



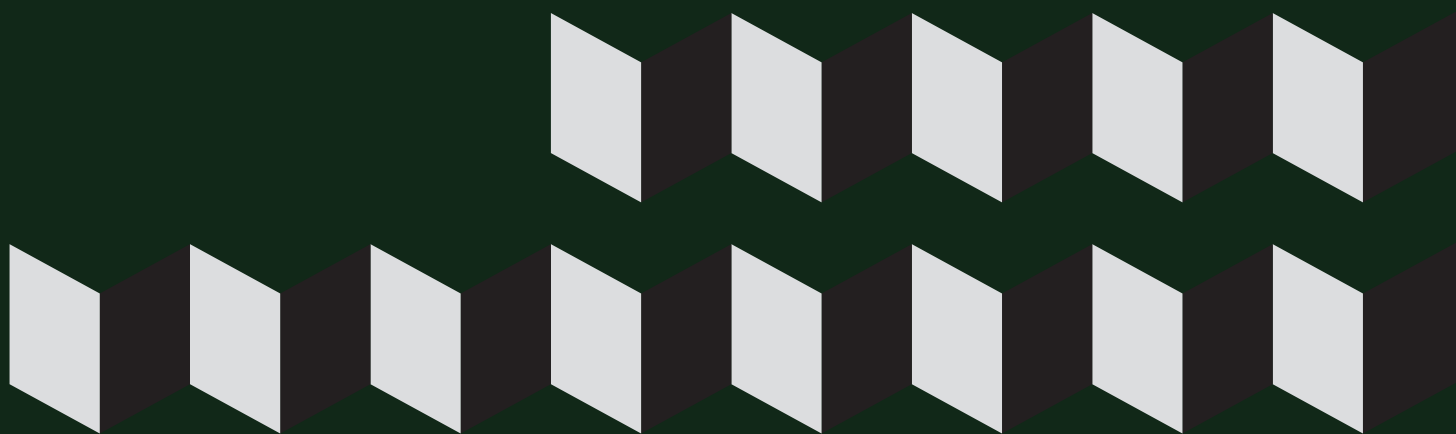
# Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

---

## Schriftleitung

Georg Kodek, Christian Ludwig, Johannes Zollner



## 52 | Beiträge

Zur Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands im Lichte  
der PSG-Novelle BGBl I 2010/111

Gerhard Hochedlinger

## 76 |

VfGH-Erkenntnis zur Grundstücksbewertung im StiftEG

Daniel Varro

## 86 | Rechtsprechung

Rekurslegitimation des abberufenen Vorstandsmitglieds  
gegen die Löschung aus dem Firmenbuch

# Die Business Judgment Rule in Liechtenstein

PSR 2011/17

Art 182 Abs 2  
PGR  
(liechten-  
steinisches  
Personen- und  
Gesellschafts-  
recht)

Business  
Judgment Rule  
Liechtenstein;

liechtensteinische  
Stiftung;  
Haftung;  
Stiftungs-  
vorstand;  
Haftung  
Stiftungsrat;  
Organhaftung

Die Stiftungsrechtsreform aus dem Jahr 2009 in Liechtenstein (LGBl 2008 Nr 220) nahm die Gelegenheit wahr, die Sorgfaltspflichten der Organe von Verbandspersonen neu zu regeln. Im neuen Art 182 Abs 2 Satz 2 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) wurde die aus dem amerikanischen Gesellschaftsrecht stammende Business Judgment Rule kodifiziert. Der Stiftungs- und Verwaltungsrat in der Praxis wird die neue Bestimmung verständlicherweise zunächst äußerst kritisch zur Kenntnis nehmen, verheißt sie doch in erster Linie eine neue *sedes materiae* für Haftungsprozesse und Vorwürfe, der Stiftungsrat hätte nicht fehlerfrei entschieden und sei deshalb schadenersatzpflichtig. Es wird daher im Folgenden näher untersucht, inwieweit tatsächlich eine Ausweitung der schadenersatzrechtlich relevanten Sorgfaltspflichten mit der Gesetzesänderung einhergeht oder ob, wie es der Gesetzgeber verspricht, eine Einschränkung der Haftung und Entlastung des Stiftungsrats bewirkt wird.

Von Johannes Gasser<sup>1)</sup>

## Inhaltsübersicht:

- A. Einführung
  - 1. Grundgedanke
  - 2. Anwendungsbereich
  - 3. Regelungsziele

1) Der nachfolgende Aufsatz basiert in Grundzügen und bezüglich Gliederung auf einem Fachartikel des Autors: Neue Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Stiftungsrates, in *Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen* (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 155 ff, und war auch Grundlage für einen Vortrag des Verfassers bei den Rechtsprechtagen der Universität Liechtenstein zum gleichen Thema am 10. 5. 2011 in Vaduz.

- B. Internationaler Rechtsvergleich: Die internationalen Vorbilder
1. Die BJR in den USA
  2. Die BJR in der Schweiz
  3. Die BJR in Deutschland
  4. Die BJR in Österreich
- C. Liechtensteinische Rechtsprechung zur BJR
1. LES 2005, 174
  2. LES 2006, 456
  3. LES 2008, 82 (LJZ 2008, 101)
  4. LES 2009, 45 (LJZ 2008, 101)
  5. 10 HG 2008.28 (GE 2010, 558 und LJZ 2010, 19)
  6. Zwischenergebnis
- D. Zur neuen Regelung im Einzelnen
1. Anwendungsbereich („[...] wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung [...]“)
  2. Interessenkollision („[...] nicht von sachfremden Interessen leiten ließ [...]“)
  3. Treu und Glauben („[...] und vernünftigerweise annehmen durfte [...]“)
  4. Entscheidungsprozess („[...] auf der Grundlage angemessener Information [...]“)
  5. Unternehmenswohl („[...] zum Wohle der Verbandsperson zu handeln“)
- E. Prozessuales
- F. Zusammenfassung

## A. Einführung

### 1. Grundgedanke

Irren ist menschlich. Dieser versöhnliche, eine Rechtfertigung und Entlastung für menschliches Fehlverhalten und Versagen bereits beinhaltende Ansatz wurde von Goethe noch gekonnter umschrieben: „*Es irrt der Mensch, so lang er strebt.*“<sup>2)</sup> Im Wirtschaftsleben haben, wie die Krisen der vergangenen Jahre gezeigt haben, die menschlichen Irrungen schwerwiegende Konsequenzen für Betriebe, Arbeitsplätze und ganze Volkswirtschaften. Fehlentscheidungen liegen demnach zwangsläufig in der Natur des wirtschaftenden Menschen. Würde sie eine Rechtsordnung grundsätzlich immer sanktionieren und negative Folgen wie bspw. Verantwortlichkeitsklagen gegen die irrenden, fehlbaren Organe eines Unternehmens an sie knüpfen, bestünde aber die Gefahr, dass diese Organe nur zögerlich, zu spät oder gar keine Entscheidungen fällen. Dies würde aber wiederum jedem modernen Verständnis der Notwendigkeit von wirtschaftlichen Risiken, ohne die Erfolg und Prosperität undenkbar sind, widerstreiten, die also nicht nur nicht sanktioniert werden dürfen, sondern ganz im Gegenteil gefördert werden sollen.

An dieses Paradoxon, wirtschaftliche Freiheit zu ordnen und zugleich möglichst nicht zu beschränken, greift eine Regel, die sogenannte „Business Judgment Rule“ („BJR“) an, die just in jener Rechtsordnung herausgebildet wurde, die für ihre Massenklagen und exorbitanten Schadenersatzprozesse gegen Unternehmen und ihre Organe berüchtigt ist: in den USA. Kurz gesagt soll ein Manager, der das Wagnis einer unternehmerischen Entscheidung eingeht, dafür nicht haften, wenn sich seine Entscheidung zwar als Irrtum he-

rausstellt und Schaden daraus resultiert, er aber bestrebt war, auf einer informierten Grundlage und frei von Interessenkonflikten das Beste für das Unternehmen zu bewirken. Solange der wirtschaftende Mensch, frei nach *Goethe*, also strebt und dieses Bestreben dokumentiert, kann er irren, ohne persönliche Konsequenzen fürchten zu müssen.<sup>3)</sup>

Liechtensteins Gesetzgebung folgte hier der Rsp seines Höchstgerichts, das wiederum die Rechtsentwicklungen der Schweiz und Deutschlands nachvollzogen hatte. Wie nachfolgend gezeigt werden soll, ist die Idee, Manager zu exkulpieren, wenn sie sich an gewisse Verhaltensmuster halten, grundsätzlich zu begrüßen, auch wenn die BJR in der Praxis mit Beweisproblemen verbunden sein dürfte und, wollte man die Regel allzu schnell überspannen, zu unverhältnismäßigen und erheblichem Dokumentationsaufwand führen würde.

### 2. Anwendungsbereich

Die Stiftungsrechtsreform aus dem Jahr 2009 in Liechtenstein<sup>4)</sup> nahm die Gelegenheit wahr, die Sorgfaltspflichten der Organe von Verbandspersonen neu zu regeln. Im neuen Art 182 Abs 2 Satz 2 PGR wurde die aus dem amerikanischen Gesellschaftsrecht stammende Business Judgment Rule kodifiziert. Da sich diese Neuregelung im Allgemeinen Teil des Personen- und Gesellschaftsrechtes (PGR) befindet, gilt sie nicht nur für Stiftungsräte von liechtensteinischen Stiftungen<sup>5)</sup>, sondern ganz allgemein für Verwaltungsorgane aller Verbandspersonen<sup>6)</sup>, zB für Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften und Anstalten.<sup>7)</sup> Der FL OGH hat aber vor<sup>8)</sup> und nach<sup>9)</sup> der Kodifizierung der BJR diese auch auf Treuhänder einer liechtensteinischen Treuhänderschaft („Trust“) angewendet, sodass sich auch ein trustee (Treuhänder) eines liechtensteinischen trusts zu Recht darauf berufen kann.

Das Organ einer liechtensteinischen Verbandsperson hatte bereits nach früherem Recht das Unternehmen mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haf-

2) Faust I, Prolog im Himmel.

3) So auch *Hosp*, Neue Haftungsregeln für Stiftungsvorstände liechtensteinischer Stiftungen, ZFS 2008, 91.

4) LGBl 2008 Nr 220.

5) *Bösch*, Zur Anwendung der Allgemeinen Vorschriften des Personen- und Gesellschaftsrechtes auf die Stiftung, in *First Advisory Group/Advokaturbüro Dr. Dr. Battliner & Dr. Gasser* (Hrsg), Liechtensteinisches Stiftungs- und Verfassungsrecht im Umbruch, Wissenschaftliche Beiträge zur Festschrift für Prof. Dr. Dr. Herbert Battliner zum 75. Geburtstag 193ff, warnt zwar vor einer unbedachten Anwendung von allgemeinen Vorschriften auf Stiftungen ohne Berücksichtigung der besonderen Rechtsnatur der Stiftung, jedoch ist im Weiteren von der Anwendbarkeit des neuen Art 182 Abs 2 PGR auch auf Stiftungen auszugehen.

6) Vgl Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend Totalrevision des Stiftungsrechts Nr 13/2008 v 19. 2. 2008 („BuA“), 39.

7) BuA 41 verweist ausdrücklich darauf, dass es sich bei der Business Judgment Rule nicht um eine Bestimmung handle, die im Besonderen auf Stiftungsorgane zugeschnitten sei, weshalb sie in den Allgemeinen Vorschriften des PGR für die Verbandspersonen aufgenommen wurde; vgl auch *Schauer* in *Schauer* (Hrsg), Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (2009) Rz 1 zu Art 182 Abs 2.

8) OGH 14. 7. 2007, 10 HG.2003.17 LES 2008, 82ff.

9) LES 2009, 45 und GE 2010, 258; zwar geht es in den Entscheidungen des OGH offenbar nicht um Treuhänder, sondern um Verwaltungs- bzw Stiftungsräte, doch bezieht sich die inzwischen fast formelhafte Wiedergabe der BJR durch das Höchstgericht auf „Treuhänder“, sodass die BJR „auf Organe einer Aktiengesellschaft auszuweiten“ sei.

tete auch bisher für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung (Art 182 Abs 2 PGR). Der Sache nach ist die BJR bereits bisher, worauf auch im Bericht und Antrag hingewiesen wird, in der Rsp anerkannt gewesen.<sup>10)</sup> Nunmehr kommt hinzu und wurde als weiterer Satz in der Bestimmung des Art 182 Abs 2 PGR ergänzt, dass „ein Mitglied der Verwaltung [...] im Einklang mit diesen Grundsätzen [handelt], wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten ließ und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln.“

Der Gesetzgeber hat sich damit bewusst zur BJR bekannt, die in den USA teilweise kodifiziert ist. Inhaltlich lautet sie nach einem Formulierungsvorschlag des American Law Institute folgendermaßen: „A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfils his duty, if the director is not interested in the subject of the business judgment; is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.“<sup>11)</sup>

Die neue liechtensteinische Bestimmung orientiert sich jedoch nicht nur an der amerikanischen Vorlage, sondern auch an der BJR des deutschen Aktienrechts<sup>12)</sup>: „Eine Pflichtverletzung [des Vorstandsmitglieds] liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen konnte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Diese Bestimmung wurde jedoch nicht wortwörtlich in Art 182 Abs 2 PGR übernommen, weil nach Ansicht des Gesetzgebers – deutlicher als in der deutschen Bestimmung zur BJR – zum Ausdruck kommen soll, dass zu den Voraussetzungen der Haftungsfreiheit auch das Fehlen von Interessenkollisionen zählt („if the director is not interested in the subject of the business judgment“).<sup>13)</sup>

Der Stiftungs- und Verwaltungsrat in der Praxis wird die neue Bestimmung verständlicherweise zunächst äußerst kritisch zur Kenntnis nehmen, verheißt sie doch in erster Linie eine neue *sedes materiae* für Haftungsprozesse und Vorwürfe, der Stiftungsrat hätte nicht fehlerfrei entschieden und sei deshalb schadenersatzpflichtig. Es ist daher näher zu untersuchen, inwieweit tatsächlich eine Ausweitung der schadenersatzrechtlich relevanten Sorgfaltspflichten mit der Gesetzesänderung einhergeht oder ob, wie es der Gesetzgeber verspricht, eine Einschränkung der Haftung und Entlastung des Stiftungsrats bewirkt wird.

### 3. Regelungsziele

Der Gesetzgeber zieht mit der BJR einen neuen Kreis für unternehmerisches Handeln. Agiert der Stiftungsrat innerhalb dieses Kreises – ein „haftungsfreier Kernbereich unternehmerischen Ermessens bei Geschäftsentscheidungen des Handlungsorganes“<sup>14)</sup> –, so kann er sich auf die Haftungsfreiheit verlassen („Safe-Harbor-Rule“).

Verlässt das Organ diesen Kreis oder Grenzbereich, unterliegt es zwar nicht automatisch der Haftung; diese kann aber eintreten, wenn mit Rücksicht auf die Umstände eine Sorgfaltswidrigkeit anzunehmen ist. Durch die Schaffung dieses haftungsfreien Kernbereichs soll nach Ansicht des Gesetzgebers „eine übergroße Vorsicht vermieden und die Eingehung unternehmerischer Wagnisse in vernünftigem Umgang gefördert werden.“ Des Weiteren soll die Kodifizierung der BJR als Signal für die Offenheit des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts für die Entwicklung an anderen führenden Wirtschaftsstandorten verstanden werden.<sup>15)</sup>

Im Ergebnis führt die Kodifizierung der BJR dazu, dass bei der Rechtmäßigkeitskontrolle von Entscheidungen des Stiftungsrats der prozedurale Aspekt ihres Zustandekommens in den Vordergrund rückt: Wer so vorgeht, wie es die BJR verlangt, soll sich auf die haftungsrechtliche Immunität verlassen können.<sup>16)</sup>

Die Gesetzesmaterialien nehmen in erster Linie auf die Haftungsfreiheit Bezug. In jüngerer Zeit hat der FL OGH die BJR aber auch auf Fälle angewendet, wo es nicht oder nicht in erster Linie um Schadenersatzprozesse gegen Organe von Sitzgesellschaften, sondern um Abberufungsverfahren ging. Vor liechtensteinischen Gerichten häufen sich Fälle, in denen Begünstigte danach trachten, Stiftungsräte wegen grober Pflichtverstöße oder Interessenkollisionen gerichtlich abberufen zu lassen.<sup>17)</sup> Auch hier wird der BJR zu Recht zunehmend ein breiter Anwendungsbereich eingeräumt.

## B. Internationaler Rechtsvergleich: Die internationalen Vorbilder

### 1. Die BJR in den USA

Die BJR<sup>18)</sup> versucht vermehrt die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Sorgfaltspflicht dadurch normativ fassbar zu machen, dass man mehr der Gesetzmäßigkeit und dem prozedural untadeligen Zustandekommen des Beschlusses als der Begründbarkeit des konkreten Entscheids nachgeht. Man untersucht in erster Linie die Sorgfalt im Verfahren, das den Verwaltungsrat zum Entscheid geführt hat.<sup>19)</sup>

Eindrücklich ist in diesem Zusammenhang das Beispiel des Falles *Smith v. Van Gorkom*, in dem der Supreme Court von Delaware den Verwaltungsrat deshalb zu über einhundert Mio Dollar Schadenersatz verurteilte, weil dieser nach Ansicht der klagenden Kleinaktionäre das Unternehmen zu billig verkauft hätte. Bei seiner Beurteilung kümmerte sich das Gericht nicht

10) Vgl etwa OGH 9. 1. 2004, 10 HG.2002.58–39 LES 2005, 174; OGH 12. 1. 2006, 8 CG.2005.117 LES 2006, 456; zum Trust OGH 14. 7. 2007, 10 HG.2003.17 LES 2008, 82; zur AG OGH 4. 8. 2008, 10 CG.2004.358 LJZ 2008, 101.

11) BuA 39f mwN.

12) § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG.

13) BuA 41.

14) BuA 40.

15) BuA 40.

16) Vgl Heiss in Schauer Rz 2 zu Art 182.

17) Vgl zuletzt FL OGH in LES 2010, 7; GE 2010.558 (vgl dazu unten C.5) und LES 2010, 311.

18) Zur Formulierung des American Law Institute vgl oben A.1.

19) Grass, Business Judgment Rule – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen (1998) 81 ff.

um die Frage, ob der Übernahmepreis fair war, und verzichtete damit darauf, den Entscheid inhaltlich zu hinterfragen. Es beschränkte sich auf die Untersuchung, ob die Vorgehensweise des Verwaltungsrats formell dem Sorgfaltsmaßstab genügte, den sorgfältige directors bei einer Transaktion solchen Ausmaßes anzuwenden pflegten. Dem Gericht genügte nicht, dass das board erst am Vortag der Sitzung einberufen wurde, nur zwei Stunden einen Übernahmevorschlag eines Interessenten diskutierte, der zur Bedingung stellte, dass aktiv kein weiterer Übernahmeinteressent gesucht werden dürfe, und, ohne den Vertragsentwurf gelesen zu haben, dem Vorschlag auf Basis eines Aktienpreises zustimmte, der in Wahrheit vom VR-Präsidenten festgelegt worden war. Dies wurde später wie folgt beschrieben: „[The court] did not (quite) substitute its own business judgment for that of the directors. The court ultimately says, not that the directors made a wrong judgment on price, but that directors were so unprepared and acted so quickly that they could not, and did not, really make a judgment.“<sup>20)</sup>

In der Gerichtspraxis werden Verantwortlichkeitsklagen in den USA einem Zweistufentest unterzogen: Der erste, sog BJR-Test geht davon aus, dass die ins Recht gefassten directors gutgläubig und gestützt auf ausreichende Information gehandelt haben. Der Kl hat demnach die Beweislast, die BJR zu widerlegen, indem er nachweist, dass die directors mindestens eine der folgenden Voraussetzungen nicht erfüllt haben:

- Lag eine eigentliche Geschäftsentscheidung vor?
- Waren die an der Entscheidung beteiligten directors unbefangen und unabhängig?
- Gingen die directors bei ihrer Entscheidungsfindung mit gehöriger Sorgfalt vor?
- Handelten die directors in gutem Glauben?
- Hielten sich die directors bei ihrer Entscheidung an das ihnen zustehende Ermessen?

Wenn dem Kl dieser Beweis gelingt, entfällt der Schutz der BJR und der Richter darf das Verhalten der directors im Rahmen des Standard-of-care-Tests uneingeschränkt überprüfen und insb auch die Richtigkeit von „business judgments“ infrage stellen.<sup>21)</sup> Die Rsp in den USA stellt bei seinem Due-Care-Test auf folgende Kriterien ab:<sup>22)</sup>

- Behandlung des betreffenden Geschäfts durch unbefangene und unabhängige directors, nötigenfalls Bildung von Ausschüssen, welche ausschließlich aus unbefangenen und unabhängigen directors bestehen;
- Beizug von Finanzexperten und/oder Anwälten, sei es durch den ganzen board oder nur durch einzelne unbefangene directors;
- eingehende Befragung von officers und Beratern, anstatt einfach auf deren (vielleicht sogar nur schriftlich vorliegende) Aussagen abzustellen;
- Sitzungen unter Ausschluss befangener oder unabhängiger board-Mitglieder;
- rechtzeitige Verteilung relevanter Dokumente vor den Sitzungen, sorgfältige Lektüre derselben und nötigenfalls Besprechung mit Sachkundigen;
- genügend Sitzungen von angemessener Dauer; verpönt sind zu kurze, nächtliche oder gar nur telefonisch abgehaltene Konferenzen;

- vernünftige Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Zeit;
- Berücksichtigung der Erfahrung oder Unerfahrenheit der board-Mitglieder in ähnlichen Angelegenheiten;
- Erarbeitung verschiedener Szenarien und Besprechung möglicher Folgen der betreffenden Entscheidung für die Gesellschaft.

Mit der BJR versucht die US-Gerichtspraxis, Pflichtwidrigkeiten von bloßen Fehlentscheidungen abzugrenzen. Damit wird anerkannt, dass unabhängige, informierte directors mit guten Absichten Entscheidungen treffen können, die sich im Nachhinein als unglücklich oder falsch herausstellen. Geschäftsentscheidungen ohne das Eingehen von Risiken sind undenkbar. Die BJR will zu solchen Entscheidungen und letzten Endes zur Übernahme von Verwaltungsratsmandaten ermutigen.

## 2. Die BJR in der Schweiz

In der Schweizer Lehre nimmt die Frage, wie die US-amerikanische BJR in der Praxis anzuwenden sei, breiten Raum ein. Dabei ist noch nicht geklärt, welche „Schule“ sich durchsetzen wird. Auszugehen ist von der Wertung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Beschlüssen von Generalversammlungen, dass bei der nachträglichen Überprüfung von Gesellschaftsakten der Richter nicht frei zu entscheiden hat, was der Aktiengesellschaft und ihren Aktionären nützt.<sup>23)</sup> Geschäftsführungsentscheidungen, die sich in einem geschäftlichen Ermessenspielraum bewegen, stellen nicht schon deswegen, weil sie sich später als unzweckmäßig oder falsch herausstellen, eine Pflichtverletzung dar.

Peter Böckli<sup>24)</sup> gewinnt aus der US-BJR für das schweizerische Recht folgende Voraussetzungen, nach denen eine geschäftliche Entscheidung dann als ordnungsgemäß und sorgfältig getroffen erscheint, wenn sie

- nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt;
- mit dem Gesellschaftszweck nicht in Widerspruch steht und im Gesellschaftsinteresse gefällt wurde;
- in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen ist;
- ohne dass die Mitglieder, die mitgestimmt haben, in einem relevanten Interessenkonflikt befangen gewesen wären; und schließlich
- die Entscheidung als grundsätzlich nachvollziehbar und sachlich vertretbar erscheint.

Seien diese fünf Bedingungen erfüllt, handle es sich bei der Entscheidung, selbst wenn sie sich später als schlecht herausstellt, um ein valables „business judgment“, das von den Gerichten zu respektieren sei. Dabei wird jedoch von der Lehre das Verfahren im Gegensatz

20) Grass, Business Judgment Rule 61 ff; kritisch zu dieser Entscheidung auch Torggler, Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 56 (59).

21) Grass, Business Judgment Rule 34 f.

22) Block/Morton/Radin, The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors, 4<sup>th</sup> ed (1993) 82, zitiert nach Grass, Business Judgment Rule 60.

23) BGE 99 II 62.

24) Böckli, Schweizer Aktienrecht<sup>3</sup> (2004) 1623 ff.



zur inhaltlichen Entscheidung unterschiedlich gewichtet. *Grass*<sup>25)</sup> plädiert für einen formalen Ansatz mit Blick auf die Entscheidungsfindung.

*Böckli* hält dagegen die fünfte, inhaltliche Bedingung für entscheidend.<sup>26)</sup> In prozeduraler Hinsicht müsse die Entscheidung auf der Grundlage angemessener Informationen und in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande kommen. Es müsse Gelegenheit zu ausreichender Diskussion und Nachfrage bestehen, ein vertiefender Gedankenaustausch zu den Hauptpunkten stattfinden und der Verwaltungsrat müsse sich über die für die Entscheidung ausschlaggebenden Kriterien Klarheit verschaffen und Alternativen erwogen haben. Keiner der an der Entscheidung Mitwirkenden dürfe einem für die Entscheidung relevanten Interessenkonflikt unterliegen.

Inhaltlich spiele eine Rolle, wenn kein Gesetzesverstoß gegeben ist, dass die Entscheidung im Interesse der Gesellschaft lag, insb also keine Drittinteressen oder gegenläufige Interessen verfolgt werden, und der Beschluss an sich mit sachlichen Argumenten als eine im Gesellschaftsinteresse liegende Handlung begründbar war. Es genüge, wenn in der konkreten Situation die Entscheidung den Personen, die sie fassten, als plausibel erschien und erscheinen durfte.<sup>27)</sup>

Kritiker erblicken in der ohne Anpassung aus der US-amerikanischen Gerichtspraxis rezipierten BJR die Gefahr der Bürokratisierung der Verwaltungsarbeit. Entscheidungsprozesse müssten aktenmäßig belegt werden und könnten leicht zu einer Dokumentationswut führen.<sup>28)</sup>

### 3. Die BJR in Deutschland

Deutschland kodifizierte die BJR im Jahr 2005 mit dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts („UMAG“). Die Geltung der BJR war in der höchstgerichtlichen Rsp seit der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom April 1997<sup>29)</sup> bereits anerkannt. In der Begründung führte das Höchstgericht aus, „[...] dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. [...] Eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes [...] kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.“

Der Gesetzgeber stellte in § 93 dAktG klar, dass eine Erfolgshaftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft ausscheidet und der Vorstand nicht haftet, wenn er eine unternehmerische Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen getroffen hat.<sup>30)</sup> Auf die deutsche Regelung wird aufgrund ihrer Vorreiterrolle für die neue liechtensteinische Bestimmung noch zurückzukommen sein.

### 4. Die BJR in Österreich

In Österreich ist die BJR gesetzlich nicht explizit verankert.<sup>31)</sup> Gemäß § 84 Abs 1 öAktG sind die Vorstandsmitglieder der AG gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Bei der GmbH ist diese Verpflichtung in § 25 Abs 1 öGmbHG verankert. Wie die sog Aufsichtsrathaftungs-Entscheidung des öOGH<sup>32)</sup> deutlich macht, ist ein haftungsfreies Ermessen von Verwaltungsorganen grundsätzlich anerkannt. Der öOGH hat darin festgestellt, dass der Fehlschlag einer unternehmerischen Entscheidung im Rahmen des unternehmerischen Handlungsspielraums bewegt. Nur die Verletzung der Pflicht zu branchen-, größen- oder situationsadäquaten Bemühungen kann dem Organ als Pflichtverletzung vorgeworfen werden. In der Rsp noch nicht durchgesetzt hat sich jedoch der Gedanke, diesen Freiraum anhand eines eigenen Tatbestands, eben der BJR, zu prüfen.<sup>33)</sup>

### C. Liechtensteinische Rechtsprechung zur BJR

Der Motivenbericht des Gesetzgebers verweist ausdrücklich darauf, dass der FL OGH bereits 2004 die Anwendung der BJR ausdrücklich anerkannt hätte, sodass es umso leichter falle, sich für deren Kodifizierung im Gesetz zu entscheiden.<sup>34)</sup> Deshalb sind zwei im Motivenbericht erwähnte Entscheidungen von besonderem Interesse.<sup>35)</sup> Weitere seither veröffentlichte Entscheidungen sollen die Auswahl der Rsp zur BJR abrunden. Ein Trend, das sei jetzt bereits vorausgeschickt, zeichnet sich aber unweigerlich ab: Die BJR wird zum „Dauerbrenner“ und „heißen Eisen“ der Höchstgerichte; selten wurde in so massiver Weise eine Regel in so kurzer Zeit so oft vom FL OGH angewendet, wobei sie überwiegend den bekl Verwaltungs-, Stiftungsräten bzw Organen zustatten kam.

#### 1. LES 2005, 174

Der Entscheidung<sup>36)</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine liechtensteinische Stiftung hielt als Beteiligung 100% Aktien an einer englischen Holdinggesellschaft.

25) *Grass*, Business Judgment Rule 111.

26) *Böckli*, Aktienrecht 1624.

27) *Böckli*, Aktienrecht 1625.

28) *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 6 N. 123; *ders*, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägung sowie zur „Business Judgment Rule“, in FS Druey (2002) 445 ff.

29) BGHZ 135, 244 ff.

30) Zum Gesetzeswortlaut des § 93 Abs 1 dAktG vgl oben A.1.

31) Vgl zuletzt *Melzer*, Österreichisches Privatstiftungsrecht und neues liechtensteinisches Stiftungsrecht (2010) 132 ff; *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93; *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79.

32) ÖOGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01 k.

33) Vgl *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 (81).

34) BuA 40.

35) Im BuA 40 wird auf diese Entscheidungen auch eigens verwiesen, nämlich OGH 8. 1. 2004, 10 HG.2002.58–39 LES 2005, 174 (vgl dazu unten Punkt C.1), und OGH 12. 1. 2006, 8 CG.2005.117 LES 2006, 456 (vgl dazu unten Punkt C.2).

36) OGH 8. 1. 2004, 10 HG 2002.58–39.

schaft, die ihrerseits 60% eines italienischen operativen Unternehmens hielt. Die Aktien der UK Holding waren einerseits mit Schenkungsvertrag der Stiftung gewidmet, andererseits am gleichen Tag mittels Treuhandvertrag nur treuhänderisch und damit widerrufenlich übertragen worden, ohne dass eine physische Übergabe der Aktien erfolgt wäre. Zugleich verpflichtete sich der Stiftungsrat mit Mandats- und Treuhandverträgen, nur nach den Instruktionen der Begünstigten zu handeln und sämtliche Beschlüsse durch dieselben absegnen zu lassen. Die Begünstigten waren wiederum in zwei Interessengruppen gespalten. In der Folge kam es zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Unternehmensführung und zu divergierenden Instruktionen der streitlustigen Begünstigtengruppen gegenüber dem Stiftungsrat. Einer der Begünstigten, der vom Stiftungsrat mit Beschluss seiner Funktion als Verwaltungsrat der UK Holding enthoben wurde, beantragte die Stiftung gem Art 567 PGR unter richterliche Aufsicht zu stellen.

Nach Ansicht des OGH hätte sich eine sog Holdingstiftung, die also im Unterschied zu den Fällen anderer Privatstiftungen, welche auf die bloße Verwaltung und Anlage des gestifteten Vermögens (sehr oft nach detaillierten Vorgaben in der Stiftungsurkunde) gerichtet sind, jedenfalls mittelbar wirtschaftlich zu betätigen. Die Stiftung müsse in der Lage sein, unternehmerische Entscheidungen zu fällen. Dabei gelte es wie überhaupt im Wirtschaftsleben, sich an veränderte Verhältnisse rasch anzupassen, schlagkräftig zu handeln und erforderlichenfalls auch kurzfristig die Unternehmenspolitik umzustellen bzw neu zu orientieren.

Der OGH stellte klar, dass es im Wesen unternehmerischer Entscheidungen und der dafür essenziellen Unternehmensführung liege, dass sich diese zwar im Rahmen des Gesetzes, aber auch innerhalb eines großen Ermessensspielraums bewegen, der einer Überprüfung durch staatliche Aufsicht weitgehend entzogen ist. Die damit gebotene Zurückhaltung der Stiftungsaufsicht mit allfälligen Eingriffen in die Stiftungsverwaltung einer Unternehmensstiftung erfordere aber unabhängige Stiftungsorgane, die auch nur über den äußeren Anschein einer Parteilichkeit oder von Interessenkollisionen erhaben sind. Der Stiftungsrat einer Unternehmensstiftung müsse ebenso wie der Verwaltungsrat einer unternehmerisch tätigen Verbandsperson bei Fällung seiner Geschäftsentscheidungen unabhängig und unbefangen sein und dürfe sich in keinem Interessenkonflikt befinden. Insoweit könne auch analog auf das Regelwerk der BJR zurückgegriffen werden.

Der Stiftungsrat hätte sich aufgrund des Weisungsgeflechts der Mandatsverträge, wenngleich außerhalb der Stiftungsorganisation, aber doch schuldrechtlich, in eine absolute Abhängigkeit von den Begünstigten der Stiftung begeben und sich, wiederum schuldrechtlich, der Fähigkeit beraubt, die im Interesse der Stiftung notwendigen Ermessensentscheide frei und über jeden Anschein der Voreingenommenheit und Parteilichkeit erhaben auch dann zu treffen, wenn, wie dies der Fall sei, die Interessen der Weisungsgeber kollidieren und gegenläufige Instruktionen vorlägen. Mit jeder einer Instruktion zuwiderlaufenden Entscheidung setze sich der Stiftungsrat der Gefahr einer zivil- und sogar – wegen

des Verdachts der Untreue – strafrechtlichen Haftung aus, wobei Letzteres zusätzlich seine Entscheidungsfreiheit einschränke.

Obwohl der OGH auch hervorhob, dass dem Stiftungsrat aufgrund der Faktenlage noch gar keine Vernachlässigung oder Verletzung seiner gesetzlichen Obliegenheiten vorzuwerfen sei, genüge die aus den Mandatsverträgen resultierende Interessenkollision. Dieser Organisationsmangel rechtfertige es, die Stiftung unter richterliche Aufsicht zu stellen.

## 2. LES 2006, 456

Fünf liechtensteinische Stiftungen waren von der Mutter und den Schwestern des mittelbaren („wirtschaftlichen“) Stifters auf Rückzahlung des Stiftungsvermögens mit der Begründung geklagt worden, dieser hätte die eingebrachten Barmittel in beträchtlicher Höhe nie von den Eltern geschenkt erhalten und hätte darüber nicht verfügen dürfen. Die erste Instanz gab der Klage Folge und verurteilte die Stiftungen zur Rückzahlung von 4,5 Mio CHF sowie zum Prozesskostenersatz. Die geklagten Stiftungen bzw deren Rechtsvertreter hielten eine Berufung für wenig aussichtsreich und schlossen angesichts des Gesamtvermögens von ca 9,3 Mio CHF und von der Mutter zusätzlich erhobener Ansprüche von insg ca 24 Mio CHF einen Vergleich über die Zahlung von 8,5 Mio CHF ab.<sup>37)</sup>

Der Stifter, der zugleich maßgeblicher Begünstigter der Stiftung war, beantragte sodann den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Stiftungsrat die Verfügung über das Stiftungsvermögen und damit die Erfüllung des Vergleichs untersagt werden sollte. Gemäß Höchstgericht handelt es sich beim Abschluss eines Vergleichs mit Gläubigern einer Stiftung um eine Maßnahme der Geschäftsführung und Verwaltung des Stiftungsvermögens, die in die alleinige Kompetenz des Stiftungsrats falle, dem sämtliche Verwaltungs-, Vertretungs- und Verfügungsrechte über das Stiftungsvermögen zustehen. Einem „wirtschaftlichen“ bzw mittelbaren Stifter käme dabei kein Vetorecht zu, was im Übrigen auch für wirtschaftlich Berechtigte bzw Begünstigte gelte, solange ihnen keine statutarischen oder qua Mandatsvertrag schuldrechtlichen Weisungs- oder Widerrufsrechte zukämen.

In Bezug auf die Pflichten des Stiftungsrats käme den Begünstigten insoweit eine Ermessenskontrolle zu, als sie die gerichtliche Aufsicht beantragen könnten. Soweit es sich, so der OGH indes einschränkend, um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens handle, sei der Stiftungsrat im Rahmen der durch das Gesetz gezogenen Grenzen frei und sein Handeln insoweit einer Überprüfung durch das Gericht nicht zugänglich. Andererseits sei Begünstigten ein gerichtlich durchsetzbarer Unterlassungsanspruch in Bezug auf Maßnahmen der Geschäftsführung, in casu auf die Vollziehung eines Vergleichs, zuzubilligen. Voraussetzung dafür sei jedoch der Nachweis eines iS eines groben Ermessensmissbrauchs widerrechtlichen Verhaltens der Stiftungsverwaltung gem § 1295 Abs 2 ABGB. Das Höchstgericht verneinte im Ergebnis jedoch einen solchen gro-

37) OGH 12. 1. 2006, 8 CG.2005.117.

ben Ermessensmissbrauch und attestierte dem Stiftungsrat ganz im Gegenteil hohes Verantwortungsbewusstsein, dass er angesichts sehr ungünstig beurteilter Prozessaussichten für den Ausgang der die Existenz der Stiftung bedrohenden zahlreichen Prozesse einen aus der Sicht der Stiftungen durchaus vorteilhaften und akzeptablen Vergleich mit der Mutter des Stifters abgeschlossen hatte, der den Stiftungen zumindest die Chance auf ein wirtschaftliches Überleben sichert.

### 3. LES 2008, 82 (LJZ 2008, 101)

Treuhänder eines liechtensteinischen Trusts hielten verschiedene Beteiligungen an ausländischen Mutter- und Tochtergesellschaften. Begünstigte des Trusts monierten dessen Verwaltung und beantragten im Rechtsfürsorgeverfahren die gerichtliche Aufsicht. Der OGH setzte sich auch in dieser Entscheidung<sup>38)</sup> ausführlich mit dem Sorgfaltsmaßstab des Treuhänders auseinander.<sup>39)</sup> Treuhänder seien verpflichtet, die Bestimmungen der Treuhandurkunde und des Gesetzes zu befolgen und hätten das Treugut mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu verwahren und zu verwalten. Gemäß diesen Urkunden hatten die Treuhänder einen weiten Ermessensspielraum. Auch waren sie ausdrücklich nicht verpflichtet, sich in das Management einer Gesellschaft oder die Geschäftsführung von Gesellschaften einzuschalten, an denen der Trust beteiligt war. In diesem von der Treuhandurkunde vorgegebenen Rahmen hatten sie das Beste für das Treuhandvermögen zu tun. Wie und auf welche Art dieses Ziel erreicht wird, bleibt grundsätzlich ihnen überlassen.

Bewegen sich gemäß OGH die Entscheidungen der Treuhänder hinsichtlich des Trustvermögens, insb der Gesellschaften des Trusts, im Rahmen des Handlungsspielraums der Treuhandurkunde, auf einer angemessenen Informationsgrundlage, frei von Interessenkonflikten und im guten Glauben, dass ihre Entscheidung im besten Interesse des zu verwaltenden Vermögens sind, dann handeln die Treuhänder konform mit ihren Verpflichtungen. Liegen daher die Voraussetzungen einer danach korrekten Ermessensentscheidung vor, dann haben die Treuhänder nicht pflichtwidrig gehandelt.

Besetzen die Treuhänder demnach auf informierter Basis die Funktionen der Geschäftsführung und Verwaltung in den Mutter- und Tochtergesellschaften des Trusts mit Personen, die nach obigen Eckpunkten für die optimale Verwaltung dieser Gesellschaften infrage kommen und ausgesucht wurden, dann ist dies unbedenklich. Damit „entledigen“ sie sich keinesfalls ihrer Sorgfaltsverpflichtungen, wie dies ein Begünstigter bei Gericht releviert hatte, sondern sie trafen im Gegenteil bei der Auswahl der Personen ein hohes Maß an Verantwortung.

### 4. LES 2009, 45 (LJZ 2008, 101)

Unterlässt es ein Verwaltungsrat pflichtwidrig und schuldhaft, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Vorverwaltungsräte geltend zu machen oder meldet er verspätet Konkurs an, macht er sich selbst schadenersatzpflichtig.<sup>40)</sup> Dabei ist jedoch zuvor von einem sorgfältig vorgehenden Verwaltungsrat eine Einschätzung und Abwägung der Risiken einer Prozessführung zu fordern

und ist eine Entscheidung erst nach sorgfältig durchgeführter Prognose, ob ein Verantwortlichkeitsprozess zu führen ist, zu treffen.

Nach der BJR agiert der als Gesellschaftsorgan (hier als Verwaltungsrat einer AG) fungierende Treuhänder dann nicht pflichtwidrig, wenn er seine Entscheidung auf einer angemessenen Informationsgrundlage, frei von Interessenkollisionen und im guten Glauben, dass seine Entscheidung im besten Interesse des verwaltenden Vermögens liegt, trifft.

### 5. 10 HG 2008.28 (GE 2010. 558 und LJZ 2010, 19)

In dieser Entscheidung des OGH<sup>41)</sup> ging es um die Frage, ob wirtschaftliche Entscheidungen des Stiftungsrats Gegenstand der Stiftungsaufsicht sind. Der Stiftungsrat hatte dem Stifter vorgeschlagen, ein Drittel des Vermögens in Immobilien zu investieren. Tatsächlich wurde in der Folge ein Drittel des Stiftungsvermögens in eine 10%-Beteiligung einer schweizerischen AG investiert, wobei Letztere wiederum in ein Bauprojekt investierte. Der Stiftungsrat war zu 90% selbst an dieser AG beteiligt. In der Folge beantragten die Kinder des verstorbenen Stifters die Absetzung des Stiftungsrats wegen Interessenkollision, verlustträchtiger Investitionen und des Umstands, dass die Baukostenabrechnungen nicht gelegt worden waren. Der OGH hielt fest, dass die Einzelheiten der wirtschaftlichen Entscheidung nicht Gegenstand der Stiftungsaufsicht seien, solange nicht aus solchen Einzelentscheidungen eine Gefahr für das Wohl des Unternehmens hervorgehe. Ferner spreche die Beteiligung der Stiftung an jener Gesellschaft, an der auch der Stiftungsrat selbst mehrheitlich beteiligt und Verwaltungsratspräsident sei, nicht per se, ohne dass weitere konkrete Anhaltspunkte für eine nachteilige Handlung zulasten der Stiftung hinzukämen, für eine Interessenkollision. Darüber hinaus sei es der Stiftungsaufsicht grundsätzlich verwehrt, schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen der Stiftung und ihren Auftraggebern sowie zwischen Stiftungsorganen und Begünstigten aufzuheben, was insb damit zusammenhänge, dass es im Wesen unternehmerischer Entscheidungen und der dafür essenziellen Freiheit der Unternehmensführung liege, dass sich diese zwar im Rahmen des Gesetzes, aber auch innerhalb eines großen Ermessensspielraums bewegen, der einer Überprüfung durch die staatliche Aufsicht weitgehend entzogen sei.

Der FL OGH hat in dieser Entscheidung unter Bezugnahme auf LES 2009, 45<sup>42)</sup> wiederum festgehalten, dass auch Organe von Stiftungen unternehmerische Entscheidungen auf einer angemessenen Informationsgrundlage, frei von Interessenkonflikten und im guten Glauben, dass ihre Entscheidung im besten Interesse des zu verwaltenden Vermögens ist, zu treffen haben.

Interessant war, dass der FL OGH ein zinsloses Darlehen der Stiftung für das erfolglose Immobilienprojekt nicht beanstandete. Eine Rolle dürfte dabei auch ge-

38) OGH 14. 7. 2007, 10 HG.2003.17 LES 2008, 82 ff (87) = LJZ 2008, 101.

39) Vgl Art 922 Abs 1 PGR.

40) OGH 4. 9. 2008, 10 CG.2004.358.

41) OGH 5. 2. 2010, 10 HG.2008.28.

42) Vgl dazu oben unter Punkt C.4.



spielt haben, dass immerhin der inzwischen verstorbene Stifter und Vater der Begünstigten, die die Abberufung des Stiftungsrats anstrebten, die Vermögensveranlagung ausdrücklich wünschte. Auch lag die fragliche unternehmerische Entscheidung fast zehn Jahre zurück, sodass sich das Höchstgericht auch aufgrund des inzwischen verstrichenen Zeitraums die Frage stellte, ob dann eine Überprüfung der Entscheidung überhaupt noch zulässig oder möglich sei.

## 6. Zwischenergebnis

Interessant sind die hier nur exemplarisch behandelten Entscheidungen des FL OGH für die Durchdringung der BJR in der liechtensteinischen Rsp aus zwei Gründen: Wenn eine Interessenkollision vorliegt, was sich insb aus Mandatsverträgen ergeben kann, denen sich Stiftungsräte freiwillig unterwerfen, verlässt der Stiftungsrat den „sicheren Hafen“ der BJR, ohne dass von Belang wäre, ob eine sonstige Pflichtwidrigkeit hinzutritt.

Zweitens übte das Höchstgericht vor Statuierung der BJR im PGR Zurückhaltung bei einer nachträglichen Prüfung einer Geschäftsentscheidung des Stiftungsrats. Nur ein grober Ermessensmissbrauch iSv § 1295 Abs 2 ABGB würde genügen. Hohes Verantwortungsbewusstsein bei der Entscheidungsfindung wird gewürdigt, insb wenn Gläubigerforderungen auch nur vergleichsweise befriedigt werden, um die Existenz der Stiftung zu sichern, auch wenn sich Stifter und/oder Begünstigte vehement dagegen aussprachen.

## D. Zur neuen Regelung im Einzelnen

### 1. Anwendungsbereich („[...] wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung [...]“)

Die BJR findet nur Anwendung bei rechtlich gebundenen Geschäftsentscheidungen (business judgments). Der Stiftungsrat muss im konkreten Fall über einen Ermessensspielraum (judgment) verfügen. Eine Ermessensentscheidung ist bspw in der Veranlagung des Stiftungsvermögens zu sehen.<sup>43)</sup> Umgekehrt formuliert liegt kein „business judgment“ vor, wenn eine Entscheidung kraft Gesetz, Statut, Beistatut (Zusatzurkunde) oder sonstiger Stiftungsstatuten oder nach dem Geschäftszweck getroffen werden muss oder nicht getroffen werden darf, da in diesen Fällen kein Ermessensspielraum besteht. Weiters gibt es für illegales Verhalten keinen „sicheren Hafen“ iS einer haftungstatbestandlichen Freistellung, es kann hier im Einzelfall aber am Verschulden fehlen.<sup>44)</sup>

So ist bspw die Entscheidung, das gesamte Stiftungsvermögen an die Kapitalbegünstigten auszukehren, dann nicht von der BJR gedeckt, wenn dadurch Ansprüche von Gläubigern der Stiftung geschmälert werden. Denn diese vorzeitige Vermögensausschüttung würde gegen die neu im Gesetz verankerte Pflicht des Stiftungsrats zur Kapitalerhaltung verstoßen.<sup>45)</sup> In keinem sicheren Hafen befindet sich auch, wer Stiftungsvermögen zweckwidrig, dh statutenwidrig, anlegt; sind hochriskante Investitionen von den Statuten ausdrücklich verboten, kann sich kein Stiftungsrat auf die BJR

berufen, wenn später daraus entstandene Verluste von ihm ersetzt verlangt werden.

*Melzer*<sup>46)</sup> vertritt den Standpunkt, dass Stiftungsräte, die in Ausübung ihres statutarischen Ermessens Begünstigte oder die Art und Höhe ihres Genusses bestimmen, **keine** unternehmerischen Entscheidungen treffen. Dies hätte wohl zur Konsequenz, dass dann die BJR keine Anwendung fände und bei Stiftungen eigentlich nur noch Entscheidungen über Vermögensanlagen als „unternehmerisch“ gewertet werden könnten. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Begriff „unternehmerisch“ ist vielmehr weit auszulegen und umfasst **jegliche** Entscheidung des Stiftungs- oder Verwaltungsrats, die sich auf die Mittelverwaltung oder -verwendung (sic!) bezieht oder diese tangiert.<sup>47)</sup> Dafür spricht, dass es zu den ureigenen und undelegierbaren Pflichten und Aufgaben des Stiftungsrats gehört, kontinuierlich und im Einklang mit dem dafür allein maßgebenden Stifterwillen über die Verwendung und Verwaltung des Stiftungsvermögens zu bestimmen.<sup>48)</sup> Da aufgrund der aktuellen Judikatur<sup>49)</sup> davon ausgegangen werden muss, dass die überwiegende Zahl der liechtensteinischen Begünstigten reine Ermessensbegünstigte ohne klagbare Ansprüche sind, gehört die Bestimmung von Ermessensbegünstigten aus einem Kreis von Begünstigten durch den Stiftungsrat zu den ureigenen und praktisch bedeutsamen, ja laufenden Pflichten. Sie aus dem Schutzbereich der BJR auszuklammern, wäre sachwidrig und kann eine solche Auslegung dem Gesetzgeber, der eben gerade den „mutigen“, aber gutgläubig und sorgfältig handelnden Stiftungsrat entlasten wollte, nicht unterstellt werden.

*Torggler*<sup>50)</sup> ist zuzustimmen, dass auch Untätigkeit, zumindest wenn sie nicht unvertretbar ist, unter die BJR fällt; so sollen sich auch Organe auf die Haftungsbefreiung berufen dürfen, wenn sie gar nicht erst entschieden haben, denn aufgrund knapper Zeitressourcen ist es einem Entscheidungsträger unzumutbar, sich allen Fragen zu widmen und sie tagesordnungs- bzw geschäftsmäßig abzuwickeln.

### 2. Interessenkollision („[...] nicht von sachfremden Interessen leiten ließ [...]“)

Im Unterschied zur deutschen Regelung hat der liechtensteinische Gesetzgeber die Ahndung von Interessen-

43) Zustimmend *Melzer*, Österreichisches Privatstiftungsrecht und neues liechtensteinisches Stiftungsrecht (2010) 134.

44) Vgl *Hosp*, Neue Haftungsregeln für Stiftungsvorstände liechtensteinischer Stiftungen, ZfS 2008, 91 (92); auch nach US-amerikanischem Recht ist die BJR unanwendbar, wenn die Entscheidung mit (i) Betrug und Täuschung (Fraud), (ii) Widerrechtlichkeit (Illegality), (iii) mangelnder Zweckkonformität (Ultra Vires) oder (iv) Vergeudung von Gesellschaftsvermögen (Waste) zusammenhängt; vgl dazu näher *Grass*, Business Judgment Rule 43 ff.

45) Art 552 § 37 Abs 2 PGR.

46) Österreichisches Privatstiftungsrecht und neues liechtensteinisches Stiftungsrecht (2010) 132 ff.

47) So wohl auch *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 157, der auf Entscheidungen „im Zusammenhang mit der Geschäftsführung der Stiftung“ abstellt.

48) Vgl zum österr Recht jüngst *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011) 190 ff; *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 136 ff.

49) Vgl nur FL OGH 5. 6. 2003, 4 CG. 2001.492 LES 2004, 67 (75); 6. 3. 2008, 1 CG.2006.71 LES 2008, 266; 7. 1. 2009, 1 CG.2006.303 LES 2009, 205; *Delle Karth*, Die aktuelle Rechtsprechung des OGH im Stiftungsrecht, LJZ 2008, 51 (57).

50) *Torggler*, LJZ 2009, 56 (57).

kollisionen ausdrücklich in Art 182 Abs 2 PGR aufgenommen. Hier werden nicht nur Eigeninteressen des Stiftungsrats angesprochen, sondern sachfremde Sonderinteressen im weitesten Sinn. Ein Stiftungsrat, der zwar nicht sich selbst, aber Dritte, die nicht Begünstigte sind, mit der Unternehmensentscheidung begünstigen will, ist befangen und lässt sich von sachfremden Interessen leiten.<sup>51)</sup> Dies könnte bspw bei sogenannten Retrozessionen oder „Kick-Backs“<sup>52)</sup>, ohne dass eine sachlich gerechtfertigte oder verhältnismäßige Gegenleistung erbracht worden wäre oder zugrunde läge, der Fall sein.

Der Grundgedanke hinter dem Verbot der Interessenkollision ist die Achtung der Entscheidungsfreiheit, die in keinem Fall durch nicht fallbezogene Umstände in irgendeiner Weise eingeschränkt oder gefährdet werden darf. Als wohl bestes Beispiel sei hier auf die bereits referierte OGH-Entscheidung aus dem Jahr 2004 verwiesen, in welcher der Stiftungsrat durch Mandatsverträge zur Befolgung divergierender Weisungen im Streit liegender Begünstigter verpflichtet war und sich damit quasi willenlos der Willkür der Begünstigten ausgeliefert und ihren Weisungen unterworfen hatte.<sup>53)</sup>

Mit *Jakob*<sup>54)</sup> ist aber nicht allzu leichtfertig von einem Interessenkonflikt iS der BJR auszugehen. Ein Stiftungsrat darf sehr wohl auch Eigen- oder Fremdinteressen verfolgen, solange und soweit diese im Rahmen der Entscheidungsfindung sachgerechte Abwägungskriterien darstellen. Auch sind die Eigeninteressen des Organs mit einem geldwerten Vorteil gleichzusetzen.<sup>55)</sup> Die BJR wird also nicht allein deshalb unanwendbar, weil ein Stiftungsrat sachfremde Interessen verfolgt, die aber keinen Geldwert verkörpern.

In diesem Zusammenhang ist auch von Interesse, ob ein konkreter Interessenkonflikt nachgewiesen werden muss oder aber bereits der Anschein eines solchen Interessenwiderstreits genügt. Es ist auf eine Entscheidung des OGH einzugehen, die sich jüngst mit der Bestellung eines Kurators für eine Stiftung zu befassen hatte, die aufgrund unüberbrückbarer Differenzen eines zweigliedrigen und kollektiv zeichnungsberechtigten Stiftungsrats praktisch handlungsunfähig geworden war.<sup>56)</sup> Der OGH hat darin festgehalten, dass die organschaftliche Treuepflicht vom Stiftungsrat verlange, ausschließlich im Interesse der Stiftung und der Erfüllung des Stiftungszwecks zu handeln und seine eigenen Interessen zurückzustellen. Daher seien Interessenkonflikte und selbst der Anschein einer derartigen Situation zu vermeiden. Zwar ist zu beachten, dass diese Entscheidung des OGH mit keinem Wort die BJR zitiert und einen inzwischen im Außerstreitverfahren nahezu typischen Fall eines Abberufungsantrags eines Mitstiftungsrats oder Begünstigten betrifft, der darauf abzielt, einen in Ungnade gefallenen Stiftungsrat wegen schwerer und unheilbarer Pflichtverstöße oder Interessenkonflikte durch ein Stiftungsaufsichtsverfahren abberufen zu lassen. Die Zielsetzungen sind jedoch gleich, namentlich die Stiftung und ihr Vermögen vor einer zweckwidrigen Verwaltung bzw Verwendung durch ihre Organe zu bewahren.

Auch in der Entscheidung des FL OGH in LES 2009, 202 war es scheinbar um eine Interessenkollision des Stiftungsrats gegangen.<sup>57)</sup> Der OGH stellte apodiktisch

fest, dass sich ein näheres Eingehen auf die BJR erübrigte, da für Treuhänder und (offenbar noch mehr) für Rechtsanwälte die Standesregeln bereits „das potentielle (theoretische) Risiko eines Interessenkonflikts“ verböten.

In einer jüngeren Entscheidung des OGH<sup>58)</sup>, der wiederum ein Abberufungsverfahren zugrunde lag, nahm der OGH auf die BJR Bezug und rückte in Bezug auf den fraglichen Sachverhalt (der Stiftungsrat war gleichzeitig zu 90% an der Gesellschaft beteiligt, in welche ein Teil des Stiftungsvermögens investiert worden ist) von seiner oben geschilderten strengen Sichtweise zur Interessenkollision ab. Er hielt fest, dass die Beteiligung der Stiftung an jener Gesellschaft, an der auch der Stiftungsrat selbst mehrheitlich beteiligt und Verwaltungsratspräsident ist, nicht per se für eine Interessenkollision spräche, ohne dass weitere konkrete Anhaltspunkte für eine nachteilige Handlung zulasten der Stiftung hinzukämen.

Das Höchstgericht beurteilt die Frage eines Interessenkonflikts daher stets fall- und anlassbezogen. Zwar wird hier ein strenger Maßstab angelegt, aber ein rein potenzieller oder scheinbarer Interessenkonflikt scheint zumindest nicht in Fällen der haftungsbefreienden Wirkung der BJR zu genügen; anders mag dies bei der Prüfung von Interessenkonflikten als Grund für die Abberufung von Stiftungsräten sein. Dass Anscheinskonflikte nicht ausreichen, stimmt auch mit dem Gesetzeswortlaut überein, denn dort ist von einer tatsächlichen Konfliktsituation und nicht von theoretischen Bedenken die Rede („[...] nicht von sachfremden Interessen leiten liess [...]“).

### 3. Treu und Glauben („[...] und vernünftigerweise annehmen durfte [...]“)

Weil der Begriff „vernünftigerweise“ unbestimmt und unserer Rechtssprache grundsätzlich fremd ist, herrschen in diesem Kontext wohl die größten Auslegungsschwierigkeiten. Auch die deutsche Lehre zum fast gleich lautenden § 93 dAktG war zunächst ratlos und bemüht, „vernünftigerweise“ mit anderen, verwandten Rechtsbegriffen, bspw „ohne Fahrlässigkeit“, zu übersetzen.<sup>59)</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat hier klargestellt, dass der neu eingeführte Sorgfaltsmaßstab („vernünftigerweise“) jedenfalls nicht mit „ohne grobe Fahrlässigkeit“ zu übersetzen sei. Fraglich erscheint daher allenfalls noch, ob *jede* Fahrlässigkeit das Merkmal „vernünftigerweise“ ausscheiden lässt oder ob ein Stiftungsrat zumindest bei *leichter* Fahrlässigkeit noch vernünftigerweise annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft

51) Vgl zur Interessenkollision in der liechtensteinischen Rsp zur Organhaftung auch *Öhri*, Die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer AG, Anstalt oder Stiftung betrauten Organe, LJZ 2007, 100 (104f).

52) Vgl dazu FL OGH 7. 9. 2006, 1 KG.2005.13 LES 2007, 265.

53) LES 2005, 174; vgl oben Punkt 3.

54) Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 157.

55) So auch *Torggler*, LJZ 2009, 56 (61).

56) OGH 2. 4. 2009, 10 HG.2008.18; LES 2009, 253.

57) OGH 7. 1. 2009, 1 CG.2006.303.

58) OGH 5. 2. 2010, 10 HG.2008.28 LJZ 2010, 19, s eingehend Punkt C.4 oben.

59) *Schäfer*, Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP (2005) 1253, 1258.

zu handeln. Der Übersetzungsversuch im Zusammenhang mit unserem allgemein gebräuchlichen Fahrlässigkeitsbegriff ist auch deshalb zum Scheitern verurteilt, weil der Gesetzgeber ganz offenbar bewusst die Verwendung von Verschuldensbegriffen und Sorgfaltsmaßstäben wie etwa grober oder leichter Fahrlässigkeit vermieden hat. Das hat einen guten Grund: Wer ist der BJR „unvernünftig“ Unternehmensentscheidungen trifft, fällt aus der haftungsfreien Zone heraus; das bedeutet aber umgekehrt noch lange nicht, dass der Stiftungsrat auch tatsächlich haftet. Vielmehr muss er sorgfaltswidrig, also rechtswidrig vorgegangen sein. Erst dann – und nicht schon im Zuge des BJR-Tests – ist zu prüfen, ob der Stiftungsrat leicht oder grob fahrlässig, somit schuldhaft einen Schaden verursacht hat.

Laut deutscher Gesetzesbegründung kann nicht von Vernunft bei der Entscheidungsfindung ausgegangen werden, wenn „*der Vorstand das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unvertretbarer Weise falsch beurteilt.*“ Auch diese Erklärung ist wenig erhellend. Der Begriff „vertretbar“ ist uns zwar aus dem Amtshaftungsrecht bekannt, aber im hier interessierenden Zusammenhang ebenso wenig ergiebig.

Interessant bleibt in diesem Kontext, dass sowohl der deutsche Bundesgerichtshof im Jahr 1997<sup>60)</sup> als auch der OGH im Jahr 2006<sup>61)</sup> das Verantwortungsbewusstsein des Entscheidungsträgers als „Zünglein an der Waage“ festmachen. Aber auch damit ist nicht gesagt, ob ein inhaltlicher Ansatz gewählt wurde, der in erster Linie darauf abstellt, ob die Entscheidung sachlich von Verantwortungsbewusstsein getragen wurde oder aber ein formaler, prozeduraler Ansatz genügt, der nach dem „Wie“ fragt, und nicht nach dem „Was“.

Lohnender ist es daher, den Rechtsbegriff aus jenen Materialien zu ergründen, von wo er herkommt. Im US-amerikanischen Recht wird das „reasonable judgment“ mit dem Handeln in gutem Glauben (*good faith*) gleichgesetzt: Die directors haben die Geschäfte im aufrechten Glauben zu führen, dass die von ihnen vorgenommenen Handlungen im besten Interesse der Gesellschaft seien. Das Kriterium ist in der Praxis vor allem dann von Bedeutung, wenn sich der den directors vorgeworfene Fehler nicht einem der übrigen BJR-Kriterien zuordnen lässt. Bösgläubigkeit ist etwa dann anzunehmen, wenn es überhaupt keinen vernünftigen Grund für die vom board getroffene Entscheidung zu geben scheint. In der Standardliteratur wird dies so umschrieben: „*Bad faith may be inferred where the decision is so beyond the grounds of reasonable judgment that it seems essentially inexplicable on any [other] ground.*“<sup>62)</sup>

„Vernünftigerweise“ kann und soll daher ohne Weiteres mit dem wichtigen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, der im liechtensteinschen Recht in Art 2 PGR zentral und fest verankert wurde, gleichgesetzt werden.<sup>63)</sup> Das Prüfungskriterium der Gutgläubigkeit nimmt auch Grass<sup>64)</sup> in den von ihm für das schweizerische Gesellschaftsrecht entwickelten BJR-Test auf, wobei er unterscheidet: Zunächst sei zu prüfen, ob das Organ keine offensichtlich unvernünftige Entscheidung getroffen hat. Verwaltungsräte müssten im Verantwortlichkeitsprozess in der Lage sein, die *ratio* ihrer Entscheidungen zu erklären, wenn diese aus der Sicht des Kl offensichtlich unvernünftig erscheinen. Damit

sind besonders krasse Fälle von Fehlentscheidungen angesprochen, dh keine unrichtigen Entscheidungen, sondern solche, denen es an jeder vernünftigen Erklärung mangelt und das Verhalten des Organs als dumm bezeichnet werden kann.<sup>65)</sup> Forstmoser<sup>66)</sup> hält ein Verhalten eines Verwaltungsrats etwa dann für offensichtlich unvernünftig, wenn dieser Geschäfte tätigt, die zwar Risiken, aber von vornherein gar keine Chancen mit sich bringen. Dann prüft Grass<sup>67)</sup> noch zusätzlich, ob kein anderer Hinweis auf Bösgläubigkeit des Entscheidungsträgers erkennbar war, was nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sei.

Dass der Stiftungsrat nach dem Gesetzeswortlaut „vernünftigerweise annehmen durfte“, die Entscheidung sei richtig, hat zwingend zur Folge, dass der Richter nicht *ex post*, sondern *ex ante*, also aus dem Blickwinkel des Stiftungsrats vor der Entscheidungsfindung, dieselbe nachprüfen muss.

#### 4. Entscheidungsprozess („[...] auf der Grundlage angemessener Information [...]“)

Wie sorgfältig muss der Stiftungsrat seine Beschlussfassung planen? Klar ist zunächst, dass eine Entscheidung, die auf gar keiner Information beruht, den BJR-Test nicht besteht. Das Gleiche gilt für den Stiftungsrat, der materiell am Entscheidungsprozess gar nicht teilnimmt, obwohl er zuständig war, sei es, dass er an der Sitzung nicht teilnahm, sei es, dass er sich in einer Angelegenheit passiv und interesselos verhalten hat. Der Stiftungsrat hat sich somit vorgängig über die Grundlagen seiner Entscheidung zu informieren und sie bestenfalls zu dokumentieren, Erkundigungen einzuholen, allenfalls Fachberater (Sachverständige, Rechtsanwälte etc) beizuziehen und nach Abwägung aller Sach- und Rechtsfragen und eingehender Erörterung derselben zu einer Entscheidung zu gelangen.

Wann ist eine Informationsbeschaffung angemessen? Die erforderliche Intensität der Informationsbeschaffung ist anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der Entscheidung und unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhältnismaßstäbe vom Stiftungsrat, gegebenenfalls ressortabhängig, zu entscheiden. Die Tatsache, dass unternehmerische Entscheidungen häufig auf Instinkt, Erfahrung, Gespür für künftige Entwicklungen oder schlicht auf dem „gesunden Menschenverstand“ beruhen, ist bei der Beurteilung der Angemessenheit der Informationsgrundlage ebenso zu berücksichtigen wie ein regelmäßig hoher Zeitdruck beim Fällen von Entscheidungen. →

60) Vgl oben Punkt B.3.

61) Vgl oben C.2.

62) Grass, Business Judgment Rule 64 ff.

63) Zustimmung Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 158 f, und Melzer, aaO 135 ff; in diese Richtung wohl auch OGH in LES 2008, 87, wo davon die Rede ist, dass die handelnden Treuhänder „in gutem Glauben“ eine Entscheidung getroffen hatten; nach Heiss in Schauer, Kurzkomentar zum Stiftungsrecht (2009) Rz 7 zu Art 182, soll dies keinen „weiterführenden Erkenntnisgewinn“ bringen.

64) Grass, Business Judgment Rule 65 f, 129 f, 147.

65) Grass, Business Judgment Rule 129.

66) Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit<sup>2</sup> (1987) N 813.

67) Grass, Business Judgment Rule 130.



Abbildung

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OGH<sup>68</sup>), wonach folgende Verfahrensvorschriften für Sitzungen eines aus mehreren Personen bestehenden Stiftungsrats gelten: Der Gegenstand der Beschlussfassung ist grundsätzlich anzukündigen (Tagesordnung). Beschlüsse des Stiftungsrats über Gegenstände, die in der Traktandenliste nicht angeführt sind, können nicht rechtswirksam gefasst wer-

den. Die Einberufung einer Sitzung ohne Angabe der Tagesordnung verhindert deshalb grundsätzlich auch bei einem mehrgliedrigen Stiftungsgorgan das Zustandekommen eines Beschlusses. Und Beschlüsse, die zustande kommen, ohne dass sämtliche Stiftungsräte an-

68) OGH 6. 12. 2001, 1 CG.378/99–50 LES 2002, 41; vgl dazu auch OGH 7. 2. 2007, 3 CG.2004.342 LES 2008, 29 (30).



wesend oder zu denen einzelne gar nie geladen worden sind, sind nichtig.<sup>69)</sup>

Auch in einer jüngeren Entscheidung zur BJR stellte sich die Frage nach dem richtigen Entscheidungsprozedere. Die Beschaffung der erforderlichen Informationsbasis durch die Treuhänder des von Begünstigten ins Recht gefassten Trusts sei allein schon damit indiziert, dass diese ihre Bemühungen zur Auffindung eines Verfahrens zur Bestellung der Direktoren von Mutter- und Tochtergesellschaften des Trusts mit den Begünstigten-Gruppen unternommen hätten.<sup>70)</sup>

Im Ergebnis führt die BJR dazu, dass bei der Rechtmäßigkeitskontrolle von Entscheidungen des Stiftungsrats der prozedurale Aspekt ihres Zustandekommens in den Vordergrund rückt: Wer so vorgeht, wie es die BJR verlangt, soll sich auf die haftungsrechtliche Immunität verlassen können.<sup>71)</sup>

## 5. Unternehmenswohl („[...] zum Wohle der Verbandsperson zu handeln“)

Das Wohl der Stiftung orientiert sich an ihrem Zweck. Der Stiftungszweck kann gemein- oder privatnützig sein<sup>72)</sup> und bezeichnet das fundamentale Element der Stiftung und zugleich die Rechtfertigung ihrer Existenz.<sup>73)</sup> Leitgedanke ist stets der (mutmaßliche)<sup>74)</sup> Stifterwille, für dessen Erfüllung der Stiftungsrat unter Beachtung der Bestimmungen in den Stiftungsdokumenten verantwortlich zeichnet.<sup>75)</sup> Dabei kommt der Vermögensverwaltung besondere Bedeutung zu. Der Stiftungsrat hat das Vermögen der Stiftung entsprechend dem Stiftungszweck nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung zu verwalten.<sup>76)</sup>

Wer Stiftungsvermögen in strukturierte Finanzprodukte mit erhöhtem Verlustrisiko anlegt, obwohl dies gemäß Statuten oder zB ergänzend erlassenen Investmentreglementen<sup>77)</sup> ausdrücklich verboten ist, kann sich von vornherein nicht auf die BJR berufen, denn die Entscheidung war satzungswidrig. Legen die Stiftungsdokumente indes den Stiftungsrat nicht auf eine konkrete Vermögensverwaltung fest und legt dieser das gesamte Stiftungsvermögen in hochriskante Finanzprodukte an, ohne Alternativen geprüft, Expertisen von Finanzexperten eingezogen zu haben oder andere gute Gründe anführen und Dokumente vorlegen zu können, die diese Anlage nahelegen, hat der Richter nach der BJR zu prüfen, ob der Stiftungsrat ex ante Chancen und Risiken in einem nachvollziehbaren Entscheidungsprozess wohl abgewogen hat und um das Stiftungswohl besorgt war.

## E. Prozessuales

Die Haftung der Organe nach der in Art 182 Abs 2 PGR statuierten BJR untersteht gem Art 226 PGR der Haftung aus Vertrag, was eine Beweislastumkehr gem § 1298 ABGB bedeutet. Diese Beweislastumkehr betrifft jedoch nur das Verschulden, dh, das in Anspruch genommene Organ hat zu beweisen, dass es kein Verschulden trifft.<sup>78)</sup> Nicht von der Beweislastumkehr erfasst ist jedoch nach hM in Liechtenstein<sup>79)</sup> die Rechtswidrigkeit, dh, es obliegt nicht dem in Anspruch genommenen Stiftungsrat, Tatsachen zu behaupten und

zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass er die ihm obliegenden Pflichten objektiv erfüllt hat. Bericht und Antrag geben keinen Aufschluss darüber, wer die Haftungsfreiheit der BJR beweisen muss.

Allerdings wurde im Schrifttum zuletzt diskutiert, ob sich die Beweislastumkehr in jenen Fällen auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen kann, wo den Schädiger eine Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Geschädigten trifft. Denn in diesen Fällen indiziere nach einem Teil der Lehre der Schadenseintritt die Pflichtwidrigkeit des ursächlichen Verhaltens (vgl Art 182 Abs 1 Satz 2 PGR).<sup>80)</sup> Das führt aber unweigerlich dazu, dass die vom Verwaltungsmitglied geschuldete nachvollziehbare Begründung seines Verhaltens einer Erfolgsverbindlichkeit zumindest nahekommt. Tatsächlich würde durch die Bejahung eine Beweislastumkehr sowohl auf Ebene des Verschuldens als auch auf Ebene der Rechtswidrigkeit das Risiko des Erfolgs auf die Leitungsorgane übergewälzt.<sup>81)</sup> In vielen Fällen wird es nämlich nicht mehr einfach sein, nach Jahren noch die Vertretbarkeit ihrer Entscheidung darzutun.<sup>82)</sup>

Richtiger ist vielmehr, dass der Kl die Tatsachen vorzubringen und zu beweisen hat, aus denen sich ergibt, dass der Stiftungsrat seinen Ermessenspielraum überschritten hat.<sup>83)</sup> Dieser Ansatz entspricht den allgemeinen Beweisregeln im liechtensteinischen Recht, demzufolge derjenige, der Sachverhaltsfeststellungen wünscht und dafür Vorbringen erstattet, dafür auch den Beweis zu erbringen hat.<sup>84)</sup> Es liegt daher am Kl, idR einem Kollisionskurator der Stiftung<sup>85)</sup>, dem bekl Stiftungsrat nachzuweisen, dass er sich nicht auf die Haftungsfreiheit der BJR berufen dürfe. Der Kl hat demnach zu beweisen, dass der Stiftungsrat mit seiner Entscheidung bspw gegen Gesetz oder Stiftungszweck verstoßen hat, befangen<sup>86)</sup> oder schlecht informiert war oder bei seiner Entscheidung nicht vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dass seine Entscheidung dem Stiftungszweck entsprach und zum Wohle der Stiftung erfolgte.<sup>87)</sup> Gerade bei der letzten Voraussetzung,

69) LES 2008, 29 (30).

70) Vgl LES 2008, 29 (37).

71) Vgl *Schauer* in *Schauer* (Hrsg), Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (2009) Rz 2 zu Art 182 Abs 2.

72) Art 552 § 2 PGR.

73) BuA 100.

74) Art 552 § 31 Abs 2 und 33 Abs 2 PGR.

75) Art 552 § 24 Abs 1 PGR.

76) Art 552 § 25 Abs 1 PGR.

77) Vgl § 18 PGR.

78) Vgl *Öhri*, LJZ 2007, 100 (109) mwN.

79) Vgl *Öhri*, LJZ 2007, 100 (109); *Torggler*, LJZ 2009, 56 (60).

80) *Torggler*, LJZ 2009, 56 (60).

81) *Torggler*, LJZ 2009, 56 (60).

82) Vgl *Reich-Rohrwig*, Glosse zu OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97 i ecolex 1998, 774.

83) In diese Richtung offenbar auch *Reich-Rohrwig*, Glosse zu OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97 i ecolex 1998, 774.

84) So auch *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 160; *Gasser*, Neue Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Stiftungsrates, in *Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz* (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 171.

85) Vgl §§ 277 f ABGB.

86) So auch *Torggler*, LJZ 2009, 56 (61), der dem Kl die Beweislast auferlegt, der bekl Organwähler hätte ein Eigeninteresse an der Stiftung gehabt; folgt man ihm aber in Bezug auf die anderen Tatbestände, so kommt es zu einem unsicheren „Hürdenlauf“ zwischen Kl und Beklagten, wer wofür beweispflichtig ist.

87) So auch für das österreichische Recht *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93 ff; *aM*, jedoch im Hinblick auf § 93 dAktG, *Lutter*, GesRZ 2007,

der Bösgläubigkeit, stellt das Gesetz eine klare Rechtsvermutung zugunsten des Stiftungsrats auf, der sich auf seine Gutgläubigkeit beruft.<sup>88)</sup> Auch daraus ergibt sich, dass nicht das bekl. Organ die Haftungsfreiheit nach BJR behaupten und beweisen muss, sondern der Kl.

Der Stiftungsrat ist gut beraten, sich nicht allzu sehr auf die Beweislastverteilung zu verlassen. Dies aus mehreren Gründen: Gerade in jenen Fällen, wo das Gericht zu Ansicht kommt, dass der bekl. Stiftungsrat den besseren Zugang zu den maßgebenden Tatsachen habe, könnte dies zur einer Ausdehnung der Beweislast auf die maßgeblichen Tatsachen für den Stiftungsrat führen. Des Weiteren darf auch nicht ausgeblendet werden, dass die praktische Abgrenzung des Verschuldens von der Pflichtwidrigkeit relativ schwer ist.<sup>89)</sup> Insofern ist die Beschränkung der Beweislast nur auf das Verschulden nahezu ohne praktische Bedeutung. Zudem könnte dem Kl nur zu leicht der Anscheinsbeweis gelingen, eine der Voraussetzungen der BJR-Haftungsfreiheit sei nicht erfüllt, bspw. dass der Stiftungsrat keine Grundlage angemessener Informationen geschaffen hätte. Es liegt dann am Stiftungsrat, sich frei zu beweisen, er hätte seiner Entscheidung ausreichende und plausible Informationen zugrunde gelegt. Die Vorlage von Sitzungsprotokollen, Aktennotizen, Geschäftsberichten, Korrespondenz, Gutachten, Buchhaltungs- und Bankdokumenten etc, die seine Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung dokumentieren, kann nicht nur hilfreich, sondern in manchen Fällen sogar prozessentscheidend sein. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich daher, die Entscheidungsfindung so gut als möglich aktenmäßig zu dokumentieren und aufzubewahren.

## F. Zusammenfassung

Die BJR schafft eine haftungsfreie Zone, in der sich der Stiftungsrat, jeder Sorge der persönlichen Haftung entledigt, frei bewegen und entfalten sowie seinen Rechten und Pflichten ungestört nachgehen kann. Diese Zone wird auch als „sicherer Hafen“ (*safe harbor*) bezeichnet. Bewegt er sich darin, muss er sich nicht vor Fehlent-

scheidungen und daraus resultierenden Verlusten des ihm zur Verwaltung anvertrauten Stiftungsvermögens fürchten. Ein Richter wird nur prüfen, ob seine Annahmen vor der Entscheidung wohl vorbereitet, plausibel begründet und iS des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben vertretbar, verantwortungsbewusst und vernünftig waren – und zum Wohle der Stiftung.

Ein Stiftungsrat ist gut beraten, seine Entscheidungen minutiös nach der BJR zu fällen. Kommt er zum Schluss, dass er sich nicht im „sicheren Hafen“ befindet, sei es aufgrund sachfremder Interessen oder weil ihm keine ausreichende Informationsgrundlage als Unterbau für seine Entscheidung dienen kann, bleibt ihm immer noch der Ausstand oder die Bestellung eines Kollisionskurators.<sup>90)</sup>

Auch wenn die Bestimmung aus einem fremden Rechtskreis stammt und daher allein schon im Hinblick auf die Verwendung nicht geläufiger *verba legalia* Auslegungsschwierigkeiten vorprogrammiert sind, ist die Abgrenzung und Schaffung eines solchen Hafens, „in dem sich behaglich herumschippeln lässt, ohne allenthalben der hässlichen Haftungsfratze zu begegnen“,<sup>91)</sup> aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Abschreckung fraudulöser Verantwortlichkeitsprozesse grundsätzlich zu begrüßen.

Für das liechtensteinische Recht ergibt sich das in der Abbildung 1 auf Seite 72 dargestellte BJR-Prüfungsschema<sup>92)</sup> in Form einer tabellarischen Übersicht.<sup>93)</sup>

79 ff; Gasser, Neue Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Stiftungsrates, in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hrsg.), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 171; aM offenbar Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 160.

88) Art 3 PGR; vgl dazu auch Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht (2005) 244 f.

89) Vgl Öhri, LJZ 2007, 100 (109).

90) Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung (2009) 158.

91) Schäfer, ZIP 2005, 1253, zur Einführung des § 93 Abs 1 S 2 dAktG im Jahr 2005.

92) Das Schema ist an die Grafik von Grass, Business Judgment Rule 147, angelehnt.

93) Die strichlierten Kästchen enthalten Voraussetzungen des allgemeinen Schadenersatzrechts, gehören aber nicht zum eigentlichen BJR-Test; vgl zu diesen Voraussetzungen allgemein Öhri, LJZ 2007, 100.

### → In Kürze

Die Idee, Manager zu exkulpieren, wenn sie sich an gewisse Verhaltensmuster halten, ist grundsätzlich zu begrüßen, auch wenn die BJR in der Praxis mit Beweisproblemen verbunden sein dürfte und, wollte man die Regel allzu schnell überspannen, zu unverhältnismäßigem und erheblichem Dokumentationsaufwand führen würde. Im Ergebnis führt die Kodifizierung der BJR dazu, dass bei der Rechtmäßigkeitskontrolle von Entscheidungen des Stiftungsrats der prozedurale Aspekt ihres Zustandekommens in den Vordergrund rückt: Wer so vorgeht, wie es die BJR verlangt, soll sich auf die haftungsrechtliche Immunität verlassen können. Ein Stiftungsrat ist gut beraten, seine Entscheidungen minutiös nach der BJR zu fällen. Kommt er zum Schluss, dass er sich nicht im „sicheren Hafen“ befindet, sei es aufgrund sachfremder Interessen oder weil ihm keine ausreichende Informationsgrundlage als Unterbau für seine Entscheidung dienen kann, bleibt ihm immer noch der Ausstand oder die Bestellung eines Kollisionskurators.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Johannes Gasser, LL. M., ist Rechtsanwalt im Advokaturbüro Dr. Dr. Batliner & Dr. Gasser. Kontakt: Marktgasse 21, FL 9490-Vaduz. Tel: +423-236 04 80, Fax: +423-236 04 81 E-Mail: gasser@batlinergasser.com Internet: www.batlinergasser.com

#### Vom selben Autor erschienen:

Neue Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Stiftungsrats, in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hrsg.), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 155 ff.

