

**ÖSTERREICHISCHER STÄDTEBUND
WORKSHOP KOMMUNALER AUFSICHTSRAT**

MODUL 1

**RECHTE UND PFLICHTEN
VON GESCHÄFTSLEITUNG UND AUFSICHTSRAT**

c u b e r
Rechtsanwälte



1. Rechte und Pflichten der Geschäftsführung, der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates – klare Rollenbilder

1.1. Geschäftsführung – Rechte und Pflichten

Die Geschäftsführung obliegt den Geschäftsführern; das sind sämtliche Maßnahmen und Vorkehrungen, die notwendig sind, um den **Gesellschaftszweck** mit den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln **zu erreichen**.

Die Grenzen der Geschäftsführung ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag, insbesondere dem Unternehmensgegenstand, Weisungen der Generalversammlung und des Aufsichtsrats und Zustimmungspflichten anderer Organe. Ebenso kann der Anstellungsvertrag Beschränkungen enthalten.¹

Geschäftsführer haben die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anzuwenden (§ 25 Abs. 1 GmbHG). Sie haften grundsätzlich nur der Gesellschaft, nicht aber einzelnen Gesellschaftern oder Gläubigern.²

Die Geschäftsführer vertreten die GmbH **gerichtlich und außergerichtlich** (§ 18 Abs. 1 GmbHG); ebenso vor den **Verwaltungsbehörden** und **gegenüber den Gesellschaftern**. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ist unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 20 Abs. 2 GmbHG) – im Gesellschaftsvertrag oder einer Geschäftsordnung enthaltene Beschränkungen berühren nur das Innenverhältnis, nicht aber die Gültigkeit von Geschäften im Außenverhältnis.³

Wettbewerbsverbot. Ohne Einwilligung der Gesellschaft dürfen Geschäftsführer weder Geschäfte im Geschäftszweig für eigene oder fremde Rechnung machen, noch bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweigs als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt sein oder das Amt eines Mitglieds im Exekutiv- oder

¹ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/177.

² Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/234.

³ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/200.

Aufsichtsorgan bekleiden. Eine Ausnahme ist durch Beschluss der Gesellschafter zu bewilligen (§ 24 GmbHG).⁴

Ausfluss der Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer ist, dass **Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse** geheim zu halten sind.⁵

Die Generalversammlung kann den Geschäftsführern **bindende Weisungen** erteilen. Einzelne Gesellschafter haben kein Weisungsrecht.⁶

Sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält, steht die **Geschäftsführung** allen Geschäftsführern gemeinsam zu (§ 21 Abs. 1 GmbHG). Es bedarf einstimmiger Beschlüsse, bei Kenntnis von der Geschäftsführungsmaßnahme gilt mangelnder Widerspruch als stillschweigende Zustimmung. Nur bei Gefahr im Verzug ist jeder Geschäftsführer allein zu Geschäftsführungsmaßnahmen berechtigt (§ 21 Abs. 1 GmbHG).⁷

Die Regelung der Geschäftsführung ist im GmbHG dispositives Recht; eine Ressortverteilung ist möglich. Für bestimmte Bereiche besteht **zwingend Gesamtverantwortung** aller Geschäftsführer:

- Sie haben dafür Sorge zu tragen, dass ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem geführt wird, das den Anforderungen des Unternehmens entspricht (§ 22 Abs. 1 GmbHG).
- Die Geschäftsführer sind für die Erfüllung der Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat verantwortlich (§ 28a GmbHG). Neben den Quartalsberichten und dem Jahresbericht besteht insbesondere auch bei wichtigem Anlass eine Pflicht zur unverzüglichen Berichterstattung. Es ist auch über Umstände zu berichten, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind (Sonderbericht). Daneben trifft die Geschäftsführer auf Verlangen des Aufsichtsrats eine Pflicht zur Berichterstattung (§ 30j Abs. 2 GmbHG).

⁴ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/215f.

⁵ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/219.

⁶ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/179.

⁷ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/182.

- Den Geschäftsführern obliegen die Anmeldungen zum Firmenbuch (insb. § 26 GmbHG).
- Die Geschäftsführer sind für die Einberufung der Generalversammlung verantwortlich; insbesondere bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§§ 36 ff GmbHG).
- Tritt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein, so müssen die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage danach, die Insolvenzeröffnung beantragen.⁸

Weisungen des Aufsichtsrats sind nur zulässig, wenn der Aufsichtsrat im Gesellschaftsvertrag oder durch einen Gesellschafterbeschluss hierzu ermächtigt wird.⁹

Die Geschäftsführer können unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats unverzüglich den **Aufsichtsrat einberuft**. Die Sitzung muss binnen 2 Wochen nach der Einberufung stattfinden.

Wird dem von den Geschäftsführern geäußertem Verlangen nicht entsprochen, können die Antragsteller unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen (§ 30i GmbHG).

1.2. Aufsichtsrat – Rechte und Pflichten

Der Aufsichtsrat hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes die **Geschäftsführung zu überwachen**. (§ 30j Abs. 1 GmbHG, § 33 iVm § 25 Abs. 1 GmbHG)

Er hat mindestens viermal im Jahr zu **Sitzungen** zusammenzutreten¹⁰ (§ 30i Abs. 3 GmbHG).

⁸ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/183ff.

⁹ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/192.

¹⁰ Durch die Klarstellung, dass die Aufsichtsratssitzungen vierteljährlich stattzufinden haben, sollte die Erreichung der Mindestanzahl an Sitzungen durch die Abhaltung mehrerer Sitzungen an einem Tag verhindert werden – Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz 4/266.

Der Aufsichtsrat hat den vom Vorstand aufgestellten **Jahresabschluss**, den Lagebericht und den Gewinnvorschlag des Vorstands zu **prüfen** und darüber der Gesellschafterversammlung zu berichten (§ 30k Abs. 1 GmbHG). In diesem Bericht hat er auch über seine Prüfungstätigkeit während des Geschäftsjahres und gegebenenfalls über die Prüfungsergebnisse des Abschlussprüfers zu berichten (§ 30k Abs. 2 GmbHG).

Der Aufsichtsrat kann jederzeit vom Vorstand einen **Bericht verlangen**; auch ein einzelnes Mitglied kann einen Bericht – jedoch nur an den Aufsichtsrat – durchsetzen, wenn es von einem weiteren Mitglied unterstützt wird. Der Vorsitzende benötigt keine Unterstützung. Ebenso können zwei Arbeitnehmervertreter den Bericht erzwingen (§ 30j Abs. 2 GmbHG, § 110 Abs. 3 ArbVG).

Der Bericht des Abschlussprüfers ist jedem einzelnen Mitglied des Aufsichtsrats auszuhändigen (§ 273 Abs. 3 UGB), es sei denn die Aufsichtsratsmitglieder stimmen einer anderen Vorgehensweise ausdrücklich zu.¹¹

Der Aufsichtsrat kann die **Bücher und Papiere einsehen** sowie die Bestände der Gesellschaftskasse, Wertpapiere und Waren untersuchen und mit diesen Aufgaben einzelne Mitglieder oder Sachverständige beauftragen (§ 30j Abs. 3 GmbHG).

Jedes Aufsichtsratsmitglied (oder die Geschäftsführer) können unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats **unverzüglich den Aufsichtsrat einberuft**. Die Sitzung muss binnen 2 Wochen nach der Einberufung stattfinden.

Wird einem von mindestens 2 Aufsichtsratsmitgliedern (oder von den Geschäftsführern) geäußerten Verlangen nicht entsprochen, können die Antragsteller unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen (§ 30i GmbHG).

Der Aufsichtsrat hat eine **Generalversammlung einzuberufen**, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert (§ 30j Abs. 4 GmbHG).

¹¹ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz 4/266.

Der Aufsichtsrat hat **nachfolgende Geschäfte zwingend zu genehmigen**¹² (§ 30j Abs. 5 GmbHG):

- Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben;¹³
- Erwerb, Veräußerung, Belastung von Liegenschaften, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört;¹⁴
- Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen;
- Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;¹⁵
- Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;¹⁶
- Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört;¹⁷
- Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten;
- Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;
- Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an Geschäftsführer und leitende Angestellte iSd § 80 Abs. 1 AktG 1965
- der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat;
- die Übernahme einer leitenden Stellung (§ 80 AktG 1965) in der Gesellschaft innerhalb von 2 Jahren nach Zeichnung des Bestätigungsvermerks durch den

¹² Die Erteilung der Prokura fehlt, da diese Entscheidung gemäß § 35 Abs. 1 Z. 4 GmbHG der Gesellschafterversammlung vorbehalten ist, was allerdings durch den Gesellschaftsvertrag abbedungen werden kann - *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/268.

¹³ Der Gesellschaftsvertrag kann Betragsgrenzen vorsehen. Unterbleibt dies, so sind die Maßnahmen unabhängig von der Betragshöhe genehmigungspflichtig. Eine Festlegung in der Geschäftsordnung genügt nicht - *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/269.

¹⁴ Anm. siehe FN 13.

¹⁵ Anm. siehe FN 13.

¹⁶ Anm. siehe FN 13.

¹⁷ Anm. siehe FN 13.

Abschlussprüfer, durch den Konzernabschlussprüfer, durch den Abschlussprüfer eines bedeutenden verbundenen Unternehmens oder durch den den jeweiligen Bestätigungsvermerk unterzeichnenden Wirtschaftsprüfer sowie eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion der Prüfung ausübt, soweit dies nicht gemäß § 271c UGB untersagt ist.

Der Gesellschaftsvertrag oder der Aufsichtsrat kann anordnen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden (§ 30j Abs. 5 GmbHG).

§ 30j GmbHG gibt dem Aufsichtsrat nicht die Möglichkeit, die von der Geschäftsführung geplanten Maßnahmen endgültig zu blockieren. Die Gesellschafter können nämlich einen **gegenteiligen Weisungsbeschluss** fassen.¹⁸

Die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber zulassen, dass ein Aufsichtsratsmitglied ein anderes schriftlich mit seiner Vertretung bei einer einzelnen Sitzung betraut; ein so vertretenes Mitglied ist bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit einer Sitzung nicht mitzuzählen. Das Recht, den Vorsitz zu führen, kann nicht übertragen werden (§ 30j Abs. 6 GmbHG).

Der Aufsichtsrat ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von **Rechtsgeschäften** mit den Geschäftsführern zu vertreten und gegen diese durch Gesellschafterbeschluss beschlossene **Rechtsstreitigkeiten** zu führen (§ 30i Abs. 1 GmbHG).

Treuepflicht. Alle Aufsichtsratsmitglieder haben ihr Amt **weisungsfrei** und in eigener Verantwortung auszuüben. Dies gilt sowohl für Kapital- als auch für Arbeitnehmervertreter.

Das Aufsichtsratsmitglied hat sich bei seiner Tätigkeit primär am Unternehmenswohl zu orientieren; eine Berücksichtigung von Eigeninteressen bzw. den Interessen eines

¹⁸ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/196.

fremden Unternehmens, einer anderen Institution oder einer politischen Partei zum Schaden der Gesellschaft verstößt gegen die Treuepflicht.

Es ist dennoch anerkannt, dass sie die Interessen der Entsender oder der nominierungsberechtigten Personen in die Gesellschaft einbringen. Eine Vorgabe kann jedoch immer nur allgemeine Richtlinien betreffen, da die Vorschreibung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens jedenfalls unzulässig ist.¹⁹

Bei Interessenskonflikten gebietet die Treuepflicht, von sich aus der Stimme zu enthalten bzw. eine Stimme iSd Unternehmenswohls abzugeben.

Hindert eine **Interessenskollision** das Aufsichtsratsmitglied **dauerhaft** an der Amtsausübung, hat es die Aufsichtsratsfunktion niederzulegen.²⁰

Anzumerken ist jedoch, dass das Unternehmensinteresse keine konstante Größe ist, sondern sich im Laufe der Zeit verändert und unterschiedlich zu beurteilen ist. Dementsprechend gehört es auch zur Aufgabe des Aufsichtsrates, gegebenenfalls gemeinsam mit dem Vorstand, das Unternehmensinteresse ständig neu zu ermitteln.²¹

Wettbewerbsverbot. Eine gesetzliche Bestimmung zu einem Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder fehlt. Allerdings hat die allgemeine Treuepflicht auch für die Behandlung von Wettbewerbssituationen Relevanz: Ein Aufsichtsratsmitglied, dem eine Geschäftschance aufgrund seiner Aufsichtsratsfunktion zugänglich oder erleichtert wird, darf diese Geschäftschance der Gesellschaft nicht wegnehmen.

Geschäftsgeheimnisse dürfen nicht im eigenen oder fremden Interesse ausgenützt werden.²²

Verschwiegenheitspflicht. Keine ausdrückliche Regelung vorhanden, sie wird aus der Sorgfaltspflicht abgeleitet und ergibt sich auch aus dem Auftragsverhältnis

¹⁹ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 20.

²⁰ Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 46ff.

²¹ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 21f.

²² Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 46ff.

zwischen Gesellschaft und Aufsichtsratsmitglied.²³ Nach hM werden auch das Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis in die Verschwiegenheitspflicht miteinbezogen. Dritten darf in die Sitzungsniederschrift nicht Einsicht gewährt werden.²⁴

Die Aufsichtsratsmitglieder müssen grundsätzlich auch **vertrauliche Informationen Dritter** geheim halten, wenn die Gesellschaft zur Geheimhaltung dieser Informationen verpflichtet ist.²⁵

1.3. Gesellschafterversammlung – Rechte und Pflichten

Die Gesellschafter bilden in der Generalversammlung das **oberste Willensbildungsorgan der GmbH**. Die Generalversammlung kann auch über Fragen, die an sich in die Kompetenz anderer Organe gehören, Entscheidungen treffen. Sie kann aufgrund des gesellschaftlichen Organisationsprinzips jederzeit aus eigener Initiative Angelegenheiten an sich ziehen.

Der Generalversammlung kommt ein umfassendes **Weisungsrecht** zu.

Zuständigkeiten der Generalversammlung:

- Die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses.
- Die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen.
- Die Rückzahlung von Nachschüssen.
- Die Erteilung von Prokura und Handelsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb.
- Die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung.
- Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche die Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen die Geschäftsführer, deren Stellvertreter oder den Aufsichtsrat zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, wenn die Gesellschaft weder durch die Geschäftsführer noch durch den Aufsichtsrat vertreten werden kann.

²³ *Straube/Rauter* in *Straube* (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 49.

²⁴ *Straube/Rauter* in *Straube* (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 50ff.

²⁵ *Straube/Rauter* in *Straube* (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 52.

- Der Erwerb von Anlagen und unbeweglichen Gegenständen.
- Entlastung der Geschäftsführung und eines allfälligen Aufsichtsrates.
- Änderungen des Gesellschaftsvertrages.
- Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals - Mehrheit ca. 75 % der abgegebenen Stimmen und notarielle Beurkundung.
- Im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Beschlussgegenstände.

2. Leitung und Überwachung – Inhalte, Abstufung, Mittel

Der Aufsichtsrat hat die **Geschäftsführung zu überwachen** (§ 30j Abs. 1 GmbHG).

Zielgruppe ist der (Gesamt-)Vorstand. Gegenstand der Überwachung ist die Geschäftsführung - dies bezieht sich auf das Management im Allgemeinen, die Geschäftsgebahrung, die Geschäftsentwicklung und in der Unternehmenskrise insbesondere auch die Unternehmensplanung, Koordinierung und Kontrolle der Tätigkeit der Geschäftsleitung sowie die internen Informations- und Berichtspflichten.²⁶ Nachgeordnete Unternehmensbereiche unterliegen nicht der unmittelbaren Aufsicht des Aufsichtsrats.²⁷

Der Aufsichtsrat hat seine **Überwachungstätigkeit** stets der jeweiligen Lage und den Erfordernissen der Gesellschaft **anzupassen** und darf nicht erst in der Unternehmenskrise verstärkt tätig werden. Dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab entsprechend muss somit der Aufsichtsrat die konkrete Situation berücksichtigen („erhöhte Gefahr erfordert erhöhte Aufmerksamkeit“).²⁸

Der Aufsichtsrat hat bei seiner Überwachungsaufgabe den dem Vorstand bei der Leitung des Unternehmens zustehenden **Ermessensspielraum** zu respektieren. Der Aufsichtsrat ist daher nicht verpflichtet oder berechtigt, das Verhalten des Vorstands

²⁶ *Jaufer/Gärtner* in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 4.

²⁷ *Kalss* in Aufsichtsrat aktuell 4/2011, Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand, Seite 5.

²⁸ *Jaufer/Gärtner* in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 4.

allein deswegen zu beanstanden, weil er selbst als Geschäftsführer oder Geschäftsleiter anders handeln würde.²⁹

Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte nach § 30j GmbHG (siehe oben).

Durch die Satzung oder einen Aufsichtsratsbeschluss können zusätzlich zu den gesetzlichen Genehmigungsfällen bestimmte Arten von Geschäften an die beschlussmäßige Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden werden. Der Aufsichtsrat ist zu solchen Handlungen sogar verpflichtet, um dadurch die einwandfreie Geschäftsführung zu sichern.³⁰

Instrumente der Überwachung:

- *Anforderungsbericht (§ 30j Abs. 2 GmbHG)*³¹

Der Aufsichtsrat hat das Recht und die Pflicht, einen Bericht von der Geschäftsleitung über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzern zu verlangen. Bei einem allfälligen weiteren Informationsbedarf ist der Aufsichtsrat verpflichtet, nachzuhaken und einen ergänzenden Bericht zu verlangen. Ansonsten macht er sich (zivilrechtlich) haftbar.

Die Geschäftsleitung hat jede Information, die für die Ausübung der Überwachungspflicht erforderlich ist, auch tatsächlich zu erteilen.

Jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats hat Anspruch auf Kenntnisnahme des Inhalts und grundsätzlich auf Aushändigung des schriftlichen Berichts, außer der Aufsichtsrat beschließt das Gegenteil.

²⁹ Kalss in Aufsichtsrat aktuell 4/2011, Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand, Seite 5.

³⁰ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/192.

³⁰ Jaufer/Gärtner in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 4f.

³¹ Jaufer/Gärtner in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 5.

Grundsätzlich kann jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied von der Geschäftsleitung einen Bericht verlangen. Lehnt die Geschäftsleitung die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nur dann verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt. Für den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, seinen Stellvertreter bzw. einen Aufsichtsratsausschuss besteht insbesondere die Erweiterung, als diese einen Bericht auch ohne Unterstützung eines anderen Aufsichtsratsmitglieds verlangen können.

- *Bucheinsicht etc.*

Der Aufsichtsrat kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen, er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen. (§ 30j Abs. 2 GmbHG)

- *Augenscheinrecht/Sonderprüfung*³²

Die Geschäftsleitung hat dem Aufsichtsrat den Jahresabschluss zur Prüfung vorzulegen; daneben besteht die Möglichkeit der jederzeitigen Einsicht in die Bücher der Gesellschaft, wodurch die Kompetenz zur Prüfung der ordnungsgemäßen Rechnungslegung festgelegt ist.

Das Einsichtsrecht steht dem Aufsichtsrat als Organ zu und kann nicht von einem einzelnen Mitglied durchgesetzt werden.

Der Aufsichtsrat kann weiters besondere Sachverständige zur Einsicht in die Bücher sowie in die Vermögensgegenstände der Gesellschaft bestellen, um für die Beurteilung von Krisensachverhalten eine dementsprechende Grundlage aufzubereiten. Voraussetzungen dafür sind

³² *Jaufer/Gärtner* in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 5.

eine konkret zu untersuchende Einzelangelegenheit und eine Beschlussfassung des Gesamtaufsichtsrats.

Das Einsichts- und Prüfungsrecht kann durch Zwangsstrafen erzwungen werden.

EXKURS: Suspendierung oder Absetzung eines Vorstandsmitglieds³³

Ob der Aufsichtsrat die Geschäftsführer vorläufig vom Amt suspendieren kann, obwohl eine derartige Kompetenz in § 32 Abs. 4 aF durch die Novelle 1980 gestrichen wurde, ist zweifelhaft, aber eher zu verneinen.³⁴ Fraglich ist, ob eine solche Enthebungskompetenz dem Aufsichtsrat durch Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden kann.

Umfang der Überwachung:

Grundsatz: Der Aufsichtsrat darf sich nicht blind auf die Unterlagen des Vorstands verlassen, er muss ihnen aber auch nicht durchgängig misstrauen.

Abstufung der Pflichtenlage je nach

- Lage der Gesellschaft und
- konkreter Berichtssituation.

Ausgangslage: Die Aufsichtsratsmitglieder dürfen den vom Vorstand erstatteten Berichten grundsätzlich vertrauen, wenn sie ihnen - gemessen an ihrer eigenen Geschäftskennntnis - plausibel erscheinen. Der Aufsichtsrat muss die vom Vorstand vorgelegten Urkunden auf ihre generelle Vollständigkeit und Eignung als

³³ Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/273.

³⁴ Trotz der Streichung könnte aus § 30j Abs. 5 letzter Satz GmbHG mit Größenschluss abgeleitet werden, dass der Aufsichtsrat dem Geschäftsführer bis zur Klärung von Vorwürfen und Entscheidung durch die Generalversammlung die weitere Tätigkeit untersagen kann; gegen eine solche Suspendierungsbefugnis kann vorgebracht werden, dass die Abberufung den Gesellschaftern zukommt und diese ihre Interessen im Weg einer Einstweiligen Verfügung wahren können. Vgl. dazu auch Geppert, GesRZ 1984, 77 (81ff mwN).

Entscheidungsgrundlage prüfen. Ergibt sich daraus ein vollständiges Bild, hat er keine weiteren Informationen anzufordern. Der Aufsichtsrat darf sich in einer derartigen Situation mit einer Plausibilitätsprüfung des Vorstandsberichts für ein geplantes Vorhaben begnügen.

Die gesetzliche Konzeption der Anerkennung zulässigen Vertrauens und Verlässenkönnens des Aufsichtsrats auf den Vorstand resultiert daraus, dass die Aufsichtsratsstätigkeit keine hauptberufliche Tätigkeit ist und der eigenen Informationsbeschaffung enge Grenzen gezogen sind.

Die Plausibilitätsprüfung liegt in einem gezielten Nachfragen, d.h. in einem Spezifizierungsbegehren über bestimmte Aussagen oder im Verlangen von Zusatzinformation zu Einzelfragen.³⁵

Gesteigerte Pflicht in Sondersituationen: z.B. wenn der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat eine mangelnde Offenheit erkennen lässt, insbesondere etwa wenn Verdachtsmomente für falsche, erkennbar unvollständige oder irreführende Informationen vorliegen oder wenn ein Vorstand oder Geschäftsführer die Vertrauensbasis gegenüber dem Aufsichtsrat bereits vorher durch Eigenmächtigkeit zerstört hat; wenn eine Unternehmenskrise oder sonstige Krisensituation vorliegt oder besonders riskante Geschäfte eingegangen werden.

Ab Erkennbarkeit der Sondersituation hat der Aufsichtsrat gesteigerte Informations- und Nachforschungspflichten. Ebenso darf sich der Aufsichtsrat ab diesem Zeitpunkt nicht mehr allein auf die Vorstandsinformation verlassen, sondern muss sich auch eine vom Vorstand unabhängige Information beziehen und eigenständige Informationen generieren. Nachforschungspflicht bedeutet, dass der Aufsichtsrat von seinem Recht auf Augenschein Gebrauch machen muss und in bestimmte Unterlagen der Gesellschaft Einsicht nehmen kann.

Beispiel: Krise/Insolvenz³⁶

Notwendige Maßnahmen des Aufsichtsrats

³⁵ Gruber in Aufsichtsrat aktuell 5/2012, Die wichtigsten OGH-Entscheidungen zum Aufsichtsrat in den Jahren 2007 bis 2011, Seite 6f.

³⁶ Kalss, Ausgewählte Fragen zum Aufsichtsrat, Vortrag vom 16. 03. 2012, Seite 21.

- Intensivierung des Kontakts mit dem Vorstand
- Erhöhung der Sitzungsfrequenz
- Einforderung von Berichten
- Einforderung eines Sanierungskonzepts vom Vorstand
- Zustimmungsvorbehalte sind zu verschärfen
- Verstärkte Überwachung des Vorstands
- Beiziehung externer Sachverständiger für Konzept
- Evaluierung der Maßnahmen
- Ggf Herbeiführung personeller Veränderungen im Vorstandsgremium

3. Das Verhältnis des Kontrollgremiums zur Geschäftsleitung

Der Aufsichtsrat ist weder der Vorgesetzte der Geschäftsführer oder des Vorstands noch ein Supergeschäftsführungsorgan.³⁷

Die primäre Verantwortung für die Kontrolle des Unternehmens liegt beim Vorstand und nicht beim Aufsichtsrat. Die Aufsichtsratsüberwachung ist im Verhältnis zur Vorstandskontrolle durch eine wesentlich geringere Kontrollintensität und einen deutlich herabgesetzten Kontrollumfang gekennzeichnet. Während der Vorstand das gesamte Geschehen im Unternehmen zu kontrollieren hat, beschränkt sich die Aufsichtsratsüberwachung auf die Kontrolle der Leitungstätigkeit des Vorstands.³⁸

4. Rolle / Aufgaben der ArbeitnehmervertreterInnen

EXKURS: Drittelbeteiligung

Für je zwei nach dem AktG oder der Satzung bestellte Aufsichtsratsmitglieder ist ein Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden (vgl. § 110 ArbVG). Ist die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder ungerade, so ist ein weiterer Arbeitnehmervertreter zu entsenden, d.h. die ungerade Zahl der Kapitalvertreter ist zum Zwecke der

³⁷ Gruber in Aufsichtsrat aktuell 5/2012, Die wichtigsten OGH-Entscheidungen zum Aufsichtsrat in den Jahren 2007 bis 2011, Seite 5.

³⁸ Gruber in Aufsichtsrat aktuell 5/2012, Die wichtigsten OGH-Entscheidungen zum Aufsichtsrat in den Jahren 2007 bis 2011, Seite 5f.

Berechnung der der Arbeitnehmerschaft zustehenden Aufsichtsratssitze aufzurunden.³⁹

Nur in aktiver Mandatsausübung stehende Belegschaftsvertreter, nicht bloße Ersatzmitglieder und auch nicht schlichte Arbeitnehmer, somit nur gewählte betriebsverfassungsrechtliche Interessensvertreter können als Arbeitnehmersvertreter in den Aufsichtsrat entsandt werden.⁴⁰

Die Arbeitnehmersvertreter üben ihr Amt **ehrenamtlich** aus und haben lediglich Anspruch auf Ersatz der Barauslagen (vgl. § 110 Abs. 3 ArbVG).

Zwei Arbeitnehmersvertreter können im Aufsichtsrat jederzeit vom Vorstand einen **Bericht** über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu Konzernunternehmen verlangen (vgl. § 110 Abs. 3 ArbVG).

Ein Beschluss des Aufsichtsrates über die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Vorstandes bedarf, abgesehen von den allgemeinen Beschlusserfordernissen des Aktiengesetzes, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Mehrheit der nach dem Aktiengesetz 1965 oder der Satzung bestellten Mitglieder. Das gleiche gilt für die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines ersten Stellvertreters. Im Übrigen haben die Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat **gleiche Rechte und Pflichten wie nach dem Aktiengesetz 1965 oder der Satzung bestellte Aufsichtsratsmitglieder** (vgl. § 110 Abs. 3 ArbVG).

Alle Aufsichtsratsmitglieder, so auch Arbeitnehmersvertreter, unterliegen der Verschwiegenheitspflicht. Umstritten ist, in welchem Umfang eine Information des entsendeten Belegschaftsorgans zulässig ist. Die überwiegende gesellschaftsrechtliche Literatur ist diesbezüglich restriktiv, doch sollten Arbeitnehmersvertreter zumindest im Rahmen des Informationsanspruchs gemäß § 108 und § 109 ArbVG dem entsendeten Betriebsrat Informationen weitergeben dürfen.⁴¹

³⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 86 Rz. 8.

⁴⁰ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 86 Rz. 13.

⁴¹ *Straube/Rauter* in *Straube* (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 55.

5. Wahrung Interessen Dritter

Auch Mitglieder des Aufsichtsrats unterliegen **organschaftlichen Treuebindungen**.

Wenngleich für Mitglieder des Aufsichtsrats – mangels einer besonderen Vereinbarung – kein Wettbewerbsverbot gilt, so besteht doch die Verpflichtung, Geschäftsgeheimnisse der GmbH nicht zum eigenen Vorteil oder zu dem eines Dritten, etwas eines anderen Unternehmens, bei welchem das Aufsichtsratsmitglied Geschäftsführer, Gesellschafter oder Arbeitnehmer ist, auszunützen.

Aufsichtsratsmitglieder haben, soweit sie für die GmbH agieren, ihre privaten oder sonstigen Interessen hintanzustellen: Aufsichtsratsmitglieder haben **stets dem Unternehmensinteresse den Vorrang einzuräumen**.⁴²

Die Aufsichtsratsmitglieder müssen grundsätzlich vertrauliche Informationen Dritter geheim halten, wenn die Gesellschaft zur Geheimhaltung dieser Informationen verpflichtet ist.⁴³

6. Aufsichtsrat meets Abschlussprüfer

Im folgenden soll das Verhältnis zwischen dem Aufsichtsrat und dem Abschlussprüfer der Gesellschaft dargestellt werden.

Die Wahl des Abschlussprüfers erfolgt durch die Gesellschafter bzw. Aktionäre; der Aufsichtsrat hat dazu einen Vorschlag über die Wahl zu erstatten.

Ein Wirtschaftsprüfer, der in den Wahlvorschlag aufgenommen werden will, hat vor Erstattung dieses Vorschlages folgendes zu unterbreiten:

- Vorlage einer nach Leistungskategorien gegliederten Aufstellung über das für das vorangegangene Geschäftsjahr von der Gesellschaft erhaltene Entgelt;
- Einbeziehung in ein gesetzliches Qualitätssicherungssystem (A-QSG);

⁴² Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz. 4/427f.

⁴³ Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 52.

-Darlegung von Umständen, die die Befangenheit oder aus Geschlossenheit begründen könnten;

-Erläuterung, welche Maßnahmen getroffen wurden um eine unabhängige und unbefangene Prüfung sicherzustellen.

Der Aufsichtsrat hat unverzüglich nach der Wahl mit dem gewählten Prüfer den Vertrag über die Durchführung der Abschlussprüfung abzuschließen und das Entgelt zu vereinbaren. Das Entgelt hat in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Prüfers und Umfang der Prüfung zu stehen. Prüfungsvertrag und Höhe des vereinbarten Entgelts dürfen an keinerlei Voraussetzungen und Bedingungen geknüpft werden und nicht davon abhängen, ob zusätzliche Leistungen erbracht werden.

Befangenheit und aus Geschlossenheit des Abschlussprüfers:

Gemäß § 271 Abs 2 UGB ist ein Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer ausgeschlossen wenn er zum Beispiel:

- Anteile an der zu prüfenden Gesellschaft besitzt;
- gesetzliche Vertreter oder Mitglied des Aufsichtsrates ist;
- über keine Bescheinigung gemäß § 15 A-QSG verfügt;
- bei der Führung der Bücher oder bei der internen Revision mitgewirkt hat.

Er ist auch ausgeschlossen, wenn er Managementaufgaben wahrgenommen hat oder von ihm Bewertungsleistungen erbracht wurden.

Idealer Ablauf der Prüfung:

Es sollte ein laufender kommunikativer Kontakt während des gesamten Prüfungszeitraums stattfinden. Einerseits informiert der Aufsichtsrat den Abschlussprüfer über aktuelle Unternehmensereignisse, Geschäftsfälle und Risiken, Erkenntnisse zu denen der Aufsichtsrat gelangt ist und andererseits überhaupt über alle Fakten, die für die Wirtschaftsprüfung bedeutsam sein können.

Umgekehrt informiert der Abschlussprüfer den Aufsichtsrat über den Fortschritt der Abschlussprüfung, Zwischenergebnisse und allenfalls zu klärenden Fragen.

Dazu können beispielsweise periodische Sitzungen während des Prüfungszeitraums vereinbart werden.

Mindeststandard:

Der Abschlussprüfer erteilt die Information an den Aufsichtsrat nach Abschluss der Vorprüfung bzw. der Systemprüfungen (eventuell auch unter Berücksichtigung eines Hardclose). Diese Informationen haben komplexe bilanzrechtliche Fragen, Konzernthematiken (IFRS Neuerungen uä) sowie die Information betreffend die Überwachung IKS und Risikomanagementsysteme zu enthalten.

Unmittelbar während oder knapp vor Abschluss der Hauptprüfung werden wechselseitige Erkenntnisse abgestimmt; nachdem das Prüfungsteam noch vor Ort ist, können Prüfungshandlungen erweitert oder adaptiert werden. Gleichzeitig können die ersten Punkte des Management Letters besprochen werden.

Der Abschlussprüfer unterliegt einer **Redepflicht** bei Vorliegen bestimmter Sachverhalte; er muss dann die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, insbesondere auch den Aufsichtsrat unverzüglich informieren. Zu diesen Sachverhalten zählen die Möglichkeit der Bestandsgefährdung des Unternehmens oder des Konzerns bzw. einer wesentlichen Beeinträchtigung der Unternehmensentwicklung.

Desgleichen lösen schwer wiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung diese Redepflicht aus. Gleiches gilt für wesentliche Schwächen bei der internen Kontrolle des Rechnungslegungsprozesses und bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs gem. § 22 Abs 1 Z 1 URG.

Diese Redepflicht ist unverzüglich nach Feststellung berichtspflichtigen Tatsachen durch den Abschlussprüfer auszuüben.

MODUL 2

KNOW-HOW FÜR EINE ERFOLGREICHE AUFSICHTSRATSTÄTIGKEIT

c u b e r

Rechtsanwälte

1. Allgemeines zur Organisation des Aufsichtsrates

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die **gesetzlichen Regelungen** über die innere Ordnung des Aufsichtsrates **zwingend, aber nicht abschließend** sind.

Dadurch hat die Gesellschaft die Möglichkeit, durch Satzung, Geschäftsordnung oder einen sonstigen Verhaltenskodex genauere Regelungen für die innere Ordnung des Aufsichtsrates festzulegen.

Der Aufsichtsrat selbst hat die **Pflicht**, sich so **zu organisieren**, dass er effizient arbeiten kann. Er hat daher nicht nur die Wahl, bestimmte interne Regelungen zu treffen, sondern die Pflicht, innerhalb des regelungsfreien Gebietes Regelungen zu erarbeiten und sich eine Geschäftsordnung zu geben.

Streng davon zu trennen sind allerdings jene im Gesetz vorgesehenen Regelungsmöglichkeiten, die einer Regelung in der Satzung oder im

Gesellschaftsvertrag vorenthalten sind. Auch wenn Satzung oder Gesellschaftsvertrag dazu keine Regelung trifft, kann die Zuständigkeit nicht vom Aufsichtsrat übernommen werden - dazu zählen etwa die Zusammensetzung und Funktionsbeendigung des Organs, die Entlohnung sowie etwaige Vertretungsregelungen.⁴⁴

2. Aufsichtsratssitzung

- Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden

Dem Vorsitzenden obliegt die allgemeine **Leitung des Aufsichtsrates** sowie seiner Mitglieder. Er hat den Aufsichtsrat **einzuberufen und die Sitzungen zu leiten**. Die Sitzungsleitung beinhaltet insbesondere:

- Die mindestens vierteljährliche Einberufung der Sitzungen samt Terminauswahl und Terminabstimmung mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern,
- die Vorbereitung der Aufsichtsratssitzung samt Festlegung der Tagesordnungspunkte,
- die rechtzeitige Benachrichtigung aller Mitglieder über die Tagesordnungspunkte im Vorfeld der Sitzung sowie die Bereitstellung ausreichender Information betreffend die einzelnen Beratungs- und Beschlussgegenstände,
- die Eröffnung der Aufsichtsratssitzung,
- die Führung des Aufsichtsratssitzungsprotokolls, wobei diese Aufgabe einem anderen Aufsichtsratsmitglied übertragen werden kann - in der Praxis werden mit Zustimmung des Aufsichtsrates auch aufsichtsratsfremde Protokollführer eingesetzt,

⁴⁴ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 9ff.

- die Feststellung der Anwesenheit der Teilnehmer, der für die Abwicklung der Tagesordnung erforderlichen Beschlussfähigkeit und der ordnungsgemäßen Ladung zu Sitzung,
- die Feststellung allfälliger Wünsche zur Ergänzung der Tagesordnung sowie die Entscheidung über eine beantragte Änderung der Tagesordnung,
- die Entscheidung über die Reihenfolge der Redner sowie der Anträge, über die abgestimmt wird und über die Abstimmungsart,
- die Entziehung der Stimmberechtigung einzelner Aufsichtsratsmitglieder zum Schutz der Gesellschafter bei Interessenskollision sowie allenfalls der Ausschluss von der Sitzung,
- die Unterfertigung der Niederschrift über die Sitzung,
- die Entscheidung über die Erforderlichkeit zusätzlicher Sitzungen oder ergänzender Kommunikation zwischen den Mitgliedern.⁴⁵

- Teilnehmer

An den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse dürfen Personen, die weder dem Aufsichtsrat angehören noch Geschäftsführer sind, nicht teilnehmen (§ 30 h Abs. 1 GmbHG).

Geschäftsführer dürfen an der Sitzung teilnehmen, haben darauf aber keinen Anspruch. Auf Verlangen des Aufsichtsrats sind sie zur Teilnahme verpflichtet. In diesem Fall sind sie befugt, das Wort zu ergreifen und Protokollierung zu verlangen.⁴⁶

- Anzahl der Sitzungen

Der Aufsichtsrat muss **mindestens viermal im Geschäftsjahr** eine Sitzung abhalten (§ 30 i Abs. 3 GmbH). Abgesehen von diesen vier Sitzungen liegt eine

⁴⁵ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 13ff.

⁴⁶ Koppsteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30h Rz 2.

Ermessensentscheidung vor, ob weitere Sitzungen einberufen werden. Sie ist daran zu orientieren, ob die korrekte Aufgabenerfüllung eine Sitzung erforderlich macht oder nicht.⁴⁷

- Einberufungskompetenz

Die Zuständigkeit zu Einberufung der Aufsichtsratssitzung liegt grundsätzlich beim **Vorsitzenden** des Aufsichtsrats.

Jedes **Aufsichtsratsmitglied** oder die **Geschäftsführer** können (formlos) verlangen, dass eine Sitzung einberufen wird (§ 30i Abs. 1 GmbHG). Bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer ist dafür ein entsprechender Beschluss notwendig.

Wird einem von mindestens zwei Aufsichtsratsmitgliedern oder von den Geschäftsführern geäußertem Verlangen nicht entsprochen, so können die Antragsteller unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen (§ 30i Abs. 2 GmbHG).

Das Einberufungsverlangen muss den Zweck der Sitzung, die Gegenstände der Beratung und Entscheidung sowie deren Gründe angeben. Zu sagen ist, warum eine Sitzung und warum sie sofort stattfinden muss.

Die Konsequenz eines ordnungsgemäßen Einberufungsverlangens besteht darin, dass eine Sitzung einzuberufen ist und zwar ohne Verzug. Sie muss innerhalb von zwei Wochen nach Einberufung stattfinden.

Rechtsmissbräuchlichen Einberufungsverlangen braucht der Vorsitzende nicht stattzugeben.⁴⁸

⁴⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30i Rz 2.

⁴⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30i Rz 3.

Die Einberufung ist **gesetzlich an keine Form gebunden**.

Doch empfiehlt es sich, im Gesellschaftsvertrag oder der Geschäftsordnung Schriftlichkeit oder gar die Form des rekommandierten Schreibens vorzusehen. Auch über die Einberufungsfrist sagt das Gesetz nichts. Doch muss sie so lang bemessen sein, dass die Mitglieder sich einrichten und vorbereiten können. Mehr als zwei Wochen können aber wohl nicht verlangt werden. Auch zu diesem Punkt ist es zweckmäßig, im Gesellschaftsvertrag oder der Geschäftsordnung Klärendes zu sagen.⁴⁹

- Inhalt der Einberufung

Zum Inhalt der Einberufung gehören **Ort und Zeit der Sitzung**. Ein anderer Ort als der feste Sitz der Gesellschaft darf in den Grenzen der Zumutbarkeit nur bestimmt werden, wenn es dafür Gründe gibt oder alle Aufsichtsratsmitglieder zustimmen.

Erforderlich ist auch eine **Tagesordnung**, das heißt die Mitteilung der Beratungs- und Beschlussgegenstände.

Das folgt daraus, dass jedes Mitglied des Aufsichtsrats die Möglichkeit haben muss, sich auf die Sitzung vorzubereiten. Der Vorsitzende kann die Tagesordnung nachreichen oder ergänzen, sofern dies noch unter Fristwahrung möglich ist.

Ergänzungen der Tagesordnung können auch von Mitgliedern des Aufsichtsrats oder der Geschäftsordnung durchgesetzt werden. Das gilt wiederum mit dem Vorbehalt, dass bei sofortigem Vorgehen des Vorsitzenden die angemessene oder vorgeschriebene Einberufungsfrist gewahrt werden kann. Ansonsten bedarf es der Zustimmung aller Mitglieder des Aufsichtsrats.

⁴⁹ Koppsteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30i Rz 8.

Sofern dies für eine sachadäquate Vorbereitung der Sitzungen erforderlich ist, müssen den Mitgliedern des Aufsichtsrats **entsprechende Unterlagen** zur Verfügung gestellt werden.⁵⁰

- Einberufungsmängel

Einberufungsmängel bleiben folgenlos, wenn sie sich auf die Vorbereitung von Beschlüssen oder diese selbst nicht ausgewirkt haben, etwa dann, wenn die gesellschaftsvertragliche Einberufungsfrist nicht eingehalten wird, die Einberufung aber noch innerhalb angemessener Frist erfolgt ist.

Im Übrigen kommt es darauf an, ob eine Regel verletzt wurde, auf deren Einhaltung die Aufsichtsratsmitglieder verzichten können. Trifft dies nicht zu, wie zum Beispiel bei Einberufung durch einen Unbefugten, dann sind dennoch gefasste Beschlüsse nichtig. Ansonsten ist der Beschluss anfechtbar.⁵¹

- Vertretung eines Aufsichtsratsmitglieds bei einer Aufsichtsratssitzung⁵²

Grundsätzlich gilt, dass Aufsichtsratsmitglieder ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen können (§ 30j Abs. 6 S.1 GmbHG).

Aufsichtsratsmitglieder werden vor allem wegen ihrer persönlichen und fachlichen Fähigkeiten bestellt. Daher ist das **Aufsichtsratsmandat ein höchstpersönliches**. Es kann nur von dem konkreten Mitglied ausgeübt werden. Aufsichtsratsmitglieder sind daher grundsätzlich zur Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen verpflichtet. Nur in Ausnahmesituationen können sie sich zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gremiums vertreten lassen.

Folgende Vertretungsformen sind vorgesehen:

⁵⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30i Rz 9f.

⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30i Rz 11.

⁵² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30h Rz. 6 und §30j Rz. 27.

Ersatzmitglieder

Ersatzmitglieder des Aufsichtsrates sind Aufsichtsratsmitglieder, die bereits wirksam bestellt sind, aber vorerst keine aktive Aufsichtstätigkeit ausüben. Sie kommen zum Zug, wenn ein (oder ein bestimmtes) Aufsichtsratsmitglied ausscheidet oder dieses nicht mehr wirksam handelt. Ersatzmitglieder werden erst dann in das Firmenbuch eingetragen, wenn sie die aktive Aufsichtstätigkeit ausüben.⁵³

Stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder

Stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder sind bereits als „echte“ Mitglieder im Firmenbuch eingetragen und vertreten ordentliche Aufsichtsratsmitglieder mit all deren Rechten und Pflichten, wenn diese an der vorübergehenden Amtsausübung verhindert sind.⁵⁴

Vertretung durch ein anderes Mitglied des Aufsichtsrats

Der Gesellschaftsvertrag kann zulassen, dass ein Aufsichtsratsmitglied ein anderes schriftlich mit seiner Vertretung bei einer einzelnen Sitzung betraut. Ein so vertretenes Mitglied ist bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit einer Sitzung nicht mitzuzählen. Das Recht, den Vorsitz zu führen, kann nicht übertragen werden (§ 30j Abs. 6 S. 2 GmbHG).

Der Vertreter braucht nicht derselben Gruppe (Kapitaleigner-, Belegschaftsvertreter) anzugehören wie der Vertretene.

Erforderlich ist eine **schriftliche Vollmacht**⁵⁵, die jeweils nur für **eine bestimmte Sitzung** erteilt werden kann. Mehrfachvertretung ist zulässig.

⁵³ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 27.

⁵⁴ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 27.

⁵⁵ Die vom Gesetz geforderte Schriftlichkeit der Betrauungen bedeutet im Sinne der allgemeinen Rechtsgrundsätze **Unterschriftlichkeit**. Dies bedeutet unter anderem, dass eine **telefonische, telegrafische oder fernschriftliche Betrauung nicht wirksam wäre und auch durch die Satzung nicht zugelassen werden kann**. Anders steht es mit der **Zulässigkeit durch Telefax**, wenn die schriftliche Betrauung zusammen mit der Unterschrift des die Vertretung wünschenden Aufsichtsratsmitglieds übermittelt wird, da man von einer diesbezüglichen Verkehrsauffassung, was die rechtliche Bedeutung einer durch Telefax übermittelten Unterschrift anlangt, ausgehen kann, Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, §§ 95-97 Rz. 88.

Eine Vertretung durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied anlässlich einer Sitzung ist **bei schriftlicher Abstimmung jedoch nicht zulässig**. Im Übrigen bzw. bei Fehlen einer Weisung hat der Bevollmächtigte so abzustimmen, wie er dies im Interesse der Gesellschaft für geboten hält.

Vertretung durch eine dritte Person

Der Gesellschaftsvertrag kann zulassen, dass an den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse Personen, die dem Aufsichtsrat nicht angehören, anstelle von Aufsichtsratsmitgliedern teilnehmen können, wenn sie von diesen hiezu schriftlich ermächtigt sind. Sie können auch schriftliche Stimmabgaben der Aufsichtsratsmitglieder überreichen. (§ 30h Abs. 3 GmbHG)

Durch diese Bestimmung wird das **Prinzip persönlicher Amtsausübung durchbrochen**.

In der Praxis hat diese Bestimmung wenig praktische Bedeutung; vorausgesetzt wird eine Grundlage im Gesellschaftsvertrag, die die personelle Zuordnung der Ermächtigungsmöglichkeit und ihren Umfang detaillieren kann.

Erforderlich ist ferner eine schriftliche Teilnahmeermächtigung. Der Ermächtigte ist rede-, aber nicht stimmberechtigt. Bei der möglichen Überbringung einer schriftlichen Stimmabgabe des abwesenden Aufsichtsratsmitglieds hat der Ermächtigte die Funktion eines Boten.

Ermächtigter und Bote bleiben bei der Ermittlung der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats unberücksichtigt.

Vertretungsfeindlichkeit aufsichtsratsfremder Personen. Das Gesetz sieht keine Möglichkeit der echten direkten Stellvertretung aufsichtsratsfremder Personen vor. Ein Stimmbote darf nur als Erklärungsüberbringer fungieren. So ist etwa das Ausfüllen von unterfertigten Blankostimmabgaben unzulässig. Gleiches gilt für mehrere unterfertigte, mit „ja“ oder „nein“ versehene Stimmabgaben, aus welchen der Stimmbote nach eigenem Ermessen wählen kann. Aufgrund der Verpflichtung zur höchstpersönlichen Amtsausübung können die Aufsichtsratsmitglieder,

abgesehen von den hier dargelegten Fällen, keine anderen Personen mit der Wahrnehmung ihres Amtes beauftragen.⁵⁶

- o Arten von Sitzungen⁵⁷

Der Gesetzgeber hat unter Sitzung eine körperliche Versammlung der Aufsichtsratsmitglieder an einem Ort verstanden. Allerdings definiert das Gesetz den Begriff der Sitzung nicht, sodass auch neue, zeitgemäße Formen vorstellbar sind.

Die klassische Sitzung

Die klassische Sitzung ist das physische Zusammenkommen der Aufsichtsratsmitglieder an einem Ort. Die Beschlussfähigkeit richtet sich ausschließlich nach der Zahl der anwesenden Aufsichtsratsmitglieder.

Die Sitzung mit Zuschaltungen

Zusätzlich zur klassischen Sitzung gibt es bereits seit längerem die Variante, dass zwar einzelne Aufsichtsratsmitglieder physisch an einem Ort zusammenkommen. Andere Aufsichtsratsmitglieder beteiligen sich an der Sitzung und Beratung durch telefonische Zuschaltung.

Vorsicht: Die Beschlussfähigkeit richtet sich in diesen Fällen ausschließlich nach der Zahl der physisch anwesenden Personen - telefonisch zugeschaltete Personen werden nicht mitgezählt.

Videokonferenz als Sitzung

Die jüngste Variante einer Aufsichtsratssitzung ist die Videokonferenzsitzung. Bei dieser bedarf es keiner Mindestanzahl an physisch am selben Ort sich treffenden Aufsichtsratsmitgliedern. Erfüllt die Videokonferenz alle wesentlichen Eigenschaften, die eine physische Sitzung auszeichnen, so gilt eine reine Videokonferenz, wenn kein einziges Aufsichtsratsmitglied mit einem anderen Aufsichtsratsmitglied am selben Ort ist, auch als Aufsichtsratssitzung.

⁵⁶ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 28.

⁵⁷ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 47ff.

Folgendes muss dabei eingehalten werden:

- Die Teilnehmer müssen durch gleichzeitige allseitige Sicht- und Hörbarkeit unmittelbar miteinander kommunizieren können. Wesentlich ist dabei, dass alle Teilnehmer jeweils alle anderen Teilnehmer gleichzeitig und vollständig wahrnehmen können.
- Dritte, etwa Vorstand, Abschlussprüfer oder sonstige Sachverständige müssen die Möglichkeit haben, an der Videokonferenz teilzunehmen.
- Die Vertraulichkeit der Videokonferenz muss gegeben sein. Nicht teilnehmende Dritte dürfen keinen Informationszugang haben.
- Durch rechtzeitige Ankündigung und Übermittlung aller relevanten Unterlagen muss allen Teilnehmern der gleiche Informationsstand ermöglicht werden.
- Die Videokonferenz muss die Authentizität der Diskussion gewährleisten. Mimik, Gestik, Intonation, Zwischenrufe, simultanes Sprechen, Änderung der Gesichtsfarbe, etc. aller Teilnehmer müssen sichtbar und hörbar sein.

Werden die aufgezählten Punkte erfüllt, so liegt eine Videokonferenzsitzung vor, die als Sitzung des Aufsichtsrates gilt.⁵⁸

- Anträge und Beschlussfassung⁵⁹

Der Aufsichtsrat entscheidet durch **Beschluss**. Konkludente Beschlüsse sind nicht möglich. Das schließt es nicht aus, ausdrücklich gefasste Beschlüsse nach den Regeln der §§ 914 ff ABGB auszulegen.

Meinungsverschiedenheiten im Aufsichtsrat kann nicht durch gesellschaftsvertragliche Einsetzung eines Schiedsgerichts begegnet werden. Das

⁵⁸ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 47ff.

⁵⁹ PWC, Aufsichtsrat von A bis Z, Das Nachschlagwerk für den besseren Überblick, Seite 20, Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30g Rz. 7ff.

ist aus der Verantwortung des Aufsichtsrats für die Erledigung der ihm zugeordneten Aufgaben abzuleiten.

Beschlussarten

Das Gesetz sieht die Möglichkeit vor, dass Beschlüsse nicht nur im Rahmen von Sitzungen gefasst werden. Es ist möglich, dass Beschlüsse auch **schriftlich, telefonisch, oder in einer anderen vergleichbaren Form der Stimmabgabe** gefasst werden.

- Beschlussfassung innerhalb einer Sitzung

Diese Beschlussfassung ist die klassische Form der Beschlussfassung. Sie setzt eine Sitzung voraus. Beschlussfähig ist der Aufsichtsrat, wenn an der Sitzung zumindest drei Mitglieder teilnehmen. Die Satzung kann eine höhere Zahl festlegen.

Erfüllt daher eine Videokonferenz des Aufsichtsrates die Kriterien für eine Videokonferenzsitzung, so ist ein im Rahmen dieser Videokonferenzsitzung gefasster Beschluss ein Beschluss innerhalb einer Sitzung. Es liegt dann kein Umlaufbeschluss vor.

- Beschlussfassung außerhalb einer Sitzung

Da in diesen Fällen keine Sitzung stattfindet, richtet sich die Beschlussfähigkeit an der Anzahl der Stimmen, die sich an der Beschlussfassung beteiligt haben. Es werden abgegebene Ja-Stimmen, Nein-Stimmen und Stimmenthaltungen gezählt.

Wenn kein Aufsichtsratsmitglied dem Verfahren zur Beschlussfassung außerhalb einer Sitzung widerspricht, kann der Beschluss durch schriftliche, telefonische oder andere vergleichbar Art der Stimmabgabe gefasst werden.

Widerspricht ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied, so kann die Abhaltung einer Sitzung und die Beschlussfassung innerhalb dieser Sitzung erzwungen werden.

Die Satzung oder der Aufsichtsrat können die Beschlussfassung außerhalb einer Sitzung ausschließen oder auch auf bestimmte Arten einschränken. Das Widerspruchsrecht eines Aufsichtsratsmitglieds ist allerdings zwingend. Dieses kann

- Beschlussfassung in einer Sitzung mit Zuschaltungen

Sind Aufsichtsratsmitglieder einer Sitzung zugeschaltet, so ermöglicht ihnen das Gesetz, dass sie ihre Stimme schriftlich, telefonisch oder auf eine andere vergleichbare Art abgeben.

Voraussetzungen für diese Art der Stimmabgabe sind:

- Es muss eine Sitzung gegeben sein.
- Der Aufsichtsrat muss beschlussfähig sein. Es müssen zumindest drei Mitglieder physisch an einem Ort zusammengekommen sein, die zugeschalteten Mitglieder werden hinsichtlich Beschlussfähigkeit nicht mitgezählt.
- Die Satzung oder der Aufsichtsrat in seiner Geschäftsordnung müssen diese Art der Stimmabgabe ausdrücklich zulassen. Ist die vorgesehene Art der Stimmabgabe entsprechend verankert, haben einzelne Aufsichtsratsmitglieder kein Widerspruchsrecht gegen diese Form der Beschlussfassung.

Feststellung des Beschlussergebnisses

In die Verantwortung des Vorsitzenden fällt die Stimmenzählung und damit die Feststellung des Ergebnisses einer Abstimmung. Er hat das Ergebnis des Beschlussverfahrens festzuhalten, in das Protokoll aufzunehmen und es dem Aufsichtsrat gegenüber mitzuteilen. Diese Mitteilung kann bei Abstimmungen im Rahmen einer Sitzung mündlich erfolgen, bei Abstimmungen im Umlaufverfahren schriftlich.

Bei Beschlüssen, die den Vorstand oder seine Geschäftsführung betreffen, hat der Vorsitzende dafür Sorge zu tragen, dass dem Vorstand solche Beschlussergebnisse jedenfalls zukommen. Ist der Vorstand etwa nicht in der Sitzung anwesend, muss ihm der Vorsitzende eine gesonderte Mitteilung über das Beschlussergebnis machen. Nur dann ist der Vorstand auch an den Beschluss des Aufsichtsrates gebunden.

3. Niederschriften / Protokolle⁶⁰

- Anfertigung

Über die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats ist eine Niederschrift anzufertigen, die der Vorsitzende oder sein Stellvertreter zu unterzeichnen hat (§ 30g Abs. 2 GmbHG).

Der **Vorsitzende des Aufsichtsrates trägt die Verantwortung für das Protokoll**. Er muss das Protokoll nicht selbst führen, aber hat dafür zu sorgen, dass ein Protokollführer, der an der Sitzung teilnimmt, ein ordentliches Protokoll führt und damit die vom Gesetz geforderte Niederschrift erstellen kann.

Zu unterzeichnen ist das Protokoll vom Vorsitzenden des Aufsichtsrates oder von dessen Stellvertreter. In der Praxis wird zuerst ein Protokollentwurf angefertigt und dieser den Aufsichtsratsmitgliedern zur Kenntnis gebracht. In der darauffolgenden Sitzung haben sie dann die Möglichkeit, **Berichtigungswünsche** zu deponieren. Zu beachten ist, dass naturgemäß nur Fragen zur Protokollierung zur Debatte stehen. Keinesfalls kann ein tatsächlich geschehener unrichtiger oder von Aufsichtsratsmitgliedern als unrichtig angesehener Sitzungsvorgang im Protokoll korrigiert werden. Es bleibt dann nur die Möglichkeit, die gegensätzlichen Ansichten über den Sitzungsverlauf ergänzend in das Protokoll aufzunehmen.

Der Vorsitzende oder sein Stellvertreter haben das Protokoll zu unterzeichnen. Dadurch wird beurkundet, dass nach deren subjektiver Auffassung der Inhalt des Protokolls den Sitzungsverlauf richtig wiedergibt. Es empfiehlt sich, dass das Protokoll erst nach Ablauf des Protokollberichtigungsverfahrens unterzeichnet wird.

Anschließend hat der Aufsichtsratsvorsitzende das Protokoll dem Vorstand zu übermitteln. Dies allerdings nur, sofern keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen

⁶⁰ Dorda Brugger Jordis, PWC, Die Innere Ordnung des AR, Seite 56ff.

bestehen, wie dies etwa im Fall von Beratungen über eine vorzeitige Abberufung eines Vorstandsmitglieds der Fall wäre.

- Inhalt

Eine wörtliche Protokollierung der gesamten Sitzung ist nicht erforderlich. Ein schlichtes Ergebnisprotokoll ist allerdings nicht ausreichend. Vielmehr erstreckt sich das Protokoll auf die Verhandlungen. Die Verhandlungen sind in ihren wesentlichen Zügen nachvollziehbar wiederzugeben.

Aufzunehmen ist nach Rechtsprechung und überwiegender Literatur alles, was für das Zustandekommen, den Inhalt und die Wirksamkeit der Entscheidung über die Verhandlungsgegenstände von Bedeutung ist.

Je kritischer und je umstrittener eine Angelegenheit beraten wird, desto sorgfältiger muss das Protokoll geführt werden und desto mehr kommt es auf die genaue Wiedergabe der unterschiedlichen Meinungsäußerungen an.

In die Niederschrift ist jedenfalls aufzunehmen, was für das Zustandekommen und den Inhalt eines Beschlusses von Bedeutung ist.

Jedenfalls muss ein Protokoll folgende Punkte enthalten:

- Ort, Beginn und Ende der Sitzung,
- Beginn und Ende von Sitzungsunterbrechungen,
- die form- und fristgerechte Einberufung,
- die Tagesordnung,
- die Namen der erschienenen, der entschuldigt ferngebliebenen und der unentschuldigt ferngebliebenen Aufsichtsratsmitglieder,
- das Erscheinen weiterer Teilnehmer während der Sitzung oder das Sich-Entfernen eines Sitzungsteilnehmers während der Sitzung,
- die Bezeichnung der beigezogenen Sachverständigen und Auskunftspersonen sowie die Zeitdauer ihrer Beiziehung,
- die Bezeichnung von Personen, die keine Aufsichtsratsmitglieder sind, aber

- an Stelle von Mitgliedern an einer Sitzung teilnehmen,
- zur Vertretung abwesender Aufsichtsratsmitglieder schriftlich betraute Aufsichtsratsmitglieder einschließlich der Angabe des Zeitpunktes des Beginns ihrer Vertretung,
 - ein eventueller Wechsel in der Vorsitzführung mit Angabe des Zeitpunktes bzw. der Zeitdauer,
 - die Konstatierung der Beschlussfähigkeit sowie
 - die Darstellung des wesentlichen Verlaufs der Verhandlungen, gegliedert nach der Tagesordnung,
 - die erfolgten Beschlussfassungen und das Verkünden der Beschlussergebnisse durch den Vorsitzenden.

Der Umfang des Protokolls und die Wiedergabe von Details der Verhandlung richten sich primär an der Qualität der vorgelegten Unterlagen und der gestellten Anträge mit den Begründungen. So wird bei einstimmig gefassten Beschlüssen sowie bei zustimmungspflichtigen Geschäften, die dem Aufsichtsrat schriftlich samt Begründung vorlagen, eine knappere Protokollierung oder auch nur das Ergebnis der Beschlussfassung ausreichen. Umfangreicher wird die Protokollierung vor allem dann sein, wenn ein Antrag erst in der Sitzung mündlich vorgebracht wird, oder wenn ein schriftlich vorliegender Antrag vor Beschlussfassung inhaltlich noch modifiziert wird.

Bei **nicht einstimmig gefassten Beschlüssen** empfiehlt sich auch aus Gründen der Haftungszuordnung, dass die **Namen** derjenigen, die für und die gegen den Antrag gestimmt haben, im Protokoll angeführt werden.

Zu beachten ist, dass die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit von Beschlüssen nicht von deren Protokollierung abhängt.

Als Beilagen sind zum Protokoll zu nehmen:

- die vom Vorstand vorgelegten Berichte,
- schriftlich vorgelegte Anträge,
- Berichte und Präsentationen, die erst während der Sitzung verteilt bzw. präsentiert werden.

In der Praxis hat es sich bewährt, ein Beilagenverzeichnis zu erstellen.

4. Delegation der Aufsichtspflicht - Ausschüsse⁶¹

Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte Ausschüsse bestellen. Dafür ist eine Regelung in der Satzung nicht notwendig.

Abhängig von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens und der Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrates sollte der Aufsichtsrat **fachlich qualifizierte Ausschüsse** bilden (C-Regel 39 ÖCGK). Diese dienen der **Steigerung der Effizienz** der Aufsichtsratsarbeit und der Behandlung komplexer Sachverhalte.

Ein Ausschuss soll Verhandlungen und Beschlüsse vorbereiten und die Ausführung der Beschlüsse überwachen (§ 30g Abs. 4 GmbHG, § 92 Abs. 4 AktG). Es kann ihm aber auch die selbstständige Beschlussfassung in fast allen der Zuständigkeit des Aufsichtsrates unterliegenden Angelegenheiten übertragen werden. Wenn einem Ausschuss nicht die selbstständige Beschlussfassung übertragen wird, soll der Aufsichtsrat jedenfalls Vorsorge darüber treffen, dass der Ausschuss zur Entscheidung in dringenden Fällen befugt ist (C-Regel 39 ÖCGK).

Jeder Ausschussvorsitzende hat an den **Aufsichtsrat regelmäßig über die Arbeit des Ausschusses zu berichten.**

Eine in den Aufgabenbereich eines Ausschusses fallende Angelegenheit ist dem Aufsichtsrat nicht zwangsläufig entzogen. Dem Aufsichtsrat bleibt es unbenommen, Angelegenheiten der Ausschüsse im gesamten Aufsichtsrat zu behandeln.

- *Mindestgröße eines Ausschusses*

⁶¹ PWC, Die innere Ordnung des Aufsichtsrats, Seite 29ff.

Ein Ausschuss muss aus **zumindest zwei Mitgliedern** bestehen. Hat ein Ausschuss zwei Mitglieder, so müssen zur Beschlussfähigkeit beide Mitglieder anwesend sein.

Besteht ein Ausschuss aus mehr als zwei Mitgliedern, dann ist er beschlussfähig, wenn an der Sitzung mindestens drei Ausschussmitglieder teilnehmen (§ 30g Abs. 5 GmbHG, § 92 Abs. 5 AktG). Hat ein Ausschuss daher drei oder mehr Mitglieder, so müssen zumindest drei Mitglieder anwesend sein, damit der Ausschuss beschlussfähig ist.

- *Ausschüsse und Arbeitnehmervertreter*

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben einen **Anspruch** darauf, dass in jedem Ausschuss des Aufsichtsrates mindestens ein von ihnen namhaft gemachtes Sitz und Stimme hat (§ 30g Abs. 4 GmbHG, § 92 Abs. 4 zweiter Satz AktG).

Dies gilt allerdings nicht für jene Sitzungen und Abstimmungen, die sich mit Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Vorstand auseinandersetzen.

Sehr wohl haben Arbeitnehmervertreter Sitz und Stimme bei jenen Sitzungen und Abstimmungen, die

- Beschlüsse auf die Bestellung oder den Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds sowie
- die Einräumung von Aktienoptionen der Gesellschaft betreffen (§ 92 Abs. 4 dritter Satz Aktiengesetz).

- *Der Prüfungsausschuss*

In börsennotierten Gesellschaften sowie in sehr großen Gesellschaften (§ 271a Abs. 1 UGB) muss ein Prüfungsausschuss eingerichtet werden (§ 30g Abs. 4a GmbHG, § 92 Abs. 4a AktG, L-Regel 40 ÖCGK).

Der Prüfungsausschuss hat zumindest zwei Sitzungen im Jahr abzuhalten.

Den Sitzungen, die sich mit der Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses oder Konzernabschlusses und dessen Prüfung beschäftigen, ist auch der Abschlussprüfer zuzuziehen. Er hat in dieser Sitzung über seine Prüfung zu berichten.

Dem Prüfungsausschuss muss ein Finanzexperte angehören. Dieser verfügt über den Anforderungen des Unternehmens entsprechende Kenntnisse und praktische Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen und in der Berichterstattung.

Zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses gehören

- die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses,
- die Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems,
- die Überwachung der Abschlussprüfung,
- die Prüfung und Überwachung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers,
- die Prüfung des (Konzern-)Jahresabschlusses und die Vorbereitung seiner Feststellung, die Prüfung des Vorschlags für die Gewinnverteilung, des Lageberichts und gegebenenfalls des Corporate-Governance-Berichts sowie die Erstattung des Berichts über die Prüfungsergebnisse an den Aufsichtsrat,
- die Vorbereitung des Vorschlags des Aufsichtsrates für die Auswahl des Abschlussprüfers.

Vorsitzender des Prüfungsausschusses oder Finanzexperte darf nicht sein, wer in den letzten drei Jahren Vorstandsmitglied oder leitender Angestellter oder Abschlussprüfer der Gesellschaft war oder den Bestätigungsvermerk unterfertigt hat oder aus anderen Gründen nicht unabhängig und unbefangen ist (§ 30g Abs. 4a GmbHG, § 92 Abs. 4a AktG).

- *Der Nominierungsausschuss – C-Regel 41 ÖCGK*

In Aufsichtsräten mit mehr als sechs Mitgliedern (einschließlich Arbeitnehmervertreter) ist ein Nominierungsausschuss einzurichten. Dieser befasst sich mit **Personalfragen des Vorstandes und des Aufsichtsrates**.

Der Nominierungsausschuss hat die Aufgabe, dem Aufsichtsrat Vorschläge zu Besetzung freier Mandate im Vorstand zu unterbreiten und sich mit den Fragen der Nachfolgeplanung zu befassen.

Weiters obliegt es dem Nominierungsausschuss, der Hauptversammlung Vorschläge zu Besetzung freier Mandate im Aufsichtsrat zu unterbreiten. Dabei hat der Nominierungsausschuss

- die Grundsätze der Unabhängigkeit und fachlichen und persönlichen Qualifikation der zu nominierenden Personen sowie
- Aspekte der Diversität des Aufsichtsrates hinsichtlich Internationalität der Mitglieder, Vertretung beider Geschlechter sowie Altersstruktur der Mitglieder zu berücksichtigen (C-Regel 42 ÖCGK).

In Aufsichtsräten mit höchstens sechs Mitgliedern können die Aufgaben des Nominierungsausschusses auch vom gesamten Aufsichtsrat wahrgenommen werden.

- o *Der Vergütungsausschuss – C-Regel 43 ÖCGK*

In Aufsichtsräten mit mehr als sechs Mitgliedern (einschließlich Arbeitnehmervertreter) ist ein Vergütungsausschuss einzurichten. Vorsitzender des Vergütungsausschusses ist der Aufsichtsratsvorsitzende. Der Vergütungsausschuss befasst sich mit dem **Inhalt von Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern**.

Er hat dabei darauf zu achten, dass sich die Vergütung des Vorstandes richtet nach

- dem Umfang seines Aufgabenbereiches,
- der Verantwortung,
- der persönlichen Leistung des Vorstandsmitglieds,
- der Erreichung der Unternehmensziele sowie
- der Größe und der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.

Der Vergütungsausschuss hat dafür zu sorgen dass die Vergütung des Vorstandes **fixe und variable Bestandteile** enthält. Es ist vorzusehen, dass die Gesellschaft variable Vergütungskomponenten zurückfordern kann, wenn sich herausstellt, dass

diese auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten ausgezahlt wurden (C-Regel 27 ÖCGK).

Der Abschluss von Vorstandsverträgen ist darauf zu achten, dass Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit ohne wichtigen Grund mehr als zwei Jahres Gesamtvergütungen nicht überschreiten und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages abgelten. Bei vorzeitiger Beendigung des Vorstandsvertrages aus einem Vorstandsmitglied zu vertretenden wichtigen Grund ist keine Abfindung zu zahlen (C-Regel 27a ÖCGK).

Aus Anlass der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit getroffene Vereinbarungen über Abfindungszahlungen müssen die Umstände des Ausscheidens des betreffenden Vorstandsmitglieds und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens berücksichtigen (C-Regel 27a ÖCGK).

- *Pflichten des Gesamtaufsichtsrats*⁶²

Der Gesamtaufsichtsrat ist gehalten, auch Ausschüsse, die mit der abschließenden Erledigung einzelner Aufgaben betraut sind, **ordnungsgemäß zu überwachen**. Zu diesem Zweck können Beschlüsse des Ausschusses aufgehoben werden, solange nicht Rechte Dritter begründet wurden. Des weiteren ist das Plenum berechtigt, jederzeit Ausschüsse aufzulösen oder an sie übertragene, aber noch nicht erledigte Agenden wieder an sich zu ziehen.

Gegebenenfalls ist auch die **Auswechslung** einzelner oder (bei Unterstellung der Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter) auch alle Ausschussmitglieder möglich. Der Überwachungsaufgabe des Gesamtaufsichtsrats entspricht es, dass der Ausschuss verpflichtet zu halten ist, das Plenum entsprechend zu informieren.

Für die **Haftung** der Beteiligten bedeutet dies, dass in erster Linie die Mitglieder des Ausschusses betroffen sind. Die anderen Aufsichtsratsmitglieder haften überhaupt nicht, wenn sie die **Kontroll- und Überwachungspflichten erfüllt** haben.

⁶² *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³, §30g Rz. 25ff.

MODUL 3

DAS „ÖFFENTLICHE“ UNTERNEHMEN

DEFINITION

„**Öffentliche Unternehmen**“ sind Unternehmen,

- an dem eine oder mehrere Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 50vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt sind,
- das eine solche Gebietskörperschaft allein oder gemeinsam mit anderen Gebietskörperschaften betreibt oder durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht,
- jedenfalls aber jedes Unternehmen, dessen Gebarung der Überprüfung durch den Rechnungshof oder einer vergleichbaren Institution auf Länderebene oder internationaler Ebene unterliegt, (vgl. § 74 Abs. 1 Z. 4a lit. d StGB).

In einer Reihe weiterer Gesetze finden sich ähnlich lautende Bestimmungen.

ORGANISATION ÖFFENTLICHER UNTERNEHMEN IN RECHTSFORMEN DES PRIVATRECHTS

- primäre Rechtsform: GmbH oder AG (börsennotiert/nicht börsennotiert)
- Gesellschafterstruktur: Alleineigentum der öffentlichen Hand, Minderheits- oder Mehrheitsgesellschafter

PROBLEMSTELLUNG

- Politisch motivierte Eingriffe von Eigentümerseite
- Nachlässige oder unprofessionelle Wahrnehmung von Eigentümerpflichten
- Rekrutierung des Personals nicht nach Qualifikation, sondern nach politischer Zugehörigkeit

REAKTION DES BUNDES – PUBLIC CORPORATE GOVERNANCE KODEX

Der Public Corporate Governance Kodex (B-PCGK) wurde am 30.10.2012 von der Österr. Bundesregierung beschlossen.

Geltungsbereich: Der Kodex ist anzuwenden von Unternehmen des Bundes sowie deren Tochter- und Subunternehmen mit mehr als zehn Bediensteten oder Euro 300.000 Jahresumsatz, soweit dem betreffend das Unternehmen nicht zwingend anzuwendende gesetzliche Regelungen entgegenstehen.

Zielsetzung: Die Rolle des Bundes und der Unternehmen des Bundes als Anteilseigner soll klarer gefasst werden und die Unternehmensführung und -überwachung transparenter und nachvollziehbarer gemacht werden.

Sicherung der Einflussnahme des Bundes:

1) Die Anteilseigner haben die Beachtung des Codex im Rahmen ihrer Befugnisse durch **Verankerung im Regelwerk des Unternehmens** (Gesellschaftsvertrag, Satzung) sicherzustellen. Ist eine Verankerung mangels ausreichender Befugnisse durch die Anteilseigner nicht möglich, haben die durch die Anteilseigner bestellten Überwachungsorgane im Unternehmen auf Maßnahmen im Sinne dieses Kodex hinzuwirken (L-Regel, Punkt 6. B-PCGK).

2) Bei Unternehmen mit mehr als 30 Bediensteten oder einem Jahresumsatz von mehr als 1 Million €, die nicht kraft Gesetzes einen Aufsichtsrat zu bilden haben, bzw. für die nicht der Aufsichtsrat einer Muttergesellschaft zuständig ist, soll in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag ein **Überwachungsorgan** vorgesehen sein, auf dass die Bestimmungen des GmbHG über den Aufsichtsrat sinngemäß anzuwenden sind und dem **vom Bund bzw. von Unternehmen des Bundes gewählte oder entsandte Mitglieder angehören** (C-Regel, Punkt 7.6.1 B-PCGK).

3) Zur Sicherstellung eines angemessenen Einflusses des Bundes bzw. der Unternehmen des Bundes soll in der Geschäftsführung für die Geschäftsleitung ein

entsprechender **Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte** durch das Überwachungsorgan vorgesehen sein (C-Regel, Punkt 7.6.2 B-PCKG).

4) Weiters sind in der Satzung jedenfalls **regelmäßige Informationspflichten** der Geschäftsleitung an den Anteilseigner vorzusehen sowie eine **Zustimmung der Anteilseigner** zu Maßnahmen, die zu einer **erheblichen Veränderung der Geschäftstätigkeit** oder zu einer grundlegenden Veränderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage oder der Risikostruktur des Unternehmens führen können (C-Regel, Punkt 7.6.3 B-PCGK).

5) Eine sachfremde Einflussnahme auf die Unternehmensführung und -kontrolle ist unzulässig (L-Regel, Punkt 7.6.4 B-PCGK).

ENTSENDUNG VON AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN

- **Entsendung (§ 30c GmbHG, § 88 AktG)⁶³**

Im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung kann Gesellschaftern/Aktionären das Recht eingeräumt werden, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Damit ist es möglich, dass sich einzelne (oder gegebenenfalls auch alle) Gesellschafter bzw. Aktionäre einen unmittelbaren Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sichern.

Das Entsendungsrecht ist nicht ein bloßes Vorschlagsrecht, sondern ein **Ernennungsrecht**, das im Rahmen des Gesellschaftsvertrags/der Satzung zur selbstständigen Vergabe des Aufsichtsratsmandats berechtigt. Daher soll die Gesellschaft vor einer unkontrollierbaren Übertragung des Entsendungsrechts auf andere Personen geschützt werden, indem das Recht nur bestimmten Gesellschaftern/Aktionären eingeräumt wird.

Zu beachten ist, dass im Aktienrecht die Einräumung von Entsendungsrechten quotenmäßigen Beschränkungen unterliegt. D.h. Entsendungsrechte dürfen sich auf

⁶³ Rauter in Straube, GmbHG § 30c (Stand Sept. 2013, rdb.at).

nicht mehr als die Hälfte der Kapitalvertreter bzw. bei börsennotierten Aktiengesellschaften auf nicht mehr als ein Drittel der Kapitalvertreter beziehen. Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestehen derartige Beschränkungen nicht.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung der Rechtslage bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung:

Ausmaß des Entsendungsrechts: Nach hM können bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sämtliche Kapitalvertreter auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage von entsendungsberechtigten Personen bestellt werden.

Entsendungsberechtigte: Einerseits kann das Entsendungsrecht im Gesellschaftsvertrag bestimmten, d.h. namentlich genannten Gesellschaftern **ad personam** vorbehalten werden. Diese Zuordnung ist dann vorzunehmen, wenn ein **höchstpersönliches Recht** geschaffen werden soll, das entsprechend unübertragbar ist und bei Tod des Gesellschafter oder Übertragung des Geschäftsanteils erlischt.

Andererseits kann den jeweiligen Inhabern eines bestimmten Geschäftsanteils ein Entsendungsrecht eingeräumt werden, womit quasi eine Bindung an den Geschäftsanteil vorgenommen wird („**Inhabergeschäftsanteil**“). In diesem Fall wird vom Gesetz vorausgesetzt, dass die Übertragung des konkreten Geschäftsanteiles durch den Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist.

Entsendung durch Dritte?: Entsendungsberechtigte im Sinne des GmbHG können somit **nur Gesellschafter** sein. Einem Dritten kann ein Entsendungsrecht - vorbehaltlich allfälliger sondergesetzliche Bestimmungen⁶⁴ - nicht eingeräumt werden. Eine solche Bestimmung wäre nichtig.

Gesellschaftsvertragliche Einschränkungen des Entsendungsrechts: Der Gesellschaftsvertrag muss das Entsendungsrecht nicht uneingeschränkt bzw. unbedingt einräumen, sondern kann es von bestimmten Voraussetzungen (Bedingungen) abhängig machen. Gleiches gilt für Befristungen.

⁶⁴ Vgl. z.B. § 13 Abs. 3 und 4 BundestheaterorganisationsG.

Möglich ist, das Entsendungsrecht von **bestimmten persönlichen Voraussetzungen** des Entsendungsberechtigten abhängig zu machen oder es bloß bei einer bestimmten Mindestbeteiligung am Stammkapital eingreifen zu lassen. Weiters kann die Auswahlfreiheit des Entsendungsberechtigten insofern eingeschränkt werden, als das **entsandte Aufsichtsratsmitglied bestimmte Qualifikationen aufweisen** muss.

Ausübung des Entsendungsrechts: Grundsätzlich können drei Schritte unterschieden werden – 1) Ausübung des Rechts durch Bekanntgabe an die Gesellschaft; 2) Erklärung gegenüber dem Berufenen; 3) Zustimmung des Berufenen.

Bei Ausübung seines Rechts hat der Entsendungsberechtigte die **Einschränkungen des Gesellschaftsvertrags** und seine **Treuepflicht** zu beachten, welche eine Entsendung ungeeigneter Personen zum Schaden der Gesellschaft unzulässig macht.

Funktionsperiode: Das GmbHG gibt für die Funktionsperiode entsandter Aufsichtsratsmitglieder keine zeitliche Begrenzung vor. Die Höchstdauer des § 30b Abs. 2 GmbHG, der auf gewählte Mitglieder abstellt, ist in diesem Zusammenhang nicht - auch nicht analog - anzuwenden. Gesellschaftsvertraglich kann eine zeitliche Begrenzung in Ausgestaltung des Entsendungsrechts vorgesehen werden; eine solche kann auch vom Entsendungsberechtigten gesetzt werden.

Abberufung: Das Gesetz räumt dem **Entsendungsberechtigten** die **jederzeitige Abberufung** des entsandten Aufsichtsratsmitglieds ein. Die Abberufung kann **ohne Angabe von Gründen** erfolgen.

Eine Einschränkung der jederzeitigen Abberufung durch Vereinbarung zwischen Entsendungsberechtigtem und Entsandtem ist organisationsrechtlich unbeachtlich, sodass eine dennoch vorgenommene Abberufung wirksam ist. Allenfalls kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung in Betracht, der jedoch nicht in der Wiedereinsetzung als Aufsichtsratsmitglied bestehen kann.

Grundsätzlich haben die **(sonstigen) Gesellschafter** nicht die Möglichkeit, eine Abberufung eines entsandten Aufsichtsratsmitglieds durch Beschluss

herbeizuführen, da dies dem Entsendungsrecht des einzelnen Gesellschafters widerspräche. Das Gesetz lässt eine Abberufung durch **Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit** jedoch ausdrücklich zu, wenn die **gesellschaftsvertraglich vorgegebenen Voraussetzungen des Entsendungsrechts weggefallen** sind. Zu seiner wirksamen Abberufung muss das Aufsichtsratsmitglied vom Abberufungsbeschluss benachrichtigt werden. Die Löschung im Firmenbuch hat bloß deklarative Wirkung.

Schließlich können entsandte Aufsichtsratsmitglieder auf Antrag einer **Gesellschafterminderheit** (10 % des Stammkapitals) bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch in **Entscheidung des Gerichtes** abberufen werden.

Auch wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, können entsandte Aufsichtsratsmitglieder - wie gewählte Mitglieder - von ihrer Funktion **zurücktreten**.

Rechtliche Stellung des entsandten Mitglieds: Abgesehen von der Bestellung und Abberufung des entsandten Mitglieds unterscheidet sich dessen rechtliche Stellung nicht von der gewählter Mitglieder.

Das entsandte Aufsichtsratsmitglied kann sich in bestimmten Grenzen durch schuldrechtlichen Vertrag zu einem bestimmten (Abstimmungs-)Verhalten verpflichten bzw. ein Weisungsrecht des Entsendungsberechtigten vereinbaren. Nach hM ist **bloß eine Bindung im freien Ermessensbereich des Aufsichtsrats zulässig**. Unzulässig und unwirksam (somit auch nicht haftungsbefreiend) ist eine Bindung an Vorgaben, die gegen die zwingenden Sorgfaltsanforderungen, welche ein Handeln im Sinne des Gesellschaft verlangen, verstoßen.

- **Drittelparität⁶⁵**

⁶⁵ *Hasberger_Seitz & Partner Rechtsanwälte, Aufsichtsrat von A bis Z, Ein Nachschlagwerk.*

Wenn ein Betriebsrat besteht (kann erst ab fünf Dauerbeschäftigten errichtet werden), hat dieser das Recht zur Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat.

Der Betriebsrat entsendet aus dem Kreis der Betriebsratsmitglieder für je zwei Kapitalvertreter einen Arbeitnehmervertreter. Bei ungerader Anzahl der bestellten Aufsichtsratsmitglieder ist ein Arbeitnehmervertreter mehr zu entsenden. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben die **gleichen Rechte und Pflichten** wie Kapitalvertreter.

Ausnahmen:

- Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben grundsätzlich keinen Anspruch auf die von der Hauptversammlung gewährten Tantiemen. Sie üben ihre Funktion gemäß § 110 ArbVG **ehrenamtlich** aus und haben lediglich einen Anspruch auf Ersatz der angemessenen Barauslagen.
- Die entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats haben das Recht, in jedem **Ausschuss** des Aufsichtsrats aus ihrer Mitte Aufsichtsratsmitglieder mit Sitz und Stimme im Verhältnis von zwei Kapitalvertretern zu einem Arbeitnehmervertreter zu entsenden. Dies gilt grundsätzlich dann nicht, wenn es sich um einen Ausschuss handelt, der die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstands behandelt (beispielsweise Abschluss oder Auflösung eines Anstellungsvertrages).

Alle Aufsichtsratsmitglieder, so auch Arbeitnehmervertreter, unterliegen der **Verschwiegenheitspflicht**. Umstritten ist, in welchem Umfang eine Information des entsendeten Belegschaftsorgans zulässig ist. Die überwiegende gesellschaftsrechtliche Literatur ist diesbezüglich restriktiv, doch sollten Arbeitnehmervertreter zumindest im Rahmen des Informationsanspruchs gemäß § 108 und § 109 ArbVG dem entsendeten Betriebsrat Informationen weitergeben dürfen.⁶⁶

⁶⁶ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 55.*

KAPITALAUSSTATTUNG DER GESELLSCHAFT (bezogen auf GmbH)⁶⁷

Gemäß § 61 Abs. 2 GmbH können Gläubiger der Gesellschaft zur Befriedigung ihrer Forderungen nur auf das Gesellschaftsvermögen, nicht aber direkt auf das Vermögen der Gesellschafter greifen.

Unter bestimmten Voraussetzungen wird jedoch ein sogenannter „**Haftungsdurchgriff**“ anerkannt.

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist unter der Durchgriffshaftung „**die private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson**“ zu verstehen (RS0009107).

Fall der qualifizierten (materiellen) Unterkapitalisierung:

Unter materieller Unterkapitalisierung wird eine ungenügende Ausstattung der Gesellschaft mit Kapital verstanden, sodass ihr die erforderlichen Mittel überhaupt fehlen. Allerdings vermag nicht jede materielle Unterkapitalisierung einen Haftungsdurchgriff zu rechtfertigen, sondern eben nur eine qualifizierte materielle Unterkapitalisierung.

Der Oberste Gerichtshof hat diese als „eine eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Misserfolg zulasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt“ beschrieben (OGH 8 Ob 629/92).

Strittig ist der **Umfang der Haftung**. Während ein Teil der Lehre sich für eine bloße Differenzhaftung ausspricht, geben andere von einer unbeschränkten Haftung aus.

Während in Deutschland der BGH einer derartigen Haftungsgrundlage eine klare Absage erteilt hat⁶⁸, hat der Oberste Gerichtshof in Österreich noch keine vergleichbar eindeutige Stellung bezogen. Er scheint die Haftung auf Basis der

⁶⁷ Aicher/Kraus in Straube, GmbH (Hrsg), GmbHG, § 61 (Stand August 2010, rdb.at).

⁶⁸ „Gamma-Entscheidung“ – vgl. BGH 30.11.1978, NJW 1979, 2104; BGH 04.05.1977, BGHZ 68, 312 [316ff]; BGH 28.04. 2008, BGHZ 176, 204 [212ff] „Gamma“.

qualifizierten Unterkapitalisierung der Gesellschafter aber zumindest obiter zu akzeptieren, ohne dass er diese jemals zu Grundlage einer Gesellschafterhaftung gemacht hätte.⁶⁹

Fall der faktischen Geschäftsführung:

Eine Durchgriffshaftung erwägt die Rechtsprechung auch für den Fall, dass ein Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer auftritt und auf die Leitung der Gesellschaft maßgebenden Einfluss nimmt.

Nach dieser Auffassung liegt eine faktische Geschäftsführung durch einen Gesellschafter nur dann vor, wenn dieser **bestimmend auf die Geschäftsführung Einfluss nimmt**, wodurch bei Fehlen eines wirksam bestellten Geschäftsführers diese ersetzt wird oder der wirksam bestimmte Geschäftsführer verdrängt wird, sich der Gesellschafter im Außenverhältnis als Geschäftsführer geriert und nach innen zusätzlichen Befugnisse eines Geschäftsführers wahrnimmt.

Nach herrschender Lehre treffen diesen dieselben Pflichten wie einen Geschäftsführer, wobei die Bestimmung des **§ 25 GmbHG** der über die Geschäftsführerhaftung **analog** zur Anwendung kommt.

Fall des existenzvernichtenden Eingriffs:

Die deutsche Lehre und Rsp hat sich mit dem Themenbereich der **nachteiligen Eingriffe des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen** bereits eingehend auseinandergesetzt.

In Österreich zählt der **Oberste Gerichtshof** den existenzvernichtenden Eingriff **bislang nicht zu den Anwendungsfällen einer Durchgriffshaftung**.

Ebenso wird die Existenzvernichtung auch von der österreichischen Literatur kontrovers beurteilt. Überwiegend wird die Übernahme der Rechtsprechung des BGH zu Existenzvernichtungshaftung jedoch befürwortet

Judikatur zur Durchgriffshaftung:

⁶⁹ Vgl. OGH 8 Ob 629/92, EvBL 1993/144; OGH 8 ObA 98/00w, SZ 74/65; OGH 2 Ob 308/02m, RdW 2003, 268; OGH 6 Ob 313/03b, SZ 2004/63 = GesRZ 2004, 379 [Harrer] = ÖZW 2005, 21 [Artmann] = RZW 2004, 366 [Wenger].

Der Grundgedanke des Begriffes der "Durchgriffshaftung" liegt darin, dass sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person zu dem Zweck bedienen dürfe, Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen. Unter gewissen Umständen, die im Übrigen nicht einheitlich beurteilt werden, sei es im Interesse des Gläubigerschutzes erforderlich und erlaubt, auf die "hinter" der juristischen Person stehenden Personen durchzugreifen und diese zur Erfüllung der Verbindlichkeiten heranzuziehen, die die juristische Person nicht erfüllen könne (Vereinbarkeit mit der österreichischen Rechtslage nicht untersucht).⁷⁰

Die Durchgriffshaftung der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung setzt die Verletzung "deliktstypischer" Sorgfaltspflichten voraus. Wenn öffentlich-rechtliche Tourismusverbände ihre Aufgaben auf eine nur mit dem Mindestkapital ausgestattete Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschafter sie sind, auslagern, jährliche Beitragszahlungen der Gesellschafter vereinbaren, auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen und bei einem Kreditgeber den Eindruck besonderer Bonität erwecken, sind sie bei Insolvenz der Gesellschaft dem Durchgriff des Gläubigers ausgesetzt.⁷¹

Ein Haftungsdurchgriff im (faktischen) Konzern auf die Muttergesellschaft kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn die Muttergesellschaft von ihrem pflichtgebundenen Leitungsrecht und Weisungsrecht Gebrauch macht, sondern nur dann, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat.⁷²

PATRONATSERKLÄRUNG⁷³

Ein einheitlicher Rechtsbegriff „Patronatserklärung“, aus dem Rechte und Pflichten des Erklärenden und des Erklärungsempfängers abgeleitet werden können, ist dem österreichischen Recht fremd.

Vielmehr steht dieser Begriff als **Mittel der Kreditsicherung** für eine Vielzahl von Erklärungen unterschiedlicher rechtlicher Prägung, die von einer vom Kreditnehmer verschiedenen, zu diesem jedoch regelmäßig in einem Naheverhältnis stehenden Person, dem Patron, abgegeben werden und von ihrem Inhalt her von völlig unverbindlichen Erklärungen bis hin zum Garantievertrag reichen (OGH 11.7.1985, 7 Ob 572/85).

Im Wesentlichen können drei Fallgruppen von Patronatserklärungen unterschieden werden:

- A) Absicherung von Forderungsrechten Dritter
- B) Absicherung der going concern Prämisse von Konzernunternehmen

⁷⁰ RIS-Justiz - RS0009098.

⁷¹ RIS-Justiz - RS0119230.

⁷² RIS-Justiz - RS0115008.

⁷³ KWT, Stellungnahme zur Behandlung von Patronatserklärungen im Zusammenhang mit der unternehmensrechtlichen Rechnungslegung (2008).

C) Auskunftserteilung über die Geschäftspolitik (vor allem im Zusammenhang mit der Begründung von Geschäftsbeziehungen)

Patronatserklärungen werden sowohl zur **Absicherung konkreter Gläubiger als auch zur Stärkung des Vertrauens in den Fortbestand eines bestimmten Unternehmens abgegeben**. Sie haben sich in der Unternehmenspraxis als Alternative zu Schuldbetritt, Bürgschaft und Garantie entwickelt, oft auch mit dem Hintergrund, dass beim Patron damit Auswirkungen auf den Jahresabschluss (insbesondere Angabe der Haftungsverhältnisse im Anhang) vermieden werden sollen.

Diese Erklärungen des Patrons in Form von Zusagen können gegenüber

- dem Gläubiger (Kreditgeber) des Konzernunternehmens, meist eine Bank,
- dem Betroffenen Konzernunternehmen (also der Tochter) selbst, dass in weiterer Folge die Erklärung mit Zustimmung des Patrons und Gläubiger weitergibt oder Rechte aus der Zusage an den Gläubiger überträgt, oder gegenüber
- dem Betroffenen Konzernunternehmen selbst ohne näheren Adressatenkreis abgegeben werden.

Harte Patronatserklärung

Die harte Patronatserklärung wird in Judikatur und Lehre **mit einer Garantieerklärung oder Bürgschaft verglichen**, qualifiziert den Patron als Mitschuldner und begründet im Konkursfall eine gleichrangige Haftung.

Harte Patronatserklärungen stellen das unbedingte Entstehen-Müssen des Patrons für die erklärte Schuldübernahme dar. Der Anspruch des Begünstigten entsteht mit Eintritt des jeweiligen von der Erklärung abgedeckten Ereignisses. Dem Patron steht im Falle der in Anspruchnahme durch den Gläubiger in der Regel ein Regress gegenüber dem Begünstigten zu.

Eine harte Patronatserklärung liegt insbesondere vor, wenn sich der Patron verpflichtet **ein bestimmtes Unternehmen so finanziell auszustatten, dass es in der Lage ist, seine Verpflichtungen gegenüber einem bestimmten Gläubiger zu erfüllen**.

Im Unterschied zu Bürgschaft oder Garantie hatte Gläubiger keinen direkten Zahlungsanspruch gegenüber dem Patron, sondern einen **Schadensersatzanspruch**, wenn dieser seine Ausstattungsverpflichtung nicht erfüllt.

Weiche Patronatserklärung

Weiche Patronatserklärungen stellen eine **bloße Auskunftserteilung über die Geschäftspolitik** dar, vor allem im Zusammenhang mit der Begründung von Geschäftsbeziehungen.

Sie sind rechtlich oft nur als Verwendungszusage gemäß § 880a 1. Halbsatz ABGB zu qualifizieren und drücken als bloße Willensmitteilung keine Äußerung eines Willens oder Rechtsfolgewillens aus.

Ein Anspruch auf **Ersatz des Vertrauensschadens** des Gläubigers kommt aber auch hier in Betracht, wenn der Patron Erklärungen abgegeben hat, um damit die Geschäftsbeziehung (zum Beispiel Lieferbeziehungen, et cetera) herbeizuführen, etwa durch die Erklärung, dass er seine Beteiligung an dem Tochterunternehmen erst nach Verständigung des Gläubigers abgeben oder reduzieren wird.

Weiche Patronatserklärungen können deshalb auch im Einzelfall mit Rechtsfolgen verbunden sein.

Judikatur zur Patronatserklärung:

*Der Begriff der **Patronatserklärung** ist als Mittel der Kreditsicherung eine Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von Erklärungen einer vom Kreditnehmer verschiedenen, zu diesem jedoch regelmäßig in einem Naheverhältnis stehenden Person, dem Patron, die einen unterschiedlichen Inhalt haben können. Je nach ihrem Inhalt reichen sie von **völlig unverbindlichen Erklärungen bis zum Garantievertrag**. Ist der objektive Aussagewert der Patronatserklärung zweifelhaft, ist ihr rechtlicher Gehalt nach den Auslegungsregeln der §§ 914 f ABGB zu ermitteln. Zur Ermittlung der Absicht sind alle den Vertragsabschluß begleitenden Umstände, insbesondere die sonstigen Erklärungen der Parteien heranzuziehen.⁷⁴*

⁷⁴ RIS-Justiz - RS0016949.

MODUL 4

AUFGABEN UND HAFTUNG DES AUFSICHTSRATS



1. Beschlussfassung und Behandlung von zustimmungspflichtigen Geschäften

1.1. Beschlussfassung im Aufsichtsrat⁷⁵ (§ 30g GmbHG)

Vgl. hierzu Ausführungen zu Modul 2, Seite 28ff.

EXKURS: Ab wann darf ein Aufsichtsratsmitglied tätig werden?⁷⁶

⁷⁵ PWC, Aufsichtsrat von A bis Z, Das Nachschlagwerk für den besseren Überblick, Seite 20, Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30g Rz. 7ff.

Gewählt wird das Aufsichtsratsmitglied durch Gesellschafterbeschluss.

Der Bestellungsbeschluss ist Grundlage einer Willenserklärung der Gesellschaft, bei deren Abgabe diese durch die Gesellschafterversammlung vertreten wird. Die Wahl ist wegen der mit der Übernahme des Amtes verbundenen Pflicht **annahmebedürftig**. Wird die Annahme gegenüber einem Geschäftsführer erklärt, ist dieser Empfangsbote.

Der **Beginn des Amtes** richtet sich nach dem Bestellungsbeschluss, im Zweifel nach dem Zeitpunkt der Übernahme des Mandats.

Nach herrschender Auffassung erzeugt die Annahme der Wahl neben der organisationsrechtlichen Bindung des Gewählten auch noch eine schuldrechtliche Beziehung zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft, die meistens als Auftrag qualifiziert wird.

1.2. Fehlerhafte Beschlüsse⁷⁷

Über Gründe und Folgen der Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen sagt das Gesetz ebenso wenig wie das Aktiengesetz, nämlich nichts. Nach in Österreich ganz herrschender Auffassung, der sich der Oberste Gerichtshof angeschlossen hat, sind Aufsichtsratsbeschlüsse entweder wirksam oder unwirksam/nichtig.

Nichtig sind jedenfalls alle Beschlüsse, die gegen zwingendes Recht (Gesetz oder Gesellschaftsvertrag) verstoßen. Hierher gehört die Überschreitung von Zuständigkeitsgrenzen, der Verstoß gegen unverzichtbare Verfahrensvorschriften (Beispiel: Beschlussfähigkeit) aber auch inhaltliche Mängel, (Beispiel: Überdehnung von Zustimmungserfordernissen).

⁷⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30b Rz. 4.

⁷⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30g Rz. 14ff.

Anfechtbar sind Beschlüsse, die verzichtbare Verfahrensvorschriften verletzen, (Beispiel: die Nichteinhaltung einer Einberufungsfrist).

Beschlussnichtigkeit ist im Wege der Feststellungsklage geltend zu machen. Richtige Beklagte ist die Gesellschaft. Das auf Seiten des Klägers erforderliche Rechtsschutzbedürfnis soll nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes auch bei Aufsichtsratsmitgliedern davon abhängen, dass ihre individuelle Rechtsstellung konkret betroffen ist. Alle Organmitglieder sind aber dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Dieses Interesse wird von rechtswidrigen Beschlüssen immer tangiert.

1.3. Zustimmungspflichtige Geschäfte⁷⁸ (§ 30j Abs. 5 GmbHG)

Der Aufsichtsrat hat **nachfolgende Geschäfte zwingend zu genehmigen**⁷⁹ (§ 30j Abs. 5 GmbHG):

- Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben;⁸⁰
- Erwerb, Veräußerung, Belastung von Liegenschaften, sowie dies nicht zum gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört;⁸¹
- Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen;
- Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;⁸²
- Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;⁸³
- Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört;⁸⁴

⁷⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30j Rz. 17ff.

⁷⁹ Die Erteilung der Prokura fehlt, da diese Entscheidung gemäß § 35 Abs. 1 Z. 4 GmbHG der Gesellschafterversammlung vorbehalten ist, was allerdings durch den Gesellschaftsvertrag abbedungen werden kann - *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/268.

⁸⁰ Der Gesellschaftsvertrag kann Betragsgrenzen vorsehen. Unterbleibt dies, so sind die Maßnahmen unabhängig von der Betragshöhe genehmigungspflichtig. Eine Festlegung in der Geschäftsordnung genügt nicht - *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/269.

⁸¹ Anm. siehe FN 80.

⁸² Anm. siehe FN 80.

⁸³ Anm. siehe FN 80.

⁸⁴ Anm. siehe FN 80.

- Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten;
- Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;
- Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an Geschäftsführer und leitende Angestellte iSd § 80 Abs. 1 AktG 1965
- der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat;
- die Übernahme einer leitenden Stellung (§ 80 AktG 1965) in der Gesellschaft innerhalb von 2 Jahren nach Zeichnung des Bestätigungsvermerks durch den Abschlussprüfer, durch den Konzernabschlussprüfer, durch den Abschlussprüfer eines bedeutenden verbundenen Unternehmens oder durch den den jeweiligen Bestätigungsvermerk unterzeichnenden Wirtschaftsprüfer sowie eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion der Prüfung ausübt, soweit dies nicht gemäß § 271c UGB untersagt ist.

Im Regelfall muss der Aufsichtsrat **vor** Durchführung einer im Abs. 5 genannten Maßnahme befasst werden. Ist dies wegen Dringlichkeit nicht tunlich, genügt nachträgliche Zustimmung, wenn die Geschäftsführer damit rechnen dürfen, dass sie ausgesprochen wird.

Der Aufsichtsrat braucht sich nicht mit jedem unter Abs. 5 fallenden Vorgang individuell beschäftigen. Zulässig sind auch sogenannte Vorratsbeschlüsse, d.h. Entscheidungen, mit denen durch Zweck und Umfang konkretisierte Geschäfte, deren Einzelheiten aber noch nicht feststehen, im Voraus genehmigt werden.

Der Gesellschaftsvertrag oder der Aufsichtsrat können anordnen, dass weitere nicht im Abs. 5 angeführte Geschäfte ebenfalls einer Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Unzulässig ist es dagegen, die Zuständigkeit des Aufsichtsrats in diesem Zusammenhang einzuengen.

2. Vertretung der Gesellschaft gegenüber Geschäftsführern

- *Vertretung bei Rechtsgeschäften*⁸⁵

Der Aufsichtsrat ist befugt und imstande, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern zu vertreten.

Ausnahme: Bei Abschluss des Anstellungsvertrages vertreten die Gesellschafter.

Bei allen anderen Geschäften mit einem Geschäftsführer kann die Gesellschaft außer durch den Aufsichtsrat auch durch (weitere) Geschäftsführer in vertretungsbefugter Anzahl, uU auch im Wege des In-sich-Geschäfts vertreten werden.

Soweit ein von Geschäftsführern oder anderen Vertretern der Gesellschaft abgeschlossenes Geschäftsführergeschäft nicht ohnehin zur Kenntnis des Aufsichtsrats gelangt, muss dieser informiert werden. Das ist aus der Parallelzuständigkeit von Geschäftsführung und Aufsichtsrat in der hier interessierenden Konstellation abzuleiten. Derselbe Gesichtspunkt verpflichtet den Aufsichtsrat umgekehrt, seinerseits die Geschäftsführer zu unterrichten, wenn er mit einem von ihnen ein Geschäft abschließt.

Die Vertretungszuständigkeit liegt beim Gesamtaufsichtsrat. Ermächtigung eines Ausschusses oder einzelner Mitglieder ist möglich.

Umfang der Vertretungsmacht: in persönlicher Hinsicht auf Geschäfte mit Geschäftsführern beschränkt; inhaltlich gibt es keine Einschränkungen.

- *Prozessvertretung*⁸⁶

⁸⁵ *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³, § 30I Rz. 1ff.

⁸⁶ *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³, § 30I Rz. 5ff.

Betroffen sind nur Aktivprozesse. Der Aufsichtsrat ist befugt, gegen die Geschäftsführer die durch Gesellschafterbeschluss beschlossenen⁸⁷ Rechtsstreitigkeiten zu führen.⁸⁸

Wenngleich die Vertretung der GmbH grundsätzlich den Geschäftsführern obliegt, wird dem Aufsichtsrat die Vertretungsbefugnis bei Interessenskollisionen zugewiesen. Hier ist insbesondere an die von der GmbH gegen Mitglieder der Geschäftsführung gerichtlich geltend gemachte Schadenersatzforderungen zu denken.

3. Haftung von Aufsichtsräten

Die Haftungsvorschriften für die Geschäftsführer sind auch auf die Aufsichtsratsmitglieder sinngemäß anzuwenden. Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder haften zur ungeteilten Hand (§ 33 GmbHG).⁸⁹

- *Haftungsgrundlagen*⁹⁰

-- § 33 iVm § 25 GmbHG

§ 33 Abs. 1 GmbHG legt den von den Aufsichtsratsmitgliedern einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab fest und bildet den **Grundtatbestand** für die (Verschuldens)-Haftung.

⁸⁷ Die Befugnis und Pflicht des Aufsichtsrats, einen Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft zu klagen, hängt grundsätzlich von einem dies besagenden Gesellschafterbeschluss ab; fehlt ein solcher, ist die Klage als unbegründet abzuweisen; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30I Rz. 8.

⁸⁸ Dies gilt nicht für Rechtsstreitigkeiten mit ehemaligen Geschäftsführern - *Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/270.

⁸⁹ *Nowotny in Kalss, Nowotny, Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht¹, Rz. 4/274.

⁹⁰ *Jaufer/Gärtner* in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 6f.

Diese stellt den allgemeinen Auffangtatbestand für Pflichtverletzungen eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft dar. Die **Haftung** besteht bereits **kraft Gesetzes**, sodass es einer Haftungsvereinbarung nicht bedarf.⁹¹

§ 33 GmbHG schließt eine Haftung aufgrund anderer (spezieller) Haftungsnormen nicht aus. Eine Haftung kann gegebenenfalls auch auf das Auftragsverhältnis gestützt werden (z.B. bei einem vertraglichen Wettbewerbsverbot).⁹²

Normadressat/**Schuldner des Anspruchs** sind Aufsichtsratsmitglieder und stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder.⁹³

Die Verantwortlichkeit beginnt mit dem Beginn der Funktion; für nach dem Ausscheiden aus der Aufsichtsratsfunktion vom Aufsichtsrat getroffene Entscheidungen haftet das ehemalige Mitglied nicht.⁹⁴

Auch Personen, die aufgrund bzw. trotz einer unwirksamen/nichtigen Bestellung die Funktion eines Aufsichtsratsmitglieds ausüben (**„faktische Aufsichtsratsmitglieder“**), haften nach hM gemäß § 33 GmbHG.⁹⁵

Gläubiger des Anspruchs ist die Gesellschaft (Innenhaftung). Gesellschafter können Ansprüche der Gesellschaft gegen Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen des § 48 GmbHG geltend machen und Zahlung an die Gesellschaft verlangen.⁹⁶

Der Sorgfaltsmaßstab ist die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** („objektiv-normativer Sorgfaltsmaßstab“).

Keine Erfolgshaftung. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft die bloße Verpflichtung zu sorgfältigem, d.h. branchen- größen- und situationsadäquatem Bemühen. Die

⁹¹ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 6.*

⁹² *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 7.*

⁹³ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 8.*

⁹⁴ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 11.*

⁹⁵ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 12.*

⁹⁶ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 14.*

Prüfung, ob das Mitglied pflichtwidrig gehandelt hat, hat sich daher an der Sicht ex ante zu orientieren.⁹⁷

Die Prüfung einer allfälligen Haftung hat **sach- und funktionsbezogen** zu erfolgen, sodass Raum für eine eigenständige Beurteilung anhand der Stellung des Organwalters sowie seiner Aufgaben besteht. Relevant ist auch, dass die Aufsichtsratsstätigkeit vom Konzept her eine Nebentätigkeit darstellt und Arbeitsteilung zulässt. Dieser weit formulierte Maßstab wird in Rsp und Literatur nicht völlig einheitlich beurteilt.⁹⁸

Voraussetzungen der Verschuldenshaftung⁹⁹

- Eintritt eines Schadens
- Kausalität des Tuns oder Unterlassens
- Adäquanz
- Rechtswidrigkeit – Verletzung einer gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung
- Rechtswidrigkeitszusammenhang
- Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens
- Verschulden

Beweislast. Den Aufsichtsrat trifft eine **partielle Beweislastumkehr**, die sich aus § 1298 ABGB bzw. auch aus einer Analogie zu § 84 Abs. 2 2. Satz AktG ableitet.¹⁰⁰

Aufsichtsratsmitglieder haften solidarisch.¹⁰¹

Die **Ersatzpflicht des Aufsichtsrats ist ausgeschlossen**, wenn die schädigende Handlung auf einem **gesetzmäßigen Beschluss der Gesellschafter** beruht, es sei denn, dass der Ersatz für die Gläubigerbefriedigung erforderlich wäre. Praktisch werden die Gesellschafter selten über die korrekte Überwachung verbindliche Entscheidungen treffen.¹⁰²

⁹⁷ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 16.*

⁹⁸ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 18.*

⁹⁹ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 37ff.*

¹⁰⁰ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 41.*

¹⁰¹ *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 42.*

¹⁰² *Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 43.*

Haftungsausschluss durch Entlastung, Verzicht oder Vergleich. Diese Maßnahmen entfalten jedoch keine Wirkung, wenn der Schadenersatzanspruch zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

Verjährungsfrist: 5 Jahre¹⁰³

Der Aufsichtsrat bzw. einzelne Mitglieder können sich beim Vorwurf unterlassener Kontrolltätigkeit nicht darauf berufen, dass die Vorstandsmitglieder mit größter Sorgfalt ausgewählt wurden und die bisherige Geschäftsführung durch diese keinen Anlass zu Misstrauen gegeben hätte.

Zwar sollten der Aufsichtsrat und Vorstand im Allgemeinen vertrauensvoll zusammenwirken, was den Aufsichtsrat aber nicht daran hindern darf, im Einzelfall gewissenhaft das gebotene Informationsbedürfnis geltend zu machen und somit voll seiner Überwachungspflicht nachkommen zu können.

EXKURS: Haftung bei Beschlussfassung

Wird ein Aufsichtsratsmitglied bei einer Beschlussfassung im Aufsichtsrat überstimmt, genügt es oft nicht, dass es gegen diesen Beschluss gestimmt hat. Es hat auch vor der Abstimmung seine Bedenken klar und begründet darzulegen und insbesondere darauf zu achten, dass diese im Protokoll aufgenommen worden ist.

Es besteht jedoch keine Verpflichtung, den Inhalt eines vom Gesamtaufsichtsrat gefassten Beschlusses mit Feststellungsklage überprüfen zu lassen. Es kann jedoch, um künftige Haftungen zu vermeiden, sein Mandat niederlegen.¹⁰⁴

- *Haftung aufgrund sonstiger Anspruchsgrundlagen*

¹⁰³ Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 44f.

¹⁰⁴ Dr. Wolf-Georg Schärf, in GesRZ 2009, Rieger Bank – OGH zu Fragen der Haftung der Aufsichtsräte – Ende der Fragen?, Seite 39ff.

Da die Bestimmungen des allgemeinen Schadenersatzrechts anwendbar bleiben, kann sich – insbesondere bei Verletzung von Schutzgesetzen – eine Haftung auch gegenüber „Dritten“ (insbesondere Gesellschafter und Gläubiger) ergeben.¹⁰⁵

-- § 25 URG

Wurde die Einleitung eines notwendigen Reorganisationsverfahrens durch die Geschäftsführer vorgeschlagen und hat der Aufsichtsrat seine allenfalls notwendige Zustimmung nicht erteilt oder die Einleitung mittels Weisung untersagt, so haften diejenigen Mitglieder des Aufsichtsrats, die gegen eine Zustimmung bzw. für die Weisung gestimmt haben, zur ungeteilten Hand. Gesamtumfang gemäß § 22 Abs. 1 URG und Begrenzung auf höchstens Euro 100.000,00 pro Person.¹⁰⁶

-- § 122 GmbHG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen ist vom Gericht zu bestrafen, wer als Geschäftsführer, **Mitglied des Aufsichtsrates**, Beauftragter oder Liquidator

1. in Berichten, Darstellungen und Übersichten betreffend die Gesellschaft oder mit ihr verbundene Unternehmen, die an die Öffentlichkeit oder an die Gesellschafter gerichtet sind, wie insbesondere Jahresabschluss (Konzernabschluss) und Lagebericht (Konzernlagebericht)
2. in einer öffentlichen Aufforderung zur Beteiligung an der Gesellschaft,
3. in Vorträgen oder Auskünften in der Generalversammlung,
4. in Auskünften, die nach § 272 UGB einem Abschlussprüfer oder die sonstigen Prüfern der Gesellschaft zu geben sind, oder
5. in Berichten, Darstellungen und Übersichten an den Aufsichtsrat oder seinen Vorsitzenden

die Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, unrichtig wiedergibt, verschleiert oder verschweigt.

(2) [...]

(3) Das Strafverfahren obliegt den Gerichtshöfen erster Instanz.

¹⁰⁵ Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 63.

¹⁰⁶ Straube/Rauter in Straube (Hrsg), GmbHG, § 33 Rz. 65.

Bei der Strafnorm handelt es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt. Die Tathandlung kann sowohl durch aktives Tun (unrichtige Wiedergabe, Verschleierung), als auch durch Unterlassen (Verschweigen) verwirklicht werden.

Irrelevant ist es, ob die Tathandlung in dem Sinn „erfolgreich“ war, dass durch die unrichtige Darstellung bei irgendjemandem ein Vermögensschaden eingetreten ist.

Durch die ausdrückliche Aufnahme des „Verschleierns“ sollte der Graubereich zwischen unrichtiger Wiedergabe und Verschweigen abgedeckt werden. „Verschleiern“ beschreibt die unklare oder unübersichtliche Darstellung, welche die Gefahr von Fehlbeurteilungen durch den Empfänger der Information in sich trägt.

-- §§ 156, 158, 159, 160, 162 iVm § 161 StGB

Im Zuge des Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetzes 2009 (in Kraft getreten am 01.09.2009) wurde die Strafbarkeit von Mitgliedern des Aufsichtsrates um die Straftatbestände der betrügerischen Krida (§ 156 StGB), der Begünstigung eines Gläubigers (§ 158 StGB), der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB), der Umtriebe während einer Geschäftsaufsicht oder im Insolvenzverfahren (§ 160 StGB) und der Vollstreckungsverweigerung (§ 162 StGB) erweitert.

4. Qualifikationserfordernisse¹⁰⁷

Keine explizite gesetzliche Regelung.¹⁰⁸

Das Gesamtteam muss umfassende Kenntnisse haben. Auf Zusammensetzung/Diversität ist zu achten.¹⁰⁹ (vgl. § 87 Abs. 2a AktG)

¹⁰⁷ *Jaufer/Gärtner* in Aufsichtsrat aktuell 4/2008, Kontrollpflicht des Aufsichtsrats: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und strafrechtliche Konsequenzen, Seite 6.

¹⁰⁸ *Kalss*, Ausgewählte Fragen zum Aufsichtsrat, Vortrag vom 16. 03. 2012, Seite 9.

¹⁰⁹ Bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern hat die Hauptversammlung auf die **fachliche und persönliche Qualifikation der Mitglieder** sowie auf eine im Hinblick auf die Struktur und das Geschäftsfeld der Gesellschaft **fachlich ausgewogene Zusammensetzung des Aufsichtsrats** zu achten. Weiters sind **Aspekte der Diversität** des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Vertretung beider Geschlechter und die Altersstruktur sowie bei börsennotierten Gesellschaften auch im Hinblick auf die

Nach der Rechtsprechung müssen alle Aufsichtsratsmitglieder über die Fähigkeit verfügen, die Vorgänge in eben diesem Unternehmen sachgerecht zu beurteilen, und wird darüber hinaus verlangt, dass ein Aufsichtsratsmitglied die „Fähigkeit hat, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen“, was vor dem Hintergrund des Unternehmensgegenstandes und der daraus entspringenden Anforderungen zu beurteilen ist.

Haftungsrelevante Mindestanforderungen:

- Jedes einzelne Mitglied muss seine Pflichten im Rahmen der Überwachungsfunktion der Gesellschaft kennen. Im Schadensfall kann sich folglich kein Aufsichtsratsmitglied entschuldigend darauf berufen, dass es seine Pflichten nicht kannte.
- Da sich der Mindeststandard auf die Erfordernisse im Rahmen des Geschäftszweigs, der Größe und Organisation der betreffenden Gesellschaft bezieht, muss jedes Mitglied über ausreichende Kenntnisse im Tätigkeitsbereich des Unternehmens verfügen und ebenso dazu befähigt sein, alle branchenüblichen Geschäfte und alle wirtschaftlichen Zusammenhänge zu verstehen, zu beurteilen und nachzuvollziehen.
- Je größer und komplexer das Unternehmen ist, umso umfassender werden auch die Kontrollpflichten.
- Aufgrund der Berichte des Vorstands und der Feststellungen der Abschlussprüfer muss jedes Aufsichtsratsmitglied in der Lage sein, sich ein eigenes Bild von der Entwicklung der Gesellschaft zu machen und sich ein eigenes Urteil zu bilden.
- Jedes Aufsichtsratsmitglied muss beurteilen können, ob der Vorstand seiner gesetzlichen Berichtspflicht nachkommt und ob die Zusammensetzung, Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats selbst den Erfordernissen des Gesetzes bzw. des jeweiligen Unternehmens entspricht. Werden diese

Internationalität der Mitglieder angemessen zu berücksichtigen. Es ist auch darauf zu achten, dass niemand zum Aufsichtsratsmitglied gewählt wird, der rechtskräftig wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung verurteilt worden ist, die seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt.

Standards verletzt, muss der Aufsichtsrat damit rechnen, zivilrechtlich in die Haftung genommen zu werden.

5. Dauer der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds

Kein Aufsichtsratsmitglied kann für längere Zeit als bis zum Gesellschafterbeschluss bzw. der Beendigung der Hauptversammlung gewählt werden, der bzw. die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt; hiebei wird das Geschäftsjahr, in dem das Aufsichtsratsmitglied gewählt wurde, nicht mitgerechnet (vgl. § 30b Abs. 2 GmbHG und § 87 Abs. 7 AktG).

Die jährliche Beschlussfassung der Gesellschafter über u.a. die Entlastung des Aufsichtsrats ist zwingend (vgl. § 35 Abs. 1 Z. 1 GmbHG).

Die Wiederwahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist zulässig – vor Ablauf der Bestelldauer ist allerdings wiederum die oben dargestellte Zeitbegrenzung zu beachten.

Der Gesellschaftsvertrag kann die gesetzliche Bestelldauer nicht verlängern, aber verkürzen. Wird von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, kann auch der Bestelldbeschluss eine kürzere als die gesetzliche Amtsdauer vorsehen.¹¹⁰

Die Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds vor Ablauf der Funktionsperiode durch Beschluss der Gesellschafter ist zulässig. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$; der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung kann eine andere Mehrheit oder auch noch andere Erfordernisse festlegen (vgl. § 30b Abs. 3 GmbHG, § 87 Abs. 8 AktG).

¹¹⁰ Koppenteiner/Rüffler, GmbHG³, § 30b Rz. 6.

c u b e r
Rechtsanwälte

RA Dr. Anton Cuber

Grieskai 46, 8020 Graz
eMail: office@cuber.at
web: www.cuber.at
Tel. +43 (0) 316/818781-0
Fax +43 (0) 316/818781-80



Mag. Walter Krainz
Geschäftsführer

Ernst & Young Wirtschaftsprüfungsgesellschaftm.b.H.
Tel. +43(0) 1 211 70 1062
Fax. +43 (0) 1 211 70 5108
eMail: walter.krainz@at.ey.com
www.ey.com/at