

Nr. 2 August 2011

Die Business Judgment Rule in Liechtenstein mit besonderer Bezugnahme auf die Stiftung

Einführung

Die Stiftungsrechtsreform aus dem Jahr 2009 in Liechtenstein 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 («BJR») kodifiziert. Da sich diese Neuregelung im Allgemeinen Teil PGR befindet, gilt sie nicht nur für Stiftungsräte von liechtensteinischen Stiftungen, sondern ganz allgemein für Verwaltungsorgane aller Verbandspersonen, z.B. für Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften und Anstalten. Der FL OGH hat aber vor und nach 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.

Anwendungsbereich der Business Judgment Rule

Der Gesetzgeber hat sich mit der Kodifizierung in Art. 182 Abs. 2 Satz 2 PGR bewusst zur BJR bekannt. Die neue liechtensteinische Bestimmung orientiert sich an der amerikanischen Vorlage zur BJR als auch an jener des deutschen Aktienrechts. Ein Mitglied der Verwaltung handelt in Einklang mit den Grundsätzen einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung, 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 (vgl. Art. 182 Abs. 2 Satz 2 PGR).

1. Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung («business judgment»)

Die BJR findet nur Anwendung bei rechtlich gebundenen Geschäftsentscheidungen. Der Stiftungsrat muss im konkreten Fall über einen Ermessensspielraum verfügen. Kein «business judgment» liegt vor, wenn eine Entscheidung kraft Gesetz, Statut, Beistatut oder Reglement getroffen werden muss oder nicht

getroffen werden darf. So ist beispielsweise 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 voreilige Vermögensausschüttung würde gegen die neu im Gesetz verankerte Pflicht des Stiftungsrates zur Kapitalerhaltung verstossen (vgl. Art. 552 § 37 Abs. 2 PGR). In keinem sicheren Hafen befindet sich auch, wer Stiftungsvermögen zweckwidrig, d.h. 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.

Weiters gibt es für illegales Verhalten keinen «sicheren Hafen» im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung. Auch Untätigkeit, zumindest wenn sie nicht unvertretbar ist, kann unter die BJR fallen; 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.

Der Begriff «unternehmerisch» ist weit auszulegen und umfasst jegliche Entscheidung des Stiftungs- oder Verwaltungsrates, die sich auf die Mittelverwaltung oder -verwendung [sic!] bezieht oder diese tangiert. Zweifelsohne davon erfasst sind Entscheidungen über die Vermögensveranlagung. Auch die Bestimmung von Begünstigten oder die Art und Höhe ihres Genusses durch den Stiftungsrat in Ausübung seines statutarischen Ermessens ist als unternehmerische Entscheidung i.S.d. BJR zu werten. Dafür spricht, dass es zu den ureigenen und undelegierbaren Pflichten und Aufgaben des Stiftungsrates gehört, kontinuierlich und im Einklang mit dem dafür allein massgebenden Stifterwillen Begünstigte zu bestimmen. Diesen Bereich aus dem Schutzbereich der BJB auszuklammern, wäre sachwidrig.

2. Keine Interessenkollision

Der Stiftungsrat darf sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lassen,

d.h. er muss frei von etwaigen Interessenkollisionen sein. Hier werden nicht nur Eigeninteressen des Stiftungsrates angesprochen, sondern sachfremde Sonderinteressen im weitesten Sinn. Von einer Interessenkollision ist regelmässig dann auszugehen, wenn Verträge zwischen der Stiftung und dem Stiftungsrat oder ihm nahestehenden Personen abgeschlossen werden. Ferner ist ein Stiftungsrat, der zwar nicht sich selbst, aber Dritte, die nicht Begünstigte sind, mit der Unternehmensentscheidung begünstigen will, befangen und lässt sich von sachfremden Interessen leiten. Dies kann beispielsweise bei sogenannten Retrozessionen oder «kick-backs», ohne dass eine sachlich gerechtfertigte und verhältnismässige Leistung erbracht worden wäre oder zugrunde liege, der Fall sein, selbst wenn solche «Incentives» nicht vom Stiftungsrat vereinnahmt, aber einem Dritten, der dem Stiftungsrat nahe steht (z.B. Banken oder Vermögensverwaltern), versprochen oder tatsächlich gewährt werden. Ob es genügen wird, dass der betroffene Stiftungsrat vor der Entscheidung in Ausstand tritt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Der Grundgedanke hinter dieser Bestimmung ist die Achtung der Entscheidungsfreiheit, die in keinem Fall durch nicht fallbezogene Umstände in irgendeiner Weise eingeschränkt oder gefährdet werden darf.

Das Höchstgericht beurteilt die Frage eines Interessenkonflikts stets fall- und anlassbezogen. Zwar wird hier ein strenger Massstab angelegt, aber ein rein potentieller oder scheinbarer Interessenkonflikt scheint zumindest nicht in Fällen der BJR zu genügen.

3. Entscheidungsfällung nach Treu und Glauben

Ein Stiftungsrat befindet sich im «safe harbor», wenn er zudem «vernünftigerweise annehmen durfte», zum Wohle des Unternehmens zu handeln. Der Begriff «vernünftigerweise» ist unbestimmt und dem liechtensteinischen Recht völlig fremd. Laut deutscher Gesetzesbegründung kann dann nicht von Vernunft bei der Entscheidungsfindung ausgegangen werden, wenn «der Vorstand das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unvertretbarer Weise falsch beurteilt.» Diese Erklärung ist wenig erhellend.

Lohnender ist es, zur Auslegung auf die Gesetzesmaterialien des US-amerikanischen Rechts zurückzugreifen. Danach 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.»

Der Begriff «vernünftigerweise» kann und soll daher ohne weiteres mit dem wichtigen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, der im liechtensteinischen Recht in Art. 2 PGR zentral und fest verankert ist, gleichgesetzt werden. Nach Art. 2 PGR hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Schutz.

4. Entscheidungsfällung auf 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 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.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OGH (OGH 06.12.2001, 1 CG.378/99-50, LES 2002, 41), wonach folgende Verfahrensvorschriften für Sitzungen eines aus mehreren Personen bestehenden Stiftungsrates gelten: Der Gegenstand der Beschlussfassung ist grundsätzlich anzukündigen (Tagesordnung). Beschlüsse des Stiftungsrates über Gegenstände, die in der Traktandenliste nicht angeführt sind, können nicht rechtswirksam gefasst werden. Die Einberufung einer Sitzung ohne Angabe der Tagesordnung verhindert deshalb grundsätzlich auch bei einem mehrgliedrigen Stiftungsrat das Zustandekommen eines Beschlusses. Und Beschlüsse, die zustande kommen, ohne dass sämtliche Stiftungsräte an-

wesend oder zu denen einzelne gar nie geladen worden sind, sind nichtig.

Im Ergebnis führt die BJR dazu, dass bei der Rechtmässigkeitskontrolle von Entscheidungen des Stiftungsrates 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.

5. Handeln zum Wohle der Verbandsperson

Das Wohl der Stiftung orientiert sich an ihrem Zweck. Der Stiftungszweck kann gemein- oder privatnützig sein und bezeichnet das fundamentale Element der Stiftung und zugleich die Rechtfertigung ihrer Existenz. Leitgedanke ist stets der (mutmassliche) Stifterwille, für dessen Erfüllung der Stiftungsrat unter Beachtung der Bestimmungen in den Stiftungsdokumenten verantwortlich zeichnet. Dabei kommt der Vermögensverwaltung besondere Bedeutung zu. Der Stiftungsrat hat das Vermögen der Stiftung entsprechend dem Stiftungszweck nach den Grundsätzen einer ordentlichen Geschäftsführung zu verwalten (Art. 552 § 25 PGR).

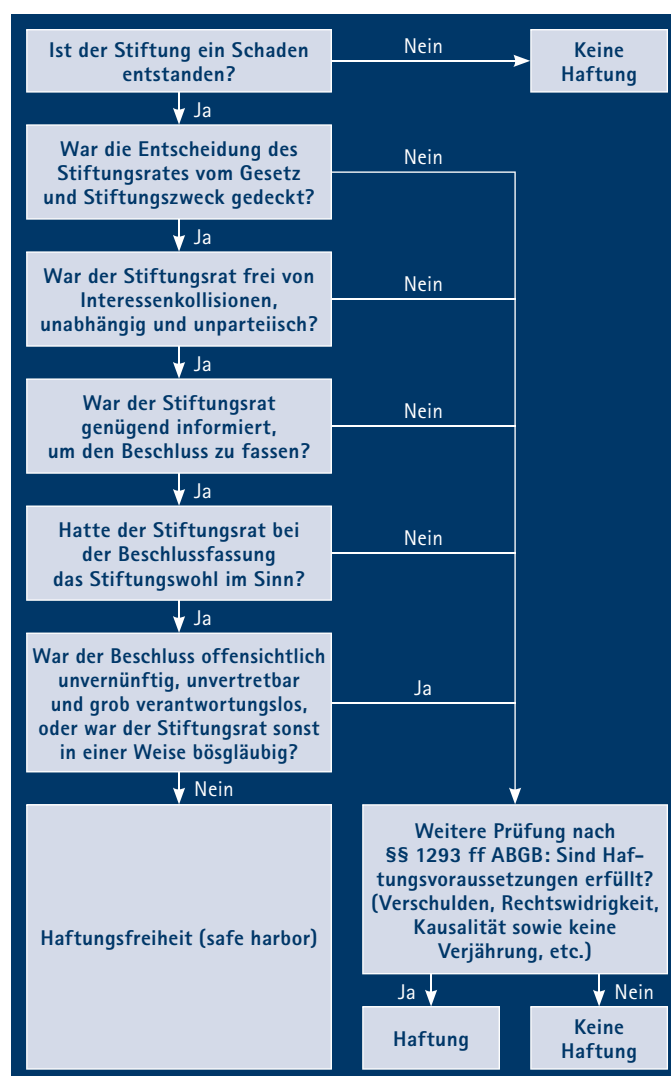
Wer Stiftungsvermögen in strukturierte Finanzprodukte mit erhöhtem Verlustrisiko anlegt, obwohl dies gemäss Statuten oder z.B. ergänzend erlassenen Investmentreglementen ausdrücklich verboten ist, kann sich von vornherein nicht auf die BJR berufen, denn die Entscheidung war satzungswidrig. Legen die 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 nahe legen, 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.

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 Fehlentscheidungen 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 im Sinne des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben vertretbar, verantwortungsbewusst, vernünftig – und zum Wohle der Stiftung – waren.

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 herumschippern lässt, ohne allenthalben der hässlichen Haftungsfratze zu begegnen», aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Abschreckung fraudulöser Verantwortlichkeitsprozesse grundsätzlich zu begrüssen.

Für das liechtensteinische Recht ergibt sich nachfolgendes BJR-Prüfungsschema in Form einer tabellarischen Übersicht:



Autoren: Dr. iur. Johannes Gasser, LL.M.
Mag. iur. Silvana Dorner

