

**Beispiel**

In der Praxis werden Personen etwa in treuhändig gehaltenen Gesellschaften oder in einer Familien-GmbH nur „pro-forma“ zum Geschäftsführer bestellt und es wird ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, dass der formal bestellte Geschäftsführer die Geschäftsführung tatsächlich nicht besorgen soll. Den formal bestellten Geschäftsführer treffen aber auch in solchen Fällen sowohl sämtliche Geschäftsführerplichten als auch die Geschäftsführerhaftung.

Die gesetzlichen (Sorgfalts-)Pflichten sind zwingend mit der Bestellung zum Geschäftsführer verbunden und können auch durch eine gegenteilige Vereinbarung nicht abbedungen werden.<sup>103</sup> Ein formal bestellter, aber untätiger Geschäftsführer kann daher auch neben demjenigen haftbar werden, der die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich (als faktischer Geschäftsführer) besorgt. **2.28**

**Achtung**

Auch wer etwa innerhalb eines Konzerns nur formal als Geschäftsführer einer Konzerngesellschaft bestellt werden soll, aber die Geschäftsführung gemäß einer entsprechenden internen Vereinbarung tatsächlich gar nicht ausüben soll, schuldet die gebotene Sorgfalt als Geschäftsführer und hat sämtliche gesetzlichen Geschäftsführerplichten zu erfüllen. Eine anderslautende Vereinbarung (etwa mit der Konzernobergesellschaft) ist unwirksam! Wird die Geschäftsführung einer Tochtergesellschaft im Konzern durch die Konzernleitung zu stark eingeschränkt, kann der Rücktritt von der Geschäftsführung in Betracht zu ziehen sein, um einer allfälligen Haftung für Geschäftsführungsmaßnahmen der Konzernleitung vorzubeugen.

Schließlich ordnet § 27 GmbHG ausdrücklich an, dass die für Geschäftsführer geltenden Vorschriften (somit einschließlich der Haftungsbestimmungen) auch für die **Stellvertreter der Geschäftsführer** gelten. Stellvertretende Geschäftsführer werden wie Geschäftsführer bestellt und im Firmenbuch eingetragen. Sie sind idR nur bei Verhinderung der Geschäftsführer vertretungsbefugt. In der Praxis kommen Stellvertreter der Geschäftsführer jedoch nicht häufig vor. **2.29**

**E. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt**

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht vorliegt, ist der **Zeitpunkt der in Frage stehenden Handlung oder Unterlassung** des Geschäftsführers (sog ex ante-Betrachtung). Der Beurteilung sind somit sämtliche Umstände (etwa des Unternehmens oder des Marktes) sowie das Wissen des Geschäftsführers in jenem Zeitpunkt zugrunde zu legen, in dem die in Frage stehende Geschäftsführungsmaßnahme vorgenommen wurde. Im Fall eines Haftungsprozesses kennen jedoch sämtliche Beteiligte einschließlich des Gerichts die Auswirkung der zu beurteilenden Geschäftsführungsmaßnahme und die Entwicklung der Umstände, die einen Schaden verursacht haben (sog Ex-post-Betrachtung). In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass das Gericht dieses nachträglich erlangte Wissen aus rückblickender Perspektive nicht vollständig ausblendet und dem sog **Rückschaufehler** unterliegt.<sup>104</sup> Der Rückschaufehler **2.30**

103 OGH 31. 7. 2015, 6 Ob 139/15g NZ 2015/139.

104 Der Rückschaufehler wurde etwa dem Landgericht München im umstrittenen „Neubürger-Urteil“ (LG München I 10. 12. 2013, 5HK O 1387/10) vorgeworfen. Entscheidungsgegenständlich war im Kern die Frage, ob das Vorstandsmitglied Neubürger seiner Pflicht zur Einrichtung eines

kann dazu führen, dass im Haftungsprozess überzogene Anforderungen an die von Geschäftsführern geschuldete Sorgfalt gestellt werden und Urteile zulasten von Geschäftsführern übermäßig streng ausfallen.<sup>105</sup>

## F. Anwendungsbereich des Sorgfaltsgebots

- 2.31** Das allgemeine Sorgfaltsgebot des § 25 Abs 1 GmbHG bezieht sich auf **alle Bereiche und Aspekte der Geschäftsführung**. Jede Geschäftsführungsmaßnahme ist daher unabhängig ihres Inhalts oder Gegenstands am Sorgfaltsgebot des § 25 Abs 1 GmbHG zu messen. Nach Art, Inhalt und Gegenstand einer Geschäftsführungsmaßnahme ist allerdings zu differenzieren, ob dem Geschäftsführer bei ihrer Vornahme ein Ermessensspielraum zukommt.<sup>106</sup>

## II. Pflichten der Geschäftsführer

### A. Allgemeine Pflichten

#### 1. Pflicht zur Geschäftsführung

- 2.32** Unter Geschäftsführung wird im weiteren Sinn üblicherweise sowohl die **Vertretung** der Gesellschaft als auch die **Geschäftsführung** im engeren Sinn verstanden. Während die Vertretung das Handeln der Geschäftsführer für die Gesellschaft als ihr Organ im Verhältnis gegenüber Dritten (dh im Außenverhältnis) betrifft, meint Geschäftsführung im engeren Sinn die Leitung des Unternehmens im Innenverhältnis.
- 2.33** Die **Vertretungsbefugnis** im Außenverhältnis ist **unbeschränkbar** (§ 20 Abs 1 GmbHG). Daraus ergibt sich, dass Vertretungshandlungen entgegen interner Richtlinien oder Zustimmungsvorbehalte gegenüber dem außenstehenden Dritten wirksam sind, im Innenverhältnis aber zu einer Haftung gegenüber der Gesellschaft führen können. Sind mehrere Geschäftsführer nebeneinander bestellt, vertreten sie die Gesellschaft grundsätzlich gemeinsam (§ 18 Abs 2 GmbHG). Abweichend davon kann im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss vorgesehen werden, dass Geschäftsführer einzelvertretungsbefugt sind oder die Gesellschaft gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten (§ 18 Abs 3 GmbHG).
- 2.34** Auch bei der Geschäftsführung im Innenverhältnis ist gesetzlich die **gemeinsame Geschäftsführung** durch sämtliche Geschäftsführer vorgesehen (§ 21 Abs 1 GmbHG). Im Rahmen der laufenden Geschäftsführung wird dabei idR aus Gründen der Praktikabilität angenommen, dass die Zustimmung der Geschäftsführer vorliegt, wenn sie einer Geschäftsführungsmaßnahme nicht widersprechen.<sup>107</sup> Davon abweichend kann auch jeder Geschäftsführer alleine zur Geschäftsführung ermächtigt werden, wofür aber eine Grund-

---

effizienten Compliance-Systems zur Verhinderung von Korruptionsfällen im Ausland nachgekommen war. Das LG München verneinte dies und stellte einen Verstoß gegen die gebotene Sorgfalt fest. Das LG München führte in seiner Urteilsbegründung ua aus, das beklagte Vorstandsmitglied hätte die Mangelhaftigkeit des Compliance-Systems erkennen müssen, weil Korruptionsfälle weiterhin auftraten.

<sup>105</sup> Vgl *Karollus*, VR 2015 H 10, 23 (24).

<sup>106</sup> Vgl dazu im Detail Rz 2.60 ff.

<sup>107</sup> Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 21 Rz 5.

lage im Gesellschaftsvertrag gegeben sein muss (§ 21 Abs 2 GmbHG). Bei **Widerspruch** eines Geschäftsführers gegen eine beabsichtigte Geschäftsleitungsmaßnahme muss diese grundsätzlich unterbleiben (§ 21 Abs 2 GmbHG). Der Widerspruch eines Geschäftsführers gegen eine Geschäftsleitungsmaßnahme muss nicht sachlich gerechtfertigt sein, darf aber nur im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens ausgesprochen werden.<sup>108</sup>

### Praxistipp

Kann zwischen mehreren Geschäftsführern nicht das Einvernehmen über eine bestimmte Geschäftsleitungsmaßnahme hergestellt werden, müssen grundsätzlich die Gesellschafter involviert werden, um eine klärende Entscheidung zu treffen. Nur bei Gefahr in Verzug darf eine Geschäftsleitungsmaßnahme durch einen Geschäftsführer alleine vorgenommen werden.

Den Geschäftsführern obliegt die **laufende Geschäftsführung**, welche sämtliche organisatorische, kaufmännische, technische und personelle Maßnahmen und Vorkehrungen umfasst, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks<sup>109</sup> mit den zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln erforderlich sind.<sup>110</sup> Dazu werden insb folgende Bereiche gezählt:<sup>111</sup> **2.35**

- Personalwesen;
- Marketing und Vertrieb;
- Einkauf;
- Produktentwicklung;
- Produktion bzw Erbringen von Dienstleistungen;
- Finanzierung, Investitions- und Budgetplanung;
- Rechnungswesen;
- Recht und Compliance;
- uU Konzernleitung und Beteiligungsmanagement.

In den einzelnen Bereichen haben sich die Geschäftsführer über aktuelle Entwicklungen am Laufenden zu halten,<sup>112</sup> auf die Erreichung der Unternehmensziele gerichtete Planungen zu erstellen und die zu deren Umsetzung erforderlichen Maßnahmen zu setzen bzw die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.<sup>113</sup> **2.36**

108 Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 4/185 (Stand 1. 6. 2017).

109 Die Geschäftsführung hat sich daher im Rahmen des Unternehmensgegenstands der Gesellschaft zu halten.

110 Vgl Vavrovsky, Geschäftsführer<sup>2</sup> 57; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 4/177 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at); Gurmman in Eberhardt/Gurmman, Managementhaftung 26.

111 Vgl Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 11 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).  
112 Insbesondere hat die Geschäftsführung laufend die finanzielle Situation der Gesellschaft zu überwachen.

113 Vgl Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/45.

- 2.37** Die Geschäftsführungsbereiche finden teilweise im Gesetz konkretere Ausgestaltung bzw. Einschränkungen in Form von Zustimmungsvorbehalten der Gesellschafter<sup>114</sup>. Zentrale Bestimmungen finden sich im GmbHG beispielsweise zum Bereich Rechnungswesen in § 22 Abs 1 (Pflicht zur Einrichtung eines Rechnungswesens und eines internen Kontrollsystems) und § 22 Abs 2 (Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses).
- 2.38** Die Festlegung der **grundlegenden Geschäftspolitik** fällt dagegen grundsätzlich in die Zuständigkeit der **Generalversammlung**.<sup>115</sup> Maßnahmen außerhalb der laufenden Geschäftsführung (siehe dazu unten Rz 2.39 ff) sind daher von der Generalversammlung vorab zu genehmigen. Von diesem Grundsatz kann uU nur in Ausnahmesituationen abgewichen werden, wenn etwa Gefahr in Verzug vorliegt, ein unmittelbar drohender Schaden abzuwenden ist, oder ein sonst entgehender Gewinn zu sichern ist und der Geschäftsführer davon ausgehen konnte, dass die Gesellschafter ihre Genehmigung im Nachhinein erteilen würden.<sup>116</sup>

### Praxistipp

In dringenden Fällen kann ein formeller Beschluss der Gesellschafter über zustimmungspflichtige Geschäftsführungsmaßnahmen uU nicht zeitgerecht eingeholt werden. In einem solchen Fall kann sich der Geschäftsführer in einem Dilemma befinden: Sowohl ein Handeln ohne Zustimmung der Gesellschafter als auch das Untätigbleiben könnte dem Geschäftsführer zum Vorwurf gemacht werden. Unter welchen Voraussetzungen eine Geschäftsführungsmaßnahme auch ohne formelle Zustimmung der Gesellschafter vorgenommen werden kann, ist nicht abschließend geklärt. In der Praxis ist zu empfehlen, zumindest eine informelle Zustimmung der Gesellschafter vorab einzuholen bzw. sie von der beabsichtigten Vornahme einer Geschäftsführungsmaßnahme zu informieren. Gleichzeitig sollte die Einholung eines formellen Gesellschafterbeschlusses, falls erforderlich durch Einberufung einer Generalversammlung, in die Wege geleitet werden. Jedenfalls sollte die erforderliche Zustimmung der Gesellschafter im Nachhinein eingeholt werden. Erteilen die Gesellschafter ihre Zustimmung nicht, ist die vorgenommene Geschäftsführungsmaßnahme so weit wie möglich wieder rückgängig zu machen.

- 2.39** Im GmbHG ausdrücklich festgelegt ist die **Zustimmung der Gesellschafter** in folgenden Fällen (§ 35 Abs 1 GmbHG):
- die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses, die Verteilung des Bilanzgewinns und die Entlastung der Geschäftsführer sowie eines allenfalls eingerichteten Aufsichtsrats (Z 1);
  - die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlage (Z 2);
  - die Rückzahlung von Nachschüssen (Z 3);
  - die Entscheidung, ob Prokura oder Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb erteilt werden darf (Z 4);

114 Gemäß § 20 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die im Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrats für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

115 Vavrovsky, Geschäftsführer<sup>2</sup> 16.

116 Dazu ist erforderlich, dass der Geschäftsführer den hypothetischen Willen der Gesellschafter erforscht; vgl. Frenzel, eolex 2017, 525 (529).

- die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung (Z 5);
- die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer, ihre Stellvertreter oder den Aufsichtsrat, sowie die Bestellung eines Prozessvertreters, wenn die Gesellschaft weder durch die Geschäftsführer noch durch den Aufsichtsrat vertreten werden kann (Z 6);
- der Abschluss von Verträgen über den Erwerb von Anlage- oder unbeweglichem Vermögen mit einem Wert von mehr als 20% des Stammkapitals (Z 7).

Ist in der Gesellschaft ein Aufsichtsrat eingerichtet, dürfen folgende Geschäfte nur mit **Zustimmung des Aufsichtsrats** vorgenommen werden (§ 30j Abs 5 GmbHG): **2.40**

- der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben (Z 1);
- der Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften (Z 2);
- die Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen (Z 3);
- die Tätigung von Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im Einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen (Z 4);
- die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten (Z 5);
- die Gewährung von Darlehen und Krediten (Z 6);
- die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten (Z 7);
- die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik (Z 8);
- die Festlegung von Grundsätzen der Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen (Z 9);
- der Abschluss von bestimmten Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats (Z 10);
- die Übernahme einer leitenden Funktion durch Personen, die mit der Abschlussprüfung befasst waren (Z 11).

Aber auch in nicht gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen können Geschäftsführungsmaßnahmen aufgrund ihres grundlegenden oder tiefgreifenden Charakters der vorherigen Zustimmung der Generalversammlung unterliegen. Es handelt sich dabei insb um **außer- oder ungewöhnliche Maßnahmen**<sup>117</sup> und **Maßnahmen außerhalb des Unternehmensgegenstands**, wie beispielsweise die Ausgliederung oder Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens.<sup>118</sup> Allgemein ist von einer Zustimmungspflicht der Gesellschafter, abhängig von der Art der Geschäftsführungsmaßnahme und des mit ihr einhergehenden Risikos, auszugehen, wenn Zweifel an ihrer Billigung durch die Gesellschafter bestehen, mit Widerspruch der Gesellschafter, oder mit einem Konsultationswunsch der Gesellschafter zu rechnen ist.<sup>119</sup> **2.41**

### Hinweis

Der OGH hat in einer jüngeren Entscheidung (OGH 18. 3. 2016, 9 ObA 58/15t) ausgesprochen, dass **außergewöhnliche (bzw ungewöhnliche) Geschäfte** solche sind, die zwar innerhalb des Gesellschaftszwecks und des Unternehmensgegenstands gelegen sind, die aber wegen ihrer be-

117 Vgl RIS-Justiz RS0122187; OGH 18. 3. 2016, 9 ObA 58/15t.

118 Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 11 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

119 Vgl Frenzel, ecolex 2017, 525.

**sonderen Bedeutung** oder wegen ihres **unternehmerischen Risikos Ausnahmecharakter** haben und **nicht dem „Tagesgeschäft“** zugerechnet werden können. Allgemeine und gleichzeitig konkrete Aussagen ließen sich nach dem OGH über den Begriff der außergewöhnlichen Maßnahmen kaum formulieren. In der Praxis empfiehlt es sich daher im Zweifel Geschäfte außerhalb des Tagesgeschäfts der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen.

- 2.42** Für die Geschäftsführer sind in der Praxis aber vor allem weitere **individuell geregelte Zustimmungsvorbehalte** von Bedeutung, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag, einer Geschäftsordnung, dem Anstellungsvertrag, oder auch einzelfallbezogen aus einer Weisung oder einem Beschluss der Gesellschafter ergeben können.<sup>120</sup> Durch solche individuell geregelten Zustimmungsvorbehalte können die gesetzlich geregelten Zustimmungserfordernisse erweitert und eingeschränkt werden, sofern die jeweiligen gesetzlichen Regelungen nicht zwingend sind.

## 2. Organisationspflichten

- 2.43** Allgemein haben die Geschäftsführer im Rahmen ihrer Organisationspflichten eine Unternehmensorganisation einzurichten, die es ihnen erlaubt, die Geschäftsführung auszuüben, ihre sonstigen (gesetzlichen oder vertraglichen) Pflichten zu erfüllen und die Unternehmensziele bestmöglich umzusetzen.<sup>121</sup> Insb muss die Unternehmensorganisation gewährleisten, dass die Geschäftsführung ihre Kontroll- und Überwachungspflichten ausüben kann. Voraussetzung dafür ist die Einrichtung eines funktionierenden **Berichtswesens**, das den Informationsfluss zur Geschäftsführung ermöglicht.<sup>122</sup>

### ! Achtung

Zur Reduzierung von Haftungsrisiken ist in der Praxis besonders wichtig, dass sich die Geschäftsführung laufend und rasch ein Bild von der finanziellen Situation der Gesellschaft machen kann. Die Erfüllung der Geschäftsführerpflichten in der Unternehmenskrise (insb die Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO) setzt voraus, dass die Geschäftsführer jederzeit und rasch einen Krisen- oder Insolvenztatbestand erkennen sowie rechtzeitig und situationsadäquat darauf reagieren können.

- 2.44** Geschäftsführer sind verpflichtet dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft **sämtliche auf sie anwendbare Gesetze einhält**. Kann der Geschäftsführer diese Pflicht nicht selbst oder nicht alleine erfüllen – etwa aufgrund der Größe der Gesellschaft oder der Komplexität ihrer Geschäftstätigkeit – hat der Geschäftsführer die notwendigen organisatorischen Strukturen zu schaffen, um die Einhaltung der anwendbaren Gesetze zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang wird oft auch von der Pflicht der Geschäftsführer zur Einrichtung einer geeigneten **Compliance Organisation**<sup>123</sup> gesprochen. Compliance und

120 Vgl auch § 20 GmbHG, demzufolge die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, alle Beschränkungen einzuhalten, die im Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrats für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

121 Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/46; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 25 Rz 58.

122 Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 57 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

123 Vgl dazu im Detail Rz 15.1 ff.

die damit verbundenen Pflichten der Geschäftsführung haben insb in den letzten Jahren im Nachgang zur Finanzkrise stark an Bedeutung gewonnen. Nicht jede GmbH braucht jedoch zwingend einen eigenen Compliance-Beauftragten, ein umfassendes Compliance-Handbuch oder eine komplexe Compliance-Organisation. Die Geschäftsführung hat im Einzelfall zu beurteilen, welche organisatorischen und strukturellen Maßnahmen erforderlich sind, um die Einhaltung der für die Gesellschaft maßgeblichen Gesetze zu gewährleisten.<sup>124</sup> Die bei dieser Beurteilung zu berücksichtigenden Kriterien sind etwa die Größe des Unternehmens, seine organisatorische Komplexität sowie das regulatorische Umfeld, in dem das Unternehmen agiert.<sup>125</sup>

Die Organisationspflichten der Geschäftsführer ergeben sich teilweise ausdrücklich aus dem Gesetz, werden aber auch aus der Natur der Organstellung abgeleitet. Ein für die Praxis wichtiges Beispiel einer im Gesetz ausdrücklich geregelten Organisationspflicht ist die Pflicht zur **Einrichtung eines Rechnungswesens** und eines **internen Kontrollsystems** (§ 22 Abs 1 GmbHG), das den konkreten Anforderungen des Unternehmens gerecht wird.<sup>126</sup>

### 3. Sonstige Pflichten

Die Geschäftsführer sind zur **loyalen Zusammenarbeit** mit ihren Mitgeschäftsführern und anderen Gesellschaftsorganen, wie insb der Generalversammlung oder einem allenfalls eingerichteten Aufsichtsrat, verpflichtet.<sup>127</sup> Wesentlicher Bestandteil der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit ist, die Mitgeschäftsführer und übrigen Gesellschaftsorgane über den eigenen Zuständigkeitsbereich **informiert zu halten**.<sup>128</sup> Die Zusammenarbeits- und Informationspflicht ändert aber nichts am Bestehen der Pflicht der Geschäftsführer zur gegenseitigen Überwachung.<sup>129</sup>

### B. Ausdrücklich gesetzlich geregelte Pflichten

Eine Konkretisierung der Sorgfaltspflichten ergibt sich weiters aus den einen Geschäftsführer treffenden **gesetzlichen Pflichten**. Das GmbHG sieht etwa die folgenden Pflichten von Geschäftsführern ausdrücklich vor:<sup>130</sup>

- Abgabe der Erklärung über die Einzahlung und freie Verfügbarkeit der bei Gründung oder einer Kapitalerhöhung **bar zu leistenden Stammeinlagen** (§ 10 Abs 3 GmbHG);

124 Rüdfler in Jarolim, Compliance 27, 28; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 25 Rz 63.

125 Vgl Rüdfler in Artmann/Rüdfler/Torggler, Organhaftung 19.

126 Gesetzlich nicht näher geregelt ist, was unter einem internen Kontrollsystem zu verstehen ist und woraus es besteht. Allgemein werden unter einem internen Kontrollsystem alle Methoden und Maßnahmen verstanden, die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen. Wesentlicher Bestandteil eines internen Kontrollsystems ist vor allem die regelmäßige Vornahme eines Soll-Ist-Vergleichs der Unternehmenskennzahlen; s Rüdfler in Artmann/Rüdfler/Torggler, Organhaftung 17.

127 Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/45.

128 Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 60 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

129 Vgl Rz 4.4f.

130 Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 48, 50ff; vgl auch die Übersicht in Gurmman in Eberhardt/Gurmman, Managementhaftung 25.

- Vornahme von **Firmenbuchanmeldungen** (§§ 9, 26 Abs 1, § 50 Abs 1, § 53 Abs 1, § 64 Abs 1 GmbHG);
- Einrichtung eines **Rechnungswesens** und eines **internen Kontrollsystems** (§ 22 Abs 1 GmbHG);
- Aufstellung des **Jahresabschlusses** und Übersendung von Abschriften davon an die Gesellschafter (§ 22 Abs 2 GmbHG);
- Beachtung des **Wettbewerbsverbots** gegenüber der Gesellschaft (§ 24 GmbHG);
- Erhaltung des **Stammkapitals** (Verbot der Rückzahlung von Stammeinlagen: § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG; Verbot der Leistung von Zahlungen nach Vorliegen eines Insolvenzstatbestands: § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG);
- Berichterstattung an den Aufsichtsrat über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik (§ 28a Abs 1 GmbHG);
- **Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrats** (§ 30j Abs 5 GmbHG) oder der **Generalversammlung** (§ 35 Abs 1 GmbHG) zur Vornahme bestimmter Geschäfte;
- Einberufung der **Generalversammlung** (§ 36 Abs 1 GmbHG), insb bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§ 36 Abs 2 GmbHG).

### 1. Implizite Pflichten

- 2.48** Gesetzliche Pflichten der Geschäftsführer ergeben sich aber nicht nur aus Bestimmungen des GmbHG, die solche Pflichten ausdrücklich vorsehen, sondern können sich auch aus einer Ableitung aus dem Gesetz implizit ergeben. Ein wichtiges Beispiel einer nicht ausdrücklich im Gesetz geregelten Pflicht der Geschäftsführer ist die **Treuepflicht** gegenüber der Gesellschaft.<sup>131</sup> Die Treuepflicht ergibt sich aus der Stellung des Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens. Als Ausfluss der Treuepflicht der Geschäftsführer wird insb das Verbot der Ausnutzung der Organstellung zum eigenen Vorteil (etwa die Ausnutzung von Geschäftsgelegenheiten der Gesellschaft) und das Verbot, die Organstellung für gesellschaftsfremde Zwecke zu missbrauchen (etwa zum Abschluss von Geschäften mit sich selbst oder einem nahen Angehörigen).<sup>132</sup> Mit der Treuepflicht steht schließlich in Zusammenhang, dass die Erklärung des Rücktritts als Geschäftsführer zur Unzeit uU haftungsbegründend sein kann.<sup>133</sup>
- 2.49** Mit der Treuepflicht in engem Zusammenhang steht auch die Geschäftsführer allgemein treffende **Verschwiegenheitspflicht**, die wie die Treuepflicht im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.<sup>134</sup> Geschäftsführer dürfen danach Informationen, deren Offenlegung für die Gesellschaft nachteilig sein kann, oder an deren Geheimhaltung die Gesellschaft ein Interesse hat, grundsätzlich nicht an gesellschaftsfremde Dritte weitergeben. Ob eine Offenlegung von Informationen im Einzelfall den Interessen und dem

131 Vgl *Gurmann in Eberhardt/Gurmann, Managementhaftung* 29.

132 Vgl *Vavrovsky, Geschäftsführer*<sup>2</sup> 27; Ausfluss der Treuepflicht ist auch das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers, das allerdings ausdrücklich in § 24 GmbHG geregelt ist.

133 Vgl Rz 4.18ff zum Rücktritt von der Geschäftsführung.

134 Vgl *Gurmann in Eberhardt/Gurmann, Managementhaftung* 30.



Wohl der Gesellschaft dient, hat die Geschäftsführung in ihrem Ermessen zu beurteilen.<sup>135</sup>

## 2. Sondergesetzliche Pflichten

Die Pflichten der Geschäftsführer ergeben sich nicht nur aus dem GmbHG, sondern auch aus **sondergesetzlichen Bestimmungen** außerhalb des GmbHG. Besonders praxisrelevante Beispiele solcher Geschäftsführerpflichten in sondergesetzlichen Bestimmungen sind etwa die im UGB geregelten Pflichten in Zusammenhang mit der **Buchführung**<sup>136</sup> und der **Aufstellung des Jahresabschlusses**<sup>137</sup> sowie die Pflicht der Geschäftsführer zur **Beantragung eines Insolvenzverfahrens** gem § 69 IO.<sup>138</sup> **2.50**

## 3. Weitere Pflichten

Schließlich wird die von einem Geschäftsführer geschuldete Sorgfalt im Einzelfall durch Vorgaben im **Anstellungsvertrag**, im **Gesellschaftsvertrag**, in einer allenfalls von den Gesellschaftern erlassenen **Geschäftsordnung** sowie in **Beschlüssen** und **Weisungen** der Gesellschafter näher konkretisiert. **2.51**

# III. Business Judgement Rule

## A. Einführung

Die Business Judgement Rule steckt einen **haftungsfreien Ermessensspielraum** (Safe Harbour) für Geschäftsführer ab.<sup>139</sup> Wenn die Voraussetzungen der Business Judgement Rule<sup>140</sup> erfüllt sind, trifft den Geschäftsführer selbst dann keine Haftung, wenn sich eine unternehmerische Entscheidung als für die Gesellschaft nachteilig herausstellt und ihr daraus ein Schaden entsteht. In § 25 Abs 1 a GmbHG ist der Grundsatz des haftungsfreien Ermessensspielraums bzw die Business Judgement Rule so formuliert, dass bei Erfüllung der in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen ein Geschäftsführer jedenfalls in Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes handelt.<sup>141</sup> **2.52**

135 Schwierige Ermessens- und Beurteilungsfragen können sich insbesondere im Fall der Offenlegung von Informationen über die rechtlichen, operativen und finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft gegenüber einem potentiellen Anteilserwerber oder Investor im Rahmen einer Due Diligence Prüfung ergeben. Die Geschäftsführung hat dabei im Einzelfall eine Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und den Informationsinteressen des Dritten vorzunehmen.

136 § 190 UGB.

137 § 222 Abs 1 UGB.

138 Vgl dazu im Detail Rz 8.68 ff.

139 *Herda*, JAS 2018, 155 (163).

140 Siehe dazu im Detail Rz 2.60 ff.

141 § 25 Abs 1 a GmbHG lautet: „Ein Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Informationen annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

### ! Hinweis

Der OGH hat den hinter der Business Judgement Rule stehenden Grundsatz in einer jüngeren Entscheidung (OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w) anschaulich wie folgt zusammengefasst: „Unter der im anglo-amerikanischen Rechtsbereich herausgebildeten Business Judgement Rule, auf welche sich insb das Rekursgericht bezogen hat, wird – vereinfacht ausgedrückt – der Grundsatz verstanden, dass ein Manager, der das Wagnis einer unternehmerischen Entscheidung eingeht, nicht dafür haften soll, wenn sich eine Entscheidung zwar als Irrtum herausstellt und Schaden daraus resultiert, er aber bestrebt war, auf einer informierten Grundlage und frei von Interessenskonflikten das Beste für das Unternehmen zu bewirken.“

- 2.53** Die Business Judgement Rule stammt ursprünglich aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und ist dort als Beweislastregel zugunsten des Leistungsorgans ausgestaltet.<sup>142</sup> Demnach muss der Kläger (ds idR die Gesellschaft oder ihre Aktionäre) beweisen, dass die Voraussetzungen der Business Judgement Rule nicht vorliegen. Grundsätzlich wird somit aber vermutet, dass das Leitungsorgan die Vorgaben der Business Judgement Rule erfüllt und es erfolgt keine gerichtliche Nachprüfung, sofern diese Vermutung nicht widerlegt wird. Die Regelung der Business Judgement Rule in Österreich sieht dagegen nicht ausdrücklich vor, welche Partei die Beweislast für die Erfüllung ihrer Voraussetzungen zu tragen hat.

## B. Entwicklung in Österreich

- 2.54** Die grundsätzliche Anerkennung eines Ermessensspielraums bei Vornahme einer Interessensabwägung durch die Geschäftsführung reicht bis zu einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1973 zurück.<sup>143</sup>
- 2.55** Den weitaus größeren Schritt in Richtung Business Judgement Rule nahm der OGH jedoch Anfang der 2000er-Jahre vor, indem er in mehreren Entscheidungen einen **weitgehend haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraum** anerkannte.<sup>144</sup> Eine Haftung des Geschäftsführers wurde danach nur bejaht, wenn er seinen **Ermessensspielraum eklatant überschreitet**, eine **evident unrichtige Sachentscheidung** oder eine **geradezu unvertretbare Entscheidung** trifft.<sup>145</sup> Lag kein derartig schwerwiegender Fehler des Geschäftsführers vor, wurde seine Entscheidung keiner weiteren Überprüfung unterzogen. Fehler des Geschäftsführers, die diesen Schweregrad nicht erreichten, begründeten keine Haftung.<sup>146</sup> Diese Rsp des OGH ist der Business Judgement Rule im Ergebnis schon sehr nahegekommen, obwohl sie zum damaligen Zeitpunkt noch nicht im Gesetz ausdrücklich vorgesehen war.

142 Danach wird vermutet, dass Leitungsorgane einer Gesellschaft unternehmerische Entscheidungen auf informierter Grundlage im besten Wissen zum Wohle und im Interesse der Gesellschaft getroffen haben; *Told*, GES 2015, 60; *Herda*, JAS 2018, 155 (163).

143 OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73 SZ 46/113.

144 *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU 43 (48).

145 OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

146 *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU 43 (49).