

41. Jahrgang / Februar 2012 / Nr. 1

# Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

**GesRZ**

## **Festheft für Karl Hempel zum 75. Geburtstag**

Mit einem Geleitwort von **Peter Doralt**

und Beiträgen von

**Christian Dorda**

**Günther J. Horvath**

**Peter Lewisch / Hans Kristoferitsch**

**Paul Oberhammer**

**Georg Schima**

**Franz T. Schwarz**

**Irene Welser**

**Rudolf Welser**

**Lothar Wiltschek**

**Oskar Winkler**

**Brigitta Zöchling-Jud / Gabriel Kogler**

# Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern

GEORG SCHIMA

Der vorliegende Beitrag untersucht, wie sich das Rechtsinstitut der an die Aufsichtsratszustimmung geknüpften Geschäfte und Maßnahmen des Vorstandes für den Aufsichtsrat als Steuerungsinstrument eignet.

## I. Themenstellung

Der Beitrag ist *Karl Hempel*, dem Freund, Kollegen und Förderer gewidmet. Neben seiner langjährigen Tätigkeit als einer der profiliertesten Wirtschaftsanwälte Österreichs, als herausragender Schiedsrichter, als Universitätslehrer und Honorarprofessor für Europarecht und nicht zuletzt seinen Verdiensten um den Anwaltsstand übte *Karl Hempel* im Laufe seiner Karriere auch zahlreiche Aufsichtsratsfunktionen aus. Den Aufsichtsrat betreffende Fragen mit möglichst starkem Praxisbezug finden daher hoffentlich das Interesse des Jubilars.

Der folgende Beitrag soll unter Verzicht auf eine detaillierte Aufarbeitung der Grundlagen (die erstens schon andere besorgt haben und für die zweitens hier nicht der Platz wäre) streiflichtartig beleuchten, wie sich das durch das GesRÄG 1982 in § 95 Abs 5 AktG eingeführte Rechtsinstitut der an die Aufsichtsratszustimmung geknüpften Geschäfte und Maßnahmen des Vorstandes für den Aufsichtsrat als Steuerungsinstrument sowohl in der AG als solcher als auch im Konzern (betrachtet aus dem Blickwinkel der Obergesellschaft) eignet.

## II. § 95 Abs 5 AktG – Reichweite und Grenzen

Als der damalige Aufsichtsratsvorsitzende von BMW *Eberhard von Kuenheim* einmal gefragt wurde, warum denn der Aufsichtsrat den sich später als Milliardengrab erweisenden (und man muss hinzufügen: damals in allen Medien als Geniestreich gelobten) Kauf von Rover im Jahr 1994 genehmigt hätte, entgegnete er einer einigermaßen überraschten Öffentlichkeit sinngemäß, der Aufsichtsrat sei nicht gefragt worden.<sup>1</sup> Dies war damals nur deshalb überhaupt möglich (und zumindest gesetzeskonform, wenn auch kaum Ausdruck vorbildhafter Corporate Governance), weil das deutsche AktG in § 111 Abs 4 Satz 2 bis zur diesbezüglichen Änderung durch Art 1 Nr 9 TransPuG bloß die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung für die Satzung bzw den Aufsichtsrat enthielt, bestimmte Arten von Geschäften seiner Zustimmung zu unterziehen. Nunmehr beinhaltet § 111 Abs 4 Satz 2

das AktG eine Verpflichtung, wonach Satzung oder Aufsichtsrat bestimmen, „dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen“, was nach den Gesetzesmaterialien<sup>2</sup> zumindest für solche Entscheidungen und Maßnahmen gelten soll, die die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoexposition grundlegend verändern.<sup>3</sup> 1994 (da wurde die Rover-Kaufentscheidung getroffen) konnte man in deutschen AGs daher unter Umständen noch Unternehmen für 5 Mrd DM<sup>4</sup> kaufen, ohne den Aufsichtsrat fragen zu müssen.<sup>5</sup>

### 1. Grundsätzliche Konzeption

Das österreichische AktG geht von einem anderen Konzept aus als das deutsche AktG, indem es schon im Gesetz einen (notwendigerweise generalisierenden) Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften enthält, hinsichtlich derer der Aufsichtsrat teilweise Betragsgrenzen festzulegen hat, teilweise festlegen kann. Die „Sollens-Anordnung“ in § 95 Abs 5 AktG ist nach allgemeinem Verständnis als Verpflichtung des Vorstandes zu deuten,<sup>6</sup> deren Verletzung haftungsauslösend sein kann und bei Verlustgeschäften auch typischer Weise haftungsauslösend ist (siehe dazu unten Pkt IV.). Die Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrates hat der Vorstand entsprechend vorzubereiten, wobei die Art der Informationsaufbereitung der Aufsichtsrat bestimmen darf.<sup>7</sup> Die Zustimmung muss der Vorstand vor Durchführung des Geschäftes einholen;<sup>8</sup> die – wohl nur in absoluten Ausnahmefällen denkbare – nachträgliche Zustimmung kann gerechtfertigt sein, wenn durch die mit der Einholung der Zustimmung verbundene Verzögerung der Gesellschaft ernster Schaden droht.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Begr RegE, BT-Drucks 14/8769, 17 f.

<sup>3</sup> Vgl auch *Spindler in Spindler/Stilz*, AktG (2010) § 111 Rz 4.

<sup>4</sup> Der Kaufpreis betrug rund 2 Mrd DM, dazu wurden Rover-Schulden in Höhe von 2,3 Mrd DM übernommen, wozu noch Folgekosten für die Fusion kamen.

<sup>5</sup> Vgl *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte des AG-Aufsichtsrats, ZGR 2006, 841 (842 f), der ebenfalls bekräftigte, dass in deutschen AGs in der Vergangenheit nicht selten „relativ unbedeutende Vorstands-Entscheidungen akribisch der Zustimmung des Aufsichtsrates unterworfen“ wurden, „wirklich wichtige Geschäftsleitungsmaßnahmen“ dagegen „ungeregelt“ blieben und die Kataloge oft den Eindruck erweckten, „direkt aus der Buchhaltung zu kommen“.

<sup>6</sup> Vgl für alle *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup>, §§ 95 – 97 Rz 39 mwN.

<sup>7</sup> Dadurch wird nicht etwa gegen die in § 70 Abs 1 AktG verankerte Weisungsfreiheit des Vorstandes verstoßen (vgl dazu unten Pkt III.3.).

<sup>8</sup> *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup>, §§ 95 – 97 Rz 42; *Jordis in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 9/14 mwN.

<sup>9</sup> Dass die sofortige Durchführung der Maßnahme bloß im Interesse der Gesellschaft ist, genügt nicht; tendenziell das genügen lassend indes die hA: OGH 16.6.1993, 7 Ob 934/93, RdW 1993, 304 (*Ch. Nowotny*); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (1990) 261 FN 123; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup>, §§ 95 – 97 Rz 42; *Jordis in Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 9/15; die Zulässigkeit nachträglicher Genehmigung überhaupt mit beachtlichen Argumenten ablehnend zB *Habersack* in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 124 mwN in FN 332.

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

<sup>1</sup> Dies ist – abseits der damals geltenden aktienrechtlichen Rechtslage – auch insofern bemerkenswert, als *von Kuenheim* ja von 1970 bis 1993, also fast 24 Jahre (!), Vorstandsvorsitzender von BMW gewesen war, sich dort zu einem „Säulenheiligen“ der deutschen (Automobil-)Industrie entwickelt hatte, der den Umsatz von BMW von 1 Mrd DM auf das rund 30-Fache steigern konnte und nach dem Ausscheiden aus dem Vorstand nahtlos in den Aufsichtsratsvorsitz wechselte, wo er mit Sicherheit nicht als schwache Persönlichkeit agierte. Dass die unter größter Geheimhaltung abgewickelte Transaktion selbst ohne seine persönliche Kenntnis vorbereitet wurde, ist wohl auszuschließen.

Aus Vorstandssicht ist es besonders wichtig, dem Aufsichtsrat jene Entscheidungsgrundlage zu vermitteln, die ihn zumindest in den Stand versetzt, die gebotene Plausibilitätsprüfung (zu mehr ist der Aufsichtsrat richtigerweise nicht gehalten) durchzuführen. Auf Zustimmungen des Aufsichtsrates, denen eine nicht aussagekräftige bzw verzerrende Information zugrunde liegt, kann sich der Vorstand nicht berufen.<sup>10</sup> Er ist weiter dazu verpflichtet, bei geänderten Verhältnissen den Aufsichtsrat gegebenenfalls neu zu befassen,<sup>11</sup> dh, der geänderten Sach- und/oder Rechtslage durch ergänzende Informationen Rechnung zu tragen oder möglicherweise auch von einer erteilten Genehmigung nicht Gebrauch zu machen, wenn er erkennt, dass die Grundlage für die Erteilung weggefallen ist.

## 2. Erweiterungsrecht und Erweiterungspflicht

Der in § 95 Abs 5 AktG vorgesehene Katalog ist naturgemäß nicht auf die individuellen Verhältnisse einer konkreten AG zugeschnitten, sondern generalisierender Natur. Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass nach wie vor viele Satzungen von AGs den gesetzlichen Katalog (der freilich in den letzten Jahren auch etwas länger geworden ist) nicht oder kaum modifizieren und nur bei der Wahl von Betragsgrenzen gewisse Individualität walten lassen.<sup>12</sup> Das ist aus mehreren Gründen problematisch. Zum einen ist es so, dass bestimmte – je nach Gesellschaft – wichtige oder sogar sehr wichtige Geschäfte und Maßnahmen im Gesetz gar nicht vorkommen, eine Kontrolle des Aufsichtsrates darüber aber in einer umfassenden Wahrnehmung seiner Aufgabe geboten erscheint. Die Liste nicht geregelter Geschäfte reicht von besonders wichtigen Bestandverträgen über Dienstverträge von Schlüsselkräften, zentrale kollektiv-arbeitsrechtliche Maßnahmen (wie Abschluss bestimmter Betriebsvereinbarungen)<sup>13</sup> zu Unternehmensverträgen wie zB Syndikatsvereinbarungen, Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen.

Zum anderen sind die gesetzlichen Tatbestände nicht alle samt zweifelsfrei formuliert, sodass schon wegen der möglicherweise haftungsträchtigen Wirkung von Fehlinterpretationen<sup>14</sup> Darstellungen und präzisere Umschreibungen sinnvoll sein können.

Alldem trägt § 95 Abs 5 letzter Satz AktG Rechnung, wenn er anordnet, dass der Aufsichtsrat (neben der Satzung) anordnen kann, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden sollen. Dem Recht zur Erweiterung des gesetzlichen Kataloges entspricht zu einem gewissen Maß auch eine Pflicht,

davon Gebrauch zu machen. Diese darf indes nicht überspannt werden. Der Aufsichtsrat muss hier abwägen zwischen dem Bestreben nach einer angemessenen und zeitnahen Kontrolle über das zentrale Unternehmens- (oder gar Konzern-)Geschehen und der Rolle des Vorstandes als des nach dem Gesetz unabhängigen Leitungsorgans, dem für eine sinnvolle Leitung ausreichender Handlungsspielraum zu belassen ist.

Zu bedenken ist aus der Sicht des Aufsichtsrates auch, dass die Statuierung genehmigungspflichtiger Geschäfte und Maßnahmen den Aufsichtsrat in die Pflicht nimmt. Je enger das auf diese Art und Weise gesponnene Netz ist, desto mehr steigt nicht nur die Verantwortung des Vorstandes (der gerade bei der Missachtung aktienrechtlicher Kompetenzgrenzen einem besonderen Haftungsrisiko ausgesetzt ist),<sup>15</sup> sondern erhöht sich auch der Verantwortungsdruck für den Aufsichtsrat, weil dieser bei der Erteilung und Verweigerung der Zustimmung der Haftung gem § 84 iVm § 99 AktG unterliegt. Dass es sich dabei typischerweise um eine unternehmerische Entscheidung handeln wird, für die – nach dem Vorbild der in Österreich nicht kodifizierten *business judgment rule* – ein relativ weites Ermessensspielraum besteht und bei der nur Ermessensexzesse haftbar machen, ist wohl richtig, bedeutet aber nicht Haftungsfreiheit. Nicht nur die Satzung, sondern auch der Aufsichtsrat darf richtigerweise keine Einzelgeschäfte seiner Zustimmung unterwerfen,<sup>16</sup> sondern – wie das Gesetz insoweit deutlich sagt – nur „bestimmte Arten von Geschäften“. Natürlich kann der Aufsichtsrat, der es darauf anlegt, den Vorstand von einem bestimmten Geschäft, das ihm zu Ohren gekommen ist, abzuhalten, dies (abgesehen von der Ausübung faktischer Autorität) dadurch bewirken, dass er rasch einen generalisierenden Beschluss fasst, unter den das geplante Geschäft eindeutig fällt (und den Beschluss vielleicht später sogar wieder aufhebt); dennoch ist an der Unterscheidung festzuhalten. Denn die Statuierung von Genehmigungsvorbehalten für Einzelgeschäfte geriete als konkrete Untersagungsanordnung in unübersehbaren Konflikt mit der in § 70 Abs 1 AktG verankerten Weisungsfreiheit.

Außerdem kann der Aufsichtsrat in Anwendung des § 95 Abs 5 AktG nicht – wie dies der (ungeschriebenen) Rechtslage in der GmbH entspricht<sup>17</sup> – einfach alle „über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden“ und mE auch nicht einfach alle Geschäfte, die zB einen bestimmten finanziellen Jahresaufwand überschreiten, an seine Genehmigung binden. Denn darin liegen nicht „bestimmte Arten von Geschäften“ iSd Gesetzes.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Vgl näher G. Schima in Kalls/Kunz, Handbuch, Rz 12/152.

<sup>11</sup> Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG (2003) § 95 Rz 91; W. Jud, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrats, ÖBA 1993, 773 (777 f); Jordis in Kalls/Kunz, Handbuch, Rz 9/14.

<sup>12</sup> Betrachtet man diese offenbar Deutschland und Österreich gleichermaßen betreffende Trägheit der Praxis, ist zu bezweifeln, ob der Befund von Habersack (in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 101), der auch auf eine diesbezügliche Empfehlung der Deutschen Regierungskommission Corporate Governance verweist, zutrifft, der deutsche Gesetzgeber habe (anders als der österreichische) zu Recht auf die Verankerung eines gesetzlichen Kataloges von Zustimmungstatbeständen verzichtet. Denn ein solcher bedeutet zumindest einen – wenn auch sehr schematischen – Grundstock an typischerweise wichtigen Maßnahmen, wo der Vorstand den Aufsichtsrat selbst dann fragen muss, wenn Letzterer und die Satzung untätig bleiben.

<sup>13</sup> Deren Fehlen im Gesetz bemängelt insb Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>3</sup>, §§ 95 – 97 Rz 47.

<sup>14</sup> Vgl G. Schima in Kalls/Kunz, Handbuch, Rz 12/156.

<sup>15</sup> Vgl Reischauer, Gedanken zur Aufsichtsratszustimmung nach § 95 Abs 5 AktG, in FS Strasser (1993) 287 (288); Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>3</sup>, §§ 95 – 97 Rz 49; etwas unentschieden, aber im Ergebnis ähnlich Jordis in Kalls/Kunz, Handbuch, Rz 9/49, die diese Frage als „strittig“ bezeichnet, was sie nicht wirklich ist.

<sup>17</sup> Vgl Peter Doralt, Die Geschäftsführer der GmbH & Co im Handelsrecht, in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht<sup>2</sup> (1977) 235 (273); H. Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (Teil II), GesRZ 1974, 44 (45); Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997) 287; Runggaldier/G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 30; G. Schima, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (Teil I), GesRZ 1999, 100 (106 f).

<sup>18</sup> So zur identischen Formulierung in § 111 Abs 4 Satz 2 dAktG auch Semler in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 399; Habersack in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 106; Mertens in Kölner Komm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 67; Meyer-Landrut in Großkomm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 15; G. Schima, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 (268).

### 3. Zustimmungsverweigerung und Aufsichtsratsermessen

Eine sehr interessante Frage ist, ob der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung, die Zustimmung zu einer § 95 Abs 5 AktG unterliegenden Maßnahme bzw einem Geschäft des Vorstandes zu erteilen oder sie zu versagen, ein eigenes unternehmerisches Ermessen besitzt, das jenem des Vorstandes vorgeht, oder ob der Aufsichtsrat verpflichtet ist, solchen Geschäften oder Maßnahmen des Vorstandes zuzustimmen, die innerhalb des dem Vorstand eingeräumten unternehmerischen Ermessens liegen und hinsichtlich derer die Entscheidung des Vorstandes nach Prüfung des Aufsichtsrates fehlerfrei zustande gekommen ist. Die ganz hM in Deutschland zu dieser in Österreich kaum diskutierten Frage nimmt Ersteres an<sup>19</sup> – und dies zu Recht.

Der hM ist zu folgen. Es ist schon richtig, dass damit dem Aufsichtsrat auch gestaltende Befugnisse eingeräumt werden und er der Sache nach an der Geschäftsführung des Vorstandes zumindest beteiligt wird;<sup>20</sup> gleichwohl würde man bei Zugrundelegung der Mindermeinung mE eher den Aufsichtsrat in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise beschneiden, als man der hA vorhalten kann, die Befugnisse des Vorstandes unsachlich zu begrenzen. Dies gilt zumindest, wenn der Aufsichtsrat sein Verweigerungsrecht maßvoll ausübt und vor allem auf strategisch relevante Fragen beschränkt. Und genau darin liegt auch der mE überzeugende Grund dafür, warum bei Ausübung der in § 95 Abs 5 AktG geregelten Rechte des Aufsichtsrates dessen Handlungsermessen jenes des Vorstandes überlagert: Es muss dem Aufsichtsrat möglich sein, Entscheidungen des Vorstandes aus grundsätzlich-strategischen Gründen abzulehnen, auch wenn diese im Entscheidungszeitpunkt nach bestem Wissen und Gewissen sorgfältig vorbereitet und kaufmännisch vertretbar oder sogar vernünftig erscheinen. Plant der Vorstand Investitionen auf neuen Märkten und in bislang von der Gesellschaft nicht wirtschaftlich erschlossenen Ländern, muss der Aufsichtsrat die Möglichkeit haben, dazu aus grundsätzlichen Erwägungen seine Einwilligung zu versagen.

Für die Richtigkeit dieser Sichtweise spricht vor allem auch § 103 Abs 2 AktG.<sup>21</sup> Diese Bestimmung, vor deren inflationärem Gebrauch durch Vorstand oder Aufsichtsrat zwei-

fellos zu warnen ist, erfüllt ihren Sinn und Zweck gerade bei grundsätzlich-strategischen Fragen. Will der Vorstand sich nicht damit abfinden, warum er zB nicht nach Kasachstan expandieren und die nach Meinung des Vorstandes sich dort bietenden, attraktiven Möglichkeiten nicht nutzen können soll, drängt sich die Anrufung der Hauptversammlung nach § 103 Abs 2 AktG geradezu auf. Letztlich sollen es die Anteilseigner sein, die über solch grundsätzliche Fragen entscheiden dürfen. Nehmen sie die Entscheidungskompetenz nicht wahr,<sup>22</sup> bleibt es im angeführten Beispiel bei der Zustimmungsverweigerung durch den Aufsichtsrat. Diese trägt dann aber den Sanktus der Hauptversammlung.

Würde man der Minderheitsmeinung folgen, käme dem Aufsichtsrat nach § 95 Abs 5 AktG permanent die Aufgabe zu, Vorstandsentscheidungen (Vorstandsvorlagen) darauf zu untersuchen, ob sie haftungsträchtig sind. Es ist aber nicht die Aufgabe des Aufsichtsrates, über § 95 Abs 5 AktG gleichsam die *business judgment rule* zu vollziehen. Überdies würde die Statuierung eines hinter das Vorstandsermessen zurücktretenden Handlungsermessens des Aufsichtsrates diesem die Möglichkeit nehmen, bei der Zustimmungs- oder Verweigerungsentscheidung Aspekte einfließen zu lassen, die mit der Frage potenzieller Sorgfaltswidrigkeit nichts oder kaum etwas zu tun haben, sehr wohl aber mit den Interessen der Gesellschaft. Möchte der Vorstand zB einen Großkredit einer politisch exponierten Person gewähren, dann darf es dem Aufsichtsrat nicht verwehrt sein, dieser Entscheidung selbst dann eine Absage zu erteilen, wenn der Kredit bestens besichert erscheint.

Umgekehrt steht dem Aufsichtsrat auch die Befugnis zu, einer Maßnahme die Zustimmung zu erteilen, wenn er von ihr selbst nicht restlos überzeugt ist, für diese aber wirtschaftlich gut vertretbare Gründe sprechen und der Aufsichtsrat dem Vorstand diesbezüglich vertraut.<sup>23</sup>

### 4. Sicherstellung konfliktfreier Interessenvertretung

Wie schon oben erwähnt, kann und muss bis zu einem gewissen Maß der Aufsichtsrat den gesetzlichen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte und Maßnahmen sinnvoll-unternehmensbezogen erweitern und präzisieren. Eine in Zeiten überbordender „Compliance-Anforderungen“ zunehmend ins Blickfeld rückende Problematik besteht in der Sicherung einer von Eigeninteressen freien Vertretung der Gesellschaft durch den Vorstand. Dieser soll bei der Unternehmensleitung das Interesse der Gesellschaft – zum Ausdruck gebracht durch das Unternehmenswohl des § 70 Abs 1 AktG – und keinesfalls das eigene Interesse vertreten.<sup>24</sup>

§ 97 Abs 1 AktG berechtigt den Aufsichtsrat dazu, die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern zu vertreten.

<sup>19</sup> Ganz hM: *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (1996) Rz 212; *Mertens* in *Kölner Komm AktG*<sup>2</sup>, § 111 Rz 85; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>3</sup> (2008) Rz 116; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*<sup>4</sup>, § 111 Rz 667; *Habersack* in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup>, § 111 Rz 127; aA *Höhn*, GmbHR 1994, 604 (605); *Fonk*, ZGR 2006, 865 ff, insb 867. Für Österreich betonen *Peter Doralt* und *Walter Doralt* (Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung, in FS Koziol [2010] 565 [584 FN 90]) zu Recht, dass der Aufsichtsrat bei Genehmigungspflicht unternehmerischer Entscheidungen des Vorstandes die Genehmigung auch dann verweigern dürfe, wenn der Vorstandsantrag im Rahmen des vertretbaren Ermessens bleibe. Dass „weite Teile“ der deutschen Lehre gegenteiliger Meinung seien, trifft aber ebenso wenig zu (siehe die Nachweise in dieser Fußnote) wie die Einschätzung der genannten Autoren, *Kalss* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 95 Rz 13) wäre aM. In der zitierten Rz 13 findet sich eine solche Aussage überhaupt nicht und in Rz 23, die möglicherweise gemeint ist, schreibt die Autorin, der Aufsichtsrat habe bei seiner Interessenwahrungspflicht das unternehmerische Ermessen des Vorstandes zu beachten und diesen nur bei eklatanter Überschreitung des Ermessensspielraums zur Ordnung zu rufen. Damit bezieht sich *Kalss* aber gar nicht auf Zustimmungsvorbehalte (wie aus der Systematik der Kommentierung deutlich wird), sondern unter der Überschrift „Überwachung unternehmerischer Ermessensentscheidungen“ auf die Frage, ob der Aufsichtsrat gegen einen pflichtwidrig, dh außerhalb des zulässigen Ermessens handelnden Vorstand Maßnahmen ergreifen und letztlich Schadenersatzansprüche erheben soll. Welchem Maßstab der Aufsichtsrat bei der Verweigerung der Zustimmung nach § 95 Abs 5 AktG unterliegt und ob er dabei sein eigenes Handlungsermessen über das des Vorstandes setzen darf, wird von *Kalss* (vgl aaO, § 95 Rz 88 ff und 95) nicht erörtert.

<sup>20</sup> IdS *Fonk*, ZGR 2006, 866.

<sup>21</sup> Vgl zur Funktionsweise der Anrufung der Hauptversammlung in Geschäftsführungsfragen nach der genannten Bestimmung ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 16 ff mwN.

<sup>22</sup> § 103 Abs 2 AktG begründet nach ganz hA keine Entscheidungspflicht der Hauptversammlung: *G. Frotz*, Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, in FS Wagner (1987) 137 (146 ff); *Strasser*, JBl 1990, 483; *Kastner*, Zu Fragen der „Wirtschaftlichkeit“ im österreichischen Recht, in FS Kralik (1986) 407 (410); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, 235; *Runggaldier/Schima*, Führungskräfte, 17.

<sup>23</sup> Zutreffend *Kropff* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>3</sup> (2009) § 8 Rz 94; *Fonk*, ZGR 2006, 865 f; *Habersack* in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup>, § 111 Rz 127.

<sup>24</sup> Vgl idS auch die bewusst als L-Regel konzipierte Vorschrift im Österreichischen Corporate Governance Kodex: „Der Vorstand fasst seine Beschlüsse frei von Eigeninteressen und Interessen bestimmender Aktionäre, sachkundig und unter Beachtung aller relevanten Rechtsvorschriften“ (L-Regel 22).

Nach herrschender und überzeugender Auffassung<sup>25</sup> gibt diese Bestimmung dem Aufsichtsrat aber kein Vertretungsmonopol, sondern nur eine neben die Vertretungskompetenz des Vorstandes (vgl § 71 Abs 1 AktG) tretende Vertretungsmacht. Die Gegenmeinung, die dem Aufsichtsrat ein Vertretungsmonopol zubilligt,<sup>26</sup> ist erstens mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu vereinbaren,<sup>27</sup> lässt zweitens die Entstehungsgeschichte der Norm und den Willen des historischen Gesetzgebers<sup>28</sup> außer Acht und vermag schließlich drittens für ihre teleologische Reduktion von § 71 Abs 1 AktG keinerlei zwingende,<sup>29</sup> ja nicht einmal annähernd überzeugende teleologische Gründe vorzubringen. Denn der Aufsichtsrat hat trotz konkurrierender Vertretungsmacht klare und einfach zu handhabende Möglichkeiten, den Vorstand an der Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gänzlich zu hindern oder solche Geschäfte zumindest vorher einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, sodass der Befund von *Cernicky*<sup>30</sup> und *Kals*,<sup>31</sup> der Vorstand hätte es anderenfalls „völlig in der Hand, den von § 97 verfolgten Zweck der Vermeidung von Interessenkonflikten zum Schutz der Gesellschaft, der Aktionäre und Gläubiger zu unterlaufen“, nicht nachvollziehbar ist.

Der Aufsichtsrat kann nämlich in Wahrnehmung seiner in § 95 Abs 5 letzter Satz AktG verankerten Kompetenz auf völlig unkomplizierte Art sämtliche Geschäfte (allenfalls mit Ausnahmen; siehe unten) der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern seiner Zustimmung unterwerfen.<sup>32</sup> ME täte auch jeder Aufsichtsrat gut daran, dies umzusetzen, und erstaunt es eigentlich, dass solche Beschlüsse in der Praxis selten gefasst werden und die allermeisten Geschäftsordnungen für den Vorstand oder Aufsichtsrat derartige Genehmigungstatbestände nicht beinhalten. Der Aufsichtsrat gibt mit einem derartigen Beschluss auch keineswegs zu erkennen, er dulde grundsätzlich die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vor-

standsmitgliedern durch den Vorstand. Denn der Aufsichtsrat kann bei Statuierung eines solchen Genehmigungstatbestandes ungehindert seine in § 97 Abs 1 AktG verankerte (konkurrierende) Vertretungsbefugnis wahrnehmen und dem Vorstand zusätzlich signalisieren, dass er solche Geschäfte von vornherein ausnahmslos selbst abschließen möchte. Der Aufsichtsrat hat aber keine Möglichkeit, dem Vorstand die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern schlechthin zu untersagen, weil ihm kein Weisungsrecht zukommt.

Ein sorgfältig handelnder Aufsichtsrat sollte den Kreis der idZ genehmigungspflichtigen Geschäfte mE auch unbedingt über den Anwendungsbereich des § 97 Abs 1 AktG hinaus ausdehnen. Die Minderheitsmeinung, die dem Aufsichtsrat nach § 97 Abs 1 AktG ein Vertretungsmonopol zuerkennen möchte, vermag nicht das Problem zu lösen, dass Geschäfte der Gesellschaft nicht mit Vorstandsmitgliedern, sondern mit diesen nahestehenden oder von ihnen gar kontrollierten Unternehmen und/oder mit nahen Angehörigen von Vorstandsmitgliedern oder von solchen kontrollierten Unternehmen abgeschlossen werden.<sup>33</sup>

Der Aufsichtsrat sollte daher nicht nur Geschäfte der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern seiner Zustimmung unterwerfen, sondern auch Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern nahestehenden oder von Vorstandsmitgliedern kontrollierten Unternehmen (bzw solchen, an denen Vorstandsmitglieder zumindest ein erhebliches Interesse haben) sowie Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Angehörigen von Vorstandsmitgliedern oder solchen Angehörigen nahestehenden Unternehmen. Alternativ (oder zusätzlich) empfiehlt sich die Aufnahme entsprechender Klauseln in die Vorstandsansetzungsverträge.<sup>34</sup> Da es ja nicht so ist, dass Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern stets und unter allen Umständen anrühlich sind, wenn die Gesellschaft dabei von Vorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Anzahl repräsentiert wird, könnte der Aufsichtsrat auch entsprechende Richtlinien aufstellen, bei deren Einhaltung eine Vorlage- und Genehmigungspflicht des Geschäftes nicht besteht. Dies könnte etwa für den Erwerb von Waren der Gesellschaft zu einem festen Markt- oder Börsenpreis gelten. Rechtstechnisch wäre dies durch Statuierung entsprechender Ausnahmen in dem auf § 95 Abs 5 letzter Satz AktG gestützten Erweiterungsbeschluss umzusetzen.

### III. Zustimmungsvorbehalte und konzernweite Umsetzung

#### 1. Problem

§ 95 Abs 5 AktG gilt grundsätzlich für den Aufsichtsrat der AG und nicht einfach für den Konzern, dessen Spitze die AG mög-

<sup>25</sup> So *Schiemer*, AktG<sup>2</sup> (1986) § 97 Anm 2.1.; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, 257 FN 107; *Reich-Rohrwig*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern? WBl 1987, 299; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 30l Rz 1 (explizit auch zu § 97 Abs 1 AktG); *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>2</sup>, §§ 95 – 97 Rz 71.

<sup>26</sup> So *Cernicky*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2002, 179 (182); *Kals in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG, § 97 Rz 7 f.

<sup>27</sup> So auch explizit *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 30l Rz 1.

<sup>28</sup> Die Bestimmung war ursprünglich in § 247 dHGB 1897 geregelt und wurde als § 97 in das deutsche AktG 1937 übernommen, das 1938 in Österreich eingeführt wurde. Nach damaliger Rechtslage war völlig klar, dass die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern nicht nur durch den Aufsichtsrat, sondern auch durch den Vorstand vertreten werden konnte (für alle *Habersack* in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 112 Rz 1; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG<sup>4</sup>, § 112 Rz 1 f). Während § 112 dAktG nunmehr die ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates klarstellt und gegenüber der alten Rechtslage als eine bewusste inhaltliche Neuregelung gesehen wird (vgl *Obermüller/Werner/Winden*, AktG 1965 [1965] 68; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG<sup>4</sup>, § 112 Rz 3), übernahm der österreichische Gesetzgeber im AktG 1965 die Regelung aus dem austriifizierten deutschen AktG 1937 (vgl zu dieser auch *Schlegelberger/Quassowski*, AktG [1937] § 97 Rz 1 ff; *Godin/Wilhelmi*, AktG<sup>2</sup> [1950] § 97 Anm 2; *Gadow/Heinichen*, AktG [1939] § 97 Anm 3; *dieselben* ebenso in der Folgeauflage [1961] aaO).

<sup>29</sup> So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 30l Rz 1.

<sup>30</sup> *Cernicky*, GesRZ 2002, 182.

<sup>31</sup> *Kals in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG, § 97 Rz 8.

<sup>32</sup> Dagegen kann auch keineswegs eingewendet werden, der Aufsichtsrat unterziehe damit auch Geschäfte, die unter Umständen gar nicht bedeutsam seien, seiner Zustimmung und überschreite so seine durch § 95 Abs 5 AktG gezogenen Kompetenzgrenzen, denn der zitierten Bestimmung ist nicht zu entnehmen, dass der Aufsichtsrat ausnahmslos nur wirtschaftlich-finanziell bedeutsame Geschäfte seiner Zustimmung unterstellen dürfe. Vielmehr geht es bei der durch § 95 Abs 5 letzter Satz AktG erlaubten Erweiterung des Kataloges der genehmigungspflichtigen Geschäfte um eine unternehmensbezogene und die Interessen der Gesellschaft berücksichtigende Vorgangsweise. Geschäfte zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern sind generell zumindest potenziell heikel, weshalb der Aufsichtsrat auch die völlige Kontrolle darüber beanspruchen darf.

<sup>33</sup> Dies ist im Übrigen ein weiteres Argument gegen die Richtigkeit dieser Auffassung, weil die Bejahung des Vertretungsmonopols des Aufsichtsrates eben *per se* mitnichten geeignet ist, eine unbefangene und von Eigeninteressen des Vorstandes freie Vertretung der Gesellschaft sicherzustellen. Hier ist vielmehr erhöhte Kreativität des Aufsichtsrates gefordert.

<sup>34</sup> Vgl dazu die Mustervertragsklausel bei *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> (2006) 202 (Pkt IX Abs 5 des Vorstandsvertrages), die sich *tel quel* auch als Aufsichtsrats-Kompetenzerweiterungsbeschluss iSd § 95 Abs 5 letzter Satz AktG eignet.

licherweise bildet. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft ist nur deren Aufsichtsrat und nicht etwa jener des Konzerns. Sein Kontrolladressat ist daher auch nur der Vorstand der Obergesellschaft, und es sind dies nicht auch die Leitungsorgane von Tochter- und sonstigen nachgeordneten Konzerngesellschaften.<sup>35</sup>

Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft ist demgemäß nur zur Kontrolle des Vorstandes der Konzernobergesellschaft, nicht aber unmittelbar zur Kontrolle der Geschäftsführungen der sonstigen Konzerngesellschaften berufen. Die unmittelbare Überwachung einer konzernabhängigen AG durch den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft ist unzulässig.<sup>36</sup> Auch für konzernabhängige GmbHs gilt dies, wobei hier freilich der Vorstand der Konzernobergesellschaft (bei einer 100%igen Beteiligung) der Generalversammlung und damit dem obersten Organ der Tochter entspricht, was aber noch immer nicht den Aufsichtsrat der Obergesellschaft zur unmittelbaren Kontrolle der Tochter-Geschäftsführung berechtigt.

Die Überwachung von Vorständen von Untergesellschaften hat daher immer über die Überwachung des Vorstandes der Obergesellschaft zu erfolgen.<sup>37</sup>

Vor diesem – an sich weitestgehend unstrittigen – rechtlichen Hintergrund erstaunt auf den ersten Blick, dass der Österreichische Corporate Governance Kodex in einer L-Regel, dh einer solchen, die (zumindest nach Meinung der Kodex-Verfasser) dem Inhalt des Gesetzes entspricht,<sup>38</sup> Folgendes besagt: „Der Aufsichtsrat hat unter Wahrung des Aktiengesetzes den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zu konkretisieren und nach der Größe des Unternehmens passende Betragsgrenzen festzulegen; dies gilt auch für wesentliche konzernrelevante Geschäfte von Tochtergesellschaften.“

In der Tat entspricht es der ganz hM,<sup>39</sup> dass auch bestimmte, konzernrelevante Geschäfte und Maßnahmen in nachgeordneten Konzerngesellschaften der Zustimmung des Aufsichtsrates der Obergesellschaft zu unterziehen sind; ja es wird darüber hinaus vertreten, dass satzungsmäßige oder durch Aufsichtsratsbeschluss festgelegte Zustimmungsvorbehalte, die sich ausdrücklich nur auf die Obergesellschaft beziehen oder jedenfalls nicht ausdrücklich auf die nachgeordneten Gesellschaften, konzernweit auszulegen und demgemäß auf solche Geschäfte und Maßnahmen in Konzerngesellschaften zu erstrecken sind, die besondere Bedeu-

tung für den Konzern und damit auch für die Obergesellschaft aufweisen.<sup>40</sup>

Es ist schwer zu übersehen, dass die oben wiedergegebenen Rechtssätze und – jede für sich weitgehend akzeptierten – Lehrmeinungen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Wenn nämlich einerseits klar ist, dass Adressat der Kontrolle des Aufsichtsrates der Obergesellschaft niemals direkt die Organe von nachgeordneten Gesellschaften sein können (und das Gegenteil lässt sich beim besten Willen nicht schlüssig begründen),<sup>41</sup> andererseits aber der Aufsichtsrat anscheinend gehalten iSv verpflichtet ist, auch erheblich konzernrelevante Geschäfte in nachgeordneten Gesellschaften seiner Zustimmung zu unterwerfen (bzw sogar explizit nicht konzernbezogen formulierte Zustimmungsvorbehalte konzerndimensional ausgelegt werden), stellt sich unweigerlich folgende Frage: Wie bewerkstelligt dies der Aufsichtsrat der Obergesellschaft unter Berücksichtigung unterschiedlicher Rechtsformen, in denen nachgeordnete Gesellschaften organisiert sein können (insb AG oder GmbH), und in Anbetracht des Umstandes, dass es auch um ausländische Tochtergesellschaften gehen kann?

Damit ist es aber noch nicht getan. Die gerade gestellte Frage allein kann das Problem nicht lösen. Vielmehr ist sie durch folgende Frage zu ergänzen: Ist der Vorstand der Obergesellschaft von sich aus verpflichtet, gleichsam in Ausübung einer Konzernleitungsmacht Geschäfte von wesentlicher Konzernrelevanz in nachgeordneten Gesellschaften seiner eigenen Zustimmung zu unterwerfen bzw dafür zu sorgen, dass der Aufsichtsrat der Obergesellschaft (dann in einem notwendigerweise mehrstufigen Prozess; siehe dazu unten Pkt III.4.) seine Zustimmungsbefugnis auszuüben vermag? Und noch prägnanter formuliert: Kann der Aufsichtsrat der Obergesellschaft den Vorstand der Obergesellschaft dazu verpflichten, einen vom Aufsichtsrat der Obergesellschaft definierten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte und Maßnahmen auch in Untergesellschaften so zu implementieren, dass der Aufsichtsrat der Obergesellschaft die Letztentscheidung trifft?

## 2. Pflicht des Aufsichtsrates der Obergesellschaft zur Konzernüberwachung

Schon nach dem bisher Gesagten scheint klar, dass es sich bei der „Konzerndimension“ von Zustimmungsvorbehalten nach § 95 Abs 5 AktG nicht einfach um eine zusätzliche „Option“ des Aufsichtsrates der Obergesellschaft handeln kann, von der dieser nach eigenem Gutdünken Gebrauch machen darf oder nicht.

Wie St. Frotz/Spitznagel<sup>42</sup> zutreffend aufgezeigt haben, sind Unternehmensbeteiligungen – materiell betrachtet – Anlagevermögen der Konzernobergesellschaft, das der Vorstand im Rahmen seiner Geschäftsführung unternehmerisch

<sup>35</sup> Vgl Hoffmann-Becking, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 325 (331); Lutter/Krieger, Aufsichtsrat<sup>5</sup>, Rz 134; Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG, § 95 Rz 31; Eckert/Gassauer-Fleissner, Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Konzern, GeS 2004, 416 (420).

<sup>36</sup> Vgl Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>4</sup>, § 111 Rz 369; Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG, § 95 Rz 32.

<sup>37</sup> Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>4</sup>, § 111 Rz 371.

<sup>38</sup> Diese Technik wurde von den Kodex-Verfassern im Corporate-Governance-Arbeitskreis (zu denen auch der Autor dieses Beitrages zählt) bewusst gewählt und es wurden als L-Regeln nicht nur solche Bestimmungen gekennzeichnet, die quasi wortgleich dem AktG oder einer sonstigen Gesetzesvorschrift entsprechen, sondern auch wichtige Grundsätze, die sich zumindest auf einen sehr breiten Konsens in Lehre und/oder Rspr zu stützen vermögen (vgl zB auch L-Regel 22). Dies ist wegen der spezifischen Informationsfunktion des Kodex, die dieser vor allem auch gegenüber einem nicht spezifisch-juristisch geschulten (und insb auch gegenüber einem ausländischen) Publikum zu erfüllen hat, eine mE sehr sinnvolle Regelungstechnik.

<sup>39</sup> Vgl Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG, § 95 Rz 85; dies in Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/525; Eckert/Gassauer-Fleissner, GeS 2004, 422; St. Frotz/Spitznagel, Zur konzernweiten Wirkung von Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates einer AG, RWZ 2011, 161 (163 ff); aA Schneider, Das Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds einer Holding AG, in FS Kropff (1997) 271 (279 mwN in FN 22).

<sup>40</sup> Vgl Hüffer, AktG<sup>8</sup> (2008) § 111 Rz 16; Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>4</sup>, § 111 Rz 687; Habersack in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 118; Lutter, Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften, in FS Fischer (1979) 419 (431 ff); Hoffmann-Becking in Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV<sup>3</sup> (2007) § 29 Rz 45; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 4/308; Kalls, Leitung und Überwachung im Konzern, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4 (6); etwas skeptisch Eckert/Gassauer-Fleissner, GeS 2004, 425.

<sup>41</sup> So freilich Schneider, Konzernleitung als Rechtsproblem, BB 1981, 249 (252).

<sup>42</sup> St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2011, 161.

zu nutzen hat. Diese Geschäftsführung ist vom Aufsichtsrat der Obergesellschaft zu überwachen, weshalb es keineswegs seinem alleinigen Gutdünken überlassen bleiben darf, ob und inwieweit er sich in der Überwachung des „Konzernvermögens“ engagiert.

Besonders deutlich wird dies bei der Holdinggesellschaft, deren Vorstand nur Unternehmensbeteiligungen verwaltet und keinem operativen Betrieb unmittelbar vorsteht.

Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft ist also verpflichtet, von seiner Konzernüberwachungsaufgabe angemessen Gebrauch zu machen. Die konkrete Ausgestaltung hängt von der Intensität der Konzernleitung<sup>43</sup> ebenso ab wie von der Art des betroffenen Geschäftes und seiner Auswirkung auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns oder der sonstigen Konzernrelevanz (zB bei ganz zentralen Personalmaßnahmen). Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft hat dabei eine gesamthaf-strategische Sichtweise einzunehmen und darf sich nicht in Detailfragen der Untergesellschaften verlieren.<sup>44</sup>

Wie intensiv die Überwachung sein kann und sein muss, hängt im Konzern somit von der Bedeutung des Konzernunternehmens und der Art der Konzernverbindung ab.<sup>45</sup> Grundsätzlich gilt: Je gewichtiger die Beteiligung ist und je stärker der Vorstand auf das Beteiligungsunternehmen Einfluss nehmen kann, umso intensiver hat ihn der Aufsichtsrat der Obergesellschaft dabei zu überwachen. Ob überhaupt ein Konzern vorliegt und die Art und Intensität der Konzernierung gibt jedoch nicht der Aufsichtsrat der Obergesellschaft vor. Man könnte daher fragen, ob die Konzernüberwachungspflicht des Aufsichtsrates der Obergesellschaft nicht nur dann wegfällt, wenn die Einflussmöglichkeit aus bestimmten Gründen<sup>46</sup> gar nicht gegeben ist, sondern auch dann, wenn der Vorstand der Obergesellschaft die nachgeordneten Unternehmen faktisch nicht leitet und letztlich die auch für das österreichische Recht selbst ohne ausdrückliche Statuierung anzunehmenden Abhängigkeits- und Konzernvermutungen<sup>47</sup> gleichsam entkräftet.

Diese Frage ist – vorsichtig – zu verneinen, weil richtiger Ansicht zufolge der Vorstand der Obergesellschaft nicht (völlig) frei darüber entscheiden kann, ob er den Geschäftsführungen/Vorständen der nachgeordneten Konzernunternehmen gleichsam freie Hand lässt oder den Konzern aktiv steuert. Vielmehr trifft den Vorstand der Obergesellschaft mE in gewissem Ausmaß eine Konzernleitungspflicht zumindest in Form der Pflicht, den Konzern in seinen wesentlichen Funktionen zu steuern und zu überwachen, wenn auch nicht einheit-

lich zu leiten.<sup>48</sup> Der Vorstand kann sich daher nicht der Konzernüberwachung des Aufsichtsrates der Obergesellschaft dadurch entziehen, dass er selbst den Konzern nicht entsprechend führt. Unternehmensverträge, wie im gegebenen Zusammenhang zB den gelegentlich vorkommenden „Entherrschungsvertrag“, hat freilich auch der Aufsichtsrat der Obergesellschaft zu beachten. Solche kommen typischerweise ohnehin nicht ohne entweder seine eigene Zustimmung<sup>49</sup> oder gar die der Hauptversammlung zustande.

Aus dem gerade Gesagten folgt zwanglos, dass der Vorstand der Obergesellschaft schon eigeninitiativ dafür zu sorgen hat, entsprechend konzernrelevante Geschäfte und Maßnahmen in nachgeordneten Gesellschaften zunächst seiner eigenen Zustimmung zu unterwerfen. Das kann je nach Rechtsform (und nationaler Herkunft) der betroffenen Konzerngesellschaft einfach bis sehr schwierig sein. Einfach ist es bei einer österreichischen GmbH<sup>50</sup> und ganz einfach bei einer solchen, hinsichtlich derer eine 100-%-Beteiligung besteht. Denn dann gilt ohnehin der ungeschriebene, aber allgemein akzeptierte Grundsatz, dass die Geschäftsführung der GmbH alle über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Geschäfte und Maßnahmen selbst bei Fehlen eines dies anordnenden Geschäftsführungskataloges der Generalversammlung (hier: repräsentiert durch den Vorstand des Alleingesellschafters) vorzulegen hat.<sup>51</sup> Auch bei bloßer Mehrheitsbeteiligung ist der Wille des Mehrheitsgesellschafters der GmbH ein nicht unbeachtlicher Gestaltungsfaktor.<sup>52</sup>

Ist die nachgeordnete Gesellschaft eine (österreichische) AG, kommt dem Vorstand der Obergesellschaft als Repräsentant der Hauptversammlung dagegen ein Zustimmungsrecht allenfalls im Rahmen der auch in Österreich grundsätzlich anerkannten und die Auslagerung zentraler Unternehmensbereiche an die Zustimmung der Hauptversammlung bindenden *Holzmillner*-Rspr des BGH<sup>53</sup> zu. Zustimmungsberechtigt ist aber der Aufsichtsrat der betroffenen Konzerngesellschaft und in diesem kann – und im Lichte des Gesagten muss man klarstellen: muss – der Vorstand der Obergesellschaft für eine angemessene Repräsentanz (gegebenenfalls mit kompetenten Vertrauensleuten) sorgen.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Dazu grundlegend *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982) 43, 72, 165 und 184; *Fleischer*, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, 759 (760); *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 76 Rz 52; für Österreich zB *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/934; *Peter Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, Österreichisches Konzernrecht Rz 60 ff; *Felzl*, Die Leitungsverantwortung des Vorstands im Konzern, *ecolx* 2010, 358, der dies mit dem Schlagwort der „konzernorganisationsrechtlichen Business Judgment Rule“ beschreibt; zuletzt *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 162 f mwN. Die letztgenannten Autoren unterscheiden dabei die konzernweite Planungs- und Steuerungsverantwortung, die konzernweite Organisationsverantwortung, die konzernweite Finanzverantwortung und die konzernweite Informationsverantwortung; keine Äußerung dazu bei *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>2</sup>, § 70 Rz 1 bis 10.

<sup>49</sup> Der Abschluss derartiger Verträge (Beherrschungsverträge, Gewinnabführungsverträge, Entherrschungsverträge udgl) wäre ein typisches und prägnantes Beispiel, wo der Aufsichtsrat der Obergesellschaft mE gehalten ist, den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte über § 95 Abs 5 letzter Satz AktG zu erweitern.

<sup>50</sup> Darauf weisen auch *St. Frotz/Spitznagel* (RWZ 2011, 166) zu Recht hin.

<sup>51</sup> *Peter Doralt*, Geschäftsführer, 273; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 45; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, 287 f; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 30; *G. Schima*, GesRZ 1999, 106 f.

<sup>52</sup> Dazu ausführlich *G. Schima*, GesRZ 1999, 100 ff und 159 ff (Teil I und II).

<sup>53</sup> BGH 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 (133 f), *Holzmillner*, und Folgeresprechung; für Österreich vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/151 und 3/176.

<sup>54</sup> Vgl *St. Frotz/Spitznagel*, RWZ 2011, 161 (166), die freilich mit Recht darauf hinweisen, dass durch solchen Mandatsverbund nicht der Grundsatz aufgehoben wird, wonach der Aufsichtsrat der nachgeordneten Konzerngesellschaft deren Interessen zu vertreten hat und nicht vorrangig jene des Konzerns.

<sup>43</sup> Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 95 Rz 32; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GeS 2004, 422; vgl auch *Hüffer*, AktG<sup>3</sup>, § 111 Rz 10, der freilich eine Konzernleitungspflicht des Vorstandes für Deutschland *de lege lata* ablehnt und daraus folgerichtig auch Konsequenzen für die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates der Obergesellschaft zieht.

<sup>44</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 95 Rz 86.

<sup>45</sup> *Kropff* in *Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup>, § 8 Rz 91.

<sup>46</sup> Hier sind verschiedene Szenarien denkbar: Ein Syndikatsvertrag kann zB auch den Mehrheitsgesellschafter daran hindern, seine Mehrheitsmacht in vollem oder auch nur üblichem Umfang auszuspielen; die Rechtsform oder Nationalität einer nachgeordneten Gesellschaft kann der Konzernleitung Hindernisse in den Weg legen, wenn gleich die Erfahrung zeigt, dass sich multinationale Unternehmensgruppen bei der Steuerung der nachgeordneten Unternehmen kaum je um nationale Gesellschaftsrechte kümmern und die Konzernleitungsmacht typischerweise ganz unabhängig von den Besonderheiten nationaler Rechtsordnungen *de facto* durchgesetzt wird.

<sup>47</sup> Vgl dazu ausführlich *G. Schima*, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des OGH, in FS Peter Doralt (2004) 559 (577 ff mwN).

Damit ist indes noch nicht ganz geklärt, ob der Aufsichtsrat der Obergesellschaft deren Vorstand auch dazu anhalten, also ihm eine Weisung erteilen kann, einen ganz bestimmten (ergänzt sei: sich nur auf ausreichend konzernrelevante Geschäfte beziehenden) Katalog an zustimmungspflichtigen Maßnahmen und Geschäften in den nachgeordneten Gesellschaften zu implementieren. Unmittelbar aus dem Gesetz lässt sich eine solche rechtliche Möglichkeit des Aufsichtsrates der Obergesellschaft nicht ableiten.

Der gerade dargelegten Pflicht des Aufsichtsrates der Obergesellschaft zur Konzernüberwachung muss mE dessen Recht entsprechen, den Vorstand der Obergesellschaft dazu anzuweisen, jene Maßnahmen zu setzen, die den Aufsichtsrat der Obergesellschaft überhaupt in die Lage versetzen, konzernrelevanten Geschäften und Maßnahmen zustimmen oder sie ablehnen zu können.

Die oben erwähnte Verpflichtung des Vorstandes, im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten darauf hinzuwirken, dass das Geschäft vom Vorstand der Tochtergesellschaft erst vorgenommen wird, wenn der Aufsichtsrat der Obergesellschaft zugestimmt hat, wird in der Lehre denn auch sehr weit als „*Handlungsanweisung an den Vorstand zur Durchsetzung des Zustimmungsvorbehalts in abhängigen Unternehmen*“ verstanden.<sup>55</sup>

Der Vorstand der Obergesellschaft kann für die Befolgung dieser Anweisung aus den schon gesagten Gründen freilich keine „Erfolgshaftung“ übernehmen, weil die Umsetzbarkeit sowohl von der Rechtsform als auch der Nationalität der betroffenen Konzerngesellschaften abhängt. Es geht also wiederum darum, dass der Vorstand der Obergesellschaft dort, wo es rechtlich möglich oder faktisch durchsetzbar ist, durch entsprechende Gestaltung (Implementierung eines Geschäftsführungskataloges in der Tochter etc) sicherstellt, dass zunächst der Vorstand der Obergesellschaft vor Durchführung der Maßnahme konsultiert bzw um Zustimmung gefragt werden muss. Dies versetzt den Vorstand der Obergesellschaft sodann in die Lage, in Befolgung des „konzerndimensionalen“ Zustimmungsvorbehalts, den der Aufsichtsrat der Obergesellschaft gesetzt hat, diesen um Zustimmung zu fragen, bevor die Maßnahme endgültig durchgeführt bzw das Geschäft abgeschlossen werden darf.<sup>56</sup>

### 3. Kollision mit der Weisungsfreiheit des Vorstandes?

Die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeiten des Vorstandes (§ 70 Abs 1 AktG) ist ein zentrales Bauprinzip des österreichischen Aktienrechts.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Semler in MünchKomm AktG<sup>2</sup>, § 111 Rz 415; gegenteilig jedoch die Folgeauflage: Habersack in MünchKomm AktG<sup>2</sup>, § 111 Rz 116, 118 und 121, der meint, die konzernweite Implementierung von Zustimmungsvorbehalten durch den Vorstand der Obergesellschaft könne zwar von deren Aufsichtsrat, „nicht initiiert oder gar durchgesetzt“ (Rz 121) werden, aber immerhin einräumt, eine solche Verpflichtung des Vorstandes der Obergesellschaft könne sich abseits von § 111 Abs 4 Satz 2 dAktG „aus anderen Erwägungen ergeben“ (solche leitet Habersack, wie aus Rz 116 deutlich wird, aus § 93 Abs 1 Satz 1 dAktG, also aus der für den Vorstand geltenden Haftungsregelung, ab).

<sup>56</sup> Eckert/Gassauer-Fleissner, GeS 2004, 426; vgl auch Habersack in MünchKomm AktG<sup>2</sup>, § 111 Rz 116 und 120 (dort mwN zur Gegenansicht in FN 320), der zu Recht betont, dass es demgegenüber unzulässig sei, die Ausübung des Stimmrechts von Vorstandsmitgliedern der herrschenden Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder der abhängigen Gesellschaft an die Zustimmung des Aufsichtsrates der herrschenden Gesellschaft zu binden.

<sup>57</sup> Vgl Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>2</sup>, § 70 Rz 1 ff und 10; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 70 Rz 6; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesell-

Das oben bejahte Recht des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft, deren Vorstand dazu anzuweisen, alle Maßnahmen zu treffen, damit Geschäfte von ausreichender Konzernrelevanz auch dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft zur Zustimmung vorgelegt werden müssen, kollidiert richtigerweise nicht mit der in § 70 Abs 1 AktG verankerten Weisungsfreiheit des Vorstandes.<sup>58</sup> Denn mystifizieren darf man diese Weisungsfreiheit auch nicht. Der Verfasser dieses Beitrages hat schon Vorstandsmitglieder erlebt, die allen Ernstes der Meinung waren, der Aufsichtsrat könne ihnen nicht vorschreiben, wie die Unterlagen für die Aufsichtsratssitzung auszusehen bzw zu strukturieren wären, weil es sich bei einer solchen Vorgabe um einen unzulässigen „*Eingriff in die Geschäftsführung*“ handle. Das ist jedoch ein grundlegendes Missverständnis. Denn soweit es um die Ausübung der dem Aufsichtsrat gesetzlich eingeräumten Kontroll- und Überwachungsbefugnisse geht, ist der Aufsichtsrat selbstverständlich dazu befugt, gegenüber dem Vorstand auch Anordnungen zu treffen. Der Aufsichtsrat kann daher natürlich vom Vorstand im Rahmen seiner Prüfbefugnis nach § 95 Abs 3 AktG die erforderlichen Unterlagen herausverlangen und ebenso ist es keine unzulässige Weisung, wenn der Aufsichtsrat den Vorstand beauftragt, eine bestimmte, im Rahmen der Informationspflichten dem Aufsichtsrat zu Verfügung stehende Information in ganz konkreter Form (durch bestimmte Aufbereitung und Gestaltung schriftlicher Unterlagen) zu liefern.

Ähnlich verhält es sich im gegebenen Zusammenhang: Wenn es von der durch zwingendes Recht gestalteten Überwachungspflicht des Aufsichtsrates der Obergesellschaft umfasst ist, Geschäfte von erheblicher Konzernbedeutung zu kontrollieren, muss der Aufsichtsrat auch die erforderlichen Mittel zur Durchsetzung dieser Pflicht in die Hand bekommen. Der Vorstand ist ja dabei nicht der Willkür des Aufsichtsrates ausgeliefert, denn dieser darf nur solche Geschäfte einem „Konzernzustimmungsvorbehalt“ unterziehen, die erhebliche Bedeutung für den Konzern besitzen.<sup>59</sup> Überschreitet der Aufsichtsrat diese Befugnis, kann der Vorstand die Implementierung insoweit ablehnen.

### 4. Abwicklungsprobleme und Gefahren

Nicht verkannt werden soll freilich, dass das bisher Gesagte sich zwar auf einen mehr oder weniger breiten Konsens im aktienrechtlichen Schrifttum stützen kann, die praktische Umsetzung aber nicht bloß auf die schon behandelten Schwierigkeiten stößt, dass eine Einschaltung des Aufsichtsrates der Obergesellschaft an der Rechtsform oder nationalen Herkunft der nachgeordneten Gesellschaft scheitern kann.

Vielmehr wird durch die Involvierung des Aufsichtsrates der Obergesellschaft das Genehmigungsprozedere im Konzern notwendigerweise zusätzlich verkompliziert und damit auch nicht selten entscheidend verlängert. Selbst bei einem

schaftsrecht, Rz 3/317. Die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit sollte insb auch bei der Gestaltung der Anstellungsbedingungen von Vorstandsmitgliedern berücksichtigt werden, weil eine zu starke Knebelung mit Hilfe der zunehmend modern werdenden „Koppelungsklauseln“ und ähnlicher Instrumente in ein unverkennbares Spannungsverhältnis zur Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit gerät (dazu jüngst näher G. Schima, GesRZ 2011, 282).

<sup>58</sup> Gegenteilig Habersack in MünchKomm AktG<sup>2</sup>, § 111 Rz 116, 118 und 121.

<sup>59</sup> Kalss, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 8.

bloß zweistufigen Konzern muss neben der Geschäftsführungsentscheidung in der Tochtergesellschaft neben dem Vorstand der Mutter auch der Aufsichtsrat (oder ein sonstiges Gremium) der Tochter befragt werden, sofern dies vorhanden ist. Die Genehmigung durch den Aufsichtsrat der Obergesellschaft tritt dann noch hinzu. Daraus ergibt sich zwangsläufig und aus praktischer Sicht ein Problem, das man vom GmbH-Aufsichtsrat her kennt: Wenn die Geschäftsführer nachgeordneter Konzerngesellschaften einmal realisiert haben, dass letztlich der Aufsichtsrat der Obergesellschaft die Entscheidung trifft, dann verliert der Aufsichtsrat der Tochter (die unter Umständen ein sehr großes Unternehmen sein kann) leicht entscheidend an Autorität. Im schlimmsten Fall wird der Tochter-Aufsichtsrat gar nicht mehr gefragt, was freilich keine korrekte Vorgangsweise ist und die Vorstandsmitglieder/Geschäftsführer der Tochtergesellschaft auch der Haftung aussetzen kann, weil die Genehmigung durch den Mutter-Aufsichtsrat nicht die ebenso erforderliche Genehmigung durch den Tochter-Aufsichtsrat ersetzt (dazu unten Pkt IV.).<sup>60</sup>

Darüber hinaus besteht aus praktischer Sicht ein anderes Problem: In Unternehmensgruppen ist die Frage, wie nachgeordnete Geschäftsleitungen die jeweils „vorgesetzte Stelle“ informieren und involvieren, nicht immer bis ins Detail schriftlich geregelt. Nicht selten verhält es sich so, dass die Geschäftsleitungen von Konzerngesellschaften den Vorstand der zuständigen Muttergesellschaft (dies muss nicht die Konzernobergesellschaft sein) auch bei Geschäften von vergleichsweise geringer Bedeutung befragen. Bei Implementierung eines Kataloges von der Zustimmung des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft unterliegenden „konzernrelevanten Geschäften“ ist daher sehr darauf zu achten, dass diese Geschäfte nicht mit jenen gleichgeschaltet werden, bei denen die Geschäftsführungen/Vorstände der nachgeordneten Gesellschaften das für sie unmittelbar zuständige Organ (Alleingesellschafter, repräsentiert durch den Vorstand oder sonstiges Gremium) befragen. Denn damit wäre letztlich ein – in Wahrheit gar nicht gewünschter – Verlust an Konzernsteuerungsintensität verbunden anstatt eines Gewinnes.

#### IV. Haftungsrechtliche Fragen für Vorstand und Aufsichtsrat bei der Handhabung von Zustimmungsvorbehalten

Es ist eine Erfahrungstatsache, dass die Mitglieder von Unternehmensleitungsorganen in der Praxis viel eher über formale Fragen „stolpern“, als dass sie jemals für (und seien es auch gravierende) unternehmerische Fehlentscheidungen zur Verantwortung gezogen werden. Pointiert ausgedrückt könnte man sagen, dass selbst Milliarden-Fehlinvestitionen einen Vorstand bei Einhaltung aller formalen Regeln kaum jemals

<sup>60</sup> Was die Reihenfolge der Einholung von Genehmigungen anbelangt, ist korrekterweise zuerst der Aufsichtsrat der nachgeordneten Gesellschaft zu befragen und erst danach der Aufsichtsrat der Obergesellschaft. Darauf sollte gerade Letzterer mE im Eigeninteresse unbedingt dringen. Denn insb in größeren und multinational tätigen Konzernen steht der Aufsichtsrat der Obergesellschaft bei seiner „Konzernüberwachung“ ohnehin vor dem unter Umständen enormen Problem, Einblick in Geschäftsvorgänge gewinnen zu müssen, die sich tausende Kilometer entfernt ereignen (und hinsichtlich derer auch ein Lokalausweis daher nur sehr gelegentlich denkbar ist). Die Befassung und verantwortliche Entscheidung des Tochter-Aufsichtsrates oder eines vergleichbaren Gremiums sollte daher für den Aufsichtsrat der Obergesellschaft mE erhebliche Bedeutung bei der Entscheidungsfindung besitzen und diese typischerweise erleichtern (sofern nicht bereits das Vertrauen erheblich erschüttert ist).

schadenersatzpflichtig machen,<sup>61</sup> wohingegen ein Blumenstrauß auf Unternehmenskosten für die Freundin einem Vorstandsmitglied das sprichwörtliche Genick brechen kann.

Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates nach § 95 Abs 5 AktG gehören diesbezüglich zweifellos zu den „haftungsträchtigen Klippen“ im Leben eines Vorstands. Geht man von der wohl hL und Rspr<sup>62</sup> zur Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung aus, muss man zu folgender Erkenntnis gelangen: Holt der Vorstand die Genehmigung des Aufsichtsrates zu einem genehmigungspflichtigen Geschäft aus von ihm zu vertretenden Gründen<sup>63</sup> nicht ein und führt dieses Geschäft in der Folge zu einem Verlust (also einem „Schaden“ iSd Schadenersatzrechts), dann reicht es, wenn die Gesellschaft die Missachtung des Genehmigungsvorbehaltes und den Schaden nachweist, weil sie damit ein objektiv-sorgfaltswidriges, dh rechtswidriges, Verhalten des Vorstandsmitgliedes und zusätzlich die Existenz eines Schadens belegt hat, der mit dem pflichtwidrigen Verhalten in einem Zurechnungszusammenhang steht.<sup>64</sup> Das Vorstandsmitglied müsste sodann beweisen, dass es dennoch (nämlich bei der Planung, Ausführung und Abwicklung des Geschäftes) die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters beachtet hat (eine *probatio diabolica*) oder dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre (dies bedeutet den – in der Praxis ebenfalls nicht zu erbringenden<sup>65</sup> – Nachweis, dass der Aufsichtsrat im Falle seiner Befassung das Geschäft genauso genehmigt hätte) oder dass dem Vorstandsmitglied die Einhaltung des Sorgfaltsgebotes unverschuldet nicht möglich war.

Dasselbe gilt im Übrigen auch, wenn der Vorstand die Genehmigung des Aufsichtsrates durch eine (vorsätzliche oder auch nur fahrlässige) Fehlinformation erwirkt, von der nach vernünftigem unternehmerischem Ermessen anzuneh-

<sup>61</sup> Ein plastisches Beispiel aus der jüngeren österreichischen Wirtschaftsgeschichte wäre die massive Kostenüberschreitung beim sog „Skylink“ der börsennotierten Flughafen Wien AG, der statt rund 400 Mio Euro nach letztem Stand zirka 770 Mio Euro kosten soll. Hier wurde sogar mit enormem finanziellem Aufwand die fehlende schadenersatzrechtliche Verantwortung der involvierten (aktiven und ehemaligen) Vorstandsmitglieder zu begründen versucht.

<sup>62</sup> Wie uneinheitlich vor allem die Rspr ist, habe ich kürzlich aufzuzeigen versucht; vgl G. Schima, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischen Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts XII (2010) 369 (404 ff mwN). Geradezu gekrönt hat der OGH seinen von mir so bezeichneten Zickzackkurs in puncto Beweislastverteilung kürzlich durch die Entscheidung vom 21.12.2010, 8 Ob 6/10f. Dort heißt es auf S 19 wörtlich: „Die Gesellschaft hat den Schaden dem Grunde und der Höhe nach, die Kausalität, die adäquate Verursachung und die inhaltliche Pflichtwidrigkeit oder die objektive Sorgfaltspflichtverletzung, nicht aber ein Verschulden zu behaupten und zu beweisen. Dem Vorstandsmitglied obliegt dagegen der Beweis, dass sein Verhalten subjektiv nicht sorgfaltswidrig war (RIS-Justiz RS0121916; Strasser, aaO, §§ 77 bis 84 AktG 108 mwN; Reischauer in Rummel, ABGB, § 1298 Rz 4 – 4c, 28).“ Liest man das, gewinnt man den Eindruck, als hätte der OGH noch nie etwas von einer Beweislastumkehr gehört. So wie das Höchstgericht mit der Entscheidung vom 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 (U. Torggler), klar überzog, schwang es mit der E 8 Ob 6/10f das Pendel deutlich zu stark in die Gegenrichtung. Beiden Entscheidungen mangelt es an einer nachvollziehbaren bzw (im zweiten Fall) überhaupt einer Begründung. Für die Praxis ist das im Grunde unerträglich.

<sup>63</sup> Zu denken ist hier an den – nicht leicht, aber doch vorstellbaren – Fall, dass der Genehmigungstatbestand so unklar bzw mehrdeutig formuliert ist, dass der Vorstand entschuldbar davon ausgeht, das Geschäft sei nicht genehmigungspflichtig (vgl G. Schima in *Kals/Künz*, Handbuch, Rz 12/156).

<sup>64</sup> Nach der hM reicht sogar der Nachweis eines potenziell pflichtwidrigen Verhaltens des Vorstandsmitgliedes durch die Gesellschaft (vgl erstmals OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, eoclex 1998, 774 [zustimmend Reich-Rohrwig]).

<sup>65</sup> Selbst in jenen Fällen, in denen der Vorstand darauf verweisen kann, dass es sich beim Aufsichtsrat um ein reines „Abnicker-Gremium“ gehandelt habe, wird die Vernehmung einzelner Aufsichtsratsmitglieder nach menschlichem Ermessen kaum dazu führen, dass diese vor Gericht bestätigen, sie hätten das Geschäft anstandslos genehmigt. Im Übrigen ist mE fraglich, ob der Vorstand, wenn der Nachweis der faktiven Genehmigung misslingt, den Freibeweis durch Darlegung sorgfaltskonformer Ausführung überhaupt noch führen darf.

men ist, dass die korrekte Information auf die Genehmigung von Einfluss hätte sein können.<sup>66</sup>

Dass eine erteilte Zustimmung des Aufsichtsrates den Vorstand nicht schlechthin von einer Haftung für genehmigte Geschäfte befreit (und es dafür nicht genügt, dass die Genehmigung nicht „erschlichen“ wurde), ist unstrittig. Zu verkennen ist aber nicht, dass die Aufsichtsratsgenehmigung für den Vorstand zumindest faktisch einen recht guten Schutz bedeutet. Denn die Erfahrung zeigt (und dies ist zumindest menschlich verständlich), dass Aufsichtsräte bei von ihnen genehmigten Geschäften wesentlich mehr Hemmungen haben, schadenersatzrechtlich gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder vorzugehen als bei nicht genehmigten (oder gar nicht genehmigungspflichtigen) Transaktionen. Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass der Aufsichtsrat im Falle der erteilten Genehmigung in einem Schadenersatzverfahren einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist und beklagte Vorstandsmitglieder in solchen Fällen typischerweise zum Mittel der Streitverkündung an die Aufsichtsratsmitglieder greifen.<sup>67</sup>

Dieser Umstand führt gelegentlich sogar dazu, dass Vorstände den Aufsichtsrat über den durch § 95 Abs 5 AktG bzw die Satzung oder allenfalls erweiternde Aufsichtsratsbeschlüsse gezogenen Rahmen hinaus in den Abschluss von Geschäften involvieren, also den Aufsichtsrat auch in solchen Fällen

vorher fragen, in denen ein Genehmigungsvorbehalt gar nicht besteht. Die damit verfolgte Strategie ist die der Gewinnung einer Art „Haftpflichtversicherung“.<sup>68</sup> Rechtlich ist zwar klar zwischen der vom Vorstand vor der Fällung einer Geschäftsführungsentscheidung geschuldeten Prüfungsintensität und der primär in einer Plausibilitätsprüfung bestehenden Kontrollpflicht des Aufsichtsrates bei Wahrnehmung seiner Befugnisse nach § 95 Abs 5 AktG zu unterscheiden; durch die Erwirkung der Aufsichtsratszustimmung holt der Vorstand den Aufsichtsrat aber gleichsam prophylaktisch ins selbe Boot.

Oben wurde bereits angedeutet, dass die Implementierung von „Konzern-Zustimmungsvorbehalten“ in Umsetzung der Aufsichtsrat und Vorstand der Obergesellschaft treffenden Pflicht zur Konzernkontrolle und Konzernleitung nicht bedeutet, dass Aufsichtsräte nachgeordneter Konzerngesellschaften damit *de iure* entmachtet werden. Holt der Vorstand der Untergesellschaft im Bewusstsein, letztlich entscheide ohnehin alles der Aufsichtsrat der Obergesellschaft, von vornherein die Zustimmung seines eigenen Aufsichtsrates nicht ein, handelt er pflichtwidrig. Denn die Erteilung einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Obergesellschaft ersetzt richtigerweise nicht die nötige Zustimmung des Aufsichtsrates der Untergesellschaft. Das Verhältnis der beiden Aufsichtsräte ist also nicht jenem von Generalversammlung und Aufsichtsrat in ein und derselben GmbH vergleichbar, wo die Generalversammlung nach weitgehend einhelliger Meinung Aufsichtsratsentscheidungen (lautend auf Zustimmung oder Ablehnung eines genehmigungspflichtigen Geschäftes) auch durch eine eigene Entscheidung konterkarieren kann.<sup>69</sup>

Der die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates der Untergesellschaft missachtende Vorstand könnte daher im Verlustfalle trotz erteilter Zustimmung des Aufsichtsrates der Obergesellschaft (und je nach Machtverhältnissen) vor demselben Problem stehen wie jeder Vorstand, der in einer – isoliert dastehenden – AG den Aufsichtsrat vor der Durchführung eines zustimmungspflichtigen (und sich in der Folge als Verlustfall entpuppenden) Geschäftes nicht befragt.

<sup>66</sup> Erklärt der Vorstand also dem Aufsichtsrat iZm einem beantragten Investitionsprojekt, dass die (für das Projekt bedeutsame) Flächenumwidmung bereits durchgeführt wurde, obwohl das nicht zutrifft, genehmigt der Aufsichtsrat darauf das Projekt und entpuppt sich dieses in der Folge als Verlustgeschäft, kann der Vorstand mE nicht nur dann haften, wenn das Scheitern des Projektes gar nicht darauf zurückzuführen war, dass die Flächenumwidmung nicht durchgeführt wurde oder diese sogar tatsächlich zustande kam, sondern auch wenn die Investition aus anderen Gründen ein Misserfolg wurde. Denn auch bei einer solchen Konstellation steht die vom Vorstand begangene Pflichtwidrigkeit in einem Zurechnungszusammenhang mit dem eingetretenen Schaden und genügt die Gesellschaft daher zunächst ihrer Behauptungs- und Beweislast. Die Pflicht zur korrekten Information des Aufsichtsrates bei der Beantragung genehmigungsbedürftiger Geschäfte zielt zweifellos auch darauf ab, die Gesellschaft vor Verlusten und Fehlinvestitionen zu bewahren (woran es nichts ändert, dass der Prüfungsmaßstab des Aufsichtsrates nach § 95 Abs 5 AktG ein deutlich oberflächlicherer als der des Vorstandes ist). Der Nachweis des Vorstandes, dass der Aufsichtsrat die Investition auch bei korrekter Information genehmigt hätte (keine Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten), wird im angeführten Beispiel allenfalls dann gelingen können, wenn der Vorstand nachweisen kann, dass die Umwidmung im Beschlusszeitpunkt mit sehr hoher oder an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorstand und der Aufsichtsrat auch bei wahrheitsgemäßer Schilderung dieser Tatsache die Genehmigung erteilt hätte. Demgegenüber steht dem Vorstand nach wohl herrschender, aber nicht unproblematischer Ansicht (insb dann, wenn die Umwidmung zustande kam oder das Projekt nicht wegen deren Unterbleiben ein Misserfolg wurde) der – freilich sehr schwer zu führende – Nachweis offen, dass bei der Vorbereitung und Abwicklung des Projektes sonst (dh abgesehen von der Fehlinformation) die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters eingehalten wurde.

<sup>67</sup> Die Argumentation dafür ist idR recht einfach: Der Aufsichtsrat habe von der Transaktion vor Abschluss im Detail Kenntnis gehabt, sei umfassend und nach bestem Wissen und Gewissen informiert worden. Wenn die Mitglieder des Vorstandes dennoch hafteten, dann wäre diese Haftung im Hinblick auf § 84 Abs 2 iVm § 99 AktG und § 1302 Satz 2 ABGB (mangels Bestimmbarkeit der Schadensanteile) eine solidarische, die bei tatsächlicher Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern gem § 896 ABGB den Regress auf die Aufsichtsratsmitglieder ermögliche.

<sup>68</sup> Man denke zB an den – betrachtet man die Rspr insb auch der Strafgerichte – wohl risikoträchtigen Fall von Geschäften überhaupt, nämlich die Gewährung von Krediten durch Banken. Mitglieder eines Kreditausschusses im Aufsichtsrat, die ohnehin die gefährlichste Tätigkeit ausüben, die für ein Kontrollgremium denkbar ist, sollten sich vehement dagegen wehren, vom Vorstand sogar mit Krediten „beheligt“ zu werden, die gar nicht ausschusspflichtig sind.

<sup>69</sup> Vgl Hügél, Aufsichtsratsveto und Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, GesRZ 1982, 305 (312); Kastner, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht, GesRZ 1982, 213 (215); Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 385 (FN 139) und 406 f; Wümsch, GmbHG, § 30j Rz 91; Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 28; Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 30j Rz 20; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, 713 f; G. Schima, GesRZ 1999, 112.



**Chini/Oppitz**  
2011, 1.360 Seiten, Ln.  
ISBN 978-3-7073-1086-3  
EUR 298,-

## Praxisorientierte Kommentierung

Experten des Bankrechts bringen diese komplexe Materie in einer **übersichtlichen und praxisorientierten Darstellung** auf den aktuellen Stand und fassen diese in einem Band zusammen.