

ÜBERWACHUNGSPFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS IM KONZERN

In den letzten beiden Jahren hatte sich der OGH zweimal mit den Sorgfaltspflichten und der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern zu befassen.¹⁾ Wenn die Haftung auch in beiden Fällen verneint wurde, ist doch eine erhebliche Sensibilisierung zu bemerken – was muss ein Aufsichtsrat tun, um seine Aufgabe gut zu erfüllen und der Haftung zu entgehen? Im vorliegenden Beitrag wird versucht, die Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder in Bezug auf Beteiligungs- und Konzerngesellschaften auszuleuchten.

GEORG ECKERT / CHRISTIAN GASSAUER-FLEISSNER

1. Einleitung

Gerade die rechtliche Segmentierung und Aufteilung der Unternehmen in Konzerngesellschaften bietet nicht nur Vorteile, sondern auch erhebliche Herausforderungen für die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats: Die Vorgänge in den Tochtergesellschaften sind diesem nicht mehr unmittelbar zugänglich, der Konzern kann zum Mittel für „manipulatives Versteckspiel“²⁾ werden. Zudem werden die Entscheidungs- und Kontrollabläufe mit zunehmender Verschachtelung komplizierter und vor allem zeitaufwendiger.

2. Aufgaben des Aufsichtsrats im Allgemeinen

Als zentrale Aufgaben³⁾ des Aufsichtsrats werden (i) Personalhoheit über den Vorstand, dh Auswahl und Abberufung der Vorstandsmitglieder, (ii) Überwachung der Geschäfts-

führung des Vorstands, (iii) Mitentscheidung in bestimmten – durch Gesetz, Satzung und Aufsichtsratsbeschluss festgelegten – Angelegenheiten, (iv) strategische Begleitung und Beratung des Vorstands angesehen.⁴⁾

Die Aufgaben des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder werden seit annähernd 150 Jahren immer wieder – wellenartig und als Reaktion auf große Unternehmenskrisen und –zusammenbrüche – diskutiert.⁵⁾ Die gesetzlichen Aufgaben wurden in diesen eineinhalb Jahrhunderten zwar immer wieder neu akzentuiert, die Idee daran ist aber im Kern die gleiche wie nach dem Allgemeinen Handelsgesetzbuch von 1861.⁶⁾ Konzept ist die Delegation gerade der wesentlichsten Eigentümerkompetenzen – Auswahl und Überwachung des Managements, Mitentscheidung in wesentlichen Angele-

1) OGH GesRZ 2002, 86; OGH 8 Ob 262/02s; s auch die E EvBl 1974/4, deren Sorgfaltsmaßstäbe in der Lit kritisiert wurde; s Semler, AG 1983, 84; Kastner in FS Strasser 843, 848; Heidinger, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat in der GmbH (1988) 151 f; s aber auch Frotz, ÖZW 1978, 51. Die Kritik richtete sich gegen die Aussage des OGH, (jedes) Aufsichtsratsmitglied habe – über eine Mindestqualifikation hinaus – die Fähigkeit mitzubringen, komplexe wirtschaftliche und rechtliche Vorgänge in dem Unternehmen zu beurteilen. Daran wurde insb kritisiert, dass der Aufsichtsrat als Ganzes – nicht jedes einzelne Mitglied – dies Fähigkeit aufweisen müsse. Jedes einzelne Mitglied muss daher nicht unbedingt alle Fähigkeiten mitbringen, die dafür erforderlich sind; es muss aber darauf schauen, dass der Aufsichtsrat insgesamt die erforderliche Qualifikation aufweist, s Kalss in Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 63, 71 ff.

2) So die Formulierung von Martens, ZHR 159 (1995), 570.

3) Auf Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum AktG § 95 Rn 3 ff, 6 ff.

4) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum AktG § 95 Rn 6; Kalss in Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 63, 70 f; Lutter, ZHR 1995, 287, 289; Lutter in Sadowski (Hrsg), FS Albach 226, 230.

5) Eine erste Welle der Diskussion lässt sich in den 1870er Jahren im Gefolge des Börsenkrachs 1873 feststellen, s etwa Wiener/Goldschmidt/Behrend, Gutachten zur Aktienreform 78; die nächste intensive Diskussion fand im Zusammenhang mit der Leipziger Bankenkrise um die Jahrhundertwende statt (sog Aufsichtsratsfrage), s dazu Kalss in Wundsam-FS

519, 533; Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung des Aktienrechts 210 ff; Assmann in Großkomm AktG Einl Rn 117; Wiethölter, Interessen 288, 75, 295 ff; s ferner die Diskussion am 26. und 27. DJT ##; s im weiteren die Diskussion in der Weimarer Republik und im Vorfeld des AktG 1937, etwa Lehmann, GA 34. DJT (1926) 262 f, 298 ff, 300 f und dazu Hein, ZHR 166 (2002) 473; die nächste Welle kam Ende der 1970er, Anfang der 80er Jahre – in Österreich besonders nach dem AKH-Skandal – und schließlich die aktuelle Diskussion der „Corporate Governance“. Die Diskussionen haben teilweise unterschiedliche Schwerpunkte, ähneln sich im Kern aber sehr. Umso mehr muss es überraschen, dass die jeweiligen „Wellen“ kaum aufeinander Bezug nehmen; s zu einer ähnlichen Beobachtung im GmbH-Recht Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004 in Druck).

6) Nach dem AHGB war der Aufsichtsrat nicht obligatorisch, sondern fakultativ, weil die Aktiengesellschaft konzessionspflichtig war und eine bedarfsgerechte Ausgestaltung der Unternehmensverfassung im Einzelfall der Konzessionsbehörde überlassen wurde, s Kalss in Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 63, 65 f; s a Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung des Aktienrechts 269. Als mit der Aktienrechtsnovelle 1870 im deutschen Reich die Konzessionspflicht aufgehoben wurde, wurde der Aufsichtsrat – gerade als „Ersatz“ für den Wegfall des Konzessionssystems – dort als obligatorisches Gesellschaftsorgan etabliert und im Zuge der Novelle 1884 stärker gesetzlich determiniert. Die heutige Stellung in der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft erlangte der Aufsichtsrat im wesentlichen durch das AktG 1937, das in Österreich 1938 eingeführt

genheiten – in der Aktiengesellschaft mit zersplittertem Anteilsbesitz, bei der wegen der großen Zahl der Aktionäre ein Kontrolldefizit besteht.⁷⁾ Die Tätigkeit des Aufsichtsrats ist somit – soweit die Kompetenzen reichen – eine unternehmerische Aufgabe und nicht das bloße Abarbeiten eines – noch so zisierten – Pflichtenkatalogs. Das Verständnis des Aufsichtsrats von seinen Aufgaben und die Wahrnehmung seiner Pflichten müssen und können zugleich die Methodik unternehmerischer Entscheidungsfindung inklusive der systemimmanenten Inkaufnahme unternehmerischen Risikos berücksichtigen. Dabei ist – vor allem ex post⁸⁾ – zu bedenken, dass die Chance auf wirtschaftlichen Erfolg nicht selten das Eingehen von Risiko in einem Ausmaß verlangt und auch rechtfertigt, das aus der Sicht nicht unternehmerisch tätiger Personen nicht unbedingt eingegangen würde.⁹⁾

Im Folgenden wird die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats näher beleuchtet, worunter auch seine Mitentscheidungsrechte und seine Beratungsfunktion zu verstehen sind¹⁰⁾, und die mit der Personalhoheit in engem Zusammenhang steht. In den letzten Jahrzehnten wurden die Aufgaben des Aufsichtsrats – im Einklang mit der histori-

schen Grundidee – statt einer vergangenheitsbezogenen, revidierenden Tätigkeit in Richtung einer zukunftsbezogenen, begleitenden Beratung, Überwachung, und Kontrolle neu akzentuiert.¹¹⁾ Gefordert ist eine begleitende Überwachung, die aus der Nähe zum Geschehen rechtzeitig die nötigen Informationen schöpft, die Geschehnisse rechtzeitig beurteilen kann und den Aufsichtsrat in die Lage versetzt, rechtzeitig geeignete Maßnahmen zu ergreifen.

Die Intensität der Überwachung richtet sich danach, was nach der Situation des gesellschaftlichen Unternehmens jeweils geboten ist (abgestufte Überwachungspflicht).¹²⁾ Gehen die Geschäfte gut und besteht keine außergewöhnliche Situation, kann sich der Aufsichtsrat im Wesentlichen auf die Kenntnisnahme der Regelberichte und der Abschlüsse sowie der Beratung und Unterstützung des Vorstands in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung beschränken.¹³⁾ Wenn sich die Lage des Unternehmens zu verschlechtern droht oder der Vorstand seinen Aufgaben nicht mehr vollständig gerecht wird, intensiviert sich die Aufgabe des Aufsichtsrats zur *unterstützenden Überwachung*, der Aufsichtsrat muss den Dialog mit dem Vorstand intensiviere-

und durch die Novellengesetzgebung weiter ausgestaltet wurde. Die zwingende gesetzliche Regelung ist auf das Leitbild einer börsennotierten Publikumsgesellschaft zugeschnitten und wird aus diesem Grund anderen Realtypen nicht immer voll gerecht. Darin liegt der Hauptunterschied zum – im deutschen Sprachraum in der Schweiz geltenden – Verwaltungsratssystem, das den Satzungsverfassern und dem Verwaltungsrat einen breiten Spielraum und hohe Organisationsautonomie lässt, dazu *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Vor § 86 AktG Rn 22 ff. Im Zusammenhang mit der Erarbeitung des österreichischen Ergänzungsgesetzes zur VO über die Europäische Gesellschaft SE wurde in Österreich die Einführung des monistischen Systems, auch den nationalen Aktiengesellschaften die Wahlmöglichkeit des monistischen Systems einzuräumen (*Kalss* aaO Rn 26; *Arlt/Grechenig/Kalss* in *Oplustil/Teichmann*, The SE in Europe (in Druck); *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des Aktienrechts 375 ff, vgl auch *Kastner*, JBl 1990, 547)

7) S zu diesem Konzept *Ballerstedt*, JZ 1951, 486, 493; *Brodmann*, § 246 HGB Anm 5; *Mertens*, Referat zum 51. DJT (1976), P 33; *Müller-Erbach*, Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsbewusster Großaktionäre (1929) 34; *Raiser*, Referat zum 39. DJT, B 57 f; *Roth*, Das Treuhandmodell des Investmentrechts (1972) 314 ff; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I 492 f der Gedanke kommt in § 29 Abs 1 GmbHG deutlich zum Ausdruck, s *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004 in Druck) und die Materialien zum GmbHG ebd § 29 Rn 1. Dabei soll nicht unter den Tisch gekehrt werden, dass der Aufsichtsrat später Sitz der gesellschaftsrechtlichen Mitbestimmung der Arbeitnehmer wurde und heute noch ist zu den gesetzlichen Schritten im einzelnen *Löschnigg*, Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat (1985); *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des Aktienrechts 353 f. Ebenso wenig soll behauptet werden, dass das Konzept des § 70 AktG für den Aufsichtsrat nicht gilt und der Aufsichtsrat gehalten wäre, ausschließlich die Interessen der Anteilseigner zu verfolgen (S zur gläubigerschützenden Funktion des Aufsichtsrats – die gerade auch in der historischen Konzeption des Aufsichtsrats als Ausgleich für den Wegfall des Konzessionssystems eine Rolle spielt – *Kalss*, Der Aufsichtsrats als Hüter der Interessen der Gläubiger, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes (2003) 64, 69; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG vor § 86 Rn 14. *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004 in Druck)). Schließlich ist zu beachten, dass die unternehmerische Initiative nach dem Konzept des Aktiengesetzes beim Vorstand liegt.

8) S zu verhaltenspsychologischen Erkenntnissen, wonach selbst geschulte Personen der Versuchung unterliegen, von einem später aufgetretenen Schaden auf ein vorheriges Fehlverhalten zu schließen („hindsight-bias“) *Fleischer* in *Immenga-FS* (2004) 575, 580; zur Anwendung auf den Sorgfaltsmaßstab von Organmitgliedern *Fleischer* in *Wiedemann-FS* (2002) 827, 832; *Hefermehl/Spindler* in *MünchKomm AktG* § 76 Rn 25.

9) S bereits *Löffler* in *Bartsch/Pollak ##* (zur fahrlässigen Krida).

10) *Kalss* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 69; *Lutter*, Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit, ZHR 159 (1995), 288, 289.

11) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 95 AktG Rn 8; *Kalss* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 63, 69; *Kalss*, NZG 2003, 374, 377; *Nowotny* in *Seicht*, Jahrbuch für Controlling (2000) 209, 218; *Haberer*, Corporate Governance 192 *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 291; *Lutter* in *Sadowski* (Hrg), FS Albach 224; *Schneider* in *Hadding-FS* (2004) 621, 623; s a BGHZ 114, 127; vgl ferner Punkt 22 des österreichischen Corporate-Governance-Kodex; aA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, §§ 95-97 Rn 7; *Tommel*, GesRZ 2002, 21; *Haeseler/Gampe*, Corporate Governance (2002) 63 Dies kommt insbesondere in den gesetzgeberischen Schritten des IRÄG 1982 (gesetzliche Festschreibung der zustimmungspflichtigen Geschäfte in § 95 Abs 5 AktG), und des IRÄG 1997 (Berichterstattung, Vorschlag für die Wahl des Abschlussprüfers), s dazu *Kalss* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 63, 69; *Kalss*, NZG 2003, 374, 377; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 95 AktG Rn 2, 8; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004 in Druck).

12) S *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 95 AktG Rn 17 ff; *Koppensteiner*, GmbHG² § 30j Rn 6; *Hüffer*, AktG § 111 Rn 7; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rn 86 ff; *Semler*, Leitung und Überwachung Rn 231 ff; *Semler* in *MünchKomm AktG* § 116 Rn 120 ff; *Semler*, AG 1983, 141 ff; *Henze*, BB 2000, 214; *Hommelhoff*, FS Stimpel (1985) 603, 612 f; *Steinbeck*, Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft (1992) 92 ff; in der Sache ebenso *Mertens* in *KölnKomm AktG* § 111 Rn 20, der die von *Semler* entwickelte Dreistufung ablehnt, weil sich die Stadien strikt voneinander trennen ließen, was aber ohnehin nicht gemeint ist, s *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 95 AktG Rn 17.

13) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 95 AktG Rn 17; BGHZ 114, 127, 132;

nund der geänderten Situation insb durch einen erweiterten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte Rechnung tragen.¹⁴⁾ Droht eine Unternehmenskrise oder ist diese bereits eingetreten, ist *gestaltende Überwachung* gefragt und gefordert: Der Aufsichtsrat hat den Kontakt mit dem Vorstand weiter zu intensivieren, auch die Frequenz von Sitzungen muss, soweit notwendig, auf eine über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehende Anzahl angehoben werden; allenfalls sind Berichte gem § 95 Abs 2 AktG einzufordern. Die Zustimmungsvorbehalte sind weiter – besonders in Bezug auf Maßnahmen, die geeignet sind, die Liquidität und insgesamt das Überleben des Unternehmens wesentlich zu beeinflussen – zu verschärfen und laufend zu überprüfen, ob der Vorstand seine Aufgabe noch wahrnehmen kann, gegebenenfalls ist der Vorstand oder einzelne Mitglieder auszutauschen.

Auch in einer solchen Krise sind deren Management und Beseitigung allerdings Teil der Geschäftsführungsaufgabe des Vorstandes. Die Rolle des Aufsichtsrates ist auch in einer solchen Situation auf begleitende Beratung, Überwachung und Kontrolle beschränkt; es kommt zu keiner Kompetenzverschiebung. Dem Vorstand bleibt insbesondere das Tagesgeschäft des Krisenmanagements vorbehalten. Trotz Intensivierung des Kontakts mit dem Aufsichtsrat muss – insbesondere in einer Situation, in der Zeit knapp ist – noch genügend Zeit für das Tagesgeschäft des Krisenmanagements bleiben. Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats lässt sich in die drei Stufen Information, Beurteilung und Maßnahmen untergliedern.¹⁵⁾

Auf der ersten Ebene muss der Aufsichtsrat darauf achten, die wesentlichen Informationen zeitgerecht vom Vorstand zu erhalten. Zu dem Zweck stehen ihm die Regelberichte des Vorstands nach § 81 AktG (Jahresbericht mit Vorschaurechnung, Quartalsbericht mit Bezugnahme auf die Vorschaurechnungen), die Sonderberichtspflicht des Vorstands aus wichtigem Grund und bei Umständen, die für die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, dann der Anforderungsbericht nach § 95 Abs 2 AktG und das Überprüfungsrecht nach § 95 Abs 3 zur Verfügung. Wesentliches Informationsmittel des Aufsichtsrats sind ferner der Einzel- und Konzernabschluss. Schließlich ist die Mitentscheidungsbefugnis nach § 95 Abs 5 AktG als ein wichtiges Informationsinstrument zu sehen.¹⁶⁾ In den Angelegenheiten, die durch Gesetz, Satzung oder Aufsichtsratsbeschluss der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen sind, sichert sich der Aufsichtsrat gleichzeitig eine zeitgerechte – weil im vorhinein gelieferte – Information über wichtige Maßnahmen. Auch deshalb hat der Auf-

sichtsrat einen auf die jeweiligen Notwendigkeiten abgestimmten Katalog zu erarbeiten und diesen regelmäßig zu überprüfen und zu aktualisieren.¹⁷⁾

Erhält der Aufsichtsrat die Berichte nach § 81 AktG nicht rechtzeitig oder entspricht die Information nicht dem gesetzlich oder nach der Sachlage geforderten Standard, muss er eine entsprechende Berichterstattung umgehend *einfordern*. Die Vorschaurechnungen sollten einen mehrjährigen Planungshorizont umfassen.¹⁸⁾ Für die Gestaltung der Vorschaurechnungen bestehen keine genauen gesetzlichen Vorgaben, wichtig ist die Eignung der Information für die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats. Nicht die Datenmenge, sondern deren Qualität, Aussagekraft und Übersichtlichkeit ist entscheidend.¹⁹⁾ Der Aufsichtsrat hat den Vorstand nicht nur auf Grundlage der Berichte zu überwachen, sondern auch auf eine taugliche Gestaltung der Information hinzuwirken.

Der Aufsichtsrat kann über die gesetzlich vorgesehenen Berichtstatbestände hinaus Informationspflichten des Vorstands vorsehen. Das gesetzliche Erfordernis eines Sonderberichts kann insofern konkretisiert werden, als der Aufsichtsrat festlegen kann, bei welchen Ereignissen und welchen Kennzahlen *jedenfalls* Bericht zu erstatten ist. Darüber hinaus kann der Aufsichtsrat auch sonst eigene Berichts- und Informationstatbestände schaffen, wenn und soweit dies nach Lage des Falls geboten ist.

Auf der nächsten Stufe muss der Aufsichtsrat die vom Vorstand gebotene Information *beurteilen*, weshalb jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied über bestimmte Mindestqualifikationen (Basiswissen) verfügen muss. Jedes Mitglied muss in der Lage sein, die durch die Rechnungslegung und in den Vorschau- und Vergleichsrechnungen dargebotene Information zu verstehen.²⁰⁾ Schon dieses Grundwissen ist je nach Größe, Branche und Marktposition des Unternehmens abgestuft.²¹⁾ Darüber hinaus muss das Gremium als Ganzes über so viel Spezialwissen verfügen, wie die Überwachung der Geschäftsführung gerade dieses Unternehmens norma-

14) *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 AktG Rn 19.

15) *S Kalss* in Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes 63, 78.

16) *Jud*, ÖBA 1993, 773.

17) Zur diesbezüglichen Pflicht des Aufsichtsrats OGH GesRZ 2001, 46; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss § 95 AktG Rn 81; s a *Jud*, ÖBA 1993, 773, 783.

18) *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 81 AktG Rn 5.

19) *S Egger*, RWZ 1997, 327; *Geist* in Achatz/Jabornegg/Karollus, Aktuelle Probleme 121.

20) OGH GesRZ 2001, 86. Der Aufsichtsrat ist aber nicht verpflichtet, die Rechnungslegung nach dem Abschlussprüfer noch einmal umfassend zu prüfen, OGH 8 Ob 262/02s.

21) OGH GesRZ 2002, 86.

lerweise erfordert.²²⁾ Fehlt das Basis- und Spezialwissen, macht sich jedes Aufsichtsratsmitglied haftbar (Übernahmefahrlässigkeit). Ist der konkrete Sachverhalt zu komplex und/oder erfordert spezifisches Fachwissen und ist infolgedessen kein Mitglied des Aufsichtsrats in der Lage, die Beurteilung verlässlich vorzunehmen, ist die Beiziehung von *Sachverständigen* das gebotene,²³⁾ wie es nach § 93 Abs 1 allgemein und nach § 95 Abs 3 speziell für die Ausübung des Einsichtsrechts (Sonderprüfung) vorgesehen ist.

Schließlich sind diejenigen *Maßnahmen* zu setzen, die der Aufsichtsrat nach Lage des Falls für erforderlich erachtet. Die Palette reicht von der intensiven Kontaktaufnahme mit dem Vorstand, dessen Beratung und Hilfestellung bei der Ausarbeitung konkreter Maßnahmen, Verschärfung der Informations- und Zustimmungspflichten, Verdeutlichung der Haftungsgefahr und der Gefahr des Verlusts von Ansprüchen aus dem Anstellungsvertrag, Bestellung zusätzlicher Vorstandsmitglieder bis zur Abberufung des Vorstands aus wichtigem Grund und gegebenenfalls der Entlassung von (einzelnen) Vorstandsmitgliedern.²⁴⁾ Die letztgenannten Maßnahmen bleiben dem Aufsichtsrat einer GmbH verwehrt, weil diesem keine Personalkompetenz über die Geschäftsführer zukommt und auch nicht gesellschaftsvertraglich übertragen werden kann.²⁵⁾ Aus diesem Grund bleibt dem Aufsichtsrat einer GmbH nichts anderes übrig, als – alle – Gesellschafter von der Situation zu informieren, damit diese den Geschäftsführer abberufen bzw – wenn der Geschäftsführer selbst Mehrheitsgesellschafter ist oder von der Mehrheit gedeckt wird – die gerichtliche Abberufung des Geschäftsführers beantragen können.

3. Überwachung im Konzern

3.1 Gesetzliche Vorgaben

Das Aktiengesetz geht – entgegen den tatsächlichen Erfahrungen bereits zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung – von einer unverbundenen Aktiengesellschaft aus und bezieht konzernrechtliche Fragestellungen nur am Rande mit ein. Für die hier interessierende Frage der Organpflichten der Obergesellschaft bestehen nur wenige Vorschriften, aus denen sich Anhaltspunkte gewinnen lassen: Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung wie auch die Möglichkeit eines Anforderungsberichts durch den Aufsichtsrat erstrecken sich nicht nur auf das gesellschaftliche Unternehmen, sondern auch auf die *Beziehungen zu Konzernunternehmen* (§ 95 Abs 2 AktG).²⁶⁾ Die Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft an die Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Organe auch verbundener Unternehmen bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats der Gesellschaft, die

die Aktien ausgibt (§ 95 Abs 5 Z 10 AktG). Ansonsten nimmt § 95 Abs 5 AktG nicht auf verbundene Unternehmen Bezug.

3.2 Kein Konzernaufsichtsrat

Trotz der einheitlichen Leitung bleiben die im Konzernverbund zusammengefassten Gesellschaften rechtlich selbständig. Die gesetzliche Organisationsverfassung und im Besonderen die Rechte und Pflichten der Organe bleiben trotz der Konzernierung aufrecht. Der Aufsichtsrat ist nicht „Konzernaufsichtsrat“, er bleibt vielmehr Organ der Obergesellschaft und ist nach Maßgabe des § 70 nur deren Interessen verpflichtet, dh nicht den Interessen der Untergesellschaften und nicht einem „Konzerninteresse“. ²⁷⁾

Daraus folgt zweierlei: Maßstab für alle Maßnahmen des Aufsichtsrats sind nicht die Verhältnisse der einzelnen Gesellschaften, sondern allein die Verhältnisse der Obergesellschaft. Eine Geschäftsführungsmaßnahme, die als Einzelmaßnahme in einer Untergesellschaft aufsichtsratspflichtig wäre oder auch ist, braucht allein deswegen nicht dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft vorgelegt zu werden.²⁸⁾ Die Vorlagepflicht ist vielmehr aus dem Blickwinkel der Obergesellschaft zu beurteilen. Ebenso muss ein Sachverhalt, der in der Untergesellschaft eine Sonderberichtspflicht auslöst, nicht unbedingt auch in der Obergesellschaft sonderberichtspflichtig sein.

22) OGH GesRZ 2002, 86; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 86 AktG Rn 50.

23) OGH EvBl 1978/4.

24) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 95 AktG Rn 20; *Koppensteiner*, *GmbHG*² § 30j Rn 7; *Hügel*, *GesRZ* 1996, 215 ff#.

25) *Aicher* in *Funk*, *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte* 262; *Eckert*, *Abberufung des GmbH-Geschäftsführers* ##; *Geppert*, *GesRZ* 1984, 84; *Kastner*, *Österreichische Landesreferate zum VIII. Kongreß für Rechtsvergleichung in Pescara (1970)*, 89; *Kastner*, *GmbHGesetz-Novelle 1974*, *JB* 1973, 340; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*⁵ (1990) 370; *Kostner/Umfahrer GmbH*⁵ Rn 181; *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht I* Rn 2/68; *Runggaldier/Schima*, *Rechtsstellung von Führungskräften* 77; *Torggler*, *GesRZ* 1974, 5; *Wünsch*, *GesRZ* 1990, 61, 62; *Wünsch*, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, § 15 Anm. 42, § 16 Rn 7; *Wünsch* in *FS Ostheim* 437; wohl auch *Nowotny*, *RdW* 1999, 319; vgl. auch *OLG Wien NZ* 1951, 61 und *SZ* 2/96; aA *Koppensteiner*, *GmbH-Gesetz*² § 15 Rn 14. *De lege ferenda* für die Möglichkeit, dem Aufsichtsrat die Bestellungs- und Abberufungskompetenz zu übertragen: *Kastner*, *Zur Reform der Gesellschaft m. b. H.*, *JB* 1956, 117. Nach der Stammfassung des GmbHG kam dem Aufsichtsrat noch ein Suspendierungsrecht zu, das aber durch die GmbH-Novelle 1980 – gleichzeitig mit der Einführung der Abberufungsklage nach § 16 Abs 2 GmbHG – beseitigt wurde.

26) Der Wortlaut der Bestimmungen erfasst nach früher hM keineswegs alle Vorgänge in den Tochtergesellschaften, erforderlich ist vielmehr eine „Beziehung“. *Rosendorff*, *Das neue Aktienrecht* 410 f; *Klausling*, *Reform des Aktienrechts* 161 ff; *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, § 260a HGB Rn 9.

27) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG* § 95 Rn 31; *Koppensteiner* in *KölnKomm AktG* § 308 Rn 25 (Beherrschungsvertrag); aA *Semler*, *Leitung und Überwachung*² 242.

28) Dazu noch unten ##.

Die zweite Folgerung aus der rechtlichen Selbständigkeit der Untergesellschaft besteht darin, dass das Gegenüber der strategisch-begleitenden Beratung und Überwachung des Aufsichtsrats *nicht* die Organe der Untergesellschaften sind, sondern nur der Vorstand der Obergesellschaft.²⁹⁾ Die gesetzlichen Überwachungsmittel stehen dem Aufsichtsrat nur gegenüber dem Vorstand zu. Ein direkter Zugriff auf die Organe der Untergesellschaften – etwa durch Anforderungsbericht, Anordnung von zustimmungspflichtigen Maßnahmen, Bestellung und Abberufung – ist dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft verwehrt.³⁰⁾ Gegenstand der Aufsichtsrats-tätigkeit ist die Geschäftsführung des Vorstands. Durch diese Mediatisierung der Aufsichtsrats-tätigkeit wird der Entscheidungsablauf verkompliziert und verlangsamt. Eine zustimmungspflichtige Maßnahme, die in einer Einzelgesellschaft vorgenommen werden soll, muss unter Umständen 3 Aufsichtsräte durchlaufen!³¹⁾ Dies ist etwa bei der Auslegung des § 95 Abs 5 ebenso zu bedenken wie bei einer – satzungs- oder beschlussmäßigen – Gestaltung von konzernbezogenen Zustimmungsrechten.

3.3 Konzernleitung durch den Vorstand

Der Vorstand hat den Gesellschaftszweck im Rahmen des Unternehmensgegenstands mit allen Ressourcen der Gesellschaft zu fördern. Dazu gehören auch die Beteiligungen an anderen Rechtsträgern.³²⁾

Die Leitungspflichten des Vorstands richten sich zunächst danach, ob konkret eine „unternehmerische“ oder eine „kapitalistische“ Beteiligung vorliegt.³³⁾ Entscheidend für die Einordnung als unternehmerische oder kapitalistische Beteiligung ist, welcher Zweck mit der Beteiligung verfolgt wurde.³⁴⁾ Dies ist beim Beteiligungserwerb zu dokumentieren. Eine unternehmerische Beteiligung dient unmittelbar der Verfolgung eines sachlich definierten Unternehmensgegenstands, wogegen mit Vermögensanlagen entweder schlicht Kapital veranlagt wird – was eine entsprechende Ermächtigung der Satzung voraussetzt – oder die Verfolgung des Unternehmensgegenstands mittelbar unterstützt wird, etwa im Rahmen der Liquiditätsvorsorge. Kontrollierende Beteiligungen sind jedenfalls als unternehmerisch einzustufen. Bei nicht kontrollierenden, aber auch „nur“ betragsmäßig größeren Beteiligungen ist zu beachten, dass große Pakete als bloße Geldanlage oft nicht dem strategischen Ziel eines Unternehmens entsprechen werden. Auch in diesen Fällen ist daher im Zweifel von einer unternehmerischen Beteiligung auszugehen.³⁵⁾

Bei der Beurteilung der konkreten Leitungspflichten des Vorstands sind vor allem zwei Faktoren zu beachten:

(i) Zum einen leitet der Vorstand den Konzern – ebenso wie das Unternehmen – in seinem unternehmerischen Ermessen. Die Entscheidung, in welcher Form die Konzernleitung ausgeübt und insbesondere, wie straff oder dezentral der Konzern organisiert wird, muss vom Vorstand selbst ausgehen, was die Mitwirkung des Aufsichtsrats – im Rahmen der begleitenden Beratung und Überwachung und insb zustimmungspflichtiger Maßnahmen – selbstverständlich nicht ausschließt. Der Aufsichtsrat hat den Ermessensspielraum des Vorstands zu respektieren. Vertretbare Maßnahmen des Vorstandes auch bei der Gestaltung der Konzernorganisation darf er nicht durch Verweigerung seiner Zustimmung blockieren.³⁶⁾

(ii) Grenzen der Konzernleitung ergeben sich aus den rechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Untergesellschaft, die insb von der Rechtsform, vom Vorhandensein außenstehender Minderheitsgesellschafter, gegebenenfalls auch von der Rechtsordnung der Untergesellschaft abhängen. Die Konzernleitungspflicht findet bei den rechtlich erlaubten Einflussnahmen auf die Untergesellschaft ihre

29) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 95 Rn 31; *Semler*, *Leitung und Überwachung*², Rn 382, 401; *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*⁴ Rn 134; *Krieger*, *Münch HB AG* § 69 Rn 36; *Hoffmann-Becking*, *ZHR* 1995, 331; aA *Schneider*, *BB* 1981, 252.

30) Dem gegenüber sieht Regel 34 ÖCGK über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus (*Hausmaninger/Kletter/Burger*, *Corporate Governance*, Rn 12 zu Regel 34) auch eine Verpflichtung des Konzernaufsichtsrats vor, in seiner GEO Informations- und Berichtspflichten der Vorstände der Tochtergesellschaften zu regeln. Das würde zu einer – vom Gesetz nicht gedeckten – Ausdehnung der Überwachungspflichten des Konzern-AR führen (vgl. *Hausmaninger et al* aaO Rn 13), sodass es auch die in Rn 12 beschriebene Verpflichtung, diese Informations- und Berichtspflichten in den GeOs der Vorstände und Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften zu übernehmen, nicht gibt ##.

31) *S Schneider* in *Hadding-FS* 621, 631.

32) *OGH SZ* 61/260; *Hommelhoff*, *Die Konzernleitungspflicht* 71 ff.

33) *S* dazu *U Schneider*, *GmbH-Konzern* 98 f; *Hommelhoff*, *Die Konzernleitungspflicht* 43 ff.

34) Eine erste Orientierung kann der Unternehmensgegenstand bieten. Neben der allgemeinen „Beteiligungsklausel“ muss eine bloß vermögensverwaltende Beteiligung durch die Satzung gedeckt sein, dh die Vermögensverwaltung muss in der Satzung als Unternehmensgegenstand genannt sein. Eine andere Möglichkeit ist, dass sich die Beteiligung als Annex zu einem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand darstellt, zB weil die Beteiligungen zur Liquiditätsvorsorge benötigt werden. Dabei ist § 1 Abs 1 Z 15 BWG zu beachten, der das gewerbliche Betreiben des Finanzierungsgeschäfts durch Erwerb von Anteilsrechten und deren Weiterveräußerung der Konzessionspflicht nach dem BWG unterwirft; allgemein ist die Vermögensveranlagung bei Banken und Versicherungen gedeckt, s *Hommelhoff*, *Die Konzernleitungspflicht* 47 ff; *Timm*, *Konzernspitze* 95 f; *Bender*, *Bankenbeteiligungen* (1979); *Immenga*, *Beteiligungen von Banken*² (1978). Fehlt die satzungsmäßige Ermächtigung, ist eine vermögensverwaltende Beteiligung unzulässig und es kommen nur unternehmerische Beteiligungen in Betracht.

35) Die genauere Abgrenzung zwischen unternehmerischer und kapitalistischer Beteiligung sei einer eigenen Untersuchung unter vollständiger Einbeziehung betriebswirtschaftlicher Aspekte vorbehalten.

36) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 95 AktG Rn 21; *Kalss* in *Kalss*, *Gläubigerschutz* 63, 83 f; *Heidinger*, *Aufsichtsrat* 289 f. *Schima*, *RdW* 1992, 296.

Grenze. Ist die Untergesellschaft eine Aktiengesellschaft, bleibt den Organen der Untergesellschaft – im faktischen Konzern – der größte Spielraum, § 70 AktG verpflichtet sie auf das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Anteilseigner – dh auch außenstehender Aktionäre – der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesses.³⁷⁾ Diese Ausrichtung des Organhandelns gilt auch für den Aufsichtsrat und insb auch dann, wenn der Vorstand der Obergesellschaft in der Untergesellschaft selbst Organbefugnisse wahrnimmt. Dies hindert ihn aber nicht daran, *auch* die Interessen der Obergesellschaft zu verfolgen, soweit dies seine Pflichten als Organ der Untergesellschaft zulassen.³⁸⁾ § 100 AktG, der die vorsätzliche Ausnützung des Einflusses auf die Organe der Untergesellschaft zum Zweck der Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile verbietet, setzt nur die „unterste“ Grenze der Einflussnahme.³⁹⁾ Die Bestimmung erfasst aber nicht Einflussnahmen, die der Verfolgung *schutzwürdiger Interessen* dienen. Darunter wurde nach früher herrschender Meinung auch das „Konzernwohl“ verstanden,⁴⁰⁾ wovon die jüngere Lehre aber abgerückt ist.⁴¹⁾ Weitere Grenzen ergeben sich aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG.⁴²⁾ Schließlich hängen die Grenzen zulässiger Einflussnahme wesentlich von der Existenz außenstehender Minderheitsaktionäre in der Untergesellschaft ab. In diesem Fall erweitert sich das Verbot der Einlagenrückgewähr, dh eines Vermögensflusses von der Untergesellschaft in die Vermögenssphäre der Obergesellschaft, zu einer umfassenden *Treuebindung* des Mehrheitsaktionärs.⁴³⁾

Ist die Untergesellschaft eine GmbH, werden die Einflussmöglichkeiten ebenfalls wesentlich durch das Vorhandensein außenstehender Minderheitsgesellschafter determiniert: Gibt es außenstehende Gesellschafter, verhindert die Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern eine Orientierung der Einflussnahme ausschließlich am Interesse der Obergesellschaft. Bei 100 % Tochter-GmbHs besteht keine vergleichbare Einschränkung, zu beachten ist jedenfalls aber – ebenso wie bei der AG – das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG.

Wieweit der Vorstand verpflichtet ist, seine Einflussmöglichkeiten im Rahmen des rechtlich zulässigen auch auszuüben, ist umstritten.⁴⁴⁾ Nach einer Auffassung ist der Vorstand verpflichtet, die Grundsätze der Unternehmenspolitik der Untergesellschaften im Rahmen des Zulässigen zu beeinflussen.⁴⁵⁾ Der Vorstand sei verpflichtet, die Geschäftsführung der Untergesellschaften zu kontrollieren⁴⁶⁾ und darüber hinaus auch aktiv in die Geschäftspolitik einzugreifen.⁴⁷⁾ Nach der Gegenauffassung besteht eine solche Pflicht

nicht.⁴⁸⁾ Eine vermittelnde Auffassung betont das *Leitungsermessens* des Vorstands auch bei der Konzernführung.⁴⁹⁾ Der Vorstand sei nicht unbedingt zu einer *einheitlichen Leitung*, aber zur Ausübung von Konzernführungsfunktionen verpflichtet.⁵⁰⁾ Die Frage kann wohl nicht allgemein, sondern nur nach Lage des Falles beantwortet werden.⁵¹⁾ Dies wird zunächst davon abhängen, ob eine unternehmerische oder nur eine vermögensveranlagende Beteiligung vorliegt; andererseits davon, ob – im Rahmen des zulässigen Ermessungsspielraumes (siehe oben) – eine zentralistische oder eine dezentrale Organisationsform gewählt wurde.

Mittel der Konzernleitung ist nicht notwendigerweise – wie bei der Leitung des Unternehmens der Obergesellschaft – die unmittelbare Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse, vielmehr die Wahrnehmung der Eigentümerrechte in den Untergesellschaften. Werden jedoch in einer Beteili-

37) Doralt/Diregger in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernR Rn 53.

38) Doralt/Diregger in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernR Rn 54; Lutter in Fischer-FS 428.

39) Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 47a Rn 31; Doralt in MünchKomm AktG § 52 6AktG Rn ##; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, § 100, 101 AktG.

40) S etwa Schlegelberger/Quassowski, AktG³ § 101 Rn 9; s weiters Amtliche Begründung in Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung des Aktienrechts § 100, 101 Rn .

41) Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht 241; Doralt in MünchKommAktG § 15 Rn 50; Doralt/Diregger in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernR Rn 54; Kalss in MünchKomm AktG § 117 Rn 89; Thöni, eolex 1994, 231 ff; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, § 100, 101 AktG Rn 20; Strasser in Jabornegg/Strasser, § 100, 101 Rn 17; s bereits Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm AktG² § 101 Rn 8; s a Saurer, Management-Buyout 99 f; Krejci, ÖZW 1988, 65, 69 f.

42) Doralt/Diregger in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernR Rn 55, 73.

43) Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, § 47a AktG Rn 26 ff und Rn 48 zur Schadenersatzpflicht; für die GmbH U Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (1996); zum Nichtbestehen von Treuepflichten in der Einpersonengesellschaften s etwa Kropff, Bancheilungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in FS Kastner II (1992) 279, 293 f; M Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988) 197; s zu möglichen Haftungsfolgen „existenzvernichtender Eingriffe nur Röhrich, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz, in BGH-FS (2000) 83.

44) Dafür etwa Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht; dagegen Hüffer, AktG § 76 Rn 17a; aus der Diskussion vgl weiters Götz, ZGR 1998, 526; Koppensteiner in KölnKomm AktG Vorb § 291 Rn 30; Kropff, ZGR 1984, 116; Martens in FS Heinsius 531; Mertens in KölnKomm AktG § 76 Rn 54 f; Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt (1996), 29 ff; Rieger in Peltzer-FS (2001), 346; Rittner, AcP 183 (1983), 307 ff; Reh binder, ZHR 147 (1983), 467 ff; Semler in Kastner-FS II 404 ff; LG Hannover AG 1977, 198, 200;

45) Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht 43 ff; 72, 165 ff; 184 ff; Kropff, ZGR 1984; Timm, Konzernspitze 95 f; Schneider, BB 1981, 253 .

46) OGH SZ 61/260.

47) Martens, ZHR 159 (1995), 572.

48) Hüffer, AktG § 76 Rn ; Mertens in KölnKomm § 76 Rn 54 aE, je mwN.

49) Doralt/Diregger in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernR Rn 59; Semler in MünchKomm AktG § 111 Rn 229; Semler, Leitung und Überwachung Rn 270; Semler in Kastner FS II 404 ff.

50) Semler in MünchKomm AktG § 111 Rn 229 ff.

51) Doralt/Diregger in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernR Rn 59 ff.

gungsgesellschaft Organbefugnisse wahrgenommen, ist dies zugleich auch Geschäftsführung für die Obergesellschaft.⁵²⁾ Die Wahrnehmung von Organbefugnissen in den Untergesellschaften kann die Entscheidungsabläufe im Gesamtkonzern vereinfachen: Je weniger Personen in einen Entscheidungsprozess eingebunden sind, desto schneller und einfacher läuft die Entscheidungsfindung ab. Teilweise wird deshalb sogar von einer Pflicht des Vorstands ausgegangen, in den Aufsichtsorganen wichtiger Tochtergesellschaften präsent zu sein.⁵³⁾ Eine solche Pflicht kann sich aber nicht auf alle Tochtergesellschaften in gleicher Weise beziehen, vielmehr kommt es auf die Wichtigkeit der Tochter für die Obergesellschaft an: Bei Gesellschaften, die für die Rentabilität und Liquidität des Gesamtkonzerns und damit der Obergesellschaft von entscheidender Bedeutung sind, sind strengere Maßstäbe anzulegen.

Gesichert und durch die Judikatur anerkannt ist die Verpflichtung des Vorstands, den gesamten Konzern zu überwachen.⁵⁴⁾ Dazu gehört nicht nur die Konzernrechnungslegung, sondern auch die Einrichtung eines konzernweiten Internen Kontrollsystems, dh eines den gesamten Konzern umfassenden Dokumentations- und Berichtswesens.⁵⁵⁾

4. Konzernbezogene Pflichten des Aufsichtsrats

Die Ausübung von Beteiligungsrechten der Gesellschaft ist Gegenstand der Geschäftsführung durch den Vorstand. Daher erstreckt sich auch die Beratungs- und Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nicht nur auf das gesellschaftliche Unternehmen, sondern auch auf die Ausübung der Konzernleitung und -überwachung durch den Vorstand.⁵⁶⁾ Die Diskussion um die Konzernleitungspflicht des Vorstands ist zumindest insofern von geringerer Bedeutung, als die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats spätestens dort beginnt, wo der Vorstand die Konzernleitung tatsächlich ausübt.⁵⁷⁾ In diesem Bereich gilt nichts anderes als für die Überwachung von Geschäftsführungsmaßnahmen in der Einzelgesellschaft. Der Umfang der konzernbezogenen Aufsichtspflicht ist – ebenso wie der Aufgabenkreis des Konzernvorstandes – auch davon abhängig, ob eine unternehmerische oder eine bloß „kapitalistische“ Beteiligung vorliegt und ob der Konzern zentralistisch geleitet ist oder nicht: Hat der Vorstand der Obergesellschaft einen direkten und maßgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Untergesellschaften, sind die Überwachungspflichten intensiver als bei selbständigeren Untergesellschaften und/oder solchen mit eigenem funktionierendem eigenen Überwachungssystem.⁵⁸⁾

Darüber hinausgehend muss sich der Aufsichtsrat aber bereits um die Entscheidung des Vorstands kümmern, ob und

in welchem Umfang dieser die Konzernleitung ausübt. Die liegt zwar im unternehmerischen Ermessen des Vorstands,⁵⁹⁾ dies schließt eine Einbindung des Aufsichtsrats aber – wie gesagt – nicht aus.

Die Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats erstreckt sich nicht auf die gesamte Tätigkeit des Vorstands und insbesondere nicht auf das Tagesgeschäft. Vielmehr hat er sein Augenmerk auf die Leitungstätigkeit des Vorstands zu richten.⁶⁰⁾ Dies gilt auch im Konzern. Nicht jede Maßnahme in den Untergesellschaften, (so wie auch nicht jede Maßnahme in der Obergesellschaft), hat den Aufsichtsrat zu beschäftigen, vielmehr ist auf die Bedeutung für die Obergesellschaft – und nicht der einzelnen Beteiligungsgesellschaft – zu achten. Die Kriterien für die Beurteilung der Bedeutsamkeit liefert das Gesetz in § 81, wonach bei Umständen, die für die *Rentabilität* und *Liquidität* der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, ein Sonderbericht zu erstatten und der Aufsichtsrat einzubeziehen ist. Mit der Rentabilität und der Liquidität sind die zwei wesentlichen Faktoren angesprochen.⁶¹⁾ Die Rentabilität erfasst – aus Sicht der Anteilseigner – das wesentliche Ziel der Unternehmung, nämlich die Erzielung einer risikoadäquaten Gesamtkapitalrendite.⁶²⁾ Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass die wesentlichen Investitionsentscheidungen diesem Erfordernis gerecht werden. Voraussetzung für die Verfolgung

52) S OGH SZ 61/260; *Lutter* in Fischer-FS 427.

53) *Martens*, ZHR 159 (1995), 572. Dies wird durch § 86 erhärtet, wonach Aufsichtsratssitze zur Wahrung der Interessen eines konzernverbundenen Unternehmens bei der Beschränkung der Aufsichtsratssitze nur einmal zu zählen sind. Damit soll der Konzernspitze die Möglichkeit zur Konzernleitung gegeben werden, s EBRV 734 BeilNR XX. GP, 63, abgedr bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des Aktienrechts § 86 Rn 8.

54) OGH SZ 61/260.

55) *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 82 AktG Rn 3; *Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG IX/1, ÖKonzernRn 61

56) *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 AktG Rn 34; *Koppensteiner*, GmbHG § 30j Rn 4; *Reich-Rohrwig*, I Rn 4/308; *Lutter* in Fischer-FS425; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, §§ 95-97 Rn # ; *M Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats 328; *Straube*, GesRZ 1982, 153 #.

57) S *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 Rn 32; *Kalss* in MünchKomm AktG § 111 Rn 476; *Doralt/Diregger* in MünchKommAktG IX/1, ÖKonzernRn 61; *Hüffer*, AktG § 111 Rn 10; *Mertens* in KölnKomm AktG § 111 Rn 23.

58) *Martens*, ZHR 159 (1995), 570.

59) *Semler* in Kastner-FS II 404 f; *Mertens* in KölnKomm AktG § 111 Rn 23 f.

60) *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 AktG Rn 21; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rn 4/307; s aber *Strasser* in Jabornegg/Strasser, § 95 Rn 8; *Nitsche* in Krejci-FS 763; *Hüffer*, AktG5 § 111 Rn 3; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats4 Rn 63; *Semler*, Leitung und Überwachung² § 65 Rn 111; *Boujong*, AG 1995, 203.

61) *Koppensteiner*, GmbHG² § 30j Rn 1; vgl ferner *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 Rn 34; *Lutter* in Fischer-FS 425 ff; *Henze*, BB 2000 214.

62) S etwa *Brealey/Myers*, Principles of Corporate Finance 91 ff. Freilich wird nicht verkannt, dass darauf allein nicht abgestellt werden kann. Es gibt viele Situationen, in denen eine solche abstrakt betrachtete risikoadäquate Gesamtkapitalrendite objektiv nicht (mehr) erzielbar ist.

dieses und aller anderen denkbaren Unternehmensziele ist das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens, womit die Liquidität angesprochen ist. Hierin liegt die zweite wesentliche Aufgabe: Dispositionen müssen so aufeinander abgestimmt geplant werden, dass die Liquidität des Unternehmens zu jedem Zeitpunkt mit hoher Wahrscheinlichkeit gesichert ist.⁶³⁾ Aus diesem Grund nennt § 81 Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität von erheblicher Bedeutung sind, als Tatbestände eines Sonderberichts an den Aufsichtsrat. Die Aufgabe des Aufsichtsrats beginnt aber selbstverständlich früher und nicht erst bei Vorliegen dieser Tatbestände.

Ebenso wie dem Vorstand bei Ausübung seiner Leitungstätigkeit unternehmerisches Ermessen zukommt, steht es im Ermessen des Aufsichtsrats, wie er seine Überwachungstätigkeit ausübt und welche Mittel er dabei anwendet.⁶⁴⁾ Insbesondere liegt es – innerhalb des gesetzlichen Rahmens – im Ermessen des Aufsichtsrats, wie viel Spielraum er dem Vorstand lässt und wie intensiv er seine eigene Mitwirkung bei unternehmerischen Entscheidungen gestaltet. Der Spielraum schrumpft in der Krise des Unternehmens.

Für den Aufsichtsrat der Konzernspitze gilt im Grundsatz nichts anderes als für den Aufsichtsrat einer Untergesellschaft,⁶⁵⁾ jedoch angepasst auf die Verhältnisse der – und die Relevanz für die – Obergesellschaft.

5. Mittel der Konzernüberwachung

5.1 Information

Die wesentlichen Informationsmittel des Aufsichtsrats wurden bereits genannt: Rechnungslegung, Regelberichte und Sonderberichte nach § 81, Anforderungsberichte nach § 95 Abs 2 und das Überprüfungsrecht nach § 95 Abs 3.

Auf der Ebene der Rechnungslegung berücksichtigt das HGB Konzernsachverhalte in Gestalt der Konzernrechnungslegung. Der Konzernabschluss soll die Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten, die aufgrund des Einflusses der Muttergesellschaft auf die Gestaltung der Einzelabschlüsse der Tochtergesellschaften bestehen – zB Gewinnerschöpfung, Eigenkapitalschöpfung, buchmäßige Realisierung stiller Reserven, Gewinnthesaurierung in Tochtergesellschaften⁶⁶⁾ – ausgleichen und eine bessere Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage des Konzerns ermöglichen.⁶⁷⁾

Der Aufsichtsrat hat den Konzernabschluss zu prüfen und der Hauptversammlung darüber zu berichten.⁶⁸⁾ Dies ergibt

sich gerade aus der Pflicht des Aufsichtsrats, die gesamte Geschäftsführung des Vorstands – und daher auch seine Konzernleitung – zu überwachen.⁶⁹⁾

Das Informationsmittel des Konzernabschlusses steht dann nicht zur Verfügung, wenn die Größenkriterien des § 246 HGB nicht erfüllt sind. Die Satzung oder der Aufsichtsrat können aber anordnen, dass die Gesellschaft – trotz Nichterfüllung der Größenkriterien – einen Konzernabschluss aufzustellen hat.

Als weiteres Informationsmittel steht dem Aufsichtsrat die Regelberichterstattung in Form der Jahres- und Quartalsberichte nach § 81 AktG zur Verfügung. Die Bestimmung bezieht die Berichterstattung über Konzernunternehmen nicht ausdrücklich mit ein und spricht nur vom „Unternehmen“. Die Pflicht zu Regelberichterstattung bezieht sich dennoch auch auf Konzerngesellschaften,⁷⁰⁾ die je nach Wichtigkeit für die Obergesellschaft nach den oben dargestellten Kriterien einzubeziehen sind; insgesamt muss eine Information über den Gesamtkonzern geboten werden; dies gilt insbesondere für die Vorschau- und Vergleichsrechnungen.⁷¹⁾ Die Berichterstattung hat einerseits den gesamten Konzern darzustellen, andererseits kann es sinnvoll und sogar unentbehrlich sein, für einzelne Geschäftsbereiche oder Regionen *gesonderte* Planungen vorzulegen. Der Planungshorizont sollte nicht nur das nächste Geschäftsjahr umfassen – wie dies gesetzlich als Mindestmaß vorgegeben ist – sondern einen mehrjährigen Zeitraum einbeziehen. Die Art der Darstellung sollte insgesamt so gewählt werden, dass eine sinnvolle Überwachung – insb durch Vergleich mit wichtigen Konkurrenzunternehmen (*benchmarking*) – möglich ist. Der Auf-

63) Franke/Hax, Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt 100 f.

64) OGH GesRZ 2002, 86; Kalss, in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 AktG Rn 23; Koppensteiner, GmbHG² § 33 Rz 2; Reich-Rohrwig, GmbHG I² Rn 4/488.

65) Siehe dazu oben ##.

66) Vgl dazu Egger/Samer, Der Jahresabschluss nach dem HGB II 1 ff.

67) Diese zusätzliche Information ist umso notwendiger, als Veränderungen des Vermögens von Tochtergesellschaften nach HGB im Einzelabschluss der Muttergesellschaft nur im Rahmen des Beteiligungsansatzes nach dem Vorsichts- und Niederstwertprinzip Berücksichtigung finden. Im Konzernabschluss werden alle Positionen der Einzelabschlüsse, die auf Geschäftsvorfälle innerhalb des Konzerns zurückzuführen sind, eliminiert (Eigenkapital-, Schulden-, Ertrags- und Aufwandskonsolidierung) und die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns wie in einem einheitlichen Unternehmen dargestellt. Vgl

68) Gelter/Haberer, GesRZ 2001, 169 ff; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, § 96 Rn 17 ff; zum deutschen Recht vor dem KonTraG Schulze-Osterloh, ZIP 1998, 2132; Feddersen, AG 2000, 387; aA wohl (zum österreichischen Recht) Sterl, SWK 2001, 655 f.

69) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, § 96 AktG Rn 18.

70) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, § 81 AktG Rn 5.

71) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, § 81 AktG Rn 5; Kalss in MünchKommAktG § 90 Rn 65.

sichtsrat wird dem Vorstand wohl nicht alle Details der Gliederung vorgeben können, dennoch hat er sich – gemeinsam mit dem Vorstand – mit der zweckmäßigen Gestaltung der Berichte auseinander zu setzen und zu prüfen, ob die gewählte Darstellung die nötigen Informationen liefert. In der Geschäftsordnung sollte (i) klargestellt werden, inwieweit sich die Berichterstattung auf Konzernunternehmen zu erstrecken hat, (ii) ein mehrjähriger Planungshorizont und (iii) die wesentlichen Gliederungsgesichtspunkte – zB gesonderte Berichterstattung für einzelne Konzerngesellschaften oder Sparten – vorgegeben werden.

Bei wichtigem Anlass und insbesondere bei Umständen, die für Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, ist dem Aufsichtsratsvorsitzenden unverzüglich zu berichten. Das Gesetz bezieht sich wieder nicht ausdrücklich auf Vorgänge in Tochtergesellschaften, was wieder nicht bedeutet, dass diese nicht der Berichtspflicht unterliegen. Dies sollte in der Geschäftsordnung für den Vorstand klargestellt werden. Auch der Sonderberichtstatbestand ist an den Verhältnissen der Obergesellschaft zu messen – dh *deren* Rentabilität und Liquidität ist entscheidend. Sinnvollerweise wird der Aufsichtsrat die unscharfen Tatbestände in der Geschäftsordnung konkretisieren, zB durch Festlegung prozentueller Abweichungen von Plan Kennzahlen.⁷²⁾ Für die Konkretisierung der Berichtstatbestände kann es – ebenso wie bei den Regelberichten – sinnvoll sein, auch spartenbezogene oder regionale Kennzahlen festzulegen.

Jede Konkretisierung des Sonderberichtstatbestands kann und soll dem Vorstand nicht die Aufgabe abnehmen, bei wichtigen Umständen, die in den Vorgaben nicht berücksichtigt worden sind, sofort Bericht zu erstatten. Dies ist in der Geschäftsordnung klarzustellen.

Insgesamt kann und soll der Aufsichtsrat dafür sorgen, dass er auch in Bezug auf Konzernunternehmen so mit Informationen versorgt wird, dass er entsprechend der konkreten Ausgestaltung des Konzerns seinen Aufgaben nachkommen kann. Freilich stellt sich die praktische Frage, wie der Vorstand diesen Informationspflichten nachkommen, dh wie er sich die Informationen verschaffen soll. Bei GmbH-Tochterunternehmen kann dies – wegen des Auskunftsanspruchs jedes Gesellschafters – im Regelfall kein Problem sein. Bei Einpersonen-AGs ist die Frage eher theoretisch. Immerhin stellt sich allgemein die Frage, wie sich das Informationsbedürfnis des Vorstands und Aufsichtsrats der Obergesellschaft zum *Verschwiegenheitsgebot* der Organe der Untergesellschaft (§§ 84, 99 AktG) verhält. Dazu wird in der Literatur

vertreten, dass das Verschwiegenheitsgebot insofern durchbrochen ist, als es zur Konzernüberwachung erforderlich ist.⁷³⁾

5.2 Zustimmungsvorbehalte

5.2.1 Der gesetzliche Katalog, seine analoge Anwendung und Ergänzung durch den Aufsichtsrat

§ 95 Abs 5 AktG gibt dem Aufsichtsrat ein wichtiges Instrument zur Kontrolle und Mitentscheidung an die Hand. Abs 5 zählt eine Reihe von Maßnahmen auf, die der Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vornehmen darf. Der Katalog kann – gegebenenfalls: muss – durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluss erweitert und konkretisiert werden. Die Vorschrift ist Angelpunkt sowohl der Teilhabe des Aufsichtsrats an der Leitung des Unternehmens als auch seiner präventiven Überwachung. Im Bereich dieser Geschäfte müssen die unternehmerischen Vorstellungen von Vorstand *und* Aufsichtsrat bei einer konkreten Maßnahme übereinstimmen.⁷⁴⁾ Gemeint sind nicht bloß „Geschäfte“ im rechtsgeschäftlichen Sinn, vielmehr alles, was zur Geschäftsführung gehört,⁷⁵⁾ etwa auch die Wahrnehmung von Organbefugnissen in Untergesellschaften (etwa als Aufsichtsratsmitglied).⁷⁶⁾

Ein Zustimmungserfordernis nach § 95 Abs 5 kann zunächst bereits auf Grund des Gesetzes bestehen, wenn eine konkrete Maßnahme einen gesetzlich aufgezählten Tatbestand erfüllt. Der gesetzliche Katalog nimmt freilich meist nicht ausdrücklich auf verbundene Unternehmen Bezug. In Z 1 ist der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen und der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen. Eine Beteiligung im Sinn dieser Bestimmung liegt vor, wenn sie dazu bestimmt ist, dauernd dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine Verbindung zu dem Unternehmen der Beteiligungsgesellschaft zu dienen (Verweis auf § 228 HGB). Bei einer 20 % - Beteiligung wird dies widerleglich vermutet. Z 1 erfasst auch Anteilserwerb und -aufgabe im Weg eines Umgründungsvorgangs, etwa Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung.⁷⁷⁾ Von den weiteren Tatbestän-

72) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, § 81 AktG Rn 7.

73) Lutter, Information und Vertraulichkeit 28 ff, 34 ff; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss § 99 Rn 32; Mertens in Kölner Komm AktG § 116 Rn 48; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rn 276.

74) Lutter in Fischer-FS 422.

75) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rn 83; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 §§95-97 Rn 37; Lutter in Fischer-FS 422; Schneider in Hadding-FS 621, 630

76) Lutter in Fischer-FS 427.

77) Stern, RdW 1999, 308 ff.

den nimmt nur Z 11 ausdrücklich auf verbundene Unternehmen Bezug (Einräumung von Aktienoptionen an die Organe verbundener Unternehmen).

Nach einigen Stimmen in der Literatur bedeutet der auf die Einzelgesellschaft zugeschnittene Gesetzeswortlaut nicht unbedingt, dass Maßnahmen in Tochtergesellschaften nicht auch schon kraft Gesetzes der Zustimmungspflicht unterworfen sein können. Vielmehr sei es eine Frage der Auslegung der gesetzlichen Klausel, ob sich die Zustimmungspflicht auch auf Maßnahmen in Beteiligungsgesellschaften bezieht.⁷⁸⁾ So bezieht Abs 5 Z 1 – neben dem Erwerb und der Veräußerung von Beteiligung – den Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen in die Zustimmungspflicht ein. Der Gesetzeswortlaut erfasst aber nur Unternehmen der Gesellschaft, nicht auch die Unternehmen von Tochtergesellschaften. Trotzdem sei die Zustimmungspflicht auch auf die Unternehmen von Tochtergesellschaften analog anzuwenden.⁷⁹⁾

Der gesetzliche Katalog sollte jedoch *nicht* 1:1 auf Tochtergesellschaften umgelegt werden. Nicht jede Maßnahme, die in der Untergesellschaft auf Grund des gesetzlichen Katalogs aufsichtsratspflichtig ist bzw wäre, muss deswegen automatisch auch der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats der Obergesellschaft unterworfen sein.⁸⁰⁾ Mit dem gesetzlichen Katalog wollte der Gesetzgeber des IRÄG 1982 den Aufsichtsrat stärker einbinden und nahm diejenigen zustimmungspflichtigen Geschäfte auf, die normaler- und üblicherweise in den Satzungen österreichischer Aktiengesellschaften enthalten waren. Der Katalog ist deshalb schematisch⁸¹⁾ und nicht für jede Gesellschaft gleich geeignet. Eher ungeeignet und auch nicht konzipiert ist der Katalog für Konzerngesellschaften. Für ein „alleinstehendes“ Unternehmen hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, dass sich der Aufsichtsrat uU mit Angelegenheiten befassen muss, die eigentlich dem Tagesgeschäft zugehören und konzeptuell allein Sache des Vorstands sind. Im – insbesondere mehrstufigen – Konzern wäre jedes zustimmungspflichtige Geschäft über mehrere Ebenen an den Aufsichtsrat der Konzernspitze heranzutragen, was eine maßgebliche Belastung für die Organisation darstellt und zudem zeitaufwendig ist. Der Aufsichtsrat sollte die Zeit haben, sich mit den für die Obergesellschaft wichtigen Fragen zu befassen und die anderen Fragen anderen Personen überlassen dürfen.

Exemplarisch zeigt sich dies an der Bestellung von Prokuristen (§ 95 Abs 5 Z 11). Zweck der Regelung ist nicht nur die unbeschränkbare Vertretungsmacht des Prokuristen, sondern auch der Gedanke, dass der Aufsichtsrat auch bei

Mitgliedern der „2. Führungsebene“ eingebunden werden soll. Im Konzern kann dies aber nicht bedeuten, dass der Aufsichtsrat auch der Ernennung von Prokuristen der Tochter- und Enkelgesellschaften zustimmen muss. Wenn die „dritte Enkelgesellschaft von links“ einen Prokuristen bestellt, braucht dies nicht alle übergeordneten Aufsichtsräte zu interessieren.

Das Beispiel mit dem Prokuristen zeigt, dass der Katalog jedenfalls nicht schematisch auf alle Vorgänge in Tochtergesellschaften umgelegt werden darf. Das Beispiel zeigt aber auch, dass der gesetzliche Katalog gerade für den Konzern lückenhaft ist: Die Bestellung von Organmitgliedern von Tochtergesellschaften wäre eine wichtigere Frage als die Bestellung von deren Prokuristen, ist im Katalog aber nicht erwähnt. Sicherlich kann der Gedanke der Mitwirkung bei der Besetzung von Führungspositionen unterhalb der Vorstandsebene, wie er in § 95 Abs 5 Z 11 zum Ausdruck kommt, auf den Konzern umgelegt werden. Die Frage ist nur, ob dies zur analogen Anwendung der Bestimmung führt – mit dem Ergebnis, dass schon *kraft Gesetzes* eine Zustimmungspflicht besteht – oder ob der *Aufsichtsrat* die Pflicht hat, die Bestellung von Organmitgliedern durch Beschluss seiner Zustimmung zu unterwerfen. Die beiden Lösungsmöglichkeiten führen zu einer unterschiedlichen *Verteilung der Verantwortlichkeiten*. In der ersten Variante ist es der Vorstand, der sich überlegen muss, ob die Maßnahme in der Tochtergesellschaft dem gesetzlichen, auf die Einzelgesellschaft zugeschnittenen Katalog entspricht. Die zweite Variante bürdet dem Aufsichtsrat die Aufgabe auf, einen entsprechenden, auf den jeweiligen Konzern zugeschnittenen Katalog zu erarbeiten.

Der zweiten Auslegung ist der Vorzug zu geben. Der gesetzliche Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte soll nicht eine abschließende „safe-harbour-rule“⁸²⁾ für den Aufsichtsrat abgeben, sondern eine Leitlinie für die durchschnittliche Gesellschaft. Lücken in diesem Katalog liegen in der Natur der Sache und führen zu der – auch für die Einzelgesellschaft – anerkannten Pflicht des Aufsichtsrats, den gesetzlichen Katalog zu ergänzen und fortzuschreiben.⁸³⁾ Dabei hat sich der Aufsichtsrat an den jeweiligen Notwendigkeiten der *konkreten* Gesellschaft und Konzerns und deren

78) Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rn 4/308; Stern, RdW 1999, 309.

79) Stern, RdW 1999, 308 ff. Auch das wird aber zumindest von der Art der Beteiligung abhängen.

80) AA offenbar Stern, RdW 1999, 308 ff.

81) Kastner, GesRZ 1982, 214; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 95–97 Rn 47.

82) So Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 AktG Rn 82.

83) S bereits oben ##.

konkreter Situation zu orientieren. Dies ist ein wesentlicher Bestandteil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, bei deren Ausfüllung auch ein Überwachungsermessen besteht. Diese Aufgabe kann dem Aufsichtsrat nicht durch analoge Anwendung des gesetzlichen Katalogs abgenommen werden.

Ergebnis: Der gesetzliche Katalog ist auf Maßnahmen in Untergesellschaften grundsätzlich *nicht* analog anzuwenden. Dies bedeutet nicht, dass die gesetzliche Auflistung für die Überwachung im Konzern ohne Bedeutung wäre. Vielmehr bildete der Katalog eine Leitlinie und Hilfestellung für den Aufsichtsrat, einen „maßgeschneiderten“ Katalog auszuarbeiten. Dabei ist die jeweilige Maßnahme aus dem Blickwinkel der Obergesellschaft zu beurteilen – nicht die Relevanz für die Tochtergesellschaft, sondern die Auswirkungen auf die Muttergesellschaft sind für die Etablierung von Zustimmungsvorbehalten maßgeblich.

Der gesetzliche Katalog ist daher durch Satzung und/oder Aufsichtsratsbeschluss zu erweitern; der Aufsichtsrat hat die Pflicht, den Katalog zu ergänzen, zu verfeinern und auf die jeweiligen Notwendigkeiten abzustimmen,⁸⁴⁾ wovon auch – gerade in Bezug auf Konzernsachverhalte – Regel 35 des österreichischen Corporate-Governance-Kodex ausgeht: Der Aufsichtsrat habe wesentliche konzernrelevante Geschäfte seiner Zustimmung zu unterwerfen; dabei handelt es sich um ein „legal requirement“, dh der Kodex schreibt geltendes Recht fest.⁸⁵⁾ Insgesamt hat der Aufsichtsrat alle Maßnahmen, die für die Rentabilität und Liquidität der Obergesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, seiner Zustimmung zu unterwerfen. Maßgeblich ist auch hier wieder nicht die Relevanz für die Tochtergesellschaft, sondern vielmehr für die Obergesellschaft,⁸⁶⁾ dh nicht jede in der Untergesellschaft aufsichtsratspflichtige Maßnahme muss auch in der Obergesellschaft dem Aufsichtsrat vorgelegt werden. Zu empfehlen ist etwa, die Besetzung von Führungspositionen in den Untergesellschaften als zustimmungspflichtige Maßnahme festzuschreiben.⁸⁷⁾ Der Katalog ist auf die jeweils aktuellen Notwendigkeiten abzustimmen und regelmäßig zu aktualisieren, insb in der Krise des Unter-

nehmens bzw des Konzerns sind straffere Vorgaben zu machen.⁸⁸⁾

Beispielsweise wird es empfehlenswert sein, die Budgetplanung des Vorstands – die nach § 81 im Rahmen des Jahresberichts dem Aufsichtsrat vorzulegen ist – der Zustimmung des Aufsichtsrats zu unterwerfen. Das gleiche gilt für mittelfristige Produktions-, Absatz-, Ertrags-, Finanz-, Investitions- und Personalplanung und die entsprechenden Rechnungen.⁸⁹⁾

5.2.2 Praktische Handhabung der Zustimmungsvorbehalte

Das Gegenüber des Aufsichtsrats der Obergesellschaft ist – wie dargestellt – der Vorstand der Obergesellschaft und nicht die Organe der Untergesellschaft, die die Maßnahme tatsächlich vornehmen. Die Organe der Untergesellschaft sind nicht direkt an die Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft gebunden. Der Vorstand der Obergesellschaft muss daher dafür Sorge tragen, dass die zustimmungspflichtigen Geschäfte wieder nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden, sodass er die Frage wieder an den eigenen Aufsichtsrat herantragen kann. Auch in diesem Zusammenhang ist jedoch Ausgangspunkt für den Katalog die im Ermessungsspielraum des Vorstandes liegende Organisationsstruktur des Konzerns.

Ist die Untergesellschaft eine GmbH, bereitet dies keine Probleme. Ist sie eine AG, muss der Vorstand – soweit es ihm möglich ist – gegebenenfalls dafür sorgen, dass die Maßnahme etwa an die Zustimmung des Aufsichtsrats der Untergesellschaft gebunden wird und seinen Einfluss auf die Entscheidung des Aufsichtsrats ausnützen, etwa indem er selbst ein Aufsichtsratsmandat in der Untergesellschaft hat und dies entsprechend ausübt. In diesem Fall kann er freilich auch in Konflikt mit seinen Pflichten als Organ der Untergesellschaft geraten, denen er vorrangig Rechnung tragen muss, dh die rechtliche Bindung an die Entscheidung des Aufsichtsrats besteht nur insoweit, als der Vorstand als Organ der Untergesellschaft nicht verpflichtet ist, die Maßnahme vorzunehmen.⁹⁰⁾

**Kompakt-Info über Gesetzgebung,
Rechtsprechung & Literatur?!**

www.jus-extra.at



84) OGH EvBl 1978/4; Kastner, GesRZ 1982, 215 ; Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance, Regel 35 Rn 7; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, § 95 Rn 79 ff; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 §§ 95–97 Rn 48.

85) Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance Regel 35 Rn 1.

86) Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance Regel 35 Rn 16.

87) Mertens in KölnKomm AktG § 111 Rn 23; Martens, ZHR 159 (1995), 577; Semler in MünchKomm AktG § 111 Rn 239.

88) Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance Regel 35 Rn 13.

89) Lutter, ZHR 159 (1995), 292.

90) Lutter in Fischer-FS (1979) 430 f.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Der Vorstand ist zur Konzernleitung verpflichtet. Die Verpflichtung zur Unternehmensplanung, -kontrolle und -koordinierung ist bei rechtlicher Selbstständigkeit einzelner Unternehmensglieder insoweit eingeschränkt, als sich rechtliche Schranken der Einflussnahme (Interesse der Untergesellschaft) ergeben. Die Schaffung der Konzernstruktur und Art und Umfang der Ausübung der Leitung liegen im Ermessen des Vorstands der Obergesellschaft.
2. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft ist in diese Aufgaben eingebunden, stets jedoch primär begleitend überwachend und kontrollierend.
3. Gegenstand der Tätigkeit des Aufsichtsrates der Obergesellschaft ist, was für diese bedeutsam ist; auf die Verhältnisse einzelner Untergesellschaften kommt es nur mittelbar – dh soweit eine Auswirkung auf die Obergesellschaft besteht – an.
4. Auch dem Vorstand der Obergesellschaft kommt bei der Wahrung seiner Leitungsbefugnisse ein Ermessensspielraum zu; ebenso dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft bei der Ausübung seiner Tätigkeit.

