50. Jahrgang / Oktober 2021 / Nr. 5

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Festheft 50 Jahre GesRZ

Mit Geleitworten des Verlags und der Herausgeber

und Beiträgen von

Nikolaus Adensamer
Eveline Artmann
Andreas Frauenberger
Michael Gruber
Susanne Kalss
Julia Nicolussi
Georg Schima
Stephan Verweijen

Linde
www.lindeverlag.at

(Konzern-)Weisungen an den AG-Vorstand

GEORG SCHIMA*

Eine Zentralnorm, ja ein Bauprinzip des österreichischen und deutschen Aktienrechts[1] ist § 70 Abs 1 AktG, wonach der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten hat, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert. Daraus ergibt sich nach vom Grundsatz her unbestrittener Auffassung in Lehre und Rspr die Freiheit des Vorstands und seiner Mitglieder von Weisungen anderer Organe oder gar Dritter bei der Ausübung der Vorstandsfunktion.[2]

I. Problemstellung

Sieht man von dem eher wenig kontroversiellen und in der Praxis auch keine allzu große Rolle spielenden Fall des § 103 Abs 2 AktG[3] ab, beschäftigt die Praxis und auch das Schrifttum seit jeher die Frage, ob Vorstandsmitglieder bzw der Vorstand als Gesamtorgan ungeachtet der durch § 70 Abs 1 AktG verbrieften Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit vor allem im Unternehmensverbund, dh im Konzern, nicht doch zumindest in eingeschränktem und das Interesse des vom Vorstand geleiteten Unternehmens beachtendem Ausmaß Weisungen unterliegen. Damit könnte die seit jeher bestehende Weisungspraxis in Konzernen[4] zumindest teilweise rechtlich legitimiert werden.

Im Schrifttum war schon seit Langem eine gewisse Polarisierung zwischen den Gralshütern des § 70 Abs 1 AktG[5] und den etwas stärker pragmatisch ausgerichteten Stimmen[6] zu verzeichnen.

Die Rspr des OGH hatte sich bisher – soweit ersichtlich – mit der Frage einer konzernbezogenen Durchbrechung der Weisungsfreiheit des Vorstands in der AG zweimal zu befassen, und zwar in ganz unterschiedlichen Fallkonstellationen. Die frühere, im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum eher unbeachtet gebliebene Entscheidung aus 2007[7] stammt von einem arbeitsrechtlichen Senat des OGH und betrifft einen Entlassungsfall, wohingegen es bei der zweiten, vor nicht einmal einem Jahr gefällten Entscheidung[8] tatsächlich um einen Anwendungsfall der Governance im Konzern geht.

Nach einer Erörterung des Inhalts der beiden OGH-Entscheidungen soll – von diesen ausgehend – der Frage nachgegangen werden, ob und welche Einschränkungen der gesetzlich verankerten Weisungsfreiheit des Vorstands vor allem, aber nicht nur für Konzernsachverhalte anzuerkennen sind und ob gewisse Einschränkungen vielleicht gar keine Beschränkungen der vom Gesetz gemeinten Weisungsfreiheit sind. Deshalb steht das Wort „*Konzern*" im Titel in Klammern, weil es auch um Konstellationen geht, in denen der Vorstand der Konzernobergesellschaft zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden soll.

II. OGH-Rechtsprechung zur Beschränkung der Weisungsfreiheit des Vorstands

1. OGH 28.9.2007, 9 ObA 28/07v

In diesem Fall ging es um das Vorstandsmitglied einer aufgrund eines Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages beherrschten Tochter-AG einer anderen AG, die 65 % des Grundkapitals der beherrschten und als beklagte Partei auftretenden Gesellschaft hielt. Zwischen dem klagenden Vorstandsmitglied der beherrschten Gesellschaft und deren Aufsichtsratsvorsitzendem und Vorstandsmitglied der Konzernobergesellschaft gab es Divergenzen, zu denen auch gröbere Unmutsäußerungen des Klägers gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden gehörten und die schließlich in eine Suspendierung des Klägers als Vorstandsmitglied mündeten.[9]

Der Kläger hatte in seinem Anstellungsvertrag eine sog Konzernmandatsklausel,[10] wonach das Vorstandsmitglied während der Dauer des Vertrages verpflichtet ist, die Bestellung bzw Wahl als Vorstandsmitglied, Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglied in konzernangehörigen Unternehmen oder Beteiligungsunternehmen durch die dafür zuständigen Organe anzunehmen, sofern dies im Hinblick auf den Grad der Arbeitsbelastung und die Art der Ausbildung und Tätigkeit des Vorstandsmitglieds zumutbar ist, sowie diese Mandate auf jederzeitiges Verlangen der Gesellschaft unverzüglich niederzulegen. Der Kläger erhielt zunächst gemeinsam mit der Suspendierung die schriftliche Aufforderung, alle Funktionen im Konzern niederzulegen, wobei ihm dieses Schreiben jedoch nicht zuging.[11] Ein weiteres Schreiben mit der Aufforderung der Zurücklegung ging an den Rechtsanwalt des Klägers und wurde mit diesem erörtert. Einige Tage danach nahm der Kläger auf ausdrückliches Ersuchen der Gesellschaft eine Geschäftsführersitzung in einer Tochtergesellschaft wahr, um über einen wichtigen Geschäftsfall berichten zu können. Danach erhielt der Kläger ein weiteres Aufforderungsschreiben, wenige Tage vor einer Aufsichtsratssitzung betreffend die Zurücklegung aller Funktionen im Konzern, in der der Kläger die Angelegenheit mit dem Aufsichtsrat besprechen wollte. Seine Funktionen legte er nicht zurück, worauf die Hauptversammlung dem Kläger das Vertrauen entzog (§ 75 Abs 4 Fall 3 AktG) und der Aufsichtsrat in der unmittelbar darauffolgenden Aufsichtsratssitzung die Abberufung des Klägers vom Vorstandsmandat aus wichtigem Grund und die fristlose Auflösung des Anstellungsvertrages wegen beharrlicher Pflichtverletzung nach § 27 Z 4 Fall 2 AngG[12] erklärte.

Die beiden das Zahlungsbegehren des Klägers aufgrund der seiner Meinung nach ungerechtfertigten Entlassung abweisenden Urteile der Unterinstanzen hob der OGH auf und verwies die Sache an das Erstgericht zurück. Zunächst betonte der OGH einerseits die Weisungsfreiheit des Vorstandsmitglieds und andererseits die Üblichkeit der Erteilung von Weisungen an den Vorstand von beherrschten Unternehmen und deren faktische Befolgung.[13] Die im Anstellungsvertrag verankerten Konzernmandatsklauseln seien in einem Konzern üblich,[14] womit freilich noch nichts über ihre „*Zulässigkeit im Lichte der Weisungsfreiheit des § 70 Abs 1 AktG*" und über die Zulässigkeit der konkreten Handhabung im jeweiligen Einzelfall gesagt wäre.

Sodann leitete der OGH sehr unmittelbar zur Feststellung über, dass der Vorstand einer beherrschten Tochtergesellschaft „*immer wieder mit den Konzerninteressen konfrontiert*" werde. Die in der Lehre vertretene Auffassung, so der OGH, wonach „*konzernrechtliche Weisungen nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft hindern*",[15] sei eine „*gangbare Lösung, um das beträchtliche Interesse der Wirtschaft an ‚funktionierenden' Konzernen mit der zwingenden Regelung des § 70 AktG in Einklang zu bringen*".

In weiterer Folge prüfte der OGH die konkrete Vereinbarkeit einer Konzernweisung mit der gesetzlichen Weisungsfreiheit und damit auch die Zulässigkeit der konkreten Vertragsklausel (Konzernmandatsklausel) nicht näher, wenngleich aus der Entscheidung eine deutliche Sympathie dafür herauszulesen ist, solche Klauseln und daraus abgeleitete Weisungen für grundsätzlich zulässig zu erachten. Denn das Höchstgericht befand die Entlassung schon deshalb für ungerechtfertigt, weil nach dem festgestellten Sachverhalt keine beharrliche Dienstpflichtverletzung vorgelegen sei. Diese hätte eine zumindest zweimalige Weigerung plus Ermahnung vorausgesetzt. Zudem habe der Kläger, der sich mit einer von ihm von der Gesellschaft ausdrücklich verlangten Ausnahme jeder die Konzerninteressen potenziell beeinträchtigenden Handlung bei der Ausübung seiner Konzernmandate enthalten habe, damit rechnen können, in der bevorstehenden Aufsichtsratssitzung die Angelegenheit zu erörtern.

2. OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h

Dieser erst vor knapp einem Jahr ergangenen Entscheidung, die als *Waagner-Biro*-Entscheidung bekannt geworden ist und auch in der nicht juristischen Tagespresse besprochen wurde,[16] lag ein interessanter Fall der Konzern-Governance zugrunde, der sich um eine Problematik drehte, der im Schrifttum in den Jahren davor schon einige Beiträge gewidmet worden waren.[17]

Der Beklagte war Vorstandsmitglied in der W. AG sowie Vorstandsmitglied in der direkt mit 36,39 % beteiligten, jedoch über die Ausübung von Stimmrechten der J. GmbH insgesamt über eine Hauptversammlungsmehrheit in der W. AG verfügenden L. AG.

In der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und des Vorstands der Obergesellschaft (L. AG) und klagenden Partei waren Genehmigungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats der L. AG vorgesehen, die sich ausdrücklich „*nicht nur auf die L. AG selbst, sondern auch auf die mit dieser gemäß § 228 Abs 3 UGB [nunmehr: § 189a Z 2 UGB] verbundenen Unternehmen*" bezogen.

Genehmigungspflichtig waren danach die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und Patronatserklärungen für Leistungen Dritter (einschließlich verbundener Unternehmen).

In ähnlicher Weise knüpfte auch die Geschäftsordnung für den Vorstand der beherrschten W. AG die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und Patronatsverpflichtungen an die Zustimmung des Aufsichtsrats der W. AG.

Die W. AG übergab einer Bank zwei vom Beklagten als Vorstandsvorsitzendem und dem für Finanzen zuständigen Vorstandsmitglied der W. AG unterzeichnete *letters of comfort*, die nicht dem Aufsichtsrat der klagenden L. AG (Konzernobergesellschaft) vorgelegt wurden und in denen die W. AG erklärte, im Falle der Notwendigkeit einer Unterstützung der W. S. AG dieser jedwede vernünftige Unterstützung bei der Erfüllung von deren Verpflichtungen gegenüber der besagten Bank zuteilwerden zu lassen.

Wenige Monate nach Unterfertigung des zweiten *letter of comfort* wurde über das Vermögen der W. S. AG und einige

---

* Hon.-Prof. Dr. *Georg Schima*, M.B.L. (HSG), LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

1 OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74; 5.2.1985, 4 Ob 5/85; *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft (2004) 169. Innerhalb der EU ist das Modell der AG mit weisungsfreiem, nur aus wichtigem Grund abberufbaren Vorstand freilich nicht die Regel, sondern die klare Ausnahme.

2 OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74; 9.10.2014, 6 Ob 77/14p; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 2 und (zu möglichen Einschränkungen der Weisungsfreiheit) 16; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3] (2021) § 70 Rz 6; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht[2] (2017) Rz 3/422; *Reich-Rohrwig*, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden? ecolex 1990, 285; *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 1.226 f; *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.129 f.

3 Vgl dazu *G. Frotz*, Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, in FS K. Wagner (1987) 137 (146); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] (1990) 235; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 16 f; *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG[6] (2019) § 103 Rz 7.

4 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 5 und 20 f.

5 Vgl zB *Reischauer*, Weisung und Richtlinie im Konzern, insbesondere im ÖIAG-Konzern, ÖZW 1987, 65 (67); *Vanis*, Zur Unterwerfung von Kapitalgesellschaften im Konzern, GesRZ 1987, 132 (141 f); *ders*, Beherrschung von Kapitalgesellschaften (1991) 136; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] (2011) § 15 Rz 43 f; *Artmann*, Organschaft, 169 ff und 199; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] (2007) § 115 Rz 15 f.

6 Vgl zB *Krejci*, Zulässigkeitsgrenzen konzernbildender Unternehmensverträge, ÖZW 1988, 65 (68 f); *ders*, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? (1988) 378; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5], 31; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 22 f; *Kalss*, Die Eigenständigkeit der Veranlagungsentscheidungen von Kapitalanlagegesellschaften, ÖBA 1995, 583; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5], § 70 Rz 10; *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.29 und 9.122 ff.

7 OGH 28.9.2007, 9 ObA 28/07v, DRdA 2009/45 (*Jabornegg*).

8 OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h, JAP 2020/2021, 169 (*Rauter*) = WBl 2021/97 (*Koppensteiner*).

9 Die Suspendierung wurde zunächst nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden und Vorstandsmitglied der Obergesellschaft im Einvernehmen mit den übrigen Vorstandsmitgliedern der Obergesellschaft und damit zweifellos unwirksam (vgl *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses [2016] Rz 205) ausgesprochen, jedoch nachträglich vom Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft genehmigt.

10 Vgl dazu *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 104 f und 229; *dies*, Manager-Dienstverträge[4] (2014) 43 und 248. Die Anstellungsvertragsklausel in beurteilten Fall folgte wörtlich der dort enthaltenen Mustervertragsklausel.

11 Der diesbezügliche Sachverhalt (der Kläger war wegen privater Beziehungsprobleme von Zuhause ausgezogen) zeigt die Sinnhaftigkeit von Vertragsklauseln, denen zufolge das Vorstandsmitglied alle Adressenänderungen unverzüglich mitzuteilen hat, andernfalls an die letzte bekannt gegebene Adresse zugestellte Erklärungen als zugegangen gelten.

12 Der Anstellungsvertrag des Klägers beinhaltete eine Klausel, dass auf diesen subsidiär die Bestimmungen des AngG anwendbar seien.

13 Unter Berufung auf *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 5 und 19 f.

14 Verweis auf *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 104 f, 110, 270 und 276 f.

15 Verweis auf *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 22 f und 175; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG[4] (2006) § 70 Rz 10; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg*, AktG[4], § 15 Rz 39; *Krejci*, ÖZW 1988, 68 f.

16 Vgl *Kary*, Wer ist denn nun der oberste Chef im Konzern? Die Presse vom 11.2.2021, S 19.

17 Vgl insb *St. Frotz/Spitznagel*, Zur konzernweiten Wirkung von Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates einer AG, RWZ 2011, 161; *G. Schima*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35.

Tage später auch über das Vermögen der W. AG das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die klagende L. AG begehrte vom Beklagten Schadenersatz, weil er die Zustimmung des Aufsichtsrats der L. AG vor Abgabe der Patronatserklärungen hätte einholen müssen.

Der OGH hob die klageabweisenden Entscheidungen der Unterinstanzen auf. Er trat zunächst der Ansicht entgegen, bei den beiden *letters of comfort* handle es sich um weiche Patronatserklärungen ohne jede Verpflichtungswirkung. Denn die W. AG habe tatsächlich verbindliche Handlungszusagen gemacht und es werde aus der Erklärung immerhin ein Bemühen geschuldet, dessen Verletzung schadenersatzpflichtig mache.[18]

Einen in der Wertminderung der Beteiligung an der W. AG liegenden Schaden könne die L. AG als bloßen Reflexschaden in der Tat nicht geltend machen. Der Kläger sei aber auch Mitglied des Vorstands der klagenden L. AG gewesen. Zu prüfen sei daher, ob der Beklagte in diese Eigenschaft eine ihn gegenüber der klagenden L. AG treffende Verpflichtung verletzt habe, die – so der Standpunkt der klagenden Partei – darin bestünde, dafür zu sorgen, dass die Übernahme von Patronatserklärungen durch verbundene Unternehmen (hier: W. AG) dem Aufsichtsrat der L. AG zur Genehmigung vorzulegen gewesen wäre.

Nach kurzen Ausführungen zum Wesen des Konzerns verwies der OGH – wie schon in der oben erörterten Entscheidung aus 2007 – auf die *„übliche Praxis, dass den Konzerngesellschaften von der Konzernleitung (etwa der Vorstandsobergesellschaft) Weisungen erteilt werden, die ungeachtet der Weisungsfreiheit nach § 70 Abs 1 AktG de facto befolgt werden"*. Sodann zitierte der OGH die oben wiedergegebene Entscheidung seines arbeitsrechtlichen Senats aus 2007 und meinte, es *„erscheine"* nach dieser Vorentscheidung *„als gangbare Lösung, um das beträchtliche Interesse der Wirtschaft an ‚funktionierenden' Konzernen mit der zwingenden Regelung des § 70 AktG in Einklang zu bringen"*, dass *„konzernrechtliche Weisungen nicht schlecht in der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrnehmung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaften hindern"*.[19]

Mit der hL müsse eine gewisse Konzernleitungspflicht des Vorstands der Obergesellschaft anerkannt werden.[20] Die Leitungstätigkeit erfasse auch die Gesellschaften, an denen sie beteiligt sei,[21] weshalb sich die Organe der herrschenden Gesellschaft nicht auf die Leitung und die Überwachung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens beschränken dürften.[22]

Bei der näheren Ausgestaltung der Konzernleitung bestehe ein gewisses Ermessen iSd Business Judgment Rule;[23] diese habe je nach Lage des Einzelfalles straffer oder lockerer zu erfolgen,[24] wobei es ua darauf ankomme, ob eine unternehmerische oder eine kapitalistische (dh vermögensverantagende) Beteiligung vorliege.[25]

Der Aufsichtsrat, so folgerte der OGH weiter, habe in einer AG nach § 95 Abs 1 AktG die Pflicht, die Geschäftsführung zu überwachen. Im Konzern erweitere sich die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats freilich um die Überwachung der Tätigkeit des Vorstands iZm dessen Konzernüberwachung und Konzernleitung.[26] IdS sei auch der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zur Konzernüberwachung berufen.[27]

Der Aufsichtsrat habe die Entwicklungen in Konzerntöchtern (und -enkeln) so weit zu verfolgen, als es sich um für die Obergesellschaft wesentliche wirtschaftliche Aktivitäten oder Vermögensbindungen handle, und er müsse beurteilen, ob und wie der Vorstand der Obergesellschaft auf die nachgeordneten Unternehmen Einfluss nehmen solle. Den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft träfen also auch konzerndimensionale Überwachungsaufgaben, wofür ihm Informationsrechte und Zustimmungsvorbehalte zur Verfügung stünden.

Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft könne seine Tätigkeit nicht direkt auf die Tochtergesellschaften erstrecken, sondern die Erweiterung seiner Tätigkeit im Konzern korreliere im Großen und Ganzen mit der Erweiterung der Tätigkeit des Vorstands der Konzernobergesellschaft.[28] Gegenstand der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft sei nicht jede einzelne Tätigkeit von nachgeordneten Unternehmen, vielmehr habe sich der Aufsichtsrat nur mit solchen Themen und Geschäften zu befassen, die tatsächlich konzernrelevant seien;[29] seine Überwachungsaufgabe erstrecke sich auf die konzernleitende Tätigkeit des Vorstands der Konzernobergesellschaft.[30]

Adressat der Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft sei nur deren Vorstand. Die leitenden oder kontrollierenden Gremien der beherrschten Gesellschaften hätten eine solche Pflicht zu direkter Berichterstattung nicht. Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft müsse von deren Vorstand über konzernrelevante Themen der Tochtergesellschaften informiert werden.[31]

§ 95 Abs 5 AktG regle Zustimmungsvorbehalte zwar grundsätzlich nur für die jeweilige Einzelgesellschaft, für Konzernobergesellschaften könne aber eine Ergänzung durch konzernrelevante Geschäfte vorgenommen werden, sodass ein Geschäft einer Tochtergesellschaft dann durch den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zu kontrollieren sein könne, wenn sich dieses auch auf die Obergesellschaft auswirke.[32] Regel 35 des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) weise ebenfalls in diese Richtung.

[18] Dass die oben beschriebene Patronatserklärung zumindest eine Bemühungspflicht iS einer Verwendungszusage umfasst, die gemäß der Rspr sehr wohl schadenersatzpflichtig machen kann, wenn sich der Zusagende nicht mit gebührender Sorgfalt verwendet (vgl OGH 11.7.1985, 7 Ob 572/85), ist mE keine Frage. Gefragt werden könnte indes, ob die gegenständliche Zusage nicht sogar einen darüber hinausreichenden Inhalt iS einer Ausstattungsverpflichtung aufweist. Das soll aber hier nicht mehr vertieft werden.

[19] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.122 ff; *G. Schima*, GesRZ 2012, 35 ff.

[20] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.37 f; *Kalss*, Leitung und Überwachung im Konzern, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4; *Feltl*, Die Leitungsverantwortung des Vorstands im Konzern, ecolex 2010, 358; *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 161 ff; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat[2] (2016) § 31 Rz 25.

[21] Verweis auf *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht[2], Rz 3/1107.

[22] Verweis auf *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 15 Rz 60a f.

[23] Verweis auf *Rüffler*, Organhaftung und Konzern, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Organhaftung (2013) 13 (16 f); *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 25.

[24] Verweis auf *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 15 Rz 60a f.

[25] Verweis auf *Eckert/Gassauer-Fleissner*, Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Konzern, GES 2004, 416 (420).

[26] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.52; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GES 2004, 422.

[27] Verweis auf *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht[2], Rz 3/1110.

[28] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.53; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 39.

[29] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.54.

[30] Verweis auf *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 95 Rz 8; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht[2], Rz 3/1111; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 40.

[31] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.115; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 48.

[32] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.95.

Der Vorstand oder Aufsichtsrat der Tochter könne daher weder durch die Satzung der Muttergesellschaft noch durch die Geschäftsordnung von deren Aufsichtsrat oder einen Einzelbeschluss des Aufsichtsrats unmittelbar gebunden werden.[33]

Im Konzern sei jedoch grundsätzlich von einer – bei Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung unter Umständen auch durch Auslegung zu ermittelnden – konzernweiten Wirkung von Zustimmungsvorbehalten auszugehen: Habe eine Transaktion in einer Tochter- oder Enkelgesellschaft eine bedeutende Auswirkung auf den Konzern und somit die Muttergesellschaft, so sei ein Zustimmungsvorbehalt auch zugunsten des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft vorzusehen.[34] Den Aufsichtsrat[35] könne somit die Verpflichtung treffen, den Zustimmungsvorbehalt auf außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen von Beteiligungsgesellschaften zu erstrecken, und zwar dann, wenn diese wesentliche Auswirkungen auf dem Gesamtkonzern (insb auf die Muttergesellschaft) hätten; maßgebend dafür sei der Gedanke, dass sich das wirtschaftliche Risiko in derartigen Fällen üblicherweise bei der Muttergesellschaft realisiert, auch wenn die Maßnahme durch eine Beteiligungsgesellschaft vollzogen werde.[36]

Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft erstrecke sich daher weder nur auf diese selbst noch dürfe der Katalog der zustimmungspflichtigen Maßnahmen und Geschäfte 1:1 auf Maßnahmen und Geschäfte von nachgeordneten Unternehmen umgelegt werden. Vielmehr sei auf die Bedeutung der Maßnahme, dh deren Konzernrelevanz, Bedacht zu nehmen.[37]

Auch wenn es sich empfehle, Zustimmungsvorbehalte für Konzerngesellschaften zugunsten des Aufsichtsrats der Obergesellschaft ausdrücklich zu regeln,[38] seien Zustimmungsvorbehalte aber auch einer konzernweiten Auslegung zugänglich. Denn es könne nicht angenommen werden, dass Satzungsgeber und/oder Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zwar bestimmte Arten von Geschäften in der Konzernobergesellschaft ihrer Zustimmung unterwürfen, jedoch keinen Einfluss auf gleichartige Geschäfte in verbundenen Unternehmen nehmen wollten, obwohl auch ohne Bestehen eines Haftungsverbunds ein wirtschaftlicher Erfolg oder Misserfolg in den nachgeordneten Gesellschaften auf die wirtschaftliche Lage der Konzernobergesellschaft durchschlage und diese gravierend beeinflussen könne.[39]

Liege ein konzernrelevantes, zustimmungspflichtiges Geschäft auf Ebene eines Konzernglieds vor, so sei dieses somit (auch) vom Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zu genehmigen. Die Zustimmungskompetenz ersetze aber nicht einen Zustimmungsvorbehalt auf Ebene der Gesellschaft, die dieses Geschäft oder die konzernrelevante Maßnahme direkt vornehme, sondern trete zu dieser hinzu. Der Kontrollmaßstab sei aber jeweils ein anderer: einerseits das Interesse des Unternehmens der betreffenden Gesellschaft und andererseits das Interesse der Konzernobergesellschaft.[40] Zur Vorlage verpflichtet sei der Vorstand der jeweiligen Konzerngesellschaft gegenüber seinem Aufsichtsrat.[41]

Konzernrelevanz sei regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich Maßnahmen einer Tochtergesellschaft auch auf die Vermögens- und Ertragslage der Muttergesellschaft nicht bloß unbedeutend auswirkten; der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft müsste sich daher quasi aus einer Art Vogelperspektive mit allen für den Konzern wesentlichen Geschäften beschäftigen.[42] Maßgebliche Kriterien für die Konzernrelevanz eines Geschäfts seien die Rentabilität und Liquidität der Konzernobergesellschaft sowie deren finanzielles Gleichgewicht.[43]

Deshalb, so der OGH weiter, dürfe nicht einfach jedes Geschäft zustimmungspflichtig gemacht werden, bei dem die Konzernleitung dies wünsche. Der Aufsichtsrat der Konzernmutter müsse vielmehr sorgsam darauf achten, nur die tatsächlich für die Überwachung der Konzernleitung notwendigen Maßnahmen und Geschäfte seiner Zustimmung zu unterwerfen.[44]

Die konkrete Ausgestaltung der Konzernüberwachungsaufgabe des Aufsichtsrats der Obergesellschaft hänge von der Intensität der Konzernleitung ebenso ab wie von der Art des betroffenen Geschäfts und seiner Auswirkung auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns oder der sonstigen Konzernrelevanz (etwa bei ganz zentralen Personalmaßnahmen).[45] Somit habe der Aufsichtsrat der Obergesellschaft auch konzernrelevante Einzelgeschäfte und Maßnahmen in den Tochtergesellschaften dahin zu prüfen, ob die Einzelgeschäfte aus der Sicht des Konzerns, somit insb aus der Sicht der Muttergesellschaft, zweckmäßig seien.[46] Dies lasse sich damit begründen, dass die nachgeordneten Unternehmen einen Teil des Vermögens der Konzernobergesellschaft bildeten, das dem Vorstand überantwortet sei;[47] insofern mache es keinen Unterschied, ob das Vermögen tatsächlich im juristischen Eigentum der Konzernobergesellschaft oder juristisch getrennt in einer nachgeordneten Gesellschaft loziert sei.[48]

Auf der Ebene der Beteiligungsgesellschaft trete keine unmittelbare rechtliche Wirkung ein. Deren Geschäftsführungsorgan sei nicht dazu verpflichtet, die Zustimmung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft einzuholen; eine solche Ausdehnung des Zustimmungsvorbehalts verpflichte allerdings den Vorstand der Muttergesellschaft, auf die betreffende Beteiligungsgesellschaft dahin gehend einzuwirken, dass die erfassten außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen nur mit seiner Zustimmung vorgenommen würden, zu deren

[33] Verweis auf *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 132; *G. Schima*, GesRZ 2012, 38 f; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 72.

[34] Verweis auf *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 90 und 107.

[35] Die Frage ist, ob der OGH hier nicht richtigerweise den Vorstand (der Obergesellschaft) gemeint hat, denn nur dieser ist imstande, den Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats der Obergesellschaft nach unten durchzusetzen; vgl OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h, Pkt II.2.2.5.2.

[36] Verweis auf *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 11 Rz 38.

[37] Verweis auf *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 33.

[38] Verweis in *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 133; *dies*, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4 ff; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 79.

[39] Verweis auf *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 164 f.

[40] Verweis auf *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 165 f.

[41] Verweis auf *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 77 und 83.

[42] Verweis auf *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.96; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 134 f; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 66; *Kalss*, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4 ff.

[43] Verweis auf *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GES 2004, 422 f.

[44] Verweis auf *Kalss*, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4 ff; *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 164 f.

[45] Verweis auf *G. Schima*, GesRZ 2012, 39 ff.

[46] Verweis auf *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 36.

[47] Dieser – zutreffende – Gesichtspunkt ist letztlich auch die tiefere Begründung für die Konzernleitungspflicht des Vorstands; vgl *G. Schima*, GesRZ 2012, 40.

[48] Verweis auf *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 95 Rz 37; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 31 Rz 61.

Erteilung es auf der Ebene der Muttergesellschaft wiederum der vorherigen Einwilligung von deren Aufsichtsrat bedürfe. Sollte der Aufsichtsrat der Obergesellschaft die Zustimmung zu einem bestimmten Geschäft verweigern, so sei der Vorstand der Muttergesellschaft angehalten, darauf hinzuwirken, dass die beabsichtigte Maßnahme in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft unterbleibe.[49]

Erstrecke sich ein Zustimmungsvorbehalt entweder ausdrücklich oder im Wege der Auslegung auch auf Konzerngesellschaften, dann habe der Vorstand der Konzernobergesellschaft dafür zu sorgen, dass Geschäftsführungsmaßnahmen der Beteiligungsgesellschaften, die im Einzelfall dem Zustimmungskatalog des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaften unterlägen, auch tatsächlich nur mit dessen Billigung durchgeführt werden könnten. Erst dadurch erhalte der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft die Möglichkeit, sein Zustimmungsrecht auszuüben.[50]

Durch Doppelmandate wie im vorliegenden Fall, die in Konzernen durchaus üblich seien, könne sichergestellt werden, dass in der Enkelgesellschaft eine Maßnahme nicht ausgeführt werde, bevor nicht die Zustimmungen von Vorstand und Aufsichtsrat der Muttergesellschaft erteilt würden.[51]

Wende man diese Grundsätze auf den festgestellten Sachverhalt an, so müsse man die in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und des Vorstands der klagenden L. AG vorgesehenen Zustimmungsvorbehalte zugunsten ihres Aufsichtsrats in Bezug auf die Übernahme von Patronatserklärungen auch für die W. AG nicht nur für zulässig, sondern – wie der ÖCGK zeige – iS einer effektiven Überwachung der Konzernleitung sogar für geboten halten.[52] Das Eingehen von Haftungen in beträchtlicher Höhe verwirkliche eine Risikomultiplikation innerhalb des Konzerns und sei zweifellos eine konzernrelevante Angelegenheit. Diese Verpflichtung habe der Beklagte, der zugleich Mitglied des Vorstands der klagenden L. AG und der W. AG gewesen sei, missachtet, was haftungsbegründend wäre, sollte der klagenden L. AG daraus tatsächlich ein Schaden entstanden sein.[53] Der Beklagte habe als Vorstandsmitglied der W. AG die Patronatserklärungen abgegeben, hätte aber als Vorstandsmitglied der klagenden L. AG wissen müssen, dass solche Patronatserklärungen ohne Zustimmung des Aufsichtsrats der klagenden L. AG nicht abgegeben werden durften. Wenn der Kläger als Vorstandsmitglied der L. AG zugelassen habe, dass er als Vorstandmitglied der W. AG ohne Zustimmung des Aufsichtsrats der L. AG eine Patronatserklärung abgebe, verletze er damit seine ihn gegenüber der L. AG treffende Pflicht zur Konzernleitung. Hätte der Beklagte als Vorstandsmitglied der klagenden L. AG deren Aufsichtsrat befasst und hätte dieser tatsächlich die Zustimmung verweigert, wäre der Beklagte als Vorstandsmitglied der klagenden L. AG verpflichtet gewesen, alles zu unternehmen, um die Patronatserklärung zu verhindern. Er hätte also auf den Vorstand der Tochtergesellschaft, *„somit auf sich selbst"*, wie der OGH formulierte, entsprechend Einfluss nehmen müssen und die Abgabe der Patronatserklärung zu unterlassen gehabt.

III. Die Weisungsfreiheit des Vorstands und ihre Einschränkungen

Die durch § 70 Abs 1 AktG verbriefte Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstands ist – wie schon oben erwähnt – ein Bauprinzip des österreichischen (und deutschen) Aktienrechts[54] und bildet einen der ganz zentralen Unterschiede der AG gegenüber der GmbH.

Die fast kultische Verehrung, die dieser Norm von Teilen des Schrifttums entgegengebracht wird, vermag indes nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des AG-Vorstands vielfältigen Einschränkungen unterliegt.[55] Manche von ihnen sind zumindest hinsichtlich ihrer Existenz, wenn auch nicht unbedingt hinsichtlich ihrer Reichweite im Schrifttum unbestritten, andere sind es nicht. Und manche Einschränkungen stellen sich bei Nähe besehen gar nicht als solche dar, sondern ergeben sich schlicht daraus, dass dem Aufsichtsrat die zur Wahrnehmung seiner Kontrollaufgabe erforderlichen Mittel in die Hand gegeben werden müssen.

Weitgehend anerkannt ist, dass der Vorstand, der selbst in einer Geschäftsführungsfrage die Hauptversammlung gem § 103 Abs 2 AktG anruft, an deren Entscheidung (zu deren Fällung die Hauptversammlung indes gar nicht verpflichtet ist)[56] gebunden ist, dh, die von der Hauptversammlung beschlossenen Maßnahmen auszuführen hat, es sei denn, die Verhältnisse hätten sich nach Fassung des Hauptversammlungsbeschlusses entscheidend geändert.[57]

Mehr oder weniger unbestritten ist auch, dass der Vorstand schon bei der Vorbereitung, umso mehr bei der Durchführung von in die Kompetenz der Hauptversammlung fallenden Strukturmaßnahmen nicht unabhängig ist, sondern dem Willen der Aktionäre zu folgen hat.[58] Er muss daher die zur Vorbereitung einer von der oder den Hauptversammlungen der betroffenen Gesellschaft/en gewünschten Verschmelzung, Spaltung, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen treffen und er ist auch zur Umsetzung der von der oder den Hauptversammlungen gefassten Beschlüsse verpflichtet, kann sich daher nicht etwa weigern, den Verschmelzungsvertrag zu unterschreiben.[59]

Von vornherein keine Beschränkungen der durch § 70 Abs 1 AktG verbrieften Weisungsfreiheit – wenn auch vielleicht von Vorständen manchmal als solche empfunden – sind die vom Aufsichtsrat gemachten und vom Vorstand zu befolgenden Vorgaben zwecks Ermöglichung der Wahrnehmung der dem Aufsichtsrat überantworteten Überwachungsaufgabe. Der Aufsichtsrat kann daher dem Vorstand sowohl vorschreiben, wie die vom Vorstand gesetzlich geschuldeten Berichte, aber auch, wie Beschlussvorlagen an den Aufsichtsrat und generell wie die zur Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen zu liefernden Unterlagen und Informationen aufbereitet zu sein haben.[60] Prüft der Aufsichtsrat in Wahrnehmung seiner ihm durch § 95 Abs 3 AktG eingeräumten Kompetenz (in der Praxis manchmal als *„kleine Sonderprüfung"* bezeichnet) die Gebarung des Vorstands, dann ist dieser verpflichtet, den vom Aufsichtsrat zulässigerweise eingeschalteten externen Prüfern und Beratern (zB Rechtsanwälten oder Wirtschaftsprüfern) Zutritt und Zugang zu den relevanten Informationen und Unterlagen zu gewähren.[61] Und ebenso ist der Vorstand verpflichtet, in Umsetzung der vom Aufsichtsrat in Wahrnehmung der ihm diesbezüglich zukommenden Vertretungsmacht[62] abgeschlossenen Verträge mit außenstehenden Beratern und Prüfern deren Honorare zu überweisen, ohne dass ihm diesbezüglich ein inhaltliches Prüfungsrecht zukommt.[63]

Damit ist im Wesentlichen der im Schrifttum zumindest vom Grundsatz her unstrittige Bereich der Einschränkungen unabhängiger und weisungsfreier Leitungsmacht des Vorstands abgedeckt. Auf sondergesetzliche Beschränkungen (wie zB für Kreditinstitute in einem Kreditinstitute-Verbund[64] oder durch gesetzlich verankerte Mitbestimmungsrechte der Belegschaft bzw der Belegschaftsvertretungsorgane)[65] soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Die folgenden Ausführungen werden sich vielmehr mit den verbleibenden Bereichen befassen, die zumindest zum Teil in den beiden zu Beginn wiedergegebenen OGH-Entscheidungen behandelt werden und wo alles andere als Konsens im Schrifttum herrscht. Klare (und – wie zu zeigen sein wird – grundsätzlich beifallswürdige) Aussagen hat der OGH nur zu einem der drei im Folgenden zu erörternden Problemkreise getroffen, nämlich zur (begrenzten) Konzernleitungspflicht des Vorstands und der damit einhergehenden Pflicht, dem Aufsichtsrat dessen korrespondierende Konzernüberwachung zu ermöglichen.

Hingegen wurde die Frage der Gültigkeit und Reichweite der in Österreich durchgängig in Vorstandsanstellungsverträgen verwendeten Konzernmandatsklauseln ebenso wie die noch heiklere und umstrittenere Frage der Zulässigkeit von Weisungen herrschender Unternehmen im Konzerninteresse unter Wahrung des Interesses der beherrschten Konzerngesellschaft nur angeschnitten.

IV. Interdependenz von Konzernleitungspflicht und Konzernüberwachungspflicht

1. *Konzernleitungspflicht des Vorstands als Prämisse*

Den Vorstand einer an der Spitze einer Unternehmensgruppe stehenden AG trifft eine begrenzte und in der Überwachung und Steuerung der wesentlichen Bereiche bzw Beteiligungen bestehende Pflicht zur Konzernleitung.[66] Dies wird verschiedentlich bestritten[67] oder bezweifelt oder nur mit mehr oder weniger großen Einschränkungen bejaht, ergibt sich mE aber schon daraus, dass die Beteiligungen an den nachgeordneten Gesellschaften zum Vermögen der Obergesellschaft zählen und daher von der den Vorstand insoweit unstrittig treffenden Vermögensverwaltungspflicht erfasst sind.[68]

Mit genau dieser Erwägung hat auch der OGH in der *Waagner-Biro*-Entscheidung aus 2020 die Konzernüberwachungspflicht des Aufsichtsrats der Obergesellschaft begründet. Diese kann aber immer nur aus der Konzernleitungspflicht des Vorstands abgeleitet werden und muss mit dieser korrelieren.

Dass den Vorstand einer AG die Verantwortung für die sorgfältige Verwaltung der von dieser unmittelbar oder mittelbar gehaltenen Unternehmensbeteiligungen trifft, ist im Grunde allgemein anerkannt und auch selbstverständlich. Diese Verpflichtung ist auch nicht auf den Konzernverbund beschränkt, vielmehr muss der Vorstand natürlich auch Minderheitsbeteiligungen sorgfältig verwalten.[69] Bloß die Eingriffsintensität unterscheidet sich – bereits wegen der unterschiedlichen zur Verfügung stehenden Mittel – von der Konstellation in einem Unternehmensverbund, der durch Allein- oder Mehrheitsbeteiligungen gekennzeichnet ist.

Bei der konkreten Umsetzung der Konzernleitungspflicht kommt dem Vorstand der Obergesellschaft ein beträchtliches, aber keineswegs schrankenloses unternehmerisches Ermessen zu.[70] Aus dem Umstand, dass die Obergesellschaft

---

[49] Verweis auf *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 11 Rz 38.

[50] Verweis auf *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 166.

[51] Verweis auf *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 31 Rz 88.

[52] Das ist ein interessanter Gesichtspunkt: Der letzte Satz in Regel 35 des ÖCGK ist so im Gesetz nicht enthalten. Dennoch haben die ÖCGK-Verfasser damals die gesamte Regel bewusst als L-Regel gestaltet, weil der ÖCGK dem Prinzip folgt, dass als L-Regeln nicht nur der wörtliche Gesetzestext verwendet wird, sondern jener Inhalt, den das Gesetz nach weitgehend unbestrittener Lehrmeinung oder Rspr hat. Der OGH hat diese Entscheidung der ÖCGK-Verfasser damit gebilligt.

[53] Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob der Beklagte die Patronatserklärungen dem Aufsichtsrat der beherrschten W. AG, also seinem Aufsichtsrat in diesem Kontext, zur Genehmigung vorgelegt hat. Der Umstand, dass – zumindest dem im Prozess eingenommenen Standpunkt des Beklagten zufolge – dieser die Erklärung für eine weiche Patronatserklärung ohne verbindlichen Charakter hielt (was der OGH zu Recht nicht billigte), könnte dafür sprechen, dass die Patronatserklärung auch dem Aufsichtsrat der die Erklärung abgebenden Gesellschaft nicht zur Genehmigung vorgelegt wurde. Dies könnte interessante Haftungsfragen aufwerfen, weil dann auch eine Pflichtverletzung gegenüber der W. AG vorläge (die freilich deren Insolvenzverwalter geltend machen müsste), aber zu verhindern wäre, dass es zu einer doppelten Schadensliquidation kommen kann.

[54] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 70 Rz 1 ff und 10; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³, § 70 Rz 6; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht², Rz 3/427; *G. Schima*, GesRZ 2012, 41.

[55] Vgl dazu mit Beispielen zu tatsächlichen oder vermeintlichen Eingriffsbefugnissen des Aufsichtsrats auch schon *G. Schima*, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 (267 f).

[56] *G. Frotz*, Absicherung, 146.

[57] Vgl *G. Frotz*, Absicherung, 146; *Hügel*, Aufsichtsratsveto und Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, GesRZ 1982, 305 (308 f); *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand (Teil I), JBl 1990, 477 (483); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 235; ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 16 ff, insb 18; *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 103 Rz 7.

[58] Diese Folgepflicht ist in § 83 Abs 1 dAktG ausdrücklich verankert; vgl *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ (2019) § 83 Rz 1.

[59] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 70 Rz 55 f.

[60] *G. Schima*, GesRZ 2012, 41.

[61] *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 95 Rz 22; vgl auch *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 565.

[62] Vgl *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 95 Rz 20; *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 565; *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 23 Rz 46.

[63] Vgl *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 23 Rz 68; *H. Schäfer/Wittgens* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) § 20 Rz 82.

[64] Vgl dazu *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 70 Rz 51.

[65] Vgl dazu *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 70 Rz 53.

[66] Grundlegend und sehr weitgehend *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982) 43, 72, 165, 184 und 424; *Fleischer*, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, 759 (760); für Österreich *G. Schima*, GesRZ 2012, 40; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht², Rz 3/1107 f, deren Sichtweise aber nicht ganz klar einzuordnen ist: Einerseits soll dem Vorstand die Überwachung der Geschäftsführung der Tochtergesellschaften obliegen (Rz 3/1107), es ihm andererseits aber überlassen bleiben, ob und wie er die Konzernleitung wahrnehmen will (Rz 3/1108). Möglicherweise geht es hier um terminologische Fragen, denn die Überwachung der Geschäftsführung der nachgeordneten Unternehmen ist zentraler Bestandteil der Konzernleitungspflicht im hier verstandenen Sinn. Eine Pflicht zur einheitlichen Leitung iSd § 15 AktG ist damit indes nicht verbunden. Wenn man daher nur eine solche Pflicht als Konzernleitungspflicht begreift, gibt es eine Konzernleitungspflicht nicht; sehr weitgehend hingegen *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 162 f, die anscheinend sogar eine Pflicht zur einheitlichen Leitung befürworten, wenn sie den Vorstand der Obergesellschaft zB zur Einrichtung einer konzernweiten Finanzplanung verhalten. Vielleicht sollte man daher besser von einer *„Konzernkoordinierungspflicht"* sprechen.

[67] Vgl zB *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 70 Rz 115, dem zufolge es dem Vorstand überlassen bleibe, *„ob und inwieweit er auf die Leitung der abhängigen Gesellschaften Einfluss nimmt"*.

[68] So zutreffend *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 164; *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 24 Rz 10; *Fleischer*, DB 2005, 760 f; *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.40; *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 164; *G. Schima*, GesRZ 2012, 39 f.

[69] Vgl *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 24 Rz 10; *Kunz/Liemberger* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 15 Rz 122; *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.40 bis 9.44.

[70] Vgl *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³, § 15 Rz 60a; *Enzinger/Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 31 Rz 25, 29 und 33; *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 24 Rz 11.

Allein- bzw Mehrheitsbeteiligungen hält, sind zwar auch nach österreichischem Recht trotz fehlender gesetzlicher Positivierung (wie in Deutschland) Abhängigkeitsvermutungen und Konzernvermutungen abzuleiten, die aber widerleglich sind.[71] Durch einheitliche Leitung vermittelte Konzernierung setzt tatsächliche Ausübung voraus,[72] sodass auch demjenigen, der sich zum eigenen Vorteil darauf beruft, es läge mangels einheitlicher Leitung kein Konzern vor, dieser Beweis offensteht. Praktische Bedeutung kann dieser Beweisführung insb betreffend die Anwendung der Vorschriften des ArbVG über die Bildung einer Konzernvertretung (§§ 88 ff ArbVG) bzw über die Entsendung von Belegschaftsvertretern in den Aufsichtsrat innerhalb eines Konzerns (§ 110 Abs 6, 6a und 6b ArbVG) zukommen.

Eine Pflicht zur einheitlichen Leitung, als deren Kernbestandteil gemeinhin die Steuerung der nachgeordneten Unternehmen im Finanzbereich begriffen wird,[73] beinhaltet die Konzernleitungspflicht richtigerweise nicht.[74]

Anderes gilt jedoch mE, wenn in der Satzung der Konzernobergesellschaft im Rahmen der Umschreibung des Unternehmensgegenstands eine Konzernierung iS einheitlicher Leitung vorgegeben ist. Dann muss sich deren Vorstand daran halten.[75]

Auch ohne eine solche Regelung besteht aber für den Vorstand der Konzernobergesellschaft bei der Festlegung der Intensität der Konzernleitung kein unbegrenztes Ermessen nach unten. Er hat vielmehr mit der dem objektiven Maßstab des § 84 AktG folgenden Sorgfalt durch geeignete Maßnahmen auf die Führung der nachgeordneten Gesellschaften angemessen Einfluss zu nehmen. Dies im Falle einer Gesellschaft deshalb weniger zu tun, weil deren Management mehr zugetraut wird als dem einer anderen Konzerngesellschaft, genügt diesem Maßstab nicht.

Geeignete Steuerungsmittel sind – unterhalb der Schwelle der tatsächlich ausgeübten einheitlichen Leitung – insb Genehmigungsvorbehalte, die die Geschäftsleitungen der nachgeordneten Konzernunternehmen vor der Durchführung außerordentlicher, dh konzernrelevanter Geschäfte an die Zustimmung der höchsten Instanz, regelmäßig daher des Vorstands und Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft, binden.[76]

Die Bejahung einer Konzernleitungspflicht im hier verstandenen Sinn bildet eine wesentliche Voraussetzung für die Begründbarkeit gewisser Beschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands der beherrschenden (!) AG. Verneint man die Verpflichtung des Vorstands der Obergesellschaft zur Konzernleitung, kann insoweit auch keine Konzernüberwachungspflicht des Aufsichtsrats der Obergesellschaft angenommen werden. Denn Letztere korreliert mit Ersterer und kann nicht weiter gehen als diese. Das hat der OGH unter Berufung auf das einschlägige Schrifttum ganz zutreffend hervorgehoben. Verneint man eine Konzernleitungspflicht, erübrigt sich daher auch die Frage, ob der Vorstand der Konzernobergesellschaft verpflichtet ist, die für ihn selbst geltenden Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats der Obergesellschaft innerhalb des Konzerns nach unten durchzureichen.

Und verneint man eine Konzernleitungspflicht des Vorstands, könnte man versucht sein, der in den weithin üblichen anstellungsvertraglichen Konzernmandatsklauseln enthaltenen Verpflichtung zur Mandatsübernahme die Berechtigung von vornherein abzusprechen. Dass dieses Argument freilich ohnehin nicht trägt, zumal es in der Praxis keineswegs nur um konzernrelevante Sachverhalte geht, wird noch zu zeigen sein.

2. Handlungspflichten des Vorstands zur Ermöglichung der Konzernüberwachungspflicht des Aufsichtsrats

Der OGH hat in der *Waagner-Biro*-Entscheidung zutreffend hervorgehoben, dass mit der Konzernleitungspflicht des Vorstands der Obergesellschaft die Konzernüberwachungspflicht von deren Aufsichtsrat korreliert. In dem Maße, in dem sich der Bereich der Führungsverantwortung für den Vorstand der Obergesellschaft im Konzern erweitert, wächst auch das Aufgabenfeld des Aufsichtsrats, der die Konzernleitung des Vorstands zu überwachen hat.

Ungeachtet des dem Vorstand dabei zukommenden (allenfalls durch die Satzung oder einen Beherrschungsvertrag nach § 238 AktG beschränkbaren) Ermessensspielraums ist der Aufsichtsrat dabei aber nicht darauf beschränkt, dem Vorstand gleichsam zuzusehen und dessen Entscheidung betreffend die Intensität der Konzernleitung bloß hinzunehmen.[77] Er hat vielmehr eigeninitiativ darauf hinzuwirken und durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass der Vorstand wenigstens das mit der sorgfältigen Verwaltung des der Gesellschaft zugeordneten – und eben auch in deren Beteiligungen verkörperten – Vermögens verbundene Mindestmaß an Konzernleitung entfaltet. Was ist nun darunter zu verstehen? Oben wurde schon ausgeführt, dass der Vorstand – vorbehaltlich anderweitiger Satzungsbestimmung oder eines Beherrschungsvertrages – nicht dazu verpflichtet ist oder werden kann, zB ein zentrales *cash pooling* in der Unternehmensgruppe einzurichten; ob und inwieweit er einheitliche Leitung iSd § 15 AktG durch tatsächliche operative Einflussnahme auf die Geschäftsführung der nachgeordneten Gesellschaften (insb im Bereich der Steuer und Finanzen oder auch zentraler Fragen der Personalpolitik) nimmt, bleibt seinem Ermessen vorbehalten.[78]

Zum vom Vorstand der Konzernobergesellschaft geschuldeten Mindestmaß an Konzernleitung gehört aber sehr wohl, dass die Durchführung wesentlicher, nämlich konzernweite Bedeutung aufweisender (konzernrelevanter) Geschäfte in den nachgeordneten Gesellschaften nicht nur der Zustimmung der dort allenfalls vorhandenen Aufsichtsräte, sondern auch der Zustimmung des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft vorbehalten wird.

Man könnte nun einwenden, dass der Vorstand der Konzernobergesellschaft es ja auch dabei bewenden lassen könnte, die Durchführung konzernrelevanter Geschäfte in nachgeordneten Gesellschaften bloß seiner Zustimmung vorzubehalten, was zumindest bei einer 100 %-Beteiligung technisch einfach durchzuführen wäre, weil dann der Vorstand der Obergesellschaft die Hauptversammlung bzw die Gesamtheit der Aktionäre der nachgeordneten Gesellschaft repräsentiert. Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft, so das mögliche Argument, könnte dann im Rahmen seiner Konzernüberwachung diese Zustimmungskontrolle des Vorstands, dh die Genehmigung bzw Nichtgenehmigung konzernrelevanter Geschäfte, überprüfen.

Damit würde der Aufsichtsrat der Obergesellschaft bei der Konzernüberwachung jedoch auf eine reine *Ex-post*-Kontrolle reduziert, bei der er keine Möglichkeit hätte, die Durchführung von Geschäften mit selbst überragend konzernweiter Bedeutung gegebenenfalls zu verhindern.

Der OGH hat daher Recht, wenn er den Vorstand der Obergesellschaft in die Pflicht nimmt, deren Aufsichtsrat die Zustimmungskontrolle zu ermöglichen. Schon an früherer Stelle habe ich angemerkt, dass den Vorstand diesbezüglich keine Erfolgshaftung trifft, weil es von der Rechtsform der nachgeordneten Gesellschaften und den Beteiligungsverhältnissen abhängen kann, ob die Umsetzung dieser Verpflichtung einfach oder schwierig oder im Einzelfall sogar unmöglich ist.[79] Bei nachgeordneten GmbHs mit Mehrheits- oder gar Alleinbeteiligung ist die Umsetzung wegen des in § 20 Abs 1 GmbHG verankerten Weisungsrechts einfach. Die GmbH steht hier aber nicht im Fokus, weil es ja um Weisungen an Vorstandsmitglieder einer AG geht.

Zustimmungsvorbehalte werden – so weit nicht bereits im Gesetz (§ 95 Abs 5 AktG) vorgesehen oder durch Erweiterungsbeschluss des Aufsichtsrats nach § 95 Abs 5 letzter Satz AktG normiert – in der Geschäftsordnung für den Vorstand festgelegt. Dafür ist (und das entspricht auch der Praxis) primär der Aufsichtsrat (der nachgeordneten Gesellschaft) zuständig.[80] Vorrang gegenüber diesem bei der Festlegung der Geschäftsordnung für den Vorstand hat freilich noch die Satzung,[81] in der der Vorstand der (qualifiziert) mehrheitlich oder allein beteiligten Obergesellschaft die Verpflichtung zur Vorlage von Geschäften mit konzernweiter Bedeutung an den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft verankern kann. Faktisch mag es freilich in vielen Fällen genügen, wenn der Vorstand der Obergesellschaft auf deren Aufsichtsrat einwirkt, dies in der Vorstandsgeschäftsordnung zu tun; ein Weisungsrecht gegenüber dem Aufsichtsrat der nachgeordneten Gesellschaften kommt dem Vorstand der Obergesellschaft freilich nicht zu.

Zur praktischen Umsetzung ist folgende wesentliche Anmerkung zu machen: Zustimmungsvorbehalte, die bloß danach abgegrenzt sind, dass das Geschäft „*konzernrelevante Bedeutung*" hat bzw „*konzernrelevant*" ist, lassen sich wegen ihrer Unbestimmtheit nicht handhaben. Sie sind aber auch rechtlich mE unzulässig, weil § 95 Abs 5 letzter Satz AktG es dem Aufsichtsrat nur gestattet, „*bestimmte Arten von Geschäften*"[82] seiner Zustimmung zu unterwerfen. Davon ist es zB nicht gedeckt, alle „*ungewöhnlichen*" oder „*über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden*" Geschäfte an die Zustimmung des Aufsichtsrats zu binden, weil es sich dabei um keine „*Arten*" von Geschäften handelt.[83] Dasselbe trifft naheliegenderweise auf „*alle Geschäfte von konzernweiter Bedeutung*" zu. Und das gilt nicht nur für die Verankerung von Zustimmungsvorbehalten durch Aufsichtsratsbeschluss, sondern auch für Zustimmungskataloge in der Satzung.[84] Es bleibt den Beteiligten daher nicht erspart, diesbezüglich möglichst präzise vorzugehen, bestimmte Arten von Geschäften (möglichst umfassend) aufzulisten und ihnen jeweils eine Genehmigungsschwelle in Gestalt einer finanziellen Dimension des Geschäfts zuzuordnen. Einfach vorzuschreiben, dass sämtliche Geschäfte, die ein konkretes finanzielles Volumen überschreiten, genehmigungspflichtig sind, genügt den Voraussetzungen des § 95 Abs 5 AktG mE aber auch nicht.[85] Dennoch empfiehlt es sich für die Praxis zweifellos, gleichsam als subsidiären Auffangtatbestand vorzusehen, dass auch alle Geschäfte, die nicht bereits einzeln aufgezählt sind, genehmigungspflichtig sind, wenn sie konzernweite Bedeutung haben, was man hilfsweise durch die Angabe eines konkreten finanziellen Volumens präzisieren könnte. Denn faktische Autorität geht von einer derartigen Generalklausel allemal aus und wird den Vorstand der nachgeordneten Gesellschaft idR dazu veranlassen, im Zweifel ein wichtiges Geschäft vorzulegen, selbst wenn es unter keinen ausdrücklichen Genehmigungstatbestand fällt.

Bei mittelbaren Beteiligungen ist die Sache entsprechend komplizierter. Wenn der OGH davon spricht, der Vorstand habe „*dafür zu sorgen*", dann ist damit außerhalb der dem Vorstand rechtlich zukommenden Möglichkeiten zumindest eine Bemühungspflicht angesprochen. Dass auch deren Verletzung verantwortlich und haftbar machen kann, hob das Höchstgericht in der *Waagner-Biro*-Entscheidung – wenn auch iZm der Abgabe der Patronatserklärung – zutreffend hervor.

Ob man die dem Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zur Durchsetzung der eben erörterten Verpflichtung des Vorstands, Zustimmungspflichten betreffend Geschäfte von konzernweiter Bedeutung nach unten durchzureichen, zustehenden Befugnisse als Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand der Obergesellschaft begreift, ist zumindest von den praktischen Auswirkungen her nicht von entscheidender Bedeutung. Denn wenn der Vorstand, wie der OGH zutreffend annimmt, gegenüber der Obergesellschaft diese Durchreichung von Zustimmungsvorbehalten nach unten bzw – je nach Sachlage – zumindest den ernsthaften Versuch der Durchsetzung schuldet, dann verletzt er die in § 84 Abs 1 AktG statuierte Sorgfaltspflicht, wenn er es nicht tut (bzw

[71] Vgl dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3], § 115 Rz 13 und 17; *G. Schima*, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg", in FS Doralt (2004) 559 (578); *Koppensteiner*, WBl 2021, 351.

[72] Vgl *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 15 Rz 11; *G. Schima*, „Konzernprivileg", 578; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3], § 115 Rz 15; OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p (zu § 22 PSG).

[73] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3], § 115 Rz 15; *G. Schima*, „Konzernprivileg", 579; *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 1.129.

[74] *Koppensteiner*, WBl 2021, 351 f; *G. Schima*, GesRZ 2012, 40; *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 24 Rz 11.

[75] Vgl *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 15 Rz 61; *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 24 Rz 16; *G. Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 9.39.

[76] Vgl dazu insb *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 163 f; *G. Schima*, GesRZ 2012, 40 f.

[77] So jedoch *Rauter*, JAP 2020/2021, 174; ähnlich offensichtlich *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 115, der es dem Vorstand überlassen will, ob er überhaupt Einfluss auf die Leitung der nachgeordneten Unternehmen nimmt; dagegen überzeugend *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 166; ebenso *G. Schima*, GesRZ 2012, 40.

[78] *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 24 Rz 12 bis 17; *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 162.

[79] *G. Schima*, GesRZ 2012, 41.

[80] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 141 und 143; *H. Schäfer/Wittgens* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 20 Rz 56; *G. Schima*, GesRZ 2012, 38.

[81] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 140; *Pucher*, Geschäftsordnung des Vorstands der Aktiengesellschaft, RdW 2010, 464 (465); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5], § 70 Rz 32 f.

[82] Hervorhebung durch den Verfasser.

[83] *G. Schima*, GesRZ 2011, 268; *ders*, GesRZ 2012, 36 (mwN in FN 18).

[84] *G. Schima*, GesRZ 2012, 36.

[85] *G. Schima*, GesRZ 2012, 36.

nicht versucht), auch wenn man ein formelles Weisungsrecht des Aufsichtsrats verneinte. Die Frage nach dem Bestehen eines Weisungsrechts hat daher zumindest in diesem Kontext eher akademischen Charakter: Handelt der Vorstand bzw das betroffene Vorstandsmitglied nicht nach der oben beschriebenen Maxime, verletzt er bzw es seine Verpflichtungen, was bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen zur schadenersatzrechtlichen Haftung führen kann. Und das Vorstandsmitglied läuft Gefahr, den Abberufungsgrund der groben Pflichtverletzung nach § 75 Abs 4 Fall 1 AktG zu verwirklichen. Diskutieren mag man dann im Einzelfall darüber, ob die Pflichtverletzung eine grobe iSd gerade zitierten Gesetzesstelle ist oder vielleicht nur eine leichte,[86] weil im konkreten Fall zB die erforderliche Grenzziehung zur Unterscheidung konzernrelevanter von nicht konzernrelevanten Geschäften fahrlässig verkannt worden war.[87]

V. Konzernmandatsklauseln und § 70 Abs 1 AktG

Die Erste der beiden zu Beginn des Beitrags erörterten OGH-Entscheidungen entzündete sich an der – vermeintlichen oder tatsächlichen – Nichteinhaltung einer im Vorstandsanstellungsvertrag des abberufenen und fristlos entlassenen, klagenden Vorstandsmitglieds enthaltenen Konzernmandatsklausel.[88] Derartige Klauseln sind in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen in Österreich durchgehend üblich; die konkrete Ausformulierung folgt mittlerweile in der wohl überwiegenden Mehrzahl der Fälle (und so auch in diesem Fall) meinen erstmals 1991 und seither in diversen Buchfolgeauflagen verfassten Musterverträgen.[89]

Die Konzernmandatsklausel verpflichtet das Vorstandsmitglied (bzw den Geschäftsführer) auf Verlangen der dafür zuständigen Organe, weitere Mandate als Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder Aufsichtsratsmitglied im Konzern zu übernehmen und (diese Bestimmung ist integrativer Bestandteil der üblichen Klauseln) ohne zusätzliches Entgelt auszuüben. In der in der Praxis verwendeten und von mir formulierten Form ist das Vorstandsmitglied verpflichtet, die Funktionen jederzeit, dh auch unabhängig von einer Beendigung der Vorstandsfunktion und des Anstellungsvertrages, auf Verlangen der Gesellschaft niederzulegen.

Meinen langjährigen Beobachtungen zufolge nicht durchgesetzt hat sich in der Praxis indes jener Bestandteil der Mustervertragsklausel, wonach das Vorstandsmitglied der Gesellschaft bereits bei Vertragsabschluss eine Anzahl vorweg unterfertigter Rücktrittserklärungen zur späteren Verwendung übergibt.[90] Das ist im gegebenen Zusammenhang insofern interessant, als die vertragliche Verankerung und Umsetzung dieser Bestimmung das Rücktrittsproblem in dem vom OGH entschiedenen Fall gar nicht erst hätte entstehen lassen.

Den zu beurteilenden Fall hat der OGH in der Entscheidung aus 2007 richtig gelöst,[91] denn die möglicherweise entlassungswürdige Verunglimpfung des Aufsichtsratsvorsitzenden war verfristet und das Verhalten des Vorstandsmitglieds iZm der Aufforderung, die Mandate zurückzulegen, richtigerweise keine beharrliche Pflichtverletzung. Für die Zulässigkeit und Rechtswirksamkeit der Konzernmandatsklausel in ihrer in Österreich allgemein typischen Form hat der OGH zwischen den Zeilen zwar mehr oder weniger deutlich Sympathie erkennen lassen, klar geäußert hat er sich aber nicht und insb auch die Frage unbeantwortet gelassen, ob er hier nur ein Spannungsverhältnis[92] oder einen realen Konflikt mit § 70 Abs 1 AktG sieht.

Jabornegg sieht Letzteren in seiner Besprechung der Entscheidung sehr wohl und versagt mit dieser Begründung nicht nur der in der Klausel enthaltenen Verpflichtung die Wirksamkeit, Konzernmandate unabhängig von der Beendigung des Hauptmandats (hier: als Vorstandsmitglied einer AG) niederzulegen, sondern er meint, die gesamte durch Einbeziehung in den Anstellungsvertrag implementierte Klausel sei unwirksam, weil sie das Vorstandsmitglied *„in Geschäftsführungsfragen überhaupt zu binden versucht"* und eine seiner Meinung nach unzulässige *„Vorgabe betreffend die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens"* enthalte.[93] Bloß eine mit der Beendigung des Hauptmandats aufgrund einer Abberufung nach § 75 Abs 4 AktG einhergehende Niederlegungspflicht sei unproblematisch.[94]

Diese Einwände überzeugen letztlich aber nicht und mich mittlerweile sogar noch weniger als vor ein paar Jahren, als ich zur OGH-Kritik von *Jabornegg* ausführlich Stellung nahm.[95]

Vorauszuschicken ist, dass die Problematik sich sowohl beim Vorstandsmitglied einer Konzernobergesellschaft als auch bei Vorstandsmitgliedern nachgeordneter AGs stellen kann, sofern diese unter sich weitere nachgeordnete Gesellschaften angesiedelt haben oder gar eine Teilkonzernspitze[96] bilden. Denn die Mandatsbesetzung via Konzernmandatsklausel erfolgt naturgemäß von oben nach unten, nicht umgekehrt. In der zweitgenannten Fallkonstellation hat die Klausel daher nicht unbedingt etwas mit Konzernleitung zu tun.

Im vorliegenden Fall ging es nicht darum, dass dem Vorstandsmitglied einer beherrschten Gesellschaft von der beherrschenden Gesellschaft Vorgaben gemacht wurden. Vielmehr gingen diese vom Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft als dem dienstrechtlichen Ansprechpartner des Vorstandsmitglieds aus, der die Gesellschaft auch beim Abschluss des die Konzernmandatsklausel enthaltenden Anstellungsvertrages vertreten hatte.[97]

Dass die in der Praxis verwendeten, sehr weit gefassten Klauseln stets auch eine Ausübung durch den Aufsichtsrat ermöglichen, die weder mit der unabhängigen Leitungsmacht des Vorstands (auch einer beherrschten Gesellschaft) noch mit der Konzernleitungs- oder Konzernkoordinierungspflicht des Vorstands der Konzernobergesellschaft kollidieren (zB Übernahme von Aufsichtsratsmandaten in Schwestergesellschaften) und daher unter dem Blickwinkel des § 70 Abs 1 AktG auf keinen Fall zur Gänze, sondern höchstens teilnichtig sein können, wurde schon an anderer Stelle gesagt und begründet.[98] Gewiss ist es so, dass mittels der in der Praxis üblicherweise verwendeten Klauseln dem Vorstandsmitglied gewisse Vorgaben gemacht werden, die beim Vorstandsmitglied der beherrschenden AG die Konzernleitungspflicht zumindest tangieren und beim Vorstandsmitglied der beherrschten AG (oder jeder nicht konzernierten AG) die unabhängige Ausübung der Leitungsmacht in der Gesellschaft. Soweit die Klausel, dh die konkrete Ausübung des darin dem Aufsichtsrat eingeräumten Gestaltungsrechts, diese Leitungsmacht oder Konzernleitungspflicht beeinträchtigt oder gar konkret behindert, ist die Ausübung (Weisung), nicht die Klausel als solche, unwirksam.[99] Derartiges wird in der Praxis aber kaum vorkommen, weil 1.) die Beteiligten idR rational handeln und 2.) ein Konflikt im obigen Sinn fast nur iZm der Niederlegungspflicht denkbar ist, es aber praktisch kaum vorkommt, dass bei aufrechtem Mandat ein Vorstandsmitglied zur Niederlegung von Konzernmandaten aufgefordert wird. Ein überbordendes Verlangen des Aufsichtsrats, zu viele Mandate zu übernehmen, kann denkunmöglich an § 70 Abs 1 AktG scheitern, sondern allenfalls an dem in den verwendeten Musterbestimmungen enthaltenen Zumutbarkeitsvorbehalt. Abgesehen davon hindert die Konzernmandatsklausel das Vorstandsmitglied in keiner Weise, auch ohne Verlangen und eigeninitiativ seine Installierung in diversen Konzernfunktionen zu betreiben, und im Rahmen der Konzernleitungspflicht im hier verstandenen Sinn wird es dazu fallweise sogar verpflichtet sein.

Rechtlich unter dem Blickwinkel des § 70 Abs 1 AktG problematisch können daher nur Fälle sein, in denen der Aufsichtsrat vom Vorstandsmitglied verlangt, ein Mandat niederzulegen, dessen Ausübung für die Wahrnehmung der Konzernleitungspflicht (beim Vorstand der beherrschenden AG) oder für die Ausübung der Leitungsmacht in der beherrschten – oder auch frei stehenden – AG mit Beteiligungsunternehmen erforderlich ist. Dass so etwas konkret vorkommt, halte ich inzwischen freilich für noch unwahrscheinlicher als bei meiner vor ein paar Jahren in diversen Publikationen geäußerten Reaktion auf die Kritik von *Jabornegg*. Überprüfen wir das anhand konkreter Beispiele: Wenn eine AG (Mehrheits- oder gar Allein-)Beteiligungen an GmbHs hält, dann hängt die Zugriffs- und Durchgriffsmöglichkeit des AG-Vorstands auf die Töchter schon wegen des umfassenden[100] Weisungsrechts nach § 20 Abs 1 GmbHG nicht wirklich davon ab, dass die Vorstandsmitglieder auch Geschäftsführer der nachgeordneten GmbHs sind. Eine Beeinträchtigung der Konzernleitungspflicht kann wohl nicht einmal dann entstehen, wenn der Vorstand in Ausübung des ihm zur Verfügung stehenden Ermessens die nachgeordneten Gesellschaften einheitlich leiten möchte (oder gar kraft Satzung dazu verpflichtet ist). Denn das sachlich kaum beschränkte Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter erlaubt sämtliche Direktiven, die selbst für eine straffe Konzernleitung kennzeichnend sind.

Andererseits muss ein Interesse des Aufsichtsrats als dienstrechtlicher Ansprechpartner des Vorstands anerkannt werden, das darin besteht, zu verhindern, dass das Vorstandsmitglied zu viele, mit hoher zeitlicher Inanspruchnahme und einer möglichen Beeinträchtigung der Vorstandstätigkeit verbundene Konzernmandate ausübt. Und das gilt selbstredend auch (und weil AGs meist größer sind als GmbHs, tendenziell noch stärker) für den Fall, dass das Vorstandsmitglied auch Vorstandsmitglied einer AG-Tochter ist. Hier beeinträchtigt der Rückzug aus dem Tochtervorstand zwar in der Tat wegen des fehlenden Weisungsrechts gegenüber diesem den Zugriff auf die Tochter, nicht aber typischerweise die Ausübung einer Konzernleitung im hier verstandenen verpflichtenden Sinn. Eine relevante und insofern unzulässige Behinderung an der Wahrnehmung der vom OGH zu Recht bejahten Verpflichtung, Zustimmungsvorbehalte im Konzern nach unten durchzureichen und konzernrelevante Geschäfte an die Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft zu binden, könnte mit der Ausübung der Konzernmandatsklausel dann verbunden sein, wenn der Aufsichtsrat die Niederlegung gerade eines solchen Mandats verlangt, das für die Umsetzung dieser Verpflichtung erforderlich ist. So eine Konstellation ist aber ziemlich unrealistisch. Denn welches Interesse sollte der Aufsichtsrat daran haben, sich selbst die Wahrnehmung der ihn nach zutreffender Auffassung des OGH treffenden Konzernüberwachungspflicht zu erschweren?

Eine mit § 70 Abs 1 AktG in Konflikt geratende Beschränkung der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstands ist in der Konzernmandatsklausel somit auch aus rechtspraktischer Sicht nur in den allerwenigsten Fällen zu erblicken. Solchen Fällen kann mit der Ausübungskontrolle begegnet werden. Eine Nichtigkeit der Klausel tritt dadurch keineswegs ein. Dass das Vorstandsmitglied in Umsetzung der Klausel zB der Aufforderung nachkommen muss, in drei Aufsichtsräte von Konzerngesellschaften einzuziehen, beein-

[86] Vgl zur bisher in der Rspr keine Rolle spielenden Abgrenzung zwischen grober und leichter Pflichtverletzung zB OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w; 27.2.2008, 3 Ob 251/07v; 26.3.2009, 6 Ob 255/08f; 14.1.2016, 6 Ob 244/15y (zur Privatstiftung); OLG Stuttgart 28.5.2013, 20 U 5/12, AG 2013, 599; BGH 26.6.1995, II ZR 109/94, NJW 1995, 2850 = AG 1996, 32; vgl auch *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 75 Rz 21; *Reich-Rohrwig/Szilagyi* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 75 Rz 214; *B. Rieder/M. Lehner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 6 Rz 55 f; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 17 Rz 162 f.

[87] Vgl zur fahrlässigen Verkennung bzw Fehlinterpretation von mehrdeutigen bzw auslegungsbedürftigen Zustimmungsvorbehalten *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 459.

[88] Vgl dazu umfassend *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 104 ff; *dies*, Manager-Dienstverträge[4], 42 f.

[89] Vgl die Mustervertragsklausel bei *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 270 und 276 f; *dies*, Manager-Dienstverträge[4], 236 und 248 f.

[90] Ich führte das darauf zurück, dass wohl kein besonderes praktisches Bedürfnis danach bestehe, zumal die Weigerung eines Managers, die Funktionen zurückzulegen, eher unrealistisch sei; vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4], 249. An dieser Einschätzung ändert auch der vom OGH 2007 entschiedene spezielle Einzelfall nichts.

[91] *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4], 43; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 17 Rz 89 ff, insb Rz 90; *ders*, Aufsichtsrat, Rz 205 ff, insb Rz 206.

[92] Ein solches hat der OGH sehr wohl erkannt, denn sonst hätte er die Ausführungen zur Weisungsfreiheit des Vorstands und zur beschränkten Zulässigkeit von Konzernweisungen gar nicht gemacht; vgl *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 206.

[93] *Jabornegg*, DRdA 2009, 502.

[94] Auch wenn es aus den Ausführungen nicht explizit hervorgeht, müsste *Jabornegg* aber wohl jede Form der Beendigung des Mandats als Rechtfertigung für die Niederlegungspflicht anerkennen, weil es ein grober Wertungswiderspruch wäre, dies in Fällen zu tun, wo die Beendigung vielleicht sogar nur vorläufig wirksam ist (§ 75 Abs 4 vorletzter Satz AktG), nicht aber bei Mandatsniederlegung oder einvernehmlicher Auflösung.

[95] *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 12 Rz 86 f; *ders* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 17 Rz 89 ff; *ders*, Aufsichtsrat, Rz 205 ff.

[96] Zumindest gesellschaftsrechtlich ist mit der überwiegenden Ansicht die Existenz eines Teilkonzerns (Konzern im Konzern) nicht anzuerkennen, weil einheitliche Leitung unteilbar ist; vgl *Koppensteiner* in Kölner Komm AktG[3], § 18 Rz 31; *ders*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163 (166 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3], § 115 Rz 16. Bloß für Zwecke des Betriebsverfassungsrechts, dh iZm der Bildung von Konzernvertretungsorganen und der Aufsichtsratsentsendung im Konzern, zwingt die vom Gesetzgeber ohne Problembewusstsein mit der ArbVG-Novelle BGBl 1986/394 implementierte Vorschrift des § 88a Abs 10 ArbVG zur Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Existenz eines solchen Gebildes.

[97] Nach dem Konzept der anstellungsvertraglichen Konzernmandatsklausel bestimmt der Aufsichtsrat als gem § 75 Abs 1 letzter Satz AktG dienstrechtlicher Ansprechpartner des Vorstandsmitglieds, welche Mandate in nachgeordneten Konzerngesellschaften (sei es als Geschäftsführer, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied) das Vorstandsmitglied im Bedarfsfall zusätzlich besetzen soll.

[98] *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 17 Rz 89 ff, insb Rz 91; *ders*, Aufsichtsrat, Rz 205 ff, insb Rz 208.

[99] Vgl *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 205 ff, insb Rz 207; *ders* in *Kalss/Kunz*, Handbuch[2], § 17 Rz 91 (dort etwas unpräzise, weil von der Unwirksamkeit der Klausel gesprochen wird, die aber bei den in der Praxis vorzufindenden Gestaltungen so gut wie nicht denkbar ist, weil diese immer einen breiten Bereich rechtlich völlig unproblematischer Ausübung enthalten).

[100] Vgl zum Umfang des Weisungsrechts der Gesellschafter in der GmbH für alle *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer[2] (2020) 2.

trächtigt seine Unabhängigkeit nicht. Wenn man wie *Jabornegg* schon die Mandatsübernahmepflicht dem Grunde nach als unzulässig und mit § 70 Abs 1 AktG unvereinbar sieht, dann müsste man sich auch dagegen wenden, dass der Aufsichtsrat in der AG – da die Satzung dazu typischerweise schweigt – durch Beschluss eine Ressortverteilung für den Vorstand vornimmt,[101] die der Vorstand nicht etwa eigenmächtig ändern darf, sondern die vielmehr gemäß der in der Praxis ganz überwiegend zu beobachtenden Gestaltung der Aufsichtsrat auch einseitig, wenn auch nur in den ungeschriebenen Grenzen der Zumutbarkeit und Billigkeit, ändern darf.[102] Dagegen hat sich – soweit überblickbar – zu Recht noch niemand im Schrifttum gewendet, obwohl darin aus der Sicht des einzelnen Vorstandsmitglieds eine deutlich stärkere Einschränkung seiner Leitungsautonomie zu erblicken ist als durch die Konzernmandatsklausel. Außerdem besteht fraglos ein gewisser funktionaler Zusammenhang zwischen dieser und der Ressortverteilung im Vorstand, weil ein umsichtiger Aufsichtsrat bei der Ausübung der aus der Konzernmandatsklausel resultierenden Gestaltungsrechte typischerweise die Ressortverteilung nachvollziehen wird. Zu bedenken ist idZ auch, dass § 70 Abs 1 AktG die eigenverantwortliche und weisungsunabhängige Unternehmensführung dem Organ Vorstand garantiert,[103] nicht aber dessen Mitgliedern, selbst wenn sich daraus Reflexwirkungen für das einzelne Organmitglied ergeben.[104] Schon deshalb ist sogar bei einem absolut puristischen, hier nicht geteilten Verständnis von § 70 Abs 1 AktG die Änderung der Zusammensetzung von Vorstandsressorts oder eine vom Aufsichtsrat angeordnete Rochade innerhalb des Vorstands ebenso unproblematisch wie das auf eine Konzernmandatsklausel gestützte Verlangen des Aufsichtsrats, dass das Vorstandsmitglied A seinen Aufsichtsratssitz in einer Tochter dem Vorstandsmitglied B überlässt. Die Unabhängigkeit des Organs Vorstand wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt.

Hinzu kommt, dass die verkehrsüblichen Klauseln (so auch die Klauseln im vom OGH beurteilten Fall) stets mit einem Zumutbarkeitsvorbehalt ausgestattet sind, die Mandatsübernahmepflicht daher nur insoweit greift, als die Übernahme dem Vorstandsmitglied mit Rücksicht auf Arbeitsbelastung, fachliche Ausbildung etc zumutbar ist.[105] Schon daraus ergibt sich, dass die Betrauung eines in dieser Eigenschaft seine gesamte Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellenden Vorstandsmitglieds mit einer operativen Geschäftsführung oder Vorstandstätigkeit in einer nachgeordneten Gesellschaft auf der Grundlage einer Konzernmandatsklausel nur in Ausnahmefällen, nämlich vor allem bei weitgehender fachlicher Überschneidung mit dem Vorstandsresort in der Obergesellschaft, möglich sein wird. Dem Aufsichtsrat verschafft die Klausel – wie schon ausgeführt – auch eine gewisse Kontrolle über das Ausmaß der Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds. Und dieses Interesse verdient rechtlichen Schutz. Daneben gibt es viele andere denkbare Konstellationen, die die Niederlegung einer Konzernfunktion rechtfertigen und keineswegs in Konflikt mit § 70 Abs 1 AktG geraten. Ein neu hinzutretendes Vorstandsmitglied in der Konzernobergesellschaft bringt spezifische fachliche Expertise mit, die es besonders befähigt, bestimmten Aufsichtsräten in Konzerngesellschaften anzugehören. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft möchte daher ein Vorstandsmitglied aus zwei Aufsichtsratsfunktionen abziehen und gegen ein anderes Vorstandsmitglied der Obergesellschaft austauschen, um eine Vergrößerung des Aufsichtsrats (und bei einer ungeraden Mitgliederzahl zudem einen weiteren Belegschaftsvertreter) zu verhindern. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch so einen Vorgang die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des (als Aufsichtsratsmitglied ausgetauschten) Vorstandsmitglieds beeinträchtigt oder auch nur tangiert werden soll. Das Verlassen des Aufsichtsrats einer nachgeordneten Gesellschaft im gewählten Beispiel ändert nichts daran, dass das Vorstandsmitglied (falls es sich um eine beherrschende Gesellschaft handelt) in Wahrnehmung seiner Konzernleitungsverantwortung weiterhin für die Kontrolle der Geschäftsführung dieser Gesellschaft – auch als deren Eigentümervertreter – voll verantwortlich ist und in dieser Eigenschaft – wie schon ausführlich erörtert – insb darauf hinzuwirken hat, dass der Abschluss konzernrelevanter Geschäfte nur mit zusätzlicher Genehmigung des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft geschieht.

Schließlich wohnt der Konzernmandatsklausel auch der Charakter einer Art, wenn auch betreffend die Identität des Dritten noch nicht definierten Drittanstellung[106] inne: Die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, und das Vorstandsmitglied legen vertraglich fest, dass das Vorstandsmitglied sich verpflichtet, ohne Anspruch auf zusätzliches Entgelt[107] weitere (im Falle der Konzernmandatsklausel nicht bestimmte, aber zumindest bestimmbare) Funktionen zu übernehmen. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass § 2 Abs 3 Z 9 B-VV[108] für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Rechnungshofkontrolle unterliegenden Unternehmen die Verankerung einer solchen Verpflichtung zur unentgeltlichen Übernahme von Konzernmandaten explizit vorschreibt. Freilich kann man in Anbetracht der für diese Verordnung geradezu kennzeichnenden Absenz rechtlichen und vertragspraktischen Problembewusstseins[109] daraus für die Diskussion um § 70 Abs 1 AktG nichts Wesentliches ableiten.

Insgesamt betrachtet bestehen daher gegen Konzernmandatsklauseln des in der Praxis verwendeten Typs auch unter dem Blickwickel des § 70 Abs 1 AktG kaum bzw nur sehr punktuelle Bedenken. Gegen die Verpflichtung zur Mandatsübernahme ist idZ ohnehin nichts einzuwenden. Das Vorstandsmitglied wird dadurch nicht gehindert, noch mehr Mandate zu übernehmen, als von ihm verlangt wird. Nur in den – selten denkbaren – Fällen, dass ein Niederlegungsverlangen bei aufrechtem Mandat tatsächlich eine Beeinträchtigung der (Konzern-)Leitungsverantwortung des Vorstandsmitglieds bedeutet, ist die konkrete Ausübung, nicht die Klausel, unwirksam.

VI. Weisungen der beherrschenden Gesellschaft im Konzerninteresse

Damit verbleibt die besonders spannende und im Schrifttum besonders kontroversiell beantwortete Frage nach der Zulässigkeit von Weisungen des beherrschenden Unternehmens an den Vorstand einer beherrschten Gesellschaft, mit denen Konzerninteressen durchgesetzt werden sollen.

Der OGH meinte diesbezüglich in der Entscheidung aus 2007, an die der 6. Senat 2020 in der *Waagner-Biro*-Entscheidung nahtlos und wie selbstverständlich anknüpfte, dass die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach *„konzernrechtliche Weisungen nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft hindern"*, so das Höchstgericht, *„als gangbare Lösung [erscheint], um das beträchtliche Interesse der Wirtschaft an ‚funktionierenden' Konzernen mit der zwingenden Regelung des § 70 AktG in Einklang zu bringen"*.

Dies ist nun wahrlich kein rechtsdogmatisch ausgefeilter Ansatz und es wundert daher nicht, dass im Schrifttum daran Anstoß genommen wurde.[110]

Nach der hier vertretenen Ansicht waren diese Ausführungen zudem in beiden OGH-Entscheidungen insofern überschießend, als sowohl das Problem der Verpflichtung des Vorstands der Konzernobergesellschaft, Zustimmungsvorbehalte zugunsten seines Aufsichtsrats im Konzern nach unten durchzureichen, als auch die rechtliche Anerkennung der üblichen anstellungsvertraglichen Konzernmandatsklausel ohne Berufung auf ein gegenüber dem Vorstand in Einschränkung des § 70 Abs 1 AktG bestehendes Weisungsrecht gelöst werden können. Die Pflicht, Zustimmungsvorbehalte im Konzern nach unten durchzureichen, folgt aus der den Vorstand der Obergesellschaft treffenden Konzernleitungspflicht, die gleichzeitig die Pflicht impliziert, dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft die Konzernüberwachung zu ermöglichen. Und Konzernmandatsklauseln bedeuten nach dem Gesagten mE in aller Regel keine relevante Einschränkung der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstands iSd § 70 Abs 1 AktG.

Außerdem geht es, was der OGH bei seinen obigen Ausführungen auszublenden scheint, in beiden Entscheidungen um Konstellationen, die mit operativen Weisungen an Vorstände beherrschter Unternehmen im Konzerninteresse wenig bis nichts zu tun haben. In der *Waagner-Biro*-Entscheidung stand die Verpflichtung des Vorstandsmitglieds einer beherrschenden AG dieser gegenüber infrage und in der Entscheidung aus 2007 war ein Sachverhalt betroffen, der zwar das Vorstandsmitglied einer beherrschten AG betraf, aber ebenfalls nichts mit gegenüber Vorstandsmitgliedern in beherrschten Gesellschaften gemachten operativen Vorgaben zu tun hatte: Es ging bloß um die Zurücklegung von anderen Mandaten im Konzern und Konzernmandatsklauseln finden sich auch und insb[111] in den Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern beherrschender Gesellschaften.

Demgegenüber spricht der OGH mit der oben zitierten Passage in den beiden Entscheidungen tatsächlich das (nicht entscheidungswesentliche) Problem von Weisungen einer beherrschenden Gesellschaft an Vorstandsmitglieder beherrschter Gesellschaften an, also das Thema „Konzerninteresse vs Einzelunternehmensinteresse".

Der OGH hat dabei der Sache nach eine These von *Krejci* aus dem Jahr 1988[112] aufgegriffen, die ich drei Jahre später grundsätzlich zustimmend kommentierte,[113] dabei freilich unterschlagen, dass sich diese These, wonach Weisungen gegenüber Vorstandsmitgliedern beherrschter Gesellschaften nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, wenn sie die Berücksichtigung des eigenen Unternehmensinteresses ermöglichten, auf vertragliche Weisungsklauseln in Vorstandsanstellungsverträgen oder in einem Beherrschungsvertrag bezog. Diesen Umstand lässt der OGH unerwähnt und spricht einfach von *„Weisungen"*.

Die Frage ist freilich, ob dieser Unterschied tatsächlich relevant ist. Hier soll die Gelegenheit ergriffen werden, einige Klarstellungen und Präzisierungen anzubringen:

Koppensteiner moniert, dass Derartiges in Deutschland – soweit ersichtlich – bei vom Grundsatz her gleicher Rechtslage[114] noch nie vertreten worden sei.[115] Das ist zwar – soweit überblickbar – zutreffend, hängt mE aber doch stark damit zusammen, dass das kodifizierte deutsche Aktienkonzernrecht bei bestimmten Formen der Konzernierung explizit die Möglichkeit vorsieht, dass dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft Weisungen, und zwar auch dem beherrschten Unternehmen nachteilige (§ 308 Abs 1 Satz 2 dAktG), erteilt werden, wobei freilich die beherrschende Gesellschaft zum Nachteilsausgleich verpflichtet ist. Da liegt es schon nahe, für Fälle, in denen die Voraussetzungen nicht vorliegen, ein Weisungsrecht gar nicht zu thematisieren.[116] Darauf dürfte es also auch zurückzuführen sein, dass literarische Versuche einer Legitimierung von das Unternehmensinteresse der beherrschten Gesellschaft dezidiert wahrenden Konzernweisungen außerhalb der Voraussetzungen des § 291 dAktG (Beherrschungsvertrag) in Deutschland gar nicht unternommen werden. Das zwingt indes nicht dazu, für Österreich Derartiges ebenfalls zu unterlassen.

Dass Weisungen an den Vorstand einer beherrschten Gesellschaft unzulässig sind, deren Befolgung das Unternehmensinteresse der beherrschten Gesellschaft beeinträchtigt

[101] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 140 f; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5], § 70 Rz 32 bis 35; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 70 Rz 23; *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 120.

[102] Vgl *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 120.

[103] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 16 f; *Adensamer/Breisch* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG (2020) § 70 Rz 12; *Herzer/Strobl* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft I[2] (2017) Kap 6 Rz 86 ff.

[104] Aus diesen leitet der OGH zB seit 1975 – freilich ohne das Verhältnis von weisungsfreiem Organ und weisungsfreiem Organmitglied überhaupt zu problematisieren – nicht nur die fehlende Arbeitnehmereigenschaft von Vorstandsmitgliedern einer AG (vgl dazu die Nachweise bei *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 1 ff [mit kritischer Auseinandersetzung]), sondern darüber hinaus – jedoch nicht überzeugend – die fehlende Arbeitnehmerähnlichkeit ab; erstmals OGH 24.4.1996, 9 ObA 2003/96s; Kritik daran bei *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4], 19 f; *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 175 ff.

[105] *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 104 f und 229; *dies*, Manager-Dienstverträge[4], 43.

[106] Vgl zur Drittanstellung (im Konzern) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 98 ff und 130; *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 144 ff.

[107] Diese Regelung ist grundsätzlich unproblematisch; vgl *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 205 ff, insb Rz 208.

[108] Verordnung der Bundesregierung betreffend die Vertragsschablonen gemäß dem Stellenbesetzungsgesetz (Bundes-Vertragsschablonenverordnung – B-VV), BGBl II 1998/254 idF BGBl II 2011/66.

[109] Vgl die umfassende und herbe Kritik an der B-VV bei *G. Schima*, Aufsichtsrat, Rz 186 bis 203.

[110] Vgl *Jabornegg*, DRdA 2009, 502 f; *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 75 und FN 145; *Koppensteiner*, WBl 2021, 351 f.

[111] Das liegt daran, dass die Besetzung von Konzernmandaten von oben nach unten und nicht umgekehrt erfolgt. Je höher ein Manager in der Konzernhierarchie angesiedelt ist, desto größer ist der Anwendungsbereich für Konzernmandatsklausen.

[112] *Krejci*, ÖZW 1988, 68 f.

[113] *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 22.

[114] Vgl § 76 Abs 1 dAktG.

[115] *Koppensteiner*, WBl 2021, 351 f.

[116] IdS schon vor 30 Jahren *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 21 (Umkehrschluss aus § 308 Abs 1 dAktG).

oder dieser gar schadet, ist in Österreich unstrittig.[117] Derartiges kann allenfalls in einem Beherrschungsvertrag nach § 238 AktG verankert werden,[118] sofern die beherrschende Gesellschaft vollen Nachteilsausgleich leistet.[119] Aber damit bewegt man sich bereits auf eher unsicherem und höchstgerichtlich nicht geklärtem Terrain.[120]

Es kann daher nur mehr um die Frage der Zulässigkeit von Weisungen an Vorstandsmitglieder beherrschter Unternehmen gehen, deren Befolgung bei verständiger *Ex-ante*-Betrachtung nicht gegen das Unternehmensinteresse der beherrschten Gesellschaft verstößt, aber dem Konzerninteresse dient. *Koppensteiner* meint, damit würde dem angewiesenen Vorstandsmitglied eine unzumutbare Darlegungslast auferlegt werden, weil es bei jeder Weisung, die es nicht zu befolgen gedenke, prüfen und belegen müsse, dass diese dem Interesse der von ihm vertretenen Gesellschaft abträglich sei.[121] In der Realität spielen sich solche Vorgänge natürlich erheblich anders ab und auf dem angewiesenen Vorstand der beherrschten Gesellschaft lastet durchwegs ein hoher Druck, der ihm diffizile Überlegungen oft rein faktisch nicht gestattet. Rechtlich betrachtet ist die Befürchtung von *Koppensteiner* aber insofern unbegründet, als die Darlegungs- und zumindest die Bescheinigungslast bei der Gesellschaft und nicht beim Vorstandsmitglied liegen. Dies folgt schon aus allgemeinen Beweislastverteilungsregeln, wonach jedermann die Voraussetzungen der ihm günstigen Norm zu beweisen hat, und aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis, weil die beherrschende Gesellschaft sich ja auf eine – nur in sehr engen Grenzen überhaupt diskutable – Ausnahme vom Grundsatz des § 70 Abs 1 AktG beruft.[122] Dass daraus eine gewisse Rechtsunsicherheit entstehen kann, weil es idR um Prognosen geht,[123] ist nicht zu leugnen, zwingt aber nicht dazu, das Weisungsrecht auch für Fälle zu verneinen, in denen eine Beeinträchtigung des Interesses der beherrschten Gesellschaft nach vernünftiger unternehmerischer Prognose auszuschließen ist.[124]

In diesen engen Grenzen ist mE ein Weisungsrecht bzw eine Folgepflicht des Vorstands tatsächlich zu bejahen und mit § 70 Abs 1 AktG teleologisch auch in Einklang zu bringen.

Das praktische Bedürfnis, um auf den OGH zu rekurrieren, für derartige gegenüber einer beherrschten Gesellschaft minimalinvasive Vorgaben im Konzern ist zweifellos vorhanden, wenngleich sich manche Probleme von vornherein gar nicht stellen können, wenn der Vorstand der Konzernobergesellschaft – wie ihm auch der OGH zutreffend ins Pflichtenheft schreibt – in Umsetzung seiner Konzernleitungspflicht und um dem Aufsichtsrat die Konzernüberwachung zu ermöglichen, Zustimmungsvorbehalte für konzernrelevante Geschäfte im gesamten Konzern verankert bzw verankern lässt. Plant eine nachgeordnete Gesellschaft einen möglichen Unternehmenserwerb, der die Konzernobergesellschaft bei einer ebenfalls angedachten und viel größeren Akquisition in kartellrechtliche Schwierigkeiten bringen könnte, dann unterliegt der Erwerb der Beteiligung schon nach dem Gesetz (§ 95 Abs 5 Z 1 AktG) zumindest der Zustimmung des Aufsichtsrats der beherrschten Gesellschaft. Dafür zu sorgen, dass er auch vom Aufsichtsrat der beherrschenden Gesellschaft in so einem Fall genehmigt werden muss, obliegt deren Vorstand. Sollte das aus irgendeinem Grund unterblieben sein und erfährt der Vorstand der Obergesellschaft von dem Vorhaben, dann kann er vom Vorstand der beherrschten Gesellschaft mE verlangen, die Akquisition zu unterlassen, sofern deren Unterbleiben (insb weil das Vorhaben noch gar nicht weit gediehen ist und sich allfällige wirtschaftliche Vorteile nicht materialisieren lassen) die Interessen der beherrschten Gesellschaft nicht nachteilig beeinträchtigt. Ein Recht zur Überprüfung, ob die Befolgung der Weisung – selbst wenn sie der beherrschenden Gesellschaft nicht nachteilig ist – tatsächlich dem Konzerninteresse dient, steht dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft mE nur, aber immerhin begrenzt zu. Als tauglicher Maßstab kann hier § 308 Abs 2 dAktG dienen, wonach der Vorstand der beherrschten Gesellschaft (im Vertragskonzern) die Befolgung einer Weisung nur dann verweigern darf, wenn sie *„offenkundig"* nicht dem Interesse (den *„Belangen"*) des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient.[125] Ein tieferer Einblick in die Beschaffenheit des Konzerninteresses ist dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft in aller Regel auch gar nicht möglich. Eine dem eigenen Unternehmen klar nicht nachteilige Weisung kann der Vorstand der beherrschten Gesellschaft daher nur dann ablehnen, wenn sie offenkundig nicht Konzerninteressen dient.

Die dogmatische Rechtfertigung dafür kann (diesbezüglich ist den Kritikern des OGH schon Recht zu geben) nicht einfach im *„Interesse der Wirtschaft an ‚funktionierenden' Konzernen"* gesehen werden. Vielmehr muss man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber, der den Konzern im AktG und im GmbHG zumindest anerkannt und an dessen Vorliegen er in diversen (großteils anderen) Gesetzen Rechtsfolgen geknüpft hat, damit grundsätzlich auch ein Konzerninteresse anerkennen wollte.[126] Denn dass sich der normative Gehalt von § 15 AktG oder § 115 GmbHG darin erschöpft, ein im Wirtschaftsleben verbreitetes tatsächliches Phänomen zu beschreiben, kann nicht angenommen werden.[127] Als Konzerninteresse ist mE das aus dem Blickwinkel der beherrschenden Gesellschaft betrachtete Interesse des Gesamtkonzerns zu qualifizieren. In dieses fließen die Interessen der nachgeordneten Unternehmen zwangsläufig ein, können aber als Einzelunternehmensinteressen mit dem Konzerninteresse natürlich kollidieren.

Die Rechtfertigung von das Unternehmensinteresse der nachgeordneten Gesellschaft wahrenden Konzernweisungen an Vorstände beherrschter Gesellschaften lässt sich bei einer 100%igen Beteiligung im Konzern auch mit § 70 Abs 1 AktG selbst rechtfertigen: Der Vorstand hat das Unternehmenswohl unter Berücksichtigung (ua) der Interessen der Aktionäre zu wahren. Der Satz, das Unternehmenswohl sei den anderen in § 70 Abs 1 AktG genannten Interessen *„teleologisch vorgeordnet"*,[128] verliert bei von einem Alleingesellschafter oder von mehreren demselben Konzern angehörenden Gesellschaftern zu 100 % beherrschten AGs die Konturen. Ein Unternehmenswohl gegen die Interessen der Gesamtheit der Aktionäre ist schwer auszumachen, selbst wenn man nicht der These anhängt, die AG habe gar kein vom Interesse der Gesamtheit ihrer Anteilsinhaber losgelöstes eigenes Interesse.[129]

Damit gelangt man zu einem weiteren wesentlichen Punkt: Weisungsgeber in so einem Fall ist die beherrschende Gesellschaft und diese wird von ihrem Vorstand vertreten. Eine Weisungsbefugnis im hier vertretenen, in engen Grenzen anzuerkennenden Umfang kann nur dem Alleingesellschafter oder der Gesamtheit sämtlicher Aktionäre zukommen, nicht jedoch einem Gesellschafter selbst mit sehr qualifizierter Mehrheit. Denn sogar in der GmbH hat auch der 99 %-Gesellschafter als solcher unstrittig kein Weisungsrecht.[130] Sind die Anteile auf mehrere Gesellschafter verteilt, die aber allesamt demselben Konzern angehören, ist eine Delegierung des Weisungsrechts an den Mehrheitsgesellschafter[131] vergleichsweise einfach. Bei außenstehenden Gesellschaftern ist eine Konzernweisung selbst in den engen aufgezeigten Grenzen dagegen mE ohne Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter auch dann unzulässig, wenn das Interesse der beherrschten Gesellschaft zweifelsfrei gewahrt bleibt.

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen besteht kein sachlich gerechtfertigter Grund, die Folgepflicht des Vorstands der beherrschten AG bei deren Interesse klar wahrenden Konzernweisungen davon abhängig zu machen, dass das Weisungsrecht in einem Anstellungsvertrag oder Beherrschungsvertrag verankert ist. Gegen eine anstellungsvertragliche Klarstellung im oben beschriebenen Sinn spricht zwar nichts und dafür aus der Sicht der beherrschenden Gesellschaft eine gewisse Signalfunktion, rechtlich erforderlich ist sie mE aber nicht.

Keine Folgepflicht des Vorstands der beherrschten Gesellschaft besteht, wenn die Weisung dieser nachteilig ist, die beherrschende Gesellschaft aber vollen (und werthaltigen) Nachteilsausgleich anbietet. Denn dafür fehlt im österreichischen Recht eine tragfähige Rechtsgrundlage.[132] Wenn der Vorstand solche Weisungen befolgt und der Nachteilsausgleich ein vollständiger ist, scheidet eine schadenersatzrechtliche Haftung aus, der weisungsbefolgende Vorstand handelt aber auf eigenes Risiko.[133]

VII. Haftungsrechtliche Folgefragen

Wenn Vorstandsmitglieder der beherrschenden Gesellschaft ihrer vom OGH zu Recht bejahten Verpflichtung nicht nachkommen, konzernrelevante Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrats auch der beherrschenden Gesellschaft zu unterwerfen, dann können sie sich gegenüber der Konzernobergesellschaft schadenersatzpflichtig machen, sofern nicht – ausnahmsweise – die Erfüllung dieser Verpflichtung trotz Bemühens an faktischen und rechtlich (zumindest kurzfristig) nicht zu brechenden Widerständen der Organe in nachgeordneten Gesellschaften scheitert.[134] Wenn aus dem bei rechtmäßiger Ausübung der Konzernleitungs- bzw Konzernkoordinierungspflicht im Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zustimmungspflichtigen Geschäft der Konzernobergesellschaft ein Schaden entsteht, sind deren pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglieder einer für sie eher ungünstigen Beweislastverteilung ausgesetzt.[135] Freilich muss man sich in solchen Fällen immer fragen, ob ein ersatzfähiger Schaden tatsächlich bei der Obergesellschaft eingetreten ist. In dem vom OGH in der *Waagner-Biro*-Entscheidung entschiedenen Sachverhalt war das entgegen dem OGH nicht der Fall, weil das genehmigungspflichtige Geschäft (Patronatserklärung) einen Schaden bei der beherrschten Gesellschaft auslöste und der in der Wertminderung ihrer Beteiligung bestehende Schaden der klagenden Obergesellschaft nur ein nicht ersatzfähiger Reflexschaden war.[136] Das bedeutet aber nicht, dass ein Schaden der Obergesellschaft generell nicht denkbar ist. Greifen wir das unter Pkt VI. vorgetragene Beispiel auf, dass der Vorstand der beherrschenden Gesellschaft einen Beteiligungserwerb tätigt, den sein Aufsichtsrat genehmigt, der aber als konzernrelevant vom Aufsichtsrat der beherrschenden Gesellschaft zu genehmigen gewesen wäre, wofür dessen Vorstand indes nicht Sorge getragen hat. In so einem Fall kann der beherrschenden Gesellschaft sehr wohl

[117] Vgl *Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG[5], Österreichisches Konzernrecht Rz 45; *Kunz/Liemberger* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch, § 15 Rz 111. In Deutschland ordnet das für den faktischen Konzern, also außerhalb eines Beherrschungsvertrages, ausdrücklich § 311 Abs 1 dAktG an, lässt aber selbst in so einem Fall, dh bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages, nachteilige Weisungen zu, wenn die Nachteile ausgeglichen werden.

[118] Vgl *Artmann*, Organschaft, 156. Sie hält freilich den Beherrschungsvertrag mit einer AG als Untergesellschaft aufgrund der Weisungsfreiheit des Vorstands und der *„unabdingbaren Mitgeschäftsführungskompetenzen des Aufsichtsrates"* insgesamt für unzulässig; vgl *Artmann*, Organschaft, 165 ff und 199 f.

[119] Und zwar gegenüber der beherrschten Gesellschaft, nicht bloß gegenüber den außenstehenden Minderheitsaktionären; zutreffend *Artmann*, Organschaft, 83 (mwN zum Meinungsstand in FN 527 bis 530).

[120] Vgl die Diskussion zur gesellschaftsrechtlichen (Un-)Zulässigkeit des Beherrschungsvertrages nach österreichischem Recht bei *Artmann*, Organschaft, 165 ff; aus jüngerer Zeit vgl *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 15 Rz 23 bis 26; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 238 Rz 29; *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 15 Rz 98 f; *Gall* in *Doralt//Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 238 Rz 27 f.

[121] *Koppensteiner*, WBl 2021, 351 f.

[122] Natürlich ist der Vorstand der beherrschten Gesellschaft insofern näher zum Beweis und er wird daher schon aus Eigennutz das Interesse der eigenen Gesellschaft und dessen mögliche Verletzung oder Beeinträchtigung durch eine Vorgabe des beherrschenden Unternehmens möglichst präzise darlegen (allenfalls auch um einen Nachteilsausgleich rechtfertigen zu können). Doch rechtlich betrachtet muss die beherrschende Gesellschaft behaupten und konkret begründen, warum die Befolgung der Weisung der beherrschten Gesellschaft nicht nachteilig ist.

[123] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 78.

[124] Anders offenbar *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 78 f.

[125] Vgl dazu *Koppensteiner* in Kölner Komm AktG[3], § 308 Rz 37.

[126] Vgl zum Konzerninteresse *Artmann*, Organschaft, 77 ff; *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 15 Rz 6 f; *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 15 Rz 2.

[127] IdS aber *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG[3] (1993) § 15 Rz 3 f; ähnlich *Artmann*, Organschaft, 169; offenkundig gegenteilig *Krejci*, Einführung neuer Unternehmensformen, 330 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[3], 31; *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 15 Rz 4; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 70 Rz 10 f.

[128] *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448 (449); vgl auch bereits *Schiemer*, AktG[2] (1986) § 70 Anm 2.1.

[129] IdS zB *Kalss* in MünchKomm AktG[5], § 76 Rz 161; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 70 Rz 15; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5], § 70 Rz 24, der – nicht unproblematisch – einerseits das Interesse der Aktionäre mit dem des Mehrheitsaktionärs gleichsetzt (so bereits *Strasser*, JBl 1990, 487; *Kastner*, Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaften, in FS Schmitz I [1967] 82 [85 f]) und andererseits ausführt, das so verstandene Aktionärsinteresse werde *„jedenfalls im Prinzip mit dem Wohl des Unternehmens ident sein"*. Soweit sich das auf das Interesse aller Aktionäre oder des Alleinaktionärs bezieht, ist dem zuzustimmen; aA *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5], § 1 Rz 21; *ders*, Die Aktiengesellschaft als juristische Person, GesRZ 1988, 179 (182) und GesRZ 1989, 13. Die Frage spielte in der einen Strafrechtsfall betreffenden *Libro*-Entscheidung (OGH 30.1.2014, 12 Os 117/12s ua) eine große Rolle, denn der OGH vertrat hier die Sichtweise, dass die AG ein auch von ihrem Alleinaktionär losgelöstes, selbständiges (Bestands-)Interesse habe, und leitet daraus – freilich unzutreffend (vgl für alle ausführlich *G. Schima*, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig [2014] 161 [191]) – ab, dass die vorweg erklärte Einwilligung sämtlicher Aktionäre oder des Alleinaktionärs in eine an sich unzulässige Dividendenausschüttung keine strafrechtlich tatbestandsausschließende Einwilligung des Machtgebers bedeute.

[130] Vgl näher *G. Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (Teil I), GesRZ 1999, 100.

[131] Vgl zur Delegierung des Weisungsrechts an den Mehrheitsgesellschafter in der GmbH *G. Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (Teil II), GesRZ 1999, 159 (160 f).

[132] Anders § 311 Abs 1 und 2 dAktG.

[133] Siehe Pkt VII.

[134] Vgl zu diesem Problem *G. Schima*, GesRZ 2012, 42 f.

[135] Vgl zur Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung und speziell zur Beweislastverteilung bei der Missachtung von Genehmigungsvorbehalten *G. Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in FS W. Jud (2012) 571 (577 f und 592 f).

[136] Zutreffend *Koppensteiner*, WBl 2021, 351 f.

ein gegenüber ihrem säumigen Vorstand ersatzfähiger Schaden entstehen, wenn die beherrschende Gesellschaft aufgrund des von ihr nicht gewünschten Erwerbs durch die Tochter nun selbst von einer lukrativen Akquisition aus kartellrechtlichen Gründen Abstand nehmen muss.

Soweit nach der hier vertretenen Auffassung ein eng begrenztes Weisungsrecht der beherrschenden Gesellschaft (sofern Alleinaktionär) und demgemäß eine Folgepflicht des angewiesenen Vorstands(mitglieds) der beherrschten Gesellschaft anzuerkennen sind, muss das betroffene Vorstandsmitglied bei Befolgung der Weisung gegenüber der beherrschten Gesellschaft von einer Haftung befreit sein.[137] Ein Konflikt mit § 84 Abs 4 AktG entsteht dadurch nicht, weil das Vorstandsmitglied der beherrschten Gesellschaft wegen seiner Folgepflicht in so einer Konstellation nicht rechtswidrig handelt, ein Schadenersatzanspruch, auf den (nicht) verzichtet werden könnte, daher gar nicht erst entsteht.

Diese Befreiung tritt mE auch ein, wenn – was in Anbetracht der nach der hier vertretenen Auffassung sehr eng gezogenen Voraussetzungen mehr als unwahrscheinlich ist – der Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gläubiger der beherrschten Gesellschaft erforderlich sein sollte. Das dabei auftretende Problem ähnelt etwas der von § 25 Abs 5 GmbHG geregelten Konstellation. Diesbezüglich verhält es sich nach überzeugender und im Vordringen begriffener Ansicht so, dass der Geschäftsführer, der nach verständiger *Ex-ante*-Prüfung davon ausgehen darf, dass die Befolgung der Weisung keine Insolvenzgefahr bei der GmbH auslöst, die Weisung der Gesellschafter befolgen darf und muss,[138] damit zwangsläufig nicht rechtswidrig handelt, sodass auch dann, wenn die Gesellschaft aus unvorhersehbaren Gründen später doch als Konsequenz der Weisungsbefolgung insolvent wird, kein Schadenersatzanspruch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger konserviert wird oder wiederauflebt.[139]

Der Prüfungsmaßstab ist bei der Prüfung von Konzernweisungen natürlich ein ganz anderer: Der Vorstand bzw das Vorstandsmitglied muss sorgfältig und in Anwendung der Business Judgment Rule prüfen, ob die Befolgung der Weisung keinen relevanten Nachteil (insb keinen Vermögensnachteil) für die Gesellschaft bedeutet, und es muss sich zumindest plausibilisieren lassen, dass die Weisung dem Konzerninteresse dient. Treffen diese Voraussetzungen zu, ist die Befolgung rechtmäßig und die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch liegen – unabhängig von den später doch eintretenden Folgen – nicht vor.

Handelt das angewiesene Vorstandsmitglied bei der Prüfung freilich fahrlässig oder gar vorsätzlich und nimmt es eine Schädigung der eigenen Gesellschaft somit in Kauf, verbleibt es im Innenverhältnis, dh gegenüber der beherrschten Gesellschaft, bei der vollen Haftung nach § 84 AktG. Mangels Schadens tritt keine Haftung des Vorstands der beherrschten Gesellschaft ein, wenn er eine dieser nachteilige Weisung befolgt, aber dafür vollen Ausgleich von der beherrschenden Gesellschaft erlangt. Eine derartige Weisungsbefolgung geschieht aber auf eigenes Risiko, denn zu ihr ist der Vorstand auf keinen Fall verpflichtet,[140] sodass er auch dafür einzustehen hat, wenn der versprochene Nachteilsausgleich sich als ungenügend oder nicht werthaltig erweist.

Der Weisungsgeber, dh die beherrschende Gesellschaft, haftet zusätzlich als faktischer Geschäftsführer gegenüber der beherrschten Gesellschaft. Nimmt diese ihren die Weisung befolgenden Vorstand in Anspruch, haben dessen Mitglieder Regressansprüche gegen den Weisungsgeber. Ob dieser Regress, wie *Reich-Rohrwig* meint, ein 100%iger ist,[141] halte ich für fraglich. Bei fehlender Bestimmbarkeit der Schadensanteile, wie sie typischerweise gegeben sein wird, tritt nach § 1302 ABGB Solidarhaftung ein. Der Rückgriff zwischen in Anspruch genommenen Solidarschuldnern bestimmt sich gem § 896 Satz 1 ABGB nach dem *„besonderen Verhältnis"* und in Ermangelung eines solchen oder im Zweifel nach Kopfteilen. Nach diesen Grundsätzen müsste man zumindest dem grob fahrlässig oder gar vorsätzlich das Interesse des eigenen Unternehmens missachtenden Weisungsempfänger sehr wohl einen relevanten Anteil zurechnen, für den er bei Inanspruchnahme durch die beherrschte Gesellschaft von der weisungsgebenden Obergesellschaft keinen Regress verlangen kann.

Richtig ist, dass man eine bei der beherrschten Gesellschaft Schaden stiftende Weisung an deren Vorstand durch den Alleinaktionär gleichsam als Erteilung einer Vorwegentlastung durch alle Aktionäre begreifen könnte.[142] Dass eine solche (bei börsenotierten Gesellschaften demgemäß von vornherein unmögliche) Entlastung einen Verzicht auf Schadenersatzansprüche ungeachtet des § 84 Abs 4 AktG bedeutet,[143] halte ich entgegen dem OGH und der wohl hL nach wie vor für nicht überzeugend. Denn die Teleologie einer solchen teleologischen Reduktion von § 84 Abs 4 Satz 3 AktG überzeugt nicht, bezweckt Letzterer doch auch den Schutz zukünftiger Aktionäre und auf der Grundlage der hM könnte dieser Schutz gerade in solchen Fällen aus den Angeln gehoben werden, wo er am dringendsten benötigt wird (nämlich zB im Falle einer wissentlichen Entlastung der Organe für gravierendes Fehlverhalten durch alle Aktionäre einer Familien-AG, um den bevorstehenden Börsegang nicht zu gefährden).[144]

VIII. Ergebnisse

1. Der Grundsatz der Weisungsfreiheit des Vorstands einer AG (§ 70 Abs 1 AktG) unterliegt diversen Einschränkungen, die zum Teil völlig unproblematisch, im Gesetz grundgelegt und auch nicht allzu kontroversiell diskutiert werden. Dies betrifft insb die Zuständigkeit der vom Vorstand selbst in einer Geschäftsführungsfrage angerufenen Hauptversammlung (§ 103 Abs 2 AktG) und die Verpflichtung des Vorstands zur Vorbereitung und Durchführung der von der Hauptversammlung gewollten Strukturmaßnahmen (Kapitalerhöhung, Verschmelzung etc). Einschränkungen ergeben sich außerdem aus den zwingenden Kontroll- und Überwachungszuständigkeiten des Aufsichtsrats (wie der Verpflichtung des Vorstands zur Berichterstattung oder der Prüfungskompetenz des Aufsichtsrats nach § 95 Abs 3 AktG), die mit entsprechenden Handlungs- und Duldungspflichten des Vorstands korrespondieren.

2. Den Vorstand der AG trifft eine beschränkte Konzernleitungspflicht (Konzernkoordinierungspflicht), die schon aus der Tatsache folgt, dass Beteiligungen zum Vermögen der Gesellschaft gehören.

Eine Verpflichtung zur einheitlichen Leitung im konzernrechtlichen Sinn besteht – vorbehaltlich einer entsprechenden Satzungsregelung – nicht; der Ermessensspielraum des Vorstands hinsichtlich der Intensität der Konzernleitung ist signifikant, aber keineswegs unbegrenzt.

3. Die untere und für den Vorstand der beherrschenden Gesellschaft im Einklang mit dem OGH jedenfalls verpflichtende Schwelle der Konzernleitung ist die Verankerung von Zustimmungsvorbehalten betreffend konzernrelevante Geschäfte in nachgeordneten Unternehmen zugunsten des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft. Ob man dies als Weisungsrecht des Aufsichtsrats begreift, ist von nachrangiger Bedeutung. Denn verletzt der Vorstand die Verpflichtung, handelt er nicht im Einklang mit der nach § 84 AktG gebotenen Sorgfalt mit den entsprechenden Folgen.

4. Zustimmungsvorbehalte, die bloß an die *„Konzernrelevanz"* anknüpfen, genügen den Anforderungen von § 95 Abs 5 letzter Satz AktG an bestimmte *„Arten"* von Geschäften ebenso wenig wie die generelle Angabe von Betragsgrenzen. Es bedarf vielmehr einer kombinierten Konkretisierung nach der Art des Geschäfts und seiner wirtschaftlichen Bedeutung.

5. Konzernmandatsklauseln, die den Vorstand (sei es der beherrschten, sei es einer beherrschenden AG) verpflichten, auf Aufforderung des Aufsichtsrats (als des dienstrechtlichen Ansprechpartners) im Rahmen der Zumutbarkeit Mandate in Konzerngesellschaften zu übernehmen und auf Verlangen – auch unabhängig von der Beendigung des Hauptmandats – zurückzulegen, sind unter dem Blickwinkel des § 70 Abs 1 AktG im Allgemeinen unbedenklich. Bloß in jenen – praktisch eher schwer vorstellbaren – Fällen, dass vom Vorstandsmitglied bei aufrechtem Mandat die Niederlegung von Funktionen verlangt wird, die entweder die Ausübung der unabhängigen Leitung der Gesellschaft oder die Wahrnehmung der Konzernleitungspflicht im hier verstandenen Sinn unmöglich machen oder erschweren, ist die Rechtsausübung im Einzelfall, nicht aber die Konzernmandatsklausel als solche, unwirksam. Das Verlangen, bestimmte Funktionen im Konzern auszuüben, tangiert § 70 Abs 1 AktG von vornherein nicht.

6. Der Vorstand der beherrschten Gesellschaft ist verpflichtet, Weisungen der beherrschenden Gesellschaft dann zu befolgen, wenn diese dem Interesse des beherrschten Unternehmens eindeutig oder nach einer unternehmerisch verständigen Prognose mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht nachteilig sind. Dies ergibt sich aus der Verpflichtung zur Wahrung des Konzerninteresses als des aus dem Blickwinkel der beherrschenden Gesellschaft betrachteten Interesses der Gesamtunternehmensgruppe, in das die Interessen der Einzelunternehmen einfließen, freilich mit dem Konzerninteresse kollidieren können. Bei einer Beherrschung durch einen Alleinaktionär oder ausschließlich durch konzernverbundene Aktionäre ergibt sich dies auch daraus, dass ein Unternehmensinteresse der beherrschten Gesellschaft gegen das Interesse der Gesamtheit der Aktionäre schwer denkbar ist.

Der Vorstand darf eine dem Interesse seines Unternehmens nicht nachteilige Weisung nur dann ablehnen, wenn sie offenkundig auch nicht dem Konzerninteresse dient. Ist die Weisung dem beherrschten Unternehmen nachteilig, besteht keine Folgepflicht und dies auch dann nicht, wenn das beherrschende Unternehmen vollen und werthaltigen Nachteilsausgleich anbietet.

Das diesbezügliche Weisungsrecht steht nur dem Alleingesellschafter oder der Gesamtheit aller Gesellschafter (bei Beherrschung durch mehrere konzernverbundene Unternehmen) zu, fällt also *de facto* weg, wenn außenstehende Minderheitsgesellschafter bestehen. Eine Übertragung des Weisungsrechts durch Bevollmächtigung auf den Mehrheitsgesellschafter ist möglich.

Das Weisungsrecht setzt nicht die anstellungsvertragliche (oder beherrschungsvertragliche) Verankerung voraus.

7. Verletzt das Vorstandsmitglied einer beherrschenden Gesellschaft die auch vom OGH bejahte Verpflichtung der Verankerung von Zustimmungsvorbehalten für konzernrelevante Geschäfte in nachgeordneten Gesellschaften zugunsten des Aufsichtsrats der beherrschenden Gesellschaft, kann dieser gegenüber einer schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit die Folge sein. Zu prüfen ist aber immer, ob es sich um einen bei der Konzernobergesellschaft eingetretenen Nachteil oder um einen nicht ersatzfähigen Reflexschaden durch Wertminderung der Beteiligung handelt. In der *Waagner-Biro*-Entscheidung aus 2020 hat der OGH diese Frage nicht richtig beurteilt.

Soweit eine Folgepflicht des Vorstands der beherrschten Gesellschaft im obigen Sinn bei nicht nachteiligen Konzernweisungen besteht, wird der Vorstand der beherrschten Gesellschaft dieser gegenüber von einer Haftung frei. Mangels rechtswidrigen Verhaltens kann eine schadenersatzrechtliche Verantwortung dann gar nicht eintreten und besteht auch kein Konflikt mit § 84 Abs 4 AktG.

Befolgt der Vorstand der beherrschten Gesellschaft eine dieser nachteilige Weisung, haftet er der beherrschten Gesellschaft gegenüber und der Weisungsgeber als faktischer Geschäftsführer. Die Vorstandsmitglieder der beherrschten Gesellschaft haben gegen den Weisungsgeber einen Regressanspruch, zumindest bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Missachtung des Interesses des beherrschten Unternehmens ist dieser Regress aber kein vollständiger.

Auch wenn man in der Erteilung einer Schaden stiftenden Weisung an den Vorstand einer beherrschten Gesellschaft durch deren Alleinaktionär eine Vorwegentlastung durch alle Aktionäre sieht, tritt dadurch entgegen dem OGH und der hL keine Haftungsbefreiung ein.

[137] Diesen – gleichsam rechtsethisch notwendigen – Zusammenhang ebenfalls betonend *Artmann*, Organschaft, 168.

[138] Der GmbH-Geschäftsführer ist nach ganz hM verpflichtet, auch der Gesellschaft wirtschaftlich nachteilige Weisungen zu befolgen, sofern nicht der Tatbestand der Einlagenrückgewähr vorliegt und der Gesellschaft durch die Weisungsbefolgung nicht die Insolvenz droht; vgl *G. Schima/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer[2], 11 und 18.

[139] IdS näher *G. Schima/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer[2], 16 f und 349.

[140] Siehe Pkt VI.

[141] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 82.

[142] *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG[6], § 70 Rz 82.

[143] So OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74; ebenso *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5], 239.

[144] Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 243 f; ausführlich *G. Schima*, Enthaftung des Vorstandes (Aufsichtsrates) durch Entlastungsbeschluß sämtlicher Aktionäre? GesRZ 1991, 185 (188 f); diesem folgend *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5], Vor §§ 70 – 84 Rz 111 f.