

**90 Jahre Fürstlicher Oberster
Gerichtshof**

Festschrift für Gert Delle Karth

Sonderdruck

herausgegeben von
Hubertus Schumacher und Wigbert Zimmermann

2013

ISBN 978-3-7097-0002-0

 Jan Sramek Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	XIII
CARL BAUDENBACHER	
Das Vorabentscheidungsverfahren im EFTA-Pfeiler des EWR	1
DIETMAR BAUR	
Bestreitungsklauseln bei privatnützigen Stiftungen	23
STEFAN BECKER	
Übertragbarkeit zivilprozessualer Rechtsinstitute auf das Verwaltungsrecht, dargestellt an der einheitlichen Streitpartei nach § 14 ZPO	41
HARALD BÖSCH	
Duty to act impartially – zur Pflicht des trustee, keinen beneficiary ungebührlich zu bevorzugen oder zu benachteiligen	59
PETER BUSSJÄGER	
Was ist eine enderledigende Entscheidung?	81
PETER CSOKLICH	
Antragslegitimation, Parteistellung und Rechtsmittellegitimation im Privatstiftungsrecht – eine Zwischenbilanz der österreichischen OGH-Judikatur	93

FELIX DASSER

Schiedsgerichte und staatliche Gerichte: Nebeneinander, nacheinander, miteinander, gegeneinander – ein Durcheinander? 109

ALFONS DÜR

Die Beteiligung Österreichs an der Justizpflege des Fürstentums Liechtenstein 127

BERNHARD ECCHER

Das neue liechtensteinische Ehegattenerbrecht 155

MARTIN ULRICH FISCHER

Die liechtensteinische privatrechtliche Anstalt nach Art 534 ff PGR – Ein Wanderer zwischen den Welten 169

MARIE-THERES FRICK

Die neuere Entwicklung des liechtensteinischen Aktienrechts im Lichte der EWR-Mitgliedschaft 193

MARIO FRICK

Der Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts 217

MARION FRICK-TABARELLI

Vom gedruckten zum digitalen Landesgesetzblatt 237

ROBERT FUCIK

Begründen überschießende Feststellungen oder Verstöße gegen das Neuerungsverbot Verfahrensmängel nach der öZPO? 251

ANNA GAMPER

Autochthone versus europäischer Konstitutionalismus? 263

JOHANNES GASSER

Asset versus Creditor Protection 283

REINHOLD GEIMER

Die neue Brüssel I-Verordnung 319

MARTIN HÄUBLEIN

Vertragsschluss durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben? 333

WULF GORDIAN HAUSER

Torpedoschutz im Fürstentum 355

CHRISTIAN HAUSMANINGERDie Auslegung pathologischer Schiedsvereinbarungen in Österreich,
Deutschland und der Schweiz – ein Rechtsvergleich 375**HELMUT HEISS/ARIANE ERNST**

Das anwendbare Recht im liechtensteinischen Schiedsverfahren 391

HILMAR HOCH

Staatsgerichtshof und Oberster Gerichtshof in Liechtenstein 415

CHRISTIAN HOFMANN

Die Gesellschafterdirektklage in Liechtenstein 431

THOMAS HOSPDas Kontrollorgan als Element der Foundation Governance –
erste Praxiserfahrungen 465**REINHOLD HOTZ**Zur Anwendung des Zivilprozessrechts auf den liechtensteinischen
Sozialversicherungsprozess 481**SUSANNE KALSS**Leitung und Kontrolle eines Familienunternehmens durch
eine Privatstiftung 499

GEORG E. KODEK

Einstweilige Verfügungen nach Micallef v Malta – eine Nachlese	521
---	-----

NINA KÖCHL

Möglichkeiten zur Eindämmung des »Schriftsatzunwesens« in der liechtensteinischen Gerichtspraxis	549
---	-----

BARBARA KÖLLENSPERGER

Zum Kostenvorschuss für Sachverständigengebühren bei Beweisaufnahme ex officio	569
---	-----

CHRISTOPH LIEBSCHER

Der parteiernannte Schiedsrichter	593
---	-----

BERNHARD LORENZ

Bindungswirkung ausländischer Urteile auf Grund wirksamer Gerichtsstandsvereinbarungen?	609
--	-----

PETER G. MAYR

Grundlagen des Internationalen Zivilverfahrensrechts aus liechtensteinischer Sicht	645
---	-----

KATHARINA MÜLLER/MARTIN MELZER

Die Business Judgment Rule im liechtensteinischen Stiftungsrecht und ein Ausblick ins österreichische Stiftungsrecht	669
---	-----

MATTHIAS NEUMAYR

Mediationsvereinbarungen und ihre Auswirkungen auf die Einleitung von zivilgerichtlichen Verfahren	685
---	-----

BETTINA NUNNER-KRAUTGASSER

Verfahrenshilfe versus Prozesskostenfinanzierung für Insolvenzmassen in Österreich	701
---	-----

UWE ÖHRI

»Differenzierte Solidarität« im Verantwortlichkeitsrecht? 725

HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN

Concours et conflits de normes en cas de restructurations,
concentrations et acquisitions d'entreprises 737

JÜRGEN C. T. RASSI

Die richterliche Anleitungspflicht und das Verbot von Überraschungs-
entscheidungen in der österreichischen Rechtsprechung –
Entwicklungen seit der Zivilverfahrensnovelle 2002 767

MARTIN SCHAUER

Differenzierte Solidarität bei der Haftung von Organen –
eine kritische Analyse 781

MARTIN P. SCHENNACH

Zwischen Partizipation und Exklusion?
*Rechtliche Nutzungsregime am Gemeinschaftsgut im Alpenraum
aus rechtshistorischer Perspektive* 795

PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN

Die politische Verantwortung des Landesfürsten 829

GEORG SCHIMA

Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen
Stiftungsrecht 847

ANTON K. SCHNYDER

Zu Genesis und Fortentwicklung des liechtensteinischen
internationalen Versicherungsvertragsrechts 873

ALEXANDER SCHOPPER

Liechtensteinische und österreichische Stiftungen im
Internationalen Privatrecht 889

ROLF A. SCHÜTZE

Prozessrechtsvergleichung 913

HUBERTUS SCHUMACHER

»Abschließend erledigte Streitpunkte« im Berufungs-
und Revisionsverfahren 925

FRANCESCO A. SCHURR

Beneficiary Principle als
zentrales Element für die Wirksamkeit von Trusts 937

ANDREAS SCHWARTZE

Die Obliegenheit des Käufers zur Mängelrüge in Liechtenstein
aufgrund von § 347 ADHGB im Lichte neuerer Entwicklungen
dieses Rechtsinstituts 951

MANFRED UMLAUFT

Zwei zentrale Fragen des Anrechnungsrechts im Pflichtteilsrecht:
Kritische Überlegungen zur jüngsten Rechtsprechung des
österreichischen Obersten Gerichtshofs 969

WILHELM UNGERANK

Zur Zulassung des Nebenintervenienten 985

MARTIN WEBER

Feststellungsbegehren und § 43 ZPO – Bedeutet ein Unterliegen
mit dem Feststellungsbegehren immer auch ein Unterliegen
dem Grunde nach? 1003

IRENE WELSER

Korruptionsstrafrecht am Beispiel des Anfütterungsverbots
für Schiedsrichter: Notwendigkeit oder sinnlose Fleißaufgabe
des Gesetzgebers? 1019

ALEXANDER WITTWER

Liechtenstein und das Europäische Zivilprozessrecht 1035

GEROLD ZEILER

Zur schiedsgerichtlichen Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen	1055
--	------

JOHANNES ZOLLNER

Der Verzicht auf eine Begünstigtenstellung – Überlegungen zum österreichischen und liechtensteinischen Stiftungsrecht	1075
--	------

Über den Jubilar

Curriculum Vitae von <i>Gert Delle Karth</i>	1089
--	------

Die Business Judgment Rule im liechtensteinischen Stiftungsrecht und ein Ausblick ins österreichische Stiftungsrecht

I. Einleitung

Im österreichischen Stiftungsrecht gibt es bislang nur sehr wenige höchstgerichtlichen Entscheidungen, die sich mit Haftungsfragen rund um den Stiftungsvorstand zu befassen hatten.¹ Dies ist möglicherweise darauf zurückzuführen, dass das österreichische Privatstiftungsrecht, etwa im Vergleich zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, recht jung ist. Die Stifter leben in einer Vielzahl von Fällen noch und es besteht oft ein besonderes Vertrauensverhältnis zu den Mitgliedern des Stiftungsvorstandes. Vermutlich wird sich dies mit dem bevorstehenden Generationenwechsel in der Privatstiftung ändern. Denn gegenüber der Generation von »Zweitbegünstigten« ist dieses Vertrauensverhältnis unter Umständen nicht im selbem Ausmaß gegeben, weshalb hier ein gewisses Konfliktpotential besteht, welches auch tiefgreifende Streitigkeiten zwischen Begünstigten und Stiftungsvorstand zur Folge haben könnte. Es ist daher durchaus zu erwarten, dass sich in Zukunft und nach Ableben der Stiftergeneration die Gerichte vermehrt mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Haftung des Stiftungsvorstandes zu befassen haben.

Im liechtensteinischen Stiftungsrecht, welches ja unbestritten auch als Vorbild für das österreichische Privatstiftungsrecht diente, gibt es hingegen schon einige höchstgerichtliche Entscheidungen zu Haftungsfragen betreffend den Stiftungsvorstand.² Weiters wurde anlässlich der Totalrevision des Stiftungs-

1 OGH 24.11.2011, 60b 58711i, 15.12.2004, 60b 180/04?, 16.5.2001, 60b 86/01w; 15.10.2012, 60b 157/12z.

2 Vgl beispielsweise FL-OGH 8.1.2004, 10 HG 2002.58–39, LES 2005, 174; 12.1.2006, 8 CG.2005.117, LES 2006, 456; 14.7.2007, 10 HG.2003.17, LES 2008, 82; 10 HG.2008.28, LJZ 2012, 19.

rechtes in Liechtenstein im Jahr 2009 die sogenannte Business Judgment Rule gesetzlich verankert, für deren grundsätzliche Anwendbarkeit im Stiftungsrecht sich bereits der FL-OGH in seiner Entscheidung vom 8.1.2004³ ausgesprochen hat.

Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die Business Judgment Rule im liechtensteinischen und österreichischen Stiftungsrecht bieten und insbesondere auch strittige Fragen der Auslegung der Tatbestandselemente behandeln. Die Autoren hoffen, mit diesem Beitrag das Interesse des Jubilars zu finden.

II. Die Business Judgment Rule in Österreich und Liechtenstein – ein kurzer Überblick

Im Zuge der Totalrevision des Stiftungsrechtes in Liechtenstein wurde Art 182 Abs 2 PGR idaf, wonach der Stiftungsvorstand die Stiftung mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern hat und für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung zu sorgen hat, um einen weiteren Satz erweitert. Art 182 Abs 2 zweiter Satz PGR bestimmt nunmehr, dass ein Mitglied der Verwaltung im Einklang mit diesen Grundsätzen (Anm: gemeint sind die in Satz 1 enthaltenen Grundsätze) handelt, wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten ließ und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Verbandsperson zu handeln.⁴ Diese Regelung befindet sich im Allgemeinen Teil des PGR und ist daher nicht nur für Stiftungsräte, sondern ganz allgemein für Verwaltungsorgane einer Verbandsperson beachtlich.

Mit dieser Norm wurde die so genannte Business Judgment Rule in das PGR übernommen.⁵ Der Ursprung der Business Judgment Rule liegt im amerikanischen Recht. Inhaltlich lautet die Business Judgment Rule nach einem Formulie-

3 10 HG 2002.58–39, LES 2005, 174.

4 Vgl Gasser, Neue Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Stiftungsrates, in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Vaduz (2008) 157; *Regierung des Fürstentums Liechtenstein*, Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechtes, 19.2.2008, BuA Nr 13/2008, 41 (im Folgenden BuA Nr 13/2008).

5 Bereits in seiner Entscheidung vom 8.1.2004, 10 HG 2002.58–39, LES 2005, 174 ff, hat sich der FL-OGH für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im liechtensteinischen Stiftungsrecht ausgesprochen. Vgl zu dieser Entscheidung Gasser in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 159 f.

rungsvorschlag des American Law Institute wie folgt: »A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty; is informed with respect to the subject of the business judgment to the extend the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and rationally believes that the business judgment is in the best interest of the company.«⁶ Der Sinn einer solchen Regelung liegt in der Schaffung eines haftungsfreien Kernbereichs unternehmerischen Ermessens bei Geschäftsentscheidungen des Handlungsorgans.⁷ Dadurch soll eine übergroße Vorsicht vermieden und die Eingehung unternehmerischer Wagnisse in vernünftigen Umfang gefördert werden.⁸ Handelt der Stiftungsrat innerhalb der von der Business Judgment Rule gezogenen Grenzen, befindet er sich im »safe harbor«. Überschreitet er diese Grenzen, so unterliegt er der Haftung, sofern ihm eine Sorgfaltswidrigkeit angelastet werden kann. Die Formulierung des Art 182 Abs 2 zweiter Satz PGR orientiert sich im Wesentlichen an § 93 Abs 1 zweiter Satz deutsches AktG⁹; deutlicher als in eben dieser Bestimmung soll jedoch mit der gegenständlichen Formulierung zum Ausdruck gebracht werden, dass zu den Voraussetzungen der Haftungsfreiheit auch das Fehlen von Interessenkollisionen zählt.¹⁰ Durch die Anwendung der Business Judgment Rule auf Stiftungen werden zahlreiche Auslegungsfragen aufgeworfen. Insbesondere die Auslegung der Tatbestandsmerkmale, die es zu erfüllen gilt, will sich der Stiftungsvorstand mit seiner Entscheidung im »safe harbor« wissen, wird die Stiftungspraxis und die Judikatur in Zukunft beschäftigen.¹¹ Konkret geht es dabei um die Frage, wie die Tatbestandsmerkmale »unternehmerische Entscheidung«, »sich nicht von sachfremden Interessen leiten ließ«, »vernünftigerweise annehmen durfte«, »auf Grundlage angemessener Informationen« und »zum Wohle der Stiftung« auszulegen sind.

6 *American Law Institute*, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) § 4,01.

7 Siehe BuA Nr 13/2008, 40; *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 158; *Schauer*, Grundelemente des neuen liechtensteinischen Stiftungsrechts und die rechtsvergleichende Perspektive, in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Vaduz (2008) 39; *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung, Vaduz (2009) 155.

8 Siehe BuA Nr 13/2008, 40; *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 158; *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung 155.

9 Die Business Judgment Rule wurde in Deutschland durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechtes vom 22.9.2005, dBGBl I 2005, 2802 ff, eingeführt; siehe dazu *Hosp*, Neue Haftungsregeln für Stiftungsvorstände liechtensteinischer Stiftungen, ZfS 2008, 91 ff.

10 Siehe BuA Nr 13/2008, 41; *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 158.

11 Siehe dazu *Hosp*, ZfS 2008, 91 ff.

In das österreichische Recht fand die Business Judgment Rule bislang keinen Eingang.¹² Zu den haftungsrechtlichen Bestimmungen des PSG, nämlich den §§ 17 und 29 PSG, kann ganz generell gesagt werden, dass diese eher rudimentär ausgestaltet sind. Nach § 17 Abs 1 PSG verwaltet und vertritt der Stiftungsvorstand die Privatstiftung und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks, wobei er verpflichtet ist, dabei die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten. Gemäß § 17 Abs 2 erster Satz PSG hat der Stiftungsvorstand seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Während bei Kapitalgesellschaften hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabes im Speziellen auf die Branche des Unternehmens, aber auch auf andere Faktoren wie Größe, Marktposition und auf ähnliche Umstände abzustellen ist, sind bei Stiftungen, mangels Führens eines Unternehmens, vorrangig der Stiftungszweck, das gewidmete Vermögen und die Tätigkeit der Privatstiftung zu berücksichtigen.¹³

Obwohl die Anwendung einer Business Judgment Rule nicht ausdrücklich im PSG normiert ist, ist dem Stiftungsvorstand bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen ein gewisser haftungsfreier Ermessensspielraum zuzubilligen.¹⁴ Denn die von Lehre und Rechtsprechung¹⁵ für Organmitglieder von Kapitalgesellschaften entwickelten Ansätze müssen – in Ermangelung eines stichhaltigen Differenzierungsgrundes – gleichermaßen für Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung gelten.¹⁶ Auch diese haften daher für unternehmerische Ermessensentscheidungen nur dann, wenn sie eine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraums, eine evident unrichtige Sachentscheidung oder eine geradezu unvertretbare unternehmerische Entscheidung zu verantworten haben.¹⁷ Die Kriterien der in verschiedenen Rechtsordnungen verankerten Business Judgment Rule können dabei als Konkretisierungsmaßstab für den haftungsfreien Ermessensspielraum herangezogen werden.¹⁸

12 Vgl dazu *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93 ff; *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 ff.

13 Vgl *N. Arnold*, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz² (2007) § 17 Rz 50.

14 So bereits *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 50; *Karollus*, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, insbesondere im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstands für die Stiftungs-Governance, in Jabornegg/Kerschner/Riedler (Hrsg), Haftung und Versicherung, Festschrift für Rudolf Reischauer, Wien (2010) 228 f.

15 Vgl etwa die sogenannte Aufsichtsrats-Entscheidung OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k; weiters OGH 23.5.2007, 3 Ob 59/07h; vgl hierzu die umfangreichen Judikaturnachweise bei *Karollus* in FS Reischauer 228 Fn 64.

16 Vgl *Karollus* in FS Reischauer 229.

17 *Karollus* in FS Reischauer 229.

18 Siehe *Briem*, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108.

III. Das Prüfschema

A. Die Unternehmerische Entscheidung

Das erste zu untersuchende Tatbestandsmerkmal, nämlich das Vorliegen einer »unternehmerischen Entscheidung«, schränkt zunächst den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule ein. Deren Grundsätze finden nicht auf jede Handlung des Stiftungsrates/-vorstandes Anwendung, sondern eben nur dann, wenn es sich dabei um eine unternehmerische Entscheidung handelt. Voraussetzung für die Annahme einer solchen ist, dass es sich um eine Entscheidung im Zusammenhang mit der Geschäftsführung der Stiftung handelt, bei welcher dem Stiftungsrat/-vorstand ein Ermessen zusteht.¹⁹ Der Versuch einer Definition der unternehmerischen Entscheidung findet sich bei *Schneider*²⁰, welcher darunter Entscheidungen versteht, die erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens- und Ertragslage der Stiftung haben und bei denen der weitere Geschehensablauf unsicher ist und nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden kann, ob sich die Entscheidung positiver oder negativer als eine andere Entscheidungsmöglichkeit auswirkt. Unternehmerische Entscheidungen iSd Business Judgment Rule sind daher infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt.²¹

Nach Ansicht der Autoren wird auch ein der Entscheidung immanentes Risikopotential zu fordern sein. Mit anderen Worten, Entscheidungen, die kein Risiko beinhalten, sind keine unternehmerischen Entscheidungen iSd Business Judgment Rule.²² Dieses Ergebnis lässt sich auch mit der typischerweise der Business Judgment Rule zugeschriebenen Zielsetzung der Förderung einer adäquaten Risikobereitschaft der Organmitglieder untermauern. Auch der BuA spricht im Zusammenhang mit der Einführung der Business Judgment Rule davon, dass durch sie eine übergroße Vorsicht vermieden und die Eingehung unternehmerischer Wagnisse in vernünftigem Umfang gefördert werden soll.²³

Jedenfalls sind daher Veranlagungsentscheidungen im Zusammenhang mit dem Stiftungsvermögen im Rahmen der durch den Stiftungszweck oder

19 Vgl. *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung 156; *Hosp*, ZfS 2008, 92.

20 »Unternehmerische Entscheidungen« als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule, DB 2005, 710; diesem folgend *Briem*, PSR 2010, 108.

21 Siehe nur *Schauer* in *Schauer* (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht, Basel (2009) Art 182 Abs 2 Rz 43.

22 In diesem Sinne auch *Semler*, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in *Habersack/Hommelhof/Hüffer/Schmidt* (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003) 626.

23 Siehe BuA Nr 13/2008, 40.

Stiftungserklärung vorgegebenen Bandbreiten unter den Begriff der unternehmerischen Entscheidung zu subsumieren.²⁴ Weitere Beispiele für unternehmerische Entscheidungen wären etwa Entscheidungen über die Anschaffung oder Veräußerung von Beteiligungen, die Zuführung von Eigen- oder Fremdkapital an Gesellschaften, an welchen die Stiftung beteiligt ist, oder die Übernahme von Haftungen zugunsten von Beteiligungsgesellschaften.²⁵

Keine Entscheidung im Sinne der Business Judgment Rule liegt jedenfalls dann vor, wenn die Handlung des Stiftungsrates/-vorstandes gegen Gesetz, Statuten oder Stiftungszweck verstößt.²⁶ Bestimmen die Statuten etwa, dass das Stiftungsvermögen konservativ und unter Berücksichtigung einer angemessenen Risikostreuung zu veranlagen ist, kann sich der Stiftungsrat/-vorstand, der überwiegend hochriskante und spekulative Investitionen tätigt, nicht auf die Business Judgment Rule berufen. Die in der deutschen Literatur diskutierte Frage, ob im Fall von Gesetzes- oder Satzungsverstößen von vornherein keine Entscheidung im Sinne der Business Judgment Rule vorliegt, oder deren Anwendbarkeit erst an der Frage scheitert, ob die Entscheidung unternehmerisch war, ist rein dogmatischer Natur und kann daher hintangestellt werden.²⁷

Eine in der Literatur zum liechtensteinischen Stiftungsrecht umstrittene Frage ist jene, ob die Auswahlentscheidung der Begünstigten durch den Stiftungsrat eine unternehmerische Entscheidung ist.²⁸ Der Mitautor hat hierzu zuletzt vertreten, dass hier keine unternehmerische Entscheidung vorliegen kann und dies folgendermaßen begründet:²⁹ Keine unternehmerische Entscheidung iSd Business Judgment Rule liegt vor, wenn die Handlung des Stiftungsrates gegen Gesetz, Statuten oder Stiftungszweck verstößt. Der Zweck der Stiftung einschließlich der Bezeichnung der konkreten oder nach objektiven Merkmalen individualisierbaren Begünstigten oder des Begünstigtenkreises, sofern es sich nicht um eine gemeinnützige Stiftung handelt oder die Begünstigten sich sonst aus dem Stiftungszweck ergeben, sind gemäß Art 552 § 16 Abs 1 Z 4 PGR in die Stiftungsurkunde aufzunehmen.³⁰ Daraus ergibt sich, dass eine Bezeichnung

24 Siehe etwa *Hosp*, ZfS 2008, 92.

25 Siehe *Briem*, PSR 2010, 108 f.

26 Vgl. *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung 157; *Hosp*, ZfS 2008, 92; *Karollus* in FS Reischauer 232 ff.

27 Siehe zum Meinungsstand in der deutschen Literatur *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung (2009) 68 f.

28 Ablehnend *Melzer*, Österreichisches Privatstiftungsrecht und neues liechtensteinisches Stiftungsrecht im Vergleich, Wien (2010) 134 f.; aA *Gasser*, PSR 2011, 69.

29 *Melzer*, Österreichisches Privatstiftungsrecht 134 f.

30 Für das österreichische Privatstiftungsrecht gilt, dass die Bezeichnung des Begünstigten oder die Angabe einer Stelle, die den Begünstigten festzustellen hat, in der Stiftungsurkunde zu erfolgen hat. Aus dem Verhältnis von § 9 Abs 1 Z 3 PSG zu § 9 Abs 2 Z 10 PSG kann allerdings geschlossen werden, dass eine allgemein gehaltene Umschreibung des Begünstigten

der Begünstigten nur insofern notwendig ist, als sie zur Durchführung des Stiftungszwecks erforderlich ist und eine genaue Bezeichnung in den Stiftungsdokumenten unterbleiben kann, wenn sich der Kreis der potentiellen Destinatäre bereits hinreichend deutlich aus dem Stiftungszweck ergibt.³¹ Bei der Auswahl der Begünstigten durch den Stiftungsrat wird es sich in vielen Fällen schon deshalb nicht um eine Ermessensentscheidung im Sinne der Business Judgment Rule handeln, weil durch die konkreten Vorgaben der Stiftungserklärung das Ermessen stark eingeschränkt ist bzw gegen null tendiert. In jenen Fällen, in welchen der Ermessensspielraum weiter gehalten ist und daher die Business Judgment Rule Anwendung finden könnte, fehlt es an dem für unternehmerische Entscheidungen geforderten Risikopotential.³²

Dieser Standpunkt wurde anschließend von Gasser³³ kritisiert wie folgt:

»Dies hätte wohl zur Konsequenz, dass dann die Business Judgment Rule 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 dieses tangiert. Dafür spricht, dass es zu den ureigenen und undelegierbaren Pflichten und Aufgaben des Stiftungsrats gehört, kontinuierlich und im Einklang mit dem dafür allein maßgeblichen Stifterwillen über die Verwendung und Verwaltung des Stiftungsvermögens zu bestimmen. Da aufgrund der aktuellen Judikatur 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 Business Judgment Rule 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.«

tigtenkreises in der Stiftungsurkunde genügt. Es reicht aber nicht aus, wenn die Stiftungsurkunde ohne Vornahme einer allgemeinen Umschreibung generell auf die Bezeichnung der Begünstigten in der Stiftungszusatzurkunde verweist.

31 Schauer in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 39.

32 Siehe sogleich unten Seite 676.

33 PSR 2011, 69.

Gasser kann wohl darin beiepflichtet werden, dass bei Ausklammerung der Auswahl der Begünstigten aus der Business Judgment Rule im Wesentlichen nur noch Entscheidungen über die Vermögensveranlagung unter den Begriff der unternehmerischen Entscheidung fallen. Unbestritten wird es auch ein erhebliches Interesse der oft als Stiftungsratsmitglieder tätigen Kautelarjuristen geben, den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule möglichst weit zu halten. Der Ansicht von *Gasser* kann aber dennoch nicht gefolgt werden. Zum einen ist nach Ansicht der Autoren die Vermögensverwaltung, wozu auch strategische Entscheidungen im Zusammenhang mit dieser zählen, der Kernanwendungsbereich der stiftungsrechtlichen Business Judgment Rule, zum anderen wird auf die bereits oben angeführten Argumente des Mitautors verwiesen. Zum deutschen Recht, wo freilich die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 93 Abs 1 zweiter Satz dAktG auf Stiftungsvorstandsmitglieder nicht abschließend geklärt ist,³⁴ vertritt *von Hippel*³⁵, dass es sich hierbei um einen beschränkten Ermessensspielraum handle, dessen Reichweite von der konkreten Formulierung im Einzelfall abhängt. Angesichts dieser Abhängigkeit von der Satzungsformulierung überzeuge es nicht, diesen Ermessensspielraum als Bestandteil einer (etwaigen) allgemeinen stiftungsrechtlichen Business Judgment Rule anzusehen, die sich an der allgemeinen aktienrechtlichen Business Judgment Rule des § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG orientiere. Der Kontrollmaßstab für die Zweckverfolgung richte sich stattdessen allein nach der konkreten Satzungsformulierung, die den Willen des Stifters verkörpert.

Die Nichteinbeziehung der Auswahl der Begünstigten in die Business Judgment Rule ergibt sich, wie bereits erwähnt, auch aus der hier vertretenen Definition der unternehmerischen Entscheidung. Auch im Sinne der Zielsetzung der Business Judgment Rule, nämlich die Förderung einer adäquaten Risikobereitschaft der Organmitglieder, wird für das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung ein der Entscheidung immanentes Risikopotential zu fordern sein. Entscheidungen, die kein Risiko beinhalten, sind keine unternehmerischen Entscheidungen iSd Business Judgment Rule.³⁶ Gerade an dieser Voraussetzung scheitert aber die Einbeziehung der Auswahl der Begünstigten in die Business Judgment Rule, auch wenn die Bestimmungen der Stiftungserklärung einen Ermessensspielraum eröffnen.

34 Siehe für einen Überblick des Meinungsstandes in der deutschen Literatur *Gollan*, Vorstandshaftung.

35 Gilt die Business Judgment Rule auch im Stiftungsrecht? in Baum/Fleckner/Hellgardt/Roth (Hrsg), Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung (2008) 178f.

36 In diesem Sinne auch *Semler* in FS Ulmer 626.

B. Frei von Sonderinteressen

Das zweite Tatbestandsmerkmal des Art 182 Abs 2 zweiter Satz PGR, nämlich »sich nicht von sachfremden Interessen leiten ließ«, schließt bei Vorliegen von Interessenkollisionen die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule aus. Maßgebend muss hier stets die Ausrichtung des Verhaltens an dem durch den Stiftungszweck zu konkretisierenden Wohl der Stiftung sein.³⁷ Nicht nur das Vorliegen von Eigeninteressen des Stiftungsrates, sondern sachfremde Sonderinteressen im weitesten Sinne fallen dabei unter dieses Tatbestandselement.³⁸ Daher handelt ein Stiftungsrat nicht nur dann aufgrund sachfremder Interessen, wenn bei seiner Entscheidung auch eigene Interessen im Spiel sind, sondern auch, wenn er, entgegen dem Wohl der Stiftung, Wünschen des Stifters folgt oder die Interessen dritter Personen fördern möchte, ohne dass dies durch eine Begünstigung gerechtfertigt wäre.³⁹

Zugleich steht aber nicht jedes Eigen-oder Fremdinteresse eines Stiftungsrates im Zusammenhang mit einer unternehmerischen Entscheidung der Anwendbarkeit der Business Judgment Rule entgegen,⁴⁰ sondern eben nur dann, wenn sich der Stiftungsrat von *sachfremden Interessen leiten ließ*. Wie bereits oben zu Pkt II ausgeführt ist dieser Passus nicht in der Rezeptionsgrundlage des § 93 Abs 1 zweiter Satz deutsches AktG enthalten, sondern orientiert sich an der US-amerikanischen Business Judgment Rule, welche aber ihrerseits nur auf das Vorliegen von Eigeninteressen abstellt, ohne Rücksicht darauf, ob sich das Mitglied der Verwaltung auch von diesen Eigeninteressen leiten ließ.⁴¹ Auf den ersten – am Wortlaut orientierten – Blick erscheint daher die liechtensteinische Regelung zunächst weniger streng als das US-amerikanische Vorbild. Wie *U. Torggler*⁴² überzeugend ausführt soll aber auch in Liechtenstein im Ergebnis die Nachvollziehbarkeit des Verhaltens dann nicht zur Entlastung ausreichen, wenn der beklagte Organwarter ein Eigeninteresse an dem Rechtsgeschäft hatte, wobei nach Ansicht *Torgglers* aus Gründen der Rechtssicherheit ein möglicher geldwerter Vorteil zu fordern ist.

37 *Schauer*, Kurzkomentar zum neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht, Art 182 Abs 2 Rz 4.

38 Vgl etwa *Gasser*, PSR 2011, 70.

39 *Schauer*, Kurzkomentar zum neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht Art 182 Abs 2 Rz 4; vgl auch *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 166 f.

40 Siehe nur *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung 157.

41 »[I]f the director or officer... is not interested in the judgment«, *American Law Institute*, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) § 4,01.

42 Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 60 f.

C. Treu und Glauben

Besondere Auslegungsschwierigkeiten wirft das Tatbestandsmerkmal »vernünftigerweise annehmen durfte« auf, weil es sich bei dem Begriff »vernünftigerweise« einerseits um einen unbestimmten und andererseits um einen bis dato dem liechtensteinischen Recht völlig fremden Begriff handelt.⁴³ Nach Gasser⁴⁴ ist ein Übersetzungsversuch mit dem allgemein gebräuchlichen Fahrlässigkeitsbegriff auch deshalb zum Scheitern verurteilt, weil der Gesetzgeber ganz offenbar bewusst die Verwendung von Verschuldensbegriffen und Sorgfaltsmaßstäben wie etwa bei grober oder leichter Fahrlässigkeit vermieden habe.

An dieser Stelle ist auch auf die korrespondierende deutsche Regelung und deren Entstehungsgeschichte hinzuweisen. Ursprünglich sollte § 93 Abs 1 zweiter Satz dAktG nämlich folgendermaßen lauten: »Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.«⁴⁵ Das Abstellen auf die grobe Fahrlässigkeit stieß im Folgenden auf Kritik in der Lehre, die das Hineinragen von Verschuldenselementen in die Definition der Pflichtverletzung beanstandete.⁴⁶ Es sei nicht einzusehen, warum Vorstandsmitglieder allgemein bei jeder Fahrlässigkeit, bei den für das Unternehmen besonders gewichtigen Entscheidungen hingegen nur bei grober Fahrlässigkeit haften sollten.⁴⁷ Dieser Kritik der Lehre folgend wurde der Passus »ohne grobe Fahrlässigkeit« inzwischen gestrichen und durch das Wort »vernünftigerweise« ersetzt. Geklärt wurde dadurch zwar, dass hier kein zum § 276 Abs 2 BGB abweichender Verschuldensmaßstab vorliegt. Freilich steht aber die deutsche Lehre daher vor derselben Auslegungsproblematik wie die liechtensteinische. Die deutsche Gesetzesbegründung hält hierzu fest, dass mit der Voraussetzung des »vernünftigerweise annehmen durfte« von einer subjektiven Vorstellung des Geschäftsleiters auszugehen ist, die durch die objektive Perspektive des vernünftigen Vorstandsmitglieds begrenzt wird.⁴⁸

43 Vgl Gasser in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 167; ders, PSR 2011, 70; Hosp, ZfS 2008, 92.

44 In Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 167; ders, PSR 2011, 71.

45 Art 1 Nr 1 des Entwurfes eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 28.1.2004.

46 Siehe zum Meinungsstand in der deutschen Literatur Gollan, Vorstandshaftung 74 f.

47 Vgl etwa Semler, Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, AG 2005, 325.

48 Vgl hierzu Gollan, Vorstandshaftung 74 f.

Dies ist als Hinweis auf den *rationally believes test* der US-amerikanischen Business Judgment Rule zu verstehen.⁴⁹

Für die Auslegung des Tatbestandsmerkmal »vernünftigerweise annehmen durfte« im liechtensteinischen Recht kann daraus geschlossen werden, dass, wer im Sinne der Business Judgment Rule »unvernünftig« Unternehmensentscheidungen trifft, aus der haftungsfreien Zone herausfällt; umgekehrt bedeutet dies aber nicht zwingend, dass der Stiftungsrat auch tatsächlich haftet.⁵⁰ Hierzu bedarf es einer zusätzlichen Prüfung nach allgemeinem Verschuldensmaßstab. Erst hier – und nicht schon im Zuge des »Business Judgment Rule Tests« – ist zu prüfen, ob der Stiftungsrat leicht oder grob fahrlässig und somit schuldhaft einen Schaden verursacht habe.⁵¹ Der Vorschlag *Gassers*⁵², den Begriff »vernünftigerweise« mit dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, welcher in Art 2 PGR verankert ist, gleichzusetzen, wurde in der Literatur zum liechtensteinischen Stiftungsrecht unterschiedlich aufgenommen,⁵³ hat aber nach Ansicht der Autoren als Auslegungshilfe durchaus seine Berechtigung.

D. Entscheidungsprozess

Im Rahmen des Business Judgment Tests kommt der Entscheidungsvorbereitung besonderes Gewicht zu. Der Stiftungsrat muss »auf Grundlage angemessener Informationen« handeln, damit er sich im sicheren Hafen der Business Judgment Rule wägen darf. Damit wird die Pflicht des Stiftungsrates statuiert, sich vorgängig über die Grundlagen seiner Entscheidung zu informieren und bestenfalls zu dokumentieren, Erkundigungen einzuholen, allenfalls Fachberater (Sachverständige, Rechtsanwälte etc) beizuziehen und nach Abwägung von Sach- und Rechtsfragen und eingehender Erörterung derselben zu einer Entscheidung zu gelangen.⁵⁴

49 Vgl hierzu weiterführend *Gollan*, Vorstandshaftung 50 f.

50 So auch *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 167; *ders*, PSR 2011, 71.

51 *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 167; *ders*, PSR 2011, 71.

52 In Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 168.

53 Zustimmend *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung 158 f; ablehnend *Schauer*, Kurzkommentar zum neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht Art 182 Abs 2 Rz 7; offen lassend *Melzer*, Österreichisches Privatstiftungsrecht 136; *Hosp*, ZfS 2008, 92.

54 So *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 168; *ders*, PSR 2011, 71; vgl auch *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung 158; *Hosp*, ZfS 2008, 92 f.

Wurde in der Literatur zur deutschen Business Judgment Rule zunächst gefordert, dass der Entscheidungsträger alle Möglichkeiten zur Klärung des vollständigen und richtigen Sachverhalts auszuschöpfen habe,⁵⁵ ist dieses Prinzip der vollständigen Sachverhaltsaufklärung nach nunmehr einhelliger Auffassung⁵⁶ derart einzuschränken, dass nur die mit verhältnismäßigem Aufwand erreichbare Information beigebracht werden muss. Auch der Wortlaut der liechtensteinischen Regelungen fordert lediglich eine der jeweiligen Situation »angemessene« und keine allumfassende Information. Die Frage, ob die einer Entscheidung des Stiftungsrats vorangegangene Informationsbeschaffung angemessen war, kann dabei jeweils nur bezogen auf den konkreten Einzelfall beantwortet werden. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere Faktoren wie die Tragweite der Entscheidung für die Stiftung, die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten des Informationszugangs oder das Verhältnis zwischen den Informationsbeschaffungskosten und dem voraussichtlichen Informationsnutzen.

Ein weiterer wichtiger Faktor ist der Zeitdruck, der bei Managemententscheidungen nicht selten vorliegt. So kann innerhalb der Business Judgment Rule nur verlangt werden, die in der verfügbaren Zeit beizubringende Information der Entscheidung zugrunde zu legen, denn die schlechteste Entscheidung kann es sein, die Entscheidung solange hinauszuschieben, bis sämtliche verfügbaren Informationen vorliegen.⁵⁷ *Gollan*⁵⁸ regt zum deutschen Recht an, bei Stiftungen das erforderliche Informationsniveau dergestalt heraufzusetzen, dass eine höhere Vollständigkeit der erreichbaren Informationen verlangt und die zur Verfügung stehende Zeit weniger berücksichtigt wird als im Aktienrecht. Das ökonomische Argument, eine vollständige Informationsbasis sei nicht sinnvoll, weil die Verluste daraus größer sein können als die aus Fehlschlägen, welche sich aus eiligem Handeln ergeben, gelte für Stiftungen nur sehr eingeschränkt, da häufig gar keine wettbewerbsartige Tätigkeit vorliege. Diesem Argument kann für die liechtensteinische Stiftung nicht gefolgt werden. Zum einen gilt Art 182 Abs 2 PGR wegen seines systematischen Standortes für alle Verbandspersonen gleich, zum anderen ist das Argument vor allem auch im Hinblick auf Veranlagungsentscheidungen, die mitunter rasch getroffen werden müssen, nicht nachvollziehbar.

55 Vgl etwa *Mertens* in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*² II (1996) § 93 Rn 45; weitere Nachweise bei *Gollan*, *Vorstandshaftung* 82 Fn 377.

56 Siehe etwa *Roth*, *Das unternehmerische Ermessen des Vorstands. Neuerungen durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)?* BB 2004, 1066; weitere Nachweise bei *Gollan*, *Vorstandshaftung* 82 Fn 378.

57 So zum AktG *Gollan*, *Vorstandshaftung* 84.

58 *Vorstandshaftung* 283.

E. Wohl der Gesellschaft

Schließlich setzt die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule voraus, dass der Stiftungsrat »zum Wohle der Stiftung« gehandelt hat. Mit dieser Bestimmung kann nur das Handeln im Einklang mit dem Stiftungszweck gemeint sein, denn das Wohl der Stiftung orientiert sich (einzig) am Stiftungszweck, der den (erstarrten) Willen des Stifters zum Ausdruck bringt.⁵⁹ Das Ziel, den Stiftungszweck zu erfüllen, ist dabei einziger und unabänderlicher Auftrag an den Stiftungsvorstand bei der Führung der Stiftungsgeschäfte.⁶⁰ Jede einzelne Geschäftsführungsmaßnahme hat der Frage standzuhalten, ob durch sie die Erfüllung oder die Erfüllbarkeit des Stiftungszwecks gefördert wird.⁶¹ Hierbei wird insbesondere der Vermögensverwaltung besondere Bedeutung zukommen.⁶² Vorweg gilt es hier zu unterscheiden, ob die Statuten konkrete Grundsätze der Vermögensverwaltung oder Richtlinien für die Vermögensveranlagung vorsehen. Denn bei konkreten Regelungen in den Stiftungsdokumenten ist die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule möglicherweise von vornherein ausgeschlossen, weil kein tatbestandlicher Beurteilungsspielraum und somit keine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgment Rule vorliegt. Bestimmen etwa die Statuten ausdrücklich, dass das Stiftungsvermögen konservativ und unter Berücksichtigung einer angemessenen Risikostreuung zu veranlagern ist, kann sich der Stiftungsrat/-vorstand, der überwiegend hochriskante und spekulative Investitionen tätigt, nicht auf die Business Judgment Rule berufen.

IV. Schlussbemerkungen

Die Business Judgment Rule schafft einen haftungsfreien Kernbereich unternehmerischen Ermessens bei Geschäftsführungsentscheidungen des Handlungsorgans. Dadurch soll eine übergroße Vorsicht vermieden und das Eingehen unternehmerischer Wagnisse in vernünftigem Umfang gefördert werden. Handelt der Stiftungsrat/-vorstand innerhalb der von der Business Judgment Rule gezogenen Grenzen, befindet er sich im »safe harbor«. Überschreitet er

59 Siehe nur *Hosp*, ZfS 2008, 93.

60 *Eiselsberg*, Der Zweck der Privatstiftung, ZfS 2005, 6.

61 *Eiselsberg*, ZfS 2005, 6.

62 *Gasser* in Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht 169; *ders*, PSR 2011, 73.

diese Grenzen, so unterliegt er der Haftung, sofern ihm eine Sorgfaltswidrigkeit angelastet werden kann. Der Business Judgment Rule kann zum einen eine gewisse Anreizfunktion für die Übernahme von Stiftungsrats- bzw. -vorstandsmandaten beigemessen werden, zum anderen ist sie geeignet, gewissen Fehlanreizen des risikoaversen Managements entgegenzusteuern. Gerade bei Stiftungen, die sich immer wieder dem Vorwurf ausgesetzt sehen, nicht die geeignete Rechtsform für unternehmerische Entscheidungen zu sein, ist die Erleichterung unternehmerischer Entscheidungen dringend zu befürworten.

Dies spielt insbesondere auch für einen erfolgreichen Generationenwechsel in der Stiftung eine Rolle. Solange die Stifter leben und den Vorstand in der Funktion eines Beirats mit Know-How und Fachwissen, gerade was unternehmerische Entscheidungen betrifft, unterstützen, handelt der Stiftungsrat/-vorstand noch nicht primär unter dem Aspekt der Risikovermeidung. Dies wird sich mit dem Wegfall der Stiftergeneration ändern. Daher gilt es, Systeme zu entwickeln, die unternehmerisches Handeln fördern, gerade um die Zukunft der vielen Unternehmen, die im Eigentum von Familienstiftungen stehen, abzusichern. Unternehmerische Weiterentwicklung erfordert bei den Eigentümern eine gewisse Risikobereitschaft.

Nicht zu unterschätzen ist hier allerdings auch die Möglichkeit des noch lebenden Stifters, über die Gestaltung der Statuten/Stiftungserklärung das Ermessen der Stiftungsratsmitglieder und die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule überhaupt einzuschränken. Wurden bereits in den Statuten klare und detaillierte Regelungen, etwa über die Vermögensveranlagung, festgeschrieben, hat der Stiftungsrat bereits eine konkrete Handlungsanleitung, welche naturgemäß die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule einschränkt oder sogar ganz ausschließt. Nur dort, wo Entscheidungen im Rahmen eines durch den Stiftungszweck oder die Stiftungserklärung vorgegebenen Ermessens getroffen werden, bleibt überhaupt Platz für die Business Judgment Rule.

Kommt die Business Judgment Rule zur Anwendung, so gilt es, zur Erreichung des haftungsfreien sicheren Hafens deren Tatbestandsmerkmale zu erfüllen, welche allerdings erhebliche Auslegungsfragen aufwerfen. Wie im vorliegenden Beitrag aufgezeigt kann hierzu der Blick auf die umfangreiche Literatur zum – wenn auch nicht wortgleich übernommenen – Vorbild der liechtensteinischen Regelung, nämlich § 93 Abs 1 zweiter Satz dAktG, hilfreich sein.

Wie bereits ausgeführt fand die Business Judgment Rule in das österreichische Recht bislang keinen Eingang. Obwohl nicht ausdrücklich in einer Business Judgment Rule verankert, ist aber dennoch zu fordern, dass dem Stiftungsvorstand, analog den für Organmitglieder von Kapitalgesellschaften entwickelten Grundsätzen, bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen ein haftungsfreier Ermessensspielraum zugebilligt werden muss. Die Kriterien der

Business Judgment Rule können dabei als Konkretisierungsmaßstab für diesen haftungsfreien Ermessensspielraum herangezogen werden. Eine ausdrückliche Verankerung im PSG ist dafür zwar nicht notwendig, aus Gründen der Transparenz und Rechtssicherheit aber durchaus zu überlegen. Zwar vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, dass dadurch die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Beweislastregeln zu Lasten des Geschäftsführungsorgans abgeändert werden.⁶³ Andererseits verspricht die Anwendung der Business Judgment Rule auf die Haftung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes für unternehmerische Ermessensentscheidungen insofern mehr Rechtssicherheit, als klare Regeln aufgestellt werden, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung entfällt. Allerdings sollten die Anforderungen an Dokumentations- und Informationspflichten auch vor diesem Hintergrund nicht überspannt werden.

63 Vgl. *Schima*, GesRZ 2007, 98.