

#### 1.6.5.4 Treuepflicht

Wie der Vorstand haben auch die Aufsichtsratsmitglieder bei Ausübung ihrer Tätigkeit das **Wohl des Unternehmens** zu berücksichtigen.

##### ÖCGK-Regel #44 (L)

- [...] Aufsichtsratsmitglieder dürfen bei ihren Entscheidungen keine eigenen Interessen oder die ihnen nahe stehender Personen oder nahe stehender Unternehmen verfolgen, die im Widerspruch zu den Interessen des Unternehmens stehen, oder Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, an sich ziehen.

#### 1.6.5.5 Konkurrenzverbot

Grundsätzlich sieht das Gesetz für Aufsichtsratsmitglieder kein Konkurrenzverbot vor. Wird dem Aufsichtsrat ein Interessenskonflikt bewusst, muss er diesen unverzüglich dem Aufsichtsratsvorsitzenden melden (der Vorsitzende meldet an seinen ersten Stellvertreter). Das Wahrnehmen von Geschäftschancen ist nur dann erlaubt, wenn es der Gesellschaft nicht schadet und nicht durch Betriebsgeheimnisse ermöglicht wurde.

##### ÖCGK-Regel #45 (C)

- Aufsichtsratsmitglieder dürfen keine Organfunktionen in anderen Gesellschaften wahrnehmen, die zum Unternehmen in Wettbewerb stehen.

##### ÖCGK-Regel #46 (C)

- Geraten Aufsichtsratsmitglieder in Interessenskonflikte, haben sie dies unverzüglich dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats offen zu legen. Gerät der Vorsitzende in Interessenskonflikte, hat er dies unverzüglich seinem Stellvertreter offen zu legen.

#### 1.6.5.6 Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

Alle Aufsichtsratsmitglieder haben ihr Amt weisungsfrei und in eigener Verantwortung auszuüben.

##### ÖCGK-Regel #53 (C)

- Die Mehrheit der von der Hauptversammlung gewählten oder von Aktionären aufgrund der Satzung entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats ist von der Gesellschaft und deren Vorstand unabhängig.

## Kapitel 2

# Aufgaben des Aufsichtsrats

Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung der Geschäftsleitung der Gesellschaft. Der Aufsichtsrat kontrolliert, ob die Gesetze eingehalten werden und kann bei wichtigen Entscheidungen mitbestimmen. Desweiteren berät der Aufsichtsrat die Geschäftsleitung bei strategischen und operativen Entscheidungen. Der Aufsichtsrat ist ein Kontrollorgan und es ist ihm grundsätzlich nicht gestattet, die Gesellschaft zu vertreten. Ausnahmen gibt es zB wenn die Gesellschaft Rechtsgeschäfte mit Vorstandsmitgliedern abschließt.

Daneben hat der Aufsichtsrat in bestimmten Fällen die Personalhoheit, die am Beginn dieses Kapitels behandelt wird.

### 2.1 Was bedeutet Personalhoheit des Aufsichtsrats?

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft hat die Personalhoheit über den Vorstand und wirkt bei der Bestellung des Abschlussprüfers mit.

#### 2.1.1 Wie wird der Vorstand bestellt und abberufen?

Der Vorstand wird vom Aufsichtsrat bestellt, abberufen und gegebenenfalls auch suspendiert. Der Aufsichtsrat ernennt den Vorsitzenden im Vorstand bzw widerruft dessen Ernennung. Weiters ist der Aufsichtsrat beim Abschluss, der Gestaltung und der Auflösung von Vorstandsverträgen involviert und kann eine Ausnahmegenehmigung vom geltenden Wettbewerbsverbot für Vorstände erteilen.

Im Unterschied dazu werden die Geschäftsführer einer GmbH von den Gesellschaftern bestellt und abberufen. Laut Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss kann der Aufsichtsrat einer GmbH aber damit betraut werden.

Der Aufsichtsrat bestellt die Mitglieder des Vorstands für höchstens fünf Jahre. Unterbleibt eine Zeitangabe bei der Bestellung oder wird ein längerer Zeitraum vereinbart, ist die Bestellung dennoch nur fünf Jahre wirksam. Eine wiederholte Bestellung des Vorstands ist zulässig, muss jedoch vom Aufsichtsratsvorsitzenden schriftlich bestätigt werden. Bei mehreren Vorstandsmitgliedern kann der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernennen.

Die Auswahl der Vorstandsmitglieder ist daher eine zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats. Die Kandidaten müssen vor deren Bestellung eingehend daraufhin geprüft werden, ob sie die geeigneten Personen für die entsprechende Vorstandsposition sind. Entscheidend ist auch die bestmögliche Zusammensetzung des Gesamtvorstands.

Der Aufsichtsrat schließt im Anschluss an die Bestellung seitens der Gesellschaft den Vorstandsvertrag ab. Der Aufsichtsrat verhandelt die Bezüge der Vorstandsmitglie-

der, die in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen müssen.

Mit Inkrafttreten des 2. Stabilitätsgesetzes hat der Aufsichtsrat sicherzustellen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (einschließlich der anreizorientierten Vergütungszusagen) in einem angemessenen Verhältnis

- zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds,
- zur Leistung des Vorstandsmitglieds,
- zur Lage der Gesellschaft,
- zu üblichen Vergütungen stehen und
- dass langfristige Anreize zur nachhaltigen Entwicklung gesetzt werden.

Diese Neuregelung gilt für alle Aktiengesellschaften und ist auf Vergütungsvereinbarungen ab 31. August 2012 anzuwenden.

### **ÖCGK-Regel #26a (L)**

*deckt sich mit der Neuregelung im Aktiengesetz.*

### **ÖCGK-Regel #27 (C)**

*Zusätzlich zur L-Regel 26a ist bei Abschluss von Vorstandsverträgen darauf zu achten, dass die Vergütung fixe und variable Bestandteile enthält. Die variablen Bestandteile knüpfen an Leistungskriterien an, dürfen aber nicht zum Eingehen von unangemessenen Risiken verleiten.*

Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann der Aufsichtsrat die Bestellung eines Vorstandsmitglieds und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn es sich um eine grobe Pflichtverletzung, um Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder den Entzug des Vertrauens seitens der Hauptversammlung handelt. Ein getätigter Widerruf ist wirksam, solange nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist.

Der Aufsichtsrat kann Vorstandsmitglieder vom Wettbewerbsverbot entbinden. Vorstandsmitglieder dürfen grundsätzlich weder ein Unternehmen betreiben, noch bestimmte Aufsichtsratsmandate annehmen, noch im Geschäftszweig der Gesellschaft Geschäfte machen. Die Entbindung erfolgt vom Aufsichtsrat unter Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt und unter Würdigung der Auswirkungen auf das Unternehmen.

Bei der GmbH sind die Gesellschafter für die Aufhebung des Wettbewerbsverbots zuständig. Aber auch hier kann die Zuständigkeit seitens der Gesellschafter auf den Aufsichtsrat übertragen werden.

## 2.4 Welche Aufsichtsinstrumente hat der Aufsichtsrat?

Der Aufsichtsrat hat das Recht, von der Geschäftsleitung Berichte über die Gesellschaft zu verlangen. Die Geschäftsleitung ist ihrerseits verpflichtet, dem Aufsichtsrat Berichte zu erstatten. Der Aufsichtsrat hat das Recht, Einsicht in Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie Vermögensgegenstände zu nehmen und diese auch zu prüfen.

Ein weiteres Aufsichtsinstrument ist die Zustimmung zu bestimmten Geschäften sowie Berichtspflichten der Geschäftsleitung betreffend die Feststellung des Jahresabschlusses.

Er kann zB Vorstandsmitglieder bei Vorliegen von wichtigen Gründen abberufen.

### ! ÖCGK-Regel #9 (L)

Der Vorstand informiert den Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über alle relevanten Fragen der Geschäftsentwicklung, einschließlich der Risikolage und des Risikomanagements der Gesellschaft und wesentlicher Konzernunternehmen. Bei wichtigem Anlass hat der Vorstand unverzüglich dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu berichten. Ferner ist dem Aufsichtsrat über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität von erheblicher Bedeutung sind, unverzüglich zu berichten. Der ÖCGK weist darauf hin, dass die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat ist.

### 2.4.1 Welche Berichte müssen dem Aufsichtsrat vorgelegt werden bzw welche Berichte kann der Aufsichtsrat anfordern?

Es gibt laufende und anlassbezogene Berichte. Zu den laufenden Berichten gehören der Quartals- und der Jahresbericht, zu den anlassbezogenen Berichten zählen der Sonderbericht, der Vorlagebericht und der Anforderungsbericht.

Quartals-, Jahres- und Sonderberichte sind von der Geschäftsleitung verpflichtend zu erstatten. Die Berichtspflicht betrifft die gesamte Geschäftsleitung und nicht nur einzelne Mitglieder. Quartals- und Jahresberichte sind schriftlich an den Aufsichtsrat zu übermitteln und auf Verlangen des Aufsichtsrats mündlich zu erläutern. Diese Berichte sind jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zu übergeben. Sonderberichte sind mündlich oder schriftlich zu erstatten. Der Aufsichtsrat hat ein sogenanntes Fragerecht in Bezug auf diese Berichte, das bedeutet, dass die Geschäftsleitung Fragen auch beantworten muss. Grundsätzlich ist der gesamte Aufsichtsrat Adressat dieser Berichte. Werden die Berichte mangelhaft oder nicht zeitgerecht erstattet, dann hat der Aufsichtsrat verschiedene Möglichkeiten, zB die Anregung der Verhängung von gerichtlichen Zwangsstrafen gegen den Vorstand, die Einbringung einer Leistungs-

## 2.9 Welche Geschäfte sind zustimmungspflichtig?

Eines der wichtigsten Instrumente der Kontrolle der Geschäftsführung ist das dem Aufsichtsrat in § 95 Abs 5 AktG eingeräumte Zustimmungsrecht zu bestimmten dort angeführten Geschäften. Dieses Zustimmungsrecht kann durch die Satzung oder den Aufsichtsrat selbst erweitert aber nicht eingeschränkt werden.

Gemäß § 95 Abs 5 AktG sind nachfolgende Geschäfte zustimmungspflichtig:

1. **Der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben.** Eine Betragsgrenze kann durch die Satzung bzw falls dort nicht geregelt, sollte diese durch den Aufsichtsrat (zB in der Geschäftsordnung des Vorstandes) festgesetzt werden. Weder die Technik des Erwerbes (zB Kauf, Tausch, Einbringung, Ausgliederung, etc) noch die Entgeltlichkeit des Vorganges sind relevant. Auch die maßgebliche Erhöhung einer bereits bestehenden Beteiligung ist vorlagepflichtig. Bei entsprechender Bedeutung fallen auch Verpachtungen und Nutzungsüberlassungen unter die Vorlagepflicht.
2. **Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.** Eine Betragsgrenze kann durch die Satzung bzw falls dort nicht geregelt, sollte diese durch den Aufsichtsrat festgesetzt werden. Auch diesen Vorgängen materiell gleichkommende temporäre Übertragungs- und **Nutzungsvereinbarungen** (Pacht, Leasing, Baurecht etc) fallen unter die Vorlagepflicht.
3. **Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen.**
4. **Investitionen**, die bestimmte Anschaffungskosten im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen (Betragsgrenze muss festgesetzt werden). Es ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen – die Aufspaltung der Anschaffung in kleine Tranchen verhindert die Zustimmungspflicht nicht.
5. **Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten**, die einen bestimmten Betrag im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen. Das Gesetz sieht dabei eine „doppelte“ (einzelnen **und** in Summe betrachtete) Betragsgrenze vor; diese muss vom Aufsichtsrat in geeigneter Höhe festgelegt werden und soll die über das Tagesgeschäft hinausgehende Finanzierungsmaßnahmen sanktionieren.
6. **Gewährung von Darlehen und Krediten**, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, wie zB geschäftsübliche Zahlungsziele und Gehaltsvorschüsse im üblichen Rahmen; eine angemessene Betragsgrenze muss in der Satzung oder sonst durch den Aufsichtsrat festgesetzt werden. An Vorstandsmitglieder bzw leitende Angestellte der Gesellschaft iSd § 80 AktG dürfen Kredite nur mit ausdrücklicher Zustimmung durch den Aufsichtsrat gewährt werden. Dies gilt sinngemäß auch für beherrschte Unternehmen.

### 3.3.3 Die wesentlichen Haftungsfallen

#### 3.3.3.1 Bestellung von Vorstandsmitgliedern

Gem § 75 Abs 1 AktG hat der Aufsichtsrat den Vorstand zu bestellen und gegebenenfalls auch wieder abzurufen (bei der GmbH erfolgt die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer durch die Generalversammlung). Vorstandsmitglied kann jede natürliche Person werden, die voll geschäftsfähig ist. Aufsichtsratsmitglieder können nicht zugleich Vorstandsmitglieder sein. Die Satzung kann weitere Voraussetzungen für Vorstandsmitglieder festlegen: etwa das Geschlecht, die Staatsbürgerschaft oder berufliche Qualifikationen. Für Banken, Finanzdienstleister und Versicherungen sind auch nach jeweiligen Sondergesetzen besondere Qualifikationen erforderlich. Falls der Aufsichtsrat einen fachlich nicht kompetenten Bewerber auswählt, haftet er für sein Auswahlverschulden.

#### Beispiel:

Der Aufsichtsrat einer Bank schließt mit einem neuen Vorstandsmitglied einen auf fünf Jahre befristeten Vorstandsvertrag ab. Dabei vergisst er, eine dahingehende aufschiebende Bedingung vorzusehen, dass der Vertrag nur dann wirksam wird, wenn das Vorstandsmitglied den Fit & Proper-Test der Finanzmarktaufsicht besteht. Besteht das Vorstandsmitglied den Fit & Proper-Test nicht und muss die Bank sohin die Vorstandsvergütung auch ohne entsprechende Vorstandstätigkeit zahlen, hat der Aufsichtsrat seine Pflichten verletzt.

Wenngleich bei der Gestaltung der Vorstandsbezüge ein gewisser Ermessensspielraum besteht, hat der Aufsichtsrat gem § 78 AktG darauf zu achten, dass die Vergütung angemessen ist. Überschreitet der Aufsichtsrat seinen Ermessensspielraum, wird er ersatzpflichtig. Dies gilt auch für sonstige unangemessen hohe Zahlungen, etwa die Auszahlung von überhöhten „Golden Handshakes“ im Zuge der Auflösung des Vorstandsvertrages. Die Angemessenheit der Entlohnung bezieht sich auf das Verhältnis zwischen der Vergütung und dem Aufgabenbereich des Vorstandsmitglieds. Weitere Faktoren für die Bemessung der Vergütung sind die Lage der Gesellschaft sowie die Leistungen des Vorstandsmitglieds und seine Erfahrung. Ob der Vorstandsvertrag trotz Vereinbarung eines unangemessenen Gehalts gültig ist oder nicht, ist in der Literatur umstritten. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass es zur Wahrung der Rechtssicherheit nur bei gänzlich sittenwidrigen Vereinbarungen zur Nichtigkeit kommt. Die wohl richtige Ansicht, der auch der OGH folgt, meint hingegen, dass bei der Vereinbarung von unangemessenen Vergütungen ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt, die – sofern die Pflichtwidrigkeit für den Vorstand erkennbar war – die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge hat.

#### 3.3.3.2 Genehmigung von zustimmungspflichtigen Geschäften

§ 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG enthält einen Katalog von Maßnahmen, denen der Aufsichtsrat zustimmen muss (*siehe dazu Kap 2, Pkt 9*). Dieser Katalog ist je-

### **3.4.2 Zivilrechtliche Haftungsfallen**

#### **3.4.2.1 Bilanzdelikte (§ 255 AktG)**

Unter „Bilanzdelikten“ werden im Wesentlichen § 255 AktG und die nahezu gleich lautende Vorschrift des § 122 GmbHG verstanden. Zu beachten ist, dass Bilanzdelikte nicht nur Schutzgesetze zugunsten der Anleger und Gesellschaftsgläubiger sind; ein Verstoß kann auch mit bis zu zwölf Monaten Gefängnis geahndet werden.

§ 255 AktG verbietet weit mehr als das bloße Fälschen von Bilanzen. Strafbar ist es, insbesondere in

- Berichten, Darstellungen und Übersichten an die Öffentlichkeit oder an (auch bei Nicht-Publikumsgesellschaften) die Gesellschafter,
- öffentlichen Aufforderungen zur Beteiligung an der Gesellschaft,
- Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung,
- Auskünften an den Abschlussprüfer, oder
- Berichten und Übersichten an den Aufsichtsrat

die Verhältnisse der Gesellschaft oder der mit ihr verbundenen Unternehmen oder erhebliche Umstände – auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen – unrichtig wiederzugeben, zu verschleiern oder zu verschweigen. Zusammengefasst kommt es daher darauf an, dass im Zuge von Informationen an die Aktionäre, die Öffentlichkeit, den Aufsichtsrat und/oder den Abschlussprüfer ein falsches Bild der Gesamtlage der Gesellschaft gegeben wird. Zu beachten ist, dass sich das Verbot nicht nur auf börsennotierte Gesellschaften bezieht, sondern auch für „normale“ (nicht-börsennotierte) Unternehmen gilt.

Allerdings – und dies schränkt die Haftung deutlich ein – stellen Bilanzdelikte auf vorsätzliche Verhaltensweisen ab: Somit führt nicht jede Verfehlung automatisch zu einer Strafbarkeit nach § 255 AktG. Vielmehr ist bedingter Vorsatz nötig: Dieser ist nach der Judikatur dann gegeben, wenn der Aufsichtsrat die Tatverwirklichung „ernsthaft für möglich hält und sich damit abfindet“. Solange daher (wenn auch falsche) Informationen im Vertrauen auf deren Richtigkeit erteilt werden, ist der Tatbestand des § 255 AktG nicht erfüllt und es scheidet eine darauf aufbauende direkte Haftung des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds aus.

#### **3.4.2.2 Insolvenzverschleppung**

Die Pflicht zur Einleitung des Insolvenzverfahrens trifft grundsätzlich den Vorstand. Ungeachtet dessen, sind Aufsichtsratsmitglieder aber gem § 69 Abs 2 Insolvenzordnung (IO) dazu verpflichtet, auf das rechtzeitige Stellen eines Insolvenzantrages hinzuwirken. Zwar hat der Aufsichtsrat auch in Zeiten der Krise kein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung, stellt der Vorstand aber trotz Drängens des Aufsichtsrates keinen Insolvenzantrag, muss der Aufsichtsrat den Vorstand abberufen, weil die Aufsichtsratsmitglieder ansonsten wegen Mitwirkung zur Insolvenzverschleppung haften. Als Schaden kommt hier jener Vermögensnachteil in Betracht, der durch

## Kapitel 4

# Exkurs: Die Pflichten des Aufsichtsrats in der Krise des Unternehmens

## 4.1 Allgemeines

Generell hat die Geschäftsleitung ein funktionierendes Risikomanagement (zB angemessenes Rechnungswesen, Internes Kontrollsystem) einzurichten, damit bereits die ersten Anzeichen einer Krise erkannt werden können. Notwendiger Bestandteil des Risikomanagements ist ein funktionierendes Berichtswesen an den Aufsichtsrat. Die Geschäftsleitung hat gemäß § 81 AktG bzw § 28a GmbHG (i) dem Aufsichtsrat den Jahresabschluss und die Quartalsberichte zu übermitteln, (ii) unverzüglich über Umstände zu informieren, die für die Rentabilität oder die Liquidität der Gesellschaft von Bedeutung sind und (iii) dem Aufsichtsratsvorsitzenden, wenn gegenüber dem Geschäftsplan eine Abweichung von mehr als 10% im Bereich des EGT eintritt, einen Sonderbericht zu erstatten.

Relevante Anzeichen für eine Unternehmenskrise sind auch (i) das Vorliegen einer Unterbilanz, (ii) der Verlust in Höhe des halben Grund- bzw Stammkapitals, wobei in diesem Fall den Aufsichtsrat die Pflicht trifft, dafür zu sorgen, dass die Geschäftsleitung unverzüglich eine Haupt- bzw Generalversammlung einberuft (vgl § 83 AktG bzw § 36 GmbHG) und (iii) das Vorliegen eines Reorganisationsbedarfs bei Erfüllung der Kennzahlen nach § 22 Abs 1 Z 1 URG. Letzteres löst eine Sonderberichtspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat aus.

Gerät ein Unternehmen in eine wirtschaftliche Schieflage, sind an die Geschäftsleitung des Unternehmens und den Aufsichtsrat erhöhte Anforderungen gestellt. Die Intensität der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats richtet sich nach der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft („abgestufte Überwachung“); man spricht von einer (i) begleitenden Überwachung, (ii) unterstützenden Überwachung und (iii) gestaltenden Überwachung.

## 4.2 Begleitende Überwachung als Regelfall

Bei normalem Geschäftsverlauf muss der Aufsichtsrat seine Überwachungstätigkeit zurückhaltend in einer begleitenden Überwachung ausüben; das bedeutet im Wesentlichen eine allgemeine Kontrolle der Führungsentscheidungen der Geschäftsleitung.