

„Alles Fußball!“

Internationales Sportverbandsrecht

Insolvenz und Lizenzierung

Schadenshaftung leitender Vereinsorgane

EURO 2008: Werbung – Sponsoring – Exklusivlizenzen

Berufsfußballers Beschäftigungsrecht

Wertpapieraufsichtsgesetz

Anlegerentschädigung

Due Diligence Prüfungen in

Virtuellen Datenräumen

Kartellbekämpfung

Neue Kronzeugenregelung

Das Gewerbe der

Personenbetreuung

Budgetbegleitgesetz 2007

Einkommensteuerrecht

Marktfähiges Nebenprodukt ist

Kein Abfall

Zur Haftung leitender Vereinsorgane

In seiner E 11 Os 52/05¹⁾ hatte der OGH über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Leitungsorgane eines in die Insolvenz geratenen Fußballvereins abzusprechen und dabei die von der einschlägigen Lehre und Rsp entwickelten vereins- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsstandards anzuwenden. Insb nahm der OGH auch zur Haftung von unentgeltlich tätigen Vereinsorganen Stellung, indem er im Wesentlichen die Rsp zur Rechtslage nach Maßgabe des auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwendenden VerG 1951 wiedergab. Gleichzeitig ging er aber auch auf das nunmehr in Kraft stehende VerG 2002 ein. Der vorliegende Artikel beinhaltet eine kritische Auseinandersetzung mit der gegenständlichen E und stellt darüber hinaus weitergehende Überlegungen zur haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit (unentgeltlich tätiger) leitender Vereinsorgane an. Ausdrücklich hingewiesen wird darauf, dass die E nicht in allen Details wiedergegeben wird.

Zugleich eine Besprechung der E 11 Os 52/05 i

MARTIN SPORNBERGER

A. Haftungsmaßstab des Organwalters

Im Rahmen der vorliegenden E judiziert der OGH wie bisher,²⁾ dass der Haftungsmaßstab von Funktionären eines Vereins der eines „*ordentlichen und gewissenhaften Organwalters*“ ist. Diese Formulierung entspricht im Übrigen auch der nunmehrigen Definition des Sorgfaltsmaßstabs in § 24 VerG 2002 und lässt den nötigen Spielraum, um dieses Tatbestandselement den besonderen Anforderungen eines Vereins anzupassen.³⁾

Auffällig ist jedoch, dass der OGH in der vorliegenden E die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften und Organwalters – jedenfalls für große Vereine – als die eines „*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*“ definiert, wie es der Wendung des § 84 Abs 1 AktG entspricht. Damit folgt der OGH ausdrücklich der von der hM⁴⁾ vertretenen Rechtsansicht und spricht erstmals aus, dass sich der Sorgfaltsmaßstab des Organwalters großer Vereine mit ebensolchen Wirtschaftsbetrieben nach dem der Kapitalgesellschaften richtet.

Gleichzeitig wischt er – jedenfalls für vergleichbare Vereine – jeden Zweifel an der Sachverständigeneigenschaft des Organwalters vom Tisch, der durch die Ausführungen in den ErläutRV entstehen könnte, wo es im Hinblick auf § 1299 erster Satz ABGB heißt, der Organwaller würde sich mit Übernahme einer Vereinsfunktion noch keineswegs öffentlich dazu bekennen, über die zur Amtsausübung erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten zu verfügen.

Erkennbar war dem OGH – (auch) im Hinblick auf die neu eingeführten Haftungsbestimmungen des VerG 2002 – daran gelegen, herauszustreichen, dass die bislang – jedenfalls für die Leitungsorgane solcher Vereine, die eine umfangreiche unternehmerische Tätigkeit ausüben – entwickelten Haftungsmaßstäbe weiter gelten sollen und werden. Jedenfalls dort, wo es um wirtschaftliche Dimensionen geht, wie sie

bei einem großunternehmerisch agierenden Profifußballverein mit einem Wirtschaftsvolumen im dreistelligen Millionen-Schilling-Bereich zu finden sind, führt nach Auffassung des OGH die Ehrenamtlichkeit der Funktionärstätigkeit nicht zu einer Beschränkung der Haftung im Außenverhältnis. Der OGH macht damit in Fortsetzung seiner zuletzt ergangenen Judikatur (SZ 70/215) den Sorgfaltsmaßstab weiterhin an der (*umfangreichen*) *unternehmerischen Tätigkeit des Vereins* und nicht – wie man nach Einführung der Bestimmung des § 24 Abs 1 VerG 2002 erwarten konnte – an der Unentgeltlichkeit des Organwalters fest. Ganz im Gegenteil führt er zur Stütze seiner Argumentation aus, dass eine Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis auf Grund der Unentgeltlichkeit der Tätigkeit der Organwaller nie anerkannt und auch in § 23 VerG 2002 *nicht vorgesehen* sei.

B. Beschränkte Haftung bei Ehrenamtlichkeit

1. Gesetzliche Bestimmungen

Nun ist es zwar richtig, dass § 23 VerG 2002, der die Haftung für Verbindlichkeiten des Vereins regelt, in Satz zwei lediglich anordnet, dass Organwaller und sonstige Vereinsmitglieder *persönlich nur dann haften*, wenn sich dies aus anderen gesetzlichen Vorschriften (wie etwa § 159 StGB) oder auf Grund persönlicher rechtsgeschäftlicher Verpflichtung ergibt. Zutreffend

Mag. Martin Spornberger, LL.M., ist Rechtsanwaltsanwärter bei der CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1) Abgedruckt in diesem Heft, *ecolex* 2007/173, 420.

2) Vgl OGH *ecolex* 1998, 327.

3) So *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwaller, *GesRZ* 2005, 215 ff.

4) *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 183 ff; *Höhnel Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine 69; *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 60.

ist auch, dass die Bestimmung keine Aussage zu einer allfälligen Haftungsbeschränkung aufgrund der Ehrenamtlichkeit im Außenverhältnis trifft. Dies verwundert jedoch auch nicht weiter, da der Haftungsmaßstab, an dem der Organwarter zu messen ist, überhaupt an anderer Stelle, nämlich in § 24 VerG 2002 geregelt ist. Dort ist zunächst zu lesen, dass Mitglieder von Vereinsorganen in Vollziehung ihrer gesetzlichen oder statutarischen Pflichten die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Organwalters“ einzuhalten haben. Nach hA gilt dieser Haftungsmaßstab für den Organwarter nicht nur – dem Wortlaut der Bestimmung entsprechend – im Verhältnis zum Verein selbst und zu seinen Mitgliedern, sondern auch für den Bereich des § 23 VerG 2002, dh auch gegenüber Gläubigern des Vereins.⁵⁾

Gerade § 24 Abs 1 Satz zwei VerG 2002 trägt nun aber dem Umstand Rechnung, dass eine Vielzahl von Funktionären ideeller Vereine *ehrenamtlich* tätig ist und ordnet ausdrücklich an, dass *bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabes eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit zu berücksichtigen ist*. Den Erläuterungsvorschlag ist zu entnehmen, dass mit dieser Bestimmung der Versuch unternommen wurde, der in der rechtspolitischen Diskussion erhobenen Forderung nachzukommen, unentgeltlich tätige Organwarter von einer Haftung gegenüber dem Verein bzw gegenüber Dritten möglichst freizustellen. Eine generelle Haftungsbefreiung wurde vom Gesetzgeber als zu gravierender Eingriff in das allgemeine Schadenersatzsystem und aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken ausdrücklich abgelehnt. Somit ist lediglich eine Lockerung des Haftungsmaßstabes für ehrenamtlich tätige Organwarter normiert.

Die nähere Ausgestaltung bzw die Tragweite dieser Haftungsinderung wird der Rsp überlassen. Pointiert bringt den Umfang der Haftungserleichterung *Kossak* zum Ausdruck, wenn er meint, es werde der Rsp überlassen, bei kleineren ideellen Vereinen dafür Sorge zu tragen, dass *„die Kirche im Dorf gelassen wird“*.⁶⁾ Auch den Erläuterungsvorschlag ist zu entnehmen, dass durch den Entwurf lediglich ein Ansatzpunkt gegeben werden sollte, verschiedene Gesichtspunkte zu entwickeln, die letztlich zu *geringfügigen Haftungserleichterungen* für unentgeltlich tätige Vereinsfunktionäre führen können. Der Entwurf wollte hier lediglich einen Anstoß in Richtung einer vorsichtigen Differenzierung geben.

2. Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis

Fraglich ist, ob diese Haftungserleichterung *auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten* gelten soll, die einen unmittelbaren und direkten Anspruch gegen den Organwarter haben, ob sich also der ehrenamtlich tätige Vereinsfunktionär *auch* im Außenverhältnis auf einen infolge seiner unentgeltlichen Tätigkeit reduzierten Sorgfaltsmaßstab berufen kann.

Hierzu wird im Schrifttum vertreten, dass – wie bisher – auch ehrenamtliche Funktionäre Dritten gegenüber uneingeschränkt zu haften hätten. Ehrenamtlichkeit sei eben kein Freibrief dafür, durch Sorglosigkeit und Dilettantismus die Interessen Dritter zu schädigen.⁷⁾ *Krejci* begründet seine diesbezügliche ab-

lehrende Haltung zur Außenwirkung der Haftungsbeschränkung zudem damit, dass Dritten gegenüber auch eine entschuldbare Fehlleistung nach DHG nicht eingewendet werden könne.⁸⁾

Diese Auffassungen sind zu bezweifeln: Denn das VerG 2002 beinhaltet keine Differenzierung, die den Organwarter im Außenverhältnis zu einer höheren Sorgfalt als im Innenverhältnis verpflichtet. Im Gegenteil ist den Erläuterungsvorschlägen zu entnehmen, dass in der rechtspolitischen Diskussion gefordert wurde, unentgeltlich tätige Organwarter von einer Haftung gegenüber dem Verein bzw gegenüber Dritten möglichst freizustellen.⁹⁾ Auch im Gesetzestext wurde eine ausdrückliche Einschränkung dahin gehend, dass die Haftungsbeschränkung nur im Innenverhältnis zum Zuge kommen soll, nicht vorgenommen. Berücksichtigt man zudem, dass der Gesetzgeber ohnedies lediglich geringfügige Haftungserleichterungen bei der Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabes des Organwalters im Auge hatte, erhebt sich die Frage, was rechtspolitisch gegen einen geringfügig reduzierten Haftungsmaßstab auch im Außenverhältnis sprechen sollte.

ME spräche nichts dagegen, die Ehrenamtlichkeit des Funktionärs zu honorieren, zumal Gläubiger – wenn sie mit einem Verein kontrahieren – durch die Rechtsform des Vereins ohnehin ausreichend gewarnt sind. Ohne dem Dilettantismus oder der Sorglosigkeit Tür und Tor zu öffnen könnte zutreffend berücksichtigt werden, dass an Standard und Aussagekraft des Rechnungswesen eines Vereines weniger strenge Maßstäbe anzulegen sind, dass der Informationsfluss aus dem Rechnungswesen bis zum einzelnen – insb zum nicht ressortzuständigen, ehrenamtlichen – Organmitglied länger als bei einem hauptberuflichen Vorstand dauert und dass vom einzelnen Organmitglied des Vereines eine nicht so hohe Vorbildung und kaufmännische Versiertheit verlangt werden kann wie bei Kapitalgesellschaften. Man wird daher ua auch den Zeitraum zwischen objektivem Eintritt von Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit und subjektiver Erkennbarkeit für das einzelne ehrenamtliche Organmitglied des Vereines länger annehmen, in Grenzfällen die Erkennbarkeit überhaupt verneinen können; dies ungeachtet dessen, dass sich bei der Feststellung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit ohnedies erhebliche Abgrenzungsprobleme auf tun.¹⁰⁾ Mit der breit gehaltenen Formulierung des § 24 Satz zwei VerG 2002 wurde der Spielraum geöffnet, um im Einzelfall eine sachgerechte Beurteilung vorzunehmen. Davon abgesehen wird durch einen milderen Haftungsmaßstab ein Anreiz zum unentgeltlichen Tätigwerden geschaffen, was wiederum der rechtspo-

5) Vgl etwa *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 [2002] § 23 Rz 4.

6) Vgl *Kossak*, Neue Haftung aufgrund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473 ff.

7) *Krejci/S. Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 [2002] § 24 Rz 8.

8) *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwarter, GesRZ 2005, 215 ff.

9) Vgl hierzu Erläuterungsvorschlag § 24 VerG 2002.

10) Vgl *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 16 ff, 36 ff.

litisch gewünschten Belegung des Vereinswesens dient.¹¹⁾

Auch der Versuch, die Unanwendbarkeit der Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis aus einer vergleichenden Betrachtung mit dem DHG herleiten zu wollen, erscheint wenig überzeugend: Eindeutig hat sich der Gesetzgeber bei der Konstruktion des § 24 VerG 2002 an § 84 AktG bzw § 25 GmbHG orientiert. Nach völlig hA kann daher auch hinsichtlich des Haftungsmaßstabes auf die zu § 84 AktG bzw § 25 GmbHG ergangene Judikatur zurückgegriffen werden. Ein wesentliches Anliegen dieser Bestimmungen ist (auch) der Schutz Dritter, nämlich der Gläubiger der Gesellschaft. Zu Recht wird man wohl annehmen können, dass der Gesetzgeber § 24 VerG 2002 nicht nur sprachlich, sondern auch vom Schutzzumfang her an § 84 AktG bzw § 25 GmbHG anpassen wollte. Es erscheint daher nur logisch, dass es sich auch bei der Regelung des § 24 VerG 2002 – und zwar in ihrer Gesamtheit – um eine im Interesse der Allgemeinheit und zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung handeln sollte. Es besteht daher kein Grund daran zu zweifeln, dass die Haftungsbeschränkung des § 24 Satz zwei VerG 2002 auch im Außenverhältnis zur Anwendung kommen sollte.

C. Sanierungspflicht der Leitungsorgane

Nähere Betrachtung erfordert die gegenständliche E jedoch auch aufgrund der hierin getroffenen – undifferenzierten – Ausführungen zur *deliktspezifischen Sorgfalt* der Angeklagten. Unter anderem verweist der OGH, die angeklagten Organwahrer hätten bei Auftreten eines auffälligen Missverhältnisses zwischen finanziellem Aufwand (insbesondere für die kostenintensive Entlohnung solcher Profifußballer, die für die Aufrechterhaltung eines Spielbetriebes nicht unbedingt notwendig sind) und den vorhandenen finanziellen Mitteln sowie den zu erwartenden, nicht vom Spielglück abhängigen Einnahmen umgehend die erforderlichen, va der Kostenreduktion dienenden Maßnahmen ergreifen müssen. Das Halten eines teuren Spielerkaders könne daher einen übermäßigen, mit den Vermögensverhältnissen oder der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Vereins im auffälligen Widerspruch stehenden Aufwand darstellen. Dieser sei „*angesichts des Risikos einer Gläubigerschädigung durch ‚das Vertrauen‘ (bei realistischer Einschätzung richtig lediglich: ‚die Hoffnung‘) auf das Erreichen internationaler Bewerbe – ebenso wenig wie eine bloß erhoffte, jedoch nicht rechtsverbindlich konkretisierte Hilfe von dritter Seite den Anforderungen kaufmännischer Sorgfaltspflicht – selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn die daraus möglicherweise resultierenden Erträge die übermäßigen Investitionen abdecken könnten*“ (Anm: Zitat aus der OGH-E).

Die Ausführungen des OGH erschöpfen sich sohin in der Wiedergabe der zur objektiven Sorgfaltspflicht vorliegenden strafrechtlichen Rsp.¹²⁾

Anlass zur Kritik bietet, dass der OGH hier stehen bleibt und mit keinem Wort auf die gesellschaftsrechtlich gebotene *Sanierungspflicht* eingeht, die den Geschäftsführer einer GmbH, den Vorstand einer AG¹³⁾ und wohl auch den Vorstand eines Vereins trifft. Gerade diese Sanierungspflicht wird durch die

hier vertretene – undifferenzierte – Rechtsansicht des OGH ad absurdum geführt. Hätten sich nämlich die Vereinsorgane nach Hervorkommen des Sanierungsbedarfs tatsächlich nur mehr darauf beschränkt, mit den geringsten Mitteln den Spielbetrieb aufrecht zu erhalten – beispielsweise, um sich Punkteprämien zu ersparen, auf den Einsatz der Profifußballer zu verzichten und die laufende sowie folgende Spieljahre mit einer Jugend- oder Amateurm Mannschaft zu bestreiten –, wäre der Verein mit größter Wahrscheinlichkeit sofort dem Untergang bzw der Insolvenz geweiht gewesen, da Zuschauer(einnahmen) wie TV-Gelder ausgeblieben wären und Sponsoren laufende Verträge wohl berechtigt vorzeitig aufgelöst hätten.

Zu fragen ist daher, welche Auswirkungen eine Berücksichtigung der Sanierungspflicht bei der Beurteilung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts möglicherweise gehabt hätte. Höchstgerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit § 159 StGB finden sich unter der zu § 69 KO iVm § 25 GmbHG ergangenen Judikatur. Bekanntlich eröffnet § 69 KO dem Gemeinschuldner, der bei Vorliegen der Konkursvoraussetzungen zur Antragstellung binnen sechzig Tagen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verpflichtet ist, einen zeitlichen Spielraum, um die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens sorgfältig zu betreiben oder Sanierungsbemühungen zu setzen. In stRsp judiziert der OGH, dass dann, wenn ein Geschäftsführer innerhalb der 60-Tage-Frist des § 69 KO Sanierungsversuche unternimmt, in Bezug auf eine allfällige Gläubigerbenachteiligung zu untersuchen ist, ob er bei Anwendung jener objektiv zu beurteilenden Sorgfalt, die den Fähigkeiten und Kenntnissen, welche von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig üblicherweise erwartet werden können, entspricht, und die ein im kaufmännischen Leben erforderliches Eingehen wirtschaftlicher Risiken nicht ausschließt, *überzeugt sein durfte, dass sein Sanierungskonzept aussichtsreich und dessen Verwirklichung ernsthaft möglich sein werde*.¹⁴⁾

Unternimmt demnach der Geschäftsführer einer insolventen Gesellschaft – bei pflichtgemäßer Sorgfalt als aussichtsreich und realisierbar erscheinende – Sanierungsversuche, so ist ihm im Fall ihrer Inanspruchnahme dazu nicht nur die unterbliebene Einleitung eines Insolvenzverfahrens *nicht* vorzuwerfen. Vielmehr ist ihm zudem (in teleologischer Reduktion des hier aktuellen Straftatbestands) auch die Abwicklung der zur Erhaltung und Fortführung seines Unternehmens erforderlichen Geschäfte erlaubt. Die ihm eingeräumte 60-tägige Frist beginnt jedenfalls mit Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit.¹⁵⁾

11) Vgl hierzu die von *Gelbmann* angestellten Überlegungen in Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.

12) Vgl WK² § 159 Rz 23; 11 Os 23/89, SSt 61/1; RIS-Justiz RS0095128.

13) Vgl hierzu *Dellinger*, ZIK 1997, 8.

14) OGH 3 Ob 520/86, SZ 60/244 = RdW 1988,44 = wbl 1988,96 = ÖBA 1988,397; 6 Ob 508/86 (6 Ob 509/86), wbl 1988,129 (*Wilhelm*) = RdW 1988,130 = ÖBA 1988,828 (Anm *Apathy*); 8 Ob 502/88, ÖBA 1989,830 = wbl 1989,225; 2 Ob 553/90; 11 Os 87/90; 9 Ob 24/04 a; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz § 69 KO Rz 23; *Karollus/Huemer*, Fortführungsprognose [2006].

15) Vgl OGH 12 Os 124/89; 15 Os 120/90.

Wendet man diese für die Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften entwickelten Grundsätze richtigerweise auch auf den Vorstand des gegenständlichen Vereines bzw das von den Vereinorganen entwickelte Sanierungskonzept an, könnte sich im vorliegenden Fall ein verändertes Haftungsszenario ergeben. Denn in diesem Fall wäre der Straftatbestand des § 159 StGB jedenfalls bis zum Zeitpunkt von 60 Tagen nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit teleologisch zu reduzieren. Nimmt man den im Urteil mehrfach genannten Zeitpunkt 30. 6. 2001 als jenes Datum an, zu dem die Zahlungsunfähigkeit des Vereins tatsächlich eingetreten war, und berücksichtigt man, dass Verträge mit Spielern für die kommende Saison (diesfalls 2001/2002) üblicherweise zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen sind bzw noch vor Ablauf der 60-Tage-Frist abgeschlossen wurden, so erscheint es fraglich, ob den Vereinsorganen tatsächlich ein Vorwurf für die Unterhaltung eines teuren Spielerkaders gemacht werden kann, da dieser geradezu Voraussetzung für den „Unternehmensfortbetrieb“ war bzw gewesen sein dürfte.

D. Weites Ermessen im Sanierungsfall

Das mehr oder weniger kommentarlose Übergehen der vorliegenden Sanierungsproblematik ist jedoch nicht der einzige Punkt, der Anlass zur Kritik an der vorliegenden E bietet. Tatsächlich kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, als wäre der OGH bei der Entscheidungsfindung wieder zu dem Meinungsstand vor der Kridareform¹⁶⁾ zurückgekehrt. Es scheint, als würde der OGH angesichts des von den früheren Vereinsorganen hinterlassenen Schuldenbergs und des großen medialen Interesses nicht – wie dies geboten wäre – aus der Sicht *ex ante*, sondern mit der „Weisheit des Rückblicks“ aus der Sicht *ex post* beurteilen.¹⁷⁾ Denn dort, wo es um die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Standards zur Determinierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit geht, ignoriert der OGH die jüngsten Entwicklungen in der höchstgerichtlichen Spruchpraxis zur Haftung von Organmitgliedern beharrlich.

So berücksichtigt er nicht, dass die Judikatur in den letzten Jahren dazu übergegangen ist, den Organmitgliedern bei ihren unternehmerischen Entscheidungen ein *weites Beurteilungs- und Ermessensermessen* zuzugestehen, ohne welches eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.¹⁸⁾ Die Judikatur betont auch, dass die Beteiligung am Geschäftsleben eben ein *spekulatives Element* beinhaltet.¹⁹⁾ Nicht jedes verlustbringende Geschäft kann daher als Verschulden zugerechnet werden. Damit, dass eine Maßnahme für die Gesellschaft ungünstig ausfallen kann, muss gerechnet werden.²⁰⁾ Auch darf der Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt werden.²¹⁾ Nur die *eklatante Überschreitung des Ermessensspielraums ist haftungsbegründend*.²²⁾

Anstelle diese gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsstandards und Beurteilungskalküle bei der Unternehmensfortführung anzuwenden, lässt sich der OGH auf heftig kritisierte Ansichten vor der Kridareform²³⁾ zurückfallen, indem er – wiederum völlig undifferenziert – judiziert, dass „im Hoffen auf ein sportlich und

wirtschaftlich sehr attraktives Ziel keinesfalls ein aus dem Anwendungsbereich des § 159 StGB ausgeklammertes unternehmerisches Wagnis erblickt werden [könne], das die Annahme eines grob sorgfaltswidrigen Handelns ausschließen würde“.

Hier verkennt der OGH das zulässige Geschäftsrisiko eindeutig: Denn im Fußballvereinssport bedingt das Erreichen sportlicher Ziele ja gerade den wirtschaftlichen Erfolg; umgekehrt bedeutet sportliche Erfolglosigkeit erhebliche finanzielle Einbußen in Bezug auf Zuschauereinnahmen, TV-Gelder und Sponsorverträge. Selbst der sorgfältigste Vereinsvorstand geht bei der alljährlichen Zusammenstellung des Spielerkaders ein wirtschaftliches Wagnis ein, da er nicht wissen, sondern nur hoffen kann, dass die Mannschaft tatsächlich erfolgreich sein wird und sich die Ausgaben für Spielerverpflichtungen durch sportlichen Erfolg bezahlt machen werden. Die Hoffnung auf Erfolg ist so gut wie immer Motiv des unternehmerischen Wagnisses. Das gilt für die allermeisten gewerblichen und industriellen Unternehmen gleichermaßen. Richtigerweise stellt sich daher die Frage, welche Anforderungen an die „Hoffnung“ zu richten sind, die den Organwalter berechtigt, ein konkretes unternehmerisches Wagnis einzugehen. Freilich kann die Hoffnung als solche nicht als haftungsrechtlicher Persilschein herhalten, um de facto Unrealistisches anzustreben. Tatsächlich ist stets danach zu fragen, inwieweit sich der jeweilige Entscheidungsträger berechnete Hoffnungen machen darf oder – anders formuliert – wie wahrscheinlich es ist, dass sich die gehegten Hoffnungen erfüllen. Derartige Fragen sind aber allesamt betriebswirtschaftlicher Natur, die weder der Buchsachverständige noch der bloße Jurist – sohin auch nicht der bloß zum Juristen ausgebildete Richter – allein lösen kann und darf.

Zur Beurteilung dieser Wahrscheinlichkeit ergeben sich im vorliegenden Fall folgende Ansatzpunkte: Der betreffende Verein war zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens bereits zum dritten Mal hintereinander österreichischer Fußballmeister geworden; der Gewinn der österreichischen Fußball-

16) BGBl I 2000/58.

17) Vgl hierzu *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 27.

18) Vgl hierzu *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 26, OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01, RdW 2002, 342/350 = wbl 2002, 325/227 = GesRZ 2002, 86 = ecolex 2003, 34; OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02 s – *Rieger Bank*, RdW 2003, 448/377; OGH 25. 7. 2000, 10 Ob 104/00 t, RDW 2000, 734/724; BGH 21. 4. 1999 – *Arag/Garmenbeck*, BGHZ 135, 244, 253 = NJW 1997, 1926 = ZIP 1997, 883 = ecolex 1998, 774; ua.

19) So etwa OGH 23. 11. 2000, MietSlg 52.171/29 = immolex 2001/30 = wobl 2001/57; RdW 1999, 589; JBl 1982, 142.

20) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01 k; BGH BGHZ 69, 207, 213.

21) OGH 17. 10. 2003, 1 Ob 20/03 k, Ges 2004, 33.

22) Vgl hierzu ebenso *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 26 unter Verweis auf OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01 k, RdW 2002, 342/350 = wbl 2002, 325/227 = GesRZ 2002, 86 = ecolex 2003, 34; OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02 s – *Rieger Bank*, RdW 2003, 448/377; BGH 21. 4. 1999 – *Arag/Garmenbeck*, BGHZ 135, 244.

23) Siehe *Dellinger*, ecolex 1998, 287; *Rainer*, RZ 1994, 127; *Bertel*, Fährliche Krida und freie Wirtschaft, wbl 1995, 60 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I Rz 2/464, und *ders*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 76.

meisterschaft berechtigt zur Teilnahme an den Qualifikationsspielen zur UEFA Champions League; die Qualifikation zur UEFA Champions League hätte wegen der zu erwartenden hohen Einnahmen aus TV-Rechten und UEFA-Prämien offenkundig die finanzielle Sanierung des Vereins bewirkt oder bewirken können; der Verein war in den beiden der Konkurseröffnung vorangegangenen Jahren jeweils nur äußerst knapp in diesen Qualifikationsspielen gescheitert; dem Verein stand eine hervorragende und erfolgreiche Mannschaft zur Verfügung, von der wegen ihrer Überlegenheit in den vergangenen Spielsaisonen allseits angenommen werden durfte, dass die laufende Meisterschaft (2001/2002) neuerlich gewonnen werde (was im Übrigen – zum dritten Mal in Folge – auch geschehen ist).

Ausgehend von diesen Prämissen wird man den drei angeklagten Vereinsorganen – jedenfalls für das Spieljahr 2001/2002 – wohl zugestehen müssen, dass sie ihr Sanierungskonzept – nämlich einen hochwertig besetzten, „qualifikationstauglichen“ Spielerkader zusammenzustellen bzw zu behalten und durch sportlichen Erfolg die wirtschaftliche Sanierung zu erreichen – *ex ante betrachtet* als *aussichtsreich* und dessen

Verwirklichung ernsthaft möglich halten durften. Keinesfalls kann davon ausgegangen werden, dass ein derartiges Sanierungskonzept auf einer grob fahrlässigen Fehleinschätzung der Erfolgchancen beruht, schon gar nicht vom Vorliegen einer eklatanten Überschreitung des den Vereinsorgans zukommenden Ermessensspielraums. Das tatsächliche Vorliegen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist daher ernsthaft in Frage zu stellen und das Urteil dogmatisch verfehlt.

SCHLUSSTRICH

Die Ehrenamtlichkeit der Tätigkeit leitender Vereinsfunktionäre ist auch bei ihrer Haftung gegenüber Dritten zu berücksichtigen. Das sanierungspflichtige Leitungsorgan kann sich in der Insolvenzsituation auf einen reduzierten Haftungsmaßstab berufen. Den handelnden Organmitgliedern kommt bei ihren unternehmerischen Entscheidungen ein weites Beurteilungs- und Ermessungsermessens zu, nur eine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraums ist haftungsbegründend.