die Geltendmachung des Haftungsanspruches sieht § 35 GmbHG das Vorhandensein eines Gesellschafterbeschlusses vor, wobei diese Bestimmung nach § 35 Abs 2 GmbHG als zwingend anzusehen ist.<sup>731</sup> Eine Ausnahme vom Erfordernis des Vorliegens eines Gesellschafterbeschlusses wird nach hA angenommen, sofern der Insolvenzverwalter in der Insolvenz der Gesellschaft den Geschäftsführer in Anspruch nimmt oder sofern eine Minoritätsklage nach § 48 GmbHG erhoben wird. Zusätzlich sieht § 301 Abs 3 GmbHG eine ausdrückliche Ausnahme von dem zwingenden Gebot der Vorliegens eines Gesellschafterbeschlusses vor, nach welcher der Aufsichtsrat im Namen der Gesellschaft ohne Gesellschafterbeschluss und sogar selbst gegen den Beschluss der Gesellschafter klagen kann, „wenn die Verantwortlichkeit eines seiner Mitglieder in Frage kommt“.<sup>732</sup>

---

<sup>728</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/389.

<sup>729</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/390.

<sup>730</sup> Vgl. Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 26; Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/211; OGH 4 Ob 2154/96k.

<sup>731</sup> Vgl. Rauter/Ratka in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/212.

<sup>732</sup> Vgl. Ratka/Rauter in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/213.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass es grundsätzlich umstritten ist, in wessen Kompetenz die Geltendmachung eines Ersatzanspruches gegen die Geschäftsführer fällt. Das GmbHG enthält dazu zwei Bestimmungen, die einander vom Wortlaut widersprechen: Einerseits sieht § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG vor, dass die Gesellschafter darüber beschließen können, wer als Vertreter der GmbH im Rahmen der Prozessführung tätig werden soll, sofern die GmbH weder durch den Aufsichtsrat noch durch die Geschäftsführer vertreten werden kann. Im Gegensatz dazu sieht § 301 Abs 2 GmbHG vor, dass der Aufsichtsrat zur Prozessführung zuständig ist, sofern die GmbH nicht jemand anderen, als besonderen Vertreter ausgewählt hat.<sup>733</sup> Nach hA<sup>734</sup> ist der Bestimmung des § 301 Abs 2 GmbHG Folge zu leisten, wonach die Gesellschafter grundsätzlich den Prozessvertreter frei wählen können; dies auch wenn ein Aufsichtsrat eingerichtet wurde. Anders sieht dies hingegen *Koppensteiner/Rüffler*<sup>735</sup>, welche von einer primären Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Prozessführung ausgehen. Weiters wird in diesem Kontext auch die Ansicht vertreten, dass die Gesellschaft durch die übrigen, nicht beklagten Geschäftsführer vertreten werden kann, sofern diese in ausreichender und damit vertretungsberechtigter Zahl vorhanden sind.<sup>736</sup> Für den Fall, dass in der GmbH kein Aufsichtsrat eingerichtet wurde, sind die sonstigen Geschäftsführer als Vertreter ihrer Gesellschaft jedenfalls zur Geltendmachung der Ersatzansprüche für die GmbH berechtigt, sofern die Gesellschafter keinen anderen besonderen Vertreter bestellt haben.<sup>737</sup>

Neben dem Klagerecht der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführer nach § 25 GmbHG, sieht § 48 GmbHG zusätzlich - wie auch § 134 AktG im Falle der AG – die Möglichkeit vor, dass eine Gesellschafterminderheit unter bestimmten Voraussetzungen Haftungsansprüche gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsführung geltend machen kann; diese jedoch nur dann, wenn die Gesellschaft nicht selbst tätig wird. Wie im Falle der AG, sieht § 48 GmbHG dabei vor, dass die Gesellschafter einen Anspruch der GmbH gegen den Geschäftsführern geltend machen, dh formell zwar im eigenen Namen, jedoch materiell gesehen auf Rechnung der Gesellschaft handeln.<sup>738</sup> Als Voraussetzung zur Geltendmachung eines Ersatzanspruches seitens der Minderheitsgesellschafter sieht § 48

---

<sup>733</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/217.

<sup>734</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig*, *Das österreichische GmbH-Recht* Band I<sup>2</sup> (1997) Rz 4/404.

<sup>735</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 301 Rz 6 und 7.

<sup>736</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/217.

<sup>737</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/218.

<sup>738</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/221; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 48 Rz 3ff.

GmbHG vor, dass die Gesellschafter zusammen mit einem Mindestanteil von 10 % am Stammkapital beteiligt sind oder ihre Stammeinlagen zusammengerechnet einen Nennbetrag von € 700.000,- ergeben.<sup>739</sup> Weiters muss der Antrag auf Verfolgung der Ansprüche durch einen Gesellschafterbeschluss abgelehnt bzw erst gar nicht behandelt worden sein.<sup>740</sup> § 48 Abs 3 GmbHG sieht zusätzlich vor, dass die an der Geltendmachung des Ersatzanspruches beteiligten Gesellschafter ihre Geschäftsanteile während der Dauer des Rechtsstreits grundsätzlich nicht veräußern dürfen, es sei denn die Gesellschaft stimmt zu.<sup>741</sup>

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass im Fall der Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen stets der die Gesellschaft vertretende Restvorstand bzw der Aufsichtsrat über Haftungsklagen gegen seinen eigenen Vorstand bzw gegen die Mitglieder der Geschäftsführung zu entscheiden hat. Problematisch ist hierbei vor allem der Umstand, dass der die Gesellschaft vertretende Restvorstand bzw der Aufsichtsrat oftmals selbst an der schadensbegründenden Handlung durch aktives Tun bzw Unterlassen mitgewirkt hat, weshalb er bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen eher zurückhaltend agieren wird. Dies, da im Falle eines Haftungsprozesses gegen die Vorstandsmitglieder bzw gegen die Mitglieder der Geschäftsführung stets auch seine Mitverantwortung wegen mangelhafter Überwachung des Vorstands bzw der Geschäftsführung geprüft wird. Ein nach § 134 AktG sowie nach § 48 GmbHG vorgesehenes Minderheitenrecht, nach dem einer 10%igen Minderheit das Recht zur Verfolgung nicht offenkundig unbegründeter Ansprüche zusteht, stellt hierbei mAn auch nur einen schwachen Ausgleich da.<sup>742</sup> Neben der Innenhaftung und deren Problemen bei der Durchsetzung ist für die Außenhaftung in Österreich festzuhalten, dass deren Geltendmachung eine eher untergeordnete Rolle spielt. Für Österreich ist in diesem Kontext auch die Norm des § 84 Abs 5 AktG<sup>743</sup> zu beachten, wonach ein Gläubiger der AG den Ersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen gegenüber dem Vorstand geltend machen können, sofern er von der AG keine bzw keine vollständige Befriedigung erlangen. Aus praktischer Sicht kommt es jedoch äußerst selten zu einer Geltendmachung

---

<sup>739</sup> Im Gesellschaftsvertrag können jedoch auch geringere Schwellenwerte festgesetzt werden.

<sup>740</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/220.

<sup>741</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/222.

<sup>742</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 70f.

<sup>743</sup> Systematisch handelt es sich bei § 84 Abs 5 AktG um eine Norm aus dem Bereich der Innenhaftung, welche vorsieht, dass Gläubiger den Ersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen gegenüber dem Leitungsorgan geltend machen können, sofern sie von der Gesellschaft keine oder keine vollständige Befriedigung erlangen können.

eines derartigen Ersatzanspruches seitens der Gläubiger, da im Hauptanwendungsbereich dieser Norm, nämlich in der Insolvenz der Gesellschaft, der Anspruch alleine durch den Masseverwalter geltend gemacht wird.<sup>744</sup> Insofern kann diese Regelung als zahllos angesehen werden.

Aus rechtsvergleichender Sicht würde demnach *de lege ferenda*, dh unter Bedachtnahme auf jenen Rechtszustand, der durch eine derartige Gesetzesänderung herbeigeführt werden kann, die Einführung einer dem kanadischen Vorbild der *oppression remedy*, nach der ein direktes sowie ausdrücklich gesetzlich verankertes Recht der Aktionäre bzw Gesellschafter, sowie auch anderer Anspruchsberechtigter besteht gegen die Mitglieder des Leitungsorgans vorzugehen, sofern diese in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt haben, als auch die Möglichkeit einer Angleichung des österreichischen Minderheitenrechts an eine dem kanadischen Vorbild der *shareholder derivative suit* entsprechenden Regelung, nach der auch ein einzelner *shareholder*, unabhängig von dem Vorliegen eines bestimmten Mindestanteils am Grund- bzw Stammkapital der Gesellschaft klageberechtigt ist, zu einer verstärkten Inanspruchnahme der Leitungsorgane sowie zu einer effektiveren Durchsetzung von Haftungsansprüchen im Fall einer rechtswidrigen und schuldhaften Pflichtverletzung beitragen. Dies wäre mAn auch in Österreich durchaus sinnvoll. Zusätzlich dazu würde ermöglicht werden, dass auch sonstige Dritte, wie zB gegenwärtige oder frühere *shareholder* iSv Minderheits- aber auch Mehrheitsgesellschafter, sowie *directors* und *officers* oder auch jede andere Person, welche von dem Gericht als dazu geeignet (*proper person*) angesehen wird, anspruchsberechtigt sind. Nichtsdestotrotz ist in Zusammenhang mit einem insofern vorgesehenen Minderheitenrecht auch die stets bestehende und latente Missbrauchsgefahr im Auge zu behalten. Angesichts einer Steigerung der Haftungsfälle wird mAn somit zukünftig auch die **D&O-Versicherung**, als **flankierende Maßnahme** zur Absicherung gegen derartige Haftungsrisiken an Bedeutung gewinnen.

---

<sup>744</sup> Vgl. Rießler, JBl 2011, 72.

## 6 HAFTUNG IN INSOLVENZFÄLLEN

### 6.1 Einleitung

Die Insolvenz von Unternehmen stellt weltweit ein bedeutendes Problem dar, dem auch die Kapitalgesellschaften verschiedener Länder ausgesetzt sind. Der Begriff der Insolvenz bezeichnet die Situation eines Schuldners, seine Zahlungsverpflichtungen und Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern nicht bzw nicht mehr bedienen zu können. Grundsätzlich wird dabei zwischen zwei Insolvenzarten unterschieden:

- Insolvenz juristischer Personen und
- Insolvenz natürlicher Personen

Im folgenden Kapitel soll die Haftung von Leitungsorganen im Krisenstadium der AG bzw GmbH sowie der kanadischen *corporation* dargestellt werden, da gerade in der Insolvenz der Gesellschaft die Haftung von besonderer Bedeutung ist. Vor diesem Hintergrund gilt es im folgendem Kapitel die Frage zu beantworten, welche Verpflichtungen den Vorstand einer AG bzw den Geschäftsführer einer GmbH sowie den *director* einer *corporation* im Falle der Insolvenz treffen und welche haftungsrechtlichen Folgen eine Pflichtverletzung in der Insolvenz nach sich ziehen kann. Zu beachten ist dabei, dass gerade die **Gesellschaftsform der GmbH** oftmals die Liste der **Insolvenzstatistiken anführt**, weshalb es für die Geschäftsführer auch immer wichtiger wird, sich gegen derartige Haftungsrisiken abzusichern.<sup>745</sup>

**Tabelle: Internationale Insolvenzstatistik 2009**

Land	Unternehmensinsolvenzen 2009	Unternehmensinsolvenzen 2008	Veränderung in %
ÖSTERREICH <sup>7)</sup>	6.902	6.315	9,3%
BELGIEN	9.382	8.476	10,7%
DÄNEMARK	5.710	3.709	53,9%
DEUTSCHLAND <sup>7)</sup>	32.687	29.291	11,6%
FINNLAND	3.275	2.612	25,4%
FRANKREICH	53.299	49.743	7,1%
GRIECHENLAND	360	359	0,3%
GROßBRITANNIEN	19.077	15.535	22,8%

<sup>745</sup> Vgl. Binder in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/2.

Die Haftung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern - Österreich und Kanada im Vergleich

<b>IRLAND</b>	<b>1.406</b>	<b>773</b>	<b>81,9%</b>
<b>ITALIEN</b>	<b>9.255</b>	<b>7.523</b>	<b>23,0%</b>
<b>LUXEMBURG</b>	<b>698</b>	<b>595</b>	<b>17,3%</b>
<b>NIEDERLANDE</b>	<b>8.040</b>	<b>4.635</b>	<b>73,5%</b>
<b>NORWEGEN</b>	<b>5.013</b>	<b>3.637</b>	<b>37,8%</b>
<b>PORTUGAL</b>	<b>4.450</b>	<b>3.267</b>	<b>36,2%</b>
<b>SCHWEDEN</b>	<b>7.639</b>	<b>6.298</b>	<b>21,3%</b>
<b>SCHWEIZ</b>	<b>5.215</b>	<b>4.221</b>	<b>23,5%</b>
<b>SPANIEN</b>	<b>4.984</b>	<b>2.528</b>	<b>97,2%</b>
<b>GESAMT WESTEUROPA</b>	<b>177.392</b>	<b>149.517</b>	<b>18,6%</b>
<b>BULGARIEN</b>	<b>360</b>	<b>277</b>	<b>30,0%</b>
<b>ESTLAND</b>	<b>1.055</b>	<b>423</b>	<b>149,4%</b>
<b>KROATIEN</b>	<b>229</b>	<b>152</b>	<b>50,7%</b>
<b>LETTLAND</b>	<b>3.229</b>	<b>1.250</b>	<b>158,3%</b>
<b>LITAUEN</b>	<b>1.800</b>	<b>957</b>	<b>88,1%</b>
<b>POLEN</b>	<b>662</b>	<b>425</b>	<b>55,8%</b>
<b>RUMÄNIEN</b>	<b>13.543</b>	<b>11.005</b>	<b>23,1%</b>
<b>SLOWAKEI</b>	<b>1.062</b>	<b>849</b>	<b>25,1%</b>
<b>SLOWENIEN</b>	<b>448</b>	<b>680</b>	<b>-34,1%</b>
<b>TSCHECHIEN</b>	<b>9.329</b>	<b>5.255</b>	<b>77,5%</b>
<b>UNGARN</b>	<b>12.663</b>	<b>9.455</b>	<b>33,9%</b>
<b>GESAMT OSTEUROPA</b>	<b>44.380</b>	<b>30.728</b>	<b>44,4%</b>
<b>JAPAN</b>	<b>13.306</b>	<b>12.681</b>	<b>4,9%</b>
<b>KANADA</b>	<b>5.420</b>	<b>6.164</b>	<b>-12,1%</b>
<b>USA</b>	<b>60.837</b>	<b>43.546</b>	<b>39,7%</b>

\*) inkl. Abgewiesenen Konkursanträgen

Anmerkung: Aufgrund der unterschiedlichen Insolvenzgesetzgebungen sind diese Werte nur bedingt vergleichbar; KSV 1870 für das Jahr 2009, veröffentlicht unter <http://www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/2010-08/InternationaleINSStatistik09/index.html>

Abbildung 3 (Internationale Insolvenzstatistik 2009)

<b>Österreich: Insolvenzen nach Rechtsformen 2010<sup>*)</sup></b>	
<b>Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)</b>	1.541
Einzelunternehmen	1.350
Kommanditgesellschaft (KG)	275
Sonstige	251
offene Gesellschaft (OG)	32
Ausland	30
Verein	23
<b>Aktiengesellschaft (AG)</b>	18
Privatstiftung	2
<b>Gesamt</b>	<b>3.522</b>

\*) Insolvenzstatistik Österreich, KSV 1870 für das Jahr 2010, veröffentlicht unter [http://www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/2011-01/insstatistik2010/1295005601360\\_KSV1870\\_Insolvenzstatistik\\_Unternehmen-Private\\_Jahr2010.pdf](http://www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/2011-01/insstatistik2010/1295005601360_KSV1870_Insolvenzstatistik_Unternehmen-Private_Jahr2010.pdf)

*Abbildung 4 (Darstellung der österreichischen Insolvenzfälle des Jahres 2010 gegliedert nach Rechtsformen)*

Die Unternehmenskrise wird als Gefährdung, Bedrohung bzw Schädigung des Unternehmensbestandes definiert, welche entweder durch Sanierung überwunden werden kann oder andernfalls mit dem endgültigem Untergang des Unternehmens endet. Es handelt sich somit um einen Zustand, in dem ohne entsprechende Sanierungs- bzw Restrukturierungsmaßnahmen das Unternehmen gefährdet ist. Dementsprechend befindet sich eine Kapitalgesellschaft in der Krise, sofern sie gemäß § 66 IO als zahlungsunfähig, gemäß § 67 IO als überschuldet oder gemäß § 22 URG als reorganisationsbedürftig einzustufen ist.<sup>746</sup> Dies gilt es in weiterer Folge darzustellen.

Die Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft trifft in der Krisensituation eine bedeutende Verantwortung, welche spezifische Aufgaben sowie die Pflicht zur Insolvenzanmeldung mitumfasst und deren schuldhaft Verletzung haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich

---

<sup>746</sup> Vgl. Binder in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/1.

ziehen kann.

## 6.2 Österreich

Wie bereits ausgeführt, spielt die Haftung von Leitungsorganen einer Kapitalgesellschaft vor allem in der Krise eine wichtige Rolle. In Österreich fehlt es dabei an einem koordinierenden Regelungsregime für das Gesellschafts- und Insolvenzrechts in Bezug auf die „Verhaltenspflichten in der Unternehmenskrise“. Vielmehr greifen mehrere parallel geschaltete „Krisenbegriffe“, an welche unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. Es geht dabei vor allem um Inneninformationen, sowie um die Sanierung von Unternehmen nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (URG).<sup>747</sup>

Die letzte wichtige Änderung in Österreich erfolgte in diesem Zusammenhang mit dem **Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010**<sup>748</sup> dessen Ziel eine Novelle des Unternehmensinsolvenzrechts war.

Anstelle der bisherigen Zweiteilung in eine Konkursordnung (KO) und eine Ausgleichsordnung (AO) wurde mit dem IRÄG 2010 eine einheitliche und auf alle Insolvenzverfahren anzuwendende Insolvenzrechtsordnung (IO) geschaffen,<sup>749</sup> in der sowohl das Konkursverfahren als auch die Sanierungsverfahren enthalten sind. Umgesetzt wurde dies dadurch, dass der bisherige Ausgleich in ein Sanierungsverfahren umgestaltet und anschließend in die KO eingegliedert wurde. Es erfolgte eine Reihe von Umbenennungsvorgängen. In diesem Zusammenhang wurde die bisherige KO in die IO umbenannt, in welcher sie als solche weiterhin fortbesteht. Die schon seit 1934 existierende AO wurde mangels Bedeutung in der Praxis aufgehoben.<sup>750</sup>

Als wichtigste Bestimmung zur Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Organhaftung sei die Unterbindung der **Insolvenzverschleppung durch den Schuldner gemäß § 69 Abs 2 IO** genannt. Unter Insolvenzverschleppung im Allgemeinen wird die Verzögerung der Insolvenzantragstellung durch das antragspflichtige Organ verstanden. Diese Pflicht trifft bei der AG den Vorstand und bei der GmbH den Geschäftsführer, welche gemäß § 69 IO als „Schuldner“ bezeichnet werden. Diese Organe sind nach § 69 Abs 2 IO verpflichtet bei

---

<sup>747</sup> Vgl. *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznähe, SWI 2005, 437 (438).

<sup>748</sup> Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 – IRÄG 2010, BGBl. I Nr. 29/2010, 20.05.2010, Regierungsvorlage: 612 BlgNR 24. GP; Bericht des Justizausschusses: 651 BlgNR 24. GP.

<sup>749</sup> Vgl. *Jelinek*, Insolvenzrechtsreform 2010, wbl 2010, 377 (378).

<sup>750</sup> Vgl. *Gassner*, Die geplante Reform des Unternehmensinsolvenzrechts - ein Überblick zum IRÄG 2009, GeS 2009, 261 (262).

Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohne schuldhafte Verzögerung, spätestens aber binnen sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.<sup>751</sup>

In weiterer Folge werden nun die wichtigsten haftungsrechtlichen Bestimmungen der Insolvenzordnung sowie des Unternehmensreorganisationsgesetzes näher dargestellt:

## 6.2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

### 6.2.1.1 Insolvenzordnung

Die IO regelt in Österreich den Ablauf des Insolvenzverfahrens. Sie ist damit eine der wichtigsten Rechtsquellen im Rahmen des österreichischen Insolvenzrechts.

In diesem Zusammenhang wichtig zu erwähnen sind die Änderungen bzw Anpassungen des Insolvenzrechts im Zuge des IRÄG 2010, welches am 1. 7. 2010 in Kraft trat. Es handelt sich dabei um eine der umfangreichsten Änderung des österreichischen Insolvenzrechts in den letzten Jahrzehnten, da diese Reform auch das materielle Konkursrecht mitumfasst.<sup>752</sup> Die Bestimmungen des IRÄG 2010 betreffen nur Unternehmensinsolvenzen. Ziel des IRÄG 2010 ist es, Sanierungen vor dem Hintergrund der aktuellen Wirtschaftskrise zu erleichtern.<sup>753</sup> § 1 IO sieht dazu vor, die Bestimmungen der IO auf beide Varianten des Insolvenzverfahrens, dh sowohl auf das Konkursverfahren und als auch auf das Sanierungsverfahren, anzuwenden. Es kommt somit zu einigen terminologischen Anpassungen in der IO, andererseits wurden aber auch Regelungen aus der AO in die IO übernommen. Als wichtigste materielle Änderung in diesem Zusammenhang sei § 1 IO genannt, der besagt, dass ein **Insolvenzverfahren** einerseits – wie bisher - bei **Zahlungsunfähigkeit** bzw **Überschuldung durchzuführen** ist, ein **Sanierungsverfahren**, in Anlehnung an den bisherigen Ausgleich gemäß § 167 Abs 2 IO jedoch **bereits bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit** beantragt werden kann.<sup>754</sup>

### 6.2.1.2 Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)

Das Reorganisationsverfahren, welchem sich Unternehmen in der Krise bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu unterziehen haben, ist in den Bestimmungen des

---

<sup>751</sup> Vgl. § 69 Abs 2 IO.

<sup>752</sup> Vgl. *Kodek*, Von der KO zur IO: Das IRÄG 2010 im Überblick, ÖBA 2010, 498 (498).

<sup>753</sup> Vgl. *Kodek*, ÖBA 2010, 498.

<sup>754</sup> Vgl. *Kodek*, ÖBA 2010, 499.

Unternehmensreorganisationsgesetzes – kurz URG – näher geregelt. Bei der Unternehmensreorganisation an sich handelt es sich um betriebswirtschaftlich durchzuführende Maßnahmen, die zu einer Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage beitragen und somit auch eine nachhaltige Weiterführung des Unternehmens ermöglichen sollen.<sup>755</sup>

Grundsätzlich besteht zwar keine Pflicht zur Durchführung eines Reorganisationsverfahrens, jedoch besagt § 1 Abs 3 URG, dass *„Reorganisationsbedarf insbesondere bei einer vorausschauend feststellbaren wesentlichen und nachhaltigen Verschlechterung der Eigenmittelquote anzunehmen (ist)“*.

Bei Vorliegen **zweier Voraussetzungen - Eigenmittelquote unter 8 %** und einer **fiktiven Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren** - wird Reorganisationsbedarfs *ex lege* vermutet.<sup>756</sup> § 23 URG definiert in diesem Zusammenhang die Eigenmittelquote als jenen Prozentsatz, der sich - vereinfacht gesagt - aus dem Verhältnis von Eigenkapital und Bilanzsumme ergibt. § 24 URG bestimmt demgegenüber die fiktive Schuldentilgungsdauer als den Quotient des bilanziellen Fremdkapitals und dem *Cash Flow*. Bei Vorliegen dieser beiden Kennzahlen wird Reorganisationsbedarf widerlegbar vermutet.<sup>757</sup>

Grundsätzlich soll das Unternehmensreorganisationsverfahren bereits eingeleitet werden, wenn erkennbar ist, dass ernste wirtschaftliche Gefahren für die Gesellschaft bestehen und somit auch noch genügend Zeit besteht, um gezielte Reorganisationsmaßnahmen treffen zu können.

Hält das Gericht nach der Antragstellung den Reorganisationsbedarf für gegeben, so werden der Unternehmer bzw die Organe der Gesellschaft beauftragt binnen 60 Tagen einen Reorganisationsplan aufzustellen und vorzulegen, falls ein derartiger Plan dem Einleitungsantrag noch nicht angeschlossen sein sollte.<sup>758</sup> Danach wird durch einen eigens vom Gericht bestellten Reorganisationsprüfer innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt dieses Plans ein Gutachten erstellt. Je nach Beurteilung im Gutachten endet das Reorganisationverfahren entweder mit einer Aufhebung des Verfahrens nach § 12 URG oder mit dessen Einstellung nach § 13 URG. Hält der Reorganisationsprüfer den Plan

---

<sup>755</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/72; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*<sup>3</sup> § 25 Rz 46a.

<sup>756</sup> Vgl. *Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG: Keine Haftung bei außergerichtlicher Reorganisation* (1999) 44f; *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/74.

<sup>757</sup> Vgl. *Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG* 44f.

<sup>758</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/79.

demnach für erfolgsversprechend und fällt sein Gutachten positiv aus, so hebt das Gericht das laufende Reorganisationsverfahren mittels Beschluss auf und der Unternehmer kann in diesem Fall mit der Durchführung des Reorganisationsplanes beginnen. Hält der Prüfer den Reorganisationsplan hingegen für nicht durchführbar, so wird das Verfahren mit Beschluss eingestellt.<sup>759</sup>

## **6.2.2 Organschaftsrechtliche Pflichten und haftungsrechtliche Verantwortung des Vorstands bzw des Geschäftsführers**

Die Leitungsorgane österreichischer Kapitalgesellschaft treffen in der Krisensituation ihres Unternehmens bestimmte Handlungspflichten. Die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung umfasst dabei sowohl die Pflicht zur Insolvenzprüfung, als auch die Pflicht zur laufenden Sanierungsprüfung und zu einer Prognoseerstellung für die weitere Entwicklung der Gesellschaft. Konkret obliegt den Vorstandmitgliedern einer AG bzw den Geschäftsführern einer GmbH in der Krisensituation ihres Unternehmens, ab Kenntnis der Insolvenz, einerseits die weitere Verfolgung der Sorgfaltspflicht im Rahmen ihrer Unternehmensleitung, sowie die Einhaltung bestimmter Handlungspflichten nach der IO und nach den Bestimmungen des AktG bzw GmbHG, deren schuldhafte Verletzung haftungsrechtliche Folgen nach sich ziehen kann.<sup>760</sup>

### **6.2.2.1 Sorgfaltspflicht**

Wie bereits unter Punkt 4.2.2.1.3. und 4.2.3.1.3. ausgeführt, trifft das Leitungsorgan einer Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsführung und bei der sonstigen Ausübung seiner Aufgaben, die Pflicht mit der **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** zu handeln.<sup>761</sup> Die Vorstände bzw Geschäftsführer sind demnach verpflichtet, für ein rechtmäßiges Agieren des Unternehmens Sorge zu tragen. Diese Pflicht umfasst neben den oben genannte Verpflichtungen nach dem AktG und dem GmbHG auch Pflichten nach der IO, wie zB die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 69 Abs 2 IO<sup>762</sup> oder gemäß § 159 StGB, die Pflicht zur Vermeidung von Handlungen oder Unterlassungen, welche nach dem Kridastrafrecht pönalisiert sind.

---

<sup>759</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/83ff.

<sup>760</sup> Vgl. *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise – Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane<sup>2</sup> (2010) 188.

<sup>761</sup> Vgl. § 84 Abs 1 AktG und § 25 Abs 1 GmbHG.

<sup>762</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 191f.

Jedes Leitungsorgan einer AG bzw GmbH muss die Fähigkeit aufweisen, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft anhand der aus dem internen betriebswirtschaftlichen Rechnungswesen ermittelten **Zahlen und Daten selbstständig zu analysieren**, sowie die **Ursache von Fehlentwicklungen erkennen** zu können. Dies setzt einen funktionierenden Informationsfluss innerhalb des Unternehmens voraus, wobei die Leitungsorgane dabei für die Umsetzung einer entsprechenden ordnungsgemäßen Buchführung sowie für die Errichtung eines adäquaten internen Kontrollsystems verantwortlich sind.<sup>763</sup> Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund des unternehmerischen Ermessensspielraums das Eingehen von gewissen Risiken, wie zB die Expansion in neue fremde Märkte zulässig sein muss, wobei das wirtschaftliche Ziel der Gesellschaft stets im Auge behalten werden sollte.

Aus Sicht der Praxis ist eine sorgfältige und gewissenhafte Dokumentation des Entscheidungsprozesses, zB durch Aktenvermerke, schriftliche Aufzeichnungen der Korrespondenz zwischen den Geschäftsführern bzw Vorständen, durch Sitzungsprotokolle oder mittels Gedächtnisprotokollen, jedenfalls sinnvoll und zu empfehlen. Vor allem im Fall der späteren Geltendmachung von Haftungsansprüchen und zu deren Abwehr kann eine sorgfältige und gewissenhafte Dokumentation der *ex ante* zu beurteilenden Handlungen nach der Generalklausel iSd „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ für das Leitungsorgan vorteilhaft sein.

#### 6.2.2.2 Pflicht zur Insolvenzprophylaxe

Um eine Insolvenzbedrohung bzw den Sanierungsbedarf rechtzeitig erkennen zu können stellt das Gesellschaftsrecht den Leitungsorganen einer AG bzw GmbH einen gewissen Handlungsspielraum zur Verfügung, welcher großteils durch die Bestimmungen zur Führung eines betrieblichen Rechnungswesens sowie durch die gesellschaftsrechtlichen Insolvenzprophylaxebestimmungen determiniert ist. Unter Insolvenzprophylaxe versteht man ganz allgemein die Möglichkeit **Krisensymptome bzw -indikatoren rechtzeitig erkennen** zu können, sowie dadurch das entsprechende **Haftungsrisiko zu minimieren**.<sup>764</sup> Als Hauptanspruchsgrundlagen für eine derartige Haftung kommen § 25 GmbHG und § 84 AktG sowie die Bestimmung der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 69 IO in Betracht. Bedeutend in diesem Zusammenhang ist vor allem die ordnungsgemäße Führung eines Rechnungswesens, welches auf die aktuellen sowie zukünftigen

---

<sup>763</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 173.

<sup>764</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 219.

Unternehmensentwicklungen abzustimmen ist.<sup>765</sup> Gemäß § 82 AktG und § 22 Abs 1 GmbHG hat demnach das Geschäftsführungsorgan dafür Sorge zu tragen, dass ein **Rechnungswesen** und ein **internes Kontrollsystem** geführt wird, welches den Anforderungen des Unternehmens entspricht.<sup>766</sup> Dieses betriebliche Rechnungswesen sollte eine **zukunftsorientierte Planungsrechnung** sowie **Liquiditäts- und Rentabilitätsprognosen** umfassen.<sup>767</sup> Es greift somit auch die Pflicht der Leitungsorgane zur kontinuierlichen Kontrolle des Unternehmensfortbestandes, wodurch sich auch ein funktionierendes Krisenmanagement ausmachen lässt. Im Rahmen der Bilanzierung sind weiters bestimmte Maßnahmen zur Insolvenzprophylaxe vorgesehen. Darunter fallen - bei Vorliegen einer buchmäßigen Überschuldung - die Pflicht zur Erläuterung, ob gleichzeitig auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung gegeben ist, das Aufzeigen einer Prognose sowie einer Risikobeurteilung im Lagebericht zum Jahresabschluss sowie die Prüfung des *going-concern*-Prinzips.<sup>768</sup>

### 6.2.2.3 Insolvenzprüfungspflicht

Gemäß § 69 Abs 2 IO hat das Leitungsorgan einer Gesellschaft bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen den Insolvenzeröffnungsantrag zu stellen. Aus dieser Pflicht wird nach hA eine Verpflichtung zur **Prüfung** sowie zur **Feststellung des Vorliegens der Insolvenzeröffnungsgründe** abgeleitet. Diese umfasst auch die Pflicht zur Aufstellung der **Fortbestandsprognose** und des **Überschuldungsstatus** sowie eine allgemeine „Krisenverantwortung“ der Leitungsorgane.<sup>769</sup>

In der Praxis gebräuchlich und mAn oftmals auch sinnvoll ist die Beiziehung von externen Beratern und Fachleuten. Diese können, bedingt durch ihren neutralen Blickwinkel, etwaige Mängel im Rechnungswesen und bei den Sanierungsinstrumenten oft besser aufdecken und somit leichter ein den Umständen entsprechendes Prüfungsergebnis ermitteln. Eine in diesem Zusammenhang häufig gestellte Frage ist die, nach einer etwaigen Haftung derartiger externer Berater (Unternehmensberater, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte), welche einer Sanierungsprüfung beigezogen wurden. Der OGH hat dazu (mehrfach) entschieden, dass Rechtsanwälte und Steuerberater unter

---

<sup>765</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 219.

<sup>766</sup> Vgl. § 82 AktG und § 22 Abs 1 GmbHG.

<sup>767</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 219.

<sup>768</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 219f.

<sup>769</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 189.

Einhaltung der Bestimmungen des strengeren Sorgfaltsmaßstabes eines Sachverständigen (§ 1299 ABGB) nicht verpflichtet sind, die Richtigkeit der ihnen von den Klienten zur Verfügung gestellten Daten und Informationen in Zweifel zu ziehen, sofern keine erheblichen Anhaltspunkt zur Besorgnis der Unrichtigkeit bestehen.<sup>770</sup> Eine Analyse und Prüfung auf Plausibilität der zur Verfügung gestellten Daten ist somit vom Aufgabenbereich des Beraters umfasst. Zu einer Beraterhaftung kann es jedoch nur kommen, sofern auf Grundlage dieses Datenmaterials betriebswirtschaftlich oder rechtlich falsche Schlussfolgerungen gezogen werden.

Festzuhalten ist dazu auch, dass die Pflicht zur Insolvenzprüfung sowie zur Stellung eines Insolvenzantrags weiterhin eine **nicht übertragbare Verpflichtung** des Geschäftsleitungsorgans ist, deren Verletzung lediglich eine haftungsrechtliche Verantwortung dieser Organe nach sich ziehen kann.<sup>771</sup>

#### 6.2.2.4 § 69 IO – Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages

Ab Kenntnis der Insolvenz, sowie ab Kenntnis des Vorliegens der gesetzlichen **Voraussetzungen** trifft den Vorstand einer AG bzw den Geschäftsführer einer GmbH eine weitere **Handlungspflicht**: Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages.<sup>772</sup>

§ 69 Abs 2 IO sieht dazu vor: *„Liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 66 und 67) vor, so ist diese ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen. Schuldhaft verzögert ist der Antrag nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist.“*<sup>773</sup>

Zentrale Elemente im Falle einer Unternehmensinsolvenz sind dabei die Zahlungsunfähigkeit nach § 66 IO und die Überschuldung nach § 67 IO, welche neben der Insolvenzfähigkeit des Gemeinschuldners als zentrale Voraussetzungen für die Insolvenzeröffnung angesehen werden.<sup>774</sup> Anzumerken ist dazu, dass auch der Antrag auf Einleitung eines Sanierungsverfahrens bei Vorliegen dieser Voraussetzungen gestellt werden kann. Gemäß § 167 Abs 2 IO kann ein Antrag auf Einleitung eines

---

<sup>770</sup> Vgl. OGH 15.7.1999, 6 Ob 37/99 f und 24.2.2000, 6 Ob 235/99 y.

<sup>771</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 190.

<sup>772</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 191.

<sup>773</sup> Vgl. § 69 Abs 2 IO; gemäß § 69 Abs 2a verlängert sich diese Frist bei einer durch eine Naturkatastrophe (Hochwasser, Lawine, Schneedruck, Erdbeben, Orkan, Erdbeben oder ähnliche Katastrophe vergleichbarer Tragweite) eingetretenen Zahlungsunfähigkeit auf 120 Tage.

<sup>774</sup> Vgl. *Binder* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/6.

Sanierungsverfahrens jedoch auch bereits im Falle der bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit gestellt werden.

Der Begriff der **Zahlungsunfähigkeit** ist im Gesetz nicht näher definiert. Nach hM wird darunter jedoch verstanden, dass „*der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, (all) seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann*“.<sup>775</sup> Es handelt sich also typischerweise um ein **andauerndes Unvermögen** seine **fälligen Forderungen in angemessener Zeit zu begleichen**.<sup>776</sup> Künftig fällig werdende Verbindlichkeiten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.<sup>777</sup> Abzugrenzen von der Zahlungsunfähigkeit ist die bloß vorübergehende **Zahlungsstockung**, welche keinen Insolvenzeröffnungsgrund darstellt. Ob das Unvermögen die Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu begleichen lediglich vorübergehender oder andauernder Natur ist, ist dabei durch Prognoseentscheidung zu ermitteln. Wie lange Zahlungsschwierigkeiten dabei als eine lediglich vorübergehende Zahlungsstockung anzusehen sind, hängt stark von der Verkehrsausfassung ab und ist stets branchenspezifisch zu beurteilen.<sup>778</sup>

Von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen, ist der Begriff der Überschuldung. Anzumerken ist dazu, dass die **Überschuldung** nur bei juristischen Personen, bei eingetragenen Personengesellschaften, ohne persönlich haftende natürliche Person und bei Verlassenschaften einen Grund zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens darstellt. Auch die Überschuldung ist im Gesetz nicht legal definiert. Es handelt sich nach hM dabei um ein **Überwiegen der Passiven über die Aktiven**<sup>779</sup>, welches durch **zwei Elemente** gekennzeichnet ist:<sup>780</sup>

- 1) **Rechnerische Überschuldung / Negativer Überschuldungsstatus**, dh dass ein nach Liquidationswerten zu bewertendes Vermögen des Schuldners im Liquidationsfall nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen wird.
- 2) **Negative Fortbestehensprognose**, dh dass die Liquidation oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft wahrscheinlich ist; und

---

<sup>775</sup> Vgl. *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zur Konkursordnung (1999) § 66 Rz 5.

<sup>776</sup> Vgl. *Binder* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/8; Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 36.

<sup>777</sup> Vgl. *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall: insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) 16f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/376.

<sup>778</sup> Vgl. *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall 16f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/377.

<sup>779</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 106.

<sup>780</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/371; *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 107.

Diese beiden Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen.

Nach der gängigen Judikatur ist eine insolvenzrechtlich bedeutsame Überschuldung einer Kapitalgesellschaft nicht schon bei einem Überwiegen der Passiven über die Aktiven anzunehmen.<sup>781</sup> Die rein rechnerische Überschuldungsprüfung ist vielmehr durch eine Fortbestehensprognose zu ergänzen, in deren Rahmen mit Hilfe einer sorgfältigen Analyse der Verlustursachen, des Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen ist.<sup>782</sup> Der Fortbestehensprognose ist eine realistische Einschätzung der künftigen Erträge und Aufwendungen zugrunde zu legen. Weiters muss für eine positive Fortbestehensprognose die Zahlungsfähigkeit und damit Lebensfähigkeit des Unternehmens aufgrund einer solchen realistischen Zukunftserwartung zumindest mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein. Dies zeigt, dass zwischen dem Tatbestand der „Überschuldung“ und der „Zahlungsunfähigkeit“ insofern ein Zusammenhang besteht, als die Fortbestehensprognose als wesentlichen Faktor auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft abstellt. Geplante Sanierungsmaßnahmen sind in diese Prognose einzubeziehen, wobei naturgemäß die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Umsetzung dieser Sanierungsmaßnahmen eine Rolle spielt. Das bloße Inaussichtstellen derartiger Maßnahmen kann bei vernünftiger Betrachtung alleine kaum eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bewirken; hingegen wird eine vertraglich gesicherte Finanzierung, welche die erforderliche Liquidität für den Betrachtungszeitraum<sup>783</sup> absichert, mangels gegenteiliger Anhaltspunkte die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Umsetzung bzw. Durchsetzung zumindest indizieren.<sup>784</sup>

Der Überschuldungstatbestand ist somit zusammengefasst auf jene Fälle zu reduzieren, in denen die Lebensfähigkeit (und hier insbesondere: die Zahlungsfähigkeit) der Gesellschaft unter Bedachtnahme auf abgesicherte, und somit eingeleitete, Sanierungsmaßnahmen nicht hinreichend, das heißt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, gesichert ist. Dies ist zB der Fall, wenn eine rechnerische

---

<sup>781</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/21ff.

<sup>782</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/29f.

<sup>783</sup> Primärepronose mit anschließender Sekundärpronose, welche auf eine künftige langfristige Unternehmensentwicklung über einen Beobachtungszeitraum von etwa zwei bis drei Jahren abstellt.

<sup>784</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/30f.

Unterbilanz nicht durch eine geschätzte zukünftige positive Entwicklung ausgeglichen werden kann.

Mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist der insolvenzrechtlich relevante Sachverhalt und somit die **Insolvenzantragspflicht** des Vorstands bzw des Geschäftsführers jedenfalls verwirklicht, ohne dass es noch auf eine Fortbestehensprognose ankäme.

Für den Beginn der **60-Tage-Frist** wird weiters von der überwiegenden Mehrheit auf die positive Kenntnis des Leitungsorgans von der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung abgestellt.<sup>785</sup> Dieser Zeitpunkt liegt jedenfalls dann vor, sofern dem Schuldner die Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung klar erkennbar ist oder auch sofern das Vorliegen eines Insolvenzgrundes oder das negative Ergebnis einer durchgeführten Überschuldungsprüfung dem Schuldner durch einen Fachmann, wie zB einen Anwalt oder Steuerberater, mitgeteilt wird.<sup>786</sup> Kritisch entgegeng gehalten wird<sup>787</sup>, dass ein Abstellen auf die positive Kenntnis der Insolvenzgründe die Gefahr einer verspäteten Insolvenzantragstellung und somit einer Insolvenzverschleppung mit sich bringen kann. Dagegen gehalten werden kann jedoch, dass dies wohl als zu streng anzusehen ist, da ein sorgfältig handelnder Geschäftsleiter mit dem objektiven Vorliegen einer Insolvenz diese auch zeithnah erkennen und somit entsprechend handeln kann.

Innerhalb der vorgesehenen 60-Tage-Frist obliegt es dem Leitungsorgan Sanierungsmaßnahmen vorzunehmen, es handelt sich also sozusagen um die „letzte Chance“ des Vorstands oder Geschäftsführers Sanierungsmaßnahmen außerhalb eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens zu setzen. Sofern eine Sanierung durchgeführt wird, muss diese innerhalb der 60-Tage-Frist zu einer Beseitigung der Unternehmensinsolvenz führen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang noch, dass die 60-Tage-Frist nur bei Vorliegen von triftigen Gründen ausgeschöpft werden darf. Dies ist durch Prognose und Abwägung der Gläubigerinteressen festzustellen.<sup>788</sup>

Der hier einschlägige Bestimmung des § 69 IO stellt nach hL eine **Schutzgesetzbestimmung iSd § 1311 ABGB zugunsten der Gläubiger** dar. Es handelt sich also um eine Gesetzesregelung, die ein bestimmtes Verhalten ohne Rücksicht auf

---

<sup>785</sup> Vgl. *Baumbach/Lorenz/Hueck* (Hrsg.), GmbH-Gesetz<sup>18</sup> (2006) § 64 Rz 50; *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II<sup>4</sup> (2004) § 69 Rz 78.

<sup>786</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 192.

<sup>787</sup> Vgl. *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II<sup>4</sup> § 69 Rz 69 und 78.

<sup>788</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 193f.

seine Gefährlichkeit verbietet. Als Schutzzweck dieser Norm wird die **Verhinderung** einer weiteren **Schmälerung der Befriedigung der Gläubiger** angesehen.<sup>789</sup>

Verletzt ein Vorstand bzw ein Geschäftsführer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen **schuldhaft** - Fahrlässigkeit genügt - seine Pflicht, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, so **haften** er **den Gläubigern gegenüber direkt** für den dadurch entstandenen Schaden.<sup>790</sup> Das geschäftsführende Organ muss demnach, sobald es die Überschuldung der Gesellschaft erkannt hat, die Erfolgsaussichten einer Sanierung nach pflichtgemäßem Ermessen abschätzen sowie darüber entscheiden, ob nicht andere, weniger schwerwiegende Maßnahmen besser geeignet wären, die Schäden für die Gesellschaft und Gläubiger möglichst gering zu halten. Bei negativer Prognose ist sodann ein Insolvenzeröffnungsantrag nach § 69 IO zu stellen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die taxative Aufzählung des § 69 Abs 3 IO, nach dessen Wortlaut sich die Insolvenzantragspflicht ausdrücklich nur auf organschaftlichen Vertreter bezieht. Formell sind folglich bloß „**faktische Geschäftsführer**“, welche das Unternehmen tatsächlich leiten, ohne wirksam als Organe bestellt zu sein, somit nicht von der Pflicht zur Insolvenzantragstellung erfasst. Ungeachtet einer fehlenden Insolvenzantragsstellungspflicht kann diesen Personen dennoch eine (Mit-) Haftung drohen. Wie der OGH kürzlich ausgesprochen hat und wie es in der Lehre längst anerkannt wurde, wird eine Haftung des faktischen Geschäftsführers wegen verspäteter Insolvenzantragsstellung für den Fall bejaht,<sup>791</sup> dass dieser es unterlässt, bei den lediglich als Strohmännern vorgesehen, jedoch weiterhin unbeschadet handlungspflichtigen Leitungsorganen, auf eine Stellung des Insolvenzantrages hinzuwirken.<sup>792</sup> Auf eine allfällige Gesellschafterstellung des faktischen Geschäftsführers kommt es hierbei nicht an. Im Falle einer Verurteilung haftet der faktische Geschäftsführer dabei solidarisch neben dem tatsächlich und ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer. Abschließend sei noch anzumerken, dass auch Gesellschafter (neben Aufsichtsratsmitgliedern, Beiratsmitgliedern oder rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertretern) trotz Fehlens einer formellen Pflicht zur Insolvenzantragsstellung gemeinsam mit dem Leitungsorgan zur ungeteilten Hand

---

<sup>789</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 195.

<sup>790</sup> Vgl. *Adensamer/Oelkers/Zechner*, SWI 2005, 438.

<sup>791</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 35.

<sup>792</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/36.

haften können, dies sofern sie für einen Beschluss gestimmt haben, mit dem die Unterlassung der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung aufgetragen wurde.<sup>793</sup>

#### 6.2.2.5 Exkurs: Zahlungssperre ab Kenntnis der Insolvenz

Gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sowie nach § 84 Abs 3 Z 6 AktG darf der Geschäftsführer einer GmbH bzw der Vorstand einer AG ab dem Zeitpunkt des **Entstehens** seiner **Pflicht zur Insolvenzantragsstellung keine Zahlungen mehr leisten**; dies um eine **Schmälerung des Masse** zugunsten einzelner Gläubiger zu **verhindern**. Innerhalb der 60-Tage-Frist der Unternehmenssanierung sind weitere Maßnahmen zur Unternehmensführung zwar zulässig, wobei die zur Erhaltung und Fortführung des Unternehmens erforderlichen neuen Geschäfte innerhalb der Frist jedoch Zug-um-Zug abgewickelt werden sollten.<sup>794</sup>

Zur Kategorie der **unzulässigen Zahlungen** zählen beispielsweise die vorzugsweise Befriedigung einzelner Gläubiger, die nachträgliche Sicherstellung der Gläubiger sowie die Reduktion der Kreditverbindlichkeiten bei einer Bank.

**Zulässig** sind hingegen **Zahlungen**, welche auch noch ab dem kritischen Zeitpunkt, dh ab Eintritt der Insolvenzantragsstellungspflicht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes vereinbar sind. Darunter fallen etwa Zahlungen, durch welche es zur keiner Schmälerung der Insolvenzmasse kommt sowie Zahlungen, die nötig sind, um den sofortigen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebes zu verhindern.<sup>795</sup>

#### 6.2.3 Haftung des Vorstands bzw Geschäftsführers

Korrespondierend zu den allgemeinen Haftungsbestimmungen ist auch die Haftung des AG-Vorstands bzw des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz als reine Verschuldenshaftung anzusehen.<sup>796</sup> Die Tatsache, dass unternehmerische Handlungen bzw Entscheidungen nicht zum gewünschten Erfolg führen, ist somit nicht haftungsbegründend. Man unterscheidet in diesem Zusammenhang bei Vorständen bzw Geschäftsführer zwischen der:

- **Innenhaftung** nach § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG gegenüber der **Gesellschaft** wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung;

---

<sup>793</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/36.

<sup>794</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 196.

<sup>795</sup> Vgl. *Binder in Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/47.

<sup>796</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/444.

- **Außenhaftung** nach § 69 Abs 2 IO gegenüber den **Gläubigern**, da es sich bei der Pflicht zur Insolvenzantragsstellung um ein **Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger** nach § 1311 ABGB handelt.

#### 6.2.3.1 § 69 Abs 2 IO – Haftung wegen Insolvenzverschleppung

Gemäß § 69 Abs 2 IO haben die Vorstände einer AG bzw der Geschäftsführer einer GmbH, als gesetzliche Vertreter ihrer Gesellschaft bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhafte Verzögerung, spätestens jedoch binnen sechzig Tagen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.<sup>797</sup> Zu einer Insolvenzverschleppungshaftung des Vorstands bzw des Geschäftsführers nach § 69 Abs 2 IO kommt es dann, wenn ein **Insolvenzantrag zu spät**, dh nicht innerhalb der 60-Tag-Frist ab Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt wurde und auch die übrigen **schadensersatzrechtlichen Voraussetzungen** (Schaden, Verursachen, Rechtswidrigkeit und Verschulden) vorliegen.<sup>798</sup> **Fahrlässigkeit** reicht hierbei zur Haftungsbegründung aus. Der geschädigte Gläubiger hat dabei das Vorliegen eines Vermögensschadens sowie dessen Verursachung durch das Leitungsorgan zu beweisen, wohingegen der Vorstand bzw der Geschäftsführer nachzuweisen hat, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehandelt hat, ihn deshalb kein Verschulden trifft und der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre.

Unterschieden wird in diesem Zusammenhang zwischen **Ansprüchen von Alt- und Neugläubigern**. Als Altgläubiger<sup>799</sup> werden dabei Gläubiger angesehen, deren Forderungen vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzantragstellungspflicht bereits bestanden haben. Neugläubiger<sup>800</sup> sind im Gegensatz dazu Gläubiger, deren Forderungen erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sind.<sup>801</sup> Im Falle der schuldhaften Insolvenzverschleppung haftet der Vorstand bzw Geschäftsführer nach hL den **Altgläubigern** für jenen Betrag, den diese bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags über die tatsächlich erlangte Quote hinaus zugewiesen bekommen hätten. Die Differenz zwischen dem Betrag, den die Gläubiger bei rechtzeitiger Insolvenzeröffnung erhalten hätten und dem Betrag, welchen sie schlussendlich tatsächlich erhalten haben, wird als **Quotenschaden**

---

<sup>797</sup>Vgl. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/446.

<sup>798</sup>Vgl. Jauffer, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 204.

<sup>799</sup>Vgl. Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall 52f

<sup>800</sup>Vgl. Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall 58f.

<sup>801</sup>Vgl. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/451.

bezeichnet.<sup>802</sup> Den Altgläubigern steht dieser Quotenschaden jedenfalls zu, da sie dadurch geschädigt wurden, wegen verspäteter Anmeldung der Insolvenz eine bloß geringere Quote erhalten zu haben, als bei rechtzeitiger Insolvenzantragsstellung.<sup>803</sup> Es handelt sich also um den Differenzbetrag zwischen der tatsächlichen Insolvenzquote und der hypothetischen Insolvenzquote bei zeitgerechter Antragsstellung.<sup>804</sup> Die Geltendmachung dieses Anspruchs spielt in der Praxis jedoch kaum eine Rolle, da seine Berechnung oftmals äußerst schwierig ist.

In Hinblick auf den Umfang des Schadensersatzanspruches der **Neugläubiger** ist die Rechtslage strittig. Ein Teil der Lehre vertitt die Ansicht, dass auch der Ersatzanspruch der Neugläubiger auf den Ersatz der Quotenverschlechterung, dh auf den Differenzbetrag der tatsächlichen Insolvenzquote und der hypothetischen Quote der Insolvenzeröffnung unmittelbar nach dem Erwerb der Forderung, beschränkt ist.<sup>805</sup> Demgegenüber vertritt vor allem die jüngere Judikatur<sup>806</sup> - so auch *Schauer*<sup>807</sup> - die Ansicht, dass den Neugläubigern zusätzlich zum Ersatz des **Quotenschadens** auch der **Ersatz des darüber hinausgehenden Vertrauensschadens** zusteht (negatives Vertragsinteresse).<sup>808</sup> Sie sind so zu stellen wie sie stehen würden, wenn sie mit der Gesellschaft nie kontrahiert hätten. Ihnen gebührt dabei der Ersatz des Vertrauensschadens, da sie nach hL als besonders schutzwürdig angesehen werden.<sup>809</sup> Es handelt sich um eine Entschädigung dafür, dass der Neugläubiger auf das gültige Zustandekommen des Vertrages vertraut hat. Er ist so zu stellen, wie er ohne das Vertrauen darauf bzw ohne den Irrtum stehen würde. Anzumerken ist jedoch, dass der Vertrauensschaden nur bis zur Höhe des hypothetischen Erfüllungsinteresses ersetzt wird - er ist daher durch dieses begrenzt. Typische Vertrauensschäden sind zB nutzlose Aufwendungen für die Vorbereitung eines nicht bzw nicht gültig zustande gekommenen Vertrages sowie die Kosten der dazugehörigen Vertragserrichtung. Bei Vorliegen von grober Fahrlässigkeit ist stets auch der entgangene

---

<sup>802</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 313; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/452.

<sup>803</sup> Vgl. *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG 36.

<sup>804</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/452; der Quotenschaden wird auch als Quotenverringerung bezeichnet; es handelt sich dabei um jenen Differenzbetrag zwischen fiktiver Quote bei rechtzeitiger Insolvenzanmeldung und der tatsächlich erzielten Quote.

<sup>805</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 38.

<sup>806</sup> Vgl. dazu OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (*Schopper*); 10 Ob 96/07a, eolex 2008/148 (*Friedl*); OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, eolex 1998, 327 = RdW 1998, 191.

<sup>807</sup> Vgl. *Schauer* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 34 Rz 81.

<sup>808</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 317ff; *Schauer* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 34 Rz 81; siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 38.

<sup>809</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/454; *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG 37.

Gewinn wegen der Versäumung von Alternativgeschäften zu ersetzen. Anzumerken ist weiters, dass nach der aktuellen Judikaturlinie<sup>810</sup> auch bereits **ausgeschiedene Leitungsorgane** für spätere, von ihren Nachfolgern eingegangene Verbindlichkeiten, mit denen *in abstracto* bereits gerechnet werden musste, haften können. Eine derartige Haftung ist jedoch durch die **Adäquanztheorie** und den **Schutzzweck der Norm** sowie durch eigenständige abweichende Entscheidungen der nachfolgenden Leitungsorgane begrenzt.<sup>811</sup>

Festzuhalten ist dazu auch, dass **Altgläubiger** nach § 69 Abs 5 IO ihre Schadensersatzansprüche auf Grund einer **Quotenverringerung** erst **nach rechtskräftiger Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend machen** können. Dies um eine Doppelgleisigkeit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den Masseverwalter als auch durch die Insolvenzgläubiger zu verhindern.<sup>812</sup> Diese Regelung gilt jedoch nur für den **Quotenschaden**, ein darüber hinausgehender Vertrauensschaden kann von den **Neugläubigern** bereits **während des anhängigen Insolvenzverfahrens** geltend gemacht werden. Abzuziehen ist dabei jedoch der Betrag, den der Gläubiger im Insolvenzverfahren bereits erhalten hat.<sup>813</sup>

### 6.2.3.2 § 22 URG – Haftung der Leitungsorgane wegen Unterlassung der Antragsstellung

Als wichtiges Gesetz in Zusammenhang mit der Unternehmensreorganisation sei das URG genannt. Wie bereits erwähnt, dient das URG dazu, Unternehmen in der Krise eine Hilfestellung zu bieten. Zentrale Haftungsnorm in diesem Zusammenhang ist § 22 URG, welcher im Gegensatz zu § 69 Abs 2 IO jedoch **kein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger** darstellt.

Obwohl das URG grundsätzlich keine Pflicht zur Antragsstellung auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens vorsieht, normiert § 22 Abs 1 URG doch eine Haftung *„der vertretungsbefugten Organs gegenüber der juristischen Person für die durch die Insolvenzmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten, wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens*

---

<sup>810</sup> Vgl. OGH 22.10.2007, 1Ob 134/07y = Ges 2007, 432.

<sup>811</sup> Vgl. Schopper, Zur Konkursverschleppungshaftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers, Ges 2008, 4 (11).

<sup>812</sup> Vgl. Jauffer, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 209f.

<sup>813</sup> Vgl. Binder in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/67.

*Z 1: einen Bericht des Abschlussprüfers erhalten haben, wonach die Eigenmittelquote (§ 23) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24) mehr als 15 Jahre beträgt (Vermutung des Reorganisationsbedarfs), und nicht unverzüglich ein Reorganisationsverfahren beantragt oder nicht gehörig fortgesetzt haben oder*  
*Z 2: einen Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben.*<sup>814</sup>

Es handelt sich hierbei um eine **reine Erfolgshaftung**, die **kein Verschulden** voraussetzt.<sup>815</sup> Den Organen steht jedoch die Möglichkeit offen, **fehlende Kausalität zu beweisen**. Gemäß § 27 URG kann demnach das vertretungsbefugte Organ den Beweis der fehlenden Kausalität sowohl dadurch erbringen, dass es nachweist, dass auch bei rechtzeitiger Stellung eines Antrags auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens die Insolvenz nicht vermieden hätte werden können, als auch durch den Nachweis, dass entsprechende betriebswirtschaftliche, außergerichtliche Reorganisationsmaßnahmen - wenn auch erfolglos - vorgenommen worden wurden.<sup>816</sup>

Der vermutete Reorganisationsbedarf gemäß § 22 URG beruht dabei auf **zwei Kennzahlen**: der Eigenmittelquote und der fiktiven Schuldentilgungsdauer. Wenn die **Eigenmittelquote weniger als 8 %** und die **fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre** betragen, wird **Reorganisationsbedarf ex lege** angenommen. Als alternative Haftungsvoraussetzung zum vermuteten Reorganisationsbedarf nennt das URG den Tatbestand, dass der Vorstand bzw Geschäftsführer innerhalb der letzten zwei Jahre vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens den Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit der Prüfung beauftragt hat.<sup>817</sup> Unverzüglich bedeutet in diesem Zusammenhang „ohne schuldhafte Verzögerung.“

Nach § 22 URG haften Vorstände und Geschäftsführer, bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen, grundsätzlich **solidarisch** zur ungeteilten Hand für die durch die **Insolvenzmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten**. Diese Haftung greift jedoch nur bei Organmitgliedern, die eine Einleitung des Reorganisationsverfahrens abgelehnt haben und ist **pro Person auf € 100.000 beschränkt**. Sofern das Leitungsorgan die Einleitung des Reorganisationsverfahrens zwar vorgeschlagen hat, es aber nicht die nötige Zustimmung des Aufsichtsrats bzw der Gesellschafterversammlung erhalten hat, kommt es zu keiner

---

<sup>814</sup> Vgl. § 22 URG.

<sup>815</sup> Vgl. OGH 1.12.2005, 6 Ob 269/05k.

<sup>816</sup> Vgl. OGH 1.12.2005, 6 Ob 269/05k.

<sup>817</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 217.

Haftung. Stattdessen haften nach § 25 URG der Aufsichtsrat bzw die Gesellschafter zur ungeteilten Hand. Diese Haftung ist ebenfalls auf € 100.000 pro Person beschränkt.<sup>818</sup>

#### 6.2.4 Ausschluss bzw Minderung des Haftungsrisikos

Vorstände und Geschäftsführer österreichischer Kapitalgesellschaften sind gerade bei drohender Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung, dh im Falle einer bevorstehenden Insolvenz, einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt. Um in dieser Situation das Risiko einer derartigen Haftung möglichst gering zu halten bzw auszuschließen, sieht einerseits das **österreichische Kapitalgesellschaftsrecht entsprechende Mechanismen** vor, andererseits kann eine Haftung aber auch im Wege des **Abschlusses von Versicherungen** möglichst gering gehalten bzw eingeschränkt werden.

Eine weitere Möglichkeit ist der **Haftungsausschluss durch einen Beschluss der Hauptversammlung bzw der Generalversammlung**. Es besteht demnach keine Ersatzpflicht der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft, sofern das schadensherbeiführende Verhalten auf einem Beschluss der Haupt- bzw Generalversammlung beruht. Hierdurch kann eine Haftung im Innenverhältnis, nicht aber gegenüber den Gläubigern ausgeschlossen werden.<sup>819</sup> Zusätzlich sind aus der Sicht der Praxis auch eine **lückenlose Dokumentation der Geschäftsvorgänge** sowie ein **professionelles Risikomanagement** von zentraler Bedeutung.

Die **D&O-Versicherung**, als Haftpflichtversicherung für Leitungsorgane, gewinnt ergänzend dazu an Tragweite.

---

<sup>818</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 218.

<sup>819</sup> Vgl. *Schönbacher*, Konkursverschleppung 289.

### 6.3 Kanada

Auch in Kanada spielt die Haftung der *directors* in der Insolvenz eine bedeutende Rolle. Das föderalistische System Kanadas sieht dazu zahlreiche Gesetzesbestimmungen vor, welche die Haftungssituation von Leitungsorganen in den 13 Provinzen und Territorien regeln. Die wichtigsten Gesetze in diesem Zusammenhang sind der ***Bankruptcy and Insolvency Act*** (kurz *BIA*) und der ***Companies' Creditors Arrangement Act*** (kurz *CCAA*).

Unter dem Begriff der **Insolvenz** wird in Kanada die **Unmöglichkeit** bzw die **Unfähigkeit** verstanden, **offene Zahlungen** und **laufende Geschäftsverpflichtungen zu begleichen**, sofern diese fällig sind. Weiters erfasst der Insolvenzbegriff auch jene Fälle, in denen die ausstehenden Posten der Gesellschaftshaftung das Kapital der Gesellschaft übersteigen.<sup>820</sup>

In der Insolvenz der Gesellschaft bleiben die *directors* zwar weiterhin als zentrale Entscheidungsorgane der *corporation* bestehen, es gilt jedoch die Interessen der Gläubiger - vor allem der gesicherten Altgläubiger - besonders zu berücksichtigen.

Der *BIA* sieht in diesem Zusammenhang Mechanismen vor, um eine reibungslose **Einleitung des Insolvenzverfahrens** zu ermöglichen, sowie um eine Liquidation der vorhandenen Vermögenswerte leichter durchführen zu können. Zusätzlich finden sich **interne Mechanismen**, die Vereinbarungen mit Leistungsempfängern der Gesellschaft ermöglichen, um so die vorhandenen Vermögenswerte zu sichern bzw zu erhalten, welche die Gläubiger der Gesellschaft schlussendlich einklagen können. Der *BIA* sieht somit auch Möglichkeiten vor, eine insolvente Gesellschaft umzustrukturieren, damit diese wieder liquid und wirtschaftlich überlebensfähig wird. Beispiele hierfür sind, dass die Gläubiger auf eine vollständige Rückzahlung der ausstehenden Verbindlichkeiten verzichten oder eine längere Rückzahlungszeit akzeptieren.<sup>821</sup>

Weiters enthält auch der *CCAA* Bestimmungen, wonach eine wirtschaftlich in Not geratene Gesellschaft **Vereinbarungen mit ihren Gläubigern** treffen kann, um dadurch das Kapital der Gesellschaft länger zu erhalten und eine **Neustrukturierung der Gesellschaft** zu erleichtern. Voraussetzung hierfür ist, dass die Gesellschaft insolvent ist und mehr als fünf Mio Dollar Schulden hat. Es kommt zu einer Unterbrechung des weiteren Verfahrensablaufes, in dessen Zwischenzeit ein neuer Finanz- bzw Businessplan

---

<sup>820</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency, 2.

<sup>821</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 4f.

in Übereinstimmung mit den Gläubigern entwickelt wird.<sup>822</sup> Als Frist sind maximal 30 Tage vorgesehen; eine Verlängerung ist jedoch sowohl nach den Bestimmungen des *BIA* als auch des *CCAA* möglich. Wesentliche Voraussetzung ist dabei die Angemessenheit der Fristverlängerung sowie die Tatsache, dass die Gesellschaft in gutem Glauben und mit gehöriger Sorgfalt gehandelt hat. Die *directors* einer *corporation* behalten in der Zeit der Umstrukturierung grundsätzlich ihre Leitungs- und Entscheidungskompetenz bei, jedoch spielen die *Corporate Governance*-Bestimmungen in Hinblick auf eine etwaige Haftung der *directors* wegen einer Pflichtverletzung eine entscheidende Rolle.<sup>823</sup>

Ab dem Zeitpunkt des Insolvenzeintritts besteht für die *directors* ein erhöhtes Risiko für eine persönliche Haftung. Dies insbesondere im Fall eines Treubruchs gegenüber der Gesellschaft, sowie im Fall der unrichtigen Darstellung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft oder aufgrund einer nicht bzw nicht rechtzeitigen Zahlung der Löhne und sonstigen Angestelltenvergütungen.

### 6.3.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

In Kanada greifen in Zusammenhang mit den Pflichten sowie der Haftung der *directors* und *officers* in Falle der Insolvenz, einerseits die **Bestimmungen des *BIA*** (Insolvenzgesetz) und des *CCAA* (Gesetz für Gläubiger von Unternehmen), andererseits aber auch die Bestimmungen des ***Winding-up and Restructuring Act*** (Liquidations- und Restrukturierungsgesetz), welcher sich mit der Liquidation und Restrukturierung verschiedener Arten von Unternehmen, wie etwa Banken, sowie mit Versicherungs- und Treuhandgesellschaften beschäftigt. Mehrere provinzielle Gesetze behandeln darüber hinaus die Rechte der Gläubiger.

Sowohl der *BIA* als auch der *CCAA* können bei Umstrukturierungen und Liquidationen zur Anwendung kommen, wobei die Bestimmungen des *BIA* im Fall einer Insolvenz von Banken, Versicherungs- und Treuhandgesellschaften, sowie von Kreditgesellschaften und Eisenbahnunternehmen nicht schlagend werden.

#### 6.3.1.1 Bankruptcy and Insolvency Act

Die Bestimmungen des *BIA* können grundsätzlich auf Insolvenzen fast aller Unternehmensformen angewendet werden. Umfasst sind dabei sowohl Einzelpersonen,

---

<sup>822</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 5.

<sup>823</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 5f.

Personengesellschaften und Verbände, als auch Kapitalgesellschaften. Unter einer „**Kapitalgesellschaft**“ iSd *BIA* sind einerseits Unternehmen zu verstehen, die gemäß den Gesetzen des Bundes oder der Provinzen gegründet wurde und unternehmerisch tätig sind, andererseits aber auch jedes andere Unternehmen, welches in Kanada über eine Niederlassung oder Grundbesitz verfügt und unternehmerisch tätig ist. Ausgenommen sind lediglich einige Unternehmensformen im Bereich der Finanzdienstleistung, wie etwa Banken, Sparkassen, Versicherungsgesellschaften, Treuhand- und Kreditgesellschaften bzw Eisenbahnunternehmen. Holdinggesellschaften dieser Unternehmensformen unterliegen jedoch den Bestimmungen des *BIA*.<sup>824</sup>

In der **Insolvenz der Gesellschaft** obliegen dem Insolvenzverwalter nach den Bestimmungen des *BIA* – ähnlich wie dem Masseverwalter in Österreich - diverse Befugnisse. Der Insolvenzverwalter kann beispielsweise die Vermögenswerte des in der Insolvenz befindlichen Unternehmens, sowie das Bestehen von Forderungen feststellen, aber auch zur Aufteilung des Unternehmenserlöses herangezogen werden. Gesicherte Gläubiger sind von diesen Vorgängen grundsätzlich nicht betroffen und können weiterhin von ihren Rechten Gebrauch machen. Weiters bleiben die bestehenden Rechte von Drittparteien bei der Übernahme eines in Insolvenz befindlichen Unternehmens durch einen Insolvenzverwalter in der Regel unberührt.

Zusätzlich sieht der *BIA* aber auch die Möglichkeit einer **Unternehmensreorganisation** bzw einer **Unternehmensumstrukturierung** vor. Demnach kann eine *corporation* ihren Gläubigern einen Umstrukturierungsvorschlag unterbreiten bzw ihre Absicht hierzu bekanntgeben. Darauf folgt ein 30-tägiger Wartezeitraum, welcher durch eine Gerichtsentscheidung um bis zu sechs Monate verlängert werden kann. Der Wartezeitraum gilt für die Regierung, sowie für sonstige gesicherte und ungesicherte Gläubiger. Ausgenommen davon sind lediglich gesicherte Gläubiger, welche den der Besicherung unterliegenden Gegenstand in Besitz genommen haben oder mindestens zehn Tage vor dem Vorschlag bzw der entsprechenden Absichtserklärung dies kundgetan haben. Während des Wartezeitraums steht das Unternehmen unter Beobachtung eines Insolvenzverwalters. Der Schuldner versucht in der Zwischenzeit einen akzeptablen Umstrukturierungsvorschlag mit seinen Gläubigern auszuhandeln. Wird ein Vorschlag

---

<sup>824</sup> Vgl. § 2 *BIA*.

nicht innerhalb der gewährten Frist vorgelegt, so wird dies als Stellung eines Insolvenzantrags behandelt.<sup>825</sup>

Der Vorschlag kann dabei entweder nur den ungesicherten oder sowohl den ungesicherten, als auch den gesicherten Gläubigern unterbreitet werden. Gläubiger mit nachgewiesenen Forderungen sind dazu befähigt, über diesen Vorschlag abzustimmen. Die Gläubiger werden nach ihren Interessen in Klassen eingeteilt, wobei zumeist alle nicht gesicherten Gläubiger eine Klasse bilden. Zur Genehmigung des Vorschlags durch eine Klasse ist eine positive Abstimmung durch mindestens zwei Drittel der an der Abstimmung beteiligten Gläubiger erforderlich. Sobald die Gläubiger dem Vorschlag zugestimmt, wird er dem Gericht zur Genehmigung vorgelegt und in weiterer Folge der Umstrukturierungsprozess eingeleitet.

### **6.3.1.2 Companies' Creditors Arrangement Act**

Der *CCAA*<sup>826</sup> erlaubt es zahlungsunfähigen Unternehmen ihre Geschäfte, durch eine Aussetzung des Verfahrens während des Zeitraums der Umstrukturierung, weiterzuführen. Wie auch im Fall des *BIA*, so unterstehen Banken, Versicherungsgesellschaften, Eisenbahnunternehmen und nationale Kredit- und Treuhandgesellschaften nicht den Bestimmungen des *CCAA*. Auf Kredit- und Treuhandgesellschaften in den einzelnen Provinzen kann der *CCAA* jedoch unter gewissen Umständen dennoch angewendet werden. Damit die Bestimmungen des *CCAA* anwendbar sind, müssen sich die Forderungen gegen das Unternehmen auf insgesamt mehr als fünf Mio Dollar belaufen.

Laut dem *CCAA* kann ein Gericht beschließen, dass dem verschuldeten Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird, eine Kompromisslösung bzw einen Umstrukturierungsvorschlag vorzulegen und die Gläubiger aufgefordert werden, darüber abzustimmen. Dies kann jedoch nur auf Antrag eines Schuldnerunternehmens, eines Gläubigers, eines Insolvenzverwalters oder eines Liquidators geschehen.<sup>827</sup> Anders als nach den Bestimmungen des *BIA* erfolgt dieser Vorgang somit nicht automatisch; nach den Bestimmungen des *CCAA* kann frei entschieden werden, ob Erleichterungen gewährt werden sollen oder nicht. Weiters kann ein Gericht einen nach den Bestimmungen des

---

<sup>825</sup> Vgl. Interview vom 16.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>826</sup> Vgl. *CCAA*, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-36/latest/rsc-1985-c-c-36.html>

<sup>827</sup> Vgl. Interview vom 16.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

CCAA eingebrachten Antrag ablehnen, sofern anzunehmen ist, dass die Lösung nicht erfolgsversprechend ist bzw eine Zustimmung der Gläubiger nicht in ausreichendem Maße eingeholt werden kann. Der Umstrukturierungsvorschlag des Schuldnerunternehmens bzw die Kompromisslösung benötigt die Zustimmung von zwei Drittel der Gläubiger jeder Gruppe, wobei der CCAA vorsieht, dass nicht gesicherte Gläubiger und gesicherte Gläubiger unterschiedlichen Klassen zugeteilt werden. Ansonsten gelten dieselben Bewertungskriterien wie unter den Bestimmungen des BIA.<sup>828</sup>

Anzumerken ist dazu auch, dass es alleine im Ermessen des Gerichts liegt, ob ein Wartezeitraum gewährt wird und wie lang dieser ist. Der ursprüngliche Wartezeitraum darf jedoch nicht mehr als 30 Tage betragen. Das Gericht muss weiters davon überzeugt sein, dass ein Wartezeitraum im Interesse des Schuldners und der Gläubiger liegt.<sup>829</sup> Wenn ein Wartezeitraum gewährt wird, wirkt dieser sowohl für die gesicherten als auch für die ungesicherten Gläubiger und verhindert die Auflösung von bestehenden Verträgen zwischen dem Schuldner und anderen Parteien. Bestimmte Finanzkontrakte sind hiervon jedoch ausgenommen. Sofern die Hauptgläubiger damit einverstanden sind, kann der Wartezeitraum auch auf unbestimmte Zeit ausgedehnt werden.

### 6.3.1.3 Winding-up and Restructuring Act

Die Bestimmungen des staatlichen *Winding-up and Restructuring Act*<sup>830</sup>, kurz WURA (Liquidations- und Restrukturierungsgesetz) beziehen sich lediglich auf nationale und ausländische Banken, nationale und provinzielle Kredit- und Treuhandgesellschaften sowie auf nationale, provinzielle und ausländische Versicherungsgesellschaften, die in Kanada unternehmerisch tätig sind. Trotz der unterschiedlichen Formulierungen weißt der WURA gewisse Ähnlichkeiten mit den Bestimmungen des BIA auf.

### 6.3.2 Pflichten des directors sowie Klagegründe

Im Fall der Unternehmensinsolvenz trifft den *director* einer *corporation* weiterhin die Pflicht im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln. Er hat demnach, entsprechend den Grundsätzen der *fiduciary duty* und *duty of care*, sorgfältig und gewissenhaft zu agieren,

---

<sup>828</sup> Vgl. Interview vom 16.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>829</sup> Vgl. Interview vom 16.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*.

<sup>830</sup> Vgl. WURA, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-w-11/latest/rsc-1985-c-w-11.html>

sich loyal zu verhalten und Interessenkonflikt zu vermeiden.<sup>831</sup> Das kanadische Recht legt dazu fest, dass Insolvenz eintritt, sofern die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist laufende Verbindlichkeiten im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes bei Fälligkeit zu bezahlen bzw sofern die Gesellschaftsschulden das Vermögen übersteigen.<sup>832</sup> Im Fall der Insolvenz erhöht sich das Haftungsrisiko eines *directors*, da verschiedene **potentielle Klagegründe** in Frage kommen:

- (a) Klagen von Seiten der Angestellten der Gesellschaft für noch ausständige Beträge aus ihrem Anstellungsverhältnis;
- (b) Klagen nach dem Abgabegesetz, dem *Excise Tax Act*, für nicht abgeführte Steuerbeträge;
- (c) Klagen von öffentlichen Behörden wegen der Einbehaltung bzw Falschüberweisung der Einkommenssteuer, der Versicherungsprämien, sowie von Beiträgen zur kanadischen Pensionskasse oder anderen Abzugsposten;
- (d) Klagen der Gesellschaft gegen ihre *directors*, welche rechtswidrigerweise finanzielle Transaktionen durchgeführt bzw diese bewilligen haben; sowie speziell im Fall der Insolvenz
- (e) Klagen nach dem BIA; Sofern die Gesellschaft eine nach den Bestimmungen des BIA rechtswidrige Handlung begeht, ist jeder *director*, welcher diese Handlung anordnete bzw genehmigte, Teilnehmer dieser Tat und kann dafür haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.<sup>833</sup>

Die kanadische Insolvenzgesetzgebung sieht in diesem Zusammenhang auch vor, dass die *directors* gemeinsam für den Dividendenbetrag haften, welcher nicht bereits von der Gesellschaft abgedeckt wurde, sofern ein Gericht feststellt, dass eine insolvente Gesellschaft andere Gewinnanteile als Aktiendividenden, ausgeschüttet hat; dies zu einer Zeit als die Gesellschaft insolvent war oder Umstände vorlagen, die eine baldige Insolvenz nahe legten und die jeweiligen *directors* dies auch erkennen hätten müssen. Weiters ist zu beachten, dass bei einer Firmeninsolvenz die Treuepflicht der *directors* lediglich gegenüber der Gesellschaft geschuldet wird, nicht jedoch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern oder Gläubigern. Nichtsdestotrotz sind deren Interessen – wie auch im Fall

---

<sup>831</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 19.

<sup>832</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 16.

<sup>833</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 70f.

der wirtschaftlich gesunden *corporation* - bei der zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen.<sup>834</sup>

### 6.3.3 Haftung des directors

Maßgeblich im Bereich der Haftung von kanadischen Leitungsorganen in der Insolvenz sind die **Haftungsregelungen des BIA**. Diese Bestimmungen zielen generell darauf ab, einerseits **Sanktionen für vor der Insolvenz gesetztes Fehlverhalten** zu verhängen und andererseits die **Befolgung der nach Eintritt der Insolvenz zu setzenden Verpflichtungen sicherzustellen**.<sup>835</sup>

Festzuhalten ist dazu, dass in der Insolvenz einer Gesellschaft vor allem der aus dem englischen Recht stammend und in § 214f des engl. *Insolvency Act (IA)* geregelte Haftungstatbestand des *wrongful trading* von zentraler Bedeutung ist. Der Begriff des *wrongful trading* bezieht sich dabei auf Handlungen, welche in der Insolvenz einer Gesellschaft gesetzt werden, dh Situationen, in welchen sich die Gesellschaft insoweit in Zahlungsunfähigkeit befindet, dass sie ihre Verpflichtungen voraussichtlich nicht mehr erfüllen können wird und auch keine Aussicht auf Vermeidung bzw Abwehr der drohenden Insolvenz besteht (Prognosestatbestand).<sup>836</sup> Der Tatbestand des *wrongful trading* ist erfüllt, sofern der *director* die Geschäfte weiterhin abgewickelt und nichts unternimmt, um den Schaden der Gläubiger zu begrenzen, obwohl er von der finanziell Misslage der Gesellschaft Kenntnis hatten bzw Kenntnis hätte haben müssen.<sup>837</sup>

Für den Bereich des kanadischen Gesellschafts- bzw Insolvenzrecht ist dazu festzuhalten, dass sich weder in den Bestimmungen des *BIA* noch in den Bestimmungen des *CBCA*, eine dem Tatbestand des § 214 des engl. *IA* wörtlich entsprechende Regelung findet. Nichtsdestotrotz sehen der *BIA*, als auch die Normen des *CBCA* in Ergänzung dazu, zahlreiche Regelungen vor, welche unrechtmäßiges bzw benachteiligendes Verhalten iSv *wrongful conduct* in der Insolvenz einer Gesellschaft verbieten und schuldhaftes Fehlverhalten entsprechend sanktionieren.

---

<sup>834</sup> Vgl. *Smerdon*, Liability and Indemnification 71.

<sup>835</sup> Vgl. *Dolan* in *Richardson* (Hrsg.), Duties and Liabilities in Canada 239.

<sup>836</sup> Vgl. *Bachner*, Die Limited in der Insolvenz 55.

<sup>837</sup> Vgl. *Bachner*, Limited in der Insolvenz 55f.

Anzuführen ist dazu § 204 des *BIA*, welcher vorsieht, dass im Falle der Begehung einer nach den Bestimmungen des *BIA* rechtswidrigen Handlung durch die Gesellschaft, ein *director* und *officer*, der die **Begehung der Tat duldete**, dazu **ermächtigte** oder daran in **sonstiger Weise teilnahm**, schuldig ist und haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, sowie zu der im jeweiligen Deliktstatbestand festgelegten Strafe verurteilt werden kann.<sup>838</sup> Als Tathandlungen kommen hierbei beispielsweise die betrügerische Verfügung über das Vermögen der insolventen Gesellschaft oder auch die Verweigerung der vollständigen und wahrheitsgemäßen Auskunftserteilung bei Einvernahmen nach den Bestimmungen des *BIA* in Frage.<sup>839</sup> Der *BIA* sieht dazu vor, dass im Falle der Begehung einer nach den Bestimmungen des *BIA* verbotenen und unrechtmäßigen Handlung **Geldstrafen** bis CAD 5.000 bzw **Haftstrafen** deren Zeitraum ein Jahr nicht übersteigen darf oder auch beide Sanktionsarten parallel verhängt werden können. Im Falle eines schweren Verbrechens sogar Geldstrafen bis CAD 10.000, Haftstrafen deren Zeitraum drei Jahr nicht übersteigen darf oder wiederum beide Sanktionsarten parallel.<sup>840</sup> Abgestellt wird hierbei auf jene Zeitpunkt, in dem einem *director* bzw *officer* die Insolvenzgefahr der Gesellschaft bereits bewusst ist, die Gläubiger hierrüber jedoch noch in Unkenntnis sind. Maßgeblicher Zeitpunkt ist demnach „*the date of the initial bankruptcy event*“.<sup>841</sup> § 201 Abs 3 des *BIA* sowie § 204 des *BIA* sehen dazu vor, dass *directors* bzw *officers*, welche an einer derartigen rechtswidrigen Transaktion in der Insolvenz der Gesellschaft mit dem Zweck beteiligt sind, um für sich oder einen Dritten einen Vorteil zu erlangen, zu einer Geldstrafe von bis CAD 5.000 und/oder einer Haftstrafen von bis zu einem Jahr verurteilt werden können. Die Organmitglieder können hierbei jedoch ihre fehlende Absicht als Verteidigungsmöglichkeit vorbringen.

§ 158 des *BIA* legt weiters die Pflicht der zahlungsunfähigen Gesellschaft fest, mit dem **Insolvenzverwalter in administrativer Hinsicht zu kooperieren**. Umfasst ist davon auch die vollständige und wahrheitsgemäße Auskunftserteilung über alle Güter, die im Eigentum der insolventen Gesellschaft stehen sowie die Übergabe aller wirtschaftlich relevanten Bücher und Geschäftsunterlagen. § 159 des *BIA* sieht dazu vor, dass ein

---

<sup>838</sup> Vgl. *Dolan* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 240.

<sup>839</sup> Vgl. § 198 Abs 1 lit a und b des *BIA*; siehe als weitere mögliche Tathandlungen § 198 Abs 1 lit e-g des *BIA*.

<sup>840</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, *Corporate Insolvency* 91.

<sup>841</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, *Corporate Insolvency* 90; Abgestellt wird hierbei auf jenen Zeitpunkt, in dem ein Antrag bei bzw in Bezug auf die Gesellschaft gestellt wurde, die Absicht zur Stellung eines Antrag bei bzw in Bezug auf die Gesellschaft gestellt wurde oder auch auf den Tag, an dem erstmals ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen die Gesellschaft gestellt wurde.

*director* oder *officer*, welcher diese Verpflichtungen der Gesellschaft ohne rechtfertigenden Grund verletzt, haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>842</sup> § 198 des *BIA* listet dazu die einzelnen, für die insolvente Gesellschaft haftungsrechtlich relevanten Tatbestände auf. Diese umfassen die Nichtbefolgung der in § 158 des *BIA* genannten Verpflichtungen, die betrügerische Verfügung über die im Eigentum der Gesellschaft stehenden Gegenstände sowie die Zerstörung bzw Fälschung von Büchern oder Geschäftsunterlagen. Im Falle der betrügerischen Verfügung muss ein unredliches Verhalten nachgewiesen werden, welches gemessen an den im redlichen Geschäftsverkehr allgemein gültigen Grundsätzen von konkreter moralischer Schuld geprägt ist. Sofern sich demnach herausstellt, dass die *corporation* in Absicht einer Gläubigerbenachteiligung Geschäfte tätigte, kann es zu einer persönlichen Haftung eines jeden *directors* kommen, der wissentlich an einem derartigen Geschäften beteiligt war.<sup>843</sup> Zu einer Haftung kommt es auch, sofern ein *director* zu einem Zeitpunkt, an dem er bereits von der finanziellen Misslage der Gesellschaft Kenntnis hat, weitere Geschäfte tätig bzw Verbindlichkeiten eingeht, obwohl er wusste, dass angesichts der schlechten finanziellen Lage der Gesellschaft aller Voraussicht nach keine Rückzahlung geleistet werden kann. Betrugsabsicht scheidet jedoch aus, sofern die Gesellschaft - ungeachtet der schlechten finanziellen Lage - von einer Besserung der Situation ausging.<sup>844</sup> *Reckless indifference* iSv unbekümmerter Gleichgültigkeit kann hierbei jedenfalls als Betrugsabsicht qualifiziert werden.

Als **weitere zentrale Haftungsnorm**, welche sich jedoch **nur** an die *directors* richtet, sei § 101 des *BIA*<sup>845</sup> genannt. *Directors*, welche einer **Dividendenauszahlung** oder einer Aktieneinziehung zu einer Zeit zustimmen, als die **Gesellschaft insolvent** war oder insolvent wurde, haften **solidarisch** in der Höhe der ausgezahlten Dividenden bzw der Einziehung.<sup>846</sup> Die Beweislast dafür, dass die Gesellschaft zum dem relevanten Zeitpunkt nicht insolvent war, liegt bei den jeweiligen *directors*. Die *directors* können sich demnach freibeweisen, indem sie vorbringen, weshalb sie vernünftiger Weise annehmen durften, dass die Gesellschaft nicht insolvent war bzw durch ihre Handlungen nicht insolvent wurde. Um zu obsiegen muss der *director* dabei nachweisen, dass er sorgfältig und gewissenhaft

---

<sup>842</sup> Siehe § 159 des *BIA* iVm § 198 Abs 2 des *BIA*; *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 92.

<sup>843</sup> Siehe § 95 des *BIA*.

<sup>844</sup> Vgl. *Gower/Davies*, Principles of Modern Company Law (2008) 196.

<sup>845</sup> Siehe hierzu auch § 118 des *BCA*.

<sup>846</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 94f.

sowie mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten gehandelt hat, die eine verantwortungsbewusste und vernünftige Person unter diesen Umständen an den Tag legen würde. In Frage kommt weiters auch das Vertrauen auf den von einem *officer* der Gesellschaft vorgelegten Jahresabschluss oder auf den schriftlich vorgelegten Bericht einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, sowie das Vertrauen auf den Bericht einer Person, deren Stellung eine gewisse Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen indiziert.<sup>847</sup> § 101 Abs 3 des *BIA* enthält dazu eine weitere Bestimmung, welche es den *directors* ermöglicht, eine derartige **Haftung** zu vermeiden. Die *directors* müssen darlegen, dass sie zu der Zeit als die Gesellschaft die Dividendenauszahlung bzw die Aktieneinziehung vornahm, dagegen **Widerspruch** eingelegt haben.<sup>848</sup> Festzuhalten ist dazu, dass § 204 des *BIA* auch eine Haftung für *de-facto directors* vorsieht.

#### 6.3.4 Ausschluss bzw Minderung des Haftungsrisikos

Aufgrund der immer bedeutender werdenden Haftungsthematik - vor allem in der Insolvenz – wird die Frage nach adäquaten Schutzmaßnahmen gegen dieses erhöhte Haftungsrisiko immer wichtiger. Bedeutsam in diesem Zusammenhang ist vor allem die Frage, wann eine erhöhte Gefahr besteht und wie in dieser Situation zu reagieren ist. An Beispielen, ab welchem Zeitpunkt *directors* eine **erhöhte Sorgsamkeit** und verstärkte Kontrolle in Hinblick auf eine etwaige Haftung an den Tag legen sollten, seien genannt:<sup>849</sup>

- **Probleme bei der Ausführung des Corporate Governance-Prozesses;**
- Nicht zeitgerechte Übermittlung wichtiger Informationen durch das Management;
- **Unstimmigkeiten bzw unerwartete Ergebnisse in den Finanz- und sonstigen Geschäftsergebnissen.** Erhöhte Vorsicht ist geboten, sofern diese Unstimmigkeiten und unerwarteten Ergebnisse regelmäßig auftreten sollten;
- **Inadäquate Ausgestaltung des internen Kontrollsystems;**
- Generelle Probleme in der internen Gesellschaftskommunikation.

Es handelt sich bei dieser Aufzählung jedoch nur um einige **demonstrativ** angeführte Punkte, bei denen die *directors* in „erhöhte Alarmbereitschaft“ versetzt sein sollten.

Unter diesem Blickwinkel sind die Haftungsfreistellung bzw die Schadloshaltung der *directors* in der Insolvenz sowie das Vorhandensein einer entsprechenden Versicherung von größter Bedeutung. Dies vor allem deshalb, da die zivilrechtliche Haftung innerhalb

---

<sup>847</sup> Vgl. Sarra/Davis, Corporate Insolvency 95.

<sup>848</sup> Vgl. Sarra/Davis, Corporate Insolvency 96.

<sup>849</sup> Vgl. Reiter, Directors' Duties<sup>3</sup> 439f.

der *corporation* als eine **solidarische Haftung** ausgestaltet ist und das **Haftungsrisiko** in der **Insolvenz** jedenfalls **erhöht** ist. Generell stehen den *directors* hierbei zwei verschiedene Quellen für eine finanziellen Absicherung offen:<sup>850</sup> Die **gesellschaftsrechtliche Haftungsfreistellung** sowie der Abschluss einer **D&O-Versicherung**.

§ 124 Abs 1 des *CBCA* führt dazu aus: „Eine Gesellschaft kann einen *director* oder leitenden Angestellter der Gesellschaft, einen ehemaligen *director* oder leitenden Angestellten der Gesellschaft oder eine andere natürliche Person, die im Auftrag der Gesellschaft als *director* oder leitender Angestellter handelt oder gehandelt hat bzw auch eine andere natürliche Person, in ähnlicher Funktion in Bezug auf ein anderes Unternehmen, von allen Kosten, Gebühren und Aufwendungen freistellen, einschließlich von Klagebeträgen und durch Urteile entstandenen Kosten, die in Bezug auf Zivil-, Straf-, Verwaltungs-, Ermittlungs- oder sonstigen Verfahren entstehen, und in denen der Einzelne, aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft involviert ist. Grundsätzlich kann eine derartige Haftungsfreistellung immer gewährt werden, solange der *director* sorgsam und ehrlich gehandelt hat, gutgläubig ist und in nachvollziehbarer Weise annehmen musste, dass sein Verhalten rechtmäßig war.“<sup>851</sup> Derartige Bestimmungen über eine Haftungsfreistellung finden sich teilweise in der Satzung der Gesellschaft, häufiger und in der Praxis auch bedeutsamer ist jedoch eine vertragliche Haftungsfreistellung. Man versteht darunter eine individuelle Vereinbarungen der schadloshaltenden Gesellschaft mit dem einzelnen *director*.

Als Schutzinstrument für den jeweiligen *director* unterliegt die vertragliche Haftungsfreistellung jedoch auch diversen Beschränkungen.<sup>852</sup> Die Möglichkeit der Absicherung eines *directors* durch eine Haftungsfreistellung hängt dabei wesentlich vom Bonitätsgrad der Gesellschaft ab. So hat beispielsweise ein *director*, der über eine Haftungsfreistellung bei einer Gesellschaft verfügt, die insolvent ist, lediglich den Rang eines unbesicherten Gläubigers. Eine weitere Absicherungsmöglichkeit besteht darin, in dieser Situation eine Haftungsfreistellung von einem Großaktionär oder der Muttergesellschaft der *corporation* zu erlangen.<sup>853</sup> Um eine Haftungsfreistellung überhaupt erlangen zu können, muss der jeweilige *director* jedenfalls sorgsam und gewissenhaft

---

<sup>850</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 542.

<sup>851</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 542.

<sup>852</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 544f.

<sup>853</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 544.

handeln, guten Glaubens seien und auch im besten Interesse der Gesellschaft handeln.<sup>854</sup> Sofern die Gesellschaft ihre eigenen *directors* klagt, kann eine Haftungsfreistellung von den Kosten grundsätzlich nur mit Zustimmung des Gerichts erfolgen, wobei sich hierbei auch einige grundlegende Regeln etabliert haben: Sofern die Gesellschaft solvent ist und der Beweis fehlt, dass der frühere *director* nicht sorgsam und gewissenhaft bzw in gutem Glauben sowie im besten Interesse der Gesellschaft gehandelt hat und vernünftige Gründe vorliegen, die annehmen lassen, dass seine Handlungen rechtmäßig waren, so hat das Gericht eine Haftungsfreistellung jedenfalls zu bewilligen. Das Gericht kann jedoch auch eine Deckelung anordnen und somit festlegen, welche Maximalsumme als Entschädigungsbetrag an den *director* zu leisten ist.<sup>855</sup>

Die zweite Möglichkeit einer Absicherung für *directors* besteht darin, dass die Gesellschaft für diese eine D&O-Versicherung abschließt (siehe dazu ausführlich unter Punkt 5.4.).

---

<sup>854</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 544.

<sup>855</sup> Vgl. *Reiter, Directors' Duties*<sup>3</sup> 544f.

#### 6.4 Rechtsvergleichende Analyse

Da die Haftung von Leitungsorganen angesichts der jüngsten wirtschaftlichen Entwicklungen, vor allem im Fall der Unternehmensinsolvenz, eine immer wichtigere Rolle spielt, sind die **rechtlichen Rahmenbedingungen**, als Leitlinien, um den Pflichtenkatalog sowie den Handlungsspielraum der Organmitglieder zu determinieren, von zentraler Bedeutung.

Österreich hatte dazu über lange Zeit hinweg kein einheitliches, diese Problematik umfassend regelndes System. Die letzte wichtige Änderung in diesem Zusammenhang erfolgt mit dem IRÄG<sup>856</sup> 2010, dessen Ziel eine Novelle des Unternehmensinsolvenzrechts war. Mit dem IRÄG 2010 wurde anstelle der KO und der AO eine einheitliche und auf alle Insolvenzverfahren anzuwendende **IO** geschaffen,<sup>857</sup> in der sowohl das Insolvenzverfahren als auch die Sanierungsverfahren geregelt werden. Zusätzlich sieht das **URG** bestimmte betriebswirtschaftlich durchzuführende Maßnahmen vor, denen sich Unternehmen in der Krise bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu unterziehen haben, um dadurch zu einer Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage beizutragen und somit auch eine nachhaltige Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen.<sup>858</sup> Für Kanada greifen in Zusammenhang mit den Pflichten sowie der *directors liability* in der Unternehmensinsolvenz einerseits die bundesweit geltenden Bestimmungen des **BIA** (Insolvenzgesetz) aus dem Jahre 1985, sowie andererseits die Regelungen des **CCAA** (Gesetz für Gläubiger von Unternehmen). Der **CCAA** enthält dazu wichtige Schutzbestimmungen, die vorwiegend dem Gläubigerschutz dienen. Sowohl der **BIA** als auch der **CCAA** können sowohl in der Unternehmensinsolvenz, als auch bei Unternehmensumstrukturierungen zur Anwendung kommen, wobei die Bestimmungen des **BIA** im Fall einer Insolvenz von Banken, Versicherungs- und Treuhandgesellschaften, sowie von Kreditgesellschaften und Eisenbahnunternehmen nicht schlagend werden. Damit die Bestimmungen des **CCAA** zur Anwendung kommen, müssen sich die Forderungen gegen das Unternehmen auf insgesamt mehr als fünf Mio Dollar belaufen. Festzuhalten ist dazu, dass das **österreichische Haftungssystem im Bereich der IO** auf dem Prinzip einer **Verschuldenshaftung** beruht, während die Bestimmungen des **URG** im

---

<sup>856</sup> Vgl. Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 - IRÄG 2010.

<sup>857</sup> Vgl. *Jelinek*, wbl 2010, 378.

<sup>858</sup> Vgl. *Binder* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/72.

Falle der Unternehmensreorganisation eine **Erfolgshaftung**, für eine nicht bzw nicht rechtzeitig erfolgte Antragsstellung auf Einleitung des Reorganisationsverfahrens vorsehen. In **Kanada** wird dazu an die **Elemente der *duty of care*** und der ***duty of loyalty*** angeknüpft, bei deren schuldhaften Verletzung es auch in der Insolvenz zu einer Haftung der Leitungsorgane kommt.

In Hinblick auf den Pflichtenkatalog von Leitungsorganen in der Insolvenz zählt neben der Sorgfaltspflicht, der Pflicht zur Insolvenzprophylaxe und der Insolvenzprüfungspflicht, vor allem die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages nach § 69 Abs 2 der österreichischen IO zu den Kernpflichten der Mitglieder des Leitungsorganes in der Unternehmensinsolvenz. Demnach hat der Vorstand einer AG bzw der Geschäftsführer einer GmbH, ohne schuldhafte Verzögerung, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages, sofern die Voraussetzungen (Zahlungsunfähigkeit nach § 66 IO bzw Überschuldung nach § 67 IO) dafür vorliegen. Zu einer **Insolvenzverschleppungshaftung** nach § 69 Abs 2 IO kommt es demnach dann, wenn ein Insolvenzantrag zu spät, dh nicht innerhalb der 60-Tag-Frist ab Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt wurde und auch die übrigen schadensersatzrechtlichen Voraussetzungen (Schaden, Verursachen, Rechtswidrigkeit und Verschulden) vorliegen.<sup>859</sup> Fahrlässigkeit reicht hierbei zur Haftungs begründung aus. Für Kanada enthalten die Bestimmungen des *BIA* dazu einerseits Sanktionen für vor der Insolvenz gesetztes Fehlverhalten, sowie andererseits Regelungen, um die Befolgung der nach Eintritt der Insolvenz zu setzenden Verpflichtungen sicherzustellen.<sup>860</sup> Als Gemeinsamkeit ist dazu festzuhalten, dass in beiden Rechtslagen der **Gläubigerschutz** in der Unternehmenskrise eine zentrale Rolle spielt. Zu beachten ist jedoch, dass die Ausgestaltung des Gläubigerschutzes in Österreich und Kanada dabei in unterschiedlicher Weise erfolgt. Während in Österreich der Gläubigerschutz stets und somit während des gesamten „Lebenszykluses“ der Gesellschaft im Vordergrund steht und die Vorstände sowie Geschäftsführer diesen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durchwegs zu beachten haben, ist für den angloamerikanischen Rechtskreis festzuhalten, dass die kanadischen *directors* bei der Ausführung ihrer Tätigkeit grundsätzlich dem Wohle der Gesellschaft verpflichtet sind.<sup>861</sup> Nichtsdestotrotz misst auch das kanadische Gesellschaftsrecht dem

---

<sup>859</sup> Vgl. *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>2</sup> 204.

<sup>860</sup> Vgl. *Dolan* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 239.

<sup>861</sup> Vgl. *Doralt*, Managerpflichten, sec 170 Rz 8.

Gläubigerschutz eine zentrale Bedeutung bei. In der Insolvenz der Gesellschaft kippt demnach die Situation und der Gläubigerschutz rückt in den Vordergrund. In diesem Zusammenhang greift das Rechtsinstitut des *wrongful trading*<sup>862</sup>, nachdem eine insolvenzrechtliche Haftung daran anknüpft, dass die *directors* die Geschäfte der Gesellschaft weiterhin abwickeln bzw nichts dagegen unternehmen, um den Schaden der Gläubiger zu begrenzen, obwohl ihnen die finanziell schlechte Lage der Gesellschaft bewusst ist bzw bewusst hätte sein müssen.<sup>863</sup> In Kanada besteht dazu, wie bereits ausgeführt, keine § 214 des engl. *IA* wörtlich entsprechende bzw identische Regelung. Nichtsdestotrotz sieht das kanadische Rechtssystem zahlreiche Normen vor, welche unrechtmäßiges Verhalten iSv *wrongful conduct* der *directors* in der Insolvenz bzw in der Phase vor der Insolvenz sanktionieren. Zusätzlich dazu hält das kanadische Rechtssystem den Rechtsbehelf der *oppression remedy* gemäß § 241 des *CBCA* bereit, nachdem benachteiligte bzw in unfairer Weise behandelte Gläubiger in der Insolvenz die Leitungsorgane haftungsrechtlich zur Verantwortung ziehen können. In diesem Licht ist auch das angloamerikanische System der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften zu sehen. Als Ausgleich für fehlende Mindestkapitalvorschriften, greift demnach ein strenges System der Kapitalerhaltung bzw Rückforderung, welches ebenfalls dem Gläubigerschutz dient.<sup>864</sup>

---

<sup>862</sup> Vgl. *Doralt*, Managerpflichten, sec 170 Rz 9.

<sup>863</sup> Vgl. *Bachner*, Limited in der Insolvenz 55f.

<sup>864</sup> Vgl. *Doralt*, Managerpflichten, sec 170 Rz 12.

## 7 Funktionale Rechtsvergleichung

Als eines der bedeutendsten Mittel zur Verhaltenssteuerung spielt die Haftung von Leitungsorganen sowohl in Österreich als auch in Kanada eine zentrale Rolle. Obwohl sich in beiden Ländern äußerst streng ausgestaltete Haftungsnormen finden, unterscheidet sich die Durchsetzung dieser Ansprüche doch sehr. Während in Österreich eine Entwicklung hin zu einer verstärkten Inanspruchnahme von Leitungsorganen - bedingt durch eine lange Tradition nicht gegen die eigenen Organmitglieder vorzugehen - erst langsam einsetzt, finden sich in Kanada weitaus häufiger Klagen gegen die *directors* einer *corporation*, da die Durchsetzungsmechanismen in Kanada wesentlich klägerfreundlicher ausgestaltet sind. Inse **funktional-rechtsvergleichenden Analyse** gilt es nun abschließend, anhand einiger ausgewählter **Fallbeispiele** aufzuzeigen, welche **Rechtsfragen** in der **österreichischen** und der **kanadischen Rechtsordnung** in Zusammenhang mit der **Organhaftung auftreten** und wie diese gelöst werden. Weiters erfolgt eine **Analyse der Ursachen** für die jeweilige **gleiche** bzw **unterschiedliche Behandlung** dieser Rechtsfragen.

Nach der rechtvergleichenden Methode des Funktionalismus werden **rechtliche Probleme abstrakt** dargestellt, um sodann die jeweiligen Lösungen des Problems in den unterschiedlichen Rechtsordnungen miteinander vergleichen zu können. Bei dieser rechtsvergleichenden Methode wird somit ein tatsächliches Problem zum Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung gemacht, wobei davon ausgegangen wird, dass in jeder Rechtskultur ähnliche Probleme bestehen, diese aber verschieden gelöst werden. Diese *praesumptio similitudinis*, dh die Annahme, dass Probleme in ähnlicher Form in verschiedenen Rechtsordnungen auftreten, wird als Vermutung der Ähnlichkeit bezeichnet.<sup>865</sup> Bei der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung geht es somit um das Erkennen sowie um die Herausarbeitung von Antwort für rechtlich relevante Probleme. Im Mittelpunkt steht dabei nicht die rechtliche Regelung selbst, sondern deren **gesellschaftliche Funktion bzw Wirkung**. Der Funktionalismus versucht hierbei auch einen meta-nationalen bzw sogar interkulturell gültigen Vergleichsmaßstab bereitzustellen.<sup>866</sup> Stets soll nur verglichen werden, was auch vergleichbar ist – „*to compare only what is comparable*“. Demnach können Regelungen und Institutionen

---

<sup>865</sup> Vgl. *Michaels*, Functional Method 369f.

<sup>866</sup> Vgl. *Julie De Coninck*, The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?*, *RabelsZ* Bd. 74 (2010) 318 (323).

unterschiedlicher rechtlicher Systeme nicht immer verglichen werden, sie müssen oftmals, unter Berücksichtigung gemeinsamer Bezugspunkt, erst vergleichbar gemacht werden. Inse funktionalen Rechtsvergleichung gelten Gesetzesbestimmungen und Normen als vergleichbar, sofern sie gleiche (oder gleichwertige) Funktionen erfüllen oder sich auf gleiche Probleme beziehen. „Funktionale Äquivalenz“ wird somit als Gewährleistung der Vergleichbarkeit verstanden.<sup>867</sup> Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch nochmals der Begriff der *Legal Transplants*, dh die Möglichkeit der Übernahme fremder Rechtskonzepte in die eigene Rechtsordnung. Hintergrund dazu ist, dass man ein fremdes Rechtsinstitut „anwendet“, welches angeblich oder auch nur scheinbar denselben Zweck erfüllt, für den die eigene Rechtsordnung eine Lösung sucht.

Anhand **zweier ausgewählter Organhaftungsfälle** des österreichischen und kanadischen Rechts erfolgt nun eine rechtvergleichende Analyse iSd Funktionalismus.

### 7.1 Österreich: „Causa BAWAG“

Der Sachverhalt, welcher den folgenden Ausführungen zugrunde liegt, basiert im Wesentlichen auf den Feststellungen sowie der rechtlichen Beurteilung des OGH-Urteils vom 21.12.2010.<sup>868</sup> Auf eine ausführliche Wiedergabe der einzelnen Sachverhaltselemente kann an dieser Stelle somit verzichtet werden. In Kürze lässt sich sagen, dass die Klage der ÖGB-eigenen AVB-Holding gegen ihren ehemaligen Vorstand, sowie gegen den ehemaligen BAWAG-Vorstand und gegen den damaligen ÖGB-Präsidenten *Fritz Verzetnitsch* auf Zahlung von € 10 Mio an Schadensersatz, auf Vorgängen aus dem Jahr 2005 basiert. Damals waren die Verluste der Bank aus den hochspekulativen Karibik-Geschäften bekannt geworden. Um diese Verluste zu vertuschen, entwickelten die Verantwortlichen die Idee, den Bankbetrieb von der alten BAWAG abzuspalten, mit der PSK zu fusionieren und das dadurch entstandene Kreditinstitut für einen Verkauf herzurichten. Vorgeworfen wird den Vorstandsmitgliedern sowie dem damaligen ÖGB-Präsidenten in diesem Zusammenhang nicht werthaltigen Kreditforderungen im Umfang von € 280 Mio über ein Netzwerk von Stiftungen an die Eigentümerin - die gegenwärtige AVB-Holding - verschoben zu haben.<sup>869</sup>

In Zusammenhang mit der Haftung der Organmitglieder sprach der OGH dazu aus: „Das

---

<sup>867</sup> Vgl. *Julie De Coninck*, *RabelsZ* Bd. 74 (2010) 324.

<sup>868</sup> Vgl. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f; Vergleiche dazu ausführlich unter 5.5.1.

<sup>869</sup> Vgl. *Kommenda*, *Rechtspanorama* - 31. 1. 2011, *Die Presse* 2011/05/01.

Klagsvorbringen zielt im Wesentlichen darauf ab, dass alle Beklagten die **Wertpapiertransaktion** als **Vehikel** zur **gesetzwidrig verschleierte Verlustabdeckung** geplant und - wenn auch in unterschiedlichen persönlichen Rollen - durchgeführt haben, sowie dass die Voraussetzungen für die **Mitwirkung** oder **Beteiligung** an einer **Untreuehandlung** oder einer **vorsätzlichen Schädigungshandlung** oder - in Ansehung der Zweit- und Siebtbeklagten (Anmerkung: Es handelt sich dabei um die ehemaligen AVB-Vorstandsmitglieder Johann Zwettler und Günther Weniger) - für eine **Pflichtverletzung** als Organmitglieder gegeben waren. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass eine Haftung auch hinsichtlich der Erst-, Dritt- bis Sechst- und Achtbeklagten, die zum relevanten Zeitpunkt nicht dem Vorstand der Klägerin angehört haben, beim derzeitigen Verfahrensstand zumindest noch nicht ausgeschlossen erscheint, ist zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO) (Anmerkung: Es handelt sich dabei um die ehemaligen BAWAG-Vorstandsmitglieder sowie um den ehemaligen ÖGB-Präsidenten Fritz Verzetnitsch) <sup>870</sup> Weiters führte der OGH aus, dass die Verantwortlichkeit und somit auch die Haftungssituation der ehemaligen AVB-Vorstandsmitglieder, nach den Bestimmungen des **§ 84 Abs 1 AktG**, an der **Maßfigur eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** zu messen sei. Die im konkreten Fall zu setzenden Maßnahmen und vorzunehmenden Handlungen, als auch die gebotenen Unterlassungsmaßnahmen sind dabei nach der Übung des redlichen Verkehrs unter **Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft** festzulegen. Die **Gesellschaft** selbst hat dabei den **Schaden** sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach, die **Kausalität** und **adäquate Verursachung** als auch die **Pflichtwidrigkeit** oder objektive Sorgfaltspflichtverletzung zu beweisen. Dem **Vorstand** bzw den einzelnen Vorstandsmitglied obliegt im Gegenzug dazu der Beweis, dass sein bzw ihr Verhalten **subjektiv nicht sorgfaltswidrig** war und demnach nicht **schuldhaft** gehandelt wurde.<sup>871</sup> Weiters führte der OGH aus: „Soweit sich die Beklagten auf ein auftragsgemäßes Handeln im Interesse der Eigentümer berufen, wird im weiteren Verfahren zu beachten sein, dass selbst formell zustandgekommene Beschlüsse der Hauptversammlung gemäß § 199 Abs 1 AktG nichtig sind, wenn sie durch ihren Inhalt Vorschriften verletzen, die im öffentlichen Interesse gelegen sind oder ihrem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstoßen. Ob der Beschluss für die Gesellschaft nützlich ist, spielt keine Rolle. Die Haftung eines gesetzwidrig handelnden Vorstands gegenüber der

---

<sup>870</sup> Vgl. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f.

<sup>871</sup> Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 108f.

*Gesellschaft scheidet daher nicht schon aus, wenn die gesetzwidrige Handlung durch einen Beschluss der Hauptversammlung gedeckt ist (...) Noch weniger könnte eine bloß informelle Zustimmung der Aktionäre die Haftung des Vorstands für gesetzwidrige Handlungen ausschließen.*<sup>872</sup>

Zusammengefasst bedeutet dies, dass sich das HG Wien als Erstgericht, neben der Frage der Schadenshöhe auch mit dem Verschulden der jeweiligen Organe zu beschäftigen hat. Die AVB-Vorstände müssten sich nach einer erwiesenen Sorgfaltswidrigkeit vom Verschulden freibeweisen. Für die BAWAG-Vorstände wird vorgebracht, dass sie nicht in der Absicht gehandelt haben, die AVB zu schädigen. Sie planten lediglich die Bank verkaufsfähig zu machen und würden demnach nur bei Vorsatz haften.<sup>873</sup> Eine weitere Entscheidung des HG Wien bleibt abzuwarten.

Aus strafrechtlicher Sicht wurden, entsprechend dem Urteil des Straflandesgerichts Wien, alle neun Angeklagten wegen Untreue bzw Beihilfe dazu schuldig gesprochen. Alle, außer *Wolfgang Flöttl*, weiters auch wegen Bilanzfälschung. Lediglich *Helmut Elsner* wurde zusätzlich auch wegen schweren Betrugs im Zusammenhang mit seiner Pensionsabfindung verurteilt. Nach der Erhebung von Berufungen bzw von Nichtigkeitsbeschwerden wurde das erstinstanzliche Urteil vom OGH jedoch wegen wesentlicher Verfahrensmängel weitgehend aufgehoben.<sup>874</sup> Nach Zurückweisung des Falles an das Erstgericht muss nun, sofern die Staatsanwaltschaft auf eine weitere Verfolgung besteht, gänzlich neu verhandelt werden.<sup>875</sup>

Nach Darstellung der „BAWAG-Causa“ entsprechend der österreichischen Rechtslage, wird nun iSe **rechtsvergleichenden Analyse** nach der **Methode des Funktionalismus** das dem Fall zugrundeliegende rechtliche Problem bzw die **relevante Rechtsfrage abstrakt** dargestellt, um sodann die Lösung des Problems mit der kanadischen Rechtsordnung vergleichen zu können. Es geht somit auch darum, die jeweiligen

---

<sup>872</sup> Vgl. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f.

<sup>873</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

<sup>874</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt (online), vom 23.12.2010, Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben,

<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do> (gelesen am 27.6.2011).

<sup>875</sup> Vgl. Wirtschaftsblatt (online), Bawag: Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do> (gelesen am 27.6.2011).

Rechtsvorschriften sowie die Entscheidungen der Gerichte ihrem **Sinn und Zweck** nach zu erfassen, um sodann einen Rechtsvergleich durchführen zu können. Hauptaugenmerk liegt dabei weniger auf den gegebenen Normen, als vielmehr auf deren Wirkung.

Als Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Analyse wird dabei der den Organhaftungsbestimmungen immanente Sinn und Zweck angenommen, wobei insbesondere die Wirkung bzw Funktion der Haftungsgrundsätze des § 84 AktG näher beleuchtet wird. Grundsätzlich ist dazu auszuführen, dass Vorstandsmitglieder als Leitungsorgane in eigener Verantwortung und unter Ausnützung ihres unternehmerischen Ermessensspielraumes über die Geschäftspolitik, Führungsgrundsätze sowie die Organisation des Unternehmens zu entscheiden haben.<sup>876</sup> Der Vorstand hat somit gemäß § 70 Abs 1 AktG in eigener Verantwortung die AG so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Bedachtnahme auf die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert. Zu beachten ist hierbei insbesondere die Funktion des § 84 Abs 1 S 1 AktG, welcher die *duty of care*, dh die allgemeine **Sorgfaltspflicht des Vorstands** festlegt. Demnach haben Vorstandsmitglied bei der Geschäftsführung und sonstigen Ausübung ihrer Aufgaben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, widrigenfalls sie zum Ersatz des daraus rechtswidrig und schuldhaft entstandenen Schadens verpflichtet sind. Die Funktion bzw Wirkung dieser Regelung liegt somit primär darin, den Leitungsorganen eine Art „Leitfaden“ für ihre **Verhaltensweise** bereitzustellen, sowie deren **Verletzung zu sanktionieren**. Festzuhalten ist dazu, dass sich in ihrer Wirkung ähnliche und eine gleichartige Funktion erfüllende Bestimmungen auch in der **kanadischen Rechtsordnung** finden. Einzugehen ist hierbei vor allem auf die Wirkung und Funktion des § 122 Abs 1 des *CBCA*, welcher die beiden wichtigsten Pflichten eines kanadischen *directors* festlegt. Die *directors* sind demnach verpflichtet iSe *fiduciary duty* oder *duty of loyalty* verantwortungsbewusst, loyal und stets im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln sowie ihre persönlichen Interessen und andere entgegenstehende Interessen hinten anzustellen.<sup>877</sup> Weiters haben sie der *duty of care* zu entsprechen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es sicherzustellen, dass *directors* sorgsam sowie mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten handeln, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben

---

<sup>876</sup> Vgl. Pichler/Weninger, Vorstand der AG 1.

<sup>877</sup> Vgl. Ross, Corporate and Commercial Law 95.

Situation an den Tag legen würde. Betrachtet man nun die dem „**BAWAG-Fall**“ zugrunde liegende **Rechtsfrage**, so geht es **abstrakt** gesehen darum, ob die Organmitglieder, als Leitungsorgane und somit als Entscheidungsträger der Gesellschaft versucht haben, die aus hochspekulativen Geschäften resultierenden Verluste einer Bank zu vertuschen, indem sie durch ein komplexes Geflecht an Stiftungen nicht werthaltige Kreditforderungen in erheblichem Umfang an ihre Eigentümerin verschoben haben.<sup>878</sup> In Österreich wurde dieser Sachverhalt als Untreuehandlung bzw als vorsätzliche Schädigungshandlung, sowie im Fall der ehemaligen AVB-Vorstandsmitglieder *Johann Zwettler* und *Günther Weniger*, als Pflichtverletzung von Organmitgliedern qualifiziert und unter die entsprechenden **Tatbestände subsumiert**. Auch in **Kanada** wird eine derartige Vorgehensweise als rechtswidrig angesehen und berechtigt die Gesellschaft zur Erhebung einer Klage gegen die *directors* sowie zur Geltendmachung von **Schadensersatzansprüchen**. Zusätzlich sieht das kanadische Recht jedoch noch weitere *remedies*, dh Rechtsbehelfe gegen rechtswidrig und schuldhaft handelnde Organmitglieder vor. Neben der klassischen *derivative action*, mit welcher der jeweilige geschädigte Aktionäre, der einen unmittelbaren Schaden erlitten hat, die Gesellschaft selbst klagen kann, sowie neben *criminal sanctions*, welche im Falle einer kriminellen Handlung zur Verfügung stehen<sup>879</sup>, ist noch die *shareholder derivative suit* zu erwähnen. Es handelt sich dabei um eine Art Prozessstandschaft, bei der *shareholder* Schadensersatzansprüche im Namen der Gesellschaft geltend machen können. Der Aktionär klagt das Leitungsorgan der Gesellschaft somit auf Leistung an die Gesellschaft aus einem Recht der Gesellschaft. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Gesellschaft aus unterschiedlichen Gründen den Anspruch nicht von sich aus einklagt.<sup>880</sup> Dies ist gerade deshalb von großer Bedeutung, da mit dieser Klagemöglichkeit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Aufsichtsrat den Vorstand seiner eigenen Gesellschaft idR höchst selten klagt. Um Rechtsmissbräuche zu unterbinden gibt es jedoch, wie bereits erwähnt, eine *contemporaneous ownership rule* bzw *continuing ownership rule*, wonach die *shareholder* ihre Aktien während des gesamten Verfahrens weiter behalten und auch alle sonstigen Rechtsmöglichkeiten ausgeschöpft sein müssen.<sup>881</sup> Von der Konstruktion her liegt eine *actio pro socio* vor, welche in dieser Form dem österreichischen Recht fremd ist. Eine ähnliche Bestimmung findet sich jedoch in § 84 Abs

---

<sup>878</sup> Vgl. *Kommenda*, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01.

<sup>879</sup> Vgl. *Osgoode Business Associations*, Law Resources For Business Lawyers – Part I (2010) 2.

<sup>880</sup> Vgl. *Möhrle*, D&O-Versicherung 3ff; *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 506.

<sup>881</sup> Vgl. *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 506f.

5 österr. AktG. Demnach können die Gläubiger einer AG den Ersatzanspruch der Gesellschaft im eigenem Namen gegenüber dem Vorstand geltend machen, sofern sie von der AG keine oder keine vollständige Befriedigung erlangen. Aus praktischer Sicht kommt es jedoch äußerst selten zu einer Geltendmachung dieses Ersatzanspruches durch die Gläubiger, da im Hauptanwendungsbereich dieser Norm, nämlich in der Insolvenz der Gesellschaft, der Anspruch alleine durch den Masseverwalter geltend gemacht wird.<sup>882</sup> Insofern kann diese Regelung als zahnlos angesehen werden. Auch ein nach § 134 österr. AktG bzw nach § 48 österr. GmbHG vorgesehenes Minderheitenrecht, stellt in Ergänzung dazu, wie bereits ausgeführt, einen eher schwachen Ausgleich da.<sup>883</sup>

Der BAWAG-Fall zeigt demnach mAn anschaulich, dass auch aus der Sicht der Praxis die Einführung bzw gesetzliche Verankerung in Anlehnung an das kanadische Vorbild der *oppression remedy*, nach der ein direktes sowie ausdrücklich gesetzlich verankertes Recht der Aktionäre bzw Gesellschafter, sowie auch anderer Anspruchsberechtigter besteht gegen die Mitglieder des Leitungsorgans vorzugehen, sofern diese in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt haben, sowie die Möglichkeit einer Angleichung des österreichischen Minderheitenrechts an eine dem kanadischen Vorbild der *shareholder derivative suit* entsprechenden Regelung, nach der auch ein einzelner *shareholder*, unabhängig von dem Vorliegen eines bestimmten Mindestanteils am Grund- bzw Stammkapital der Gesellschaft klageberechtigt ist, auch für Österreich durchaus sinnvoll wäre. Ein Hauptgrund für die seltene Inanspruchnahme von Leitungsorganen liegt ja – wie bereits ausgeführt wurde - unter anderem auch darin, dass Aufsichtsratsmitglieder oftmals gehemmt sind Klage zu erheben, da im Falle einer gerichtlichen Entscheidung auch ihr Mitverschulden geprüft wird. Vor diesem Hintergrund wäre die Einführung einer dem kanadischen Vorbild der *oppression remedy* bzw der *shareholder derivative suit* entsprechenden Regelung, nach der auch sonstige Dritte, wie zB gegenwärtige oder frühere *shareholder* iSv Minderheits- aber auch Mehrheitsgesellschafter, sowie jede andere Person, welche von dem Gericht als dazu geeignet (*proper person*) angesehen wird, anspruchsberechtigt sind, mAn in Österreich sinnvoll, da Ansprüche gegen Leitungsorgane dadurch in einer effektiveren Weise durchgesetzt werden könnten.

---

<sup>882</sup> Vgl. Rießler, JBl 2011, 72.

<sup>883</sup> Vgl. Rießler, JBl 2011, 70f.

## 7.2 Kanada: Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise (Peoples)

Der Sachverhalt, welcher diesen Ausführungen zugrunde liegt, beruht in seinen Grundzügen auf den Feststellungen sowie auf der rechtlichen Beurteilung des *Supreme Court of Canada* aus dem Jahr 2004<sup>884</sup> und wurde unter Punkt 5.5.2. bereits ausführlich dargestellt. Auf eine detaillierte Darstellung des Sachverhalts kann somit auch an dieser Stelle verzichtet werden. Kurz zusammengefasst hatte sich der *Supreme Court of Canada* im Fall *Peoples* damit auseinanderzusetzen, dass eine Einzelhandelskette, die *Wise Stores Inc.*, einen Mitbewerber am Markt, die *Peoples Department Stores Inc.*, aufgekauft hatte, um sodann im Wege einer Kreditvereinbarung notwendige Inventarbestände durch *Peoples* einzukaufen, wobei *Peoples* dieser auf Kredit an *Wise* weitergab. Nachdem beide Gesellschaften Insolvenz anmelden mussten, wurde seitens der Gläubiger von *Peoples* eine Klage gegen den *board of directors* wegen **Verletzung der fiduciary duty** nach § 122 Abs 1 des *CBCA* in Folge der **Umsetzung** dieses **fragwürdigen Kreditsystems** erhoben. Argumentiert wurde dabei von Seiten der Gläubiger damit, dass die Brüder *Wise*, als *directors* der *corporation*, die Interessen der *Wise Stores Inc.* über die der *Peoples Department Stores Inc.* gestellt hätten.

Betrachtet man nun im iSe rechtsvergleichenden Analyse die entsprechende **Rechtsfragen**, welche diesem Fall zugrunde liegt, so geht es **abstrakt** gesehen einerseits um die Frage, ob die *directors* der *corporation* durch die Umsetzung des beschriebenen fragwürdigen Kreditsystems ihre **Pflichten**, als **Entscheidungs- und Leitungsorgane**, **verletzt** haben. Sowie andererseits um die Frage, ob *directors*, welche **sorgfältig und auf ausreichend informierter Grundlage**, sowie unter **Einhaltung der gegenüber ihrer Gesellschaft geschuldeten Pflichten** gehandelt haben, **weitere Pflichten auch gegenüber den Gläubigern schulden**.

In Kanada wurde dieser Sachverhalt unter Anwendung der Haftungsbestimmungen des *CBCA* beurteilt. Festzuhalten ist dazu, dass der *Supreme Court of Canada* im Einzelfall *Peoples* eine Haftung der *directors* verneinte, sich jedoch ausführlich mit der Bedeutung sowie dem Umfang der Sorgfaltspflicht eines *directors* nach § 122 des *CBCA* auseinandersetzte. Als „Grundsatz“ wurde dabei festgelegt, dass die Pflicht, welche die *directors* gegenüber ihrer *corporation* schulden, nicht mit einer Pflicht gegenüber den Gläubiger verwechselt werden darf. Der *Supreme Court of Canada* legt dabei fest, dass die *directors*

---

<sup>884</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*].

gemäß § 122 Abs 1 des *CBCA* stets verpflichtet sind ihre Pflichten sorgfältig und gewissenhaft gegenüber der Gesellschaft, sowie unter Beachtung der Interessen anderer Anspruchsberechtigter auszuüben haben, es jedoch im Einzelfall doch eine unterschiedliche Beurteilung bzw Gewichtung zwischen den Interessen des Unternehmens und denen der Aktionäre bzw Gläubiger geben kann.<sup>885</sup>

In Hinblick auf den geschuldeten Sorgfaltsstandard stellte das Gericht fest, dass die Sorgfaltspflicht durch einen *director* jedenfalls eingehalten wird, sofern er sorgfältig und auf ausreichend informierter Grundlage handelt („*act prudently and on a reasonably informed basis*“).<sup>886</sup> Weiters legte der *Supreme Court* dar, dass Treue- und Sorgfaltspflicht des *directors* jederzeit, dh auch oder gerade dann, wenn das Unternehmen in Gefahr einer Insolvenz ist, gegenüber der Gesellschaft besteht, **lehnte** aber gleichzeitig den in einigen anderen Jurisdiktionen bestehenden Ansatz ab, dass gewisse **spezielle** und **über die vom Rahmen** der Treue- und Sorgfaltspflicht umfassten Pflichten zur Miteinbeziehung bzw **Beachtung der Interessen der Gläubiger** einsetzen sollten, sofern eine Kapitalgesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Diese Entscheidung war insofern richtungsweisend, indem ausdrücklich ausgesprochen wurde, dass in Fällen, in denen der *board of directors* eine unternehmerische Entscheidung sorgfältig und in gutem Glauben getroffen, sowie umsichtig und auf ausreichend informierter Basis gehandelt hat, es zu keiner Haftung kommt.

Auch in **Österreich** haben die Leitungsorgane bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Sofern sie ihre **Obliegenheiten verletzen**, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden **Schadens als Gesamtschuldner** verpflichtet. Sie können sich jedoch, wie ausgeführt, von der Schadensersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, indem sie nachweisen, dass sie die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** angewendet haben.<sup>887</sup> Sofern die Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer bei der Umsetzung des Kreditsystems sowie bei der vorangegangenen Entscheidungsfindung sorgfältig und gewissenhaft gehandelt haben, kommt es auch nach österreichischem Recht zu keiner Haftung. Festzuhalten ist weiters, dass auch nach der österreichischen Rechtslage die Sorgfalts- und Treuepflicht der Leitungsorgane nur gegenüber der Gesellschaft, nicht

---

<sup>885</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*]; Waitzer/Jaswal, 47 Osgoode Hall Law Journal 439ff.

<sup>886</sup> Vgl. [2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*].

<sup>887</sup> Vgl. § 84 AktG und § 25 GmbH.

jedoch gegenüber anderen Personen, wie zB gegenüber Aktionären, Mitarbeitern oder Gläubigern, geschuldet wird. Allerdings sollten deren Interessen auch nach der österreichischen Rechtslage bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

Eine klarstellende Entscheidung durch die Gericht ist mAn auch wünschenswert, da es gerade für den eher unsicheren Rechtsbereich der Vorstandshaftung wichtig ist auszusprechen, dass im Fall des sorgfältigen wirtschaftlichen Agierens im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht das Haftungsrisiko auch bei ständiger Veränderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten zumindest eingeschränkt ist.

## 8 Zusammenfassung

Die **Organhaftung** ist schon seit langem ein viel diskutiertes Thema, welches neben wirtschaftlicher Incentivierung eine wesentliche Voraussetzung für nachhaltiges wirtschaftliches Agieren ist. Ursprünglich aus dem Bereich des römischen Rechts stammend – bei dem es anfangs um die Inanspruchnahme bzw den persönlichen Verhaltensmaßstab des römischen Verwalters ging – gewinnt diese Thematik unter anderem aufgrund zunehmender wirtschaftlicher Vernetzung und technologischer Weiterentwicklung sowie vor allem in Wirtschaftskrisen an Tragweite.

Basierend auf dem in dieser Arbeit bereiteten Überblick über die Thematik der **Vorstands- und Geschäftsführerhaftung** anhand einer rechtsvergleichenden Analyse des **kontinentaleuropäischen** und des **angloamerikanischen Rechtssystem**, wird der Frage nachgegangen, ob und in welchem Maße unterschiedliche **Rechtssysteme** (*case law* vs. kontinentaleuropäisches Rechtssystem) **Auswirkungen auf die Haftung**, die **Durchsetzung von Haftungsansprüchen** sowie auf die **Absicherung** gegen solche haben und inwiefern diese Aspekte die **Effektivität der Unternehmenssteuerung** in einer **Krisensituation** aus rechtlicher Sicht beeinträchtigen. Anhand eines Systemvergleiches und mittels deduktionistischer Nutzung relevanter Fallstudien wird dabei gleichsam erörtert, welchen Einfluss die relevanten kanadischen Gesetzesbestimmungen sowie Rechtsinstrumente auf die österreichische Rechtslage haben bzw haben könnten. Der Schwerpunkt der Betrachtung wird hierbei einerseits auf die möglichen **direkten Einflüsse kanadischer Rechtsbehelfe auf das österreichische Haftungssystem**, sowie andererseits auf die möglichen **indirekten Auswirkungen** auf die österreichische Rechtslage, bedingt durch die deutsche **Positivierung der angloamerikanischen „Business Judgement Rule“** in § 93 dt. AktG gelegt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die im Vergleich zu Österreich bedeutend höhere Anzahl an Klagen gegen Leitungsorgane in Kanada im Wesentlichen durch die Rechtstradition des *common law* mit einer verstärkten Klagefreudigkeit, sowie durch eine Vielzahl effektiv durchsetzbarer Klagemöglichkeiten und Rechtsbehelfe bedingt ist. Festzustellen ist dazu, dass die **Haftungsnormen** des österreichischen und des kanadischen Rechts im Fall einer **Pflichtverletzung** oder sonstigen Obliegenheitsverletzung in ihren Grundzügen sehr ähnlich konzipiert sind, die in Kanada zur Verfügung stehenden **Anspruchsgrundlagen bzw Rechtsbehelfe** jedoch vielfältiger

ausgestaltet sind, weshalb sich das Klagerisiko für die *directors*, vor allem im Insolvenzfall erhöht. Vor diesem Hintergrund ist auch die verstärkte Inanspruchnahme sowie die zentrale Rolle der **D&O-Versicherung** für Leitungsorgane in Kanada zu betrachten, deren Abschluss im angloamerikanischen Raum gewissermaßen als „Standard“ anzusehen ist, um die Organmitglieder vor einer ausufernden zivil- und strafrechtlichen Inanspruchnahme abzusichern. Anzumerken ist dazu allerdings, dass sich die österreichische Rechtslage und damit die spezifische Haftungs- und Klagerisikosituation für Organe in den letzten Jahren der angloamerikanischen Rechtslage stark angenähert hat, wodurch sich auch hier zu Lande eine verstärkte Bedeutung der D&O-Versicherung ergibt. Es obliegt zukünftiger Forschungstätigkeit, diese qualitativ aufgezeigten und hergeleiteten Tendenzen, in Hinblick auf einen verstärkten Einfluss des angloamerikanischen Rechtssystems, einem einhergehenden höheren Klagerisiko und einer größeren Nachfrage nach D&O-Versicherungen in Österreich, auch quantitativ zu belegen, sowie im Lichte von Globalisierung, wachsender Vernetzung und technologischen Entwicklungen weiterhin zu beobachten.

## 8.1 Haftungsproblematik

Als Leitungsorgane haben Vorstände bzw Geschäftsführer von österreichischen Kapitalgesellschaften, gleichsam wie kanadische *directors*, ihre Gesellschaften sorgfältig zu leiten sowie ihre Aufgaben gewissenhaft wahrzunehmen. Die einzelnen Pflichten dieser Organe werden dabei, sowohl in Österreich als auch in Kanada, einerseits durch Generalklauseln, andererseits aber auch durch einzelgesetzliche Präzisierungen dieser allgemeinen Pflichten, sowie durch ausdrücklich zugewiesene Einzelaufgaben festgelegt. § 84 Abs 1 AktG sowie § 25 Abs 1 GmbHG sehen dazu vor, dass jedes Vorstandsmitglied bzw jeder Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Pflichten die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden hat. Diese Regelung entspricht dem Grundgedanken der kanadischen *duty of care*, wonach ein nicht sorgfältig bzw gewissenhaft handelnder *director* im Falle des Vorliegens der übrigen Haftungsvoraussetzungen schadensersatzrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Sowohl in Österreich als auch in Kanada zählen dabei die **Sorgfaltspflicht** (*duty of care*) und die **Treupflicht** (*duty of loyalty*) zu den **Kernpflichten von Leitungsorganen**, deren **rechtswidrige und schuldhafte Verletzung haftungsrechtliche Folgen** nach sich ziehen kann. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass den Leitungsorganen bei der

Ausübung ihrer Pflichten jedoch stets ein **unternehmerischer Ermessensspielraum** zur Verfügung steht, innerhalb dessen sie ihre Entscheidungen in eigener Verantwortung treffen können. Es handelt sich hierbei um einen gerichtlich nicht überprüfbaren Handlungsspielraum, welcher den Vorstandsmitgliedern bzw den Mitgliedern der Geschäftsführung bei der Ausübung ihrer unternehmerischen Tätigkeit zur Verfügung steht, sowie als Korrektiv zur Abgrenzung der Pflichten von einer Pflichtverletzung dienen soll. Zu beachten ist hierbei, dass die Einhaltung dieser Pflichten, sowie deren Ausübung im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums eng verknüpft ist mit dem angloamerikanischen **Prinzip der BJR**, welches die „Grenzlinie“ zwischen einer **unternehmerischen Fehlentscheidung** und einer **haftungsbegründenden Pflichtverletzung** bildet.<sup>888</sup> Nach den Kriterien der *BJR* wird eine Haftung für eine schlussendlich fehlerhafte, aber dennoch unternehmerisch sinnvolle Geschäftsentscheidung idR verneint, sofern die handelnde Person eine unternehmerische Entscheidung getroffen hat, welche keine von den Interessen des Unternehmens abweichenden Ziele verfolgt (Vermeidung von Interessenkonflikten), die Entscheidung auf ausreichender Informationsgrundlage unter Zugrundelegung der wesentlichen und verfügbaren Informationen beruht, sowie das Organmitglied subjektiv der Überzeugung war, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln, wobei diese Überzeugung von einem objektiven Standpunkt *ex ante* nachvollziehbar war (rationale Entscheidung).<sup>889</sup> Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, handelt der *director* im Rahmen seines unternehmerischen Ermessensspielraums und haftet demnach nicht. Festzuhalten ist dazu, dass die *BJR* in **Österreich nicht unmittelbar anwendbar** ist. Dennoch ist es auch hier zu Lande von großer Bedeutung, dass Entscheidungen von Leitungsorganen auf angemessener Informationsgrundlage, sowie frei von Interessenkonflikten und in gutem Glauben getroffen werden, dass die jeweilige Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft liegt. Den Grundsätzen *BJR* wird somit auch in Österreich – **zumindest indirekt** - Rechnung getragen.<sup>890</sup> Festzuhalten ist dazu, dass bis zum Jahr 2005 eine der *BJR* entsprechende Regelung weder in Österreich noch in Deutschland gesetzlich verankert war. Durch das UMAG<sup>891</sup> 2005 hat sich dies jedoch für Deutschland geändert. Mit dem

---

<sup>888</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/96f.

<sup>889</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/97; *Dougherty*, The Director's Handbook (2007) 3.

<sup>890</sup> Vgl. *Briem*, PSR 2010/27, 111 ff.

<sup>891</sup> Vgl. Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005 BGBl I 2005, S 2802 ff.

1.12.2005 wurde die *BJR* in Deutschland gesetzlich verankert und durch die Normierung der *BJR* im dt. AktG auch § 93 Abs 1 dt. AktG neu formuliert.<sup>892</sup> Der seit dem 1. 12. 2005 gültige Text des § 93 Abs 1 dt. AktG lautet demnach, wie folgt:

*„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“*

Auch in Österreich wird die Gewährung eines haftungsfreien Ermessensspielraumes für Leitungs- und Überwachungsorgane fraglos akzeptiert. Nicht durchgesetzt hat sich jedoch bisher der Gedanke, diesen Freiraum in einem eigenen Tatbestand zu kodifizieren. In diesem Sinne werden in dieser Arbeit die Vor- und Nachteile einer Positivierung der *BJR* für Österreich aufgezeigt.

Für eine gesetzliche Verankerung eines ausdifferenzierten und den Bestimmungen der *BJR* entsprechenden Tatbestandes spricht, dass das Positivieren der *BJR* zu einer Stärkung der Rechtssicherheit beiträgt, sowie andererseits auch erhöhte Transparenz schafft und somit indirekt auch zu einer Beruhigung von Leitungs- und Überwachungsorganen beiträgt.<sup>893</sup> Dies hätte sowohl für den Vorstand, als auch für die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat den klaren Vorteil der Vorgabe einer detaillierten Leitlinie. Weiters wäre durch eine kodifizierte *BJR* insbesondere auch das unternehmerische Ermessen abgesichert, sowie gleichzeitig auch die Durchsetzung von Haftungsansprüchen seitens einer Minderheit im Namen der Gesellschaft erleichtert. Durch die Subsumtionsfähigkeit unter klar festgeschriebene Tatbestandmerkmale würde es zusätzlich auch zu einer Erleichterung für die Gerichte durch eine einfachere Anwendung und Beurteilung komplexer Sachverhalte an Hand der Prinzipien der *BJR* kommen. Dies jedoch ohne andererseits eine Fortentwicklung der Normen von Fall zu Fall einzuschränken. In die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen wäre insbesondere, neben den Aspekten der erhöhten Transparenz und Rechtssicherheit, auch die Bedeutung des Vertrauensgrundsatzes der Rechtsunterworfenen. Problematisch ist hierbei jedoch, dass es dazu keinen einheitlichen Standpunkt innerhalb der einzelnen Rechtsordnung gibt. So habe beispielsweise die vorher genannten Überlegungen sowohl in Kanada als auch in den USA

---

<sup>892</sup> Vgl. Lutter, GesRZ 2007, 80f.

<sup>893</sup> Vgl. Kunz, GesRZ 2007, 91.

und Großbritannien dazu geführt, dass die *BJR* nicht kodifiziert wurde, wohingegen es in Deutschland und Australien zu einer Kodifizierung gekommen ist.<sup>894</sup>

Auf der anderen Seite kann gegen eine Kodifizierung der *BJR* vorgebracht werden, dass in Österreich auch ohne gesetzliche Verankerung, die Entscheidungen von Leitungsorganen stets auf angemessener Informationsgrundlage, sowie frei von Interessenkonflikten und in gutem Glauben, dass die jeweilige Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft liegt, getroffen werden sollten. Dem oben angesprochenen Vertrauensgrundsatz der Rechtsunterworfenen und der Schaffung einer klaren Regelung durch die Kodifizierung der *BJR*, steht hierbei auch ein allfälliger Interpretationsspielraum, sowie stets bestehende divergierende Auslegungsmöglichkeiten im Falle einer gesetzlichen Verankerung der *BJR* gegenüber.

Abschließend kann demnach aus rechtsvergleichender Sicht zu dem Themenkomplex der *BJR* festgehalten werden, dass sowohl Lehre als auch Rechtsprechung in Österreich praktisch zu dem gleichen Ergebnis wie in Deutschland kommen - sei es vor oder nach der Kodifizierung des § 93 Abs 1 und 2 dt. AktG. Anzumerken ist dazu auch, dass die *BJR* schon nach der gesetzlichen Ausgangslage nicht pauschal in das österreichische und das deutsche Organhaftungsrecht übernommen werden kann. Dies deshalb, da zwar einerseits der Umfang des Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen weitgehend übereinstimmt, nicht jedoch die Regelungen über die Beweislastverteilung bei Ermessensüberschreitungen.<sup>895</sup> MA n ist dazu der Ansicht von *Torggler* zu folgen: Die Elemente der *BJR* sollten demnach – wie auch bisher – bei der Beurteilung der Handlungen von Leitungsorganen stets berücksichtigt werden, dies jedoch „*teilweise in anderem Zusammenhang oder mit anderer Wirkung*“.<sup>896</sup> Ohne einen derartigen Handlungsspielraum, welcher nach den Kriterien der *BJR* zu konkretisieren ist, wäre **effektives wirtschaftliches Handeln und Entscheiden** ja schlichtweg unmöglich. Eine gesetzliche Verankerung der schon bisher für Österreich - zumindest indirekt - maßgeblichen Prinzipien der *BJR* würde mAn hierzu jedoch keinen Mehrwert beitragen.

Zur Haftungssituation überleitend ist festzuhalten, dass es auch in Österreich zu einer Haftung des jeweiligen Leitungsorganes kommt, sofern die Kriterien der *BJR* nicht erfüllt sind. In Österreich wird dabei grundsätzlich zwischen den Haftungstypen der **Innen-** und

---

<sup>894</sup> Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, 80f.

<sup>895</sup> Vgl. *Torggler*, ZfRV 2002/9, 138.

<sup>896</sup> Vgl. *Torggler*, ZfRV 2002/9, 134.

der **Außenhaftung** unterschieden. Für den Bereich der **Innenhaftung** finden sich die maßgeblichen Normen dazu in den Bestimmungen des § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG, welche den Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer festlegen, sowie gleichzeitig im Falle eines Pflichtverstoßes die Voraussetzungen für deren Haftung determinieren. § 84 AktG bzw § 25 GmbHG legt dazu fest, dass Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer ihrer Gesellschaft gegenüber nur für Schäden haften, welche der Gesellschaft aus der Verletzung der den Leitungsorganen auferlegten Pflichten entstanden sind. Zu beachten ist hierbei auch, dass Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer nicht *per se* für Schäden haften, welche sie hervorrufen haben. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Ablehnung einer Erfolgshaftung<sup>897</sup>. Gehaftet wird demnach nur, sofern der Gesellschaft durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Organs ein Schaden entstanden ist. In Österreich gilt somit der Grundsatz der **Verschuldenshaftung**, als deren Voraussetzungen neben Schaden und Kausalität auch Rechtswidrigkeit und Verschulden des Vorstands bzw des Geschäftsführers gegeben sein müssen. Insofern stimmen die Haftungsvoraussetzungen von Leitungsorganen mit den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts überein. Im Gegensatz zu der Innenhaftung betrifft die **Außenhaftung** Ansprüche Dritter, wie zB Ansprüche von **Gesellschaftern, Gläubigern** oder **sonstigen Dritten** gegenüber den Organen der Gesellschaft, welche infolge eines Fehlverhaltens der Organe Schadensersatz einfordern. Ausschlaggebend im Bereich der Außenhaftung ist, dass die verletzte Norm gerade den Schutz des Geschädigten bezwecken soll. Man bezeichnet dies als den „**persönlichen Schutzbereich der Norm.**“ Als Anspruchsgrundlagen im Bereich der Außenhaftung kommen daher primär Schutzgesetze, aber auch Verträge mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, Deliktsgesetze sowie spezialgesetzliche Regelungen in Betracht.

Für die **kanadischen directors** sind in Zusammenhang mit ihrer Haftung vor allem die Normen des **CBCA**, sowie die Bestimmungen des **BIA** im Falle einer Unternehmensinsolvenz von zentraler Bedeutung. Die kanadische *corporation* wird dabei als eigenständige juristische Person angesehen, welche nach dem Grundsatz des **corporate veil** alleine für ihre Schulden verantwortlich ist, andererseits aber auch ihr alleine der erwirtschaftete Gewinn zusteht. Daraus ergibt sich, dass die Gesellschafter grundsätzlich nicht für Handlungen ihrer Gesellschaft persönlich haftbar sind.<sup>898</sup> Festzuhalten ist jedoch,

---

<sup>897</sup> Vgl. OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i; *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II §§ 77-84 Rz 100ff.

<sup>898</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 17.

dass dieses Prinzip bei Vorliegen bestimmter Umstände durchbrochen werden kann – man spricht in diesem Zusammenhang auch davon den Deckmantel der Haftungsbeschränkung aufzuheben - „*to pierce or lift the corporate veil*“.<sup>899</sup> Dies geschieht vor allem dann, wenn das Institut des *corporate veil* dazu missbraucht wird, ein Fehlverhalten der Organe auf die Gesellschaft abzuwälzen. Problematisch ist hierbei jedoch, dass bis jetzt keine einheitliche Regelung vorhanden ist, wann es zu einer derartigen Durchgriffshaftung kommt. Ob und wann kanadische Gerichte demnach den Deckmantel der Haftungsbeschränkung aufheben, hängt oftmals stark von der Bonität der Gesellschaft ab.<sup>900</sup> Die kanadischen Gerichte entwickelten in diesem Zusammenhang den Grundsatz, dass im Fall der Insolvenz bzw Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch das potentielle Haftungsrisiko stark ansteigen soll.<sup>901</sup> In diesem Kontext zu sehen ist auch die Haftung von Leitungsorganen kanadischer Kapitalgesellschaften, welche zusätzlich dazu an spezifische Deliktskategorien anknüpft.

Für die **Haftung von Leitungsorganen** in Kanada ist dabei festzuhalten, dass generell zwischen drei verschiedenen **Kategorien von Delikten** unterschieden wird: *Absolute Liability Offences*, *Strict Liability Offences* und *Offences requiring proof of fault*. Die Einordnung einer Pflichtverletzung in eine dieser Deliktskategorien ist dabei vor allem für die Frage von zentraler Bedeutung, ob sich das jeweilige Organ durch entsprechenden **due diligence-Nachweis**, dh durch den Nachweise mit gehöriger Sorgfalt gehandelt zu haben, von einer Haftung freibeweisen kann. Zusätzlich dazu sieht das kanadische Gesellschaftsrecht zwei verschiedene **Haftungsarten** vor: **direct liability** und **indirect liability**. Erste betrifft unmittelbar den *director*, welcher durch Missachtung seiner Pflichten sowie unter Verletzung der gehörigen *duty of care* bzw *duty of loyalty* oder auch einer anderen Rechtsvorschrift einen Schaden verursacht hat. Bei der *indirect liability* geht es hingegen darum, dass ein *director* für Rechtsverletzungen der *corporation* verantwortlich gemacht wird.<sup>902</sup> Hierbei ist zu beachten, dass im kanadischen Gesellschaftsrecht eine Gesellschaft haftungsrechtlich für Delikte zur Verantwortung gezogen werden kann, welche durch ihre *directing minds* begangen werden. Es handelt sich dabei um Organe mit Entscheidungskompetenz, wie zB *directors*, aber auch Manager, Vorsteher und andere Personen, an die derartige Kompetenzen delegiert werden können. Sofern demnach ein *directing minds* der *corporation* eine unerlaubte Handlung begangen

---

<sup>899</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 16f.

<sup>900</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 18.

<sup>901</sup> Vgl. *Sarra/Davis*, Corporate Insolvency 19.

<sup>902</sup> Vgl. *Reiter*, Directors' Duties<sup>3</sup> 292.

hat, kann es zu einer Haftung der Gesellschaft kommen. Zusätzlich kann es zu einer indirekten Haftung eines *directors* kommen, sofern die Gesellschaft eine Tat begeht, an welcher der jeweilige *director* teilnimmt bzw es unterlässt diese zu verhindern.<sup>903</sup>

Unabhängig von der Haftungsart und dem Deliktstyp kann festgehalten werden, dass der dem Haftungsrecht immanente Grundgedanke des angloamerikanischen Schadensersatzrechts vom dem des kontinentaleuropäischen Schadensersatzrecht abweicht. Während das österreichische Recht den Gedanken der **Prävention** und des **Schadensausgleiches** in den Vordergrund stellt, fügt das kanadische Haftungsrecht diesen beiden Komponenten noch **Maßnahmen mit Strafcharakter** hinzu. In Kanada können demnach auch sogenannte *punitive damages*, dh Schadensersatzzahlungen mit Strafcharakter verhängt werden.<sup>904</sup>

Sowohl das österreichische, als auch das kanadische Gesellschaftsrecht unterscheiden in diesem Zusammenhang im Bereich der Organhaftung zwischen Innenhaftungsansprüchen - für die Haftung von Leitungs- und Aufsichtsorganen gegenüber der Gesellschaft - und Außenhaftungsansprüchen gegenüber Dritten. Im Gegensatz zu Österreich spielt die Innenhaftung in Kanada jedoch eine eher untergeordnete Rolle. Als zentrale Anspruchsgrundlagen im kanadischen Gesellschaftsrecht kommen hierbei die Normen des § 118 Abs 1 und Abs 2 des *CBCA*, sowie die Bestimmungen des § 119 und § 131 des *CBCA*, als auch die Rechtsbehelfe des § 239 und § 241 des *CBCA* in Betracht. **§ 118 Abs 1 des *CBCA***<sup>905</sup> sieht hierbei eine gesamtschuldnerische Haftung der *directors* gegenüber ihrer Gesellschaft vor, sofern die *directors* eine Aktienaussgaben für eine nicht in Geld bestehende Gegenleistung angeordnet haben und zwar für den Betrag, um den die erhaltene Gegenleistung geringer war, als der tatsächlich in Geld bestehende Gegenwert, den das Unternehmen erhalten hätte, sofern Anteil zum Zeitpunkt der Beschlussfassung gegen Geld ausgegeben worden wären. **§ 118 Abs 2 des *CBCA*** sieht weiters vor, dass *directors* der Gesellschaft gegenüber für bestimmte ausgezahlte Beträge solidarisch haften, sofern diese ausgezahlt wurden, obwohl die Gesellschaft nicht über die ausreichenden finanziellen Mittel verfügt.

Im Gegensatz zu einer Haftung der *directors* gegenüber der Gesellschaft, normiert § 119 des *CBCA* eine Haftung der Leitungsorgane gegenüber den Angestellten der *corporation*.

---

<sup>903</sup> Vgl. *Reiter*, *Directors' Duties*<sup>3</sup> 298f.

<sup>904</sup> Vgl. *Möhrle*, D&O-Versicherung 4.

<sup>905</sup> Vgl. § 118 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>.

§ 119 Abs 1 des *CBCA* sieht in diesem Kontext vor, dass *directors* den Mitarbeitern ihrer *corporation* gegenüber gesamtschuldnerisch bzw solidarisch für sechs Monate nicht übersteigende Lohnzahlungen haften. Während die Bestimmungen des § 118 und § 119 des *CBCA* somit die Voraussetzungen festlegen, nach denen es zu einer Haftung der *directors* kommt, besteht nach § 123 Abs 4 und 5 des *CBCA*<sup>906</sup> die Möglichkeit sich von einer derartigen **Haftung „freizubeweisen“**, sofern einem *director* der Nachweis gelingt, dass er sich entsprechend seinen Pflichten nach § 122 Abs 1 und Abs 2 des *CBCA* verhalten hat und zudem sorgsam, sowie mit derselben Sorgfalt und denselben Fähigkeiten gehandelt hat, die eine verantwortungsbewusste Person in derselben Situation an den Tag legen würde. Ausgeführt wird dazu, dass es weiters zu keiner Haftung kommt, sofern ein *director* in **gutem Glauben** auf:

- (a) den Jahresabschluss der Gesellschaft, welcher ihm seitens eines *officers* oder in Form eines schriftlichen Berichts des Abschlussprüfers dargelegt wurde, oder
- (b) den Bericht einer Person, deren Beruf eine gewisse Glaubwürdigkeit mit sich bringt, gehandelt hat.

Als weitere haftungsrechtlich relevante Bestimmung befasst sich § 131 des *CBCA* mit dem Verbot des Insiderhandels (*Insider Trading*), nach dem das Ausnützen der Stellung bzw der Kenntnisse einer Person in und über Unternehmen sanktioniert wird, sofern diese Person Insiderhandel betreibt, indem sie eine Wertpapierorder - unter Ausnützung von Insiderinformationen, welche weder den *shareholdern* noch der Öffentlichkeit bekannt sind - erteilt oder auslöst.<sup>907</sup> § 131 Abs 4 und Abs 5 des *CBCA* sehen dazu vor, dass sowohl *Insider* einer *distributing corporation* als auch einer *non-distributing corporation* zivilrechtlich, einerseits den Gesellschaftern sowie dritten Personen, die einen direkten Schaden erlitten haben, als auch der Gesellschaft gegenüber haftungsrechtlich verantwortlich sind. Nach § 131 Abs 5 des *CBCA* ist demnach der *Insider* einerseits der Gesellschaft gegenüber für jeden Nutzen bzw Vorteil, welchen er aus der Transaktion gezogen hat, haftbar. Zusätzlich sieht § 131 Abs 4 des *CBCA* aber auch vor, dass der *Insider* auch einer dritten Person, welche einen direkten Schaden aus dem Kauf bzw Verkauf der Wertpapiere bzw der Transaktion erlitten hat haftbar ist, sofern der *Insider* unter Ausnützung wesentlicher, vertraulicher und öffentlich nicht bekannter Informationen gehandelt hat, die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen-

---

<sup>906</sup> Vgl. § 123 Abs 4 und 5 des *CBCA*; CanLII, Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>.

<sup>907</sup> Vgl. *Beattie in Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 27.

oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen.<sup>908</sup> Wie im Falle des § 118 und § 119 des *CBCA* steht jedoch auch hier dem *Insider* die Möglichkeit offen, sich durch den Nachweis zu verteidigen, dass er vernünftiger Weise annehmen durfte, dass die entsprechenden Informationen allgemein bekannt waren bzw nachweist, dass dem Käufer bzw Verkäufer der Wertpapiere die gegenständlichen Informationen bekannt waren bzw vernünftiger Weise bekannt hätten sein müssen.<sup>909</sup> Im Kontext der Organhaftung ist weiters zu erwähnen, dass die nach **kanadischem Gesellschaftsrecht** gegen *directors* zur Verfügung stehende Liste an **Rechtbehelfen** (*remedies*) weitaus länger ist als in Österreich. Zusätzlich zu der Möglichkeit, dass die Gesellschaft selbst gegen ihre *directors* vorgeht, welche ihre *fiduciary duty* bzw *duty of care* verletzt bzw entgegen den Bestimmungen des § 122 des *CBCA* gehandelt haben, bestehen demnach nach kanadischem Recht ausdrücklich festgeschriebene Rechtsbehelfe (*remedies*) für dritte Personen, wie zB für Gesellschafter (*shareholder*), Angestellte (*employees*), Gläubiger (*creditors*) oder auch für andere Anspruchsberechtigte (*other stakeholders*). Festgestellt werden kann somit, dass die Haftungsbestimmungen in Kanada und Österreich in ihren Grundzügen zwar ähnlich ausgestaltet sind, die nach kanadischem Gesellschaftsrecht gegen *directors* zur Verfügung stehenden Rechtbehelfen jedoch **vielfältiger** sind als in Österreich. Zu nennen ist hierzu die **oppression remedy** gemäß § 241 des *CBCA*, nach der Dritte gegen den *board of directors* vorgehen können, sofern dieser in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt hat.<sup>910</sup> Als weiterer Rechtsbehelfe ist die **derivative action bzw derivative suit** von zentraler Bedeutung, nach der Dritte, wie beispielsweise *shareholder*, die einen direkten und über den Schaden der Gesellschaft hinausgehenden Schaden erlitten haben, im Namen der Gesellschaft eine Verpflichtung der *directors* gegenüber der Gesellschaft einklagen können. Eine Besonderheit des angloamerikanischen Rechtskreises stellt dabei die sogenannte **shareholder derivative suit** dar. Es handelt sich dabei um eine Art Prozessstandschaft, bei der *shareholder* Schadensersatzansprüche im Namen der Gesellschaft geltend machen. Prozessualer Ablauf ist dazu, dass der *shareholder* das Leitungsorgan der Gesellschaft auf Leistung an die Gesellschaft aus einem Recht der Gesellschaft klagt. Voraussetzung ist dazu, dass die Gesellschaft bzw das zuständige Organ den Anspruch nicht von sich aus

---

<sup>908</sup> Vgl. *Beattie* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 29.

<sup>909</sup> Vgl. *Gerhart* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 169.

<sup>910</sup> Vgl. *Cowper-Smith* in *Richardson* (Hrsg.), *Duties and Liabilities in Canada* 75f.

einklagt.<sup>911</sup> Mit dieser Klagemöglichkeit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Überwachungsorgan den Vorstand seiner eigenen Gesellschaft idR höchst selten klagt. Um jedoch vorab eine rechtsmissbräuchliche Verwendung zu unterbinden, wurde in Kanada die *contemporaneous ownership rule* bzw *continuing ownership rule* entwickelt. Diese sieht vor, dass *shareholder* ihre Aktien während des gesamten Verfahrens weiter behalten müssen und auch alle sonstigen Rechtsmöglichkeiten (zB Aufforderung an den *board of directors* zur Klageerhebung) ausgeschöpft wurden.<sup>912</sup>

Als weitere Klagemöglichkeit sieht das angloamerikanische Rechtssystem noch die sogenannte *direct action* vor, bei welcher der jeweilige geschädigte Aktionäre, der einen unmittelbaren Schaden erlitten hat, selbst klagen kann. Abschließend sei noch die sogenannte *class action* erwähnt, bei der eine Person bzw eine Personengruppe für eine größere Gruppe gemeinschaftliche Interessen einklagen kann. Voraussetzung ist dazu, dass diese Personen ein gleichartiges Recht bzw ein Recht aus einem gleichartigen Sachverhalt einklagen oder dieses gegen sie eingeklagt wird.<sup>913</sup> Ein daraus resultierendes Urteil ist stets für die gesamte *class* bindend, dh für alle, die von ihrem grundsätzlich bestehendem *opting-out*-Recht keinen Gebrauch gemacht haben. Sie können somit dieselbe Klage nicht nochmals erheben (*res judicata*-Wirkung).

Während das kanadische Gesellschaftsrecht somit zahlreiche, auch gesetzlich verankerte Rechtsbehelfe, wie zB die *oppression remedy* gemäß § 241 des *CBCA* oder die (*shareholder*) *derivative suit* nach § 239 des *CBCA* zur Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen bereithält, stellen in Österreich vor allem die Kompetenzregelungen für die Geltendmachung derartiger Haftungsansprüche oftmals ein großes Hindernis dar. Im Falle der Innenhaftung bei einer AG ist Gläubiger des Ersatzanspruchs und somit aktivlegitimiert zur Prozessführung gegen den Vorstand zwar stets die Gesellschaft gemäß § 84 AktG,<sup>914</sup> zuständig für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gegen das bzw die beklagten Vorstandsmitglied(er) ist jedoch grundsätzlich der Restvorstand<sup>915</sup> aufgrund seiner allgemeinen Vertretungsbefugnis gegenüber der Gesellschaft. Alternativ kann gemäß § 97 Abs 1 AktG im Falle des

---

<sup>911</sup> Vgl. Möhrle, D&O-Versicherung 3ff; Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 506.

<sup>912</sup> Vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 506f.

<sup>913</sup> Vgl. Hay in Assmann/Bungert, Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts 559f.

<sup>914</sup> Vgl. Feltl in Ratka/Rauter (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 9/121.

<sup>915</sup> Es handelt sich dabei um die nicht beklagten Vorstandsmitglieder in vertretungsbefugter Zahl, welche ohne das bzw die in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieder zu handeln haben.

Vorliegens eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses die Geltendmachung des Ersatzanspruches auch durch den Aufsichtsrat erfolgen. Nach anderer Ansicht<sup>916</sup> besteht in diesen Fällen grundsätzlich eine ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrates zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen die Vorstandsmitglieder. Zusätzlich zu dieser allgemeinen Regelung sieht § 134 AktG weiters vor, dass auch einer Aktionärsminderheit, welche zusammen oder alleine zumindest 5 % bzw 10 % des Grundkapitals ausmacht, das Recht zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen zukommen kann. Dies ist vor allem in jenen Konstellationen von Bedeutung, in denen der Vorstand von einer Aktionärsmehrheit „geschützt“ wird. Die Gesellschafter machen in diesem Fall formell einen Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen, dh im Namen der Minderheit gelten, wobei sie materiell gesehen aber auf Rechnung der Gesellschaft handeln.

Ähnlich ist die Rechtslage nach § 25 GmbHG, wonach lediglich die Gesellschaft selbst zur Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Geschäftsführung berechtigt und demnach zur Prozessführung aktivlegitimiert ist.<sup>917</sup> Als Voraussetzung für die Geltendmachung des Haftungsanspruches sieht § 35 GmbHG das Vorhandensein eines Gesellschafterbeschlusses vor, wobei diese Bestimmung nach § 35 Abs 2 GmbHG als zwingend anzusehen ist.<sup>918</sup> Anzumerken ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass es grundsätzlich umstritten ist, in wessen Kompetenz die Geltendmachung eines Ersatzanspruches gegen die Geschäftsführer fällt. Das GmbHG enthält dazu zwei Bestimmungen, die einander vom Wortlaut widersprechen: Einerseits sieht § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG vor, dass die Gesellschafter darüber beschließen können, wer als Vertreter der GmbH im Rahmen der Prozessführung tätig werden soll, sofern die GmbH weder durch den Aufsichtsrat noch durch die Geschäftsführer vertreten werden kann. Im Gegensatz dazu sieht § 301 Abs 2 GmbHG vor, dass der Aufsichtsrat zur Prozessführung zuständig ist, sofern die GmbH nicht jemand anderen, als besonderen Vertreter ausgewählt hat.<sup>919</sup> Nach hA<sup>920</sup> ist der Bestimmung des § 301 Abs 2 GmbHG Folge zu leisten, wonach die Gesellschafter grundsätzlich den Prozessvertreter frei wählen können; dies auch wenn ein Aufsichtsrat eingerichtet wurde. Anders sieht dies hingegen *Koppensteiner/Rüffler*<sup>921</sup>,

---

<sup>916</sup> Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/428f.

<sup>917</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 26; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/211; OGH 4 Ob 2154/96k.

<sup>918</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/212.

<sup>919</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/217.

<sup>920</sup> Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 4/404.

<sup>921</sup> Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 301 Rz 6 und 7.

welche von einer primären Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Prozessführung ausgehen. Wie im Falle der AG so sieht § 48 GmbHG zusätzlich die Möglichkeit vor, dass eine Gesellschafterminderheit unter bestimmten Voraussetzungen Haftungsansprüche gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsführung geltend machen kann; diese jedoch nur dann, wenn die Gesellschaft nicht selbst tätig wird.<sup>922</sup> Als Voraussetzung zur Geltendmachung eines Ersatzanspruches seitens der Minderheitsgesellschafter sieht § 48 GmbHG vor, dass die Gesellschafter zusammen mit einem Mindestanteil von 10 % am Stammkapital beteiligt sind oder ihre Stammeinlagen zusammengerechnet einen Nennbetrag von € 700.000,- ergeben.<sup>923</sup> Weiters muss der Antrag auf Verfolgung der Ansprüche durch einen Gesellschafterbeschluss abgelehnt bzw erst gar nicht behandelt worden sein.<sup>924</sup>

In Zusammenhang mit der Haftung von Leitungsorganen ist angesichts dieser Kompetenzregelungen demnach problematisch, dass im Fall der Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen stets der die Gesellschaft vertretende Restvorstand bzw der Aufsichtsrat über Haftungsklagen gegen seinen eigenen Vorstand bzw gegen die Mitglieder der Geschäftsführung zu entscheiden hat, dieser jedoch oftmals selbst an der schadensbegründenden Handlung durch aktives Tun bzw Unterlassen mitgewirkt hat. Vor diesem Hintergrund wird der Restvorstand bzw der Aufsichtsrat bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen eher zurückhaltend agieren wird, da im Falle eines Haftungsprozesses stets auch seine Mitverantwortung wegen mangelhafter Überwachung des Vorstands bzw der Geschäftsführung geprüft wird. Ein nach § 134 AktG sowie nach § 48 GmbHG vorgesehene Minderheitenrecht, nach dem einer 5%igen bzw 10%igen Minderheit das Recht zur Verfolgung nicht offenkundig unbegründeter Ansprüche zusteht, stellt hierbei auch nur einen schwachen Ausgleich da.<sup>925</sup> Weiters spielt die Außenhaftung in Österreich korrespondierend dazu auch eine eher untergeordnete Rolle. Für Österreich ist in diesem Kontext auch die Norm des § 84 Abs 5 AktG<sup>926</sup> zu erwähnen, wonach die Gläubiger einer AG den Ersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen gegenüber dem Vorstand geltend machen können, sofern sie von der AG keine oder keine

---

<sup>922</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/211.

<sup>923</sup> Im Gesellschaftsvertrag können jedoch auch geringere Schwellenwerte festgesetzt werden.

<sup>924</sup> Vgl. *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter* (Hg.), Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/220.

<sup>925</sup> Vgl. *Rüffler*, JBl 2011, 70f.

<sup>926</sup> Systemmatisch handelt es sich bei § 84 Abs 5 AktG um eine Norm aus dem Bereich der Innenhaftung, welche vorsieht, dass Gläubiger den Ersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen gegenüber dem Leitungsorgan geltend machen können, sofern sie von der Gesellschaft keine oder keine vollständige Befriedigung erlangen können.

vollständige Befriedigung erlangen. Aus praktischer Sicht kommt es jedoch äußerst selten zu einer Geltendmachung eines derartigen Ersatzanspruches seitens der Gläubiger, da im Hauptanwendungsbereich dieser Norm, nämlich in der Insolvenz der Gesellschaft, der Anspruch alleine durch den Masseverwalter geltend gemacht wird.<sup>927</sup> Insofern kann diese Regelung als zahnlos angesehen werden.

*De lege ferenda*, dh unter Bedachtnahme auf jenen Rechtszustand, der durch eine derartige Gesetzesänderung herbeigeführt werden kann, würde demnach die Einführung einer dem kanadischen Vorbild der *oppression remedy*, nach der ein direktes sowie ausdrücklich gesetzlich verankertes Recht der Aktionäre bzw Gesellschafter, sowie auch anderer Anspruchsberechtigter besteht gegen die Mitglieder des Leitungsorgans vorzugehen, sofern diese in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt haben, als auch die Möglichkeit einer Angleichung des österreichischen Minderheitenrechts an eine dem kanadischen Vorbild der *shareholder derivative suit* entsprechenden Regelung, nach der auch ein einzelner *shareholder*, unabhängig von dem Vorliegen eines bestimmten Mindestanteils am Grund- bzw Stammkapital der Gesellschaft klageberechtigt ist, zu einer verstärkten Inanspruchnahme der Leitungsorgane sowie zu einer effektiveren Durchsetzung von Haftungsansprüchen im Fall einer rechtswidrigen und schuldhaften Pflichtverletzung beitragen und wäre mAn auch in Österreich durchaus sinnvoll. Dies würde ermöglichen, dass auch sonstige Dritte, wie zB gegenwärtige oder frühere *shareholder* iSv Minderheits- aber auch Mehrheitsgesellschafter, sowie *directors* und *officers* als auch jede andere Person, welche von dem Gericht als dazu geeignet (*proper person*) angesehen wird, anspruchsberechtigt sind und Ansprüche gegen Leitungsorgane in einer effektiveren Weise durchgesetzt werden können. Zu beachten ist in Zusammenhang mit einem insofern vorgesehenen Minderheitenrecht, jedoch auch die stets bestehende und latente Missbrauchsgefahr.

Zu bemerken ist weiters, dass sowohl in Kanada als auch in Österreich die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Leitungsorganen von entscheidender Bedeutung ist. Vor diesem Hintergrund wird wohl auch die **D&O-Versicherung**, als **flankierende Maßnahme** zur Absicherung gegen derartige Haftungsrisiken zukünftig an Bedeutung gewinnen würde. Festzuhalten ist dazu, dass die D&O-Versicherung des angloamerikanischen Rechtsraums Innenhaftungsansprüche nicht abdeckt. Es gibt somit idR keine Versicherungsmöglichkeit

---

<sup>927</sup> Vgl. Rießler, JBl 2011, 72.

für die Haftung von Leitungs- oder Aufsichtsorganen gegenüber der Gesellschaft. Angesichts der geringen Anzahl von Innenhaftungsfällen in Kanada ist dies jedoch nicht sehr problematisch. Die entscheidende Rolle der D&O-Versicherung in Zusammenhang mit der Organhaftung im kanadischen Raum ist unbestritten.

## 8.2 Absicherungs- sowie Versicherungsmöglichkeiten: D&O-Versicherung

Mit ihrem Ursprung im angloamerikanischen Rechtsraum, erfreut sich die D&O-Versicherung (*Directors and Officers Liability Insurance*)<sup>928</sup> bereits seit Anfang der 30iger Jahre des vorigen Jahrhunderts in Kanada großer Beliebtheit. In Österreich setzte diese Entwicklung erst mit einiger Verzögerung ein, gewinnt aber auch hier an immer größerer Bedeutung. Inhaltlich handelt es sich bei der D&O-Versicherung um eine **freiwillige Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung**, welche Leitungs- und Kontrollorgane von Kapitalgesellschaften vor Haftungsrisiken schützen soll. Als Versicherung für fremde Rechnung ausgestaltet, treten als Vertragspartner der D&O-Versicherung einerseits der **Versicherer** und andererseits die **Gesellschaft** auf. Diese ist daher Versicherungsnehmer und schließt die Versicherung für ihre Organe ab.<sup>929</sup> Versicherte Person ist das jeweilige **Organmitglied**. Der **geschädigte Dritte** ist demnach das **vierte Element**. Gegenstand dieser Versicherung sind ausschließlich **Vermögensschäden**<sup>930</sup>, Personen- und Sachschäden werden daher nur durch eine etwaige zusätzliche Betriebshaftpflichtversicherung abgedeckt.<sup>931</sup> Weiters findet oftmals auch eine Einschränkung auf gesetzliche Haftpflichtnormen sowie auf privatrechtliche Haftungsbestimmungen statt, sodass öffentlich-rechtliche Ansprüche vom Versicherungsschutz idR nicht erfasst sind. Der Umfang der D&O-Versicherung bezieht sich sowohl auf **Rechtschutz-** als auch auf **Befreiungsansprüche**, sodass einerseits alle notwendigen Kosten zur Abwehr gerichtlicher und außergerichtlicher, vermeintlich unbegründeter Ansprüche abgedeckt sind, andererseits aber auch die Befreiung von Schadensersatzzahlungen für tatsächlich und begründeterweise bestehende Zahlungsverpflichtungen mitumfasst ist. In sachlicher Hinsicht ist der Versicherungsschutz durch eine **Deckelung der Versicherungssumme**<sup>932</sup> sowie durch

---

<sup>928</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 1.

<sup>929</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 13.

<sup>930</sup> Vgl. *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), Vorstandsrecht § 12 Rz 6.

<sup>931</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 40.

<sup>932</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 63f.

die Verpflichtung zur Zahlung eines **Selbstbehalts**<sup>933</sup> zusätzlich auch oft begrenzt. Weiters greifen diverse **Haftungsausschlussklauseln**, beispielsweise bei vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzung, welche idR in fast jedem Versicherungsvertrag zu finden sind.<sup>934</sup> Festzuhalten ist jedoch, dass nicht nur das jeweilige Organ ein Interesse am Abschluss einer D&O-Versicherung hat, sondern auch die Gesellschaft selbst, da diese idR aufgrund der fehlenden finanziellen Mittel die Schadenssumme vom jeweiligen Organmitglied nicht vollständig refundiert bekommen. Weiters sehen Leitungsorgane das Vorhandensein einer D&O-Versicherung teilweise auch als Grundvoraussetzung an, um für eine bestimmte Gesellschaft zu arbeiten, da gleichzeitig auch die Bonität bzw das wirtschaftliche Ansehen der Gesellschaft steigt. Eine wie im **angloamerikanischen Rechtsraum** festzustellende **Tendenz** hin zu einem **verpflichtenden Abschluss einer D&O-Versicherung** ist in **Österreich** jedoch noch **nicht** zu erkennen. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei der D&O-Versicherung im Einzelfall oftmals um eine sinnvolle Investition, da gerade die aufgezeigten Tatsachen sowie der Umstand, dass die Grenzen zur Haftung im Einzelfall fließend sein können, diese Versicherungsart in der Praxis nahezu unverzichtbar machen. Die D&O-Versicherung trägt dazu bei, dass Organmitglieder auch bei unsicherer Rechtslage zwar riskante, aber unternehmerisch sinnvolle Entscheidungen treffen.

---

<sup>933</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 65.

<sup>934</sup> Vgl. *Ramharter* in *Kalss/Kunz* (Hg.) Aufsichtsrat 36 Rz 84f.

## LITERATUR- UND JUDIKATURVERZEICHNIS<sup>935</sup>

### MONOGRAPHIEN

- Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence Band I (2010)
- Assmann/Bungert*, Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts (2001)
- Bachner*, Die Limited in der Insolvenz – Mit Hinweisen zur neuen Rechtslage nach dem Companies Act 2006 (2007)
- Baker*, An Introduction to English Legal History<sup>3</sup> (1990)
- Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung<sup>4</sup> (2008)
- Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005)
- Castel*, Canadian Conflict of Laws (1975)
- Constantinesco*, Einführung in die Rechtsvergleichung Band I (1971)
- Donley/Kent*, Directors and Officers Liability: A Review of Exposures and Coverages Available under D&O Policies (2008)
- Dougherty*, The Director's Handbook (2007)
- Doralt*, Managerpflichten in der englischen Limited, Companies Act Kommentar (2011)
- Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall: insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991)
- Felzl*, Der Director der englischen Limited: Eine vergleichende Darstellung zum GmbH-Geschäftsführer nach österreichischem Recht (2008)
- Fleischer* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts (2006)
- Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen<sup>2</sup> (1987)

---

<sup>935</sup> Die vorliegende Arbeit behandelt die Thematik der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Kanada unter Zugrundelegung des gegenwärtigen Literatur- und Judikaturstandes mit dem Stichtag 15.02.2012, wobei das Fußnoten- und Abkürzungsverzeichnis in Anlehnung an die allgemeinen österreichischen Zitierregeln nach *Friedl/Loebenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)<sup>6</sup> (2008) erstellt wurde.

*Fritz*, Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften, SWK 83.Jahrgang/Okttober 2008

*Gall*, The Canadian Legal System<sup>5</sup> (2004)

*Gower/Davies*, Principles of Modern Company Law (2008)

*Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung (1984)

*Grass*, Business Judgement Rule, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 186 (1998)

*Haberer*, Corporate Governance (2008)

*Handschug*, Einführung in das kanadische Recht (2003)

*Holzhammer/Roth*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (1997)

*Hopffgarten*, Recht kompakt: Kanada - Informationen zum Wirtschaftsrecht in Kanada (2009)

*Hoffmann-Becking/Austmann/Herfs/Kraft/Krieger/Semler/Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV<sup>3</sup> (2007)

*Horton*, Threats and Opportunities: Litigation under OBCA/CBCA (2006)

*Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise - Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane<sup>2</sup> (2010)

*Jula*, Die Haftung von GmbH-Geschäftsführern und Aufsichtsräten: Haftung, Strafbarkeit, Risikoverminderung und –vermeidung, Versicherungslösungen (1998)

*Junker*, Internationales Privatrecht (1998)

*Kalss*, Anlegerinteressen: der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001)

*Kalss* (Hg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005)

*Kalss/Kunz* (Hg.), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010)

*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht: Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen (2008)

*Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (2005)

*Kneip*, Geschäftsführerverträge im Internationalen Privatrecht – Die Stellung des Geschäftsführers im Spannungsverhältnis zwischen nationalem Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht (1982)

- Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006)
- Kittel*, Die Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft (2004)
- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I (2006)
- Ludwig*, Der Vertragsabschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law XXIV (1994)
- Lundmark*, Juristische Technik und Methodik des Common Law (1998)
- Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2006)
- Möhrle*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der D&O-Versicherung (2007)
- Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2009)
- Olbrich*, Die D&O-Versicherung in Deutschland (2003)
- Ontario Bar Association*, Ever expanding directors' and officers' liability landscape: Is the traditional corporate veil still a shield? (2003)
- Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2008)
- Pichler/Weninger*, Der Vorstand der AG (2004)
- Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung: mit Vorstandshaftung<sup>2</sup> (2011)
- Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht Band I<sup>2</sup> (1997)
- Reiter*, Directors' Duties in Canada<sup>3</sup> (2006)
- Reimann/Zimmermann*, Oxford Handbook of Comparative Law (2006)
- Richardson* (Hrsg.), Directors' and Officers' Duties and Liabilities in Canada (1997)
- Ross*, Corporate and Commercial Law (1984)
- Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands (2001)
- Sarra/Davis*, Director and Officer Liability in Corporate Insolvency: A comprehensive guide to rights and obligations<sup>2</sup> (2010)
- Schäfers*, Die kanadische Limited Partnership Band 4 (2005)
- Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft (2002)
- Schönbacher*, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Konkursverschleppung (2009)
- Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (1996)
- Semler/Pelzer*, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder (2005)

*Sieewart/Mahari*, Corporate Governance (2002)

*Smerdon*, Directors' Liability and Indemnification: A Global Guide (2007)

*Temmel*, Der Aufsichtsrat: Ein Handbuch für die Praxis (2003)

*Thomas J. Hogg*, An Introductory Lecture on the Study of the Civil Law (1831)

*Ulrich*, Regeln des internationalen Privatrechts über die Haftung des Gesellschafters oder der Verwaltung einer Kapitalgesellschaft (1972)

*Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG: Keine Haftung bei außergerichtlicher Reorganisation (1999)

*Walter/Mayer/Kuscko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007)

*Wegenast/Hyndman*, The Law of Canadian Companies (1979)

*Weiler/Wind*, European Constitutionalism beyond the State (2003)

#### AUFSÄTZE

*Adensamer/Oelkers/Zechner*, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznähe, SWI 2005, 437

*Arnold/Rechberger*, Neues vom Haften, Anfechten und Hinterlegen, GeS 2005, 184

*Bradley*, BCE Inc. v. 1976 Debentureholders: the new fiduciary duties of fair treatment, statutory compliance and good corporate citizenship?, Ottawa Law Review 22.3.2010

*Briem*, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010/27, 108

*Bucher*, Komparatistik – Rechtsvergleichung und Geschichte, RabelsZ Bd. 74 (2010) 251

*Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal Vol. 26 (1985) 411

*Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 98

*Gassner*, Die geplante Reform des Unternehmensinsolvenzrechts - ein Überblick zum IRÄG 2009, GeS 2009, 261

*Gisch*, Die Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften für mangelhaften Versicherungsschutz (Teil I) Zukunftschancen aktiv nutzen: Internationales Symposium für Versicherungs-

makler und Führungskräfte von Versicherungsunternehmen (25. - 26. Juni, Velden am Wörthersee), VR 2009 H 7-8, 32

*Gisch*, Die Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften für mangelhaften Versicherungsschutz (Teil II), VR 2009 H 11, 22

*Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern - Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006/127, Heft 3, 133

*Großfeld/Eberle*, Texas International Law Journal Vol. 38 (2002) 291

*Gruber*, BAWAG – haften die früheren Vorstandsmitglieder?, Aufsichtsratsaktuell 2011 H2, 28

*Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig?, wbl 2010 Heft 4, 169

*Henry*, Kulturfremdes Recht erkennen. Warum? Wie?, ZfRV 1997, 45

*Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, eolex 2008, 143

*Hoeflich*, The Gladsome Light of Jurisprudence, AcP 193/1993, 169

*Husa*, Melodies on Comparative Law: A Review Essay, Nordic Journal of International Law Vol. 74 (2005) 161

*Husa*, RabelsZ Bd. 67 (2003) 419

*Jelinek*, Insolvenzrechtsreform 2010, wbl 2010, 377

*Julie De Coninck*, The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?*, RabelsZ Bd. 74 (2010) 318

*Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law, The Modern Law Review Vol. 37 (1974) 1

*Kodek*, Von der KO zur IO: Das IRÄG 2010 im Überblick, ÖBA 2010, 498

*Kommenda*, Bawag-Zivilprozess: ÖGB kann auf Geld hoffen, Rechtspanorama - 31. 1. 2011, Die Presse 2011/05/01

*Kunz*, Würde die Übernahme des § 93 Abs 1 dAktG in das österreichische Aktienrecht zu mehr Rechtssicherheit in Bezug auf nützliche Gesetzesverletzungen führen? GesRZ 2007, 91

*Kunz/Schima*, Wem kann man heute – noch – raten, Aufsichtsrat zu werden?, Aufsichtsrat aktuell 2/2011, 12

*Legrand*, European Legal Systems are not converging, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 52 (1996) 52

*Legrand*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 4 (1997) 111

*Leitner*, Auswahlverschulden der GmbH bei einem Qualifikationsmangel des Geschäftsführers - Anlass zur Haftungsminderung?, *GeS* 2009, 208

*Lutter*, Die Business Judgement Rule in Deutschland und Österreich, *GesRZ* 2007, 79

*Markesinis*, Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law, *Law Quarterly Review* 109 (1993) 622

*Martens*, Vorstände zwischen Straf- und Zivilrecht, *Rechtspanorama* – 16.8.2010, *Die Presse* 2010/33/03

*Nowotny*, OGH zur Causa BAWAG: Das Bilanzstrafrecht gewinnt an Konturen, *RdW* 2011/198, 195

*Osgoode Business Associations*, *Law Resources For Business Lawyers* – Part I (2010) 1

*Peemöller/Reinel-Neumann*, Corporate Governance und Corporate Compliance im Akquisitionsprozess, *BB* 2009, 206

*Riles*, Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information, *Harvard International Law Journal* Vol. 40 (1999) 221

*Rüffler*, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, *JBl* 2011, 69

*Schenz/Eberhartinger*, Der Österreichische Corporate Governance Kodex in der Fassung Jänner 2009, *ÖBA* 2009, 333

*Schima*, Business Judgement Rule und Verankerung im österreichischen Recht, *GesRZ* 2007, 93

*Schima*, Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand“?, *GES* 2010, 260

*Schopper*, Zur Konkursverschleppungshaftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers, *Ges* 2008, 4

*Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *The Modern Law Review* Vol. 61 (1998) 1

*The Advocate*, A Conversation with Duncan Kennedy, *The Suffolk University Law School Journal* Vol. 24 Nr. 2 (1994) 56

*Torggler*, Business Judgement Rule und unternehmerische Ermessenentscheidungen –  
Zugleich eine Besprechung von *Grass*, Business Judgement Rule, ZfRV 2002/9, 133

*Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen  
Aktiengesellschaften – zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen  
Organhaftung \*), wbl 2009, 168

*v. Westpahl*, Ausgewählte neue Entwicklungen in der D&O-Versicherung, VersR 2006, 17

*Vothknecht*, Die „wissentliche Pflichtverletzung“ in der Vermögensschaden-Haftpflicht-/  
D&O-Versicherung, PHi 2/2006, 52

*Waitzer/Jaswal*, Peoples, BCE, and the Good Corporate “Citizen” (2009) 47 Osgoode Hall  
Law Journal, 439

*Watson*, Electronic Journal of Comparative Law Vol. 4.4. (2000) 2

*Wenger*, AG: Abschluß einer Rechtsschutzversicherung für den Vorstand auf Kosten der  
Gesellschaft, RWZ 1999, 360

*v. Westpahl*, Ausgewählte neue Entwicklungen in der D&O-Versicherung, VersR 2006, 17

*Zahradnik*, Corporate Governance – Haftungsfragen, GeS 2002, 59

*Zimmermann*, Savignys Vermächtnis \*) (Teil I) Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und  
die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, JBl 1998, 273

*Zumbansen*, Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of  
Reflexive Law, The American Journal of Comparative Law, Volume 56 (2008) 769

## KOMMENTARE

*Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II<sup>4</sup> (2004)

*Baumbach/Lorenz/Hueck*, GmbH-Gesetz<sup>18</sup> (2006)

*Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz Band I §§ 1 – 124 (2003)

*Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>7</sup> (2009)

*Hansell*, Directors and Officers in Canada: Law and Practice, Loseblattsammlung (2010 –  
Rel. 2) und (2005 – Rel. 3)

*Hopt/Wiedemann*, Aktiengesetz - Großkommentar der Praxis<sup>4</sup> (2008)

*Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup> (2011)

*Hüffer*, Kommentar zum AktG<sup>8</sup> (2008)

*Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band I §§ 1 – 69 (2011)

*Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> Band II §§ 70 – 273 (2010)

*Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar (2004)

*Konecny/Schubert*, Kommentar zur Konkursordnung (1999)

*Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG<sup>3</sup> (2007)

*Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar (2008)

*Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> Band II §§ 1293 - 1312 (2007)

*Rummel/Verschraegen*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> Band II §§ 1175 - 1502 ABGB und Nebengesetze – IPRG und EVÜ (2004)

*K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar<sup>2</sup> Band I §§ 1-49 (2010)

*Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Loseblatt-Ausgabe (2008)

*Straube/Aicher*, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea) (2006)

*Wulf*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz II<sup>3</sup> (2008)

*Zöllner/Noack*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> Band II §§ 76-94 AktG (2010)

## GERICHTSENTSCHEIDUNGEN

### Österreich

OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73

OGH 31.5.1977, 5 Ob 306/76

OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p

OGH 5.2.1985, 4 Ob 5/85

OGH 11.3.1996, 1 Ob 566/95

OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i

OGH 30. 6. 1999, 9 Ob A 68/99m

OGH 15.7.1999, 6 Ob 37/99 f

OGH 24.2.2000, 6 Ob 235/99 y

OGH 16.7.2002, 4 Ob 163/02

OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01 k

OGH 21.05.2003, 6 Ob 63/03p

OGH 22.5.2003, 8 Ob 262/02 s

OGH 1.12.2005, 6 Ob 269/05k

OGH 09.11.2006, 6 Ob 190/06v

OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y

OGH 22.10.2007, 1Ob 134/07y

OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08 t

OGH 17.12.2008, 6 Ob 213/07b

OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f

OGH-RIS Justiz RS0022477

OLG Hamm 10.5.1995, 8 U 59/94, AG 1995, 512 /514

OLG München 15.3.2005, 25 U 3940/04

BGH II ZR 175/95

#### Kanada

[1917] 38 O.L.R. 414 (Ont. C.A.)

[1983] 150 D.L.R. (3d) 718 at 727 (ont. C.A.)

[1974] S.C.R. 592

[1992] 132 A.R. (Alta Q.B.)

[2004] 3 S.C.R. 461 [*Peoples*]

[2004] O.J. No. 191 (S.C.J.)

[2008] 3 S.C.R. 560 [*BCE*]

[2009] O.J. No. 1318

[2009] O.J. No. 2580

[2009] O.J. No. 634

98 O.R. (3d) 103

5 B.L.R. (2D) 195 (Ont. Gen. Div.), *Loveridge Holdings Ltd. v. King-Pin Ltd.* (1991)

52 C.R. (3d) 188 (Ont. C.A.), *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986)

### INTERNETQUELLEN

Bankruptcy and Insolvency Act, RSC 1985, c B-3, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-b-3/latest/rsc-1985-c-b-3.html>

Canada Business Corporations Act, RSC 1985, c C-44,  
<http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-44/latest/rsc-1985-c-c-44.html>

Canadian Lawyer, *King/Pasquino*, Web Exclusive: Directors have a fiduciary duty to the corporation — and only to the corporation!, <http://www.canadianlawyermag.com/Web-Exclusive-Directors-have-a-fiduciary-duty-to-the-corporation-and-only-to-the-corporation.html>

Companies' Creditors Arrangement Act, RSC 1985, c C-36,  
<http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-36/latest/rsc-1985-c-c-36.html>

*Department of Justice Canada – Canada's Court System*, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page3.html>

*Fraser/Milner/Casgrain LLP*, BCE Inc. v. 1976 Debentureholders,  
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d46e762f-b926-4783-b529-07316a23bd2b>

*Judgments of the Supreme Court of Canada*, BCE Inc. v. 1976 Debentureholders, [2008] 3 S.C.R. 560, 2008 SCC 69, <http://scc.lexum.org/en/2008/2008scc69/2008scc69.html>

*Leon/Armstrong*, Business Judgment and Defensive Decision-Making: Directors and Officers Duties and Responsibilities after Peoples, Artikel der Anwaltssozietät *Fasken Martineau Du Moulin LLP* (abrufbar unter <http://www.fasken.com/files/Publication/f6c57e93-41dd-4ccb-a1cf-edab27d2d8de/Presentation/PublicationAttachment/1bdf40b6-1f92-41e3-a4b0-aeffdb1aec59/BUSINESSJUDGMENT.PDF>)

*Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada*, The Personal Liabilities of Insolvency Practitioners under Insolvency Legislation: A Comparative Analysis of the Canadian, English and American Positions – Parts V and VI, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01693.html>.

The court: *Barretto*, BCE Inc. v. 1976 Debentureholders: Directors do what is best for the firm, <http://www.thecourt.ca/2008/12/22/bce-inc-v-1976-debentureholders-directors-do-what-is-best-for-the-firm>

Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:DE:PDF>

Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:DE:PDF>

Winding-up and Restructuring Act, RSC 1985, c W-11, <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-w-11/latest/rsc-1985-c-w-11.html>

Wirtschaftsblatt, BAWAG-CHRONIK, [http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bawag-chronik-452662/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT)

Wirtschaftsblatt, Bawag: Urteile gegen drei Ex-Vorstände und den Wirtschaftsprüfer zur Gänze aufgehoben, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do>

Wirtschaftsblatt, OGH hebt BAWAG-Urteile weitgehend auf, [http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT)

Wirtschaftsblatt, OGH hebt große Urteilsteile auf, weil ihm das „zu wenig war“ [http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-grosse-urteilsteile-auf-weil-ihm-das-zu-wenig-war-452721/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/bawag-urteile-gegen-drei-ex-vorstaende-und-den-wirtschaftspruefer-zur-gaenze-aufgehoben-452738/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT)

Wirtschaftsblatt, Finaler Showdown um die Urteile im Bawag-Prozess,

[http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-452610/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT)

[452610/index.do?direct=452738&\\_vl\\_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&\\_s\\_icmp=MzT](http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/branchen/finaler-showdown-um-die-urteile-im-bawag-prozess-452610/index.do?direct=452738&_vl_backlink=/home/oesterreich/wirtschaftspolitik/ogh-hebt-bawag-urteile-weitgehend-auf-452702/index.do&selChannel=&_s_icmp=MzT)

### INTERVIEW

Interview vom 10.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*

Interview vom 16.11.2010 mit *Edward J. Waitzer*, Professor an der *Osgoode Hall Law School* in Toronto/Kanada sowie derzeit Rechtsanwalt und Partner bei *Stikemann Elliott LLP*

**ABBILDUNGSVERZEICHNIS<sup>936</sup>**

Abbildung 1 (Demographische Daten von Kanada) .....	28
Abbildung 2 (Übersicht Gerichtssystem) .....	30
Abbildung 3 (Internationale Insolvenzstatistik 2009) .....	205 f
Abbildung 4 (Darstellung der österreichischen Insolvenzfälle des Jahres 2010 gegliedert nach Rechtsformen) .....	207

---

<sup>936</sup> Ich habe mich bemüht, sämtliche Inhaber der Bildrechte ausfindig zu machen und ihre Zustimmung zur Verwendung der Bilder in dieser Arbeit eingeholt. Sollte dennoch eine Urheberrechtsverletzung bekannt werden, ersuche ich um Meldung bei mir.

## ABSTRACT

Vor allem während großer Wirtschaftskrisen tritt die Thematik der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung verstärkt in den Vordergrund, da gerade in Verlust- und Insolvenzfällen ein besonderes Bedürfnis besteht, die Frage der Verantwortlichkeit zu klären. Im Fokus dieser Arbeit stehen hierbei die Vorstände und Geschäftsführer österreichischer Kapitalgesellschaften sowie die *directors* einer kanadischen *corporation*, als zentrale Leitungsorgane. Diese Organtypen üben faktisch die Funktion eines Unternehmers aus, leiten gleichzeitig in eigener Verantwortung die Gesellschaft und haben eine Vielzahl von Rechten und Pflichten, die sie ordnungsgemäß und gewissenhaft auszuüben haben. Eine Verletzung dieser Pflichten kann eine Haftung begründen. Festgehalten werden kann, dass die Haftung von Organmitgliedern in beiden Rechtssystemen (*case law* vs kontinentaleuropäisches Rechtssystem) ein wichtiges Mittel zur Verhaltenssteuerung sowie neben wirtschaftlicher Incentivierung eine wesentliche Voraussetzung für nachhaltiges wirtschaftliches Agieren ist. Die Haftungssituation ist dabei sowohl in Österreich als auch in Kanada besonders streng ausgestaltet. Basierend auf dem in dieser Arbeit bereiteten Überblick über das weitläufige Rechtsgebiet der Rechtsvergleichung sowie über die Stellung der Leitungsorgane des österreichischen und des kanadischen Rechts, beschäftigt sich die vorliegende Dissertation mit der Forschungsfrage, inwiefern die unterschiedlichen Rechtssysteme in Österreich und Kanada Auswirkungen auf die Haftung von Organmitgliedern, die Durchsetzung von Haftungsansprüchen sowie auf die Absicherung gegen solche Ansprüche haben und inwiefern diese Aspekte die Effektivität der Unternehmenssteuerung in einer Krisensituation aus rechtlicher Perspektive beeinträchtigen. Gleichsam wird anhand von Systemvergleich und mittels deduktionistischer Nutzung relevanter Fallstudien der Frage nachgegangen, welchen Einfluss die relevanten kanadischen Gesetzesbestimmungen sowie Rechtsinstrumente auf die österreichische Rechtslage haben bzw haben könnten. Der Schwerpunkt der Betrachtung wird hierbei einerseits auf die möglichen direkten Einflüsse kanadischer Rechtsbehelfe auf das österreichische Haftungssystem, sowie andererseits auf die möglichen indirekten Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage, bedingt durch die deutsche Positivierung der angloamerikanischen „*Business Judgement Rule*“ in § 93 dt. AktG, gelegt.

Im ersten Teil der Arbeit werden dabei die verschiedenen Methoden der Rechtsvergleichung kritisch erörtert. Hauptaugenmerk liegt vor allem auf der Methode des Funktionalismus, welche als vorherrschende Methode davon ausgeht, dass jede Ausgangsfrage einer

rechtsvergleichenden Arbeit rein funktional gestellt, dh das untersuchte Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden muss. Daran anschließend wird ein Überblick über die Grundstruktur des österreichischen und kanadischen Rechtssystems (*civil law vs common law*) im Allgemeinen geboten. Thematische Abfolge der Dissertation ist sodann die Darstellung der Stellung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern bzw der *directors* als Leitungsorgane der jeweiligen Kapitalgesellschaftsform sowie eine Erörterung der Kernpflichten dieser Organe und der sich hieraus ergebenden Haftungssituation. Ein eigenes Kapitel wird dabei der Haftungssituation im Falle der Insolvenz der Gesellschaft gewidmet, wobei auch auf die Möglichkeiten einer versicherungsrechtlichen Abdeckung des Haftungsrisikos näher eingegangen wird. Abschließend werden im letzten Teil dieser Arbeit - im Sinne einer „rechtsvergleichende Klammer“ - anhand von ausgewählten Fallbeispielen (*Causa BAWAG* und *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*), die vorher gewonnenen Erkenntnisse praktisch angewendet.

Zusammenfassend kann dabei festgehalten werden, dass die Haftungsnormen des österreichischen und des kanadischen Rechts im Fall einer Pflichtverletzung oder sonstigen Obliegenheitsverletzung in ihren Grundzügen sehr ähnlich ausgestaltet sind, die in Kanada zustehenden Rechtsbehelfe („*remedies*“) jedoch vielfältiger sind, weshalb sich das Klagerisiko für die *directors*, vor allem im Insolvenzfall erhöht. Anzuführen ist dazu einerseits, dass die im Vergleich zu Österreich bedeutend höhere Anzahl an Klagen gegen Leitungsorgane in Kanada im Wesentlichen durch die Rechtstradition des *common law* mit einer verstärkten Klagefreudigkeit geprägt ist, wohingegen in Österreich über Jahrzehnte hinweg das Rechtsdenken bestand, nicht gegen Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft vorzugehen. Die Organhaftung hat somit in Österreich stets eine eher untergeordnete Rolle gespielt. In der Regel werden Ansprüche wegen eines Fehlverhaltens der Organe, welche seitens der Gesellschafter oder durch Dritte geltend gemacht werden, vielmehr von der Gesellschaft getragen.

In Zusammenhang mit der Haftung von österreichischen Leitungsorganen ist problematisch, dass im Fall der Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen stets der die Gesellschaft vertretende Restvorstand bzw der Aufsichtsrat über Haftungsklagen gegen seinen eigenen Vorstand bzw gegen die Mitglieder der Geschäftsführung zu entscheiden hat, dieser jedoch oftmals selbst an der schadensbegründenden Handlung durch aktives Tun bzw Unterlassen

mitgewirkt hat. Vor diesem Hintergrund wird der Restvorstand bzw der Aufsichtsrat bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen eher zurückhaltend agieren, da im Falle eines Haftungsprozesses stets auch seine Mitverantwortung wegen mangelhafter Überwachung des Vorstands bzw der Geschäftsführung geprüft wird. Ein nach § 134 AktG sowie nach § 48 GmbHG vorgesehenes Minderheitenrecht, nach dem einer 5%igen bzw 10%igen Minderheit das Recht zur Verfolgung nicht offenkundig unbegründeter Ansprüche zusteht, stellt hierbei auch nur einen schwachen Ausgleich da. Im Rahmen dieser Arbeit werden die Vor- und Nachteile der Einführung einer dem kanadischen Vorbild der *oppression remedy*, nach der ein direktes sowie ausdrücklich gesetzlich verankertes Recht der Aktionäre bzw Gesellschafter, sowie auch anderer Anspruchsberechtigter besteht, gegen die Mitglieder des Leitungsorgans vorzugehen, sofern diese in unterdrückender, benachteiligender oder sonstiger unfairer Weise gehandelt haben, als auch die Möglichkeit einer Angleichung des österreichischen Minderheitenrechts an eine dem kanadischen Vorbild der *shareholder derivative suit* entsprechenden Regelung, nach der auch ein einzelner *shareholder*, unabhängig von dem Vorliegen eines bestimmten Mindestanteils am Grund- bzw Stammkapital der Gesellschaft klageberechtigt ist, diskutiert. Ziel wäre es, damit zu verstärkten Inanspruchnahme der Leitungsorgane sowie zu einer effektiveren Durchsetzung von Haftungsansprüchen im Fall einer rechtswidrigen und schuldhaften Pflichtverletzung beizutragen. Anzumerken ist dazu jedoch, dass angesichts des Umstandes, dass sowohl in Kanada als auch in Österreich die zivilrechtlichen Inanspruchnahme der *directors* von steigender Bedeutung ist, auch die D&O-Versicherung, als flankierende Maßnahme zur Absicherung gegen derartige Haftungsrisiken zukünftig an Bedeutung gewinnen wird.

## ABSTRACT - ENGLISH

Especially in times of economic crises the liability of the members of the management board is in the focus, as it becomes more and more important to clarify the question of responsibility, in particular in case of bankruptcy or insolvency. This thesis deals with the different aspects of directors' liability by comparing the liability situation of the members of the board of directors of an Austrian company to this of a Canadian corporation. The management bodies act *de facto* as entrepreneurs, who run the company with great responsibility by acting carefully and conscientiously in accordance with their various rights and obligations. A breach of their duties may result in liability. In both legal systems (case law vs continental European legal system), the liability law is therefore often considered the most important means to control the behaviour of management bodies. In addition liability law plays an important role in relation to economic incentives, as well as for sustained economic behaviour. Nevertheless it should be noted that the Austrian as well as the Canadian legal system provide very strict liability rules. Based on an outline of the system of comparative law as well as of the role of the management bodies in Austria and Canada, the thesis deals with the question.

- How do the different legal systems in Austria and Canada affect the liability of the board members?
- How does the process of enforcement of liability claims and the coverage against such claims work?
- How do these aspects affect the effectiveness of corporate management from a legal perspective in an economic crisis?

From a practical point of view the thesis analyses in two case studies which impact the Canadian legal system or single legal provisions have or might have to the Austrian legal situation. The focus of the analysis lies on the one hand on the possible direct effects of Canadian remedies on the Austrian liability situation, as well as on the potential indirect effects to the Austrian legal system, due to the German positivity of the Anglo-American “*Business Judgment Rule*” in para 93 of the German Stock Companies Act.

The first part of this thesis critically discusses the various methods of comparative law with the main focus on the so-called method of Functionalism. As the predominant method, Functionalism assumes that in the context of comparative law each initial question has to be

placed in a “functional way”. This means that the examined problem should be analysed without recourse to the ideas of the own legal system. Subsequently, the next part offers a general survey of the basic structure of the Austrian and Canadian legal system (civil law vs common law). According to the thematic sequence, the thesis analyses thereafter the legal situation of Austrian directors and executive officers as well as of Canadian directors and takes a close look at the core duties and responsibilities of these management bodies. The following part deals with the liability situations in both countries, resulting from breaches of duties. A separate chapter is dedicated to the liability situation in the event of corporate insolvency, including special focus on the possibilities of insurance coverage and insurance policy to protect members of the executive board from legal liability risks. Finally the thesis applies - in sense of a “comparative bend” (“*rechtvergleichende Klammer*”) - the obtained postulates on specific judicial decisions (*Cause BAWAG* and *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*).

In summary it should be noted, that the liability rules resulting from breaches of duties or breaches of other obligations are determined in a very similar way in both countries, but the Canadian legal system offers a lot more remedies. Accordingly, the liability risk for the members of the managing board increases, especially in corporate insolvency. It can be noted, that the significantly higher number of claims against management bodies in Canada - in comparison to Austria - is primarily influenced by the legal tradition of the common law system with increased claim probability, whereas the Austrian legal system was affected for decades by the postulate of not proceeding against the members of the managing board. Thus the liability situation of the members of the board of directors has always played a minor role in Austria. In general, actions against the managing board due to breaches of their duties and actions brought by the shareholders or by third parties are borne by the respective corporation.

In terms of liability of the Austrian managing bodies it is furthermore problematic, that in case of assertion of internal liability the remaining members of the board of directors or the members of the supervisory board, who usually participated in the harmful and justifying action through positive action or through omission as well, are responsible to decide, if and how to claim their own board members. As a consequence the remaining members of the board of directors as well as the members of the supervisory board are usually very reluctant to act, if they failed to properly monitor the members of the board of directors. Para 134 of the Stock Corporation Act as well as para 48 of the Limited Liability Companies Act, which

provide minority rights according to which a 5% or a 10% minority has the right to claim, provides only slight compensation. As part of this work this thesis discusses the pros and cons of introducing certain *oppression remedies* following the Canadian example, according to which a shareholders as well as other person have direct and explicit statutory rights to claim in respect of corporate conduct, that was oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of these people. In addition the thesis discusses the pros and cons of an adjustment of the Austrian minority rights to the Canadian model of a *shareholder derivative suit*, according to which a single shareholder has the right to claim, regardless the existence of a certain minimum percentage of share capital. The aim would be to contribute to a more effective way of enforcement of liability claims in case of an unlawful and culpable breach of directors' duties. In any case, given that civil liability plays both in Canada as well as in Austria an increasingly important role, this development leads to an increasing importance of the D&O (directors' and officers' liability insurance), a measure to safeguard against such liability risks.

## CURRICULUM VITAE



### Persönliche Daten

---

Geburtsdatum	27.08.1987 in Wien
Staatsangehörigkeit	Österreich

### Ausbildung

---

#### Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Doktoratsstudium der Rechtswissenschaftlichen	seit Oktober 2009
Diplomstudium der Rechtswissenschaften	Oktober 2005 – Juni 2009
Neusprachliches Gymnasium der Dominikanerinnen	1997 - 2005

### Berufliche Erfahrungen

---

<b>Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH</b>	seit April 2011
Rechtsanwaltsanwärter bei Dr. Harald Stingl	
<b>Stikeman Elliott LLP</b>	Oktober 2010 – Dezember 2010
Internship, Anwaltssozietät in Toronto / Kanada	
<b>Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH</b>	Juni 2010 – September 2010
Praktikum	
<b>Gerichtspraxis im Gerichtssprengel des Oberlandesgerichts Wien</b>	Jänner 2010 – Juni 2010 und Jänner 2011 – März 2011
<b>Außenhandelsstelle (Toronto / Kanada)</b>	August 2009 - September 2009
Praktikum	
<b>Freshfields Bruckhaus Deringer</b>	Juli 2009
<b>Dorda Brugger Jordis</b>	Juli 2008 – Juni 2009
<b>Bank Gutmann Aktiengesellschaft</b>	Juli 2007
<b>Bank Gutmann Kapitalanlageaktiengesellschaft</b>	Juli 2006