

Helmut Gahleitner

# Mitwirkung im Aufsichtsrat

2

## Wirtschaft – Recht – Mitbestimmung

Reihe für ArbeitnehmervertreterInnen im Aufsichtsrat



# Mitwirkung im Aufsichtsrat

Helmut Gahleitner

# Mitwirkung im Aufsichtsrat

Grundzüge des Gesellschaftsrechts  
für Arbeitnehmervertreter:innen II

**VOGB**

**AK**

ÖSTERREICH

Dieses Skriptum ist für die Verwendung im Rahmen der Bildungsarbeit des Österreichischen Gewerkschaftsbundes, der Gewerkschaften und der Kammern für Arbeiter und Angestellte bestimmt.

## Zeichenerklärung



Hinweise



Beispiele



Zitate

Die Inhalte in diesem Buch sind von den Autorinnen und Autoren und vom Verlag sorgfältig erwogen und geprüft, dennoch kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autorinnen und Autoren bzw des Verlages und seiner Beauftragten für Personen-, Sach- und Vermögensschäden ist ausgeschlossen.

Rechtsstand: April 2024

Stand: April 2024

Nachdruck: Juni 2025

Impressum:

Layout/Grafik: Manuela Maitnar

Medieninhaber: Verlag des ÖGB GmbH, Wien

© 2024 by Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH, Wien

Herstellung: Verlag des ÖGB GmbH, Wien

Verlags- und Herstellungsort: Wien

Druck: CITYPRESS GesmbH, Neutorgasse 9, 1010 Wien

Printed in Austria

1	Einleitung	6
2	Warum Mitwirkung im Aufsichtsrat	8
3	Aufsichtsratspflichtige	12
4	Aufbau von Kapitalgesellschaften	14
4.1	Satzung – Gesellschaftsvertrag	14
4.2	Organisationsstruktur	18
4.3	Die Hauptversammlung (AG) / Generalversammlung (GmbH)	21
4.4	Vorstand (AG)	24
4.5	Der Aufsichtsrat	28
5	Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat	70
5.1	Entsendungsregeln	70
5.2	Rechtsstellung	74
5.3	Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten	77
5.4	Haftung	82
	Literatur	86
	Abkürzungsverzeichnis	88
	Fußnoten	90
	Zum Autor	94

# 1 Einleitung

Das folgende Skriptum gibt einen **Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Aufsichtsratsmitwirkung** von Arbeitnehmer:innenvertreter:innen und -vertretern. In der Hauptsache wird auf die relevanten Bestimmungen des Aktien- und GmbH-Rechtes sowie des Genossenschaftsrechts eingegangen.

Seit 1.1.2024 steht den Unternehmen eine neue Kapitalgesellschaftsform mit der Bezeichnung Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) zur Verfügung. Die wesentlichen Eckpunkte der neuen Rechtsform werden in einem Überblick dargestellt.

Kurz erwähnt werden auch die Besonderheiten des Aufsichtsrats oder Verwaltungsrats in der Europäischen Aktiengesellschaft sowie der für börsennotierte Unternehmen relevante Corporate-Governance-Kodex.

Das Skriptum soll eine erste rechtliche Basis für die Tätigkeit im Aufsichtsrat schaffen. Der Besuch von einschlägigen Ausbildungsseminaren und der Erfahrungsaustausch mit anderen Betriebsrät:innen und Betriebsräten, die im Aufsichtsrat tätig sind, kann dadurch in keiner Weise ersetzt werden.

Durch die im Arbeitsverfassungsgesetz verankerte Drittelparität bei der Besetzung von Aufsichtsräten fördert der Gesetzgeber die Mitwirkung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen bei langfristigen Unternehmensentscheidungen.

**Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat ist ein wichtiger Bestandteil in der österreichischen Unternehmensverfassung.**

# SKRIPTEN ÜBERSICHT



SOZIALRECHT 	
<b>SR-1</b>	Grundbegriffe des Sozialrechts
<b>SR-2</b>	Sozialpolitik im internationalen Vergleich
<b>SR-3</b>	Sozialversicherung – Beitragsrecht
<b>SR-4</b>	Pensionsversicherung I: Allgemeiner Teil
<b>SR-5</b>	Pensionsversicherung II: Leistungsrecht
<b>SR-6</b>	Pensionsversicherung III: Pensionshöhe
<b>SR-7</b>	Krankenversicherung I: Allgemeiner Teil
<b>SR-8</b>	Krankenversicherung II: Leistungsrecht
<b>SR-9</b>	Unfallversicherung
<b>SR-10</b>	Arbeitslosenversicherung I: Allgemeiner Teil
<b>SR-11</b>	Arbeitslosenversicherung II: Leistungsrecht
<b>SR-12</b>	Insolvenz-Entgeltssicherung
<b>SR-13</b>	Finanzierung des Sozialstaates
<b>SR-14</b>	Pflege und Betreuung
Die einzelnen Skripten werden laufend aktualisiert.	

ARBEITSRECHT 	
<b>AR-1</b>	Kollektive Rechtsgestaltung
<b>AR-2A</b>	Betriebliche Interessenvertretung
<b>AR-2B</b>	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
<b>AR-2C</b>	Rechtstellung des Betriebsrates
<b>AR-3</b>	Arbeitsvertrag
<b>AR-4</b>	Arbeitszeit
<b>AR-5</b>	Urlaubsrecht
<b>AR-6</b>	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
<b>AR-7</b>	Gleichbehandlung im Arbeitsrecht
<b>AR-8A</b>	ArbeitnehmerInnenschutz I: Überbetrieblicher ArbeitnehmerInnenschutz
<b>AR-8B</b>	ArbeitnehmerInnenschutz II: Innerbetrieblicher ArbeitnehmerInnenschutz
<b>AR-9</b>	Beendigung des Arbeitsverhältnisses
<b>AR-10</b>	Arbeitskräfteüberlassung
<b>AR-11</b>	Betriebsvereinbarung
<b>AR-12</b>	Lohn(Gehalts)exekution
<b>AR-13</b>	Berufsausbildung
<b>AR-14</b>	Wichtiges aus dem Angestelltenrecht
<b>AR-15</b>	Betriebspensionsrecht I
<b>AR-16</b>	Betriebspensionsrecht II
<b>AR-18</b>	Abfertigung neu
<b>AR-19</b>	Betriebsrat – Personalvertretung Rechte und Pflichten
<b>AR-21</b>	Atypische Beschäftigung
<b>AR-22</b>	Die Behindertenvertrauenspersonen

GEWERKSCHAFTSKUNDE 	
<b>GK-1</b>	Was sind Gewerkschaften? Struktur und Aufbau der österreichischen Gewerkschaftsbewegung
<b>GK-2</b>	Geschichte der österreichischen Gewerkschaftsbewegung von den Anfängen bis 1945
<b>GK-3</b>	Die Geschichte der österreichischen Gewerkschaftsbewegung von 1945 bis heute
<b>GK-4</b>	Statuten und Geschäftsordnung des ÖGB
<b>GK-5</b>	Vom 1. bis zum 19. Bundeskongress
<b>GK-7</b>	Die Kammern für Arbeiter und Angestellte
<b>GK-8</b>	Die sozialpolitischen Errungenschaften des ÖGB
<b>GK-9</b>	Geschichte der Kollektivverträge

Die VÖGB-Skripten online lesen oder als Gewerkschaftsmitglied gratis bestellen:  
[www.voegb.at/skripten](http://www.voegb.at/skripten)

# 2 Warum Mitwirkung im Aufsichtsrat

Im Aufsichtsrat haben die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen die Möglichkeit, wirtschaftliche Entscheidungen **mitzugestalten**. Mitgestalten heißt aber auch **mitverantworten**. Jedes Aufsichtsratsmitglied haftet für sein Verhalten in Ausübung dieses Mandates persönlich, dies gilt für Arbeitnehmer:innenvertreter:innen ebenso wie für Kapitalvertreter:innen. Dieses hohe Maß an persönlicher Verantwortung soll gewährleisten, dass alle Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt mit größter Sorgfalt ausüben. Gerade in Anbetracht der Haftung sollten die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat ihre Mitgestaltungsmöglichkeiten aber auch entsprechend ausschöpfen. Der Gesetzgeber fordert ein aktives Aufsichtsratsmitglied, Aufsichtsratsmitglieder sollten tunlichst am Kontroll- und Entscheidungsprozess mitwirken und im Rahmen von Abstimmungen ihren Willen klar zum Ausdruck bringen.

Da die **Arbeitnehmer:innenvertreter:innen** nur **ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder** stellen und zwei Drittel von der Kapitaleseite nominiert werden, sind die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in einer Minderheitenposition – wenn die Kapitaleseite einig ist, kann sie die Arbeitnehmer:innenseite jederzeit überstimmen. Dieses „Ungleichgewicht“ der Aufsichtsratsbesetzung entspricht unserem Wirtschaftssystem: **Bestimmender Faktor der Wirtschaft ist das Kapital**, wirtschaftliche Entscheidungen trifft das Unternehmen – die Arbeitnehmer:innen haben Mitwirkungsrechte, mit deren Hilfe sie letztlich aber weder eine unternehmerische Maßnahme verhindern noch erzwingen können. Und trotzdem: Viele Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat üben mithilfe ihres betrieblichen Wissens, einer fundierten Ausbildung, hartnäckiger Argumentation und Durchsetzungskraft faktisch wesentlichen Einfluss auf die Unternehmenspolitik aus.

→ **Hinweis:** Im Rahmen der wirtschaftlichen Mitwirkungsrechte der Betriebsrätinnen und Betriebsräte nach dem Arbeitsverfassungsgesetz nimmt die Mitwirkung im Aufsichtsrat eine besondere Stellung ein, da die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat – gemeinsam mit den Kapitalvertreterinnen und -vertretern – wirtschaftliche Entscheidungen treffen, die für die Unternehmenszukunft zentral sein können.

In der Praxis hängt es häufig von der Eigentümerstruktur der aufsichtsratspflichtigen Gesellschaft ab, ob den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern entsprechende Möglichkeiten zur Mitwirkung und Mitentscheidung zukommen. Die fachkundige und mit entsprechendem betrieblichen Know-how ausgestattete Kompetenz der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat wird vor allem in jenen Unternehmen geschätzt und bei Entscheidungen mitberücksichtigt, in denen eine wirkliche Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat gewünscht ist (vor allem in börsennotierten Unternehmen und in Unternehmen mit öffentlichem Eigentümer wie Staat, Land oder Gemeinde).

Oftmals ist die oder der Aufsichtsratsvorsitzende gewillt, einstimmige Beschlüsse zu fassen und die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen „mit ins Boot zu holen“. Dafür ist sie oder er auch bereit, die Interessen der Arbeitnehmer:innen mitzubetrachten und Kompromisse zu schließen.

Die **Drittelbeteiligung** der Arbeitnehmer:innen im Aufsichtsrat ist daher ein **wichtiger Beitrag für mehr betriebliche Demokratie**. Außerdem wird von Betriebsräten der hohe Informationsgehalt im Aufsichtsrat positiv gesehen und kann zur Interessenvertretung entsprechend genutzt werden.

Darüber hinaus haben die Mitglieder des Aufsichtsrats umfassende gesetzliche Informationsrechte zum wirtschaftlichen Geschehen im Unternehmen, um ihre gesetzliche Aufgabe (insbesondere die Kontrolle der Geschäftsführung) bestmöglich erfüllen zu können. Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat sind einerseits Kontrollorgan und kontrollieren die Geschäftsführung, andererseits Mitgestalter:innen einer langfristigen und nachhaltigen Unternehmenspolitik. Im Rahmen der sonstigen wirtschaftlichen Mitwirkungsrechte im Betrieb

# 2 Warum Mitwirkung im Aufsichtsrat

bestehen hingegen im Wesentlichen Informations-, Beratungs- und Interventionsrechte bzw. die Möglichkeit, Betriebsvereinbarungen abzuschließen.

→ **Hinweis:** Die Mitwirkung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat ist daher eine große Errungenschaft der Arbeitnehmer:innenbewegung. Sie ist als entscheidende Ergänzung zu den sonstigen betrieblichen Mitwirkungsrechten aus dem Unternehmensalltag nicht mehr wegzudenken.

# SKRIPTEN ÜBERSICHT



WIRTSCHAFT	
WI-1	Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftswissenschaften
WI-2	Konjunktur
WI-3	Wachstum
WI-4	Einführung in die Betriebswirtschaftslehre
WI-5	Beschäftigung und Arbeitsmarkt
WI-6	Lohnpolitik und Einkommensverteilung
WI-9	Investition
WI-10	Internationaler Handel und Handelspolitik
WI-12	Steuerpolitik
WI-13	Bilanzanalyse
WI-14	Der Jahresabschluss
WI-16	Standort-, Technologie- und Industriepolitik

Die einzelnen Skripten werden laufend aktualisiert.

POLITIK UND ZEITGESCHICHTE	
PZG-1A	Sozialdemokratie und andere politische Strömungen der ArbeiterInnenbewegung bis 1945
PZG-1B	Sozialdemokratie seit 1945
PZG-2	Christliche Soziallehre
PZG-4	Liberalismus/Neoliberalismus
PZG-6	Rechtsextremismus
PZG-7	Faschismus
PZG-8	Staat und Verfassung
PZG-9	Finanzmärkte
PZG-10	Politik, Ökonomie, Recht und Gewerkschaften
PZG-11	Gesellschaft, Staat und Verfassung im neuzeitlichen Europa, insbesondere am Beispiel Englands
PZG-12	Wege in den großen Krieg
PZG-14	Die Geschichte der Mitbestimmung in Österreich

SOZIALE KOMPETENZ			
SK-1	Grundlagen der Kommunikation	SK-6	Grundlagen der Beratung
SK-2	Frei reden	SK-7	Teamarbeit
SK-3	NLP	SK-8	Führen im Betriebsrat
SK-4	Konfliktmanagement	SK-9	Verhandeln
SK-5	Moderation	SK-10	Politische Rhetorik

Die VÖGB-Skripten online lesen oder als Gewerkschaftsmitglied gratis bestellen:  
[www.voegb.at/skripten](http://www.voegb.at/skripten)

Gemäß § 110 ArbVG ist die **Mitwirkung** von Arbeitnehmer:innenvertreterinnen und -vertretern im Aufsichtsrat folgender Unternehmen **gesetzlich** gesichert:

- Aktiengesellschaften (AG),
- GmbH (auch bei freiwilligem Aufsichtsrat),
- GmbH & Co KG
- Flexible Kapitalgesellschaft (siehe unten Exkurs)
- Genossenschaften (Gen), die dauernd mindestens 40 Arbeitnehmer:innen beschäftigen,
- Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit,
- Sparkassen im Sinne des Sparkassengesetzes.

Weiters gibt es Arbeitnehmer:innenbeteiligung in:

- Privatstiftungen (auch wenn der Aufsichtsrat freiwillig eingerichtet wurde)<sup>1</sup>,
- Vereinen (mit freiwilligem Aufsichtsorgan)<sup>2</sup>,
- Europäischer Aktiengesellschaft (Societas Europea),
- Europäischer Genossenschaft.

Darüber hinaus sehen einige **sondergesetzliche Vorschriften** Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat vor, wie etwa das ORF-Gesetz. Auch im Zuge von Ausgliederungen von Tätigkeitsbereichen aus Bund, Land und Gemeinden werden häufig Gesellschaften durch ein Sondergesetz eingerichtet, die über mitbestimmte Aufsichtsräte verfügen.<sup>3</sup>

Die Aktiengesellschaft ist die einzige Rechtsform in Österreich, die jedenfalls einen Aufsichtsrat einrichten muss.

Bei den übrigen Rechtsformen hängt die Notwendigkeit der Errichtung eines Aufsichtsrats von unterschiedlichen Voraussetzungen ab. Insbesondere wird das Überschreiten einer gesetzlich festgelegten Arbeitnehmer:innenanzahl (z. B. GmbH: 300 Arbeitnehmer:innen) als wichtiges Kriterium für die gesetzliche Aufsichtsratspflicht herangezogen.

Aufsichtsräte können auch im Rahmen des Gesellschaftsvertrages vorgesehen werden. Für solche freiwillig eingerichteten Aufsichtsräte gelten dieselben Rechte und Pflichten wie für die gesetzlich vorgeschriebenen Aufsichtsräte. Auch die drittelparitätische Mitbestimmung gemäß dem Arbeitsverfassungsgesetz kommt hierbei zur Anwendung.

Keine gesetzliche Mitbestimmung gibt es hingegen bei sogenannten Beiräten. Der Beirat ist ein zusätzliches freiwilliges Unternehmensorgan, dem unterstützende oder beratende Aufgaben zugewiesen werden können. Ein Beirat, der aufsichtsratsähnliche Aufgaben hat, ist unzulässig und würde eine Umgehung der Mitbestimmungsregeln darstellen. Beiräte finden sich oftmals in der Rechtsform der GmbH.

Mit Stichtag Juli 2018 bestehen in Österreich 1.245 Aktiengesellschaften, 152.828 GmbHs sowie 1.645 Genossenschaften und 3.142 Privatstiftungen.<sup>4</sup>

Darüber hinaus firmieren rund 35 Unternehmen in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE); die Europäische Genossenschaft ist in Österreich derzeit nicht vertreten.

# 4 Aufbau von Kapitalgesellschaften

## **Exkurs: Flexible Kapitalgesellschaft**

Seit 1.1.2024 steht den Unternehmen eine neue Rechtsform zur Verfügung, die als „Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) oder als Flexible Company (FlexCo) bezeichnet wird. Die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) ist als Hybridform (Mischform) zwischen der GmbH und Aktiengesellschaft angesiedelt. Die Einführung ging einher mit einer gleichzeitigen Reduzierung des gesetzlichen Mindeststammkapitals bei der GmbH von € 35.000 auf € 10.000, wovon lediglich € 5.000 bei der Gründung aufgebracht werden müssen.

### **Wer darf eine Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) gründen?**

Die neue Rechtsform steht allen Unternehmen offen. Auch die Umgründung einer GmbH oder AG in eine FlexKapG ist jederzeit möglich. Letztlich ist die FlexKapG eine zusätzliche Kapitalgesellschaft neben GmbH und AG und steht damit im Rechtsformwettbewerb mit den etablierten Kapitalgesellschaften.

### **Gründung und Mindeststammkapital – ähnlich wie bei der GmbH**

In weiten Teilen kommt bei der FlexKapG das GmbH-Recht zur Anwendung, das Gesetz spricht von subsidiärer Anwendung, sofern keine abweichenden Regelungen getroffen werden. Die neuen Mindestkapitalvorschriften bei der GmbH (€ 10.000, davon € 5.000 Mindestaufbringung) gelten sohin auch für die FlexKapG. Eine vereinfachte elektronische Gründung ist – so wie bei der GmbH – ebenfalls möglich, sofern die Voraussetzungen des § 9a GmbH-Gesetz erfüllt sind (einzige Gesellschafter:in ist zugleich Geschäftsführer:in).

Ein Unterschied besteht hinsichtlich der Mindeststammeinlage. Diese beträgt bei der GmbH € 70. Bei der FlexKapG besteht die Möglichkeit der Ausgabe von Stückanteilen zum Mindestbetrag von € 1. Weiters wird der FlexkapG die Ausgabe mehrerer Anteilsgattungen von Geschäftsanteilen mit verschiedenen Rechten und Pflichten erleichtert, was die Attraktivität der Gesellschaft für Investoren:innen steigern soll.

# Exkurs: Flexible Kapitalgesellschaft

## **Organisationsstruktur – Aufsichtsratspflicht früher als bei der GmbH**

Wie bereits einleitend darauf hingewiesen, ist die FlexKapG eine Mischform zwischen GmbH und AG. Die Organisationsstruktur der FlexKapG folgt allerdings grundsätzlich dem GmbH-Recht. Mit einer Ausnahme: Für die FlexKapG kommen einerseits die Bestimmungen des § 29 Abs. 1 GmbHG (Aufsichtsratspflicht) zur Anwendung und darüber hinaus ist die FlexKapG auch dann aufsichtsratspflichtig, wenn sie eine mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinne des § 221 UGB ist und somit der Abschlussprüfung unterliegt. Mittelgroß ist die Gesellschaft, wenn sie in zwei aufeinanderfolgenden Jahren zwei von drei nachfolgenden Merkmalen überschreitet: € 5 Mio Bilanzsumme und/oder € 10 Mio Umsatz und/oder 50 Arbeitnehmer:innen im Jahresdurchschnitt. Damit tritt bei der FlexKapG die Aufsichtsratspflicht regelmäßig deutlich früher ein als bei der GmbH (mehr als 300 Arbeitnehmer:innen im Jahresdurchschnitt), was im Hinblick auf eine frühzeitige Unternehmenskontrolle zu begrüßen ist. Allerdings kommt es im Vergleich zur Organisationsstruktur der AG zu einer deutlichen Machtverschiebung in Richtung der Gesellschafter:innen (Kompetenz- und Weisungsrechte).

## **Neue Anteilsklasse „Unternehmenswertanteile“ – Gesellschafter:innen „zweiter Klasse“**

Dabei handelt es sich um Gesellschaftsanteile, die im Vergleich zu den klassischen Gesellschaftsanteilen mit deutlich eingeschränkten Mitwirkungsrechten ausgestaltet sind. So haben Unternehmenswertbeteiligte kein Stimmrecht. Auch die Informationsrechte sind im Vergleich zur GmbH eingeschränkt. Das Recht auf anteiligem Bilanzgewinn und Veräußerungserlös besteht zwar grundsätzlich, kann aber unter bestimmten Umständen eingeschränkt werden. Die Ausgabe von Unternehmenswertanteilen ist mit 25 % minus 1 Anteil am Stammkapital beschränkt.

Wenngleich die Zeichnung von Unternehmenswertanteilen allen offen steht, wird diese Form der Unternehmensbeteiligung vor allem als neues Beteiligungsmodell für Mitarbeiter:innen insbesondere im Startup-Bereich angepriesen. Denn im Falle eines klassischen „Exits“, wenn also die Gründer:innen mehrheitlich ihre Anteile verkaufen, wird den Unternehmenswertbeteiligten ebenfalls ein Mitver-

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

kaufsrecht zu gleichen Bedingungen eingeräumt, sodass sie am Verkaufserfolg partizipieren können. Es bleiben allerdings viele Fragen offen, insbesondere jene, wie im Falle des eingeräumten Verkaufsrechts bei Ende des Beschäftigungsverhältnisses vorzugehen ist. Erwähnenswert sind auch die neu eingeführten Steuerbegünstigungen. So werden unter bestimmten Voraussetzungen nur 25 % des Erlöses mit der Einkommensteuer versteuert, die restlichen 75 % mit der meist günstigeren Kapitalertragssteuer (vgl. § 67a EstG).

## **Finanzierungsinstrumente ähnlich einer AG**

Mit Ausnahme der Börsennotierung kann eine FlexKapG praktisch alle Finanzierungsmaßnahmen ergreifen, die bislang der AG vorbehalten waren. So kann die FlexkapG eigene Anteile bis zu einem Drittel des Stammkapitals erwerben, die sie etwa für künftige Investor:innen oder Mitarbeiterbeteiligungen bereithalten kann. Auch flexible Kapitalmaßnahmen wie Bedingte Kapitalerhöhungen oder Genehmigtes Kapital zur Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile sind der FlexkapG ebenso erlaubt wie Finanzierungsinstrumente, bei denen die Gläubiger ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Anteile eingeräumt wird.

## **Weitere Erleichterungen**

Die FlexKapG genießt gegenüber der GmbH noch weitere Erleichterungen. So können Anteilsübertragungen auch im Wege einer Privaturkunde durch den Rechtsanwalt erfolgen und bedürfen nicht zwingend eines Notariatsaktes. Gesellschafterbeschlüsse können im Umlaufweg gefasst werden, ohne dass sämtliche Gesellschafter:innen zustimmen müssen. Die Möglichkeit der uneinheitlichen Stimmabgabe bei Gesellschafterbeschlüssen (Vote-Splitting) begünstigen Treuhandschaften oder die Ausgabe verschiedener Anteilsgattungen

## **Was ist von der neuen Kapitalgesellschaftsform zu erwarten**

Noch ist es zu früh, klare Aussagen darüber zu treffen, inwieweit die neue Rechtsform von der Wirtschaft angenommen wird. Klar ist jedenfalls, dass die FlexKapG nicht nur für Startups relevant sein wird, was sich aus den derzeit zahlreich angebotenen Seminaren ableiten lässt.

#### 4.1 Satzung – Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag (bei AG „Satzung“) ist quasi die „Geburtsurkunde“ der Gesellschaft. Ohne Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung kann eine GmbH bzw. AG nicht gegründet werden. In diesem findet man alle Vereinbarungen über den körperschaftsrechtlichen Aufbau einer Gesellschaft sowie über die individualrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter:innen bzw. Aktionärinnen und Aktionäre zueinander.

Folgende **Angaben** muss die **Satzung** der AG mindestens enthalten (vgl. § 17 AktG):

- Firma (Name) und Sitz des Unternehmens,
- Gegenstand des Unternehmens,
- Höhe des Grundkapitals,
- Nennbeträge der Aktien – oder Anzahl der Stückaktien bzw. Stammeinlagen,
- Art der Zusammensetzung des Vorstandes,
- Form der Veröffentlichung<sup>5</sup>.

Das GmbH-Gesetz verlangt als **Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages** (vgl. § 4 GmbHG):

- Firma (Name) und Sitz der Gesellschaft,
- Gegenstand des Unternehmens,
- Höhe des Stammkapitals,
- Betrag der Stammeinlage jeder Gesellschafterin/jedes Gesellschafters.

Da der Gesellschaftsvertrag (Satzung) neben dem gesetzlichen Mindestinhalt weitreichende **Bestimmungen über Struktur und Aufgabenverteilung** innerhalb der Organe von Kapitalgesellschaften enthalten kann, ist es unbedingt notwendig, dass jedes Aufsichtsratsmitglied den Gesellschaftsvertrag (Satzung) kennt. So kann etwa der Gesellschaftsvertrag (Satzung) den Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte ausweiten oder besondere Mehrheiten für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats vorschreiben. Es gilt allerdings der Grundsatz,

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

dass nur dann von den gesetzlichen Vorschriften des GmbH-Gesetzes oder Aktiengesetzes abgewichen werden darf, wenn dies im Gesetz ausdrücklich erlaubt ist.

Der Gesellschaftsvertrag (Satzung) einer Kapitalgesellschaft muss notariell beurkundet und beim Firmenbuch hinterlegt werden. Auch wenn dadurch der Gesellschaftsvertrag (Satzung) für alle zugänglich ist, bekommen Arbeitnehmer:innen-vertreter:innen im Aufsichtsrat den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung regelmäßig von der/vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats bzw. von der Geschäftsführung. Ist der einzige GmbH-Gesellschafter eine natürliche Person und zugleich einziger Geschäftsführer, so ist es ab 1. Jänner 2018 unter bestimmten Voraussetzungen möglich, eine GmbH-Gründung elektronisch und ohne notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages durchzuführen („einfache GmbH-Gründung“, vgl. § 9a GmbHG). Dies gilt auch für die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG).

## 4.2 Organisationsstruktur

Die Organisation von Kapitalgesellschaften ist mehrgliedrig: Die verschiedenen Funktionen, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit wahrzunehmen sind, werden von Vorstand/Geschäftsführung, Aufsichtsrat, Haupt- oder Generalversammlung und Abschlussprüfer:in wahrgenommen.

Das gesetzliche Zusammenspiel von Vorstand bzw. Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Hauptversammlung bzw. Generalversammlung wird auch als **Corporate Governance** bezeichnet. Corporate Governance ist somit die Art und Weise wie Kapitalgesellschaften geführt und kontrolliert werden, also Regeln in Bezug auf das Zusammenwirken des Leitungsorgans (Vorstand/Geschäftsführung) und der Kontrollorgane (Aufsichtsrat, Hauptversammlung/Generalversammlung und Abschlussprüfer:in).

Organe der AG und Kompetenzen		
Organ	Kompetenz	gemäß AktG
Vorstand	Geschäftsführung und Vertretung	§§ 70–85, 100, 101
Aufsichtsrat	Kontrolle und Überwachung	§§ 86–101
Hauptversammlung	Willensbildung der AktionärInnen	§§ 102–129
AbschlussprüferIn	Kontrolle der Rechnungslegung	§§ 270 ff UGB

Organe der GmbH und Kompetenzen		
Organ	Kompetenz	gemäß GmbHG
Geschäftsführung	Geschäftsführung und Vertretung	§§ 15–28
Aufsichtsrat	Kontrolle und Überwachung	§§ 29–33
Generalversammlung	Willensbildung der GesellschafterInnen	§§ 34–44
AbschlussprüferIn (GmbH mit AufR so- wie ab mittelgroßer GmbH) <sup>6</sup>	Kontrolle der Rechnungslegung	§§ 270 ff UGB

### Organe der Aktiengesellschaft / GmbH und ihre Bestellung

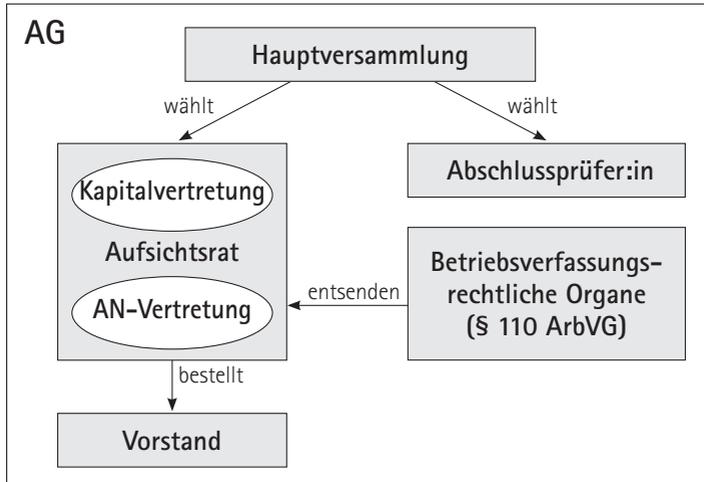
Die AG hat verpflichtend drei Organe: Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand. Der/Die in allen Aktiengesellschaften ebenfalls gesetzlich zwingende Abschlussprüfer:in wird vielfach als viertes Organ bezeichnet. Die Aufgaben der einzelnen Organe sind im Aktiengesetz sehr klar geregelt, es bestehen keine formalen Weisungsrechte zwischen den Organen.

#### Bestellung:

- Die Hauptversammlung wählt sowohl die Kapitalvertreter:innen in den Aufsichtsrat als auch die bzw. den Abschlussprüfer:in. Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder.
- Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen werden gemäß § 110 ArbVG vom jeweils entsendungsberechtigten betriebsverfassungsrechtlichen Organ entsendet.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

- Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder.

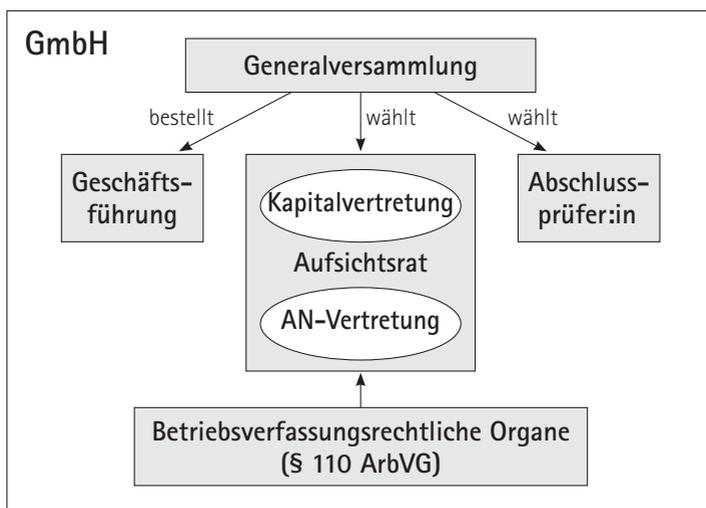


## Organe der GmbH und ihre Bestellung

Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft kennt die GmbH zunächst zwingend nur zwei Organe: Generalversammlung und Geschäftsführung. Erst ab einer bestimmten Größe (mehr als 300 Arbeitnehmer:innen im Jahresdurchschnitt) ist zwingend ein Aufsichtsrat einzurichten. Ein:e unabhängige:r Abschlussprüfer:in muss erst bestellt werden, wenn die Gesellschaft die Merkmale einer mittelgroßen GmbH erreicht (Umsatz: > 10 Mio. €, Bilanzsumme: > 5 Mio. €, Arbeitnehmer:innen: > 50 Arbeitnehmer:innen; zwei Merkmale müssen überschritten werden).

## Bestellung

In der GmbH liegen die Bestellungskompetenzen ganz zentral bei der Generalversammlung, die sowohl die Kapitalvertreter:innen für den Aufsichtsrat als auch die bzw. den Abschlussprüfer:in wählt und darüber hinaus auch die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung hat.



### 4.3 Die Hauptversammlung (AG) / Generalversammlung (GmbH)

Die Hauptversammlung ist die **Versammlung der Aktionärinnen und Aktionäre**, also der „Eigentümer“ der AG. Ihr steht das Bestimmungsrecht über die Grundstruktur der AG zu.

Insbesondere entscheidet die Hauptversammlung über diese Angelegenheiten:

- Satzungsänderungen,
- Kapitalerhöhung/-herabsetzung,
- Umstrukturierungen, wie etwa Verschmelzung mit anderen Unternehmen oder Spaltung von Unternehmensteilen,
- Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform,
- Wahl und Abberufung der Kapitalvertreter:innen im Aufsichtsrat,
- Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat,
- Gewinnverteilung,
- Sonderprüfung,

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

- Wahl der Abschlussprüferin/des Abschlussprüfers,
- Auflösung der Gesellschaft.

Die Hauptversammlung ist **einmal jährlich** in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres durch den Vorstand einzuberufen. Darüber hinaus kann es außerordentliche Hauptversammlungen geben. **Teilnahmeberechtigt** sind sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre. Auch Vorstand und Aufsichtsrat können an der Hauptversammlung teilnehmen, allerdings ohne Stimmrecht. Den Vorsitz in der Hauptversammlung führt die/der Aufsichtsratsvorsitzende. Über die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse ist von einer/einem Notar:in ein Protokoll aufzunehmen, das beim Firmenbuchgericht zu hinterlegen ist. Die Beschlussfähigkeit der Hauptversammlung ist mangels anderer gesetzlicher oder satzungsmäßiger Bestimmungen grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen oder vertretenen Aktionärinnen und Aktionäre gegeben<sup>7</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass manche Satzungen die Beschlussfähigkeit an die Vertretung eines bestimmten Grundkapitals in der Hauptversammlung knüpfen.

→ **Hinweis:** Während Vorstand und Aufsichtsrat dafür zuständig sind, über die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft zu entscheiden, obliegt der Hauptversammlung die Entscheidung über grundsätzliche oder außergewöhnliche Maßnahmen. Die Hauptversammlung hat kein Weisungsrecht gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat.

Wichtig: Der Aufsichtsrat muss zu allen Beschlussgegenständen der Hauptversammlung Beschlussvorschläge ausarbeiten (vgl. § 108 AktG). Der Aufsichtsrat hat sich daher mit den Tagesordnungspunkten der Hauptversammlung sorgfältig auseinanderzusetzen.

Die erforderlichen **Beschlussmehrheiten** sind je nach Beschlussgegenstand unterschiedlich geregelt. Sind weder gesetzliche noch satzungsmäßige Vorgaben vorhanden, so werden Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst<sup>8</sup>. In der Regel gewährt jede Aktie eine Stimme. Das Stimmengewicht der Aktionärinnen und Aktionäre richtet sich nach der Höhe ihres Kapitalanteils. Besonders wichtige Entscheidungen, die sehr langfristige Auswirkungen auf die Gesellschaft haben, be-

dürfen besonderer Mehrheitserfordernisse: So können etwa Satzungsänderungen oder Umstrukturierungen (Verschmelzung, Spaltung) nur beschlossen werden, wenn eine qualifizierte Kapitalmehrheit von 75 % für die Maßnahme stimmt. Der Ausschluss einer Minderheit von Aktionärinnen und Aktionären (bis zu 10 %) setzt voraus, dass der Hauptgesellschafter eine Kapitalmehrheit von 90 Prozent hält und die Minderheit eine angemessene Barabfindung erhält („Squeeze-out“). Die Höhe der Barabfindung kann gerichtlich überprüft werden.

### Generalversammlung (GmbH)

Die Generalversammlung ist **das höchste willensbildende Organ** in der GmbH, somit das Pendant zur Hauptversammlung in der AG. Die Generalversammlung hat aber im Vergleich zur Hauptversammlung der AG wesentlich weitreichendere Kompetenzen bzw. mehr rechtliche Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung. Hervorzuheben ist vor allem das Recht der Generalversammlung, die Geschäftsführung zu bestellen und dieser in allen Angelegenheiten der Gesellschaft Weisungen zu erteilen (Weisungsrecht der Generalversammlung).

Zu den **Kompetenzen der Generalversammlung** zählen insbesondere:

- Prüfung und Genehmigung des Jahresabschlusses,
- Verteilung des Reingewinnes,
- Entlastung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat,
- Regelung der finanziellen Beziehungen der Gesellschafter:innen zur GmbH,
- Erteilung der Prokura,
- Bestellung der Geschäftsführer:innen,
- Wahl der Abschlussprüferin bzw. des Abschlussprüfers, sofern notwendig,
- Umstrukturierungen (Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung),
- Änderung des Gesellschaftsvertrages,
- Beschlüsse, die durch Gesellschaftsvertrag der Generalversammlung zugewiesen sind.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Die Generalversammlung ist **einmal jährlich** durch die/den Geschäftsführer:in einzuberufen. **Teilnahmeberechtigt** sind grundsätzlich nur die Gesellschafter:innen. Die Aufsichtsratsmitglieder haben nur dann ein Teilnahmerecht, wenn die Einberufung der Generalversammlung durch den Aufsichtsrat erfolgte (wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert), sowie in jener Generalversammlung, in der die/der Abschlussprüfer:in gewählt wird. Die Geschäftsführer:innen sind verpflichtet teilzunehmen, wenn die Generalversammlung dies für erforderlich erachtet.

Zur **Beschlussfähigkeit** ist grundsätzlich die Anwesenheit von mindestens einem Zehntel des Stammkapitals erforderlich. Für Beschlussmehrheiten gilt, dass Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst werden, wenn nicht durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag andere Beschlusserfordernisse festgelegt wurden.

In der GmbH sind Gesellschafterbeschlüsse auch im Wege einer schriftlichen Beschlussfassung ohne Einberufung der Generalversammlung zulässig.

Über alle Beschlüsse der Generalversammlung (auch im schriftlichen Beschlussweg gefasste) sind Niederschriften unverzüglich nach Beschlussfassung aufzunehmen und geordnet aufzubewahren. Jedem bzw. jeder Gesellschafter:in ist eine Kopie der gefassten Beschlüsse zu übermitteln. Inwieweit die Mitglieder des Aufsichtsrats das Recht zur Einsichtnahme in die Gesellschafter:innenbeschlüsse haben, ist strittig. Jedenfalls ist der Aufsichtsrat verpflichtet, sich über die Beschlüsse der Generalversammlung zu informieren.

## 4.4 Vorstand (AG)

Der Vorstand führt die laufenden Geschäfte der Gesellschaft und vertritt die Gesellschaft nach außen. Er hat hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Vorstände, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden (vgl. § 84 AktG).

→ Der Vorstand ist das Leitungsorgan der AG und wird durch den Aufsichtsrat mit „doppelter Mehrheit“ bestellt. Dies bedeutet, dass sowohl die Mehrheit der gesamten Aufsichtsratsmitglieder als auch die Mehrheit der Kapitalvertreter:innen zur ordnungsgemäßen Bestellung eines Vorstandes erforderlich sind<sup>9</sup>.

§ 84 Abs. 1a regelt die sogenannte „Business Judgement Rule“. Demnach handelt ein Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn es sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Damit soll ein „Safe-Harbor“ für Organmitglieder (also auch für Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie an der Geschäftsführung mitwirken) definiert werden (analog § 25 Abs. 1a GmbH-Gesetz).

Dem Management nahe Juristinnen bzw. Juristen sind der Meinung, dass durch das Wort „jedenfalls“ im neuen Abs. 1a der Charakter des „sicheren Hafens“ (keine Haftungsansprüche) zum Ausdruck komme, sofern der Vorstand auf relevanter Informationsbasis und ohne Interessenkonflikt für das Unternehmenswohl handelt. Andere Rechtsmeinungen hegen hingegen Zweifel darüber, sodass letztlich der Oberste Gerichtshof (OGH) im Anlassfall über die Auslegung der „Business Judgement Rule“ entscheiden wird.

Auch wenn andere vergleichbare Rechtsformen (z. B. Genossenschaften, Sparkassen, Europäische AG oder Privatstiftungen) eine solche Regelung nicht gesetzlich verankert haben, ist aller Voraussicht nach davon auszugehen, dass die „Business Judgement Rule“ auch hier anzuwenden ist.

Die **Vorstandsbestellung** kann maximal für einen Zeitraum von fünf Jahren erfolgen. Eine Wiederbestellung des Vorstandes durch Aufsichtsratsbeschluss ist jedoch zulässig.

Der organschaftliche Bestellungsakt ist nicht gleichzusetzen mit dem **Anstellungsvertrag** des Vorstandes. Die dienstrechtlichen Konditionen können unabhängig von der Bestellung selbst an einen Ausschuss des Aufsichtsrates übertra-

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

gen werden. Ist dies der Fall, so haben die Arbeitnehmervertreter:innen in diesem Ausschuss kein Stimmrecht<sup>10</sup>. Wird jedoch über den Vorstandsvertrag im Plenum des Aufsichtsrates beschlossen, sind die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen nicht von ihrem Stimmrecht ausgeschlossen. Werden die Konditionen in einem Ausschuss verhandelt und beschlossen, so haben die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen ein Recht auf Berichterstattung über die Ergebnisse bzw. über den Inhalt des Vorstandsvertrages<sup>11</sup>.

Die **Abberufung des Vorstandes** durch den Aufsichtsrat kann **nur aus wichtigem Grund** erfolgen, insbesondere wegen grober Pflichtverletzung, Unfähigkeit oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Abberufung nicht automatisch auch der Dienstvertrag beendet wird, wenn dies nicht ausdrücklich so vereinbart wurde.

→ **Hinweis:** Der Vorstand unterliegt keinem Weisungsrecht. Weder Aufsichtsrat noch Hauptversammlung sind berechtigt, dem Vorstand in Geschäftsführungsfragen Weisungen zu geben. Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, so können einzelne Mitglieder mit bestimmten Geschäften betraut werden und kann im Innenverhältnis eine Ressortverteilung vorgenommen werden. Gegenüber Dritten ist die Vertretungsmacht des Vorstandes unbeschränkbar.

Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen. Der bzw. dem Vorstandsvorsitzenden obliegt bei Stimmgleichheit in den meisten Fällen das Dirimierungsrecht<sup>12</sup>. Die inneren Angelegenheiten des Vorstandes können durch eine Geschäftsordnung geregelt werden. Diese kann entweder bereits durch die Satzung oder durch den Aufsichtsrat oder aber den Vorstand selbst festgelegt werden. Inhalt der Geschäftsordnung sind organisatorische Rahmenbedingungen, dazu zählen Ressortverteilung, Bildung von Ausschüssen, Bestimmungen über Sitzungen des Vorstands und Berichtspflichten.

Der Vorstand hat bei seiner Geschäftsführung die **Richtlinienbestimmung des § 70 AktG** zu beachten: Danach hat der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksich-

tigung der Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre und der Arbeitnehmer:innen sowie des öffentlichen Interesses es erfordert. Der Maßstab des § 70 AktG gilt auch für die übrigen Organe (Hauptversammlung, Aufsichtsrat), sofern sie an der Geschäftsführung mitwirken.

Folgende Angelegenheiten obliegen jedenfalls dem Gesamtvorstand:

- Beschluss über die Geschäftsordnung des Vorstandes,
- Berichte an den Aufsichtsrat,
- Führen der Bücher,
- Aufstellung des Jahresabschlusses,
- Vorschlag für die Gewinnverteilung,
- Einberufung der Hauptversammlung,
- Anmeldung der AG beim Firmenbuch.

### **Geschäftsführung (GmbH)**

Es gibt keine gesetzlichen Beschränkungen hinsichtlich der Bestelldauer. Die Geschäftsführer:innen einer GmbH sind grundsätzlich jederzeit durch Beschluss der Gesellschafter abberufbar – und zwar auch ohne wichtigen Grund. Werden geschäftsführende Gesellschafter:innen bereits durch den Gesellschaftsvertrag bestellt, so kann ihre Abberufung an wichtige Gründe gebunden werden. Auch bei Geschäftsführerinnen bzw. Geschäftsführern einer GmbH bedeutet die Abberufung aus der Organfunktion nicht automatisch die Beendigung des Anstellungsvertrages.

Die Geschäftsführung der GmbH kann durch einen oder mehrere Geschäftsführer:innen erfolgen. Die Vertretung der Gesellschaft obliegt den Geschäftsführerinnen bzw. Geschäftsführern grundsätzlich gemeinsam. Sie sind an Weisungen der Generalversammlung gebunden. Darüber hinaus bestehen Kontrollrechte des Aufsichtsrates gegenüber der Geschäftsführung.

Im GmbH-Gesetz fehlt eine dem § 70 AktG nachgebildete Richtlinienbestimmung für die Geschäftsführung. Die Geschäftsführer:innen sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt einer ordentlichen

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Geschäftsfrau bzw. eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Die „Business Judgment Rule“ gilt auch für die Geschäftsführung der GmbH (siehe Ausführungen zum Vorstand der AG, vgl. § 25 Abs. 1a GmbHG). Geschäftsführer:innen, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden (vgl. § 25 GmbHG).

→ **Hinweis:** Die Geschäftsführer:innen einer GmbH werden durch die Generalversammlung bestellt. Gesellschafter:innen können bereits durch den Gesellschaftsvertrag zu Geschäftsführerinnen bzw. Geschäftsführern bestellt werden („geschäftsführender Gesellschafter“). Die Kompetenz zur Bestellung der Geschäftsführer:innen ist nicht an den Aufsichtsrat übertragbar (OGH, 6 Ob 183/18g).

## 4.5 Der Aufsichtsrat

### Obligatorischer Aufsichtsrat

Die Errichtung eines Aufsichtsrates ist in jeder AG obligatorisch.

Für die **GmbH** ist die Aufsichtsratspflicht jedoch einschränkend festgelegt. Gemäß der grundsätzlichen Vorschrift des § 29 GmbHG besteht Aufsichtsratspflicht, wenn:

- das **Stammkapital** der GmbH **70.000 Euro** und die **Anzahl der Gesellschafter** 50 übersteigen (praktisch nicht relevanter Fall),
- die **Anzahl der Arbeitnehmer:innen** im Durchschnitt 300 übersteigt,
- die GmbH eine AG, eine aufsichtsratspflichtige GmbH oder eine GmbH mit mehr als **300 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern** einheitlich leitet oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer:innen der einheitlich leitenden bzw. beherrschenden GmbH und der geleiteten bzw. beherrschten Gesellschaft(en) zusammen im Durchschnitt 300 übersteigt (d. h. Mutter-GmbH im Konzern = Aufsichtsratspflicht nur, wenn gemeinsam mit **relevanten** Töchtern mehr als 300 Arbeitnehmer:innen),

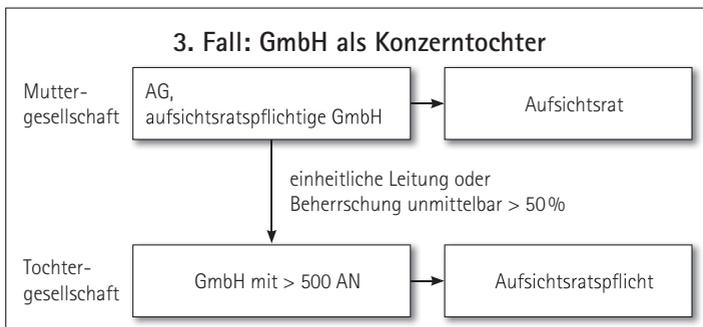
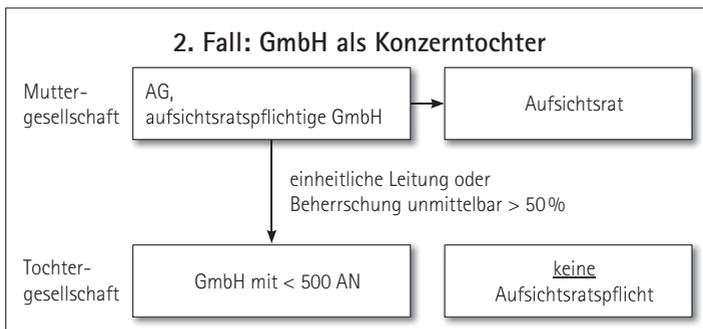
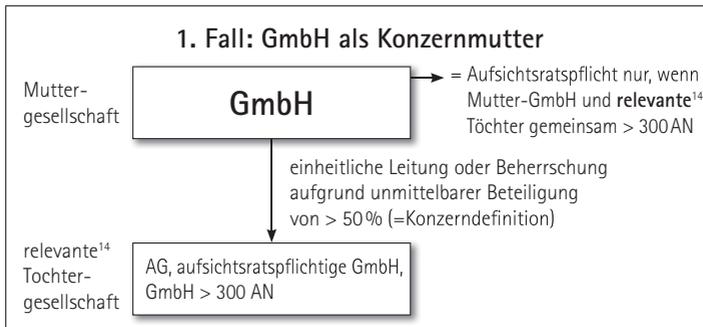
- die Gesellschaft persönlich haftende Gesellschafter:in einer Kommanditgesellschaft ist und die Anzahl der Arbeitnehmer:innen in ihrem Unternehmen und im Unternehmen der Kommanditgesellschaft im Durchschnitt **zusammen 300** übersteigt. Wenn neben der Gesellschaft eine natürliche Person, die von der Vertretung der KG nicht ausgeschlossen ist, persönlich haftende:r Gesellschafter:in ist, so besteht keine Aufsichtsratspflicht.
- **Hinweis:** Nicht in jeder GmbH ist gesetzlich verpflichtend ein Aufsichtsrat einzurichten. Wurde aber ein Aufsichtsrat eingerichtet, so haben die Arbeitnehmer:innen das Recht auf Mitbestimmung<sup>13</sup>.

Wenn die GmbH unter einheitlicher Leitung einer aufsichtsratspflichtigen Kapitalgesellschaft steht oder von einer solchen aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht wird und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer:innen der Gesellschaft im Durchschnitt 500 nicht übersteigt, so besteht keine Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrates (d. h. **Tochter-GmbH im Konzern = Aufsichtsratspflicht erst ab mehr als 500 Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern**).

Aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften sind als GmbH geführte Kapitalanlagegesellschaften, Wirtschaftsbetriebe der Hochschülerschaft sowie gemeinnützige Bauvereinigungen jedenfalls aufsichtsratspflichtig. Weiters besteht für bestimmte ausgegliederte staatliche Unternehmen wie etwa die IAF-Service-GmbH oder die Austro-Control-GmbH Aufsichtsratspflicht.

Die **Ermittlung der durchschnittlichen Arbeitnehmer:innenzahl** zur Feststellung der Aufsichtsratspflicht bestimmt sich nach den Arbeitnehmer:innenzahlen an den jeweiligen Monatsletzten innerhalb des vorangegangenen Kalenderjahres. Die Geschäftsführer:innen haben jeweils zum 1. Jänner den Durchschnitt der Arbeitnehmer:innenanzahl der im vorangegangenen Jahr beschäftigten Arbeitnehmer:innen festzustellen.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften



Übersteigt die Durchschnittszahl 300 bzw. 500, so ist die nächste Feststellung der Arbeitnehmer:innenanzahl jeweils drei Jahre nach diesem Stichtag zum 1. Jänner durchzuführen. Eine Änderung der Arbeitnehmer:innenanzahl innerhalb der jeweiligen drei Jahre ist auf die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Aufsichtsrates ohne Einfluss.

Wird bei einer der Feststellungen ermittelt, dass die Durchschnittszahl 300 bzw. 500 nicht überschritten wurde, so ist die nächste Feststellung jeweils zum 1. Jänner der folgenden Jahre zu wiederholen, so lange, bis die entsprechenden Zahlen wieder überschritten werden.

Wird eine AG in eine GmbH umgewandelt, so kann der Aufsichtsrat weiter bestehen bleiben, sofern die Voraussetzungen der Aufsichtsratspflicht erfüllt sind. Aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, dass ein zu errichtender Aufsichtsrat jedenfalls für drei Kalenderjahre bestehen bleibt, selbst wenn die Arbeitnehmer:innenzahlen in diesem Zeitraum unterschritten werden.

### → Wichtig:

Für die Flexible Kapitalgesellschaft gelten mit einer Ausnahme die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes: Neben den Bestimmungen des § 29 Abs. 1 GmbHG (Aufsichtsratspflicht) ist die FlexKapG auch dann aufsichtsratspflichtig, wenn sie eine mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinne des § 221 UGB ist und somit der Abschlussprüfung unterliegt (Näheres siehe Exkurs: Flexible Kapitalgesellschaft)

**Genossenschaften** sind aufsichtsratspflichtig, wenn sie dauernd mindestens 40 Arbeitnehmer:innen beschäftigen.

**Privatstiftungen** haben einen Aufsichtsrat zu bestellen, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer:innen der Privatstiftung 300 übersteigt oder die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften einheitlich leitet oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer:innen dieser Gesellschaften bzw. Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt. In der Praxis findet sich nur selten ein Aufsichtsrat in der Privatstiftung, weil in der Stiftungsurkunde regelmäßig festgehalten ist, dass sich die Tätigkeit der Privatstiftung auf die Verwaltung der beherrschten Unternehmensanteile beschränkt.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

**Vereine** nach dem Vereinsgesetz 2002 (VerG) können in ihren Statuten ein Aufsichtsorgan vorsehen. Beschäftigt ein solcher Verein, der nach seinen Statuten ein Aufsichtsorgan hat, zwei Jahre lang im Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer:innen, dann müssen diesem Aufsichtsorgan zu einem Drittel Arbeitnehmer:innenvertreter:innen angehören<sup>15</sup>.

Für die Berechnung der genannten Grenzen gilt, dass nach Köpfen zu zählen ist; d. h. auch, Teilzeitbeschäftigte sowie geringfügig Beschäftigte zählen in gleichem Ausmaß wie Vollzeitbeschäftigte. Überlassene Arbeitnehmer:innen sind bei längerfristiger Überlassung (ab einem halben Jahr) mitzuzählen.

## Zusammensetzung des Aufsichtsrates

Für die AG kann die Satzung gemäß § 86 Abs. 1 AktG eine höhere Zahl als drei maximal aber 20 Aufsichtsratsmitglieder festsetzen. Diese Zahl bezieht sich nur auf Kapitalvertreter:innen. Ein Aufsichtsrat kann einschließlich Arbeitnehmer:innenvertreterinnen und -vertretern somit aus maximal 30 Mitgliedern bestehen.

Eine Person kann grundsätzlich<sup>16</sup> höchstens zehn Aufsichtsratsmandate innehaben, wobei die Tätigkeit als Vorsitzende:r doppelt zählt. Bis zu zehn Mandate in Aufsichtsräten konzernmäßig verbundener Gesellschaften werden allerdings auf diese Höchstzahl nicht angerechnet<sup>17</sup>. Für börsennotierte Unternehmen gibt es darüber hinaus weitere Einschränkungen. Grundsätzlich kann jede natürliche, volljährige, geschäftsfähige Person Aufsichtsratsmitglied sein. Allerdings hat die Hauptversammlung/Generalversammlung bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf die fachliche und persönliche Qualifikation der Mitglieder sowie auf eine fachlich ausgewogene Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu achten. Weiters sind Aspekte der Diversität des Aufsichtsrats (Vertretung beider Geschlechter, Altersstruktur, Internationalität) zu berücksichtigen. Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer:in der eigenen Gesellschaft können nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied sein (keine Selbstkontrolle!). Auch gesetzliche Vertreter einer Tochtergesellschaft und gesetzliche Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört, dürfen nicht Aufsichtsratsmitglied sein (= wechselseitige Vertretung eines Vorstandsmitglie-

des im Aufsichtsrat der Gesellschaft des anderen Vorstandes = sogenannte Kreuzverflechtung, Ausnahme: innerhalb des Konzerns)<sup>18</sup>.

Die Bestellung der Kapitalvertreter erfolgt durch Wahl in der Hauptversammlung (AG) bzw. durch Gesellschafterbeschluss (GmbH). Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag kann bestimmten Aktionär:innen bzw. Gesellschafter:innen das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden<sup>19</sup>. Falls wenigstens drei Kapitalvertreter:innen von derselben Haupt- bzw. Generalversammlung zu wählen sind, kann von einem Drittel des in der Haupt- bzw. Generalversammlung vertretenen Kapitals verlangt werden, dass die Wahl für jedes zu bestellende Mitglied des Aufsichtsrates gesondert erfolgt. Sodann kann eine Minderheit der Gesellschafter:innen, die wenigstens ein Drittel aller abgegebenen Stimmen erreicht, die Wahl einer bestimmten Person als Kapitalvertreter:in durchsetzen<sup>20</sup>.

Die Funktion als Aufsichtsratsmitglied beginnt erst mit Annahme des Mandates durch die bzw. den gewählte:n Kapitalvertreter:in. Die Funktionsdauer läuft maximal bis zur Haupt- bzw. Generalversammlung, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt (ca. fünf Jahre). Eine Wiederwahl von Kapitalvertreterinnen und Kapitalvertretern ist zulässig. Die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied kann vor Ablauf der Funktionsperiode von der Haupt- bzw. Generalversammlung mit einer Kapitalmehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen ohne Begründung widerrufen werden<sup>21</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann diese Mehrheit durch eine andere ersetzen und noch andere Erfordernisse für die Abberufung aufstellen.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

→ **Hinweis:** Der Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft muss aus mindestens drei Kapitalvertreterinnen bzw. -vertretern bestehen. Die Zahl der zu entsendenden Arbeitnehmer:innenvertreter:innen richtet sich nach der Zahl der tatsächlich bestellten Kapitalvertreter:innen – für je zwei Kapitalvertreter:innen ist ein:e Arbeitnehmer:innenvertreter:in zu entsenden. Ist die Zahl der Kapitalvertreter:innen ungerade, so ist ein:e weitere:r Arbeitnehmer:innenvertreter:in zu entsenden („Drittelbeteiligung“).

## Verpflichtende Frauenquote in großen Unternehmen

Mit 1.1.2018 trat das Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat in Kraft. In Anlehnung an die deutsche Regelung ist der Mindestanteil von 30 Prozent Frauen bzw. Männern im Aufsichtsrat insgesamt zu erfüllen, also unter Berücksichtigung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat. Es müssen allerdings folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit die verpflichtende Minderheitsquote für Kapitalvertreter:innen im Aufsichtsrat zur Anwendung kommt (regelmäßig wird es sich hierbei um eine Frauenquote handeln):

- börsennotiertes oder großes Unternehmen mit mehr als 1.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern;
- Aufsichtsrat muss aus mindestens sechs Kapitalvertreterinnen bzw. -vertretern bestehen;
- mindestens 20 Prozent des Minderheitsgeschlechts in der Belegschaft.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so ist diese Quote ab 2018 bei Neubestellungen verpflichtend einzuhalten. Als Sanktion bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Regelung bleibt das Mandat unbesetzt („leerer Stuhl“). Eine parallele Regelung gibt es im Arbeitsverfassungsgesetz<sup>22</sup>. Zur Entsendung von Arbeitnehmer:innenvertreterinnen bzw. -vertretern in den Aufsichtsrat vgl. S. 58 f.

## Richtlinienumsetzung bis 28. Dezember 2024

Die Bundesregierung hat bis zum 28. Dezember 2024 die Richtlinie (EU) 2022/2381 zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Männern und Frauen unter den Direktor:innen von börsennotierten Gesellschaften umzuset-

zen. Demnach haben börsennotierte Gesellschaften bis zum 30.6. 2026 folgende Ziele zu erreichen:

- Mindestens 40 % aller Aufsichtsratsmitglieder sind Frauen bzw. Männer, oder
- Mindestens 33 % Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sind Frauen bzw. Männer.

Nach einem Vorschlag des für die Umsetzung zuständigen BM für Justiz soll den börsennotierten Gesellschaften eine Wahlmöglichkeit eingeräumt werden. Die bisherige Quotenregelung des § 86 Abs. 7 AktG soll weiterhin unverändert für Unternehmen, in denen dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer:innen beschäftigt sind, gelten.

### **Aufgaben des Aufsichtsrates**

Der Aufsichtsrat ist das Kontrollorgan in Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) und hat als Hauptaufgabe die Überwachung der Geschäftsführung.

Zunächst ein kurzer Überblick über die Aufgaben des Aufsichtsrates – soweit dem Aufsichtsrat Aufgaben nur in der AG zukommen, ist dies in der Übersicht in Klammer angeführt:

- **Überwachung der Geschäftsführung,**
- **Zustimmung zu besonders wichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen** (= zustimmungspflichtige Geschäfte),
- **Bestellung und Abberufung des Vorstandes** (nur AG),
- **Überprüfung des Jahresabschlusses,**
- **Feststellung des Jahresabschlusses** (nur AG),
- **Einberufung einer außerordentlichen Haupt- bzw. Generalversammlung,** wenn dies zum Wohl der Gesellschaft erforderlich ist.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

→ Der Aufsichtsrat hat einerseits die Aufgabe, rückblickend zu kontrollieren, ob der Vorstand seine Geschäftsführung ordnungsgemäß wahrgenommen hat, andererseits präventiv beratend dem Vorstand zur Seite zu stehen, wenn außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen für das Unternehmen getroffen werden müssen.

Die Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat kann mittels einer Vielzahl von Überwachungsinstrumenten ausgeübt werden. Grundsätzlich erstreckt sich die Kontrollpflicht des Aufsichtsrates auf die

- Rechtmäßigkeit,
- Zweckmäßigkeit,
- wirtschaftliche Richtigkeit,
- sozialen Auswirkungen einer Geschäftsführungsmaßnahme.

Die Effizienz der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand bzw. Geschäftsführer hängt stark von den Eigentümerstrukturen in der Gesellschaft ab: Nur wenn der Eigentümer selbst an einer effizienten Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat interessiert ist, wird er den Aufsichtsrat so besetzen bzw. die Kapitalvertreter:innen dort so auswählen, dass dieses Gremium tatsächlich Kontrollfunktion ausüben kann.

Besonders wichtig im Rahmen der Präventivkontrolle bzw. beratenden Funktion des Aufsichtsrates sind die zustimmungspflichtigen Geschäfte. Folgende Geschäftsführungsmaßnahmen dürfen in AG und GmbH vom Vorstand bzw. von der Geschäftsführung nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates durchgeführt werden (vgl. § 95 Abs. 5 AktG bzw. § 30j Abs. 5 GmbHG)<sup>23</sup>:

- Erwerb und Veräußerung von **Beteiligungen**,
- Erwerb, Veräußerung, Stilllegung von **Unternehmen und Betrieben**,
- Erwerb, Veräußerung und Belastung von **Liegenschaften**,
- Errichtung und Schließung von **Zweigniederlassungen**,

- **Investitionen**, die bestimmte Anschaffungskosten im Einzelnen und in einem Geschäftsjahr übersteigen (Betragsgrenze muss festgesetzt werden),
- **Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten**, die einen bestimmten Betrag im Einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen (Betragsgrenze muss festgesetzt werden),
- **Gewährung von Darlehen und Krediten**, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören (Betragsgrenze muss festgesetzt werden),
- Aufnahme und Aufgabe von **Geschäftszweigen** und **Produktionsarten**,
- Festlegung **allgemeiner Grundsätze** der Geschäftspolitik,
- Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von **Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen** und **Pensionszusagen** an leitende Angestellte,
- Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft an Arbeitnehmer:innen und leitende Angestellte sowie an Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats von verbundenen Unternehmen (nur AG),<sup>24</sup>:
- **Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats**, durch die sich die Aufsichtsratsmitglieder – außerhalb ihrer Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder – gegenüber dem Unternehmen selbst oder einer Tochtergesellschaft zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringes Entgelt verpflichten,
- Erteilung der **Prokura** (nur AG),
- die Übernahme einer leitenden Stellung in der Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren durch die bzw. den Abschlussprüfer:in,
- Maßnahmen in Bezug auf die elektronische Teilnahme von Aktionärinnen bzw. Aktionären an der Hauptversammlung (nur AG),
- Antrag auf Zulassung von Aktien der Gesellschaft zum Handel an einer anerkannten Börse sowie der Antrag auf Widerruf einer solchen Zulassung (nur AG).

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

→ **Hinweis:** Über den Rahmen der bereits durch Gesetz festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte hinaus können sowohl durch den Gesellschaftsvertrag/Satzung wie auch durch den Aufsichtsrat weitere Arten von Geschäften an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden werden. Dies bedeutet, dass sowohl die Eigentümer als auch der Aufsichtsrat selbst das Gewicht der Aufsichtsratskontrolle in einer Gesellschaft noch erhöhen können.

Soweit im Einzelnen diese zustimmungspflichtigen Geschäfte erst ab einer bestimmten Betragsgrenze dem Aufsichtsrat vorzulegen sind, sind solche Betragsgrenzen durch den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung (in der AG ersatzweise auch durch den Aufsichtsrat) festzusetzen. Die Betragsgrenzen sollten so gewählt werden, dass sichergestellt ist, dass für die Gesellschaft außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen jedenfalls nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates erfolgen.

Die **Stellung des Aufsichtsrates** ist in den verschiedenen Kapitalgesellschaften **unterschiedlich geregelt:**

- Die weitestgehenden Kontrollmöglichkeiten hat der Aufsichtsrat in der AG.
- In der GmbH ist die Bedeutung des Aufsichtsrates in mehrfacher Weise eingeschränkt: Zum einen ist nicht jede GmbH gesetzlich aufsichtsratspflichtig, zum anderen werden wesentliche Kontrollaufgaben in der GmbH von der Generalversammlung wahrgenommen (z. B. Feststellung des Jahresabschlusses, Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer:innen). Wurde jedoch – wenn auch freiwillig – ein Aufsichtsrat in der GmbH errichtet, so hat er bis auf die soeben angeführten Ausnahmen grundsätzlich ähnlich weitreichende Überwachungsrechte wie der Aufsichtsrat in der AG. An die gesetzliche Pflicht zur Errichtung eines Aufsichtsrates sind überdies auch weitergehende Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Rechnungslegung geknüpft: Der Jahresabschluss und der Lagebericht von „kleinen“ GmbHs (vgl. § 221 UGB) sind nicht der Pflichtprüfung durch eine:n Abschlussprüfer:in unterworfen. Diese Prüfpflicht besteht aber dann schon, wenn eine „kleine“ GmbH gesetzlich aufsichtsratspflichtig ist.<sup>25</sup>

Sachliche Reichweite der Aufsichtsratskontrolle			
	AG	GmbH/ FlexKapG	Gen
Bestellung des Geschäftsführungorgans (GF, V)	AufR	GV	GV oder AufR
Feststellung des Jahresabschlusses	AufR	GV	GV
Bestimmung weiterer zustimmungspflichtiger Geschäfte	AufR, HV	AufR, GV	AufR, GV
Einfluss der Gesellschafter (HV, GV) auf Geschäftsführung	Kein Weisungsrecht	Weisung möglich	Weisung möglich
<i>GV = Generalversammlung (GmbH)    GF = GeschäftsführerIn (GmbH)</i> <i>HV = Hauptversammlung (AG)        V = Vorstand (AG)</i> <i>AufR = Aufsichtsrat</i>			

## Aufsichtsrat in der Genossenschaft

Obwohl genossenschaftlich organisierte Unternehmen zu den größten Wirtschaftsunternehmen des Landes zählen und tausende Arbeitnehmer:innen beschäftigen, wurde der genossenschaftliche Aufsichtsrat über Jahre hinweg vernachlässigt. Das **Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008** (URÄG 2008) hat im Genossenschaftsgesetz eine dem Aktien- und GmbH-Recht vergleichbare Regelung betreffend die innere Ordnung des Aufsichtsrats eingeführt.

Die Unternehmensführung und -kontrolle der Genossenschaft erfährt dadurch eine wesentliche Stärkung, und für die Mitglieder des Aufsichtsrats bedeutet dies mehr Transparenz und Information.

Außerdem wurde die Zweckverfolgung nationaler Genossenschaften mit dem Hinweis auf das Statut der Europäischen Genossenschaft auf soziale Zwecke

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

ausgeweitet. **Wesentliche Bestimmungen** den Aufsichtsrat der Genossenschaft betreffend sind:

Für die Flexible Kapitalgesellschaft gelten die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes subsidiär. Die Aufsichtsratspflicht ist allerdings deutlich früher gegeben (ab mittelgroßer FlexKapG).

- Der Genossenschaftsvertrag kann die Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat vorsehen.
- Aufsichtsratspflichtige Genossenschaften (ab 40 Arbeitnehmer:innen) haben ein den Anforderungen des Unternehmens entsprechendes internes Kontrollsystem einzurichten.
- Jährliche Berichtspflicht des Vorstands über grundsätzliche Fragen der Geschäftspolitik einschließlich Vorscheurechnung an den Aufsichtsrat; weiters vierteljährliche Berichterstattung an den Aufsichtsrat (Quartalsberichte) sowie Sonderberichte bei wichtigem Anlass.
- Niederschrift über Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats.
- Umlaufbeschlüsse sind nur zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht.
- Der Aufsichtsrat hat mindestens vierteljährlich Sitzungen abzuhalten.
- Jedes Aufsichtsratsmitglied kann eine Aufsichtsratssitzung verlangen.
- Zustimmungspflichtige Geschäfte analog dem Recht der AG mit Ausnahme der Gewährung von Aktienoptionen und Maßnahmen in Bezug auf die elektronische Teilnahme von Aktionärinnen und Aktionären an der Hauptversammlung.

## Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates

Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe hat der Gesetzgeber dem Aufsichtsrat in der AG, GmbH und Genossenschaft mehrere rechtliche Überwachungsinstrumente in die Hand gegeben.

### **Informationspflichten des Vorstandes/der Geschäftsführer:innen**

Der Vorstand, die Geschäftsführung hat dem Aufsichtsrat einmal jährlich über die künftige Geschäftspolitik und die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (Vorschaurechnung) zu berichten, weiters regelmäßig, mindestens vierteljährlich, über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorschaurechnung (Quartalsberichte).

Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, müssen ebenfalls dem Aufsichtsrat unverzüglich berichtet werden (Sonderbericht).

Der Jahresbericht und die Quartalsberichte sind schriftlich zu erstatten, sie sind jedem Aufsichtsratsmitglied auszuhändigen. In der Genossenschaft können die Quartalsberichte auch mündlich erläutert werden. Die Sonderberichte sind schriftlich oder mündlich zu erstatten.

Neben der periodischen Berichterstattung hat der Vorstand auch die Pflicht, bei wichtigen Anlässen an die bzw. den Aufsichtsratsvorsitzende:n Bericht zu erstatten. Diese:r hat sodann die Berichte an den Gesamtaufsichtsrat weiterzuleiten. Je nach Dringlichkeit der Angelegenheit kann auch eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einberufen werden.

Kommt der Vorstand seiner Informationspflicht nicht nach, so kann er gemäß § 258 AktG mit einer Zwangsstrafe bis zu € 3.600,- belegt werden.

### **Auskunftsrecht des Aufsichtsrates von AG, GmbH, Gen**

Der Aufsichtsrat kann vom Vorstand, von der Geschäftsführung jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu den Konzernunternehmen verlangen.

Auch ein einzelnes Mitglied kann einen Bericht, jedoch nur an den gesamten Aufsichtsrat, verlangen; lehnt der Vorstand die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nur dann verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt<sup>26</sup>.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Da es im Aufsichtsrat immer zumindest zwei Arbeitnehmervertreter:innen gibt, ist dieses Auskunftsrecht aus der Sicht der Arbeitnehmer:innen ein zentrales Minderheitsrecht. Die oder der Aufsichtsratsvorsitzende kann einen Bericht auch ohne Unterstützung eines anderen Aufsichtsratsmitgliedes verlangen.

Das Auskunftsrecht des Aufsichtsrates erstreckt sich grundsätzlich auf **alle Angelegenheiten** der Gesellschaft und die organisatorischen, finanziellen, personellen Beziehungen zu Konzernunternehmen.

In diesem Zusammenhang muss betont werden, dass der Vorstand grundsätzlich die Pflicht hat, sämtliche Informationen umfassend und wahrheitsgemäß an den Aufsichtsrat zu erstatten – **eine Geheimhaltungssphäre zwischen Aufsichtsrat und Vorstand/Geschäftsführung gibt es nicht<sup>27</sup>**.

Kommt der Vorstand einem Auskunftsverlangen des Aufsichtsrates nicht nach, so trifft ihn die Strafsanktion des § 258 AktG (Zwangsstrafe bis zu € 3.600,-). Im GmbH-Gesetz gibt es gleichlautende Strafbestimmungen (vgl. § 122 und 125 GmbHG).

## Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrates

Der Aufsichtsrat kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Geschäftskassa und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen; er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen<sup>28</sup>.

Das Einsichts- und Prüfungsrecht wird wohl erst dann relevant werden, wenn der Aufsichtsrat aufgrund der Berichterstattung des Vorstandes Anlass hat, weitergehende Überwachungsschritte zu setzen. Im Allgemeinen wird einer solchen selbstständigen Einsicht oder Prüfung durch den Aufsichtsrat ein Misstrauen gegenüber der Geschäftsführung zugrunde liegen. Die Wahrnehmung dieses Rechts erfordert einen Mehrheitsbeschluss des Aufsichtsrats.

## Zustimmungspflichtige Geschäfte

Im Rahmen der zustimmungspflichtigen Geschäfte kann der Aufsichtsrat entsprechend an für die Unternehmenszukunft wichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen teilnehmen.

Die Verweigerung der Zustimmung des Aufsichtsrates zu einer vom Vorstand bzw. von der Geschäftsführung geplanten Maßnahme bzw. die Knüpfung der Zustimmung an bestimmte Bedingungen ist ein wichtiges rechtliches Instrument des Aufsichtsrates, um seiner Überwachungsaufgabe und Beratungsfunktion gerecht zu werden (siehe oben S. 28).

### **Beziehung von Sachverständigen**

Der Aufsichtsrat hat die Möglichkeit, Sachverständige und Auskunftspersonen zur Beratung über einzelne Gegenstände beizuziehen. Ist also in bestimmten Angelegenheiten die Expertise einer oder eines Sachverständigen erforderlich, so kann der Aufsichtsrat darüber einen Beschluss fassen. Nicht vorgesehen ist allerdings, dass der Aufsichtsrat sich bei seiner Tätigkeit ständig und unabhängig von bestimmten Aufgaben durch Sachverständige beraten lässt, da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Aufsichtsratsmitglieder selbst die erforderliche Kompetenz zur Bewältigung der Überwachungsaufgabe mitbringen.

### **Einberufung der Haupt-/Generalversammlung durch den Aufsichtsrat**

Der Aufsichtsrat hat eine Haupt-/Generalversammlung einzuberufen, wenn dies das Wohl der Gesellschaft erfordert und der Vorstand, die Geschäftsführung nicht bereit ist, eine solche Einberufung vorzunehmen<sup>29</sup>. Dieses Recht des Aufsichtsrates wird aber wohl nur dann in Anspruch genommen werden, wenn es bereits schwerwiegende Meinungsverschiedenheiten zwischen Aufsichtsrat und Geschäftsführung gibt und der Aufsichtsrat eine Einschaltung der Eigentümerin oder des Eigentümers für unerlässlich hält<sup>30</sup>. Neben der Einschaltung der Eigentümerin oder des Eigentümers bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vorstand/Geschäftsführung und Aufsichtsrat hat der Aufsichtsrat (allerdings nur in der AG) als ultima ratio (letztes Mittel) noch die Möglichkeit, bei groben Pflichtverletzungen den Vorstand vorzeitig aus wichtigem Grund aus seiner Funktion abzurufen.

Diese Möglichkeit zur Abberufung des Vorstandes besteht allerdings nur in der AG, da in der GmbH die Abberufung der Geschäftsführerin bzw. des Geschäftsführers durch die Generalversammlung zu erfolgen hat. In der GmbH ist somit

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

bei groben Pflichtverletzungen der Geschäftsführerin bzw. des Geschäftsführers die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung durch den Aufsichtsrat das entsprechende Mittel zur Wahrnehmung der Kontrollpflicht.

In der Genossenschaft sind die Regelungen etwas komplexer. Sieht der Genossenschaftsvertrag die Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat vor, so kann er auch vorsehen, dass dessen Bestellung vom Aufsichtsrat aus wichtigem Grund widerrufen werden kann. Der Aufsichtsrat der Genossenschaft hat auch die Möglichkeit – ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes –, Vorstandsmitglieder vorläufig, d. h. bis zur Entscheidung der unverzüglich einzuberufenden Generalversammlung, zu suspendieren. Die Generalversammlung kann Vorstandsmitglieder ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen.

## **Bericht des Aufsichtsrates an die Haupt-/Generalversammlung**

Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss, einen allfälligen Konzernabschluss, den Vorschlag für die Gewinnverteilung sowie den Lagebericht und den allfälligen Konzernlagebericht zu prüfen und der Hauptversammlung darüber zu berichten<sup>31</sup>. In dem Bericht hat der Aufsichtsrat mitzuteilen, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Gesellschaft während des Geschäftsjahres geprüft hat, welche Stelle den Jahresabschluss und den Geschäftsbericht geprüft hat und ob diese Prüfungen nach ihrem abschließenden Ergebnis zu wesentlichen Beanstandungen Anlass gegeben haben. In Genossenschaften hat der Aufsichtsrat ebenfalls die Bilanzen und allfällige Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Im Rahmen dieses Berichtes an die Hauptversammlung kann der Aufsichtsrat grundsätzlich auch über allfällige Beanstandungen im Zuge der allgemeinen Überwachungstätigkeit berichten und auch Kritik an der Geschäftsführung üben, soweit dies im Einzelfall als angemessenes Mittel zur Kontrolle der Geschäftsführung angesehen werden kann.

## Maßnahmen des Aufsichtsrates zur Mängelbehebung

Zusammenfassend können unter anderem folgende Maßnahmen des Aufsichtsrates zur Abstellung von Mängeln in der Geschäftsführung angeführt werden:

- **Auskunftsverlangen** an Vorstand/Geschäftsführung,
- ausdrückliche **Kritik** an bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen,
- **Aufforderung**, Mängel zu beheben,
- **Vorschläge** zur Verbesserung,
- **Verweigerung der Zustimmung** zu einer Geschäftsführungsmaßnahme,
- **Verweigerung der Billigung des Jahresabschlusses** (nur bei Mängeln in der Rechnungslegung, nur in der AG),
- **Einberufung einer außerordentlichen Haupt-/Generalversammlung**,
- vorzeitige **Abberufung des Vorstandes** aus wichtigem Grund (AG).

## Individuelle Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Von den Rechten, die der Gesetzgeber dem Gesamtaufsichtsrat als Organ eingeräumt hat, sind jene Rechte und Pflichten zu unterscheiden, die das einzelne Aufsichtsratsmitglied treffen.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass jedes Aufsichtsratsmitglied für sein Verhalten im Rahmen des Organs Aufsichtsrat persönlich verantwortlich ist und haftbar gemacht werden kann. Demnach müssen Aufsichtsratsmitglieder – und zwar jedes einzelne Mitglied – dafür Sorge tragen, dass das Gesamtorgan seinen gesetzlichen Auftrag erfüllt.

Dabei sind insbesondere folgende **Rechte und Pflichten** in Betracht zu ziehen:

- Die Aufsichtsratsmitglieder haben das Recht – aber auch die Pflicht – zur **Teilnahme an allen Sitzungen des Aufsichtsrates**. Dieses Recht muss durch rechtzeitige Einladung zu den Sitzungen gewahrt werden.
- Weiters hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, die **Einberufung einer außerordentlichen Aufsichtsratssitzung** unter Angabe des Zwecks und der Gründe vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu verlangen. Die Sitzung muss binnen

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

zwei Wochen nach der Einberufung stattfinden. Wird einem von mindestens **zwei** Aufsichtsratsmitgliedern geäußerten Verlangen nicht entsprochen, so können die Antragsteller:innen unter Mitteilung des Sachverhalts **selbst** den Aufsichtsrat **einberufen**<sup>32</sup>.

- Weiters haben Aufsichtsratsmitglieder das Recht auf **Aushändigung der Protokolle** über die Aufsichtsratssitzungen<sup>33</sup>.
- Auch auf **Aushändigung des Jahresabschlusses und des Prüfungsberichtes der Abschlussprüferin bzw. des Abschlussprüfers** besteht ein Rechtsanspruch<sup>34</sup>.
- In der **AG** besteht außerdem ein **Recht der Aufsichtsratsmitglieder auf Teilnahme an der Hauptversammlung**. In der GmbH besteht ein Rechtsanspruch auf Teilnahme an der Generalversammlung nur, wenn diese durch den Aufsichtsrat zum Wohle der Gesellschaft einberufen wurde sowie in jener Generalversammlung, in welcher die bzw. der Abschlussprüfer:in gewählt wird. In der AG können Aufsichtsratsmitglieder darüber hinaus die Zusendung der Tagesordnung für die Hauptversammlung sowie die Übermittlung der Hauptversammlungsbeschlüsse verlangen<sup>35</sup>. In der GmbH besteht Einsichtsrecht in die Niederschriften über alle Gesellschafterbeschlüsse<sup>36</sup>.
- Aufsichtsratsmitglieder haben auch das Recht auf Beratung durch sachkundige Dritte außerhalb der Sitzung – allerdings auf eigene Kosten. Dieses Recht besteht nur insoweit, als dem Aufsichtsratsmitglied das Spezialwissen objektiv gesehen nicht zumutbar ist und nur Personen herangezogen werden, die entweder einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen oder bei denen durch entsprechende Vereinbarung sichergestellt ist, dass die beigezogene Person einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Demnach sind Arbeitnehmervertreter:innen berechtigt, ihre Interessenvertretung (AK, ÖGB) in einzelnen Fällen zur Beratung heranzuziehen<sup>37</sup>.
- Für die Mitglieder des Aufsichtsrats in der Genossenschaft gelten seit 2008 im Wesentlichen die gleichen Bestimmungen wie für den Aufsichtsrat der AG und GmbH.

- Ein Anspruch auf finanzielle Vergütung der Aufsichtsratsstätigkeit besteht nur für Kapitalvertreter:innen. Arbeitnehmervertreter:innen üben das Aufsichtsratsmandat gemäß § 110 ArbVG ehrenamtlich aus. Sie haben Anspruch auf Ersatz der angemessenen Barauslagen<sup>38</sup>.

### **Sorgfalt und Verantwortung**

Die Bestimmungen über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit für Vorstände und Geschäftsführer:innen gelten sinngemäß auch für Aufsichtsratsmitglieder. Daher ist auch die Richtlinienbestimmung des § 70 AktG als Maßstab für Aufsichtsratsmitglieder relevant:

Der Aufsichtsrat hat seine Überwachungsaufgabe zum Wohl des Unternehmens wahrzunehmen, unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer:innen und öffentlicher Interessen. An dieser Richtlinie sollten sich auch Aufsichtsratsmitglieder anderer Rechtsformen (GmbH, FlexKapG, Gen, Privatstiftung, Verein) orientieren, wenngleich das GmbH-Recht keine analoge Regelung vorsieht<sup>39</sup>.

Jedes Aufsichtsratsmitglied haftet persönlich mit seinem gesamten Privatvermögen für Schäden, die es durch rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten verursacht hat. Die Haftung setzt also ein objektiv pflichtwidriges Handeln oder aber auch Unterlassen und die Verletzung der gebotenen Sorgfalt voraus.

- Da auch das Unterlassen einer notwendigen Handlung zur Haftung führen kann, trifft das Aufsichtsratsmitglied entsprechende Verpflichtungen, aktiv an der Überwachung mitzuwirken bzw. diese zu veranlassen.
- Auch das Unterlassen der gebotenen Mitwirkung im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit kann somit schadenersatzrechtliche Konsequenzen haben. Für Arbeitnehmervertreter:innen bedeutet dies insbesondere, dass sie ihr betriebliches Wissen um die tatsächlichen Vorgänge im Unternehmen im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit entsprechend einsetzen müssen, um eine effiziente Überwachung zu gewährleisten und ihrer Sorgfaltspflicht Genüge zu tun.
- Darüber hinaus ist jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied verpflichtet, über alle Angelegenheiten der Geschäftsführung bzw. dem Aufsichtsrat vorgelegte zu-

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

stimmungspflichtige Geschäfte entsprechende Informationen einzuholen, Berichte zu verlangen, Unklarheiten zu bereinigen, damit eine sorgfältige Beschlussfassung ermöglicht wird.

Die bisher ergangenen Entscheidungen des OGH zu Fragen der Aufsichtsratsverantwortung haben strenge Maßstäbe für die Sorgfaltspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern aufgestellt<sup>40</sup>.

Nach der **Rechtsprechung** haften **Aufsichtsratsmitglieder** für den Mangel „jener Sorgfalt, die man von einem ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglied nach der besonderen Lage des Einzelfalles verlangen kann, d. h. von einem Menschen, der in geschäftlichen und finanziellen Dingen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen besitzt als ein durchschnittlicher Kaufmann, und die Fähigkeit hat, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen“.

Nach einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2002<sup>41</sup> muss tatsächlich jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrates die Fähigkeit haben, die Vorgänge in dem konkreten Unternehmen sachgerecht zu beurteilen. Besteht im Einzelfall die Notwendigkeit, weiteres Fachwissen zur Entscheidungsfindung einzubringen, so kann bzw. muss der Aufsichtsrat als Gesamtorgan auf Kosten der Gesellschaft auch Sachverständige beiziehen.

Der OGH betont, dass die Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls die Fähigkeit besitzen müssen, die Berichte mit entsprechender Sachkenntnis aufzunehmen, um daraus die richtigen Schlüsse für die zu treffenden Entscheidungen über Geschäftsführungsmaßnahmen ziehen zu können.

Hinsichtlich der Prüfpflicht des Aufsichtsrats bezüglich des Jahresabschlusses entschied der OGH, dass der durch die bzw. den Abschlussprüfer:in mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehene Jahresabschluss durch den Aufsichtsrat nicht neuerlich einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen ist<sup>42</sup>. Nur wenn sich für ein sorgfältiges Aufsichtsratsmitglied Verdachtsmomente für die Unrichtigkeit eines Berichtes der Geschäftsleitung ergeben, ist dem nachzugehen. Im konkreten Fall ging es darum, dass in der Bilanz einer Bank Bargeldreserven ausgewiesen waren, die real nicht existierten. Die Prüfberichte ver-

zeichneten stichprobenartige Überprüfungen, die keine Beanstandungen ergaben.

Die Aufsichtsratsratmitglieder haften solidarisch für Schäden, die sie der Gesellschaft rechtswidrig und schuldhaft zugefügt haben. Unterschiedliche Verschuldensgrade spielen deshalb erst beim internen Schadensausgleich zwischen den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats eine Rolle. Wird ein Aufsichtsratsmitglied auf Schadenersatz geklagt, so hat es zu beweisen, dass es die erforderliche Sorgfalt angewendet hat<sup>43</sup>.

→ Zusammenfassend ist zu betonen, dass jedes Aufsichtsratsmitglied für sein persönliches Verhalten haftet und verantwortlich ist und daher tunlichst jedes Mitglied für sich sämtliche Mittel zur Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung einsetzen soll und muss, um dem strengen gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab gerecht zu werden.

Die Gesellschaft selbst hat den Schaden und die Verursachung durch das Aufsichtsratsmitglied zu behaupten und zu beweisen<sup>44</sup>. Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Aufsichtsratsmitglieder verjähren in fünf Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers.

Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder vermindert werden. Auch das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz findet nach herrschender Meinung auf Mitglieder des Aufsichtsrates keine Anwendung (vor allem auch nicht auf Arbeitnehmervertreter:innen).

Auch durch Passivität und das Unterlassen von geeigneten Überwachungsschritten können der Gesellschaft Schäden entstehen, für die das Aufsichtsratsmitglied sodann einzustehen hat.

In der Praxis kommt es selten zu Haftungsprozessen gegen Aufsichtsratsmitglieder. Dies mag unter anderem daran liegen, dass Unternehmen den mit einem solchen Verfahren einhergehenden Imageverlust für das Unternehmen fürchten und außerdem vielfach die Einbringlichkeit eines Schadenersatzes bei den Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund der Schadenshöhe nicht zu erwarten ist.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Beispiele in jüngster Vergangenheit haben aber gezeigt, dass vor allem im Konkursfall durchaus auch Aufsichtsratsmitglieder Schadenersatzklagen ausgesetzt sind. Im Konkursfall treten dann entweder geschädigte Gläubiger oder die bzw. der Masseverwalter:in als Kläger auf.

Jedenfalls sollte man bei der sorgfältigen Wahrnehmung der Aufgaben als Aufsichtsratsmitglied auf mögliche Haftungsfolgen Bedacht nehmen (mehr zur Haftung des Aufsichtsrats siehe auch Kapitel „Haftung“).

→ Wie jedes Kollegialorgan braucht auch der Aufsichtsrat eine:n Sitzungsleiter:in, die bzw. den Aufsichtsratsvorsitzende:n. Der Aufsichtsrat hat aus seiner Mitte eine:n Vorsitzende:n und mindestens eine:n Stellvertreter:in zu wählen. Diese Wahl erfolgt mit „doppelter Mehrheit“ (d. h. sowohl Mehrheit der gesamten Aufsichtsratsmitglieder als auch Mehrheit der Kapitalvertreter:innen)<sup>45</sup>.

## **Gesetzliche Verankerung der „Business Judgement Rule“**

Mit 1. 1. 2016 wurde die sogenannte „Business Judgement Rule“ gesetzlich verankert. Der aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammende Sorgfaltsmaßstab soll mehr Klarheit in Bezug auf die Haftung für Unternehmensorgane bringen. Da für Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfaltspflichten des Vorstands analog gelten, kommt die „Business Judgement Rule“ auch für sie zur Anwendung<sup>46</sup>.

§ 84 Abs. 1a AktG lautet: „Ein Vorstandsmitglied handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ (analog § 25 Abs. 1a GmbH-Gesetz).

Dem Management nahe Juristinnen bzw. Juristen sind der Meinung, dass durch das Wort „jedenfalls“ im neuen Abs. 1a der Charakter des „sicheren Hafens“ (keine Haftungsansprüche) zum Ausdruck komme, sofern der Vorstand auf relevanter Informationsbasis und ohne Interessenkonflikt für das Unternehmenswohl handelt. Andere Rechtsmeinungen hegen hingegen Zweifel darüber, sodass letztlich

der Oberste Gerichtshof (OGH) im Anlassfall über die Auslegung der „Business Judgement Rule“ entscheiden wird.

Auch wenn andere vergleichbare Rechtsformen (z. B. Genossenschaften, Sparkassen, Europäische AG oder Privatstiftungen) ein solche Regelung nicht gesetzlich verankert haben, ist aller Voraussicht nach davon auszugehen, dass die „Business Judgement Rule“ auch hier anzuwenden ist.

## **Geschäftsordnung des Aufsichtsrates**

### **Aufsichtsratsvorsitzende:r**

Die bzw. der Aufsichtsratsvorsitzende ist verpflichtet, die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten und die **Sitzungsleitung** zu übernehmen, insbesondere hat sie/er die **Tagesordnung** zu erstellen, die rechtzeitige **Einladung** der Aufsichtsratsmitglieder vorzunehmen, als **Sprachrohr** des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand und Dritten aufzutreten und hat insgesamt dafür zu sorgen, dass die Aufsichtsratsstätigkeit den gesetzlichen Vorgaben entsprechend organisiert wird.

Die bzw. der Aufsichtsratsvorsitzende ist aber ansonsten im Verhältnis zu den anderen Aufsichtsratsmitgliedern gleichberechtigt und diesen nicht übergeordnet. Allerdings kann der/dem Vorsitzenden durch die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag bei Stimmengleichheit ein Dirimierungsrecht eingeräumt werden, d. h. ihre bzw. seine Stimme gibt im Fall von Stimmengleichstand den Ausschlag.

Ansonsten hat die Stimme der oder des Vorsitzenden nicht mehr Gewicht als die der anderen Aufsichtsratsmitglieder. In der Praxis haben Aufsichtsratsvorsitzende allerdings sehr häufig de facto sehr großen Einfluss auf die Entscheidungen des Aufsichtsrates.

### **Aufsichtsratssitzung**

#### » **Anzahl**

Das Gesetz schreibt mindestens vier Aufsichtsratssitzungen pro Geschäftsjahr vor. Die Sitzungen haben vierteljährlich stattzufinden.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

## » Einberufung I

Die Aufsichtsratssitzung ist von der bzw. vom Vorsitzenden unter Bekanntgabe der Tagesordnung so rechtzeitig einzuberufen, dass die Aufsichtsratsmitglieder ausreichend Gelegenheit haben, sich auf die Sitzung vorzubereiten.

Die Einberufung ist an keine Form gebunden, muss daher nicht unbedingt schriftlich erfolgen. Häufig enthält die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates Regelungen über die Form der Einberufung. Auch eine Einberufungsfrist ist vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, jedoch ist die/der Aufsichtsratsvorsitzende verpflichtet, den Zeitraum je nach Umfang der Tagesordnung und Dringlichkeit bzw. notwendigen Vorbereitungsschritten der Aufsichtsratsmitglieder angemessen zu wählen. Es besteht auch die Möglichkeit, die Einberufungsfrist in der Geschäftsordnung ausdrücklich zu regeln. Die Einberufung sollte keinesfalls später als zwei Wochen vor Sitzungstermin erfolgen<sup>47</sup>.

## » Außerordentliche Aufsichtsratssitzung

Auf Verlangen eines Aufsichtsratsmitgliedes oder des Vorstandes bzw. der Geschäftsführerin bzw. des Geschäftsführers unter Angabe des Zwecks und der Gründe hat die/der Vorsitzende unverzüglich eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einzuberufen, die binnen zwei Wochen nach Beantragung durchzuführen ist.

Kommt die/der Aufsichtsratsvorsitzende diesem Verlangen nicht nach, so können (und müssen, wenn es erforderlich ist) die antragstellenden Aufsichtsratsmitglieder selbst den Aufsichtsrat einberufen, wenn mindestens zwei Aufsichtsratsmitglieder (gleich ob Arbeitnehmer:innen- oder Kapitalvertreter:innen) die außerordentliche Sitzung verlangt haben. Die Sitzungsleitung in der außerordentlichen Aufsichtsratssitzung obliegt dennoch der bzw. dem Aufsichtsratsvorsitzenden.

## » Tagesordnung

Gleichzeitig mit der Einberufung der Aufsichtsratssitzung hat die/der Vorsitzende auch die Tagesordnung, also die Aufstellung der einzelnen Verhandlungs- und Beschlussgegenstände der Sitzung zu übermitteln. Darüber hinaus ist sie/er ver-

pflichtet, sämtliche Unterlagen, die zu einer ordnungsgemäßen Vorbereitung auf die Verhandlungsgegenstände erforderlich sind, ebenfalls zu übersenden.

Tischvorlagen (Unterlagen, die erst bei oder nach Sitzungsbeginn vorgelegt werden) sind grundsätzlich bedenklich und sollten nur sehr eingeschränkt akzeptiert werden. Es sollte jedenfalls eine Sitzungsunterbrechung zum Studium der Unterlagen verlangt werden.

Einzelne Aufsichtsratsmitglieder können die Aufnahme von Tagesordnungspunkten von der bzw. vom Aufsichtsratsvorsitzenden verlangen (widerigensfalls kann eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einberufen werden). Der Antrag auf Aufnahme eines zusätzlichen Tagesordnungspunktes sollte aber so rechtzeitig bei der bzw. beim der Aufsichtsratsvorsitzenden eingebracht werden, dass alle Aufsichtsratsmitglieder von der Ergänzung rechtzeitig verständigt werden können.

Auch vor Sitzungsbeginn kann die Tagesordnung ergänzt werden, jedoch muss berücksichtigt werden, dass durch eine so kurzfristige Maßnahme kein Aufsichtsratsmitglied von der Teilnahme an einem allfälligen Beschluss ausgeschlossen werden sollte. Eine Ergänzung der Tagesordnung in der Aufsichtsratssitzung selbst sollte bei damit einhergehender Beschlussfassung nur in Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder erfolgen.

### » **Vorbesprechungen**

Es steht den Kapitalvertreterinnen und -vertretern ebenso wie den Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern frei, sich auf die Aufsichtsratssitzungen durch Vorbesprechungen vorzubereiten. Das Gesetz enthält keine Bestimmungen über derartige Vorbesprechungen, jedoch ist auf die Wahrung der Verschwiegenheitspflicht zu achten.

Keinesfalls dürfen durch Vorbesprechungen der Kapitalvertreter:innen Entscheidungen des Aufsichtsrates vorweggenommen werden. Zur bestmöglichen Vertretung der Arbeitnehmer:inneninteressen im Aufsichtsrat tragen Vorsprechungen der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen sicherlich bei, da ein gemeinsamer

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Standpunkt erarbeitet werden kann und auch eine gewisse Aufgabenverteilung erfolgen kann, wodurch eine effiziente Interessenvertretung erleichtert wird.

## » Teilnehmer:innenkreis

Grundsätzlich hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, aber auch die Pflicht, an allen Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen. Vorstand bzw. GeschäftsführerIn sind ebenso verpflichtet, an der Sitzung teilzunehmen, um dem Aufsichtsrat für Berichte und Anfragen zur Verfügung zu stehen. Ein Recht auf Teilnahme haben Vorstand bzw. Geschäftsführer:in jedoch nicht.

Darüber hinaus können über Beschluss des Aufsichtsrates auch Sachverständige und Auskunftspersonen an Aufsichtsratssitzungen teilnehmen, soweit dies in einzelnen Angelegenheiten erforderlich ist. Reicht der Sachverstand des Aufsichtsrates zur Beurteilung eines Problems nicht aus, ist es sogar die Pflicht eines sorgfältigen Aufsichtsrates, eine:n Sachverständige:n beizuziehen. Die Kosten der Beiziehung von Sachverständigen trägt die Gesellschaft. Bei den Aufsichtsratssitzungen, die Jahresabschluss, Lagebericht und Gewinnverteilungsvorschlag behandeln, ist jedenfalls die bzw. der Abschlussprüfer:in zuzuziehen.

## » Vertretungsmöglichkeit

Grundsätzlich sieht das Gesetz keine Möglichkeit vor, sich bei der Ausübung der Aufsichtsrats Tätigkeit vertreten zu lassen. Jedoch kann durch Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag eine Vertretung im Falle der Verhinderung eines Aufsichtsratsmitgliedes zugelassen werden.<sup>48</sup>

Derartige Satzungsregelungen sehen meist vor, dass man sich nur durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied, nicht aber durch eine aufsichtsratsfremde Person vertreten lassen kann. Grundsätzlich wäre aber auch eine Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelung möglich, die die Vertretung durch eine aufsichtsratsfremde Person zulässt. Jedenfalls hat die bzw. der Vertreter:in eine schriftliche, unterzeichnete Ermächtigung der/des Vertretenen vorzulegen. Im Rahmen des schriftlichen Umlaufbeschlussverfahrens ist eine Vertretung nicht zulässig.

### » **Beschlussfähigkeit**

Der Aufsichtsrat ist grundsätzlich beschlussfähig, wenn mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder anwesend sind. Auf dieses Erfordernis sind Arbeitnehmer:innenvertreter:innen wie Kapitalvertreter:innen gleichermaßen anzurechnen.<sup>49</sup>

Vertretene Aufsichtsratsmitglieder sind jedoch nicht mitzuzählen. Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag kann eine höhere Mindestzahl für die Beschlussfähigkeit festlegen. Die im Jahr 2005 eingeführte **Möglichkeit der Zulassung schriftlicher, telefonischer oder sonstiger vergleichbarer Stimmabgabe** (§ 92 Abs. 5 Akt bzw. § 30g Abs. 5 GmbHG) hat nichts daran geändert, dass mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder bei der Sitzung „körperlich“ anwesend sein müssen. Strittig ist, ob die Anwesenheit der/des Vorsitzenden oder einer Stellvertreterin bzw. eines Stellvertreters zur Beschlussfähigkeit von der Satzung bzw. vom Gesellschaftsvertrag vorgeschrieben werden kann.

Beschlüsse des Aufsichtsrates, die ohne Vorliegen der Beschlussfähigkeit gefasst werden, sind rechtsunwirksam.

Weitere Beschlussvoraussetzung ist die eindeutige Bezeichnung und rechtzeitige Bekanntgabe des Beschlussgegenstandes.

Ein Stimmrecht kommt in der Aufsichtsratsitzung nur den Aufsichtsratsmitgliedern bzw. im Falle satzungsmäßiger Deckung deren Vertreterinnen bzw. Vertretern zu.

Durch Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag kann der/dem Aufsichtsratsvorsitzenden im Falle der Stimmgleichheit ein **Dirimierungsrecht** eingeräumt werden.

Es gibt keine gesetzlichen Vorschriften bezüglich des Stimmrechtes von Aufsichtsratsmitgliedern bei **Interessenkollision**.

Ist ein Aufsichtsratsmitglied durch einen Beschlussgegenstand persönlich betroffen und kann daher nicht unbeeinflusst entscheiden, so sollte eine Stimmenthaltung erfolgen. Eine Interessenkollision liegt beispielsweise vor, wenn ein Aufsichtsratsmitglied sich im Rahmen seiner sonstigen Tätigkeit – z. B. als Unternehmer:in – um einen Auftrag der Gesellschaft bewirbt und sodann im Aufsichtsrat über die Auftragsvergabe mitentscheiden soll.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

In diesem Falle ist unter Umständen eine ordnungsgemäße Ausübung des Stimmrechtes im Aufsichtsrat nicht mehr gewährleistet. Allerdings besteht keine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung, sich in einem solchen Falle der Stimme zu enthalten<sup>50</sup>.

Die für das Zustandekommen eines Beschlusses erforderlichen **Beschlussmehrheiten** sind je nach Beschlussgegenstand dem Gesetz und der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag sowie der Geschäftsordnung zu entnehmen<sup>51</sup>. Wurde keine ausdrückliche Regelung getroffen, so werden Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Durch Gesetz ist insbesondere die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft sowie die Wahl der/des Aufsichtsratsvorsitzenden und der Stellvertreterin oder des Stellvertreters an eine „doppelte Mehrheit“ gemäß § 110 ArbVG gebunden.

Wie ausgeführt, sollte ein Aufsichtsratsmitglied bei der Entscheidungsfindung des Aufsichtsrats durch eine „Ja- oder Nein-Stimme“ sein Stimmverhalten klar zum Ausdruck bringen. Mittlerweile wird eine Stimmenthaltung nicht mehr so kritisch gesehen und als zulässige Form der Beteiligung gewertet (vgl. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 3. Auflage 2021 § 92, Rz, 83ff). Eine Stimmenthaltung (weder pro noch contra) sollte jedenfalls begründet und im Protokoll vermerkt werden (z.B. Stimmenthaltung aufgrund fehlender Informationen). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass eine Stimmenthaltung weder als Ja-Stimme noch als Nein-Stimme gewertet wird.

Für den **Abstimmungsvorgang** im Aufsichtsrat gilt das Gebot ausdrücklicher Beschlussfassung; dies bedeutet, dass ein klar formulierter Beschlussantrag vorliegen muss, zu dem die Aufsichtsratsmitglieder mit „Ja“ oder „Nein“ ihre Stimme abgeben können.

**Geheime Abstimmungen** sind grundsätzlich unzulässig, da wegen der persönlichen Haftung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder deren Stimmverhalten nachvollziehbar dokumentiert sein muss. Eine „unechte“ geheime Abstimmung, in der zwar den anderen Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber nicht offengelegt wird, wie die einzelnen Mitglieder abgestimmt haben, das Abstimmungsverhalten

von der bzw. vom Aufsichtsratsvorsitzenden aber dokumentiert und im Haftungsfall nachgewiesen werden kann, ist möglich.

Aufsichtsratsbeschlüsse können nicht nur in der Sitzung, sondern auch außerhalb einer Sitzung im sogenannten **Umlaufverfahren**, also schriftlich, telefonisch oder in vergleichbarer Form (z. B. per E-Mail) gefasst werden<sup>52</sup>. Dieses schriftliche Beschlussverfahren ohne Abhaltung einer Sitzung muss jedoch von der **Zustimmung aller Aufsichtsratsmitglieder** getragen sein.

Konkret räumt das Gesetz jedem Aufsichtsratsmitglied ein Widerspruchsrecht gegen dieses Verfahren ein. Widerspricht ein Aufsichtsratsmitglied, so kann der Beschluss nur in einer Aufsichtsratsitzung gefasst werden. Bei einem Umlaufbeschlussverfahren müssen sich jedenfalls mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder beteiligen, es muss also die Beschlussfähigkeit gegeben sein. Weiters muss die schriftliche, telefonische oder sonstige Äußerung der Mitglieder eindeutig sein. Ein Zusatz im Formular für den Umlaufbeschluss, dass eine etwaige Nichtäußerung als Zustimmung zum Beschluss gewertet wird, ist unzulässig.

In der Praxis sollte man als Aufsichtsratsmitglied einem Umlaufbeschlussverfahren nur zustimmen, wenn eine vorherige Diskussion des Beschlussgegenstandes in einer Sitzung nicht erforderlich erscheint bzw. ein Beschluss besonders dringend vollzogen werden muss.

Besteht hingegen zu einem Beschlussgegenstand noch Informationsbedarf bzw. will ein Aufsichtsratsmitglied selbst noch neue Aspekte zu einem Beschlussgegenstand einbringen, so sollte es dem Umlaufbeschlussverfahren widersprechen und damit eine Sitzung über den jeweiligen Beschlussgegenstand erforderlich machen.

Vom **Umlaufbeschluss** (§ 92 Abs. 3 AktG bzw. 30g Abs. 3 GmbHG, ) ist die **Stimmabgabe ohne persönliche Anwesenheit** (§ 92 Abs. 5 AktG bzw. § 30g Abs. 5 GmbHG) zu unterscheiden. Im Fall des Umlaufbeschlusses findet gar keine Sitzung statt, und jedes Mitglied kann das Zustandekommen eines Umlaufbeschlusses durch einen Widerspruch gegen diese Form der Abstimmung ohne Sitzung verhindern.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Bei einer nicht persönlichen Stimmabgabe hingegen findet eine Sitzung statt, bei der zumindest drei Mitglieder körperlich anwesend sein müssen. Einzelne – nicht körperlich anwesende – Mitglieder können ihre Stimme sodann z. B. telefonisch abgeben. Ist die nicht persönliche Form der Stimmabgabe einzelner Mitglieder durch Satzung, Gesellschaftsvertrag oder durch den Aufsichtsrat selbst zugelassen, gibt es für Aufsichtsratsmitglieder, die z. B. eine telefonische Stimmabgabe anderer Mitglieder nicht wünschen, keine Möglichkeit, dieser Form der Stimmabgabe zu widersprechen.

An Aufsichtsratssitzungen in virtueller Form werden insbesondere folgende Anforderungen gestellt:

- Es muss eine Teilnahmemöglichkeit an der Versammlung von jedem Ort aus mittels einer akustischen und optischen Zweiweg-Verbindung in Echtzeit bestehen.
- Es muss jeder bzw. jedem Teilnehmer:in möglich sein, sich zu Wort zu melden und an Abstimmungen teilzunehmen.
- Falls einzelne Teilnehmer:innen nicht über die technischen Mittel für eine akustische und optische Verbindung verfügen oder diese Mittel nicht verwenden können oder wollen, können sie akustisch, etwa telefonisch, mit der Versammlung verbunden werden. Es muss jedoch mindestens die Hälfte der teilnehmenden Aufsichtsratsmitglieder über eine Videokonferenz zugeschaltet sein.
- Gibt es Anlass zum Zweifeln an der Identität einer Teilnehmerin oder eines Teilnehmers, auch wenn diese/r nur akustisch zugeschaltet wird, ist die Identität auf geeignete Weise zu überprüfen. Eine ausreichende Stimmerkennung reicht allerdings als Identitätsnachweis.

## » **Verhandlungsort/-sprache**

Es gibt keine gesetzlichen Bestimmungen über Verhandlungsort und -sprache des Aufsichtsrates. Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag und Geschäftsordnung können Regelungen darüber treffen. Im Regelfall werden Aufsichtsratssitzungen

am Sitz der Gesellschaft abgehalten. Der Sitzungsort ist jedenfalls so zu wählen, dass kein Aufsichtsratsmitglied an der Teilnahme gehindert wird<sup>53</sup>.

Verhandlungssprache in einem österreichischen Aufsichtsrat ist grundsätzlich Deutsch. Eine andere Sprache kann nur dann gewählt werden, wenn dies aufgrund der Aufsichtsratszusammensetzung tunlich ist und ein:e unabhängige:r Dolmetscher:in von der Gesellschaft beigelegt wird.

In der Praxis kommt es vor allem in Tochtergesellschaften multinationaler Konzerne vor, dass Aufsichtsratssitzungen in Fremdsprachen abgehalten werden und eine Übersetzung entweder durch den Aufsichtsratsvorsitzenden oder sogar durch den zu überwachenden Vorstand oder die/den Geschäftsführer:in erfolgt.

Mit einer derartigen Vorgangsweise sollte man keinesfalls einverstanden sein, da diesfalls eine objektive Übersetzung nur schwer zu gewährleisten ist und überdies das mit dem Übersetzen beschäftigte Aufsichtsratsmitglied seine eigene Aufsichtsrats Tätigkeit nicht mehr mit der entsprechenden Sorgfalt ausüben kann.

### » **Protokoll**

Über die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates ist ein Protokoll anzufertigen. Dafür ist die oder der Aufsichtsratsvorsitzende zuständig, sie bzw. er hat das Protokoll auch zu unterzeichnen.

Der Mindestinhalt des Protokolls ist gesetzlich nur dürftig geregelt<sup>54</sup>, jedenfalls enthalten sein sollten Ort und Tag der Sitzung, Namen der Teilnehmer:innen, Beschlussgegenstände der Tagesordnung, wesentlicher Inhalt des Verhandlungsablaufes, sämtliche gestellten Anträge, Abstimmungen sowie auf Antrag eines einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes dessen besondere Anmerkungen oder Begründungen für Beschlussverhalten.

Ein Protokoll ist sowohl über die Sitzungen im **Gesamtaufichtsrat** als auch in den **Ausschüssen** sowie über **(Umlauf-)Beschlüsse** zu verfassen.

In der Praxis wird häufig das Protokoll nachträglich durch den Gesamtaufichtsrat mit Beschluss „genehmigt“. Dies ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, erhöht jedoch die Beweiskraft des Protokolls, da die Genehmigung zeigt, dass die Aufsichtsratsmitglieder den Sitzungsverlauf als richtig wiedergegeben erachten.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Das Protokoll ist wichtigstes Beweismittel im Haftungsfall. Es ist daher anzuraten, bedeutende Wortmeldungen protokollieren zu lassen. Ist man als Aufsichtsratsmitglied mit dem Inhalt des Protokolls nicht einverstanden, so sollte man einen Protokollberichtigungsantrag stellen bzw. die Aufnahme einer eigenen Stellungnahme verlangen.

Der Anspruch auf Aushändigung des Protokolls an jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ist zwar **nicht gesetzlich ausdrücklich verankert**, ergibt sich aber nach der herrschenden Meinung aus der umfassenden **Überwachungsaufgabe**, die ohne entsprechende Dokumentation der Sitzungsergebnisse nicht erfüllt werden könnte. Vor allem bei Haftungsprozessen ist das Protokoll wegen der Beweislastumkehr für die Aufsichtsratsmitglieder von überragender Bedeutung. Das Protokoll sollte daher von jedem Aufsichtsratsmitglied – auch über das Ende seiner Tätigkeit hinaus – sorgfältig aufbewahrt werden.

## » Aufsichtsratsausschüsse

Der Aufsichtsrat ist grundsätzlich berechtigt, aus seiner Mitte Ausschüsse zu bestellen, insbesondere zum Zweck, Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung von Beschlüssen zu überwachen. Es können aber auch Beschlussgegenstände an Ausschüsse übertragen werden, jedoch gibt es Mindestbefugnisse des Gesamtaufichtsrates, die nicht übertragbar sind:

- Überwachung der Geschäftsführung,
- Prüfung des Jahresabschlusses, Gewinnverteilungsvorschlages und Geschäftsberichtes,<sup>55</sup>
- Berichterstattung an die Hauptversammlung/Generalversammlung,
- Feststellung des Jahresabschlusses (AG),
- Einberufung der Hauptversammlung/Generalversammlung,
- Wahl und Abwahl des Vorstandes (AG),
- Wahl der bzw. des Aufsichtsratsvorsitzenden und der Stellvertreterin bzw. des Stellvertreters,
- Bildung und Auflösung von Ausschüssen,

- Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat.

Der österreichische Corporate-Governance-Kodex (siehe auch Kapitel Exkurs Österreichischer Corporate-Governance-Kodex) sieht in der Bildung qualifizierter Ausschüsse ein wichtiges Instrument zur Steigerung der Effizienz der Aufsichtsratsarbeit und der Behandlung komplexer Sachverhalte. In der Praxis werden Investitionsausschuss, Strategiausschuss und Personalausschuss gebildet.

Folgende Aufgaben können ebenfalls an **Ausschüsse** übertragen werden:

- Abschluss von Vorstandsverträgen,
- Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand,
- Ernennung des Vorstandsvorsitzenden,
- Bestimmung weiterer zustimmungspflichtiger Geschäfte,
- Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder,
- Vertretung der AG/GmbH gegenüber Vorstand/Geschäftsführer:in,
- satzungsmäßige Aufgaben.

Ob ein Aufsichtsratsausschuss eingerichtet wird bzw. welche Aufgaben einem Ausschuss zugewiesen werden, bestimmt der Gesamtaufichtsrat mit Beschluss. Jeder Aufsichtsratsausschuss muss mindestens zwei Aufsichtsratsmitglieder umfassen, die **Drittelbeteiligung** der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen ist zu gewährleisten (d. h. im Zweipersonenausschuss: 1 Arbeitnehmer:innenvertreter:in, 1 Kapitalvertreter:in).

Eine Ausnahme bezüglich der Drittelbeteiligung besteht lediglich im Falle der Bildung eines Ausschusses zur Behandlung der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern: In einem derartigen Ausschuss haben Arbeitnehmer:innenvertreter:innen kein Recht auf Sitz und Stimme.

Werden Ausschüsse gebildet, so erfolgt die **Delegierung von Arbeitnehmer:innenvertreterinnen bzw. -vertretern** in diese Ausschüsse durch Beschluss der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat. Unbedingt zu beachten ist, dass die Bildung von Ausschüssen den Gesamtaufichtsrat nicht von der Verantwortung befreit. Dies bedeutet, dass die Aufsichtsratsmitglieder dafür Sorge zu

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

tragen haben, dass im Gesamtaufsichtsrat laufend über Tätigkeiten und Beschlüsse der Ausschüsse berichtet wird und die sorgfältige Aufgabenwahrnehmung so gewährleistet werden kann.

In der Praxis wird in vielen Aufsichtsräten ein „Präsidium“ eingerichtet, das meist mit der Aufsichtsratsvorsitzenden bzw. dem Aufsichtsratsvorsitzendem und Stellvertreter:in besetzt ist. Soweit ein solches Präsidium über reine Sitzungsvorbereitungsarbeiten hinaus inhaltliche Aufsichtsratsaufgaben übernimmt, ist jedenfalls die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen sicherzustellen.

Allgemein sollte berücksichtigt werden, dass durch die Bildung von Ausschüssen nicht das gesetzliche Konzept des Aufsichtsrates als Kollegialorgan geschwächt wird und der Überblick über die gesamten Überwachungs- und Kontrollaufgaben gewahrt bleibt. Vermehrte Ausschussbildung empfiehlt sich vor allem in sehr großen Aufsichtsräten, in denen ansonsten ein effizientes Arbeiten nicht gewährleistet werden kann.

In kleinen Aufsichtsräten sollte hingegen danach getrachtet werden, dass Beschlüsse im Gesamtaufsichtsrat diskutiert und gefasst werden.

## **Prüfungsausschuss**

Im Zuge des Unternehmensrechtsänderungsgesetzes 2008 wurde der verpflichtende Bilanzausschuss für Aufsichtsräte, in denen mehr als fünf Kapitalvertreter:innen sind, abgeschafft und der Prüfungsausschuss für börsennotierte Unternehmen und Unternehmen von öffentlichem Interesse eingeführt. Unternehmen von öffentlichem Interesse sind börsennotierte Gesellschaften, Banken und Versicherungen sowie sogenannte XL- Unternehmen, das sind solche, die mehr als 100 Mio. Euro Bilanzsumme haben oder mehr als 200 Mio. Euro Umsatzerlöse erzielen. Bei Überschreiten der genannten Größenkriterien ist ein Prüfungsausschuss einzurichten<sup>56</sup>.

Der Prüfungsausschuss hat aus mindestens drei Mitgliedern des Aufsichtsrats zu bestehen und muss mindestens zwei Sitzungen im Geschäftsjahr abhalten. Mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses muss eine sogenannte Finanzex-

pertin bzw. ein sogenannter Finanzexperte sein, die/der über entsprechende Kenntnisse und praktische Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen und in der Berichterstattung verfügt. Selbstverständlich sind auch die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat entsprechend der Drittelbeteiligung im Prüfungsausschuss vertreten.

Im Rahmen der Umsetzung der EU-Abschlussprüfungsrichtlinie und der unmittelbar anzuwendenden EU-Abschlussprüfer-Verordnung im Jahr 2016 wurde der Prüfungsausschuss aufgewertet und erhielt zusätzliche Aufgaben:

Zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses zählen gemäß § 92 Abs. 4 a AktG bzw. § 30 g Abs. 4 a GmbHG:

- „die Durchführung des Verfahrens zur Auswahl des Abschlussprüfers (Konzernabschlussprüfers);
- die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses sowie die Erteilung von Empfehlungen oder Vorschlägen zur Gewährleistung seiner Zuverlässigkeit;
- die Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, gegebenenfalls des internen Revisionsystems und des Risikomanagementsystems der Gesellschaft;
- die Überwachung der Abschlussprüfung und Konzernabschlussprüfung;
- die Prüfung und Überwachung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin, insbesondere im Hinblick auf die für die geprüfte Gesellschaft erbrachten zusätzlichen Leistungen (z. B. Steuerberatungsleistungen);
- die Erstattung des Berichts über das Ergebnis der Abschlussprüfung an den Aufsichtsrat und die Erläuterung, wie diese zur Zuverlässigkeit der Finanzberichterstattung beiträgt;
- die Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses, des Vorschlags für die Gewinnverteilung und des Lageberichts sowie die Erstattung des Berichts über die Prüfungsergebnisse an den Aufsichtsrat;

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

- gegebenenfalls die Prüfung des Konzernabschlusses und -lageberichts sowie die Erstattung des Berichts über die Prüfungsergebnisse an den Aufsichtsrat des Mutterunternehmens;
- die Vorbereitung des Vorschlags des Aufsichtsrats für die Auswahl des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin;
- die Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses (nur AG).“

In börsennotierten Unternehmen, Banken und Versicherungen bedürfen zusätzliche vom Abschlussprüfer erbrachte „Nichtprüfungsleistungen“ (z. B. bestimmte Steuerberatungsleistungen oder Bewertungsleistungen) einer Vorabgenehmigung durch den Prüfungsausschuss. Des Weiteren muss der Prüfungsausschuss bei den genannten Gesellschaften im Falle einer Neubestellung des Abschlussprüfers der Hauptversammlung zumindest zwei Vorschläge unterbreiten.

## Befreiungstatbestände

Sofern der Aufsichtsrat bei XL-Unternehmen aus nicht mehr als vier Kapitaltreterinnen bzw. -vertretern besteht, ist es möglich, die Agenden des Prüfungsausschusses in den Aufsichtsrat zu verlagern. In Gesellschaften, an denen ein Mutterunternehmen unmittelbar oder mittelbar mehr als 75 Prozent der Anteile hält, muss ebenfalls kein Prüfungsausschuss bestellt werden, wenn im Mutterunternehmen ein solcher besteht und dessen Aufgaben und Pflichten auf Konzernebene erfüllt.

## Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse

Aufsichtsratsbeschlüsse können **rechtlich mangelhaft** sein, insbesondere wenn der Aufsichtsrat unzuständig ist, der Beschlussinhalt rechtswidrig ist oder etwa Verfahrensvorschriften nicht eingehalten wurden.

Ist der Aufsichtsrat für einen Beschluss unzuständig oder wurden für das Beschlussergebnis relevante Verfahrensvorschriften verletzt, so ist der Aufsichtsratsbeschluss rechtsunwirksam. Ist hingegen der Beschlussinhalt selbst gesetz- oder satzungswidrig, so ist er nur dann rechtsunwirksam, wenn dies der Zweck der verletzten Bestimmung erfordert.

Die Rechtsunwirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen kann in entsprechenden Feststellungsverfahren, allenfalls auch im Weg einer Leistungsklage beim für Handelssachen zuständigen Gerichtshof geltend gemacht werden.

### **Exkurs: Virtuelle Aufsichtsratssitzung**

Die Covid-19 Pandemie hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber virtuelle Aufsichtsratssitzungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmerinnen ermöglichte. Die gesellschaftsrechtliche COVID-19-Verordnung (§ 2) konkretisierte die Regelungen zur Durchführung virtueller Versammlungen und Beschlussfassungen, um die Qualität der Rechtssicherheit und Willensbildung bei der Nutzung der jeweiligen Kommunikationswege sicherzustellen.

Wenngleich die entsprechenden Bestimmungen mittlerweile nicht mehr in Kraft sind, so finden in manchen Unternehmen regelmäßig virtuelle Aufsichtsratssitzungen statt.

Eine qualifizierte Videokonferenz, die einer physischen Aufsichtsratssitzung gleichwertig ist, erfordert gewisse Voraussetzungen:<sup>57</sup>

- Gegenseitige Hörbarkeit und Sichtbarkeit: Der wechselseitige Hör- und Sichtkontakt muss gegeben sein, um eine echte Kommunikation und Diskussion zu ermöglichen;
- Authentizität der Diskussion: Es muss möglich sein, die Teilnehmer:innen zu hören sowie ihre Mimik und Gestik zu sehen;
- Sicherstellung eines gleichen Informationsstandes aller Anwesenden: Sämtliche Informationen und Unterlagen sind rechtzeitig vor und – falls nicht anders möglich – auch während der virtuellen Sitzung zu übermitteln;
- Technische Möglichkeit einer Zuschaltung Dritter (Vorstand, Abschlussprüfer:in, etc) muss gegeben sein.
- Wahrung der Vertraulichkeit: Die virtuelle Sitzung hat über sichere Kanäle zu erfolgen, Manipulationen sind zu vermeiden. Das Aufsichtsratsmitglied hat sich daher grundsätzlich alleine im Raum zu befinden. Drucker, Faxgeräte und ähnliche Hilfsmittel sollten ebenfalls bereitzustehen. Auch Unterlagen

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

müssen entsprechend ausgetauscht, gesichert und sorgfaltsgemäß verwahrt werden.

Leider hat der Gesetzgeber nach dem Auslaufen der gesellschaftsrechtlichen Covid-19 Regelungen nur für die virtuelle Hauptversammlung gesetzliche Anforderungen getroffen (Virtuelle Gesellschafterversammlungen-Gesetz – VirtGesG, 2023). Es wäre zweckmäßig, auch für virtuelle Aufsichtsratssitzungen einen rechtlichen Rahmen vorzugeben. Wichtig wäre etwa die Einräumung eines Vetorechts analog zum Umlaufbeschluss. Zielführend wäre auch eine gesetzliche Regelung, dass eine bestimmte Anzahl an Aufsichtsratssitzungen in Präsenz stattzufinden haben (z. B. mindestens die Hälfte der gesetzlichen Aufsichtsratssitzungen, darunter jene, die die Prüfung und allenfalls die Genehmigung des Jahresabschlusses zum Gegenstand hat).

## **Exkurs: Der österreichische Corporate-Governance-Kodex**

Der seit 2002 eingeführte österreichische Corporate-Governance-Kodex (CG-Kodex) richtet sich vorrangig an börsennotierte Aktiengesellschaften, soll aber auch als Empfehlung für nichtbörsennotierte Gesellschaften gelten. Die im Kodex verankerten Wohlverhaltensregeln für gute Unternehmensführung und -kontrolle (Corporate Governance) sollen das Vertrauen der Anleger und den österreichischen Kapitalmarkt fördern.

Der Kodex beruht auf freiwilliger Selbstverpflichtung der Unternehmen. D. h., die Kodexregelungen sind unverbindlich, soweit sie über zwingende gesetzliche Vorschriften hinausreichen. Allerdings verlangt die Wiener Börse als Aufnahmevoraussetzung für die Notierung im prime market ein Bekenntnis zum CG-Kodex. Ebenso wie in Deutschland gilt das Prinzip „Comply or explain“. Nach diesem Prinzip müssen die Kodexempfehlungen eingehalten (comply) oder die Abweichungen müssen erklärt werden (explain).

Inhaltlich werden im Österreichischen Code of Corporate Governanc einerseits die wesentlichen gesetzlichen Vorschriften zu Unternehmensleitung und -überwachung börsennotierter Gesellschaften zusammenfasst. Zusätzlich werden aber in Form von Empfehlungen Verhaltensstandards entwickelt und den einzelnen

Gesellschaften Anregungen für eine gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung und -überwachung mitzugeben.

### **Der Kodex umfasst folgende Regelungskategorien:**

- Legal Requirement (L-Regel): Die Regel beruht auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften.
- Comply or explain (C-Regel): Diese Regel stellt die eigentlichen Kodex-Empfehlungen da.
- Recommendation (R-Regel): Diese Regel hat sehr weichen Empfehlungscharakter, weil die Nichteinhaltung weder erläutert werden muss, noch sonst Konsequenzen hat.

**Die wichtigsten Inhalte des österreichischen Corporate-Governance-Kodex** sind (Auszug):

- Unterlagen für die quartalsweisen Aufsichtsratssitzungen sind im Regelfall eine Woche vor der jeweiligen Sitzung zur Verfügung zu stellen.
- Die Compliance-Verordnung (Regeln gegen Insider-Missbrauch) soll im gesamten Unternehmen umgesetzt werden.
- Offenlegung von Aktienbeständen (der eigenen Gesellschaft) des Vorstands und Aufsichtsrates;
- Veröffentlichung der Struktur der Vergütungen des Vorstandes im Geschäftsbericht;
- Empfehlung, mehr als vier Aufsichtsratssitzungen im Jahr abzuhalten;
- Einrichtung eines Audit Committees sowie eines Strategieausschusses im Aufsichtsrat;
- Klarstellung, dass Betriebsrätinnen und Betriebsräte sowie und Kapitalvertreter:innen im Aufsichtsrat gleichberechtigt sind;
- Empfehlungen über die Zusammensetzung und Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder;
- Empfehlungen über Rechnungslegungstandards.

# Aufbau von Kapitalgesellschaften

Mittlerweile wurde der Kodex mehrfach novelliert. Untersuchungen der Arbeiterkammer zeigen regelmäßig die Schwachstellen des Kodex auf. Diese liegen insbesondere in der **Unverbindlichkeit der Regelungen**. Auch etwaige Abweichungen zu den Kodexempfehlungen werden nur unzureichend erläutert.

# VÖGB/AK-SKRIPTEN

Die Skripten sind eine Alternative und Ergänzung zum VÖGB/AK-Bildungsangebot und werden von ExpertInnen verfasst, didaktisch aufbereitet und laufend aktualisiert.

## UNSERE SKRIPTEN UMFASSEN FOLGENDE THEMEN:

- › Arbeitsrecht
- › Sozialrecht
- › Gewerkschaftskunde
- › Praktische Gewerkschaftsarbeit
- › Internationale Gewerkschaftsbewegung
- › Wirtschaft
- › Wirtschaft – Recht – Mitbestimmung
- › Politik und Zeitgeschehen
- › Soziale Kompetenz
- › Humanisierung – Technologie – Umwelt
- › Öffentlichkeitsarbeit

## SIE SIND GEEIGNET FÜR:

- › Seminare
- › ReferentInnen
- › Alle, die an gewerkschaftlichen Themen interessiert sind.

Nähere Infos und  
kostenlose Bestellung:  
[www.voegb.at/skripten](http://www.voegb.at/skripten)  
E-Mail: [skripten@voegb.at](mailto:skripten@voegb.at)  
Adresse:  
Johann-Böhm-Platz 1,  
1020 Wien  
Tel.: 01534 44-39244

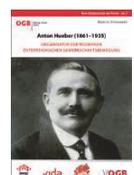


Die Skripten gibt es hier zum Download:



[www.voegb.at/skripten](http://www.voegb.at/skripten)

Lesempfehlung:  
Reihe Zeitgeschichte und Politik



# Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

5

## 5.1 Entsendungsregeln

Die Entsendung der Arbeitnehmervertreter:innen in den Aufsichtsrat ist in § 110 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) geregelt.<sup>58</sup> Demnach entsendet der Zentralbetriebsrat oder, sofern nur ein Betrieb besteht, der Betriebsrat aus dem Kreise der Betriebsratsmitglieder, denen das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat zusteht, für je zwei Kapitalvertreter:innen eine:n Arbeitnehmer:innenvertreter:in in den Aufsichtsrat („Drittelbeteiligung“). Ist die Zahl der Kapitalvertreter:innen eine ungerade, so ist ein:e weitere:r Arbeitnehmer:innenvertreter:in zu entsenden. Innerhalb des entsendungsberechtigten Belegschaftsorganes bestehen Nominierungsrechte der Fraktionen nach dem d'Hondtschen System. Die Details der Entsendung sind in der **Verordnung über die Entsendung von ArbeitnehmervertreterInnen in den Aufsichtsrat** (BGBl. 1974/343 idF BGBl. 1993/814) geregelt.

Auch für Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat gilt ab 1. 1. 2018 eine verpflichtende Frauen- bzw. Männerquote von 30 Prozent, widrigenfalls bleiben der Sitz bzw. die Sitze leer. Die Bestimmung kommt zur Anwendung, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

- börsennotiertes Unternehmen oder dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer:innen im Unternehmen beschäftigt;
- mindestens 20 Prozent des Minderheitsgeschlechts in der Belegschaft;
- zumindest drei Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat.

Als persönliche Voraussetzung für die Entsendung als Arbeitnehmer:innenvertreter:in in den Aufsichtsrat ist neben der Mitgliedschaft zu einem Betriebsrat auch das aktive Wahlrecht notwendig. Es ist daher ausgeschlossen, dass in den Betriebsrat gewählte Gewerkschafter:innen, die nicht Arbeitnehmer:innen des Unternehmens sind, in den Aufsichtsrat entsendet werden.

§ 110 ArbVG regelt die **Entsendung von Arbeitnehmer:innenvertreterinnen bzw. -vertretern** in den Aufsichtsrat von

- Aktiengesellschaften,
- GmbH, FlexKapG,

- Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit,
- Genossenschaften, die dauernd mindestens 40 Arbeitnehmer:innen beschäftigen,
- Sparkassen,
- Privatstiftungen.

Für GmbH & Co KG normiert § 110 Abs. 7 ArbVG, dass Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in den Aufsichtsrat der GmbH von der Gesamtheit der Mitglieder aller in den Unternehmen der GmbH und der Kommanditgesellschaft errichteten Betriebsrätinnen und Betriebsräte zu wählen sind.

Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat von Konzernmuttergesellschaften werden, sofern von den ZentralbetriebsrätInnen des Konzerns keine Konzernvertretung errichtet wurde, nach Maßgabe des § 110 Abs. 6 ArbVG teilweise von den Betriebsratsmitgliedern der Muttergesellschaft, teilweise von den Betriebsräten anderer Konzerngesellschaften entsendet<sup>59</sup>.

§ 110 Abs. 6 ArbVG ermöglicht den Betriebsräten der beherrschten Unternehmen die Teilnahme an der Entsendung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in den Aufsichtsrat der Konzernmuttergesellschaft, sofern das herrschende Unternehmen höchstens halb so viele Arbeitnehmer:innen wie alle beherrschten Unternehmen zusammen beschäftigt.

Der Zentralbetriebsrat (Betriebsrat) des herrschenden Unternehmens entsendet so viele Arbeitnehmer:innenvertreter:innen, als dies dem Verhältnis der Zahl der im herrschenden Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer:innen zur Zahl der in den beherrschten Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer:innen entspricht, mindestens jedoch eine:n Arbeitnehmer:innenvertreter:in.

Dieses „sichere Mandat“ des Zentralbetriebsrates des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat entfällt aber dann, wenn sich die Tätigkeit des herrschenden Unternehmens auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

# Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

5

**Banken** und **Versicherungsunternehmen** sind als Konzernmuttergesellschaften von dieser Regelung generell **ausgenommen** (hier also kein Entsenderecht der Tochtergesellschaften in den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft).

Seit der ArbVG-Novelle 1993<sup>60</sup> können Betriebsräte aus Tochtergesellschaften auch Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in den Aufsichtsrat sogenannter **„arbeitnehmerloser Holdinggesellschaften“** entsenden, wenn deren Tätigkeit sich nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt (§ 110 Abs. 6 a ArbVG). Mit dieser Bestimmung sollte die Mitbestimmung in Aufsichtsräten jener arbeitnehmer:innenlosen Holdinggesellschaften gesichert werden, von denen Entscheidungen ausgehen, die die Interessen der Arbeitnehmer:innen in den beherrschten Unternehmen betreffen.<sup>61</sup>

Soweit in **Privatstiftungen** ein Aufsichtsrat errichtet ist, sind Arbeitnehmer:innenvertreter:innen ebenfalls mit einem Drittel an diesem Gremium beteiligt<sup>62</sup>.

Die Entsendung von Arbeitnehmer:innenvertreter:innen aus beherrschten Gesellschaften in die Konzernmuttergesellschaft ist außerdem **rechtsformabhängig**:

- Als **herrschende** Unternehmen kommen gemäß § 110 Abs. 6 ArbVG Aktiengesellschaften, GmbH, FlexKapG und Genossenschaften in Betracht<sup>63</sup>,
- als **beherrschte** Gesellschaften Aktiengesellschaften, aufsichtsratspflichtige GmbH, aufsichtsratspflichtige FlexKapG, GmbH im Sinne des § 29 Abs. 2 Z. 1 GmbHG (Arbeitnehmer:innenzahl >300–500), aufsichtsratspflichtige Genossenschaften und Europäische Gesellschaften bzw. Genossenschaften, die einheitlich geleitet oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht werden.<sup>64</sup>

## Entsendung durch die Konzernvertretung

Besteht in einem Konzern gemäß § 110 ArbVG eine Konzernvertretung (§ 88 a ArbVG), so hat diese die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zu entsenden.

Seit der ArbVG-Novelle 1993 kann somit eine Entsendung von Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in den Aufsichtsrat einer Konzernmuttergesellschaft ohne

kompliziertes Wahlverfahren durch die Konzernvertretung vorgenommen werden.

- Auch bei der Entsendung von Arbeitnehmer:innenvertreterinnen und -vertretern in den Aufsichtsrat durch die Konzernvertretung kommt den aus dem Zentralbetriebsrat des herrschenden Unternehmens stammenden Konzernvertretungsmitgliedern das Recht zu, so viele Arbeitnehmer:innenvertreter:innen vorzuschlagen, wie dies dem Verhältnis der Zahl der im herrschenden Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer:innen zur Zahl der in den beherrschten Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer:innen entspricht.
- Die übrigen Arbeitnehmer:innenvertreter:innen werden dann von den aus den Zentralbetriebsratsmitgliedern der beherrschten Unternehmen stammenden Konzernvertretungsmitgliedern vorgeschlagen. Dies gilt nur unter der Bedingung, dass die beherrschten Gesellschaften nach der allgemeinen Bestimmung des § 110 Abs. 6 ArbVG ein Recht darauf haben, Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in den Aufsichtsrat der Mutter zu entsenden.
- Für die Ausübung der Vorschlagsrechte innerhalb der jeweiligen Gruppe der Konzernvertretungsmitglieder haben die wahlwerbenden Gruppen nach dem d'Hondtschen System Vorschlagsrechte. Listenkoppelung ist zulässig.<sup>65</sup>

### **Exkurs: Die Mitbestimmung in der europäischen Aktiengesellschaft**

Die europäische Aktiengesellschaft (abgekürzt SE oder Societas Europaea) ist eine europäische Rechtsform und hat ihre rechtliche Grundlage im Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union.

Ziel ist es, europaweit tätigen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, grenzüberschreitend mit einer einzigen Rechtsform zu operieren. Es werden vier Gründungsformen unterschieden:

- Verschmelzung von zwei oder mehr Aktiengesellschaften
- Bildung einer SE-Holding
- Gründung einer SE-Tochtergesellschaft
- Umwandlung einer AG in eine SE

# 5 Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

Die Gründer einer europäischen Aktiengesellschaft (SE) können **zwischen dem dualen und dem monistischen Organisationsmodell** wählen. Während das duale Modell eine Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle durch die Organe Vorstand und Aufsichtsrat vorsieht (entspricht der österreichischen Aktiengesellschaft), erfolgt im monistischen System keine Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat, und beide Funktionen werden im Board oder Verwaltungsrat vereinigt.

Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Verwaltungsrat agieren als nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder, und die geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder üben de facto die Funktion des Vorstands aus.

Die Mitbestimmung in der SE ist relativ komplex geregelt. Ein besonderes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer:innen (ähnlich wie beim Europäischen Betriebsrat) verhandelt mit dem Arbeitgeber die Mitbestimmung im Aufsichtsrat bzw. Verwaltungsrat. Kommt kein Verhandlungsergebnis zustande, greift regelmäßig die sogenannte Auffangregelung. Nach dieser gilt der Grundsatz, dass die vor der Gründung der SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer:innen auch nach der Gründung gegeben sein müssen (Vorher-Nachher-Prinzip). Eine SE darf daher erst nach Vorliegen einer Vereinbarung über die Mitbestimmung in das Firmenbuch eingetragen werden.

Ein **weiteres** wichtiges **Unterscheidungsmerkmal** ist die Zusammensetzung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im SE-Aufsichtsrat bzw. SE-Verwaltungsrat. Bei der SE entsendet das Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer:innen die Vertreter:innen in den Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat, wobei die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen einer SE aus dem gesamten Konzern ausgewählt werden können (transnationale Mitbestimmung). Mit Stichtag Juli 2018 sind in Österreich 35 SEs im Firmenbuch eingetragen.

## 5.2 Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter:innen

Die Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat haben grundsätzlich gleiche Rechte und Pflichten wie Kapitalvertreter:innen.

Dieser Grundsatz wird durch **§ 110 ArbVG** jedoch in folgenden Bereichen durchbrochen:

- Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat üben ihre Funktion ehrenamtlich aus, sie haben demnach nur Anspruch auf Ersatz angemessener Barauslagen, jedoch keinen Anspruch auf eine gesonderte Aufsichtsratsvergütung.
- Arbeitnehmer:innenvertreter:innen werden auf die gemäß § 86 Aktiengesetz (AktG) festgesetzte Mindest- bzw. Höchstzahl nicht angerechnet.
- Die Möglichkeit der Betrauung einer Arbeitnehmer:innenvertreterin bzw. eines -vertreterers mit der Vertretung verhinderter Vorstandsmitglieder durch einen im Voraus begrenzten Zeitraum gemäß § 90 Abs. 2 AktG wird ausdrücklich ausgeschlossen.
- Eine Sonderstellung haben die Kapitalvertreter:innen im Aufsichtsrat vor allem bei von diesem Organ zu treffenden **Personalentscheidungen**:

Der Beschluss des Aufsichtsrates über die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Vorstandes sowie die Wahl der/des Aufsichtsratsvorsitzenden und und deren/dessen erster Stellvertreterin bzw. erstem Stellvertreterers bedürfen zu ihrer Wirksamkeit, abgesehen von den allgemeinen Beschlusserfordernissen, der Zustimmung der Mehrheit der Kapitalvertreter:innen im Aufsichtsrat.

Dieses **Erfordernis der „doppelten Mehrheit“** stellt bei den angeführten Personalentscheidungen sicher, dass eine von Arbeitnehmer:innenvertreter:innen gemeinsam mit einer Kapitalvertreter:innenminderheit gebildete Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder nicht gegen den Willen der Kapitalvertreter:innenmehrheit Personalentscheidungen durchsetzen kann.

Allerdings kann eine solcherart zusammengesetzte Aufsichtsratsmehrheit eine bestimmte Personalentscheidung zumindest verhindern.

Eine weitere Einschränkung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat bei Personalentscheidungen trifft § 110 Abs. 4 ArbVG, wonach der Grundsatz der Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in Aufsichtsratsausschüssen nicht für jene Ausschüsse gilt, die die Beziehungen

# 5 Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Vorstandes behandeln (z. B. Dienstvertrag des Vorstandes).

Die Einschränkung des Beteiligungsrechtes der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen trifft bei diesen Personalentscheidungen jedoch nur dann zu, wenn diese vom Aufsichtsrat einem Ausschuss zugewiesen werden.

Werden vertragliche Angelegenheiten von Vorstandsmitgliedern im Plenum behandelt, so hat dies unter Beteiligung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen zu erfolgen. Ebenso besteht aufgrund der allgemeinen Überwachungspflicht ein Auskunftsrecht der von einem Ausschuss ausgeschlossenen Arbeitnehmer:innenvertreter:innen über die von diesem Ausschuss abgeschlossenen Verträge.<sup>66</sup>

Abgesehen von den soeben skizzierten Sonderregelungen haben die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie jedes andere Mitglied des Aufsichtsrates auch. Wie die Kapitalvertreter:innen sind die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in Ausübung ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit weisungsfrei.<sup>67</sup>

Wie bereits im vorigen Kapitel ausgeführt ergibt sich eine gewisse Differenzierung zwischen den Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen gegenüber jenen der Kapitalvertreter:innen.

Zunächst kann gesagt werden, dass die Mitwirkung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen bei Entscheidungen des Aufsichtsrates vor allem im Hinblick auf die im Aufsichtsrat zu treffenden Personalentscheidungen rechtlich eingeschränkt wird. Der Gesetzgeber wollte offensichtlich durch diese Sonderstellung die unabhängige Ausübung der Dienstgeberfunktionen durch den Vorstand sichern und die Kapitalvertreter:innen im Aufsichtsrat davor schützen, dass sie „majorisiert“, also überstimmt werden<sup>68</sup>.

Aus dieser Sonderstellung der Kapitalvertreter:innen wird deutlich, dass trotz der grundsätzlichen Gleichstellung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat mit den Kapitalvertreter:innen und -vertretern vom Gesetzgeber unterstellt wird, dass auch im Rahmen der Aufsichtsratsmitwirkung der betriebsverfassungsrechtliche Gegensatz zwischen Belegschaft und Betriebsinhaber durchschlägt.

Die Tätigkeit der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat ist daher als Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Mandatsausübung anzusehen.

Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat bewegen sich daher in einem steten **Spannungsfeld zwischen gesellschaftsrechtlichen Bindungen als Aufsichtsratsmitglied und betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten als Belegschaftsvertretung.**

### 5.3 Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten

Die Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Bereich der zentralen Überwachungs- und Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates sind durch keinerlei Sonderregelungen eingeschränkt.

So steht den Arbeitnehmer:innenvertreterinnen und -vertretern insbesondere bei wirtschaftlich wichtigen Entscheidungen, wie etwa bei zustimmungspflichtigen Geschäften oder der Feststellung des Jahresabschlusses, uneingeschränktes Stimmrecht zu. Im zentralen Bereich der wirtschaftlichen Überwachungstätigkeit sind daher die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen den Kapitalvertreterinnen und -vertretern gleichgestellt.

Wenn von „Gleichstellung“ die Rede ist, so bezieht sich diese Aussage klarerweise auf die Rechte der einzelnen Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat.

Will man den Stellenwert der Arbeitnehmer:innenmitbestimmung im Aufsichtsrat generell betrachten, so sind die Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten faktisch durch die **Drittelbeteiligung** stark begrenzt.

Diese tatsächliche Einschränkung des Einflusses der Arbeitnehmer:innen-Kurie insgesamt ist aber in der Betrachtung der Rechtsstellung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder nicht ausschlaggebend. Insbesondere können sich Arbeitnehmer:innenvertreter:innen nicht mit dem Hinweis auf mangelnde Mehrheitsmacht im Aufsichtsrat von der Verantwortung für ihr Stimmverhalten befreien.

# 5 Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

## Unternehmenswohl vs. Arbeitnehmer:inneninteressen?

Der Gesetzgeber hat die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat grundsätzlich den Kapitalvertreterinnen und -vertretern gleichgestellt, gleichzeitig aber durch die dargestellten Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannt, dass die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat ihre Tätigkeit als betriebsverfassungsrechtliche Belegschaftsvertreter:innen ausüben. Diese „Doppelstellung“ bedingt, dass die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen den gesellschaftsrechtlichen Aufgaben eines Aufsichtsratsmitgliedes ebenso nachzukommen haben wie den Interessenvertretungsaufgaben als Belegschaftsvertreter:innen im Sinne des ArbVG.

Als Richtlinie für Aufsichtsratsmitglieder ist § 70 AktG<sup>69</sup> zu nennen, der die Aufsichtsratsmitglieder – ebenso wie die Vorstandsmitglieder – verpflichtet, ihre Tätigkeit so auszuüben, wie das **Wohl des Unternehmens** unter **Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre** und **der Arbeitnehmer:innen** sowie das **öffentliche Interesse** es erfordert.

Dieser leitende Grundsatz gilt in gleicher Weise für Kapital- und Arbeitnehmer:innenvertreter:innen, er schließt jedoch nicht aus, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Belange jener Gruppe, von der sie ihr Mandat ableiten, im Aufsichtsrat entsprechend zur Geltung bringen.

Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen können daher im Rahmen der vom Aufsichtsrat zu treffenden Entscheidungen die Interessen der Arbeitnehmer:innenschaft geltend machen, ebenso wie auch die Kapitalvertreter:innen jene der Anteilseigner wahrnehmen werden.<sup>70</sup>

Die Wahrnehmung von Partikularinteressen ist im Rahmen der Grundsatzbestimmung des § 70 AktG zulässig – und damit an der Verpflichtung auf das Unternehmenswohl zu relativieren.<sup>71</sup> Durch die in § 70 AktG ausdrücklich getroffene Verpflichtung zur Beachtung der Arbeitnehmer:inneninteressen bei der Aufsichtsrats Tätigkeit wird jedoch deutlich, dass der Gesetzgeber keinen absoluten Interessenkonflikt und schon gar **keine Unvereinbarkeit zwischen dem Unternehmenswohl und den** Arbeitnehmer:inneninteressen sieht.

- **Geppert/Moritz** gehen davon aus, dass angesichts der numerischen Unterlegenheit der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen und der damit gegebenen geringen Einflussmöglichkeit auf den Entscheidungsprozess im Aufsichtsrat ein stärkeres Hervorheben der Arbeitnehmer:inneninteressen durch die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen sogar erforderlich sei.<sup>72</sup>
- **Marhold** konstatiert angesichts des offenen Verhaltensmaßstabes des § 70 AktG die Schwierigkeit, wirtschaftliches Handeln nach Kriterien der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu bewerten und meint, dass nur massive Verstöße gegen die in § 70 AktG umschriebenen Unternehmensziele unter haftpflichtrechtliche Sanktionen zu stellen seien. Dies eröffnet, so Marhold, den Arbeitnehmer:innenvertreterinnen und -vertretern einen **Freiraum zur zulässigen Belegschaftsvertretung**, allerdings eben **unter gesellschaftsrechtlicher Bindung und Verantwortung**.<sup>73</sup>

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die Mitwirkung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat als Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsmöglichkeiten voraussetzt, dass die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat die Interessen der Belegschaft vertreten, der Aufsichtsrat sich aber nicht als „Forum einseitiger Belegschaftsvertretung“<sup>74</sup> eignet, weswegen sich die Vertretung der Arbeitnehmer:inneninteressen im Rahmen des Unternehmenswohls und des damit eröffneten Auslegungsspielraumes des § 70 AktG bewegen muss.

Ob bei einer Interessenkollision die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und damit die Gesellschaftsinteressen oder die arbeitsverfassungsrechtliche Richtschnur und damit die Arbeitnehmer:inneninteressen Vorrang haben, ist strittig.<sup>75</sup>

### **Informationsrecht vs. Verschwiegenheitspflicht?**

Das Spannungsfeld zwischen Unternehmenswohl und Arbeitnehmer:inneninteressen wird besonders deutlich bei der Frage der Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat – vor allem gegenüber ihren **Betriebsratskolleginnen und -kollegen**.

# 5 Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

Grundsätzlich gilt die in § 84 Abs. 1 zweiter Satz AktG festgelegte Verschwiegenheitspflicht kraft uneingeschränkter Verweisung durch § 99 AktG für alle Aufsichtsratsmitglieder, einschließlich der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen. Diese aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht umfasst sämtliche **„vertrauliche Angaben“**, von denen die Aufsichtsratsmitglieder im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit Kenntnis erlangt haben.

Die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht kann weder durch Satzung noch durch Geschäftsordnung verschärft werden.<sup>76</sup> Als vertrauliche Angaben sind solche Mitteilungen anzusehen, die nur einem begrenzten Kreis bekannt sind und deren Weitergabe an Außenstehende für das Unternehmen nachteilig sein könnte.<sup>77</sup> Ein objektives Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens ist daher Voraussetzung für das Eingreifen der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder.

Als typische Geheimnisse und vertrauliche Angaben in diesem Sinne werden vom Schrifttum genannt: Umsatzkennzahlen, Kostenstruktur, Marktanteile, Forschungsergebnisse, Produktentwicklungen, Absatzstrategie, Kundenlisten, Cash-flow, Investitions- und Produktplanung.<sup>78</sup>

Im Übrigen unterliegt auch der **Inhalt sowie Ablauf der Beratung** im Aufsichtsrat der Verschwiegenheitspflicht.<sup>79</sup>

Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat haften grundsätzlich wie alle anderen Aufsichtsratsmitglieder für schadensverursachende Verletzungen ihrer Verschwiegenheitspflicht. Das Erfordernis einer umfassenden Verschwiegenheitspflicht im Zusammenhang mit der Aufsichtsrats Tätigkeit ist für eine effiziente Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat unstrittig anzuerkennen.

Jedoch kann unter folgenden Voraussetzungen dennoch eine **beschränkte Weitergabemöglichkeit von Informationen** aus dem Aufsichtsrat bejaht werden:

Die Wahrung der Vertraulichkeit kann unter Umständen nicht nur Schäden der Gesellschaft verhindern, sondern zugleich Grundlage von Schäden sein (z. B. Versicherungs-, Unruhe in der Belegschaft, Gefahr von Arbeitskämpfen etc). Kann demnach die – begrenzte – Weitergabe von Informationen aus dem Aufsichtsrat **ausnahmsweise** auch einen **Nachteil der Gesellschaft verhindern**, so darf die

betreffende Information weitergegeben werden, allerdings nur im notwendigen Umfang.<sup>80</sup>

**Floretta** ist überdies der Auffassung, dass die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat nicht verletzt werde, wenn ihre Einhaltung mit der Interessenvertretungsaufgabe des Betriebsrates derart kollidieren würde, dass der **Nachteil für die Belegschaft schwerwiegender wäre als der Nachteil für den Betrieb**. In einem derartigen Fall liege keine Verletzung der Schweigepflicht vor, wenn ein:e Arbeitnehmer:innenvertreter:in dem zuständigen Belegschaftsorgan über im Zuge der Aufsichtsrats Tätigkeit bekannt geworden, ansonsten als vertrauliche Angaben anzusprechende Umstände in dem für die Erfüllung der betriebsrätlichen Aufgaben **erforderlichen Umfang** Mitteilung mache.<sup>81</sup>

**Geppert/Moritz** treten für die Zulässigkeit der Weitergabe von vertraulichen Angaben durch Arbeitnehmer:innenvertreter:innen an das entsendungsberechtigte Organ ein, wenn „die Angelegenheit ihrem Gegenstand nach mit einer der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben des Organs übereinstimmt und die **Interessenvertretungsaufgabe gegenüber dem betrieblichen Interesse an der Geheimhaltung überwiegt**. Das wird zu bejahen sein, wenn der Nachteil für die davon betroffene Belegschaft schwerwiegender wäre, als der Nachteil für das Unternehmen“.<sup>82</sup>

**Marhold** betont, dass trotz uneingeschränkter Geltung der aktienrechtlichen Vertraulichkeitsbestimmungen für Arbeitnehmer:innenvertreter:innen **im Umfang der betriebsverfassungsrechtlichen Informations- und Auskunftsrechte**, die dem Betriebsrat eingeräumt sind, zwischen Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat und Belegschaftsorganen **kein Geheimhaltungsbedürfnis** bestehe.<sup>83</sup> Die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat sind daher gegenüber dem Betriebsrat in jenen Angelegenheiten nicht an die aktienrechtliche Vertraulichkeit gebunden, die ohnedies Gegenstand der Informationspflicht des Vorstandes oder eines Auskunftsrechts des Betriebsrates nach dem ArbVG sind.<sup>84</sup>

Die Weitergabe von **Informationen an Dritte**, die nicht Mitglieder des Betriebsrates sind, ist ebenfalls am objektiven Geheimhaltungsinteresse des Unterneh-

# 5 Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

mens zu messen. Die **Beziehung von Sachverständigen durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder** außerhalb von Aufsichtsratssitzungen in bestimmten Angelegenheiten ist – auf Kosten des jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedes – zulässig, soweit dem Aufsichtsratsmitglied das entsprechende Spezialwissen objektiv gesehen nicht zumutbar ist und dabei nur Personen herangezogen werden, die entweder einer beruflichen Schweigepflicht unterliegen oder bei denen durch eine entsprechende Vereinbarung sichergestellt ist, dass der Sachverständige einer Schweigepflicht unterliegt. Demnach sind Arbeitnehmer:innenvertreter:innen berechtigt, ihre gesetzliche Interessenvertretung zur Beratung in Aufsichtsratsangelegenheiten beizuziehen.<sup>85</sup>

## 5.4 Haftung

Wie bereits in „Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder“ ausgeführt, regelt § 99 AktG die Sorgfaltspflicht und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft in gleicher Weise wie für Vorstandsmitglieder, indem auf § 84 AktG verwiesen wird. Da § 110 ArbVG keine Ausnahmebestimmung bezüglich der Haftung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen trifft, ist die Haftung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen für die Tätigkeit im Aufsichtsrat grundsätzlich wie jene der Kapitalvertreter:innen zu beurteilen.

Die Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes und damit der darin normierten Beschränkungen der Ersatzpflicht von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wird im Zusammenhang mit der Aufsichtsrats Tätigkeit von Arbeitnehmer:innenvertreterinnen und -vertretern vom OGH und von der herrschenden Meinung abgelehnt.<sup>86</sup>

Der **objektivierte Sorgfaltsmaßstab**, an dem eine Pflichtverletzung der Aufsichtsratsmitglieder zu messen ist, gilt grundsätzlich für alle Aufsichtsratsmitglieder in gleicher Weise.

Nach der Rechtsprechung des OGH aus 1977 gilt eine Person dann als „ordentliches und gewissenhaftes Aufsichtsratsmitglied“ wenn sie **„in geschäftlichen und finanziellen Dingen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen besitzt als ein durchschnittlicher Kaufmann und die Fähigkeit hat, schwierige**

**rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen".**<sup>87</sup> Diese enorm hohen Anforderungen sind in der Literatur auf Kritik gestoßen. Diese bezog sich vor allem auf die durch den OGH individuell an jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied gestellten umfassenden Anforderungen.<sup>88</sup>

Im Jahr **2002** hat der **OGH** seine Rechtsprechung aus dem Jahr 1977 bestätigt<sup>89</sup>. Er führt dazu aus, dass „jedes Mitglied des Aufsichtsrats über das Wissen und die Erfahrung, die zur kompetenten Bewältigung der dem Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben erforderlich ist, verfügen muss. Dazu zählt jedenfalls auch die Fähigkeit, die von den GeschäftsführerInnen an den Aufsichtsrat herangetragenen Berichte mit entsprechender Sachkenntnis aufzunehmen, um daraus die richtigen Schlüsse für die zu treffenden Entscheidungen über Geschäftsführungsmaßnahmen ziehen zu können. „... Jedes einzelne Mitglied muss daher in der Lage sein, die ihm von anderen – allenfalls auch zugezogenen Sachverständigen – gelieferten Informationen zu verstehen und sachgerecht zu würdigen.“ Der OGH betont auch, dass die Anforderungen an den Aufsichtsrat auch von Unternehmen zu Unternehmen je nach Gegenstand des Unternehmens unterschiedlich seien (andere Anforderungen in Großbank und Regionalbrauerei). Es müssen aber **alle** Mitglieder des Aufsichtsrates zumindest über die Fähigkeit, die Vorgänge in **eben diesem** Unternehmen **sachgerecht** zu beurteilen, verfügen.

Hinsichtlich der Prüfpflicht des Aufsichtsrats bezüglich des Jahresabschlusses entschied der **OGH** im Jahr **2003**, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich auf das Urteil der Abschlussprüferin bzw. des Abschlussprüfers vertrauen dürfe<sup>90</sup>. Der von der bzw. vom Abschlussprüfer:in mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehene Jahresabschluss muss durch den Aufsichtsrat nicht neuerlich geprüft werden.

Nur wenn sich für ein sorgfältiges AufR-Mitglied Verdachtsmomente für die Unrichtigkeit eines Berichtes der Geschäftsleitung oder eben des Abschlussprüfers ergeben, ist dem nachzugehen.

Im konkreten Fall ging es darum, dass in der Bilanz einer Bank Bargeldreserven ausgewiesen waren, die real nicht existent waren. Die Prüfberichte verzeichneten

# 5 Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat

stichprobenartige Überprüfungen, die keine Beanstandungen ergeben hatten. Im konkreten Fall kam der OGH zum Urteil, dass kein Grund für den Aufsichtsrat vorlag, weiter nachzuforschen.

Die Anforderungen an die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen sind nicht geringer zu stellen als jene an Kapitalvertreter:innen. Im Regelfall werden die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen vor allem im Hinblick auf die innerbetrieblichen Vorgänge und Branchenkenntnisse häufig über ein beträchtliches Wissen verfügen, das für die Aufsichtsrats Tätigkeit nützlich und erforderlich ist.<sup>91</sup>

Neben diesem – sicher zentralen betrieblichen und branchenbezogenen Wissen – wird aber auch von den Arbeitnehmer:innenvertreter:innen und -vertreter:innen im Aufsichtsrat die Kenntnis juristischer und betriebswirtschaftlicher Grundlagen, die zur Ausübung der Aufsichtsrats Tätigkeit unerlässlich sind, verlangt.<sup>92</sup>

Eine **Haftung der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen** kommt im Übrigen nach denselben Grundsätzen infrage, die für andere Aufsichtsratsmitglieder gelten: Die Ersatzpflicht nach § 99 AktG greift dann ein, wenn die Schädigung der Gesellschaft in kausalem Zusammenhang mit der Aufsichtsrats Tätigkeit steht und das Aufsichtsratsmitglied nicht beweisen kann, dass es pflichtgemäß oder zwar pflichtwidrig, aber nicht schuldhaft (fahrlässig oder vorsätzlich) gehandelt hat<sup>93</sup> bzw. dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre.<sup>94</sup>

## **ÖGB-Gruppenversicherung für Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat**

<sup>95</sup>Um u. a. Arbeitnehmer:innenvertreter:innen in Aufsichtsräten gegen eventuelle Schadenersatzansprüche abzusichern, hat der ÖGB mit Wirkung vom 1. 1. 2017 eine neue Gruppenversicherung mit der Wiener Städtischen Versicherung AG (Vienna Insurance Group) abgeschlossen und den Versicherungsschutz deutlich erhöht. Für die Inanspruchnahme des Versicherungsschutzes sind folgende Voraussetzungen notwendig:

- zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme eine mindestens acht Monate durchgehende ÖGB-Mitgliedschaft und

- eine Meldung über die Entsendung in das betreffende Gremium bei der zuständigen Gewerkschaft oder beim ÖGB.

Die Versicherung deckt Vermögensschäden, für die ein:e Arbeitnehmer:innenvertreter:in aufgrund der Ausübung ihrer bzw. seiner Funktion als Aufsichtsrat bzw. Aufsichtsrätin in Anspruch genommen wird, und Kosten zur Abwehr von Ansprüchen. Auch Kosten eines allfälligen Strafverfahrens sind vom Versicherungsschutz umfasst. Kein Versicherungsschutz besteht bei „Vorsatz“. Die Höhe des Versicherungsschutzes ist abhängig vom Zeitpunkt des Verstoßes. Bei Verstößen ab 1. 1. 2017 beträgt der Versicherungsschutz

- 200.000 Euro maximal pro versicherter Person,
- 2 Mio Euro höchstens pro Versicherungsfall (wenn mehrere Personen an einem Versicherungsfall beteiligt waren),
- kein Selbstbehalt.

Neben dieser Gruppenversicherung für Gewerkschaftsmitglieder ist auch die von Unternehmen oftmals für ihre Organe abgeschlossene D&O-Versicherung zu erwähnen (Directors-and-Officers-Versicherung). Diese deckt ebenfalls Vermögensschäden in Ausübung der Funktion ab. Letztlich bestehen selbstverständlich für Arbeitnehmer:innenvertreter:innen sämtliche Möglichkeiten, eine **private Haftpflichtversicherung** für die Tätigkeit im Aufsichtsrat abzuschließen.<sup>96</sup>

# Literatur

G. FROTZ: Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZ. 1978, 44

GEPPERT/MORITZ: Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979)

STRAUBE: Zur Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, GesRZ. 1981, 150

KASTNER: Aufsichtsrat und Realität, in FS Strasser (1983), 843

GRUBER: Haftpflichtversicherung für Aufsichtsräte?, RdW 1985, 66

MARHOLD: Aufsichtsrats-tätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985), 226–233

M. HEIDINGER: Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1988)

M. HEIDINGER: Gesellschafts- und gebührenrechtliche Probleme des Protokollbuches der GmbH, WBI 1989, 330

G. SCHIMA: Krida(-haftung) durch Aufsichtsratsmitglieder, RdW 1992, 294

REICH-ROHRWIG: Das österreichische GmbH-Recht 2 (1997)

KOPPENSTEINER: GmbH-Gesetz, Kommentar 2 (1999)

STRASSER in JABORNEGG/STRASSER: AktG4 (2001), §§ 70–144

DORALT/NOWOTNY/KALSS: Kommentar zum Aktiengesetz (2003)

GAGAWCZUK/H.GAHLEITNER/LEITSMÜLLER/PREISS/SCHNELLER: Der Aufsichtsrat – die häufigsten Fragen (2011)

PREISS in CERNY/GAHLEITNER/PREISS/SCHNELLER: Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. zu § 110

Ch. WIESER (Mitarbeit MARKUS OBERRAUTER): Corporate Governance Report 2011

# SKRIPTEN ÜBERSICHT



## PRAKTISCHE GEWERKSCHAFTSARBEIT

<b>PGA-1</b>	Sitzungen, die bewegen
<b>PGA-2</b>	Die Betriebsratswahl
<b>PGA-4</b>	Die Zentralbetriebsratswahl
<b>PGA-8</b>	Gender Mainstreaming im Betrieb
<b>PGA-9</b>	Betriebsversammlungen aktiv gestalten
<b>PGA-10</b>	Projektmanagement
<b>PGA-13</b>	Unsere Anliegen im Betrieb durchsetzen
<b>PGA-14</b>	Mobilisierung und Mitgliedergewinnung
<b>PGA-15</b>	Der Betriebsratsfonds

Die einzelnen Skripten werden laufend aktualisiert.

## WIRTSCHAFT, RECHT, MITBESTIMMUNG

<b>WRM-1</b>	Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
<b>WRM-2</b>	Mitwirkung im Aufsichtsrat
<b>WRM-3</b>	Bilanz- und Gewinn- und Verlustrechnung
<b>WRM-4</b>	Bilanzanalyse
<b>WRM-5</b>	Konzerne wirtschaftlich betrachtet
<b>WRM-6</b>	Mitbestimmung im Konzern und auf EU-Ebene
<b>WRM-7</b>	Umstrukturierungen: Ausgliederungen, Fusionen, Outsourcing & Co
<b>WRM-8</b>	Investition und Finanzierung
<b>WRM-10</b>	Kostenrechnung
<b>WRM-11</b>	Risikomanagement und Controlling
<b>WRM-12</b>	Konzernabschluss und IFRS
<b>WRM-13</b>	Psychologie im Aufsichtsrat
<b>WRM-14</b>	Wirtschaftskriminalität

## ÖFFENTLICHKEITSARBEIT

<b>OEA-1</b>	Damit wir uns verstehen
<b>OEA-2</b>	Auf den Punkt gebracht
<b>OEA-3</b>	Social-Media und Social-Web

## ARBEIT UND UMWELT

<b>AUW-2</b>	Arbeiten und Wirtschaften in der Klimakrise
<b>AUW-3</b>	Hitze und UV-Strahlung am Brennpunkt Arbeitsplatz

Die VÖGB-Skripten online lesen oder als Gewerkschaftsmitglied gratis bestellen:  
[www.voegb.at/skripten](http://www.voegb.at/skripten)

# Abkürzungsverzeichnis

aA	-	anderer Ansicht
aaO	-	am angegebenen Ort
AG	-	Aktiengesellschaft
AktG	-	Aktiengesetz
ArbVG	-	Arbeitsverfassungsgesetz
AufR	-	Aufsichtsrat
BGBI	-	Bundesgesetzblatt
DRdA	-	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
EvBl	-	Evidenzblatt
Gen	-	Genossenschaft
GenG	-	Genossenschaftsgesetz
GesRZ	-	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GF	-	Geschäftsführer:in
GmbH	-	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	-	GmbH-Gesetz
GV	-	Generalversammlung
HV	-	Hauptversammlung
JBl	-	Juristische Blätter (Zeitschrift)
OGH	-	Oberster Gerichtshof
ÖZW	-	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaft
PSG	-	Privatstiftungsgesetz
RdW	-	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RZ	-	Randziffer
SZ	-	Sammlung Zivilrecht
uE	-	unseres Erachtens
UGB	-	Unternehmensgesetzbuch
V	-	Vorstand
VerG	-	Vereinsgesetz 2002
WBl	-	Wirtschaftliche Blätter (Zeitschrift)
ZAS	-	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht

# SKRIPTEN ÜBERSICHT



SOZIALRECHT 	
<b>SR-1</b>	Grundbegriffe des Sozialrechts
<b>SR-2</b>	Sozialpolitik im internationalen Vergleich
<b>SR-3</b>	Sozialversicherung – Beitragsrecht
<b>SR-4</b>	Pensionsversicherung I: Allgemeiner Teil
<b>SR-5</b>	Pensionsversicherung II: Leistungsrecht
<b>SR-6</b>	Pensionsversicherung III: Pensionshöhe
<b>SR-7</b>	Krankenversicherung I: Allgemeiner Teil
<b>SR-8</b>	Krankenversicherung II: Leistungsrecht
<b>SR-9</b>	Unfallversicherung
<b>SR-10</b>	Arbeitslosenversicherung I: Allgemeiner Teil
<b>SR-11</b>	Arbeitslosenversicherung II: Leistungsrecht
<b>SR-12</b>	Insolvenz-Entgeltssicherung
<b>SR-13</b>	Finanzierung des Sozialstaates
<b>SR-14</b>	Pflege und Betreuung
Die einzelnen Skripten werden laufend aktualisiert.	

ARBEITSRECHT 	
<b>AR-1</b>	Kollektive Rechtsgestaltung
<b>AR-2A</b>	Betriebliche Interessenvertretung
<b>AR-2B</b>	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
<b>AR-2C</b>	Rechtstellung des Betriebsrates
<b>AR-3</b>	Arbeitsvertrag
<b>AR-4</b>	Arbeitszeit
<b>AR-5</b>	Urlaubsrecht
<b>AR-6</b>	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
<b>AR-7</b>	Gleichbehandlung im Arbeitsrecht
<b>AR-8A</b>	ArbeitnehmerInnenschutz I: Überbetrieblicher ArbeitnehmerInnenschutz
<b>AR-8B</b>	ArbeitnehmerInnenschutz II: Innerbetrieblicher ArbeitnehmerInnenschutz
<b>AR-9</b>	Beendigung des Arbeitsverhältnisses
<b>AR-10</b>	Arbeitskräfteüberlassung
<b>AR-11</b>	Betriebsvereinbarung
<b>AR-12</b>	Lohn(Gehalts)exekution
<b>AR-13</b>	Berufsausbildung
<b>AR-14</b>	Wichtiges aus dem Angestelltenrecht
<b>AR-15</b>	Betriebspensionsrecht I
<b>AR-16</b>	Betriebspensionsrecht II
<b>AR-18</b>	Abfertigung neu
<b>AR-19</b>	Betriebsrat – Personalvertretung Rechte und Pflichten
<b>AR-21</b>	Atypische Beschäftigung
<b>AR-22</b>	Die Behindertenvertrauenspersonen

GEWERKSCHAFTSKUNDE 	
<b>GK-1</b>	Was sind Gewerkschaften? Struktur und Aufbau der österreichischen Gewerkschaftsbewegung
<b>GK-2</b>	Geschichte der österreichischen Gewerkschaftsbewegung von den Anfängen bis 1945
<b>GK-3</b>	Die Geschichte der österreichischen Gewerkschaftsbewegung von 1945 bis heute
<b>GK-4</b>	Statuten und Geschäftsordnung des ÖGB
<b>GK-5</b>	Vom 1. bis zum 19. Bundeskongress
<b>GK-7</b>	Die Kammern für Arbeiter und Angestellte
<b>GK-8</b>	Die sozialpolitischen Errungenschaften des ÖGB
<b>GK-9</b>	Geschichte der Kollektivverträge

Die VÖGB-Skripten online lesen oder als Gewerkschaftsmitglied gratis bestellen:  
[www.voegb.at/skripten](http://www.voegb.at/skripten)

# Fußnoten

- <sup>1</sup> Vgl. § 22 Abs. 4 PSG.
- <sup>2</sup> § 5 Abs. 4 Vereinsgesetz 2002.
- <sup>3</sup> Vgl. etwa: Art. I Austro-Control-GmbH-Gesetz, § 8 IAF-Service-GmbH-Gesetz, § 10 Bundesforstgesetz 1996.
- <sup>4</sup> Kalls mit Hinweis auf Haybäck, Firmenbuch-Gesellschaften-H@y-Statistik, PSR 2016, 56.
- <sup>5</sup> Vgl. § 17 AktG, § 4 GmbHG.
- <sup>6</sup> Eine GmbH, die einen obligatorischen AR hat, muss auch einen Abschlussprüfer haben. Ein Abschlussprüfer ist aber auch dann zu bestellen, wenn die GmbH eine bestimmte Größe überschreitet. Zur Einteilung kleine, mittelgroße und große GmbH vgl. § 221 UGB.
- <sup>7</sup> Das AktG verlangt bestimmte Anwesenheitsfordernisse nur bei Stufengründung und bei Nachgründung im ersten Jahr (vgl. §§ 30, 45 AktG).
- <sup>8</sup> Zu den erforderlichen Mehrheiten vgl. Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des Österreichischen Gesellschaftsrechts, 280.
- <sup>9</sup> Diese Bestimmung wird auch als „Aktionärsschutzklausel“ bezeichnet, da sie bewirkt, dass die ArbeitnehmervertreterInnen gemeinsam mit einer Minderheit der KapitalvertreterInnen keinesfalls gegen den Willen der Mehrheit der KapitalvertreterInnen ein Vorstandsmitglied bestellen können, da eine über diesen Weg erreichte einfache Mehrheit im Aufsichtsrat nicht genügt.
- <sup>10</sup> Zum Recht auf Anwesenheit in diesem Ausschuss vgl. Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 42 zu § 110.
- <sup>11</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001), Rz. 81, zu §§ 92–94.
- <sup>12</sup> Dirimierungsrecht bedeutet, dass bei einem Vorstand, der aus mehreren Personen besteht, bei Abstimmungen, die unentschieden ausgehen, die Stimme des Vorstandsvorsitzenden doppelt zählt bzw. den Ausschlag gibt.
- <sup>13</sup> OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 130/05s, DRdA 2007, 62.
- <sup>14</sup> Vorsicht! Nicht jede Tochtergesellschaft ist als relevante Tochter dazuzurechnen. Eine GmbH mit weniger als 300 AN etwa wird gar nicht berücksichtigt (außer es besteht bei ihr aus anderem Grund Aufsichtspflicht, z. B. Kapitalanlagegesellschaft).
- <sup>15</sup> Vgl. § 5 Abs. 4 Vereinsgesetz 2002 (VerG).
- <sup>16</sup> Für börsennotierte Gesellschaften siehe § 86 Abs. 4 AktG.
- <sup>17</sup> § 86 Abs. 3 AktG, § 30a Abs. 3 GmbHG.
- <sup>18</sup> Vgl. § 86 Abs. 2 Z. 2 und 3 AktG; § 30a Abs. 2 Z. 2 und 3 GmbHG.
- <sup>19</sup> Vgl. § 88 AktG, § 30 c GmbHG.
- <sup>20</sup> Vgl. § 87 AktG, § 30 b GmbHG.
- <sup>21</sup> Vgl. § 87 AktG, § 30 b GmbHG.
- <sup>22</sup> IFAM-Sonderausgabe Oktober 2017: Was lange währt, wird endlich gut: Verpflichtende Frauenquote im Aufsichtsrat
- <sup>23</sup> Vgl. §§ 95 Abs. 5 AktG, 30 j Abs. 5 GmbHG.
- <sup>24</sup> Zur Einräumung von Aktienoptionen an Vorstandsmitglieder siehe § 92 Abs. 4 AktG.
- <sup>25</sup> Vgl. § 268 UGB.
- <sup>26</sup> Vgl. § 95 Abs. 2 AktG, § 30 j Abs. 2 GmbHG.
- <sup>27</sup> Vgl. Geppert/Moritz, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, 269; Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG § 95 Rz 39; Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht Band 3 (2005), Erl. 31 zu § 110.
- <sup>28</sup> Vgl. § 95 Abs. 3 AktG, § 30 j Abs. 3 GmbHG.
- <sup>29</sup> Vgl. § 95 Abs. 4 AktG, § 30 j Abs. 4 GmbHG.
- <sup>30</sup> Vgl. Geppert/Moritz, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, 281.
- <sup>31</sup> Vgl. § 96 AktG sowie § 30 k GmbHG.
- <sup>32</sup> Vgl. §§ 94 AktG, § 30 i GmbHG.
- <sup>33</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001), Rz 38 zu §§ 92–94.
- <sup>34</sup> Vgl. § 273 Abs. 3 UGB.

- <sup>35</sup> Vgl. § 109 Abs. 2 AktG und Gagawczuk/H.Gahleitner/Leitsmüller/Preiss/Schneller, Der Aufsichtsrat, 114.
- <sup>36</sup> Vgl. Koppensteiner, GmbH-Gesetz, Kommentar (1999); § 40 Rz 8; M. Heidinger, Gesellschafts- und gebührenrechtliche Probleme des Protokollbuches der GmbH, WBl. 1989, 330; Gagawczuk/H.Gahleitner/Leitsmüller/Preiss/Schneller, Der Aufsichtsrat, 114.
- <sup>37</sup> Vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001), Rz 43 zu §§ 92–94; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 99 Rz 33; Gagawczuk/H.Gahleitner/Leitsmüller/Preiss/Schneller, Der Aufsichtsrat, 141; Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 32 zu § 110.
- <sup>38</sup> Das können etwa sein: Fahrtkosten zum Sitzungssaal, Kosten für die Anschaffung von einschlägiger Literatur, Fortbildungskosten für relevante Kurse, Seminare etc.
- <sup>39</sup> Der OGH wendet die Richtlinienbestimmung des § 70 AktG auch auf Aufsichtsratsmitglieder in der GmbH an (OGH 26. 2. 2002, 10b 144/01k, RdW 2002, 342).
- <sup>40</sup> Vgl. OGH vom 31. 5. 1977, 5 Ob 307/76, JBl. 1978, 158 f; OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, RdW 20002, 342 = Die Presse 2002/18/01; OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s, RdW 2003/377, 448.
- <sup>41</sup> OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, RdW 2002, 342 = Die Presse 2002/18/01.
- <sup>42</sup> OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s, RdW 2003/377, 448.
- <sup>43</sup> Vgl. OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, RdW 20002, 342, sogenannte Beweislastumkehr; da sich das betroffene Aufsichtsratsmitglied also „freibeweisen“ muss, ist die Bedeutung eines ordentlichen Sitzungsprotokolls sehr hoch.
- <sup>44</sup> Vgl. § 84 AktG, § 33 GmbHG.
- <sup>45</sup> Vgl. § 110 Abs. 3 ArbVG.
- <sup>46</sup> Schrank Ch./Kollar M.: Business Judgement Rule – der (neue) Sorgfaltsmaßstab auch für Aufsichtsratsmitglieder, in: Aufsichtsrat aktuell 6/2016, S. 5 ff.
- <sup>47</sup> Regel 12 des österreichischen Corporate Governance Kodizes sieht vor, dass Sitzungsunterlagen zumindest eine Woche vor der Sitzung zur Verfügung gestellt werden sollen. Für eine ordnungsgemäße Vorbereitung sollte unseres Erachtens zwei Wochen Zeit sein.
- <sup>48</sup> Vgl. § 93 Abs. 3 AktG, § 30 h GmbHG.
- <sup>49</sup> Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsbestimmungen, die hinsichtlich der Beschlussfähigkeit zwischen Kapital- und ArbeitnehmervertreterInnen unterscheiden, sind uE rechtswidrig (strittig vgl. mit weiteren Nachweisen Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 26 zu § 110).
- <sup>50</sup> Vgl. zum Thema Interessenkonflikte auch die Regeln 44, 46 und 47 des österreichischen Corporate Governance Kodizes. Seit dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 muss der AufR Geschäften zwischen der Gesellschaft und einem AufR-Mitglied jenseits der Bagatelgrenze zustimmen (siehe § 95 Abs. 5 Z. 12 AktG bzw. § 30j Abs. 5 Z. 10 GmbHG).
- <sup>51</sup> Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag dürfen – abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Fällen der sog. doppelten Mehrheit – bei der Beschlussfähigkeit keinen Unterschied zw. Kapital und ArbeitnehmerInnen machen (vgl. Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 26 zu § 110).
- <sup>52</sup> Siehe § 92 Abs. 3 AktG und § 30g Abs. 3 GmbHG.
- <sup>53</sup> Reisespesen von ArbeitnehmervertreterInnen sind nicht aus dem Betriebsratsfonds, sondern vom Unternehmen zu bestreiten (vgl. Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 23 zu § 110).
- <sup>54</sup> Vgl. § 92 Abs. 2 AktG; § 30g Abs. 2 GmbHG.
- <sup>55</sup> Bei größeren Aufsichtsräten (mehr als fünf KapitalvertreterInnen) sind Jahresabschluss, Gewinnverteilungsvorschlag und Lagebericht zwingend durch einen Bilanzausschuss vorzuprüfen (§ 92 Abs. 4a AktG bzw. § 30g Abs. 4a GmbHG).
- <sup>56</sup> Muttergesellschaften in der Rechtsform der AG müssen ab dem Jahr 2016 die Schwellenwerte auf konsolidierter (Summenbasis) und nicht auf „Standalone“-Basis berechnen (§ 221 Abs. 4 UGB).
- <sup>57</sup> Luggner Elisabeth/Schneller Hannes: Was ist bei der virtuellen Aufsichtsratssitzung zu beachten? In IFAM-Info, Nr. 2, Mai 2020
- <sup>58</sup> Weiterführend vgl. Löschnigg, Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat – Organisationsrechtliche Probleme des § 110 ArbVG (1985) und Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht Band 3 (2005), Erl. 10–22 zu § 110.
- <sup>59</sup> Vgl. genauer Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht Band 3 (2005), Erl. 49–77 zu § 110.
- <sup>60</sup> BGBl. 1993/460.

- <sup>61</sup> Vgl. die Erläuternden Bemerkungen des Gesetzgebers zur Regierungsvorlage, 1078 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 18. GP.
- <sup>62</sup> Vgl. § 22 Privatstiftungsgesetz (PSG).
- <sup>63</sup> Gemäß § 22 PSG auch Privatstiftungen.
- <sup>64</sup> Vgl. A. Grünwald, Die Aufsichtsratspflicht im GmbH-Konzern, NZ. 1984, 288 ff. und NZ. 1985, 7 ff.
- <sup>65</sup> Näheres zur Entsendung durch die Konzernvertretung, vgl. Gahleitner, Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat einer Konzernmuttergesellschaft, DRdA 1994,427, und Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 72–77 zu § 110.
- <sup>66</sup> Vgl. Strasser, in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001) Rz80 zu § 92–94.
- <sup>67</sup> Schuster-Bonnott, Die Grundlage des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen Aufsichtsratsmitglied und AG, ZAS 1978, 96.
- <sup>68</sup> Vgl. Marhold, Aufsichtsrats Tätigkeit und Belegschaftsvertretung, (1985), 226.
- <sup>69</sup> Die Rechtsprechung (OGH 26. 2. 2002, 10b 144/01k, RdW 2002, 342) wendet § 70 AktG auch auf Aufsichtsräte und -rätinnen von GmbH an.
- <sup>70</sup> Vgl. Geppert/Moritz, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, 419.
- <sup>71</sup> Vgl. Schuster-Bonnott, aaO, 95, sowie Ulmer, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, NJW 1980, 1607.
- <sup>72</sup> Vgl. Geppert/Moritz, aaO, 420.
- <sup>73</sup> Marhold, Aufsichtsrats Tätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985), 231.
- <sup>74</sup> Vgl. Marhold, Aufsichtsrats Tätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985), 231.
- <sup>75</sup> Vgl. Strasser, in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001), Rz 42 zu §§ 98, 99, und Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 33 zu § 110.
- <sup>76</sup> Vgl. Flore, Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, BB 1993, 133.
- <sup>77</sup> Vgl. Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG § 99 Rz 33; Geppert/Moritz a. a. O., 431; Fitting/Wlotzke/WiBmann, Mitbestimmungsgesetz, Verlag Vahlen, Anm. 103 zu § 25.
- <sup>78</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (1993) 93 f., sowie Geppert/Moritz, a. a. O., 432.
- <sup>79</sup> Vgl. Strasser, in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001), Rz 39 zu §§ 98, 99; sowie Lutter/Krieger, aaO, 92.
- <sup>80</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (1993) 98.
- <sup>81</sup> Vgl. Floretta, in Floretta/Strasser, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, 778.
- <sup>82</sup> Vgl. Jabornegg, DRdA 2004, 107 ff.
- <sup>83</sup> Vgl. Marhold, Aufsichtsrats Tätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985), 216.
- <sup>84</sup> Siehe Koppensteiner, GmbH-Gesetz, Kommentar 2 (1999), § 33 Rz 2; Kalls in Doralt/Nowotny/ Kalls, AktG § 99 Rz 22; Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 32 zu § 110.
- <sup>85</sup> Vgl. Strasser, in Jabornegg/Strasser, AktG4 (2001), Rz 43 zu §§ 92–94; Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG § 99 Rz 33; Gagawczuk/H.Gahleitner/Leitsmüller/Preiss/Schneller, Der Aufsichtsrat, 141; Preiss in Cerny et al., Arbeitsverfassungsrecht, Band 3 (2005), Erl. 32 zu § 110.
- <sup>86</sup> Vgl. OGH vom 31. 10. 73, SZ. 46/113 = EvBl 1974/83; Strasser, aaO, 706; Geppert/Moritz, aaO, 429; Marhold aaO, 142 f; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 262.
- <sup>87</sup> OGH vom 31. 5. 1977, EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158.
- <sup>88</sup> Vgl. Kastner/Doralt/Nowotny, aaO 262; Kastner, Aufsichtsrat und Realität, in FS Strasser (1983) 848; Marhold, aaO, 178 f; sowie Strasser, aaO, Rz 33 zu §§ 98, 99; Schima, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgfalt, RdW 1990, 450; Straube, Zur Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, GesRZ. 1981, 156 f; Marhold, Aufsichtsrats Tätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985), 179.
- <sup>89</sup> Vgl. OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, RdW 2002, 342.
- <sup>90</sup> Vgl. OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s, RdW 2003/377, 448.
- <sup>91</sup> Vgl. Kastner, Aufsichtsrat und Realität, aaO, 849.
- <sup>92</sup> Vgl. auch Runggaldier/Schima, Mitgegangen heißt auch mitgehen – Haftens Betriebsräte im Aufsichtsrat für Fehler des Managements?, in: Die Furche, 9. 1. 1986.

<sup>93</sup> Vgl. OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, RdW 2002, 342; Strasser, aaO, Rz 40 zu §§ 98, 99; Preiss in Cerny et al, Arbeitsverfassungsrecht, Band 33 (2005), Erl 34 zu § 110.

<sup>94</sup> Vgl. Wilhelm, Zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für Personalentscheidungen, WBI 1988, 65 ff.

<sup>95</sup> Detaillierte Informationen auf ÖGB betriebsraete.at:  
[https://www.betriebsraete.at/cms/S06/S06\\_303.8.1/vertretungen/aufsichtsrat/versicherungsschutz?d=Touch](https://www.betriebsraete.at/cms/S06/S06_303.8.1/vertretungen/aufsichtsrat/versicherungsschutz?d=Touch);  
heruntergeladen am 8.10.2018.

<sup>96</sup> Vgl. Gruber, Haftpflichtversicherung für Aufsichtsräte?, in RdW 1985, 66

# Zum Autor

**Helmut Gahleitner**, ist langjähriger Mitarbeiter der Arbeiterkammer Wien mit den Arbeitsschwerpunkten Wettbewerbs- und Gesellschaftsrecht. Er unterrichtet in der Sozialakademie und im Rahmen der Ausbildung für Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Aufsichtsrat (IFAM). Helmut Gahleitner ist Autor zahlreicher Fachpublikationen und Mitglied der Übernahme- und Wettbewerbskommission sowie des Gremiums zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses gemäß § 225g AktG.