



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN ZU
SYNDIKATSVERTRÄGEN BEI
KAPITALGESELLSCHAFTEN“

Verfasser

Mag. iur. Jürgen Tomeschek, MBA

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Univ. Prof. Dr. Johannes Reich – Rohrwig

VORWORT, WIDMUNG UND DANKSAGUNG

Syndikatsverträge sind Verträge, die – und dies soll bewusst nicht wissenschaftlich ausgedrückt sein – mich wohl durch den Rest meines beruflichen Lebens begleiten werden.

Viel wichtiger, als diesen beruflichen Aspekt vor Augen zu haben, ist es aber, nicht nur den Menschen Dank zu sagen, die diese Arbeit akademisch betreut haben, wie Herrn Univ. Prof. RA Dr. Johannes Reich – Rohrwig und Herrn Prof. Dr. Heinz Krecji, sondern vor allem jenen, die mein Leben mit Liebe, Zuspruch und Hoffnung gefüllt haben und daher letztendlich der Grund sind, dass diese Dissertation überhaupt beendet werden konnte: Dr. med. univ. Andrea Moritz, Helmut und Ehrentraud Tomeschek, Antonia und Leopold Tomeschek, Luise Tomeschek, Maria Schrenk, Senta, Bruno, Christine und Bernhard Moritz sowie Bruno und Alice Moritz.

Mögen alle, die mir letztendlich die Kraft für diese Dissertation geschenkt haben – auch wenn sie längst verstorben sind – meine Dankbarkeit empfinden.

UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND

Die Bedeutung von Syndikatsverträgen als rechtliches Instrument für die Unternehmenssteuerung kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Dies liegt daran, dass der Syndikatsvertrag aus Sicht von Gesellschaftern bzw. Aktionären im Regelfall die Möglichkeit schlechthin darstellt, ihre Interessen in Bezug auf die kontrollierte Gesellschaft wahrzunehmen. Der Syndikatsvertrag sticht aber auch deshalb gegenüber anderen Vertragstypen hervor, da er wie kaum ein anderer Vertrag geeignet ist, rechtliche und betriebswirtschaftliche Komponenten zu vereinen, um eine effiziente Kontrolle durch die Gesellschafter bzw. Aktionäre zu ermöglichen. Davon wird in der Praxis allerdings viel zu selten Gebrauch gemacht. Ein gangbarer Weg wäre etwa, in Syndikaten Berichtsordnungen (z.B. dass Berichte der GF dem Balanced Scorecard – Prinzip zu folgen haben) für Vorstände und Geschäftsführer festzuschreiben, damit gewährleistet ist, dass Gesellschafter bzw. Aktionäre über die für sie tatsächlich wichtigen und strategisch relevanten Vorgänge informiert werden und nicht unwesentliche Dinge den Blick auf wirklich essentielle Vorkommnisse versperren. Auf speziell betriebswirtschaftliche Fragen zur Unternehmenssteuerung wird in dieser Arbeit allerdings nicht eingegangen.

Der 1. Teil dieser Dissertation behandelt im Wesentlichen die Charakteristika von Syndikatsverträgen. Dabei soll nicht nur die Rechtsnatur von Syndikatsverträgen behandelt, sondern auch einige daraus resultierende Konsequenzen diskutiert werden, die „im täglichen Leben des Rechtsanwenders“ von Bedeutung sind.

Der 2. Teil beschäftigt sich mit den Wirksamkeitsschranken von Syndikatsverträgen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass nur die allgemeinen Wirksamkeitsschranken untersucht werden, die speziell für Syndikatsverträge von Bedeutung sind, weshalb etwa das Irrtumsrecht als nicht „syndikatsspezifisch“ ausgeklammert wurde. Im 2. Teil werden nicht nur allgemeine Überlegungen zum Verhältnis Syndikatsvertrag und Privatautonomie, sondern auch zum Verhältnis Syndikatsvertrag und Grundrechte angestellt. Gerade dieses Verhältnis wird meiner Meinung nach in Rechtsprechung und Lehre zu wenig in den Mittelpunkt gerückt. Wie zu zeigen sein wird, herrscht in Österreich die Meinung vor, dass Grundrechte nur über den Weg der Generalklauseln Wirkung auf Vertragsparteien entfalten können. Wie lange sich

dieser Ansatz noch halten kann, soll nicht prognostiziert werden, doch ist m.E. unter Beachtung der Judikatur des EuGH davon auszugehen, dass sich (richtigerweise) der Gedanke der unmittelbaren Wirkung von Grundrechten gegenüber der herkömmlichen Ansicht der mittelbaren Wirkung durchsetzen wird. Dieser Schwenk hätte gerade für Syndikatsverträge entscheidende Bedeutung, da es in Syndikatsverträgen regelmäßig auch darum geht, gegenüber (Minderheits-)Gesellschaftern Kontrolle und somit auch Macht auszuüben. Überlegungen zu Syndikaten, die nicht die Lehrmeinungen und Judikaten zu den Themenkreisen der Nichtigkeit (§879 ABGB) und zum Schikaneverbot (§1295 Abs. 2 ABGB) berücksichtigen, können meiner Ansicht nach aus denselben Erwägungen nur unvollständig sein, weshalb auch Judikaten und Lehrmeinungen Aufmerksamkeit geschenkt wird, die „syndikatsspezifisch“ relevant sein können. Der Vollständigkeit halber wird auch noch List und Furcht besprochen, wobei es bei diesem Themenkreis ausschließlich um die Erzeugung „wirtschaftlicher Furcht“ geht und die Fragen zur List sich lediglich mit dem Unterlassen von Aufklärung befassen, was insofern wichtig sein kann, als ein Syndikatsvertrag ja auch ein besonderes Vertrauensband zwischen Gesellschaftern ist. Die Problemstellungen, die durch diese Fragen aufgeworfen werden, muten aber im Vergleich zu Fragen nach dem konkreten Inhalt der Treuepflicht sehr einfach an. Der Autor gibt zuerst einen Überblick über den bisherigen Stand in Lehre und Rechtsprechung. Aus diesem Erkenntnisstand ist auf Grund der Verwendung vieler unbestimmter Begriffe nicht wirklich viel zu gewinnen. Abgesehen davon fördern die bisherigen Ansätze nicht die Rechtssicherheit im Einzelfall. Daher wird anschließend ein eigener - und soweit ersichtlich – neuer Lösungsansatz vorgestellt, welchen Inhalt die Treuepflicht hat. Im 2. Teil werden, neben den verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Wirksamkeitsschranken aber auch die Grenzen die durch das AktG und das GmbHG vorgegeben sind, angesprochen, da ein Überschreiten dieser Grenzen auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Syndikatsvertrages hat. Obwohl nicht die Wirksamkeit als solche berührend, ist natürlich auch die Problematik der Durchgriffshaftung und der Anfechtung und Nichtigkeit nach GmbHG und AktG ebenso zu beleuchten, wie der gesellschaftsrechtliche Gleichheitsgrundsatz.

Im Gegensatz zum 1 und 2. Teil dieser Arbeit werden im 3. Teil übliche Syndikatsvertragsbestandteile vorgestellt. Die Auswahl beruht im Wesentlichen auf der bisherigen Erfahrung des Autors. Die Konzentration wird dabei auf Vertragsinhalte gerichtet, die typischerweise am besten geeignet sind, aus Gesellschafter- und Aktionärsicht Kontrolle über die syndizierten Anteile der Gesellschaft und somit über die Gesellschaft selbst zu

erlangen und ausüben zu können. Im Mittelpunkt stehen auch Überlegungen zur Rechtsstellung von Vorständen bzw. Geschäftsführern und AR. Hintergrund ist, dass Syndikatsparteien häufig leitende Angestellte ihrer Gesellschaft als Vorstände und AR der kontrollierten Gesellschaft nominieren bzw. entsenden und somit eine Untersuchung der Rechte, Pflichten und Eignungsvoraussetzungen dieser Personen aus Haftungsüberlegungen unerlässlich sind. Nicht nur im Hinblick auf die Steuerung der Gesellschaft, sondern auch im Hinblick auf die noch immer aktuelle Finanzkrise, müssen Fragen und Antworten zum IKS und Risikomanagement gestellt und (hoffentlich) beantwortet werden. Letztlich wird auf Grund der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung auch der Themenbereich „Gewinnverteilung“ beleuchtet, da das Streben nach Gewinn schließlich Ziel jedes wirtschaftlichen Handelns ist.

Um die Bedeutung der jeweiligen Ausführungen für Syndikatspartner deutlich darstellen und verdeutlichen zu können, wird die Bedeutung und die Konsequenzen der jeweiligen Rechtsvorschriften, Judikate und Lehrmeinungen für „gängige“ Syndikatsvertragsklauseln erläutert. Diese Erläuterung erfolgt jeweils in einer eigenen Zusammenfassung am Ende des jeweiligen Kapitels bzw. Teilkapitels.

Keine Untersuchung über den Syndikatsvertrag, die den Anspruch stellt einen generellen Zugang zu haben, ist vollständig, wenn sie nicht erforschen will, welche Rechtsfolgen der Syndikatsvertrag in nicht „syndikatsspezifischen“ Rechtsvorschriften auslösen kann. Dies ist dem 4. Teil vorbehalten. Natürlich hängen diese Rechtsfolgen immer vom konkreten Syndikatsvertrag ab, doch dürfen bei keinem Syndikatsvertrag kartellrechtliche Überlegungen aus den Augen verloren werden. Notieren die syndizierten Anteile an der Börse, sind zusätzlich immer das Übernahme- und das Börserecht zu beachten. Da eine detaillierte Analyse des Kartell-, Börse- und Übernahmerechts im Rahmen dieser Arbeit schlicht nicht machbar ist, steht die Frage im Mittelpunkt, unter welchen Umständen der Syndikatsvertrag die Anwendbarkeit der genannten Rechtsvorschriften begründet und welche maßgeblichen Vorschriften dabei zu beachten sind. Überblicksmäßig wird auch dargestellt, welche (unerfreulichen) Rechtsfolgen in diesen Rechtsmaterien lauern.

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT, WIDMUNG UND DANKSAGUNG	2
UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND	3
INHALTSVERZEICHNIS	6
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	11
1. Teil: WESENSMERKMALE VON SYNDIKATSVERTRÄGEN	14
1.1. Unternehmensstrategischer Hintergrund von Syndikatsverträgen im Überblick	14
1.2. Charakteristika von Syndikatsverträgen	15
1.3. Das Syndikat als GesbR und die daraus folgenden Konsequenzen	19
1.3.1 Voraussetzungen für das Vorliegen einer GesbR	19
1.3.2. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	20
1.3.3. Kennzeichen einer GesbR	21
1.3.4. Rechte und Pflichten der Gesellschafter	22
1.3.4.1. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten im Allgemeinen	22
1.3.4.2. Die Mitwirkungspflicht der Gesellschafter	23
1.3.4.3. Nachschusspflicht der Gesellschafter?	26
1.3.4.4. Das Konkurrenzverbot im Syndikat	27
1.3.5 Geschäftsführung und Beschlussfassungen	28
1.3.6. Beendigung von Gesellschafterstellung und Gesellschaftsverhältnis	30
1.3.6.1. Kündigung	30
1.3.6.2. Ausschluss	31
2. Teil: WIRKSAMKEITSSCHRANKEN VON SYNDIKATSVERTRÄGEN	33
2.1. Vertragsfreiheit und Privatautonomie	33
2.2. Mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte?	34
2.3. Die Treuepflicht	37
2.3.1. Die Treuepflicht – Bindungsrichtung, Inhalt und Sanktionen in Lehre und Rechtsprechung	37
2.3.1.1. Vorbemerkungen	37
2.3.1.2. Zusammenfassung des bisherigen Forschungsstandes in Lehre und Rechtsprechung	38
2.3.2. Eigener Ansatz: Grundsatz des gemeinsamen wirtschaftlichen Vorteils	42
2.3.3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht	44
2.3.4. Die Bedeutung der Treuepflicht für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung	45
2.4. Wirksamkeitsschranken des ABGB	46
2.4.1. §879 ABGB	46
2.4.1.1. §879 Abs. 1 ABGB: Verstoß gegen ein Gesetz	46
2.4.1.2. §879 Abs. 1 ABGB: Verstoß gegen die guten Sitten	47
2.4.1.2.1. Die Sittenwidrigkeitsklausel als Generalklausel	47
2.4.2.1.2. Ausgewählte Fallgruppen	47
2.4.1.3. Rechtsfolgen des §879 ABGB	50
2.4.1.4. Die Bedeutung des § 879 ABGB für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung	51
2.4.2. §1295 ABGB	51
2.4.2.1. Allgemeines	51
2.4.2.2. Einzelne Fallgruppen	53
2.4.2.3. Die Bedeutung des §1295 ABGB für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung	55

2.4.3.	List und Furcht	56
2.5.	Wirksamkeitsschranken des AktG und des GmbHG	58
2.5.1.	Das Verhältnis von AktG, Satzung, Syndikatsvertrag und (auf Syndikatsvertrag basierender) Beschlüsse zueinander	58
2.5.1.1.	Einführende Bemerkungen	58
2.5.1.2.	Das Verhältnis AktG zu Satzung	58
2.5.1.2.1.	Charakteristika des AktG	58
2.5.1.2.2.	Charakteristika der Satzung	59
2.5.1.2.3.	Widerspruch zwischen AktG und Satzung	62
2.5.1.3.	Das Verhältnis AktG zu Syndikatsvertrag	62
2.5.1.3.1.	Charakteristika von Syndikatsverträgen	64
2.5.1.3.2.	Widerspruch zwischen Syndikatsvertrag und AktG	64
2.5.1.4.	Das Verhältnis AktG zu (auf SV basierender) Beschlüssen	65
2.5.1.5.	Das Verhältnis Satzung zu Syndikatsvertrag	65
2.5.1.6.	Das Verhältnis Satzung zu (auf Syndikatsvertrag basierenden) Organbeschlüssen	68
2.5.1.7.	Das Verhältnis Syndikatsvertrag zu (auf SV basierender) Organbeschlüsse	69
2.5.2.	Besonderheiten des GmbH Rechts	76
2.5.2.1.	Das Verhältnis GmbHG zu Gesellschaftsvertrag	76
2.5.2.2.	Übertragbarkeit der Grundsätze des AktG auf das GmbHG	78
2.5.3.	Zusammenfassung sowie Darstellung der Bedeutung der Punkte 2.5.1. –bis 2.5.2. für diese Dissertation- Die direkte und indirekte Wirksamkeit von Syndikatsverträgen	78
2.5.4.	Der Grundsatz der Gleichbehandlung (§47a AktG)	81
2.5.5.	Haftung für Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft und die Lehre von der Durchgriffshaftung	84
2.5.5.1.	Der Grundsatz der beschränkten Haftung im AktG und GmbHG	84
2.5.5.2.	Durchgriffshaftung bei faktischer Geschäftsführung	86
2.5.5.3.	Existenzvernichtungshaftung	88
2.5.5.4.	Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung	88
2.5.5.5.	Durchgriffshaftung bei Sphärenvermischung	90
2.5.5.6.	Weitere Fälle des Haftungsdurchgriffs in Rechtsprechung und Lehre	90
2.5.5.7.	Die Bedeutung der Durchgriffshaftung für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung	91
2.5.6.	Die Hauptpflichten der Aktionäre / Gesellschafter und der Problemkreis der Nebenverpflichtungen sowie der Nachschüsse bei der GmbH	92
3. Teil:	AUSGEWÄHLTE VERTRAGSINHALTE	96
3.1.	Geschäftsführer und Vorstände	96
3.1.1.	Bemerkungen zum Verhältnis GF / Vorstand – AR	96
3.1.2.	Bestellung und persönliche Voraussetzungen der Geschäftsführer	97
3.1.2.1.	Dauer der Bestellung eines GF / des Vorstandes	97
3.1.2.2.	Rechtsnatur der Bestellung und erforderliche Mehrheiten	98
3.1.3.	Widerruf der Geschäftsführerbestellung, Abberufung und Rücktritt der Geschäftsführer	103
3.1.3.1.	Jederzeitiger Widerruf der Bestellung des GF gemäß §16 Abs. 1 GmbHG	103
3.1.3.2.	Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund (§§16 Abs. 3 GmbHG, 75 Abs. 4 AktG)	104
3.1.3.3.	Gibt es eine Pflicht der Aktionäre / Gesellschafter für den Widerruf zu stimmen?	109
3.1.3.4.	Welche „Verteidigungsmöglichkeiten“ gibt es gegen den Widerruf?	110

3.1.3.5.	Der Rücktritt des GF / Vorstandes	110
3.1.4.	Die Leitungsaufgabe von Vorstand und Geschäftsführer	112
3.1.4.1.	Eigenverantwortliche Generalkompetenz zur Leitung der AG (§70 Abs. 1 AktG).....	112
3.1.4.2.	Exkurs: Sonderproblematik von Weisungen in der AG und der GmbH.....	114
3.1.4.3.	Wohl des Unternehmens, Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses	118
3.1.4.4.	Inhaltliche Konkretisierung von „Wohl des Unternehmens, Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“	118
3.1.4.5.	Das Verhältnis von „Wohl des Unternehmens, Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“ ..	120
3.1.4.6.	§70 Abs. 1 AktG als Leitlinie für HV und AR und GmbH?	121
3.1.4.7.	Ausnahmen von der Generalkompetenz zur Leitung der AktG	121
3.1.4.8.	Sonderfragen zum mehrgliedrigen Vorstand / GF	122
3.1.4.9.	Die Vertretungsbefugnis des Vorstandes und der GF	126
3.1.5.	Das Konkurrenzverbot (§§ 24 GmbHG, 79 AktG)	132
3.1.5.1.	Inhalt und Charakter des Konkurrenzverbots.....	132
3.1.5.2.	Sanktionen bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	134
3.1.6.	Die Verschwiegenheitspflicht	135
3.1.7.	Die Auskunftspflicht der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft und dem Aufsichtsrat	136
3.1.8.	Vorstands und Geschäftsführerhaftung (§§25 f. GmbHG, 84 AktG)	136
3.1.8.1.	Allgemeine Bemerkungen.....	136
3.1.8.2.	Inhalt des Sorgfaltsmaßstabes für AktG und GmbHG.....	138
3.1.8.3.	Haftung gegenüber Gesellschaft / Dritten	139
3.1.8.4.	Handeln mehrerer	141
3.1.8.5.	Umfang des Schadenersatzes	141
3.1.8.6.	Haftungsausschluss gemäß §84 Abs. 4 AktG.....	141
3.1.8.7.	Geltendmachung der Ansprüche	142
3.1.8.8.	Beweislast.....	143
3.1.9.	Vorstands – und geschäftsführerbezogene Klauseln in Syndikatsverträgen – Eine Zusammenfassung	143
3.1.9.1.	Gemeinsame Grundsätze für Vorstand und GF	143
3.1.9.2.	Vorstandsspezifische Klauseln.....	146
3.1.9.3.	GF bezogene Klausel	147
3.2.	Der Aufsichtsrat	148
3.2.1.	AR – Pflicht bei AG und GmbH	148
3.2.2.	Kein substanzieller Unterschied zwischen fakultativem und obligatorischem AR	149
3.2.3.	Beiräte	150
3.2.4.	Zusammensetzung des AR sowie Entsendung, Wahl, und Abberufung von AR – Mitglieder	150
3.2.4.1.	Zusammensetzung des AR – Anzahl und persönliche Voraussetzungen der AR Mitglieder (§86 AktG, §§30, 30 a GmbHG, §100 ArbVG)	150
3.2.4.2.	Entsendungsrechte.....	154
3.2.4.3.	Das Bestellungsverbot des §90 AktG / 30 e Abs. 1 GmbHG	158
3.2.4.4.	Wahl von AR Mitgliedern.....	159
3.2.4.5.	Widerruf der Bestellung von AR Mitgliedern und deren Abberufung und Rücktritt	161
3.2.5.	Ausschüsse des AR (§92 Abs. 4 AktG, §30 g Abs. 4 GmbHG)	162

3.2.6. Beschlüsse des AR	165
3.2.7. Die Überwachungskompetenz des AR.....	166
3.2.7.1. Die Generalklauseln des §95 Abs. 1 AktG und des §30 j Abs. 1 GmbHG	166
3.2.7.2. Der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte (§30j Abs. 5 GmbHG , §95 Abs.5 AktG)	168
3.2.7.3. Informations- und Teilnahmerechte sowie Prüf – und Einberufungspflichten des Vorstandes.....	170
2. Jederzeitige Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem AR gemäß §95 Abs 2 AktG, §30j Abs. 2 und 3 GmbHG	170
3. Einsichts- und Prüfrecht unter Zuhilfenahme von Sachverständigen (gemäß §95 Abs. 3 AktG, §§ 30 j Abs. 3, 30 h Abs. 1 GmbHG)	171
4. Einberufungspflicht gemäß §95 Abs. 4 AktG, §30 j Abs. 4 GmbHG.....	172
5. Prüfpflicht des Jahresabschlusses, des Vorschlages für die Gewinnverteilung und des Lagebericht (§96 Abs. 2 AktG, §30 k GmbHG).....	172
6. Weitere gesetzlich vorgeschriebene Sitzungen	173
7. Inhalt der Berichte	174
3.2.8. Geschäftsordnung für den AR.....	175
3.2.9. Vertretungsbefugnis des AR (§97 AktG, §30 l GmbHG).....	175
3.2.10. Konkurrenzverbot für AR?.....	175
3.2.11. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des AR (§99 AktG, §33 GmbHG)	177
3.2.12. Aufsichtsratsbezogene Klauseln in Syndikatsverträgen – Eine Zusammenfassung	180
3.3. Die Hauptversammlung / Generalversammlung	183
3.3.1. Allgemeines.....	183
3.3.2. Das Stimmrecht sowie die Beschlüsse der HV / Generalversammlung.....	184
3.3.2.1. Das Stimmrecht	184
3.3.2.2. Stimmverbote und Stimmenkauf.....	188
3.3.2.3. Die Beschlüsse der HV / Generalversammlung	190
3.3.3. Die wichtigsten Zuständigkeiten von Generalversammlung und HV	192
3.3.3.1. Die Generalkompetenzen des AktG und des GmbHG	192
3.3.3.2. Die Entlastung von GF / Vorständen	195
3.3.4. Die Regeln zu Hauptversammlung und Generalversammlung und ihre Bedeutung für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung.....	197
3.4. IKS und Risikomanagement sowie andere Kontrollmöglichkeiten für Gesellschafter und Aktionäre	203
3.4.1. Internes Kontrollsystem (IKS) gemäß §22 Abs. 1 GmbHG und §82 AktG	203
3.4.1.1. Allgemeines.....	203
3.4.1.2. Was ist ein IKS und welche Ziele verfolgt es?	204
3.4.1.3. Notwendigkeit von IKS und Risikomanagement.....	205
3.4.1.4. Haftung des Aufsichtsrates im Zusammenhang mit dem IKS	206
3.4.2. Berichtspflichten gegenüber den und Informationsrechte der Gesellschafter ..	206
3.4.2.1. Informationsrechte im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss	206
3.4.2.2. . Einsichtsrechte der Gesellschafter gemäß §22 Abs. 2 und 3 GmbHG bzw. Auskunftsrechte der Aktionäre gemäß §118 AktG und Berichtspflicht des Vorstandes gemäß §81 AktG	206
3.4.2.2.1. Das Auskunftsrecht gemäß §118 AktG.....	206
3.4.2.2.2. Einsichtsberechtigte, Umfang des Einsichtsrechts	209
3.4.2.2.3. Verweigerung des Einsichtsrechts	209
3.4.2.2.4. Das Einsichtsrecht der Gesellschafter als Informationspflicht der GF?.	210

3.4.2.2.5. Berichtspflichten des Vorstandes / GF gemäß §81 AktG und §28 a GmbHG (Quartalsbericht, Jahresbericht, Sonderbericht)	211
3.4.3. Haftung des Abschlussprüfers im Zusammenhang mit dem IKS und dem Jahresabschluss.....	212
3.4.4. IKS und Risikomanagement sowie andere Kontrollmöglichkeiten für Gesellschafter und Aktionäre Eine Zusammenfassung.....	213
3.5. Übertragung und Übertragungsbeschränkungen von Geschäftsanteilen bzw. Aktien	215
3.6. Die Gewinnbeteiligung der Aktionäre und Gesellschafter	229
4. Teil: Der SYNDIKATSVERTRAG ALS ANKNÜPFUNGSPUNKT	235
4.1. Syndikatsvertrag und Kartellrecht	235
4.1.1. Das europäische und das österreichische Kartellverbot	235
4.1.1.1. Das österreichische und europäische Kartellverbot (§1 KartG, Art 81 EGV)	235
4.1.1.2. Ausnahmetatbestände des österreichischen und europäischen Kartellrechts.	239
4.1.2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	244
4.1.3. Zusammenschlüsse nach europäischem und österreichischem Recht.....	246
4.1.4. Das Verhältnis der Kartell- und Zusammenschlusstatbestände	251
4.1.4.1. Das Verhältnis der europäischen und innerstaatlichen Vorschriften zueinander	251
4.1.4.2. Das Verhältnis der europäischen Vorschriften untereinander.....	252
4.1.4.3. Das Verhältnis der österreichischen Vorschriften zueinander	253
4.2. Syndikatsvertrag und Übernahmerecht	254
4.2.1. Anwendung des Übernahmerechts und dessen allgemeine Grundsätze	254
4.2.2. § 22 ÜbG als Vorfrage für die syndikatsvertraglich spezifischen Tatbestände des §22 a ÜbG	255
4.2.3. Die Tatbestände des §22 a ÜbG	256
4.2.3.1. Die Begründung des kontrollierenden Syndikats (§22 a Z 1 ÜbG)	257
4.2.3.2. Die Auflösung des Syndikats (§22 a Z 2 ÜbG)	257
4.2.3.3. Änderungen im Syndikat (§22 a Z 3 ÜbG)	258
4.2.4. Die passive Kontrollerlangung (§22 b ÜbG)	258
4.2.5. Ausnahmen von der Angebotspflicht	259
4.2.6. Der Preis des verpflichtenden Übernahmeangebots.....	260
4.3. Syndikatsvertrag und Meldepflichten des §91 BörseG.....	262
LITERATUR VERZEICHNIS	265
5. Exposé zur Dissertation „AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN ZU SYNDIKATSVERTRÄGEN BEI KAPITALGESELLSCHAFTEN“	280
5.1. Inhaltliche Beschreibung des Dissertationsprojektes, Überblick über den Forschungsstand sowie Darstellung der geplanten Methoden	280
5.2. Relevante Literatur	281
5.3. Angaben zur Betreuerwahl.....	281
5.4. Zeit- und Arbeitsplan, Finanzierungs- und Ressourcenplan	281
TABELLARISCHER LEBENSLAUF	282

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

/:	bzw.
a.A.:	anderer Ansicht
ABGB:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (idgF)
Abs.:	Absatz
AG:	Aktiengesellschaft
AktG:	Aktiengesetz (idgF)
AngG:	Angestelltengesetz (idgF)
AO:	Ausgleichsordnung (idgF)
AR:	Aufsichtsrat als Kollegialorgan oder Aufsichtsratsmitglied
ArbVG:	Arbeitsverfassungsgesetz (idgF)
arg.:	argumentum
Art.:	Artikel
Ausl BGH:	Bundesgerichtshof
AZG:	Arbeitszeitgesetz (idgF)
BAO:	Bundesabgabenordnung (idgF)
BB:	Betriebsberater, Zeitschrift für Recht und Steuern
BGBL.:	Bundesgesetzblatt
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHZ:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGNr.	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
B-VG:	Bundes-Verfassungsgesetz (idgF)
bzw.:	beziehungsweise
DB:	Der Betrieb, Zeitschrift für Recht, Wirtschaft und Steuern
dGmbHG_	deutsches GmbHG ("Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509) geändert worden ist")
DHG:	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (idgF)
DRdA:	Das Recht der Arbeit
DStR:	Deutsches-Steuerrecht
E:	Erkenntnis
EG:	Europäische Gemeinschaft
EGV:	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (idgF)

EuG:	Europäischer Gerichtshof erster Instanz
EuGH:	Europäischer Gerichtshof
EvBl:	Evidenzblatt
EVHGB:	Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch
€:	EURO
f.:	folgende
FB:	Firmenbuch
ff.:	fortfolgende
FKVO:	Fusionskontrollverordnung (idgF)
GesbR:	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GF:	Geschäftsführer (Einzahl oder Mehrzahl), Geschäftsführung
Ges:	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ:	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GmbH:	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR:	GmbH Recht
GmbHG:	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (idgF)
hL:	herrschende Lehre
hM:	herrschende Meinung
HV:	Hauptversammlung
idS.:	in diesem Sinne
idgF:	in der geltenden Fassung
IESG:	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
IKS:	Internes Kontrollsystem
JBl:	Juristische Blätter
KartG:	Kartellgesetz (idgF)
KG:	Kartellgericht
KMG:	Kapitalmarktgesetz
KOG:	Kartellobergericht
KomE:	Entscheidung der Kommission
lt.:	laut
m.E.:	meines Erachtens
m.M.n.	meiner Meinung nach
M.A.n.	meiner Ansicht nach
M.a.W.:	mit anderen Worten

MietSlg.:	Mietrechtliche Entscheidungen
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NO:	Notariatsordnung (idgF)
Nr.:	Nummer
NZ:	Notariatszeitung
NZG:	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH:	Oberster Gerichtshof
OZK:	Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht
ÖBA:	Zeitschrift für das Gesamte Bank- und Börsenwesen
ÖJZ:	Österreichische Juristen Zeitung
ÖZW:	österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdW:	Das Recht der Wirtschaft
Rspr.:	Rechtsprechung
Rz.:	Randziffer
StGB:	Strafgesetzbuch (idgF)
StGG:	Staatsgrundgesetz
stRsp.:	ständige Rechtsprechung
SWK:	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ:	Sammlung zivilrechtliche Entscheidungen des OGH
u.a.:	unter anderem
udgl.	und der gleichen
UGB:	Unternehmensgesetzbuch (idgF)
URÄG 2008:	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008
UrlaubsG:	Urlaubsgesetz
uvm.:	und vieles mehr
ÜbG:	Übernahmegesetz (idgF)
vgl.	vergleiche
wbl.:	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM:	Zeitschrift für wirtschafts- und Bankenrecht
wobl:	Wohnrechtliche Blätter
www:	World Wide Web
z.B.:	zum Beispiel
ZIP:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVR:	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1. Teil: WESENSMERKMALE VON SYNDIKATSVERTRÄGEN

1.1. Unternehmensstrategischer Hintergrund von Syndikatsverträgen im Überblick

Unter Syndikatsverträgen werden Vereinbarungen verstanden, deren Regelungsgegenstand die Ausübung des Stimmrechts in einer Gesellschaft ist.¹ Die Vertragsparteien kommen überein, wie vom Stimmrecht, das dem jeweiligen Syndikatspartner in den Organen der kontrollierten Gesellschaft zusteht, Gebrauch gemacht werden soll.² Dabei finden sich in der Praxis aber nicht nur Vereinbarungen, wie das Stimmrecht auszuüben ist, sondern auch Vertragsnormen über Stimmenthaltungen. Die genauere Betrachtung einer Vielzahl von Syndikatsverträgen zeigt weiters, dass neben den Regelungen über die Ausübung des Stimmrechts oftmals wirtschaftlich und rechtlich vielleicht ebenso bedeutende Vereinbarungen enthalten sind. Die Stimmbindungsregelungen dienen dazu, genau diese Interessen, welche die Syndikatspartner im Hinblick auf die Gesellschaft verfolgen, in den Gesellschaftsorganen durchzusetzen. Als Beispiele seien an dieser Stelle etwa Regelungen über die Bestellung von Gesellschaftsorganen, die wirtschaftlichen Beziehungen der Syndikatspartner zur Gesellschaft, Vereinbarungen über Ausschüttungsverpflichtungen Vorkaufsrechte an Gesellschaftsanteilen uvm. genannt. Somit lässt sich ein gemeinsamer Zweck aller Syndikatsverträge feststellen: Die Sicherung des Einflusses der Syndikatsmitglieder auf die Gesellschaft. Die Intensität des Einflusses richtet sich danach, ob der Syndikatsvertrag von einer Minderheit der Gesellschafter, der Hälfte der Gesellschafter oder einer Mehrheit der Gesellschafter – jeweils bezogen auf die Anteile - geschlossen wird.³

1 Stellvertretend für die Rechtsprechung und Lehre: OGH 5.12.1985, 4 Ob 588/95 (ÖJZ – LSK 1996/70); ähnlich Strasser in Jabornegg/Strasser §144 Rz 4;

2 Wird in der Folge von „kontrollierter Gesellschaft“ gesprochen, wird damit lediglich zum Ausdruck gebracht, dass es sich um die Gesellschaft handelt, die Gegenstand der Stimmrechtsausübung gemäß Syndikatsvertrag ist. Eine Kontrolle etwa im Sinne einer Beherrschung ist damit nicht gemeint.

3 (dazu gleich unten unter Punkt 1.2., S 14f.)

1.2. Charakteristika von Syndikatsverträgen

Unter Syndikatsverträgen werden Vereinbarungen über die Stimmrechtsausübung in Gesellschaften verstanden.⁴ Sie sind nach allgemeiner Auffassung zulässig.⁵ Die Verpflichtung seine Stimme in einem gewissen Sinn (nicht) abzugeben, kann für die verschiedensten Gesellschaftsorgane wie Hauptversammlung, Generalversammlung, Vorstand, Geschäftsführung oder Aufsichtsrat gelten. Ihre Rechtsgrundlage ist die Vertragsfreiheit.⁶ Soweit ersichtlich wurde in der Lehre und Rechtsprechung noch nicht die Frage diskutiert, welche Abreden eigentlich die essentialia negotii von Syndikatsverträgen sind. M.E. müssen, damit von einem gültigen Syndikatsvertrag gesprochen werden kann, die kontrollierte Gesellschaft und die syndizierten Geschäftsanteile bestimmt bzw. bestimmbar sein. Überdies wird, da es Sinn und Zweck von Syndikatsverträgen ist, maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte Gesellschaft auszuüben, auch zu verlangen sein, dass die Agenden über die abgestimmt werden soll, auch Eingang in den Syndikatsvertrag finden.⁷ Essentiell für Syndikatsverträge ist immer die Frage, was der konkrete Gegenstand des Syndikatsvertrages sein soll. Primär ist dies sicher die Einflussnahme auf eine bestimmte Gesellschaft. Diese Einflussnahme erfolgt in den Gesellschaftsorganen. Der Grad der Einflussmöglichkeit bestimmt sich nach der Höhe der Anteile an der Gesellschaft. Daher ist die Beantwortung der Frage, welche Anteile syndiziert werden sollen, von entscheidender Bedeutung. Sollen etwa nur die gegenwärtigen Anteile der Gesellschafter, oder auch in der Zukunft hinzutretende Anteile (z.B. nach einer Kapitalerhöhung) vom Syndikatsvertrag umfasst sein? Zweifelsfrei wird für die Wirksamkeit von Syndikatsverträgen nicht nur die genaue Benennung der kontrollierten Gesellschaft als primärer Vertragsgegenstand erforderlich sein sondern auch die Bestimmung der syndizierten Anteile (auch der eventuell hinzukommenden), da diese ja für den Grad der Einflussnahme und der Stimmbindung entscheidend sind. Nicht syndizierte Anteile können selbstverständlich mangels Bindung an das Syndikat nicht umfasst sein.

4 Strasser in Jabornegg /Strasser §114 Rz.4, wonach die Termini Pool, Schutzgemeinschafts-, oder Konsortialvertrag ebenso gebräuchlich sind

5 Stellvertretend für die Lehre und Rechtsprechung OGH, 10.06.1997, 10Ob 523/94; Maßgebliche Stimmen, die eine Unzulässigkeit per se behaupten, konnten bei der Literaturrecherche nicht ermittelt werden

6 OGH 28.04.2003, 7 Ob/ 59/03g (ecolex 2003, 343)

7 OGH 20. 9. 2001, 2 Ob 158/01a (GesRZ 2002, 140) spricht von der Syndizierung als ggfs. maßgebliche Grundlage eines Beteiligungserwerbs

Nachdem untersucht worden ist, was syndiziert werden kann, muss natürlich auch die Frage beantworten, wer syndizieren kann bzw. wer Syndikatspartner sein kann. Selbstredend – und lediglich der Vollständigkeit halber – muss erwähnt werden, dass natürlich jeder Gesellschafter / Aktionär berechtigt ist, seine Anteile durch Syndikatsvertrag zu binden, sofern nicht schuldrechtliche Vereinbarungen wie etwa durch Verpfändungsvertrag mit Dritten, dieser Möglichkeit entgegenstehen können. Auf den ersten Blick nicht so eindeutig ist, ob auch Personen Parteien eines Syndikatsvertrages sein können, die keine Aktien oder Gesellschaftsanteile an der kontrollierten Gesellschaft halten bzw. ob Vereinbarungen, die so einen Regelungsinhalt vorsehen, zulässig sind. Die Lösung dieser Rechtsfrage ist m.M.n. über die relevanten Bestimmungen zum Stimmrecht im AktG und GmbHG zu lösen. Das Stimmrecht steht nach eindeutiger Konzeption der maßgeblichen zwingenden⁸ Bestimmungen dem Aktionär bzw. Gesellschafter zu. Eine Stimme binden kann nun mal nur der, der eine Stimme (gesellschaftsrechtlich) hat. Eine wirtschaftliche Bindung an eine andere Person als den Aktionär / Gesellschafter kann nach vereinzelter Ansicht über den Weg der Treuhand erreicht werden,⁹ sofern die Knebelung nicht sittenwidrig ist.¹⁰ M.E. ist solchen Umgehungskonstruktionen eine klare Absage zu erteilen,¹¹ da gesellschaftsfremden Personen aus der Satzung / dem Gesellschaftsvertrag keine eigenen (Stimm-) Rechte eingeräumt werden können.¹² Daher können m.E. Regelungen die - wenn auch unter Umgehung - genau darauf abzielen, nur unzulässig sein.¹³ In eine ähnliche Richtung stößt die hL. In Deutschland, die zu diesem Problemkreis auch anführt, dass ein Nichtaktionär der Syndikatspartner wäre, nicht an die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gebunden wäre,¹⁴ was nach dieser Auffassung wiederum unzulässig wäre. Dieses Argument überzeugt nicht. Wie bei den Ausführungen zur Treuepflicht noch zu zeigen sein wird, besteht die Treuepflicht auch bei Personengesellschaften und somit bei der GesbR. Wären nun alle Aktionäre mittels Syndikatsvertrag verbunden, würde sich die Treuepflicht gegenüber den Mitsyndikatspartnern aus dem Syndikatsvertrag – wenn auch nicht aus der Satzung – ergeben. Gerade in einem solchen Fall würde das genannte Argument somit „ins Leere gehen“.

8 befürwortend: Hüffer, AktG §133 Rz 27; a.A. Arnold in Bork, Schäfer §53 Rz. 19

9 BGHZ 21,378

10 OLG Brandenburg, GmbHR 1997, 168

11 im Ergebnis u.a. Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbHG, §15 Rz.80; Ulmer, Habersack, Winter-Winter, Löbke, GmbHG, §15 Rz.253

12 u.a. Ulmer/Habersack/Winter-Winter/Löbke, GmbHG, § 15 Rn. 240; a.A.: Reichert/Weller in: MünchKomm-GmbHG, § 15 Rz. 429, die eine solche (Umgehungs-) Regel offenbar für zulässig erachten; ebenso anders auch Casper in Bork, Schäfer GmbHG §47 Rz 25

13 ebenso wohl Westermann in Bürgers, Körber, AktG, §12 Rz 1

14 Hüffer, AktG §133 Rz 27

Syndikate werden häufig aus zwei Gründen abgeschlossen, nämlich zur Bildung oder Stärkung eines Mehrheitssyndikats oder zur Bildung und Stärkung eines Minderheitssyndikats. Dies sei an folgendem Beispiel erläutert: A (24 %), B(23 %), C(27 %) und D (26 %) sind Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft. Errichten nun A und B gemeinsam ein Syndikat, haben sie die Möglichkeit durch koordiniertes Zusammenwirken Änderungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages zu verhindern.¹⁵ Bilden gleichzeitig C und D ein Syndikat, steht ihnen bei koordinierter Zusammenarbeit jederzeit offen, Beschlüsse zu fassen, die der Stimmenmehrheit bedürfen. Diese Varianten lassen sich in den verschiedensten Formen problemlos fortsetzen.

Syndikatsverträge sind schuldrechtlicher Natur und binden nur die Vertragspartner (daher die den Syndikatsvertrag schließenden natürlichen oder juristischen Personen).¹⁶ Daher scheidet nach Ansicht des OGH auch eine Anfechtung wegen vereinbarungswidriger Stimmabgabe aus, sofern sich die Stimmbindung nicht darauf konzentriert, die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu konkretisieren.¹⁷ Fraglich ist aber, ob nicht auch etwa Vorstände oder Aufsichtsräte bzw. Geschäftsführer bei einer GmbH – überhaupt wenn sie den Syndikatsvertrag für „ihre Gesellschaft unterzeichnet haben - an Syndikatsverträge gebunden sind. Der OGH hat diese Frage in Bezug auf die AG mit Verweis auf die Weisungsfreiheit von Vorstand und Aufsichtsrat verneint.¹⁸ Von einer de – facto Bindung ist aber m.E. auszugehen, wenn die Gesellschafter, die gleichzeitig Syndikatspartner gemeinsam mit der kontrollierenden Gesellschaft einen Vertrag unterzeichnen, der die kontrollierte Gesellschaft bindet, da Vorstände / GF selbstverständlich verpflichtet sind, Verträge, welche „ihre“ Gesellschaft unterzeichnet hat, einzuhalten.¹⁹

Syndikatsverträge können entweder für bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen werden, je nach dem ob die Stimmbindung nur für eine bestimmte Abstimmung gelten soll oder eben unbefristet.²⁰ Ebenso lässt sich der Anwendungsbereich auf eine gewisse Kategorie von Beschlüssen einschränken.²¹ Aus der Tatsache, dass Syndikate als GesbR anzusehen

¹⁵ zu den Regelungen der Beschlussmehrheiten siehe Punkt..2.5.3.

¹⁶ Exemplarisch für die Lehre und Rechtssprechung, OGH 20.12.83,5Ob/ 708/83

¹⁷OGH, 05.12.1995, 4Ob 588/ 95; vgl. auch OGH 28.04.2003, 7Ob 59/03g (ecolex 2003, 343)

¹⁸ OGH 24.01.2001, 9 Ob 13/01d (ecolex 2001, 155)

¹⁹ Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285ff

²⁰ Strasser in Jabornegg/Strasser §114, Rz.4, in aller Regel werden sie als Dauerschuldverhältnisse qualifiziert: OGH 13.11.1985, 1 Ob 629/85 (NZ 1987,144)

²¹ Strasser in Jabornegg/Strasser §114, Rz.4

sind,²² folgt dass Entscheidungen im Syndikat mit den für die im GesbR – Recht erforderlichen einfachen Mehrheit getroffen werden können,²³ sofern der Syndikatsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält.²⁴

Wesentlicher Teil dieser Arbeit ist die Untersuchung, welche Grenzen Syndikatsverträgen gesetzt sind. Kurz zusammengefasst, lässt sich sagen, dass Syndikatsverträge im Rahmen der Privatautonomie jeden Regelungsinhalt haben können, sofern kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, gegen zwingendes Gesellschaftsrecht oder gegen die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag²⁵ vorliegt. Ebenso sind gewisse Regelungsgegenstände der Satzung dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorbehalten. Eine genauere Darstellung der Wirksamkeitsschranken erfolgt im Teil II und III dieser Arbeit, wo diese und andere Wirksamkeitsschranken detaillierter dargestellt werden. Aus dem soeben Gesagten folgt, dass in Österreich von einer grundsätzlichen Trennung von Syndikatsvertrag und der Verbandsordnung auszugehen ist.²⁶ Nichts desto trotz finden sich aber einige Entscheidungen, in denen von diesem Trennungsprinzip abgegangen wurde.

Obwohl nicht Gegenstand dieser Untersuchung soll der Vollständigkeit halber kurz erwähnt werden, dass zur Durchsetzung von Syndikatsverträgen die Leistungsklage,²⁷ die Schadenersatzklage,²⁸ die Unterlassungsklage²⁹ und die einstweilige Verfügung als Rechtsdurchsetzungsmechanismen in der Rechtsprechung anerkannt sind.

22 dazu gleich unter Punkt 1,3

23dazu gleich unter Punkt 1.3

24 dazu Punkt 1.3.

25 Tichy in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 107

26 Tichy, Syndikatsverträge 43

27 Koppensteiner, Rüdfler §39 Rz 22

28 Tichy in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 107; Wallisch, Implizite Befristung und Durchsetzung, ÖZW 2004, 56

29 OGH, 28.04.2003, 7Ob 59/03g (ecolex 2003, 343)

1.3. Das Syndikat als GesbR und die daraus folgenden Konsequenzen

1.3.1 Voraussetzungen für das Vorliegen einer GesbR

Die rechtliche Einordnung eines Syndikats ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten. Das Syndikat wird als GesbR gesehen.³⁰

Eine GesbR liegt gemäß § 1175 ABGB dann vor, wenn zwei oder mehr Personen durch Vertrag ihre Mühe oder ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen vereinigen. Beim Syndikatsvertrag besteht die gemeinsame Mühe in der Koordinationstätigkeit zur gemeinsamen Kontrollausübung über die syndizierte Gesellschaft (strategische Besprechungen, gemeinsame Analysen der Gesellschafter hinsichtlich der kontrollierten Gesellschaft uvm.), während der Nutzen in der Stärkung der Mehrheits- oder der Minderheitenstellung liegt. Um von einem Gesellschaftsvertrag und damit von einer Gesellschaft sprechen zu können, muss eine gemeinsame Organisation geschaffen werden, die auch auf ein gemeinsames Wirken und nicht bloß auf ein Haben gerichtet ist.³¹ Diese Gemeinschaftsorganisation muss neben dem gemeinsamen Wirken auch auf einen gemeinsamen Erwerbszweck gerichtet sein.³² Die Realisierung von Gewinnen ist für das Vorliegen einer GesbR allerdings nicht notwendig.³³

Es wird gelegentlich die Auffassung vertreten, dass das Bestehen einer Gemeinschaftsorganisation nicht Voraussetzung für das Bestehen einer GesbR ist.³⁴ Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, da sie verkennt, dass ein Mindestmaß an Organisation die Ausübung von Mitwirkungsrechten erst ermöglicht und somit indirekt Voraussetzung für jede Gesellschaftsform ist. Überdies muss für das Vorliegen einer GesbR ein erlaubter Gesellschaftszweck vorliegen.³⁵

30 beispielsweise: Koppensteiner, Rüffler §39 RZ 18, Strasser in Rummel §1175, Rz 26, OGH 28.04.2003, 7 Ob 59/03g (ecolex 2003, 343)

31 OGH 27.04.1987, 1 Ob 580/87, OGH, 26.01.1989, 8 Ob/ 620/88 (MietSlg. 34.279)

32 OGH 27.04.1987, 1 Ob 580/87,

33 OGH 16.03.1982, 5 Ob 722/81 (MietSlg. 34.248)

34 Grillberger in Rummel, §1175 Rz21

35 OGH 10.06.1997, 10 Ob 523/94 (ecolex 1997, 927)

Der OGH hat – soweit ersichtlich – erst einmal ausgesprochen, dass ein Syndikat keine GesbR sondern wohl ein Auftragsverhältnis ist, wenn einem Syndikatspartner ein Weisungsrecht gegenüber einem anderen zusteht³⁶. Eine rechtsdogmatische Begründung blieb der OGH allerdings schuldig. Die Subsumption unter das Auftragsrecht, bei einer Möglichkeit eine Weisung zu erteilen, ist m.M.n vollkommen verfehlt, da ein Auftrag definitionsgemäß die Besorgung eines fremden Geschäftes auf fremde Rechnung darstellt.³⁷ Ein vertragliches Weisungsrecht vermittelt die Möglichkeit, in einer bestimmten Situation den eigenen Willen im vertraglich und gesetzlich vorgesehenen Rahmen durchzusetzen. Das bedeutet aber keinesfalls, dass damit das Syndikat für den der Weisung unterworfenen Partner keinen eigenen Nutzen hat. Bildet etwa A, der an der XY GmbH mit 5 % beteiligt ist, gemeinsam mit B, der an dem selben Unternehmen mit 20 % beteiligt ist, ein Syndikat, ändert die Tatsache, dass B gegenüber A weisungsberechtigt ist, nichts am Nutzen für A. Durch gemeinsame Stimmenabgabe in den Organen der kontrollierten Gesellschaft – wenn auch auf Weisung von B - können strategisch wichtige Entscheidungen getroffen oder verhindert werden (z.B. Verhinderung der Änderung des Gesellschaftsvertrages). Diesen Nutzen hätte A ohne Syndikat mit B nicht gehabt. Die Tatsache, dass es sich für A in diesem Fall wohl nicht um die Besorgung eines fremden Geschäftes handelt, sondern um die Verfolgung eigener gegebenenfalls „vitaler Interessen“, nämlich die strategische Verbesserung der eigenen Position zu einem gewissen „Preis“ (Weisungsunterworfenheit gegenüber B), ist wohl evident. Deshalb wird in dieser Arbeit auch in weiterer Folge davon ausgegangen, dass Syndikate zweifelsfrei und jedenfalls Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind.

1.3.2. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

Abgrenzungskriterium zwischen GesbR und Rechtsgemeinschaft ist das gemeinsame Wirtschaften und Wirken der GesbR - Gesellschafter, da die Rechtsgemeinschaft nur auf ein Haben und Verwalten gerichtet ist.³⁸ Die Abgrenzung zum Arbeitsvertrag wird nach der Judikatur durch organisatorische Prinzipien vorgenommen. Für das Arbeitsverhältnis ist das Subordinationsprinzip kennzeichnend, während für das Gesellschaftsverhältnis grundsätzlich

36 OGH 28.04.2003, 7 Ob 59/03g (ecolex 2003, 343) – M.E. bedeutet die Möglichkeit der jederzeitigen Weisung einen möglichen Machtmissbrauch im Sinne einer Sittenwidrigkeit (zur Sittenwidrigkeitsproblematik und zur Möglichkeit wirtschaftlichen Druck bzw. Schikane auszuüben siehe die Punkte 2.4.1., 2.4.2. und 2.4.3)

37 Koziol, Welser 195

38 OGH 31.08.1983, 1 Ob 577/83 (HS 14.863)

die Gleichbehandlung bestimmend ist.³⁹ Die Abgrenzung zu den partiarischen Geschäften liegt darin, dass die Gemeinschaftsorganisation den Beteiligten gewisse Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten einräumt.⁴⁰

1.3.3. Kennzeichen einer GesbR

Auf einige grundsätzliche Anforderungen an Gesellschaftsverträge im Allgemeinen (z.B.: Schaffung einer gemeinsamen Organisation) wurde bereits oben eingegangen. Trotzdem sind an dieser Stelle im Überblick weitere Grundsätze des GesbR – Rechts zu nennen, die in Literatur und Judikatur entwickelt wurden, da sie für Syndikatsverträge von Bedeutung sind.

Für das Gesellschaftsverhältnis und damit für das Syndikat gilt dispositives Recht.⁴¹ Sofern zwingende Vorschriften im GesbR – Recht bestehen, wird im Folgenden ausdrücklich darauf hingewiesen.

Die Einigung auf bzw. Änderungen des Syndikatsvertrages als Gesellschaftsvertrag der GesbR bedarf der Zustimmung aller Vertragspartner.⁴² Die Abgrenzung zwischen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages oder einer Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung, die in den Bereich der Geschäftsführung der GesbR fällt, kann gelegentlich Schwierigkeiten bereiten. Ist etwa die Ausdehnung der Stimmbindung auf Tochterfirmen, die nicht den absolut identen Unternehmenszweck, wie die bisher ebenfalls kontrollierte Mutter haben, bereits eine Änderung des Gesellschaftsvertrages oder eine Verwaltungsmaßnahme und damit noch Geschäftsführung? Dies ist im Hinblick auf die unterschiedlich erforderlichen Quoren von großer Bedeutung.⁴³ Zur genauen Abgrenzung wurden verschiedene Theorien entwickelt, die entweder auf die eindeutige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag als Geschäftsführungshandlung abstellen oder aber darauf ob ein „materieller Kernbereich der Gesellschaft“ betroffen ist.⁴⁴ M.E. wird dann von einer Änderung des Gesellschaftsvertrages auszugehen sein, wenn der (wirtschaftliche) Sinn einer Bestimmung geändert wird, was im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln sein wird.

39 OGH 24.04.1975, 7Ob 72/75,

40 Rkv153/54, OGH 08.01.1955

41 Fritz, Gesellschafts- und Unternehmensformen 44

42 OGH 29.0.1954, 3 Ob 554/54 (SZ 27/242)

43 zur Geschäftsführung siehe Punkt 1.3.5.

44 genauer: Feil, GesbR S18f; Roth, Kernbereich, JBl 2005,80

Die GesbR ist keine juristische Person und ist nicht parteifähig, weshalb die Gesellschafter und nicht das Syndikat Parteien eines Rechtsstreits sind.⁴⁵ Aus dem Mangel an Rechtsfähigkeit folgt weiters, dass die Zurechnungsobjekte von Rechten und Pflichten die Gesellschafter sind.⁴⁶

Vertragsparteien einer GesbR können natürliche und juristische Personen sein.⁴⁷ Dagegen kann eine GesbR mangels eigener Rechtsfähigkeit nicht Partner einer GesbR sein.⁴⁸ Somit scheidet auch die Bildung eines gemeinsamen „Übersyndikats“ durch mehrere Teilsyndikate aus. Die Gründung eines solchen gemeinsamen Syndikats kann daher nur durch die rechtsfähigen Gesellschafter der Teilsyndikate erfolgen.

Die GesbR ist ein Dauerschuldverhältnis.⁴⁹ Demnach sind die für die Dauerschuldverhältnisse geltenden Regelungen auch für Syndikate maßgeblich, sofern sie auf Dauer angelegt sind. Syndikate sind regelmäßig Innengesellschaften, da sie nach außen nicht in rechtsgeschäftlich nicht in Erscheinung treten.⁵⁰

Für den Gesellschaftsvertrag der GesbR gilt das Prinzip der Formfreiheit, weshalb er auch schlüssig errichtet werden kann.⁵¹

1.3.4. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

1.3.4.1. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten im Allgemeinen

Welche Mitgliedschaftsrechte den einzelnen Gesellschafter konkret betreffen, muss im Syndikatsvertrag geregelt werden (§1187 ABGB). Das Gesetz sieht in § 1184 ABGB nämlich nur Mindestpflichten vor, mit denen in der Praxis kaum das Auslangen gefunden werden kann. Dies betrifft die bereits beschriebene Mitwirkungspflicht und die für Syndikatsverträge obsoleete Pflicht zur Leistung der Einlage. Eine weitere Pflicht – die Treuepflicht - wird weiter

45 OGH 13.04.2000, 6Ob58/00y, (ÖJZ – 2000/199) Fritz, Gesellschafts- und Unternehmensformen, 42, Grillberger in Rummel, §1175 Rz 23 mit zahlreichen Nachweisen zur hL und Rechtssprechung

46 OGH 09.04.1992, 8Ob5/90 (wbl 1992, 265)

47 Fritz, Gesellschafts- und Unternehmensformen, 44

48 Grillberger in Rummel, §1175, Rz 13

49 OGH 13.11.1985, 1 Ob 629/85 (GesRZ 1986, 30)

50 zur GesbR als Innengesellschaft, SZ 23/76; OGH 5.5.1977, 2 Ob 526/77 (GesRZ 1978, 30)

51 u.a. 5Ob134/71, 16.06.1971, zum Syndikatsvertrag im speziellen insbesondere Punkt 2.5.2.

unten näher diskutiert.⁵² Als Grenze dieser Treuepflicht wird die berechnigte eigene Interessenswahrnehmung angenommen.⁵³ Hinsichtlich aller Mitgliedschaftsrechte gilt für die GesbR der Grundsatz der Gleichstellung.⁵⁴ Wie bereits erwähnt können Pflichtverletzungen gegenüber Mitgesellschaftern Schadenersatzpflichten begründen (vgl. auch §1191 ABGB). Rechtsinstrument ist die actio pro socio, bei der ein Gesellschafter Ansprüche der Gesellschaft (besser: der anderen Gesellschafter) gegen einen einzelnen Gesellschafter im eigenen Namen geltend macht und Leistung an die geschädigten Gesellschafter verlangt.⁵⁵ Diese Schadenersatzpflichten richten sich nach allgemeinen Kriterien.⁵⁶ Eine Haftung gegenüber Dritten aus dem Syndikatsvertrag scheidet grundsätzlich aus, da gemäß §1203 der bloße Arbeitsgesellschafter nicht haftet.⁵⁷

1.3.4.2. Die Mitwirkungspflicht der Gesellschafter

Um die Frage beantworten zu können, inwieweit Syndikatspartner verpflichtet sind, Beiträge – gleich welcher Art – zu leisten, muss zuerst hinterfragt werden, welche Rechtsstellung (Arbeitsgesellschafter oder nicht) sie genießen. Ob Syndikatsparteien Arbeitsgesellschafter sind oder ihre Anteile an der kontrollierten Kapitalgesellschaft durch Syndizierung gleichsam zu Einlagen der GesbR werden, ist bis dato weder in der Literatur noch in der Judikatur thematisiert worden. Der Beitrag der Gesellschafter besteht in der Arbeitsleistung „Einflussnahme“, der oft zahlreiche Vorarbeiten (strategische Absprachen, Koordination betriebswirtschaftlicher Berechnungen zur Vorbereitung auf Sitzungen der Gesellschaftsorgane der kontrollierten Gesellschaft udgl.) vorangehen und nicht in der Einbringung von Sachen. Die syndizierten Aktien oder Gesellschaftsanteile verbleiben im Vermögen der Gesellschafter. Der von der kontrollierten Gesellschaft allfällig erwirtschaftete Jahresüberschuss steht in deren Eigentum und wird schließlich auch in deren Geschäftsbericht ausgewiesen, während Erträge aus syndizierten Beteiligungen im Geschäftsbericht als „Beteiligungserträge“ angeführt sind und somit eindeutig darauf hingewiesen wird, dass ein Ertrag originär von einer anderen juristischen Person erwirtschaftet wurde. M.E. ist die einzig vertretbare Auffassung, daher dass das Stammkapital keinesfalls als Beitrag zur GesbR

⁵² vgl. dazu Punkt 2.3..

⁵³ Feil, GesbR 100; dazu unten insb. Punkt 2.3.

⁵⁴ Feil, GesbR, 91f

⁵⁵ OGH 13.04.2000, 6 Ob 58/00y (ÖJZ – 2000/199); - Der OGH spricht terminologisch unsauber von Schäden der Gesellschaft und übersieht hierbei, dass nur einer Rechtsperson Schaden zugefügt werden kann und daher nur dieser Schadenersatzansprüche zuerkannt werden können

⁵⁶ Grillberger in Rummel §1191 Rz 1

⁵⁷ zu einer möglichen Durchgriffshaftung auf die Syndikatspartner: Punkt 2.5.5.

gesehen werden kann, weil das Stammkapital überdies ausschließlich den Gläubigern der Kapitalgesellschaft als Haftungsfonds dient. Weiters haben Syndikatsmitglieder in ihrer Stellung als Syndikatsmitglieder keine Gläubiger. Aus dem Gesagten ergibt sich m.E. dass Syndikatsmitglieder zweifellos Arbeitsgesellschafter sind.⁵⁸

Die angeführte „Vermögenslosigkeit des Syndikats“ führt dazu, dass das Syndikat als solches keinen Gewinn erwirtschaften kann und der im ABGB normierte Anspruch des Arbeitsgesellschafter auf Gewinn bedeutungslos ist. Gewinn wird ausschließlich über die Beteiligung am Syndikat erwirtschaftet, weshalb allfällige Rechtsfragen zu Dividenden (udgl.) ausschließlich nach AktG oder GmbHG zu beurteilen sind.⁵⁹ Daraus folgt, dass Syndikate regelmäßig vermögenslose GesbR sind.

Da die Syndikatsparteien auf Grund der „Vermögenslosigkeit“ des Syndikats als Arbeitsgesellschafter zu betrachten sind, greift §1187 ABGB zweiter Satz: Syndikatsvertragspartner sind lediglich zur Arbeitsleistung verpflichtet. Diese Arbeitspflicht erstreckt sich auf eine allgemeine Mitwirkungspflicht (§1185 ABGB) zum gemeinsamen Nutzen.

Strittig⁶⁰ ist in der Rechtsprechung und Lehre, ob das Unterbleiben der Mitwirkung durch einen Partner nicht den anderen Partner zur Unterlassung der eigenen Arbeitsleistung berechtigt. Obwohl in der GesbR kein Leistungsaustausch erfolgt, hat der OGH die Anwendung des Retentionsrechts für manche Fälle bejaht.⁶¹ Diese Frage bedarf auf Grund ihrer Bedeutung einer eingehenderen Untersuchung. Denn was gilt bei Untätigkeit oder mangelnder Mitarbeit eines Syndikatspartners? §1052 ABGB normiert, dass die Forderungen gegenüber anderen erst dann erfolgreich geltend gemacht werden können, wenn man selbst zumindest bereit ist, die eigenen Forderungen zu erfüllen oder sie schon erfüllt hat. Sind die Vermögensleistungen des Partners mangelhaft, ist der Vorleistungsverpflichtete berechtigt, Sicherstellung zu verlangen.

Primär ist festzuhalten, dass §1052 ABGB nur für zweiseitig verbindliche entgeltliche Verträge gilt.⁶² Nicht extra zu argumentieren ist, dass ein Retentionsrecht von dem nicht

58 In diese Richtung wohl auch Kastner, Doralt, Nowotny 58

59 dies gilt freilich nicht, wenn die kontrollierte Gesellschaft eine Personengesellschaft ist

60 Nachweise zur Kontroverse bei Grillberger in Rummel §1175 Rz 22

61 OGH, 25.09.1973, 4Ob 570,73

62 OGH 6.3.1973, 4 Ob 511/73 (JBl 1974, 146)

ausgeübt werden kann, der zur Vorleistung verpflichtet ist. Der OGH hat für den Bereich des Gesellschaftsvertrages judiziert, dass §1052 ABGB dann anwendbar ist, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht oder die Beitragsleistung des Zurückbehaltungswilligen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks nicht mehr notwendig ist.⁶³ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Telos der Bestimmung des §1052 ABGB darauf abzielt, den Leistungsunwilligen oder -säumigen zur Erbringung seiner Leistung zu „motivieren“ oder eine Sicherheit dafür zu geben, dass der andere seine Leistung aus wirtschaftlichen Gründen nicht erbringen kann. Im Zweipersonensyndikat ist das scheinbare Problem in Wirklichkeit gar keines. Bei Leistungsunwilligkeit- oder -säumigkeit muss der Rechtsprechung des OGH folgend ein Retentionsrecht bejaht werden. Die offenbar herrschende Lehre verneint die Anwendung des Retentionsrechts und argumentiert dies damit, dass der Gesellschaftsvertrag ein unentgeltliches Geschäft sei.⁶⁴ Dies kann aber gerade für Syndikatsverträge und somit für GesbR nicht gelten. Entgeltlichkeit liegt nämlich gemäß § 917 ABGB dann vor, wenn „Handlungen worunter auch die Unterlassungen gehören, mit Handlungen, vergolten“ werden. Selbstverständlich verpflichtet sich ein Vertragspartner im Syndikat nur deshalb seine Stimme in einem bestimmten Sinn (nicht) abzugeben, weil ein anderer Syndikatspartner dies ebenfalls vertraglich zusichert. Eine freiwillige Stimmunterwerfung ohne Gegenleistung ist in der Praxis wohl kaum denkbar und wäre wohl sittenwidrig. Wie *Reisschauer* richtig betont, ist Unentgeltlichkeit nur dann anzunehmen, wenn Freigiebigkeit vorliegt.⁶⁵ Eine Freigiebigkeit schließt sogar *Grillberger*, der Gesellschaftsverträge der GesbR als unentgeltlich betrachtet aus und betont, dass die Leistungen einem gemeinsamen Zweck dienen. Nicht nachvollziehbar ist, warum er aber gleichzeitig den Austauschcharakter der Leistungen verneint. Selbstverständlich werden in der GesbR Leistungen deshalb wechselseitig („do ut des“) erbracht, um den gemeinsamen Zweck des Syndikats (Stärkung der Einflussnahme) zu erreichen. Mehr noch: M.E. gibt es im Syndikat keine Zweckerreichung, wenn die Leistungen der Gesellschafter nicht aufeinander abgestimmt sind. Der Austausch der Leistung ist somit Basis, während die Zweckerreichung die Konsequenz des Austausches darstellt. Zur oben erwähnten weiteren Voraussetzung, die der OGH für die Anwendbarkeit des §1052 ABGB bei Gesellschaftsverträgen ausgesprochen hat (Leistung darf zur Erreichung des Gesellschaftszweckes nicht mehr erforderlich sein), kann nur angemerkt werden, dass diese Interpretation des Gesetzes den Sinn der Bestimmung vollkommen verkennt. Welchen Zweck hat den die Anwendung eines Druckmittels (§1052

63 siehe bereits: 18.1.1950, 1 Ob 19/50 (SZ 23, 8)

64 Grillberger in Rummel § 1052 Rz 22 mit Quellennachweisen zur hL

65 Rauschauer in Rummel § 917 Rz 3

ABGB), wenn keine Möglichkeit mehr besteht Druck auszuüben, weil der Gesellschaftszweck ja ohnedies bereits ohne vereinbarte Leistung erreicht werden kann? M.M.n. ist ein Syndikatspartner wohl berechtigt, seine Arbeiten im Syndikat einzustellen, sofern ein anderes Syndikatsmitglied seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Dieser Fall wird in der Praxis wohl nur in Ausnahmefällen virulent sein, da sich der Gesellschafter durch die Einstellung der Arbeitsleistung selbst schädigen würde, da durch eine „Arbeitsniederlegung“ die Effizienz der Kontrollausübung nachlassen würde.

Mitwirkung versteht sich aber nicht nur als reines Tun, sondern auch als Unterlassungspflicht. Der Gesellschafter muss alles unterlassen, was die Erfüllung des Gesellschaftszwecks gefährdet.⁶⁶ Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich auf alle dem Gesellschaftszweck dienenden rechtsgeschäftliche Handlungen und auch die dem gemeinsamen Nutzen dienenden tatsächlichen Handlungen, wobei eine Verletzung der Mitwirkungspflicht Schadenersatz und gegebenenfalls einen Ausschluss aus der Gesellschaft nach §1210 zur Folge hat.⁶⁷ Ein auf Grund mangelnder Mitwirkung erfolgter Ausschluss soll aber nur als ultima ratio in Betracht kommen.⁶⁸

1.3.4.3. Nachschusspflicht der Gesellschafter?

Gemäß § 1189 ABGB können Gesellschafter nicht gegen ihren Willen (etwa durch Gesellschafterbeschluss) zu einem höheren Beitrag verpflichtet werden. Lediglich für den Fall, dass ohne Erhöhung des Beitrages der Gesellschaftszweck nicht erreicht werden würde, ist eine Beitragserhöhung möglich, wobei dem sich weigernden Gesellschafter ein Austrittsrecht zukommt. In der Literatur wird der Begriff „Beitrag“ als Geldleistung verstanden.⁶⁹ Der OGH hat - soweit ersichtlich - nicht thematisiert, ob die Beitragsleistung im GesbR – Recht auch in Handlungen oder Unterlassungen liegen kann. Folgt man daher der Auffassung, dass Beitrag im Sinne von Geldleistung zu verstehen ist, kommt eine Anwendbarkeit des §1189 ABGB auf Syndikate, die ja „Arbeitsgesellschaften“ sind, nicht in Betracht. M.E. ist aber eine Interpretation des Wortes „Beitrag“ auf wirtschaftliche Leistungen bzw. Leistungen, die wirtschaftliche Auswirkungen haben, durchaus angebracht und zweckmäßig. Es kann nicht geleugnet werden, dass ein Gesellschafter auf vielerlei Hinsicht zur Erreichung des Syndikatszwecks beitragen kann. Weiters können etwa

⁶⁶ Feil, GesbR 123

⁶⁷ Feil, GesbR 93,

⁶⁸ OGH 6.2.1992, 8 Ob 647/91 (ecolex 1992,565)

⁶⁹ Grillberger in Rummel §1189 Rz 1ff

Stimmabgaben in den kontrollierten Gesellschaften, die auf Basis eines Syndikatsschlusses ergehen, weitreichendere Folgen haben, als bloß (geringfügige) Geldzahlungen. Bejaht man nun eine extensive Interpretation des Wortes „Beitrag“, im Sinn einer Mehrleistungspflicht, die nicht nur in Geldleistung besteht, führt dies dazu, dass einem Syndikatspartner auch Pflichten aufgebürdet werden können, die bei Abschluss des Syndikats in der Form vielleicht gar nicht in seine Überlegungen eingeflossen sind. Trotzdem darf eines nicht vergessen werden (§1189 ABGB): Ein Syndikatspartner verpflichtet sich bei Abschluss des Syndikatsvertrages sein Möglichstes zu tun, den Gesellschaftszweck zu erreichen. Dies ist quasi Leitmaßstab seines Handelns im Syndikat. Schwerwiegendstes Argument ist aber, dass das Gesetz selbst (§1175 ABGB) zwei Beitragsformen kennt, nämlich „Kapital“ und „Mühe“. Folgerichtig ist daher das Wort „Beitrag“ nicht nur im Sinne von Geld, sondern im Sinne von „wirtschaftlich relevanter Leistung“ zu interpretieren, wozu auch Stimmabgaben zählen, die im Hinblick auf die Vornahme bzw. Nichtvornahme einer Maßnahme durchgeführt werden. Decken sich diese Verpflichtungen nicht mehr mit den Vorstellungen des Gesellschafters, steht ihm lediglich die Möglichkeit des Austritts zur Verfügung. Es darf aber nicht verheimlicht werden, dass diese Form der Auslegung eine Gefahr in sich birgt, nämlich dass Verpflichtungen in den Vertrag hineininterpretiert werden, die mit den ursprünglichen Verpflichtungen nichts mehr gemein haben. Diese Auslegung kann sogar – bei nicht sachgemäßer Anwendung – dazu führen, dass missliebige Gesellschafter aus dem Syndikat gedrängt werden, indem ihnen eben Verpflichtungen aufgebürdet werden, die von ihrem (ursprünglichen) Willen nicht (mehr) gedeckt sind. Eine sachgemäße Anwendung setzt daher voraus, dass diese neu hinzutretenden Verpflichtungen für die Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlich sind und ausschließlich eine Konkretisierung bereits bestehender Verpflichtungen darstellen.

1.3.4.4. Das Konkurrenzverbot im Syndikat

§1186 ABGB bringt neben dem Verbot zur Aufnahme eines schädlichen Nabengeschäfts, auch das Verbot, die Mitwirkung in der Gesellschaft einem Dritten anzuvertrauen, zum Ausdruck⁷⁰ Ein Bestehen dieser Nebentätigkeit nach Beendigung der Syndikatszugehörigkeit muss aber extra vereinbart werden.⁷¹ Daher wird die Zulässigkeit von in der Praxis häufigen Subsyndikaten, also Syndikaten, die das Vorgehen der Partei im Syndikat regeln, wohl als

⁷⁰ Zum Verbot des schädlichen Nabengeschäfts: OGH 29.10.1996, 4Ob/2275/96d

⁷¹ OGH, 29.10.1996, 4Ob2275/96d (HS 27.613)

unzulässig anzusehen sein, sofern diese die Geschäfte des Hauptsyndikats schädigen und keine vertragliche Zulässigkeit von Subsyndikaten gegeben ist.

Das zweite Verbot dieser Bestimmung, nämlich die Mitwirkung an der Gesellschaft einem Dritten anzuvertrauen, ist etwas komplexer zu analysieren. Der OGH sieht darin eine Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung, außer die Parteien stimmen zu oder der Syndikatsvertrag bestimmt anderes.⁷² Daraus folgt, dass (auch) die teilweise Abtretung der Mitwirkungsrechte unzulässig ist. M.E. verfehlt ist der Gegenschluss aus der Formulierung „an einen Dritten“, nämlich dass die Abtretung an Mitgesellschafter nur zum Teil zulässig ist, da Übertragung des Rechts auf Geschäftsführung, von Informations- u Kontrollrechte und des Rechts auf Rechnungslegung unzulässig sein soll.⁷³ Für eine Einschränkung der Übertragbarkeit gibt der Gesetzestext nämlich keinen Anlass. Würde man der oben geschilderten Meinung folgen (nur teilweise Übertragbarkeit), müsste man auch nur einen teilweisen Umkehrschluss annehmen. Zielführender ist, die Bestimmung so zu interpretieren, wie sie niedergeschrieben ist. Lediglich die Übertragung an Dritte ist verboten. Überdies weist die in der Lehre vertretene Ansicht einen Widerspruch in sich auf. Nach dieser Ansicht sollen die Mitwirkungsrechte höchstpersönlich sein.⁷⁴ Wenn Höchstpersönlichkeit angenommen wird, scheidet aber eine Übertragbarkeit auf Dritte und Gesellschafter gänzlich aus. Die von *Grillberger* vertretene Ansicht (Höchstpersönlichkeit) würde aber auch die Möglichkeit abweichender Vereinbarungen ausschließen.⁷⁵

1.3.5 Geschäftsführung und Beschlussfassungen

Gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§1188 ABGB) sind hinsichtlich Beschlussfassungen für GesbR und damit auch für Syndikate die dispositiven Regeln der §§ 833 – 842 ABGB maßgeblich. Dies gilt auch für die „Verwaltung“. d.h. für die Geschäftsführung des Syndikats, welche allen Gesellschaftern gemeinsam obliegt (§833 ABGB). Unter Geschäftsführung ist die Geschäftsführung des Syndikats und nicht jene der kontrollierten Gesellschaft zu verstehen. Für Syndikatsverträge von Bedeutung sind §1188 ABGB sowie §§ 833 – 842 ABGB vor allem deshalb, weil sich hier die Regeln über die Verwaltung bzw. die Geschäftsführung einerseits, als auch die hierfür notwendigen Quoren

72 OGH 21.04.1976, 1 Ob 535/76 (HS 27.613)

73 Grillberger in Rummel, §1175 Rz1

74 Grillberger in Rummel, §1175 Rz 1

75 so aber Grillberger in Rummel, §1175 Rz 4

finden. „Verwaltung [und damit Geschäftsführung] ist jede Maßnahme rechtlicher oder tatsächlicher Natur, die der Erhaltung oder Verbesserung des gemeinsamen Gutes oder der Erzielung und Veräußerung der Früchte (Erträge) dienen soll.“⁷⁶ Bei der Verwaltung wird zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung unterschieden. Unter ordentlicher Verwaltung werden alle, der Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens dienenden notwendigen und im Interesse aller Gesellschafter liegenden Handlungen verstanden, welche keine besondere Kosten verursachen.⁷⁷ Der außerordentlichen Verwaltung ist alles zuzuordnen, das für die Gesellschaft von außerordentlicher Bedeutung ist oder ein Abweichen vom bisherigen Gegenstand des Syndikats darstellt.⁷⁸

Gesellschafter ohne Kapitalanteil sind nach überwiegender Ansicht vom Stimmrecht ausgeschlossen.⁷⁹ Der Arbeitsgesellschafter wäre demnach nur zur Teilnahme an der Beratung nicht aber zur Abstimmung befugt.⁸⁰ Eine für Syndikate als Arbeitsgesellschaften nicht unbedingt zweckmäßige Lösung. Die Lehre hat diese Misere insofern gelöst, als sie bei reinen Arbeitsgesellschaften – also Gesellschaften bürgerlichen Rechts ohne Kapitaleinlagen - ein Stimmrecht nach Köpfen vorsieht.⁸¹ Da im Syndikatsvertrag – bzw. in auf seiner Basis stattfindenden Syndikatsversammlungen - regelmäßig Entscheidungen vorweggenommen werden, die für die Einflussnahme auf die gesteuerte Gesellschaft von höchster Bedeutung sind, empfiehlt sich aus Sicht der Mehrheitsgesellschafter dringend eine abweichende Regelung, da sonst der Minderheitsgesellschafter de facto genauso viel Einfluss hat, wie der Mehrheitsgesellschafter (jeweils bezogen auf die kontrollierte Gesellschaft). Die Regeln der GesbR sehen sowohl bei ordentlicher Verwaltung als auch bei außerordentlicher Verwaltung das Mehrheitsprinzip vor.⁸² Eine Patt – Abstimmung führt dazu, dass die geplante Maßnahme nicht durchgeführt werden soll und somit alles beim Status – quo bleibt.⁸³ Das Gesetz selbst sieht keine Anwesenheitsquoten vor. Trotzdem wird die Auffassung vertreten, dass die Minderheit die abwesende Mehrheit nicht „überstimmen“ kann.⁸⁴ Dies führt im Ergebnis dazu, dass zumindest mehr als 50 % aller Gesellschafter an der Beschlussfassung teilzunehmen haben. Eine formelle Beratung vor der Beschlussfassung ist nicht erforderlich.

76 Garnerith in Rummel §833 Rz 3

77 Feil, GesbR, 97f

78 Grillberger in Rummel § 1188 Rz 3

79 Feil, GesbR 99

80 Kastner, Doralt, Nowotny 63

81 Kastner, Doralt, Nowotny 63

82 für die ordentliche Verwaltung: z.B.: Grillberger in Rummel § 1188 Rz 4f.

83 Feil, GesbR 88f.

84 Feil, GesbR, 88f.

Der Minderheit muss aber Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden.⁸⁵ Eine Einberufungsfrist ist im ABGB nicht eigens geregelt, doch ist diese wohl aus praxisnahen Überlegungen zu bejahen. M.E. sinnvoll ist die analoge Anwendung der Einberufungsfrist des GmbHG. Demnach würde eine Syndikatsversammlung frühestens 7 Tage nach Aufgabe der Einberufung bei der Post stattfinden können. Diese Frist würde allen Gesellschaftern auch eine Vorbereitung auf die Syndikatsversammlung ermöglichen. Sowohl bei der ordentlichen als auch bei der außerordentlichen Verwaltung hat die Minderheit ein Recht auf Anhörung.⁸⁶ Die Missachtung des Anhörungsrechts führt zur Unwirksamkeit des Beschlusses.⁸⁷ Bei der außerordentlichen Verwaltung gibt das Gesetz den überstimmten Minderheiten die Möglichkeit „Sicherheitsleistung“ zu begehren und bei Nichtleistung aus der Gesellschaft auszutreten (§§ 1188, 834 ABGB).

1.3.6. Beendigung von Gesellschafterstellung und Gesellschaftsverhältnis

1.3.6.1. Kündigung

Die Kündigung durch einen Gesellschafter ist in den §§ 1211, 1212 ABGB geregelt, wobei §1211 ABGB für befristete GesbR und §1212 ABGB für unbefristete GesbR relevant ist. Gemäß §1211 ABGB kann eine befristete GesbR vor Zeitablauf gekündigt werden, wenn „dasjenige Mitglied, von welchem der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing, gestorben oder ausgetreten ist“. Diese Vorschrift normiert somit, dass die Kündigung nur aus wichtigem Grund, zulässig ist. Die wichtigen Gründe werden in §1211 ABGB nur demonstrativ aufgezählt.⁸⁸ Als wichtiger Grund wurde auch bei Syndikatsverträgen vom OGH der Wegfall der Geschäftsgrundlage anerkannt.⁸⁹ Die Kündigung der befristeten GesbR ohne wichtigen Grund kann Schadenersatzansprüche und den Ausschluss aus der GesbR nach sich ziehen.⁹⁰ Die Kündigung der unbefristeten GesbR ist ohne Angabe von Gründen jederzeit, außer bei Arglist oder zur Unzeit, möglich (§1212 ABGB).

⁸⁵ Feil, GesbR, 16

⁸⁶ für die ordentliche Verwaltung: OGH 24.5.1977, 5 Ob 17/77 (JBl 1978, 95) für die außerordentliche Verwaltung: Grillberger in Rummel §1188 Rz5

⁸⁷ Grillberger in Rummel §1188 Rz5 ff

⁸⁸ Kastner/Doralt/Nowotny 74 f.

⁸⁹ OGH 28.04.2003, 7Ob 59/03g

⁹⁰ Grillberger in Rummel, §§1211,1212 Rz 4 unter Berufung auf Strasser

Arglist liegt dann vor, wenn eine Handlung / Unterlassung in Schädigungsabsicht erfolgt⁹¹ und ist somit eng verwandt mit dem Telos des §1295 Abs. 2 ABGB Unzeit wird angenommen, wenn die Nachteile, die für die übrigen Gesellschafter aus der Kündigung entstehen können, höher sind, als die Nachteile, die dem kündigungswilligen Gesellschafter bei Zuwarten (bis diese durch Aufschub der Kündigung wegfallenden Nachteile nicht mehr vorhanden sind) entstehen können.⁹² Als Kündigungsfrist nimmt *Grillberger* - um dem Erfordernis der Angemessenheit zu genügen - die Kündigungsfristen des Angestelltengesetzes an,⁹³ was m.E. auf Grund der Länge der Kündigungsfrist aber auch auf Grund der Schwere der Konsequenzen zu befürworten ist. Anders als bei der rechtswidrigen Kündigung der befristeten GesbR gilt bei der unbefristeten GesbR, dass unberechtigte Kündigungen unwirksam sind.⁹⁴ Die außerordentliche Kündigung ist nach allgemeinen Grundsätzen auch bei unbefristeter GesbR möglich.

Sowohl bei der unbefristeten als auch bei der befristeten GesbR ist die Wirkung der Kündigung höchst umstritten. Abgesehen von Zweipersonensyndikaten, wo die Kündigung eines Gesellschafters schon logischerweise zur Auflösung der GesbR führt, ist dem Lösungsansatz, dass die Kündigung lediglich die Gesellschafterstellung des Kündigenden und nicht die GesbR beendet, der Vorzug geben. Warum soll die Kündigung eines Gesellschafters für die anderen Kündigenden Rechtswirkungen entfalten? Diese Form der Fremdbestimmung – aus Perspektive der anderen Gesellschafter – liefere dem Grundsatz der Privatautonomie, insbesondere der Freiheit zu entscheiden mit wem welche Vertragsbeziehungen bestehen, vollkommen zuwider

1.3.6.2.Ausschluss

Die maßgebliche Rechtsvorschrift ist §1210 ABGB. Gemäß dieser Bestimmung kann ein Syndikatsmitglied ausgeschlossen werden, wenn es wesentliche Bedingungen des Syndikatsvertrages nicht erfüllt, in Konkurs verfällt oder eine Straftat, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist und Vorsatz erfordert, begeht und dadurch das Vertrauen der übrigen Gesellschafter verliert. Ob die genannten Gründe demonstrativ oder

91 OGH 11.5.1955, /Ob 227/55 (SZ 28/133)

92 OGH 6.11.1974, 1Ob 188/74 (SZ 47/119)

93 Grillberger in Rummel §§1211, 1212 Rz 10

94 Grillberger in Rummel §§1211, 1212 Rz 11, wobei im Fall der fristwidrigen Kündigung diese erst mit Ablauf der angemessenen Frist wirksam ist;

taxativ aufgezählt sind, ist zwar strittig⁹⁵ aber in Wahrheit eher unbedeutend, da der erste Grund, den das Gesetz normiert (Vertragsverletzung), soweit gefasst ist, dass quasi jede wesentliche Syndikatsvertragsverletzung zum Ausschluss führen kann.⁹⁶ Auf Grund der besonderen Schwere der Maßnahme wird aber an diesbezügliche Parteiendispositionen das Erfordernis zu stellen sein, dass die von den Parteien vereinbarten Gründe den gesetzlichen an Schwere zumindest nahe kommen, um Willkür nicht Tür und Tor zu öffnen.⁹⁷ Strittig ist in Lehre und Rechtsprechung die Frage, ob das Mitglied, das ausgeschlossen werden soll, bei der Abstimmung über den Ausschluss stimmberechtigt ist. Der OGH bejaht das Recht des auszuschließenden Mitglieds ohne Angabe von Gründen, wenn die übrigen Mitglieder nicht über eine größere Beteiligung verfügen als das auszuschließende Mitglied.⁹⁸ Diese Lösung des OGH wurde zu Recht kritisiert. Zum ersten findet die Annahme, dass der auszuschließende Gesellschafter nicht die Mehrheit haben dürfte im Gesetz keine Deckung und zweitens ist der auszuschließende Gesellschafter gemäß §1210 ABGB gar nicht berechtigt, an der Beschlussfassung teilzunehmen.

Wie bereits dargestellt, bedürfen im Syndikat, sofern keine anderen vertraglichen Regelungen bestehen, Beschlüsse der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung der Mehrstimmigkeit, die nach Köpfen festgestellt wird. Selbiges muss für den Ausschluss eines Gesellschafters gelten, der eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung darstellt.

95 Nachweise bei Grillberger in Rummel, §1210 Rz 1; Für die Erweiterbarkeit der Ausschlussgründe: OGH 15.11.1976, 1 Ob 738/76 (SZ 49/137)

96 Kastner, Doralt/Nowotny, 71;

97 Zu den einzelnen Ausschlussgründen näher: Grillberger in Rummel §1210 Rz7ff mit zahlreichen Quellenverweisen

98 OGH, 21.12.2006, 6 Ob 268/06i (GesRz 2007, 126) und zur ganzen Kontroverse: Grillberger in Rummel, § 1210 Rz 4ff.

2. Teil: WIRKSAMKEITSSCHRANKEN VON SYNDIKATSVERTRÄGEN

2.1. Vertragsfreiheit und Privatautonomie

Grundlegend ist die Feststellung, dass die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit auf dem Grundrecht auf Eigentum basieren.⁹⁹ Einschränkungen der Privatautonomie kommen daher nur auf Grund schwerwiegender Umstände zur Lösung schwerwiegender Interessenkollisionen in Betracht.¹⁰⁰

Der Syndikatsvertrag ist dem ABGB oder dem UGB als eigener Vertragstyp, wie etwa ein Kauf- oder Werkvertrag unbekannt. Seine Zulässigkeit ist aber in Lehre und Judikatur unbestritten und es erfolgte bereits mehrfach eine gesetzliche Anerkennung von Syndikatsverträgen.¹⁰¹ Genau genommen hätte es dieser Feststellung gar nicht eigens bedurft, da es den Teilnehmern am Rechtsverkehr grundsätzlich frei steht, zu wählen mit wem¹⁰² sie kontrahieren und welcher Verträge sie sich dazu bedienen, da das Schuldrecht keinen Typenzwang kennt.¹⁰³ Mehr noch: Auf Grund der Privatautonomie ist davon auszugehen, dass, sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt, von der Dispositionsfreiheit der Parteien auszugehen ist und das Gegenteil von demjenigen zu beweisen ist, der dies behauptet.¹⁰⁴ Wäre dem nicht so, müsste man davon ausgehen, dass die maßgeblichen Vorschriften durchwegs zwingend sind und die Vertragsfreiheit daher für jede Regelung bewiesen werden muss. Die Rechtsprechung hat Verträge, die gesetzlich nicht normiert sind, sogar als Titel für einen Eigentumserwerb anerkannt.¹⁰⁵ Die Bedeutung des in der österreichischen Rechtsprechung anerkannten Prinzips der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte¹⁰⁶ wird im Verlauf dieser Arbeit noch gezeigt werden.

99 VfSlg 1227, VfGH 12.6.1996, G 1300/95

100 OGH. 12.04.2000, 6Ob187/99i

101 lediglich exemplarisch §244 Abs. 2 Z4 UGB und §92 Z3 BörseG

102 u.a. OGH 24.10.1990, 3 Ob 603/90 (HS 20.695)

103 OGH 27.8.1999, 1 Ob/ 208/99s (ÖBA 2000, 635)

104 ebenso Tichy, Syndikatsverträge 45

105 OGH 29.01.1996, 5 Ob/ 507/96 (RdW 1997,96)

106 OGH 8.9.2004, 7 Ob193/04i (

2.2. Mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte?

Obwohl die Grundrechte die Beziehung zwischen dem Staat und Privaten regeln und das Wirtschaftsrecht Rechtsbeziehungen zwischen Privaten erfasst, spielen die Grundrechte auch eine bedeutende Rolle im Privatrecht. Normativ kommt dies vor allem durch §16 ABGB zum Ausdruck, wonach Menschen „schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ haben. Durch diese Bestimmung wird den Grundrechten gleichsam das Tor in die Privatrechtsvorschriften geöffnet. Die hL und die Rechtsprechung in Österreich gehen von einer mittelbaren Wirkung der Grundrechte aus.¹⁰⁷ Mittelbar deshalb, weil Grundrechte nicht zwischen Privaten wirken, sondern staatsgerichtet sind und ihre Wirkung zwischen Privaten über den Umweg anderer Normen (wie etwa §16 ABGB) entfalten.¹⁰⁸ *Griller* betont – nicht ganz zu Unrecht und äußerst praxisnah – dass primär die Tatsache der Grundrechtsverletzung und weniger die Frage aus welcher Quelle diese stammt (Gesetz oder Vertrag) von Bedeutung sein muss und Vereinbarungen nur bei Grundrechtskonformität zulässig sein sollen.¹⁰⁹ Dieser Ansicht verschließt sich *Mayer* komplett, der primär die Quelle und weniger die Tatsache der Grundrechtsverletzung als maßgeblich ansehen will.¹¹⁰ Nach dieser Ansicht sind die Wertungen der Grundrechte auch für Beziehungen zwischen Privaten maßgeblich, ohne dass ein konkretes Grundrecht als Anspruchsgrundlage oder als Einwand dienen könnte. Ihre Wirkung sollen die Grundrechte insbesondere als Konkretisierung der Generalklauseln (z.B.: §879 ABGB) entfalten.¹¹¹

Eine für den Eingriff in das Zusammenwirken von Parteien unterschiedlicher Stärke im allgemeinen bedeutende Tatsache ist, dass §16 ABGB die Selbstbestimmung des Einzelnen schützen und damit Angriffe des faktisch Übermächtigen abwehren soll.¹¹² Ein Eingriff in die Rechtsposition einer anderen Partei durch Rechtsgeschäft, wie etwa bei einer benachteiligenden Klausel, bedeutet (selbstverständlich) aber nicht, dass die diese per se unzulässig ist. Die Frage der Unzulässigkeit kann erst nach einer Interessensabwägung beantwortet werden.

107 OGH8.9.2004, 7Ob 193/04i Reischauer in Rummel §1329 Rz 8 mit umfassenden Nachweisen

108 Reischauer in Rummel §1330, 7d

109 Griller, Schutz der Grundrechte JBl 1992, 205; u.a. OGH 08.09.2004, 7Ob193/

110 Mayr, "Drittwirkung", JBl 1992, 768

111 so auch Aicher in Rummel, §16 Rz 30

112 Aicher in Rummel, §16 Rz 31

Die Bedeutung der Drittwirkung der Grundrechte liegt darin, dass Verletzungen der aus ihnen ableitbaren Wertungen zur Nichtigkeit führen.¹¹³

Der von *Mayer* (stellvertretend für die hL und Rspr.) gewählte Ansatz, dass Grundrechte lediglich mittelbar wirken, ist aber nicht der einzig gehbare Weg, wie der EuGH im „Viking-Urteil“ betonte.¹¹⁴ Im konkreten Fall entschied der EuGH, dass sich das finnische Reedereiunternehmen „Viking Line“ gegenüber dem Gewerkschaftsverband „International Transport Workers Federation“ unmittelbar auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. Soweit ersichtlich hat der EuGH somit erstmals die unmittelbare Wirkung von Grundfreiheiten zwischen Privaten anerkannt.

Die Grundfreiheiten stehen hierarchisch über nationalem Verfassungsrecht¹¹⁵ und somit auch über nationalen Grundrechten. Daher erscheint eine Unterscheidung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten des StGG und B-VG nicht mehr gerechtfertigt zu sein. M.E. ist spätestens seit dem zitierten „Viking – Urteil“ eine lediglich mittelbare Drittwirkung der Grundrechte nicht mehr zu vertreten. Warum soll sich der einzelne Private auf die Grundfreiheiten berufen können, auf nationale Grundrechtsvorschriften allerdings nicht? Entscheidend für eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte spricht aber die Tatsache, dass nationale Grundrechte, die den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten der EU gemein sind, als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt sind.¹¹⁶

Somit lässt sich als *Conclusio* festhalten: Der EuGH hat die in den Mitgliedsstaaten allgemein bestehenden Grundrechte als Rechtsgrundsätze der EU anerkannt und im Bezug auf eine konkrete Grundfreiheit (Niederlassungsfreiheit) ausjudiziert, dass sich der Einzelne auch in Beziehungen zu anderen Privaten direkt und unmittelbar auf die Grundfreiheiten berufen kann. Nach der Feststellung, dass die Grundfreiheiten und die nationalen Grundrechte *grosso modo* zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählen, ist kein weiter Weg mehr zur unmittelbaren Wirkung der Grundrechte zu gehen. Der österreichische Gesetzgeber hat diesen Weg bereits auch vereinzelt vollzogen (z.B.: §47 a AktG – Gleichbehandlung der Aktionäre). Die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung durch den OGH und die Lehre würde m.M.n. Meinung nach nicht nur eine notwendige „Rechtsfortbildung“ darstellen, sondern auch den

113 Aicher in Rummel, §16 Rz 33

114 EuGH, Rs C – 438/05 (international Transport Workers’Federation u.a. / Viking Line u.a., Urteil des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2007

115 EuGH, Rs 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg 1970, 1125 (Rz 3)

116 EUR – Heft 3 – 1992, 237

sachlich nicht zu rechtfertigen Unterschied zwischen Grundfreiheiten der EU und nationalen Grundrechten (einerseits direkte Wirkung andererseits mittelbare Drittwirkung) beseitigen. Dieser Schritt wurde seitens des OGH nur unvollständig vollzogen, da der OGH die unmittelbare Wirkung der Grundrechte bisher aber nur bei privatwirtschaftlichem Handeln der öffentlichen Hand bejaht hat¹¹⁷

Als Leitsatz, welche Grundrechte für juristische Personen maßgeblich sein sollen, hat sich in der Literatur der Grundsatz herausgebildet, dass juristische Personen dann Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen können, wenn ein Grundrecht nicht „nach Art und Wesen allein auf natürliche Personen“ abstellt.¹¹⁸ Der VfGH hat u.a. die Geltung des Gleichheitsgrundsatzes,¹¹⁹ der Unverletzlichkeit des Eigentums¹²⁰ und der Freiheit der Erwerbstätigkeit¹²¹ für juristische Personen bejaht. Daher ist es m.M.n. richtig, jene Grundrechte zwischen juristischen Personen als direkte Einwands- und Anspruchsgrundlagen anzuerkennen, die dafür auch geeignet sind.

Zusammenfassend lässt sich daher ausführen, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Grundrechte bzw. die Grundfreiheiten sehr wohl unmittelbar in das Privatrecht hineinwirken. Hauptsächlich werden die damit in Zusammenhang stehenden Fragen und Probleme wohl aber über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu lösen sein, der im österreichischen Gesellschaftsrecht gilt und im Laufe dieser Arbeit noch behandelt wird, weshalb die unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Regelfall nur von mittelbarer Bedeutung sein wird.

117 OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92 (ÖZW 1993, 55) im Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz

118 u.a. Ostheim, Rechtsfähigkeit 152ff; Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 30, VfGh 24.1.1997 (VfSlg 8233)

119 VfGH 5. 3. 1951 Slg 2088; 15. 10. 1957 Slg 3254; 16. 3. 1965 Slg 4942; 6. 3. 1972 Slg 6665; 26. 1. 1978

120 VfGH 17. 3. 1962 Slg 4140; 22. 6. 1967 Slg 5513; 29. 6. 1967 Slg 5531; 15. 10. 1970 Slg 6287

121 VfGH 23. 3. 1933 Slg 1514; 16. 3. 1965 Slg 4942; 29. 11. 1980 Slg 8968

2.3. Die Treuepflicht

2.3.1. Die Treuepflicht – Bindungsrichtung, Inhalt und Sanktionen in Lehre und Rechtsprechung

2.3.1.1. Vorbemerkungen

Die Treuepflicht ist wohl eine der am meisten diskutiertesten Problemkreise des österreichischen Gesellschaftsrechts. Dies liegt mit Sicherheit daran, dass keine explizite gesetzliche Regelung besteht, die Auskunft über deren Inhalt und die Normadressaten gibt. Sowohl das ABGB als auch das UGB schweigen. Ebenso wenig sind aus den Gesetzestexten des GmbHG und des AktG definitive Antworten zu gewinnen. Mit einiger Phantasie und Kreativität lassen sich Ansatzpunkte erahnen, deren Klarheit oder manchmal auch deren Unklarheit dem Rechtsanwender selten eine Richtschur über das gebotene Handeln in die Hand geben. Selten hat das alte Juristensprichwort: „Auf hoher See und vor Gericht ist man in Gottes Hand“ mehr Bedeutung als auf der Suche nach der Treuepflicht. Grundsätzlich stellen sich folgende Fragen: Welchen Inhalt hat die Treuepflicht? Wer ist an sie gebunden? Welche Sanktionen zieht ein Verstoß nach sich? Wie noch zu untersuchen sein wird, stellen die Versuche von Lehre und der Judikatur stets darauf ab, Erkenntnisse über die Treuepflicht zu gewinnen, indem aus einzelnen Vorschriften ein gemeinsamer oder mehrere gemeinsame Obersätze gebildet werden.¹²² Der Weg des Erkenntnisgewinns ist somit immer von unten nach oben gerichtet. Die Methodik besteht daher stets in einer Abstrahierung konkreter Normen und deren Interpretationen in Lehre und Rechtsprechung. Inwieweit Einzelfälle bei der Treuepflicht geeignet sind, allgemein gültige Verhaltenssätze zu beschreiben, sei dahin gestellt. Nach meiner Ansicht ist es vielversprechender allgemeine Richtlinien vorzugeben, an denen der einzelne Sachverhalt zu messen ist und nicht vice versa.

Vorab wird der bisherige Zugang von Lehre und Rechtsprechung zu den gerade gestellten Fragen vorgestellt. Anschließend wird ein eigener Weg zur Konkretisierung der Treuepflicht dargestellt, der zugegebenermaßen sehr von der Perspektive des Rechtspraktikers und Normadressaten geprägt ist.

¹²² exemplarisch für die deutschen Ansätze: Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen 325

Im Mittelpunkt dieses Kapitels steht die Treuepflicht im Allgemeinen. Die konkrete Analyse, ob einzelne Handlungen bzw. Unterlassungen treuepflichtwidrig sind, bleibt den jeweiligen Punkten dieser Arbeit vorbehalten.

2.3.1.2. Zusammenfassung des bisherigen Forschungsstandes in Lehre und Rechtsprechung

Wie bei Treu und Glauben und anderen allgemeinen Rechtsbegriffen fehlt auch beim Begriff der „Treuepflicht“ eine Legaldefinition bzw. eine inhaltliche Konkretisierung. Nähere Erkenntnisse zur Treuepflicht lassen sich nur aus der Analyse von Rechtsprechung und Lehre gewinnen.

Um die oben gestellte Frage, wer an die Treuepflicht gebunden sein soll zu beantworten zu können, ist zuerst zu untersuchen, ob die Treuepflicht im Recht der Kapitalgesellschaften für alle Beteiligten gilt, also für Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft und der Gesellschafter untereinander bzw. der Aktionäre gegenüber der Aktiengesellschaft und der Aktionäre untereinander.

Für die Personengesellschaft wurde die Treuepflicht des Gesellschafters von der österreichischen¹²³ und deutschen¹²⁴ Rechtsprechung sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern bejaht.¹²⁵ Selbiges gilt für die GmbH¹²⁶ und zwar auch für Minderheitsgesellschafter,¹²⁷ wiewohl das Bestehen der Treuepflicht zwischen Gesellschaftern untereinander – soweit ersichtlich – vom OGH nur in Einzelfällen ausgesprochen wurde.¹²⁸ Zur Aktiengesellschaft sind die Meinungen unterschiedlich. Ein Teil der Lehre bejaht das Bestehen der Treuepflicht gegenüber anderen Aktionären,¹²⁹ während sie von einem anderen Teil nur in Extremfällen befürwortet wird.¹³⁰ Der BGH stellt die

123 exemplarisch: OGH 27.05.1982, 7Ob607/82

124 exemplarisch: BGH 103, 184, 195

125 exemplarisch: OGH 27.05.1982, 7Ob607/82

126 OGH 22.11.1988, 5Ob626/88; Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 4ff; BGHZ 103,184,199f.= ZIP 1988, 301 =NJW1988,1579

127 Koppensteiner, Rüffler §61 Rz9

128 OGH 18.12.1987, 6 Ob 690/87

129 z.B.: Kastner, Doralt, Nowotny 271f, Thöni, Verantwortlichkeit, ecolex 1994, 230; Reich – Rohrwig, Treuepflicht, wbl 1988,141

130 Strasser in Jabornegg/Strasser §102 Rz 10

Treupflicht sogar in der AG außer Streit.¹³¹ Richtigerweise haben nicht nur Mehrheitsgesellschafter Treueverpflichtungen gegenüber Minderheitsgesellschaftern sondern auch Minderheitsgesellschafter gegenüber Mehrheitsgesellschaftern, gleich ob diese in einer GmbH oder einer AG verbunden sind.¹³²

Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass das Bestehen der Treuepflicht zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern / Aktionären und den Gesellschaftern / Aktionären untereinander in Lehre und Rechtsprechung (wohl) unstrittig ist.

Nunmehr stellt sich die Frage, welchen Inhalt die Treuepflicht haben soll und daraus folgend, welche Reichweite und ob inhaltlich – je nach Gesellschaftsform – substantielle Unterschiede bestehen. Wie oben bereits festgehalten, fehlt der Treuepflicht eine eigene gesetzliche Grundlage. Versuche den Inhalt der Treuepflicht zu umschreiben gibt es viele, unterschiedliche methodische Ansätze – wie bereits erwähnt - weniger.

Der OGH und auch ein Teil der deutschen Lehre sehen als Basis der Treuepflicht die Grundsätze des redlichen Verkehrs und das Prinzip von Treu und Glauben, die sich prinzipiell entsprechen.¹³³ Der OGH nimmt somit (zumindest für Personengesellschaften) §914 ABGB als „mittelbare Rechtsnorm“ an.¹³⁴ Zur Begriffsverdeutlichung, hat der OGH einige Leitgedanken entwickelt. Treu und Glauben ist demnach als Gebot zu verstehen, den anderen nicht „hineinzulegen“¹³⁵ Diese Ansicht bringt keinerlei Erkenntnisgewinn, da der OGH inhaltlich den Grundsatz von Treu und Glauben als Täuschungsverbot sieht, welches vom Gesetzgeber aber bereits z.B. im ABGB und im StGB (vgl. nur §146 StGB) geregelt wurde.

Rummel vertritt offensichtlich die Ansicht, dass der konkrete Inhalt von Treu und Glauben von den beteiligten Verkehrskreisen abhängt und in letzter Konsequenz der Inhalt nur durch Sachverständigenbeweis erbringbar ist.¹³⁶ Die Entscheidung ob ein Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht, kann nach dieser Ansicht nicht generell beantwortet

¹³¹ BGH Z 103, 193f.

¹³² BGHZ 129, 136

¹³³ OGH 12.03.1997, 6Ob 26/97k; OGH 7.10.1974, 10Ob 158/74, Roth, MünchKomm – BGB §242 Rz 166ff; ein Teil der deutschen Lehre geht davon aus, dass die Treuepflicht stärkere Verpflichtungen als der Grundsatz von Treu und Glauben begründet – siehe nur Bayer in Lutter, Hommelhoff, GmbHG §14 Rz 8

¹³⁴ OGH 26.02.1998, 8Ob 117/97g

¹³⁵ OGH 28.3.1985, 7Ob 535/85 (JBl 1985, 547)

¹³⁶ Rummel in Rummel, §914 Rz 17

werden, sondern ist nur für jeden Verkehrskreis gesondert zu prüfen, was dazu führt, dass es nicht eine begriffliche Definition bzw. einen bestimmten Inhalt sondern mehrere gibt..

In eine ähnliche Kerbe schlagen *Koppensteiner, Rüffler und Torggler*, die Treuepflichten der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft über den Verbandszweck – bzw. über das Gesellschaftsinteresse ergründen wollen,¹³⁷ wobei *Koppensteiner, Rüffler* sogar davon ausgehen, dass der Inhalt der Treuepflicht den Gesellschaftern zur Regelung offen steht.¹³⁸ Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ergibt sich die Treuepflicht entweder aus der Satzung oder aus allfällig bestehenden Sonderrechtsbeziehungen.¹³⁹ Ähnliches vertritt auch eine Strömung der deutschen Lehre.¹⁴⁰ Eine Aussage über einen (generellen!) Inhalt der Treuepflicht lässt sich daraus freilich nicht gewinnen,¹⁴¹ da insbesondere *Koppensteiner, Rüffler* von einer unterschiedlichen Intensität der Treuepflicht – je nach konkretem Sachverhalt – ausgehen.¹⁴² Exemplarisch wird als treuwidrig angesehen, Handlungen (wohl auch Unterlassungen) zu setzen, welche die Gesellschaft schädigen können,¹⁴³ wobei die Gesellschafter nicht verpflichtet sein sollen, eigennützige Interessen hinter jene der Gesellschaft zu stellen.¹⁴⁴ Die Realisierung von Geschäftschancen, die sich aus der Gesellschafterstellung ergeben und zu Lasten der Gesellschafterstellung gehen, soll aber treuwidrig sein.¹⁴⁵

Schlosser knüpft in seinem Versuch, die Treuepflicht abstrakt zu umschreiben, an die Interessen der Gesellschaft und die Interessen des Vorstandes an und führt aus, dass bei einer Interessenskollision, der Vorstand zur Verfolgung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet ist und eigene oder andere Interessen hinten anzustellen hat, wobei diese Einschränkung nicht generell gelten könne.¹⁴⁶ Als - in der Praxis wohl bedeutende Ausnahme – führt *Schlosser* Konzernsachverhalte an, wo Treuebindungen nicht nur gegenüber einer AG, sondern gegenüber Konzerninteressen bestehen können.¹⁴⁷

137 Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 9, Torggler, Treuepflichten 74f

138 Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 17

139 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny, Kalss §47a Rz 27

140 Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen 325

141 was von Koppensteiner, Rüffler selbst betont wird, Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 10

142 Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 9

143 Koppensteiner, Rüffler Haftung des GmbH – Gesellschafters, wbl 1988, 1ff

144 Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 10

145 Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 10 unter Berufung auf Reich – Rohrwig I Rn 1/410 und OGH wbl 1999,420

146 Schlosser, Organhaftung der Vorstandsmitglieder 57

147 Schlosser, Organhaftung der Vorstandsmitglieder 57 a.A. Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 13

M. Strasser sieht als rechtliche Basis der Treuepflichten für Aufsichtsräte den organisatorischen Aufbau der AG und der Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder als Kollegialorgan.¹⁴⁸

Konkreter wird in diesem Zusammenhang Kalss, die als Basis der Treuepflicht die Tatsache ansieht, dass der AR Verwalter fremden Vermögens ist und der Inhalt der Treuepflicht gleichsam den Pflichten eines Treuhänders gleicht, der stets die Unternehmensinteressen als höchste Priorität im Auge zu behalten hat.¹⁴⁹ Dies führt auch zudem meiner Ansicht nach richtigen Schluss, dass bei Rechtsbeziehungen mit Außenstehenden Treuepflichtgedanken hintan zu stehen haben.¹⁵⁰

Doralt, Winner vertreten offenbar ähnlich wie *Strasser* die Meinung, dass der Inhalt der Treuepflicht über den Gesellschaftszweck zu gewinnen ist.¹⁵¹ Anwendungsfälle der Treuepflicht erblicken *Doralt, Winner* etwa bei Verstößen gegen das Gleichheitsgebot oder schikanöser Rechtsausübung. Ähnlich wie der OGH zu Treu und Glauben, versuchen *Doralt, Winner* also den Inhalt eines unbestimmten Begriffs nämlich der Treuepflicht über bereits bestehende Rechtsbegriffe zu erklären.

Die dargestellten Meinungen führen im Wesentlichen dazu, dass die Treuepflicht kein eigenständiger Begriff, sondern ein Sammelsurium anderer Rechtsbegriffe wird und somit ihre Eigenständigkeit und letztendlich ihre „Lebensberechtigung“ verliert.¹⁵² Eine inhaltliche Konkretisierung der Treuepflicht über Schikane, Täuschungsverbot oder anderer bestehender Regelungen ist auf Grund des Bestehens dieser Regelungen nicht notwendig und ist in Wirklichkeit eine Weiterentwicklung bestehender Rechtsbegriffe aber keinesfalls eine taugliche Definition der (selbstständigen) Treuepflicht. Dies wird bei genauerer Betrachtung der Methodik der Definition deutlich. Der Inhalt der Treuepflicht wird nach den zusammengefassten Meinungen über Fallgruppen bestimmt, zu denen etwa Ermessensüberschreitungen (§70 AktG) oder Verletzungen von Mitwirkungspflichten (aus §108 Abs4 AktG) gehören.¹⁵³ Verstöße gegen Ermessensrichtlinien, die §§ 70 AktG, 84 AktG zu Grunde liegen, sollten nicht als Verletzung der Treuepflicht gesehen werden, wie

148 Strasser, Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder 96f

149 Kalss in *Doralt Nowotny*, Kalss §99 Rz 19

150 BGH, ZIP 1988, 1117 = DB 1988,1893 = GmbHR 1988,386 = NJW 1989,166

151 *Doralt, Winner* in *Doralt, Nowotny*, Kalss §§47a Rz 33

¹⁵² ähnlich kritisch – wenn auch zum (historischen) Anwendungsbereich des Verhältnisses Treuepflicht zu Gleichheitsgrundsatz (§53a dAktG): Westermann in *Bürgers, Körber*, AktG, §53a Rz 4

153 *Doralt, Winner* in *Doralt, Nowotny*, Kalss §§47a Rz 38ff

dies etwa *Kalss* vorschlägt, sondern als das was sie sind: Verstöße gegen §§ 70, 84 AktG. Dies gilt selbstverständlich für alle Fallkonstellationen, die einen unmittelbaren Bezug zu konkret bestehenden Rechtsnormen aufweisen. Soweit ersichtlich wird dieser Weg der „Abstrahierung einzelner Rechtsvorschriften“ aber von einem großen Teil der hL gegangen.¹⁵⁴

Einen anderen methodischen Zugang zur inhaltlichen Begriffserklärung der Treuepflicht im Bezug auf die Aktiengesellschaft unternimmt *Strasser*, der hinsichtlich der Pflichten des Vorstandes ausführt, „dass das Vorstandsmitglied der Gesellschaft gegenüber eine umfassende Verpflichtung zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen hat (Fremdinteressenwahrungspflicht oder Treuepflicht), die ihren Grund in der Eigenschaft des Vorstandsmitgliedes als Fremdvermögensverwalter hat.“¹⁵⁵ Gleichzeitig stellt er fest, sei „eine taxative bzw. lückenlose Aufzählung der Vorstandspflichten nicht möglich.“¹⁵⁶ Diese Überlegung konzentriert sich daher nicht auf bestimmte Normen, sondern auf die Interessenslage der Gesellschaft.

Wohl am ehesten der eigenen Ansicht entsprechend, definieren *Baumbach*, *Hueck* die Treuepflicht als Schutzmechanismus für die jeweiligen Erwartungen der Gesellschafter, die sich streng am Gesellschaftszweck orientiert.¹⁵⁷

2.3.2. Eigener Ansatz: Grundsatz des gemeinsamen wirtschaftlichen Vorteils

M.E ist bei dem Versuch die Treuepflicht zwischen Gesellschaftern zu erklären und generelle Leitsätze zu entwickeln primär auf folgende Faktoren bzw. Fragen abzustellen und aus diesen Überlegungen heraus den Begriff „Treuepflicht“ zu definieren:

Zuerst ist auf die Motive der Gesellschaftsgründung bzw. des Einstiegs eines Gesellschafter / Aktionärs bei einer Kapitalgesellschaft abzustellen und die wirtschaftlichen Erwartungen der Gesellschafter im Hinblick auf zukünftiges Geschehen zu analysieren. Gesellschaftsgründungen und Beteiligungen erfolgen im Prinzip aus dem Bestreben heraus,

154 detaillierte Übersicht über den Stand in Lehre und Rechtssprechung bei Torggler, Treuepflichten

155 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 67

156 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 67

157 Hueck, Fastrich in Baumbach, Hueck GmbHG §13 Rz 12

die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Hinzunahme eines Partners zu optimieren bzw. Dividenden zu erhalten und die eigene Stimme gemäß den vorgegebenen Gesellschaftsverhältnissen ausüben zu können.¹⁵⁸ Dies kommt schon bei der strategischen Auswahl eines Geschäftspartners zum Ausdruck. Es wird jener Partner ausgewählt, dessen Leistungen das eigene Potential wirtschaftlich sinnvoll ergänzen oder in anderer Form eine wirtschaftlich gute Prognose für die zukünftige Zusammenarbeit oder die wirtschaftliche Ertragslage erlauben.¹⁵⁹ Ziel wird es aber auch immer sein, diese wirtschaftlichen Vorteile nicht nur kurzfristig, sondern langfristig zu ermöglichen. Wirtschaftlich ausgedrückt handelt es sich dabei um das Bestreben, die Ertragslage und damit die Dividendenausschüttung langfristig zu sichern. Diese Überlegungen sind auf alle Gesellschaftsformen übertragbar und entsprechen auch den Erwartungen, welche die Gesellschafter oder Aktionäre beim Erwerb der Anteile bzw. Aktien haben. Diese primären Interessen sind den Parteien wechselseitig durch regelmäßig lange Vertragsverhandlungen bekannt. Zweifelsfrei empfiehlt es sich die Motive, die der Gründung bzw. der Beteiligung einer Unternehmung zu Grunde liegen zu dokumentieren. Diese Intentionen sind nämlich der Maßstab an dem zu messen ist, ob späteres Handeln der Organe oder Personen noch in Übereinstimmung mit den ursprünglichen Prämissen steht. Problematisch ist dies wohl nur bei großen Aktiengesellschaften, deren Aktien im Besitz vieler (privater) Kleinaktionäre sind. Die Unternehmensziele und damit die Interessen des Unternehmens und seine Erwartungen können in solchen Fällen aber aus Geschäftsberichten und sonstigen öffentlich zugänglichen Protokollen gewonnen werden (z.B. HV – Protokolle bei Firmenbuch). Aus diesen Unterlagen können sich wertvolle Hinweise für Aktionäre ergeben (z.B.: strategische Ausrichtung des Unternehmens in den nächsten Jahren).

Für Fragen des Inhalts nach der Treuepflicht zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft ist von folgendem Grundsatz auszugehen: Es darf nicht vergessen werden, dass die juristische Person ein Rechtssubjekt ist, dessen Interessen von jenen der Mitglieder zu unterscheiden ist und dass gerade dieses Wesensmerkmal die juristische Person nicht nur charakterisiert, sondern ihr vielmehr erst Rechtsfähigkeit verleiht.¹⁶⁰ Diese Tatsache ist auch allen Beteiligten bekannt. Anteilserwerbe stellen daher auch regelmäßig eine Unterwerfung unter die jeweilige Verbandsordnung und damit unter die Interessen der Gesellschaft dar. Diese Interessensunterwerfung ist freilich keine absolute, da sowohl Gesetz als auch Satzung den

158 wenn auch in anderem Zusammenhang: Schröckenfuchs, Gleichheitsgrundsatz, JbI 2003, 541

159 das Prinzip der Gemeinsamkeit wird auch von Krejci als Grundlage des Gesellschaftsvertrages betont:

Krejci, Gesellschaftsrecht S44f

160 Koziol, Welser 62ff

Verbandsmitgliedern Rechte und Pflichten einräumen. Trotzdem ergibt sich m.E. aus dieser Überlegung, dass bei einer Interessenskollision, die durch Gesetz oder Verbandsordnung nicht eindeutig entschieden ist, die Interessen der Gesellschaft Vorrang vor jenen der Mitglieder aber auch vor jenen der Organe genießen. Daher hat der Gesellschafter primär die Interessen der Gesellschaft und nicht seine eigenen zu fördern.

Diese Erwartungen sind geeignet den Inhalt der Treuepflicht zu konkretisieren: Die Treuepflicht ist die Verpflichtung der Gesellschafter in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft bei mehreren Handlungs- oder Unterlassungsalternativen¹⁶¹ jene auszuwählen, welche die Interessen der Gesellschaft aus wirtschaftlicher Sicht am besten fördert und rechtlich zulässig ist. In ihrem Verhältnis untereinander sind die Gesellschafter verpflichtet, die Interessen anderer Gesellschafter dann zu fördern, wenn diese in Einklang mit Gesellschaftsinteressen stehen. Bei mehreren Handlungs- und Unterlassungsalternativen, ist wiederum jene auszuwählen, die der Gesellschaft am meisten nutzt. Welche Handlungs- und Unterlassungsalternative die für die Gesellschaft Beste ist, ist eine betriebswirtschaftliche Frage. Alle Handlungen oder Unterlassungen, die bei einer ex – ante Betrachtung geeignet sind, die Erwartungen und Interessen zu gefährden, stellen demnach einen Verstoß gegen die Treuepflicht dar. Konsequenterweise liegt nur dann eine Treuepflichtverletzung vor, wenn die Handlung bzw. Unterlassung nicht schon durch eine bestehende konkrete gesetzliche Bestimmung untersagt ist. Somit bleibt auch die inhaltliche Eigenständigkeit der Treuepflicht gewahrt. Aus dem Gesagten ergibt sich m.E. auch, dass sich aus der Treuepflicht eine Stimmpflicht aber auch eine Ausübung der Gesellschafterrechte in einem gewissen Sinn ableiten kann¹⁶²

2.3.3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht

Treuwidriges Handeln der Gesellschafter, das sich regelmäßig in der Stimmabgabe und damit in Beschlüssen manifestiert, wird in der Lehre unterschiedlich gewertet. Teils als Anfechtung und teils als Nichtigkeitsgrund.¹⁶³ Der BGH hat zumindest für den Bereich der treuwidrigen

161 exemplarisch zur Tatsache, dass die Treuepflicht nicht nur Handlungs-, sondern auch Unterlassungsalternativen nach sich ziehen kann: §3 Rz 8

162 Nachweise bei Baumbach, Hueck GmbHG §13 Rz 27, 29

163 Koppenscheider, Rüffler Rz 17 sprechen sich für eine Anfechtbarkeit aus; a.A. Torggler, Treuepflichten 140ff

Stimmrechtsausübung ausgesprochen, dass derart abgegebene Stimmen nichtig sind,¹⁶⁴ scheint aber in sonstigen Fällen von einer Anfechtbarkeit bei Treueverletzungen auszugehen.¹⁶⁵ Weiters kommen auch Schadenersatzansprüche,¹⁶⁶ Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche¹⁶⁷ und wohl auch einstweilige Verfügungen gegen treuwidrig handelnde Gesellschafter / Aktionäre in Betracht. Unterbleibt aber auf Grund eines treuwidrigen Handels (etwa wegen einer Syndikatsvereinbarung) eine Aktivität bzw. ein Beschluss, ist eine Beschlussfeststellungsklage zulässig.¹⁶⁸ Überdies kommen noch Klagen auf Stimmabgabe in Betracht, wobei als passiv legitimierte Personen sowohl die Gesellschafter (actio pro socio) als auch die Gesellschaft in Frage kommen.¹⁶⁹ In Anlehnung an die Judikatur des BGH – wenn auch nicht zum Syndikat oder zur GesbR – scheint auch ein Ausschluss des treuwidrigen Gesellschafters möglich.¹⁷⁰

2.3.4. Die Bedeutung der Treuepflicht für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung

Ein konkreter Inhalt der Treuepflicht ist nach m.M.n wohl mit rechtlichen nicht zu definieren. Letztendlich sind auch betriebswirtschaftliche Überlegungen heranzuziehen, damit soweit wie möglich bestimmt werden kann, welchen konkreten Inhalt die Treuepflicht im Einzelfall hat. Jedenfalls lässt sich aber festhalten, dass die Treuepflicht die Gesellschafter – sofern irgendwie zumutbar, was wieder im Einzelfall zu prüfen ist – dazu verpflichtet, ihre eigenen Interessen hinter jene der Gesellschafter zu stellen. Die konkrete Bedeutung der Treuepflicht zeigt sich daran, dass sie Gesellschafter nicht nur zu einem Abstimmungsverhalten in einem gewissen Sinn verpflichtet (Ja / Nein – Abstimmung), sondern eine Verletzung sogar zum Ausschluss aus dem Syndikat führen kann.

164 u.a. BGHZ 102, 172, 176

165 BGHZ 76, 357

166 Thöni, Beschlussanfechtung, *ecolex* 1993, 674

167 Krejci, Gesellschaftsrecht 208

168 Reich – Rohrwig 363f

169 Reich – Rohrwig 573

170 BGHZ 9, 157, 153

2.4. Wirksamkeitsschranken des ABGB

2.4.1. §879 ABGB

2.4.1.1. §879 Abs. 1 ABGB: Verstoß gegen ein Gesetz

§ 879 Abs. 1 ABGB stellt zwei alternative Tatbestände unter Nichtigkeitssanktion, nämlich eine Gesetzeswidrigkeit und einen Verstoß gegen die guten Sitten. Unter Gesetzen sind alle inländischen Gesetze im materiellen Sinn gemeint.¹⁷¹ Zu beachten ist, dass nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot Nichtigkeit nach sich zieht. Im Wesentlichen ist bei der Frage, ob in concreto eine Nichtigkeit gegeben ist oder nicht zu unterscheiden, ob das betreffende Gesetz die Nichtigkeitssanktion ausdrücklich normiert oder ob die Nichtigkeit durch den Verbotszweck geboten ist. Ist der Verstoß gegen Vorschrift mit Nichtigkeit bedroht, muss der Normzweck nicht mehr näher hinterfragt werden.¹⁷² Grund hierfür ist, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Gesetzgebungsmonopols die Wertung bereits getroffen hat. Grundlage für die Nichtigkeit ist in diesem Fall jene Norm, welche die Nichtigkeit anordnet. §879 ABGB gilt daher nur für jene Fälle, wo eine derartige Nichtigkeitssanktion im betreffenden Sondergesetz fehlt, eine Nichtigkeit aber von Wertungen der Rechtsordnung her vorgegeben erscheint.¹⁷³ §879 ABGB wird zumeist bei Verletzungen zwingender Gesetzesbestimmungen und bei Umgehungsgeschäften, die den Zweck haben den verwerflichen Gehalt des verbotenen Geschäfts herbeizuführen, anzunehmen sein.¹⁷⁴

¹⁷¹ Krecji in Rummel §879 Rz19

¹⁷² OGH 4.10.1989, 3 Ob 525/89 (JBl 1990, 318)

¹⁷³ Krecji in Rummel §879 Rz26 und 28

¹⁷⁴ Krecji in Rummel §879 Rz 31 und 33, der Verletzungen von zwingenden Form- und Vertretungsregeln von der Nichtigkeitssanktion ausnehmen möchte

2.4.1.2. §879 Abs. 1 ABGB: Verstoß gegen die guten Sitten

2.4.1.2.1. Die Sittenwidrigkeitsklausel als Generalklausel

Ähnlich wie zur Treuepflicht fehlt auch bei der Sittenwidrigkeitsbestimmung eine Legaldefinition bzw. eine ausdrückliche Orientierungsvorgabe durch den Gesetzgeber. Es bleibt somit Aufgabe der Rechtsanwendung diese Bestimmung zu konkretisieren.¹⁷⁵ Einleitend ist zu sagen, dass Sittenwidrigkeit Rechtswidrigkeit bedeutet.¹⁷⁶ In der Literatur werden als Elemente der Sittenwidrigkeit die Sicherung anerkannter Ordnungen, die Abwehr von Freiheitsbeschränkungen, die Ausnutzung von Machtpositionen, die Schädigungen Dritter sowie schwere Äquivalenzstörungen und verpönte Zwecksetzungen genannt.¹⁷⁷ Überdies finden sich Versuche, die Sittenwidrigkeit als Verstoß gegen das Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft oder gegen die allgemein anerkannte Moral¹⁷⁸ zu definieren. Schließlich wurde auch ausgesprochen, dass die Abwägung von Interessen zum Urteil führen könne, ob Sittenwidrigkeit vorliegt.¹⁷⁹

2.4.2.1.2. Ausgewählte Fallgruppen

Aus den soeben ausgeführten Erläuterungen ist m.E. leicht ersichtlich, dass eine ex - ante Beurteilung (etwa bei der Konzeption eines Vertrages), ob eine konkrete Klausel sittenwidrig ist, beinahe unmöglich ist, da die Versuche Sittenwidrigkeit zu definieren damit enden, einen unbestimmten Begriff durch einen anderen zu erklären. Wiewohl sicherlich interessant, ist es nicht Gegenstand dieser Arbeit, Untersuchungen darüber anzustellen, ob §879 ABGB Art 18 B –VG genügt. Eine - zugegebenermaßen eingeschränkte – ex ante Betrachtung ist m.E. nur dann möglich, wenn man die in der Vergangenheit in Lehre und Rechtsprechung zu §879 ABGB entwickelten Fallgruppen analysiert. Es darf aber nicht vergessen werden, dass auch dieser Versuch insofern eine (gravierende) Unschärfe aufweist, da es gerade bei Syndikaten wohl auf die Machtverhältnisse im Syndikat ankommt. Es leuchtet ein, dass eine Klausel im Einzelfall eher sittenwidrig ist, wenn der Minderheitsgesellschafter benachteiligt wird, als

¹⁷⁵ Krecji in Rummel §879 Rz 48

¹⁷⁶ OGH 21.6.1966, 8 Ob 150/66 (SZ 39/113)

¹⁷⁷ Krecji in Rummel §879 Rz 49

¹⁷⁸ OGH 19.2.1980, 4 Ob 138/79 (EvBl 1980/117)

¹⁷⁹ OGH 19.4.1978, 8 Ob 505/78 (GesRz 1978, 131)

wenn dies auf den Mehrheitsgesellschafter (jeweils bezogen auf die Verhältnisse im Syndikat) zutrifft. Die Auswahl der Fallgruppen erfolgt nach der Relevanz für Syndikatsverträge. Ein durch Machtmissbrauch zustande gekommener HV - Beschluss ist nicht nichtig, sondern anfechtbar, wobei die Drohung die Macht zu missbrauchen essentiell ist, da die Unfreiheit alleine zur Anfechtung nicht reicht.¹⁸⁰

Bei Wettbewerbsbeschränkungen kann es sich nur um Beschränkungen handeln, die nach Sondernormen (KartG) zulässig sind, da sonst eine Messung an § 879 ABGB nicht in Betracht käme („lex specialis derogat legis generalis“). Nach §879 ABGB kommen vor allem Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht, welche die Erwerbsmöglichkeiten einer Partei betreffen.¹⁸¹

Gerade die Fallgruppe des Machtmissbrauches ist für Syndikatsverträge besonders relevant. Oft stehen sich ja in einem Syndikat nicht nur wirtschaftlich gleich starke Partner gegenüber, weshalb gerade dem Themenkreis der Knebelung Bedeutung zukommen kann. Von Knebelung spricht man, wenn dem Geknebelten die Verfügungsmacht und die Einflussnahme entzogen werden.¹⁸² Dieser m.E. sehr gute Ansatz einer Begriffserklärung bedarf aber noch einer weiteren Konkretisierung, da der bloße Entzug der Einflussnahme auf Grund der typischen Mehrheitsregelungen bei Gesellschaften an der Tagesordnung steht. Dem Geknebelten müssen Handlungsalternativen zum Abschluss des benachteiligenden Syndikatsvertrages fehlen. Ob dies der Fall ist, bedarf im Einzelfall wohl einer betriebswirtschaftlichen Analyse. Am besten lässt sich m.A.n. Knebelung als das Fehlen von betriebswirtschaftlich vernünftigen Handlungsalternativen beschreiben. Das hinter dieser Überlegung stehende Prinzip ist einfach erklärt: Unternehmen kontrahieren auf Grund wirtschaftlicher Überlegungen. Verträge legen die Rahmenbeziehung für die künftige Kooperation fest. Knebelung und Machtmissbrauch, Ausbeutung und andere ähnlich gelagerte Rechtsbegriffe lassen sich in der Praxis nur bei Erforschung des jeweiligen wirtschaftlichen Hintergrundes der involvierten Unternehmen feststellen. Eine Antwort kann daher im Einzelfall nur die Betriebswirtschaftslehre geben. Die betriebswirtschaftliche Analyse bedarf aber wiederum einer Analyse der syndikatsvertraglichen Bestimmungen. Die Unterwerfung unter den Willen eines anderen ist per se nicht gesetzes- oder sittenwidrig, sondern nur dann,

180 AUSL BGH 28.01.1953, IIZR265/51

181 Krecji in Rummel §879 Rz 81d

182 OGH 22.10.1959, 1 Ob 309/59 (SZ 32/133)

wenn der Stärkere seine Macht missbraucht.¹⁸³ Verwandt mit den Fällen des Machtmissbrauchs sind auch jene Sachverhalte, in denen eine Partei auf Grund der faktischen und / oder rechtlichen Rahmenbedingungen einer anderen Partei quasi wirtschaftlich ausgeliefert ist.¹⁸⁴

Äquivalenzstörungen sind dann gegeben, wenn keine Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Diese sind im österreichischen Recht grundsätzlich zulässig, da der Gesetzgeber nur besonders schwere Missverhältnisse als unerwünscht ansieht, wie etwa Wucher oder Verkürzung über die Hälfte. Kleinster gemeinsamer Nenner von Wucher und Verkürzung über die Hälfte ist die grobe Benachteiligung eines Partners.¹⁸⁵ Diese grobe Benachteiligung bzw. dieses grobe Missverhältnis der Leistungen kann m.E. noch nicht per se zur Sittenwidrigkeit führen. Vielmehr muss für eine Beurteilung das Syndikat an sich geprüft werden. Stehen sich zwei oder mehrere Partner gegenüber oder gibt es einen oder mehrere dominantere und einige schwächere Partner? Bildet etwa ein Syndikatspartner, der an der kontrollierenden Gesellschaft mehr Anteile hält und damit mehr Kapitaleinsatz leistet und ein schwächerer Partner der folgerichtig weniger Anteile und damit weniger Kapitaleinsatz leistet, ein Syndikat, ist eine Benachteiligung etwa bei Dividendenausschüttungen nicht nur nachvollziehbar, sondern gesetzlich sogar vorgesehen.¹⁸⁶ In solchen Konstellationen sind m.E. Verstöße gegen die guten Sitten auf Grund von Äquivalenzstörungen kaum denkbar, da die Leistungsmissverhältnisse ihren Ursprung eben im unterschiedlichen Kapitaleinsatz und damit im unterschiedlichen Risiko haben. Kurz gesagt: Wer mehr riskiert soll auch mehr profitieren. Sittenwidrige Äquivalenzstörungen zwischen Gesellschaftern kommen daher nur dann in Betracht, wenn die Gesellschafter (annähernd) gleiche Anteile und gleiche Rechte und Pflichten im Syndikat haben.¹⁸⁷ Die Ungleichheit der Leistungen macht den Vertrag aber noch nicht rechtswidrig, da vielmehr noch andere Elemente hinzukommen müssen, wie etwa ausgleichslose Belastungen und Anspruchsausschlüsse.¹⁸⁸ Somit sind Äquivalenzstörungen für eine Sittenwidrigkeitsprüfung nur dann interessant, wenn zur Äquivalenzstörung noch weitere rechtliche oder wirtschaftlich benachteiligende Bestimmungen hinzutreten.

183 Krecji in Rummel §879, 88f, ähnlich OGH 27.03.1995 1 Ob 544/95, der Sittenwidrigkeit aber auch diesfalls nur in Ausnahmesituationen annehmen will

184 OGH, 30.11.1976, 4 Ob 368/76 (Obl 1977,93)

185 So auch Krecji in Rummel §879 Rz 90

186 zur Gewinnverteilung siehe insb. Punkt 3.6

187 siehe dazu die Ausführungen zu §47a AktG unter Punkt 2.5.4

188 Krecji in Rummel §879 Rz 93

Richtigerweise hat der OGH auch die Haftungsüberwälzung auf einen wirtschaftlich Schwächeren, dem es in concreto nicht nur faktisch unmöglich ist, eine Haftung zu vermeiden, sondern der auch wirtschaftlich vom Überwältigenden wirtschaftlich abhängig ist, als sittenwidrig eingestuft.¹⁸⁹

In Anlehnung an das E des OGH vom 07.06.1978 (3Ob562/78 – hier Ablösezahlung für ein Rücktrittsrecht) ist abzuleiten, dass Vereinbarungen, die vom Ausübenden Ablösezahlungen für den Fall verlangen, dass dieser ein Recht ausübt, unzulässig im Sinne des §879 Abs. 1 ABGB sind.

Vorausverzichte auf Anfechtungsrechte werden mit Ausnahme auf den Verzicht auf Irrtumsanfechtung als unzulässig angesehen.¹⁹⁰

Die Rechtsprechung und die Lehre haben etwa auch ausgleichslose Anspruchsausschlüsse, oder Modifikationen der Gefahrtragungsregeln unter bestimmten Umständen als sittenwidrig eingestuft.¹⁹¹

2.4.1.3. Rechtsfolgen des §879 ABGB

§879 ordnet die Nichtigkeit von gesetz- oder sittenwidrigen Vertragsinhalten an. Eine Gesetzesverletzung, die durch das betreffende Gesetz nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht ist, zieht allerdings nur dann Nichtigkeit nach sich, wenn dies der Zweck des Gesetzes erfordert.¹⁹² Die Bestimmung selbst sagt aber nichts über den Umfang der Nichtigkeit aus. Absolute Nichtigkeit, die von Amts wegen wahrzunehmen ist, macht den Vertrag von Beginn an nichtig und ist dann anzunehmen, wenn es der Verbotszweck der Bestimmung erfordert (z.B.: Schutz von Allgemeininteressen).¹⁹³ Relative Nichtigkeit ist gleichsam durch Interpretation des Normzwecks zu bestimmen und kann immer nur vom Geschützten – nie aber von Amts wegen - wahrgenommen werden.¹⁹⁴ Ebenso vom Normzweck hängt ab, ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit vorliegt.

189 OGH 17.05.1981, 4 Ob 20/81 (HS 12.042)

190 Krecji in Rummel §879 Rz 85 mit ausführlichen Nachweisen

191 Ausführliche Nachweise bei Krecji in Rummel Rz 67 – 201

192 stRspr. u.a. OGH 11.01.1938, 3 Ob 817/37 bis OGH 03.05.2007, 1 Ob 4/07f

193 Krecji in Rummel §879 Rz. 248

194 Krecji in Rummel §879 Rz. 249

2.4.1.4. Die Bedeutung des § 879 ABGB für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung

Die Bedeutung des § 879 ABGB liegt wohl darin, dass – sofern dies nicht schon durch spezielle Vorschriften des AktG oder des GmbHG verboten ist - Klauseln oder Verhaltensweisen, die auf Machtmissbrauch oder Knebelung basieren in den Anwendungsbereich des § 879 ABGB und seiner Rechtsfolgen fallen.

Häufig lassen sich in Syndikatsverträgen auch Bestimmungen finden, die darauf abzielen, dass wenn ein Partner einen Syndikatsvertrag aufkündigt, dessen Geschäftsanteil entschädigungslos an die anderen Syndikatspartner fällt oder dass Entschädigungszahlungen zu leisten sind. Auch solche Syndikatsvertraglichen Bestimmungen werden im Lichte der oben dargestellten Judikatur (OGH vom 07.06.1978 (3Ob562/78) unzulässig sein. Selbiges gilt natürlich auch dann wenn Vorausverzichte auf Anfechtungsrechte oder auch ausgleichslose Anspruchsausschlüsse, oder Modifikationen der Gefahrtragungsregeln vereinbart werden.

Für die Beurteilung, ob eine Klausel im Einzelfall tatsächlich im Widerspruch zu §879 ABGB steht, bedarf es natürlich einer Einzelfallprüfung.

2.4.2. §1295 ABGB

2.4.2.1. Allgemeines

Ähnlich wie zu den Ausführungen zu §879 ABGB kann sich diese Darstellung nur darauf konzentrieren, einen für Syndikatsverträge annähernd relevanten Überblick über die Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung zu §1295 Abs. 2 ABGB zu geben um ein Ausufern in für Syndikatsparteien nicht relevante Bereiche zu verhindern. §1295 Abs. 2 ABGB verbietet die sittenwidrige absichtliche Schadenzufügung. Erfolgte die Schadenzufügung in Ausübung eines Rechts, ist die Schadenzufügung nur dann unzulässig, wenn die Rechtsausübung „offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen“. Der OGH nimmt in stRspr. rechtsmissbräuchliches Handeln nur dann an, wenn dem Schädigenden jede andere Intention als die Schadenzufügung abzusprechen ist.¹⁹⁵

195 OGH 12.03.2008 7 Ob 28/08f (ÖBA 2008/1511)

Gleich im Anschluss werden einzelne – wieder mit Fokussierung auf das Recht der Syndikatsverträge – Fallgruppen vorgestellt. Im Gegensatz zur sittenwidrigen Schädigung, wo dem Schädigenden kein Recht auf eine bestimmte Handlung zusteht, übt der Handelnde beim Rechtsmissbrauch ein ihm per se zustehendes Recht missbräuchlich aus.¹⁹⁶ Diese Argumentation leuchtet durchaus ein und ergibt sich schon aus der Formulierung „Ausübung eines Rechts“, da ein Recht nur dann schikanös ausgeübt werden kann, wenn es prinzipiell zusteht.¹⁹⁷ Zur Erläuterung soll folgendes Beispiel dienen: In Konfliktsituationen im Syndikat sind durchaus Situationen denkbar, die eine Partei dazu verleiten einer anderen Partei anzudrohen, ein ihr gegenüber zustehendes Recht geltend zu machen (Optionen, Kündigungen usw.), was für diese Partei wirtschaftlich nachteilige Konsequenzen haben kann. Ist diese Drohung erlaubt (z.B. auf Grund eines vertraglich zustehenden Rechts) kann kein Rechtsmissbrauch / keine Schikane vorliegen, da dieses Recht eben zusteht, wobei z.B. Fälle der Kündigung zur Unzeit einer GesbR wiederum explizit ausgenommen werden, da es sich hierbei nicht um ein Problem von §1295 Abs. 2 handelt.¹⁹⁸ Ist die Drohung nicht erlaubt (mangels vertraglicher oder gesetzlicher Deckung) liegt ebenfalls kein Rechtsmissbrauch vor, sondern eine sittenwidrige Handlung, die auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann (z.B. gefährliche Drohung).¹⁹⁹ Ebenfalls ist zu betonen, dass im Gegensatz zum Sittenwidrigkeitsbegriff des §879 ABGB der Sittenwidrigkeitsbegriff des §1295 ABGB neben dem Vorliegen eines „krassen Missverhältnisses“ auch ein Verhalten voraussetzt, dass den Grundprinzipien der Rechtsordnung entgegensteht.²⁰⁰ Überdies wird von der Rechtsprechung bedingter Schädigungsvorsatz gefordert.²⁰¹ Dies steht aber in Gegensatz zum Wortlaut des §1295 Abs. 2 ABGB, da diese Bestimmung Absichtlichkeit fordert.

Um schikanös zu sein, muss nach Auffassung der Rechtsprechung das Handeln davon bestimmt sein, den Vertragspartner unlauter zu behandeln.²⁰² Dabei ist allerdings festzuhalten, dass für die Beurteilung, ob schikanöse Rechtsausübung vorliegt, immer auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist.²⁰³ Primär ist immer zu untersuchen, ob das Motiv der Rechtsausübung unlauter ist oder nicht.²⁰⁴ Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass der

196 Ertl, Wiedereinsetzungswerber RZ 1998, 3

197 Vereinzelt wird dieser Grundsatz jedoch nicht beachtet: siehe nur: OGH 9.4.1952, 2 OB 35, 52 (SZ 25,90) – weitere Nachweise bei Reischauer in Rummel, §1295 Rz 55

198 zur Kündigung zur Unzeit siehe schon oben

199 Reischauer in Rummel §1295 Rz 55

200 Reischauer in Rummel §1295 Rz 55

201 OGH 20.5.1992, 1Ob 562/92 (exolex 1992, 707)

202 OGH 16.11.1989, 3 Ob 566/89 (ÖBA 1990, 395)

203 OGH 4.3.1993, 10 Ob S 152/91 (JBl 1994, 191)

204 Reischauer in Rummel §1295 Rz 67

OGH Handlungen als schikanös gewertet hat, bei denen zwar ein zustehendes Recht ausgeübt wird, allerdings die Schädigung als Motiv im Vordergrund steht.²⁰⁵

Die hL und die Rspr. gestehen dem durch Schikane Geschädigten neben der allgemeinen Folge, nämlich Anspruch auf Naturalrestitution und wenn dies untunlich ist, Schadenersatz in Form von Geld und zwar auch für den ideellen Schaden zu und befürworten auch Unterlassungsansprüche.²⁰⁶ Mehr noch: Der OGH hat betont, dass die Abwehr schikanösen Verhaltens die „verschiedensten Maßnahmen rechtfertigt“ und einziger Maßstab die „Schwere des Rechtsmissbrauchs“ ist, wobei der OGH dem Schädigenden sogar einen Zwang zum Vertragsabschluss aufbürden möchte.²⁰⁷ Somit scheint klar zu sein, dass ein schikanöses Handeln auch zur Aufkündigung durch den Geschädigten berechtigen muss. Die Beweislast, dass schikanöses Verhalten vorliegt, trägt der Geschädigte.²⁰⁸ Liegt aber auf Grund des äußeren Anscheins die Vermutung des schikanösen Verhaltens nahe, hat der Schädigende zu beweisen, dass die Rechtsausübung nicht schikanös ist.²⁰⁹ Schikane ist nicht von Amts wegen wahrzunehmen.²¹⁰

2.4.2.2. Einzelne Fallgruppen

Die nachstehenden Fälle sollen einen kurzen Überblick für Fragen geben, die gegebenenfalls auch für Syndikatsverträge von Bedeutung sein können:

Der OGH hat Rechtsmissbrauch verneint, wenn eine Person ihre rechtlichen Interessen (Untersagung des Transportes von Booten eines Bootsverleihers über den Grund des Eigentümers) durchsetzt, auch wenn dies dazu führt, dass die wirtschaftliche Existenz einer anderen Person gefährdet ist, um das Entstehen eines Servituts zu verhindern.²¹¹ Begründet wurde das mangelnde Vorliegen einer Schikane unter anderem damit, dass die Rechtsausübung des Grundstückseigentümers nicht primär von einer Schädigungsabsicht getragen war, sondern vom Schutz der eigenen Rechtsposition.²¹² Aus dieser auf den ersten Blick für Syndikatsverträge nicht unbedingt als „leading case“ zu bezeichnender Entscheidung

205 OGH 27.11.2001, 1 Ob 265/01d (EvBl 2002/72)

206 Reischauer in Rummel §1295 Rz 81 mit ausführlichen Nachweisen

207 OGH 26.08.2003, 5 Ob 82/03z (MietSlg LV /21)

208 OGH 6.8.1952, 1 Ob 626/52 (SZ 25, 218)

209 OGH 19.08.2003, 4 Ob 139/03z (ÖJZ 2004/19)

210 OGH 09.11.1960, 1 Ob 390/60

211 OGH 13.7.1983, 4 Ob 58/93 (RdW 1994, 102)

212 OGH 13.7.1983, 4 Ob 58/93 (RdW 1994, 102)

lässt sich m.E. eine wesentliche Erkenntnis gewinnen. Übt etwa ein (übermächtiger) Syndikatspartner im Syndikat sein Stimmrecht aus und führt diese Ausübung zum Schaden, ja sogar zur Existenzgefährdung eines anderen Syndikatspartners, ist diese Stimmrechtsausübung wohl auch dann nicht als schikanös zu bezeichnen, wenn der (übermächtige) Syndikatspartner durch die Ausübung seine rechtliche Position wahrt. Dieser Grundsatz muss m.E. für jede Rechtsausübung im Syndikat gelten (Ausübung von Optionen, Beschluss in der Syndikatsversammlung, dass Dividendenausschüttung unterbleibt, auch wenn ein anderer Syndikatspartner auf die Ausschüttung der Dividende wirtschaftlich angewiesen ist), da das primäre Motiv der Stimmrechtsausübung immer jenes ist, die eigene rechtliche Position zu wahren. Zusammengefasst lässt sich also folgende Aussage treffen: Stimmrechtsausübungen im Syndikat sind dann nicht schikanös, wenn die überwiegende Grundlage der Stimmrechtsausübung nicht die Schädigung des anderen Syndikatsmitglieds ist.

Dazu sei auf ein besonders interessantes E des OGH verwiesen, in dem dieser ausgesprochen hat, dass das Ausnützen einer starken Verhandlungsposition schikanös ist, wenn dadurch eine Bereicherung angestrebt wird, die in keinem Verhältnis zu Nachteilen steht, die bei Nichtausnützung der starken Verhandlungsposition entstehen würden.²¹³ Insofern scheint eine Interessensabwägung zwischen den Verhandlungspartnern geboten zu sein.

Wie oben dargestellt, reicht laut der Rechtsprechung für schikanösen Rechtsmissbrauch die Tatsache, dass die Schädigung mit bedingtem Vorsatz erfolgt. Die Rechtsprechung kommt, daher zum Ergebnis, dass naturgemäß auch Handlungen als schikanös zu werten sind, wo die Schädigung einziger Handlungszweck ist.²¹⁴

Verwandt mit der oben besprochenen Fallkonstellation „Ausnutzung einer guten Verhandlungsposition“ sind jene Fälle, wo eine Person ihre faktische Macht einsetzt um einer anderen Person die ordnungsgemäße Durchführung ihrer Pflichten unmöglich zu machen. Dass diese Rechtsausübung missbräuchlich ist, braucht angesichts der soeben besprochenen Kriterien für schikanöse Rechtsausübung wohl nicht näher erläutert werden. Im konkreten Fall, der dem OGH zur Beurteilung vorlag, ging es um das Verbot, das ein KFZ – Mechaniker gegenüber einem Sachverständigen ausgesprochen hat, die Werkstatt zur

213 OGH 18.9.2002, 9 Ob 32/02z (exolex 2003/37)

214 OGH 23.01.2002, 9 Ob 274/01m

Schadensbesichtigung zu betreten, damit dieser Unregelmäßigkeiten bei der Schadensabrechnung nicht aufdecken kann.²¹⁵

Rechtsmissbräuchliche Ausübung der Gesellschafterstellung wird vom OGH z.B. dann angenommen, wenn von der Mehrheit der Gesellschafterstellung ein Beschluss deshalb gefasst wird, um ein Sonderrecht eines Mindergesellschafters zu umgehen.²¹⁶

Im Zusammenhang mit dem Informationsrecht des Gesellschafters wird die Ansicht vertreten, dass dieses dann schikanös ausgeübt wird, wenn gesellschaftsfremde²¹⁷ und die Gesellschaft schädigende Interessen²¹⁸ verfolgt werden. Nach allgemeinen Kriterien muss vom Gesellschafter auch ein überwiegend unlauteres Motiv verfolgt werden.²¹⁹

Die Frage, ob die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund als Rechtsmissbrauch in Betracht kommt, kann nur verneint werden, da bei einem Dauerschuldverhältnis ein wichtiger Grund vorliegen muss und damit die Voraussetzungen für schikanöse Rechtsausübung quasi per definitionem nicht gegeben sein können.²²⁰

2.4.2.3. Die Bedeutung des §1295 ABGB für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung

Die Bedeutung des §1295 ABGB wird grosso modo in der Praxis eher gering sein. Allerdings sind doch Klauseln und Verhaltensweisen möglich und denkbar, die im Lichte des §1295 Abs. 2 ABGB eine gewisse Relevanz haben können. Wird etwa auf die Schädigung eines Syndikatspartners abgezielt oder bei Existenzbedrohung keine ordnungsgemäße Interessensabwägung vorgenommen, werden diesbezügliche Klausel durchaus an §1295 ABGB zu messen sein. Selbiges gilt natürlich für in Schädigungsabsicht vorgenommene Umgehungshandlungen, die Mitgliedsschafts.- oder Sonderrechte von Syndikatspartnern aushebeln sollen.

215 idS. OGH 19.8.2003, 4 Ob 139/ 03 z (ZVR 2003/104)

216 OGH 1998/02/26 6 Ob 335/97a (SZ 71/42: Umwandlungsbeschluss um Aufgriffsrecht eines Gesellschafters zu umgehen.)

217 OGH 12.10.1995, 6 Ob 27/95 (SZ 68/185)

218 OGH 19.6.1997, 6 Ob 33/97i (RdW 1997, 596)

219 OGH 19.6.1997, 6 Ob 33/97i (RdW 1997, 596) RdW 1997, 596

220 Reischauer in Rummel, §1295 Rz 74

2.4.3. List und Furcht

Das Problem der List ist ebenso wie die allgemeinen vertragsrechtlichen Wirksamkeitsschranken des ABGB kein spezifisch syndikatsrechtliches Problem, muss aber m.E. der Vollständigkeit halber trotzdem kurz erwähnt werden, wobei hier eine detaillierte Auseinandersetzung nicht erfolgt, da diese den Rahmen einer Dissertation über Syndikatsverträge sprengen würde. Unter List wird allgemein eine Täuschung verstanden, für die (selbstverständlich) Vorsatz des Täuschenden notwendig ist.²²¹ Die Beweislast für das Vorliegen der Täuschung liegt bei dem der sie behauptet.²²² Einflusslose Täuschung reicht aber nicht, da zur Anfechtung erforderlich ist, dass die Täuschung der Grund war, warum der Getäuschte den Vertrag so abgeschlossen hat, wie er ihn eben abgeschlossen hat.²²³ In der Praxis äußerst relevant ist die Tatsache, dass Täuschung kein aktives Tun voraussetzt, sondern auch durch Unterlassen begangen werden kann.²²⁴ Auf Grund der bisherigen Rechtsprechung und Lehre ist zu schließen, dass Syndikatsverträge daher insbesondere dann wegen List anzufechten sind, wenn ein Syndikatspartner den anderen trotz eines offensichtlichen Irrtums nicht auf diesen hinweist²²⁵ oder sonstige maßgebliche Umstände verschweigt.²²⁶ Gerade bei Syndikatsverträgen wird die Aufklärungspflicht besonders hoch anzusetzen sein, da das besondere Vertrauensband – die Syndikatspartner verzichten ja auf eine Aufnahme der Regeln in die Satzung, was zu einem Verlust des kooperativen Schutzes führt²²⁷ - redlicher Weise auch besondere Aufklärungspflichten nach sich zieht. Der Umfang der Aufklärungspflicht wird aber auch von der jeweiligen Branchenkenntnis der Syndikatspartner abhängig sein. Dazu folgende Erläuterung: Das Unternehmen A, das in der Autobranche tätig ist und das Unternehmen B, das in der Textilbranche tätig ist, kontrollieren gemeinsam durch einen Syndikatsvertrag das Unternehmen C, das ebenfalls in der Autobranche operiert. Folgerichtig – und das kann wohl als selbstverständlich angenommen werden – werden die Aufklärungspflichten des Unternehmens B als „branchenfremdes Unternehmen“ gegenüber dem Unternehmen A schwächer sein, als umgekehrt.

221 OGH 23.10.1995, 1 Ob 617/95 (ÖBA 1996, 382)

222 OGH 23.10.1995, 1 Ob 617/95 (ÖBA 1996, 382)

223 OGH 15.7.1981, 1 Ob 666/81 (JBl 1982, 86)

224 Rummel in Rummel, §870 Rz 4

225 OGH 25.02.1975, 5 Ob 8/75 (RZ 1963, 154)

226 OGH 9.6.1992, 1 Ob 1574/92 (RZ 1993/95); zur Aufklärungspflicht des Verkäufers eines Aktienpakets:

OGH 24.9.1987, 7 Ob 690/87 (wbl 1987, 345)

227 zur kooperativen Wirkung der Satzung siehe auch Punkt 2.5.6

Furcht wird nicht näher besprochen, da die in der Praxis wohl häufigsten Fälle (Drohung mit Strafanzeige, Drohung mit Zivilklage,) nicht zur Anfechtung berechtigen.²²⁸

Im Gegensatz zur Anfechtung wegen Irrtums oder laesio enormis kann auf die Anfechtung wegen List oder Furcht nicht verzichtet werden.²²⁹ Neben der Anfechtung sieht §871 ABGB auch noch Schadenersatz vor. Dieser richtet sich auf den Vertrauensschaden.²³⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der häufigste Anwendungsfall wohl Fälle unterlassener Aufklärung betrifft. Sei es bei der Errichtung des Syndikatsvertrages oder im gelebten syndikatsvertraglichen Alltag. Zu beachten ist, dass die Aufklärung gerade in Syndikaten besonders hoch ist und es sich daher wohl gebietet, „lieber mehr als weniger“ hinzuweisen und zu erläutern.

228 Rummel in Rummel §870 Rz 7
229 10.07.1986, 7 Ob 501/86 (SZ 59/126)
230 Rummel in Rummel §871 Rz 3

2.5. Wirksamkeitsschranken des AktG und des GmbHG

2.5.1. Das Verhältnis von AktG, Satzung, Syndikatsvertrag und (auf Syndikatsvertrag basierender) Beschlüsse zueinander

2.5.1.1. Einführende Bemerkungen

In diesem Unterkapitel 2.5.1. soll das generelle Verhältnis zwischen AktG bzw. GmbHG und Satzung / Gesellschaftsvertrag, Syndikatsvertrag und (auf Syndikatsvertrag basierenden) Beschlüssen untersucht werden. Die Thematisierung ob einzelne syndikatsvertragliche Regelungen – wie etwa z.B. zum Vorstand oder Aufsichtsrat zulässig sind, erfolgt in den jeweiligen (Unter-) Kapiteln

2.5.1.2. Das Verhältnis AktG zu Satzung

2.5.1.2.1. Charakteristika des AktG

Einleitend ist festzuhalten, dass das österreichische Aktienrecht grundsätzlich zwingend ist.²³¹ Dies bedeutet aber nicht, dass dem AktG widersprechende Regelungen per se unzulässig sind. Abweichungen sind nach der wörtlichen Formulierung einzelner Bestimmungen vom AktG natürlich dann zulässig, wenn das AktG selbst ausdrückliche Ermächtigungen zum Abgehen von gesetzlichen Vorschriften enthält.²³² Weitere Ausnahmen vom Prinzip des zwingenden AktG möchte die Literatur dann zulassen, wenn die Auslegung ergibt, dass „Gläubiger- und Aktionärsschutz, öffentliche Interessen sowie das Wesen der AG nicht dagegensprechen“. ²³³ Der OGH sieht Zuständigkeitsverletzungen – die grundsätzlich unzulässig sind²³⁴ - dann als gerechtfertigt an, wenn das zuständige Organ untätig oder überfordert ist.²³⁵ Im deutschen Aktienrecht – auf dessen Prinzipien das österreichische AktG beruht- ist die Rechtslage

231 stellvertretend für die Lehre und Rechtsprechung : Kastner, Doralt, Nowotny 176

232 Gruber in Doralt, Nowotny, Kalss §17 Rz33, vgl. ebenda RZ 34 wo als zwingend insbesondere gesetzliche Regelungen die Zuständigkeitsbereich der Organe, ihre Zusammensetzungen und ihre Organisation angesehen werden sowie Bestimmungen zu Arbeitnehmervertretern, Minderheitsrechte, und Haftungsbestimmungen weitere Aufzählungen siehe Jabornegg in Jabornegg/Strasser §17 , Rz 4f;

233 Jabornegg in Jabornegg/Strasser § 17 Rz 5

234 Gruber in Doralt, Nowotny, Kalss §17 Rz34

235 OGH 29.4.1998, 9 Ob A 416/97 k (ecolex 1998, 772);

insofern anders, als die Satzung nur dann vom AktG abweichen darf, wenn es dieses ausdrücklich zulässt. Die deutsche Lehre interpretiert diese Formulierung (§23 Abs. 5 dAktG) also wörtlich.²³⁶ Der Weg der österreichischen Lehre und des OGH ist aus meiner Sicht höchst bedenklich, da erstens zwingend nun einmal zwingend bedeutet. Zweitens ist es – es sei das Beispiel der gerade zitierten Zuständigkeitsproblematik zitiert - aus Gründen des Verkehrsschutzes für Dritte oft nicht ersichtlich, ob das eigentlich zuständige Organ überfordert ist oder nicht und sie sich auf die Einhaltung der internen Vorschriften seines Geschäftspartners verlassen können, außer es bestehen Anhaltspunkte, dass diese (internen) Zuständigkeitsvorschriften nicht eingehalten werden. Abgesehen davon besteht die Gefahr, dass zwingende Vorschriften des AktG mit dem Hinweis, dass zuständige Organ sei überfordert, umgangen werden können. Weiters liegt es in der Pflicht des zuständigen Organs Überforderungen durch geeignete Maßnahmen (z.B. Ausschussbildungen²³⁷) zu vermeiden.

2.5.1.2.2. Charakteristika der Satzung

Die Satzung ist durch folgende materielle Eigenschaften charakterisiert: Zum einen wird zwischen den Gründern ein Schuldverhältnis²³⁸ begründet und zum anderen wird die Verfassung der Gesellschaft gebildet.²³⁹

Die Satzung enthält einerseits echte bzw. materielle oder andererseits unechte bzw. formelle Satzungsbestimmungen. Unter echten bzw. materiellen Satzungs-/ bzw. Gesellschaftsvertragsbestimmungen werden jene verstanden, die quasi das Fundament der Gesellschaft bilden.²⁴⁰ Hierzu gehören einerseits vor allem jene Normen die zwingend in die Satzung aufzunehmen sind.²⁴¹ Diese werden in der Folge als materielle Satzungsbestimmungen im engeren Sinn bezeichnet. Für die AG zählt §17 AktG als zwingende Bestimmungen Regelungen über die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, weiters ob Inhaber- oder Namensaktien ausgestellt werden, ob das Grundkapital in Nennbetragsaktien oder Stückaktien zerlegt ist, bei Nennbetragsaktien die Nennbeträge der einzelnen Aktien, bei Stückaktien

236 stellvertretend: Körber in Bürgers, Körber, AktG, § 23 Rz 1

237 zur Haftung des Vorstandes und des AR siehe 3.1.8. und 3.2.11

238 für viele: Ulmer in Ulmer, Habersack, Winter GmbHG, §2 Rz 4

239 Tichy, Syndikatsverträge 41f.

240 Schäfer in Bork, Schäfer, GmbHG §2 Rz 17

241 Reich – Rohrwig, GmbH – Recht, 420 f.

deren Zahl und wenn mehrere Gattungen bestehen, die Gattung der einzelnen Aktien sowie die Art der Zusammensetzung des Vorstands (Zahl der Vorstandsmitglieder) und die Form der Veröffentlichungen der Gesellschaft auf.

Fehlt der Mindestinhalt bei der AG – aber auch bei der GmbH - ist dieser Mangel bei der Eintragung von Amts wegen aufzugreifen und ist die Satzung mit Nichtigkeit bedroht.²⁴²

Neben den materiellen Satzungsbestimmungen im engeren Sinn gehören zu den materiellen Satzungsbestimmungen auch Bestimmungen, die in der Folge als Satzungsbestimmungen im weiteren Sinn bezeichnet werden und sich durch ihren korporativen Charakter auszeichnen. Hierunter versteht man alle jene Regeln, die mit Wirkung auch für zukünftige Aktionäre umfassend die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bzw. zwischen dieser und ihren Gesellschaftern regeln sollen, somit alles betreffen, was Kapital, Organisation und Mitgliedschaft gestalten soll, und in diesem Sinne die „Verfassung“ der Gesellschaft bilden.²⁴³ Selbiges gilt für die Rechtsstellung der Organe.²⁴⁴ Weitere materielle Satzungsbestimmungen im weiteren Sinn sind nach manchen Stimmen der Literatur auch Sonderrechte einzelner Gesellschafter sowie deren Nebenleistungspflichten und Wettbewerbsverbote, auch wenn sie personenbezogen (nicht anteilsbezogen) ausgestaltet sind.²⁴⁵ Kennzeichnend ist, dass diese Bestimmungen für bzw. gegen Aktionäre wirken.²⁴⁶

Als unecht sind jene Satzungsbestimmungen zu qualifizieren, die zwar in der Satzung festgehalten sind, die aber auch in anderen Vereinbarungen (z.B. Syndikatsverträgen) festgehalten hätten werden können, da sie nur zwischen einigen Vertragspartnern Rechte und Pflichten entfalten.²⁴⁷ Wesentliche Wirksamkeitsschranke dieser Bestimmungen bei der AG ist, dass diese Regelungen nicht gegen das Wesen der AG, gegen Gläubiger- oder Aktionärsschutz oder gegen das öffentliche Interesse verstoßen dürfen.²⁴⁸

242 ausführliche Nachweise bei Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG § 17 Rz.2: Nichtigkeit lediglich bei Fehlen von Bestimmungen über die Firma, die Höhe des Grundkapitals oder den Gegenstand des Unternehmens; Rechts- oder Sittenwidrigkeit des in der Satzung umschriebenen oder tatsächlich verfolgten Unternehmensgegenstandes.

243 BGHZ 123, 347 = ZIP 1993,1709

244 OGH 25.2.1999, 6 Ob 241/98d (wbl 1999, 422)

245 Ulmer/Habersack/Winter- Ulmer, GmbHG, §2 Rz 8

246 Tichy, Syndikatsverträge 4

247 Reich – Rohrwig 420f. für die dt. Lehre: §2 Rz 20

248 Gruber in Doralt, Nowotny, Kalss §17 Rz 33

Ob eine Satzungsbestimmung materiell oder formell ist, ist durch Auslegung zu bestimmen ist.²⁴⁹ Als Interpretationshilfe wird in der dt. Lehre die strittige These vertreten, dass die Aufnahme in die Satzung die Wirkung für alle Gesellschafter bereits indiziert.²⁵⁰ Dieser Ansatz führt m.E. in die Irre. Entscheidend muss sein, ob die fragliche Bestimmung für alle (zukünftigen) oder nur für einen Teil der Gesellschafter gelten soll. Dies ist aber nur dann zu beantworten, wenn die Rechte und Pflichten selbst analysiert werden und nicht darauf abgestellt wird, in welchem Dokument sie niedergeschrieben sind. Dazu als Verdeutlichung: Besteht eine Gesellschaft aus den Gesellschaftern A, B, C und D und ist nur B berechtigt die Anteile von A zu einem gewissen Preis zu erwerben, ändert dies nichts am Inhalt der Rechte und Pflichten von A und B, wenn die Vereinbarung in der Satzung stipuliert ist. Selbst bei einem Festhalten dieser Vereinbarung in der Satzung werden C und D aus diesem Titel nicht berechtigt oder verpflichtet.

Formalrechtlich sind die nachstehenden Vorgaben des AktG zu beachten: Die Satzungsänderung mittels HV Beschluss muss nach neuer Rechtslage nur mehr in Form einer notariellen Beurkundung erfolgen. Zweck – auch wenn an die alte Rechtslage vor dem AktRÄG 2009 angelehnt - ist wohl hauptsächlich der Schutz der Gesellschafter (Warnfunktion²⁵¹) und der Allgemeinheit.²⁵² Formmängel führen zur Nichtigkeit der Satzung, wobei nach Invollzugsetzung der Gesellschaft die Nichtigkeit nur ex nunc wirkt.²⁵³ Ein Teil der Lehre spricht sich bei Eintragung trotz Nichtigkeit wegen eines Formmangels für eine Heilung der Nichtigkeit aus,²⁵⁴ was aber auf Grund des Formzwecks in dieser Arbeit abgelehnt wird. Des Weiteren liegt der Schutzzweck der Norm im Übereilungsschutz.²⁵⁵ Verletzt der Notar die maßgeblichen Bestimmungen, ist er den Parteien und geschädigten Dritten schadenersatzpflichtig.²⁵⁶ Das Gericht muss von Amtswegen die Löschung veranlassen.²⁵⁷ In Deutschland wird die Auffassung vertreten, dass durch die Eintragung in FB der Formmangel als geheilt gilt und begründet dies im Wesentlichen damit, dass GmbHs – sofern eingetragen – grundsätzlich nur in den gesetzlich normierten Fällen (z.B.: Liquidation)

249 Tichy, Syndikatsverträge, 42; Gruber in Doralt, Nowotny, Kalss §17 Rz 33; Umfahrer, Formfragen, ecolx1996, 99f

250 Koppensteiner, Rüffler §4 Rz 20; weiter Nachweise bei Tichy, Syndikatsverträge, 43

251 OLG Stuttgart WM 2007, 1743

252 OGH 13.12.1988, 4 Ob 631/88 (SZ 61/269)

253 Reich – Rohrwig I Rn 1/710

254 Koppensteiner, Rüffler §4 Rz 26

255 OGH 13.12.1988 4 Ob 631/88 (SZ 61/269)

256 OGH 13.12.1988 4 Ob 631/88 (SZ 61/269)

257 OGH 26.4.1973, 6 Ob 96/73 (SZ 46/46); a.A. Reich – Rohrwig I Rn 1/31, 1/711

aufgelöst werden sollen,²⁵⁸ was zweifelsfrei der Rechtssicherheit Dritter dient. Im Gegensatz sollen nach der in Deutschland entwickelten Lehre vom fehlerhaften Verband, schwere Vertragsmängel auch nach Eintragung und Aufnahme der Geschäftstätigkeit zur Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages führen.²⁵⁹ Vorschriften zur Änderung von Gesellschaftsvertrag und Satzung sind zwingendes Recht.²⁶⁰ Die Zuständigkeit der Aktionäre hierfür ist zwingend und kann nicht auf ein anderes Organ übertragen werden.²⁶¹

2.5.1.2.3. Widerspruch zwischen AktG und Satzung

Aus der an vielen Stellen im AktG anzutreffenden Formulierung „Soweit die Satzung nichts anderes bestimmt“ oder ähnlichen Umschreibungen, die den eindeutig dispositiven Charakter der jeweiligen Norm zum Ausdruck bringen, ergibt sich in diesen Fällen ein Vorrang der Satzung gegenüber dem AktG, weshalb ein Abweichen der Satzung in diesen Fällen selbstverständlich zulässig sein muss. Dies betrifft allerdings nur die dispositiven Normen des Aktiengesetzes.

Ein Verstoß der Satzung gegen zwingendes Aktienrecht führt zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der betreffenden Bestimmung (§195ff. AktG).²⁶²

Zur Frage, wann eine Bestimmung als zwingend oder als dispositiv anzusehen ist, ist auf Punkt 2.5.1.2.1 und die weiteren Ausführungen in den Unterkapiteln zu verweisen.

2.5.1.3. Das Verhältnis AktG zu Syndikatsvertrag

Vorab zu bedenken, dass Syndikatsverträge, die zwingendes oder dispositives Recht bzw. echte oder unechte Satzungsbestandteile ändern, unzulässig sind, da sowohl das AktG als auch das GmbHG für die Satzungs-/Gesellschaftsänderung die notarielle Beurkundung vorsehen (§49 Abs. 1 GmbHG, §16 Abs. 1 AktG).²⁶³ Der Wortlaut der soeben genannten und

²⁵⁸ BGHZ 21, 378=NJW 1957,19

²⁵⁹ Mit umfassenden Nachweisen zur Lehre vom fehlerhaften Verband: Schäfer in Borck Schäfer, GmbHG §2 Rz 111f.

²⁶⁰ u.a. Roth in Roth Altmeppen, GmbHG, § 53 Rz. 1

²⁶¹ BGHZ 43, 261, 264;

²⁶² Stellvertretend: Dregger in MünchKomm AktG §23 Rz 211, Jabornegg, Strasser, AktG §145 Rz 7ff

²⁶³ Koppensteiner, Rüdfler §39 Rz 19, etwas anders für Deutschland: Emmerich in Scholz GmbHG, § 2 Rz 13, die nur materielle Satzungsbestandteile dem Formgebot unterwerfen wollen

maßgeblichen Bestimmungen des AktG sowie der Schutzzweck dieser Normen (u.a. Publizität) können daran keinen Zweifel aufkommen lassen.²⁶⁴ Enthält der Syndikatsvertrag aber nur eine Verpflichtung einen (notariell zu beurkundenden) Beschluss (zukünftig) zu fassen, ist die formlose Abrede m.E. unproblematisch, da diese Abrede wiederum nur zwischen den Syndikatspartnern wirkt und isoliert betrachtet noch keine Satzungs-/Gesellschaftsänderung darstellt.²⁶⁵

Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Satzungsänderung kann sich aus der Treuepflicht ergeben, wenn die Satzungsänderung im Interesse der Gesellschaft dringend geboten und dem Gesellschafter zumutbar ist.²⁶⁶ Weiterhin kann auch die Satzung vorsehen, dass die Gesellschafter unter bestimmten Umständen zu einer Satzungsänderung verpflichtet sind. Wird eine derartige Bestimmung nachträglich eingefügt, unterliegt sie Absatz 3. Schließlich kann sich eine Pflicht zur Satzungsänderung auch aus schuldrechtlichen Ansprüchen der Gesellschafter ergeben. Diese schuldrechtlichen Absprachen bedürfen nicht der notariellen Beurkundung.²⁶⁷ Koordinieren Gesellschafter ihr Abstimmungsverhalten in einem Syndikat, so kann im Syndikat über das Abstimmungsverhalten auch bei einer Satzungsänderung für die Beteiligten bindend mit einfacher Mehrheit beschlossen werden.²⁶⁸ Auch die Gesellschaft kann sich gegenüber Dritten zur Satzungsänderung verpflichten. Allerdings muss sich eine derartige Verpflichtung auf einen konkreten Einzelfall und eine bestimmte Regelung beschränken. Zudem kann der Geschäftsführer eine derartige Verpflichtung für die Gesellschaft nur dann wirksam eingehen, wenn ein entsprechender Ermächtigungs- bzw. Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter vorliegt.²⁶⁹ Eine Eintragung der Verpflichtung ins Firmenbuch ist dagegen wegen fehlenden Publizitätsinteresses der Allgemeinheit nicht erforderlich.²⁷⁰

264 a.A. für dispositives Recht, Tichy, Syndikatsverträge 64ff.

265 mit Literaturnachweisen: Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 19

266 BGHZ 98, 276 ff = ZIP 1986, 1383;

267 Bayer in Lutter, Hommelhoff, GmbHG, § 53 Rz.39;

268 BGH, ZIP 2009, 216, 219;

269 Ulmer in Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG § 53 Rz 42.

270 Ulmer in Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG § 53 Rz. 27; a. A. Priester, Veil in Scholz, GmbHG, § 53 Rz. 185

2.5.1.3.1. Charakteristika von Syndikatsverträgen

Anders als die Satzung / der Gesellschaftsvertrag ist der Syndikatsvertrag – wie bereits erörtert – ein rein schuldrechtlicher Vertrag. Die Satzung / der Gesellschaftsvertrag bindet auch zukünftige Aktionäre /Gesellschafter, während der Syndikatsvertrag nur die Vertragsparteien und deren Gesamtrechtsnachfolger berechtigt und verpflichtet.²⁷¹ Syndikatsverträge werden als Ergänzung (nicht aber als Instrument der Änderung) des Gesellschaftsvertrages (wohl auch der Satzung) gesehen, wobei davon ausgegangen wird, dass Syndikatsverträge nicht unmittelbar in die gesellschaftliche Organisation eingreifen.²⁷² Dieser Ansicht ist selbstverständlich zuzustimmen und zwar gerade in jenen Fällen, in denen nicht alle Gesellschafter / Aktionäre durch Syndikatsvertrag verbunden sind, da sonst ein unmittelbarer Eingriff dazu führen würde, dass Gesellschafter / Aktionäre an Syndikatsverträge gebunden wären, die gar nicht Vertragspartner sind. Dies würde dem Grundsatz der Privatautonomie zuwiderlaufen

Als Auslegungsregeln für den Syndikatsvertrag die Regeln des §914 f. ABGB in Betracht,²⁷³ für die Satzung / den Gesellschaftsvertrag jene des §6 f. ABGB.

Gemeinhin wird die Auffassung vertreten, dass ein wesentlicher Vorteil für die Syndikatsvertragspartner darin besteht, dass Syndikatsverträge gegenüber Dritten geheim sind. Dies trifft aber nur eingeschränkt zu, da börsennotierte Unternehmen verpflichtet sind Syndikate offen zu legen (§11 KMG)

2.5.1.3.2. Widerspruch zwischen Syndikatsvertrag und AktG

Widerspricht ein Syndikatsvertrag zwingendem AktG ist (selbstverständlich) davon auszugehen, dass die diesbezügliche Regelung im Syndikatsvertrag keinesfalls der Bestimmung des AktG vorgehen kann.²⁷⁴ Dies ergibt sich nach meinem Dafürhalten bereits

²⁷¹ Tichy, Syndikatsverträge 41

²⁷² OGH 21.05.1997, 7Ob/ 2350/ 96f

²⁷³ Tichy, Syndikatsverträge, 42; für die Satzung im speziellen: OGH 3.11.2005, 6 Ob 231/05 x

²⁷⁴ Stellvertretend: Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 29

daraus, dass – wenn schon der Satzung ein Abgehen nicht gestattet ist – dies noch vielmehr für schuldrechtliche Abreden gelten muss, die ggfs. (nur) auf eine Abänderung der Satzung gerichtet sind.

Eine breite Diskussion und ein vor allem vielfältiges Meinungsspektrum haben sich zur Frage entwickelt, ob durch Syndikatsvertrag vom dispositiven AktG abgegangen werden darf. Teils wird eine Abweichung ausdrücklich als unzulässig angesehen,²⁷⁵ teils wird darauf abgestellt, ob die das Abweichen gewollt ist.²⁷⁶ M.E. bedarf auch die Abweichung von dispositivem AktG der im AktG vorgeschriebenen Formalitäten. Dies aus folgendem Grund: Das AktG stellt klar, dass für das Errichten der Satzung und für Satzungsänderungen die relevanten Formvorschriften des AktG einzuhalten sind. Soll nun eine Satzung in einem Punkt geändert werden, der dispositives Recht betrifft, sei es nun weil es sich um eine Satzungsänderung oder um eine Ergänzung der Satzung in einem bis dato noch nicht geregelten Bereich handelt, ist nicht einsichtig, warum in solchen Fällen die Formvorschriften des AktG nicht maßgeblich sein sollen. Somit ist m.E. der Ansicht des BGH zu folgen, der auch bei einem Abweichen von dispositivem AktG die Einhaltung der Formvorschriften bei sonstiger Unwirksamkeit der Bezug habenden Beschlüsse verlangt.²⁷⁷

2.5.1.4. Das Verhältnis AktG zu (auf SV basierender) Beschlüssen

Widerspricht ein Beschluss, der ggfs. auf Syndikatsvertrag bzw. auf einem Beschluss des Syndikats basiert, zwingendem oder dispositivem AktG sind die Bestimmungen über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit anzuwenden (dazu unter 2.5.1.7)

2.5.1.5. Das Verhältnis Satzung zu Syndikatsvertrag

In diesem Punkt ist vor allem darauf einzugehen, ob eine Satzungsänderung durch Syndikatsvertrag erreicht werden kann oder nicht.

Satzungsänderung / Gesellschaftsvertragsänderung ist jede Änderung des Textes der Satzung / des Gesellschaftsvertrages, also auch (bloß) stilistische Änderungen des Satzungs-

²⁷⁵ BGH II ZR 227 / 06

²⁷⁶ Nachweise bei Tichy, Syndikatsverträge 64 f unter Diskussion u.a. der Meinung von Habersack, Priester, Satzungsdurchbrechung und Satzungsänderung, ZHR 151, 40ff

²⁷⁷ BGH II ZR 227 / 06

Gesellschaftsvertragstextes.²⁷⁸ Verstößt eine Satzungs- / Gesellschaftsvertragsänderung gegen (zwingendes) Recht, ist sie entweder anfechtbar oder nichtig, wobei hervorzuheben ist, dass durch Satzungsänderung nur solche Bestimmungen beschlossen werden dürfen, die auch in der Gründungssatzung beschlossen werden hätten können (Grundsatz der Satzungsstrenge).²⁷⁹

Abgesehen von im Gesetz eigens geregelten Satzungsänderungen (z.B. Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen) ist für Satzungsänderungen die Zustimmung von $\frac{3}{4}$ des in der HV vertretenen Grundkapitals notwendig, wobei die Satzung auch eine höhere oder niedrigere Mehrheit festsetzen kann. Lediglich Änderungen des Unternehmensgegenstandes müssen mit zumindest $\frac{3}{4}$ der Stimmen des Grundkapitals in der HV beschlossen werden und können nur durch ein höheres Konsensquorum substituiert werden (§146 Abs. 1 AktG). Als Untergrenze für Satzungsänderungen, für die das Gesetz keine abweichenden zwingenden Regeln vorsieht, gilt die einfache Mehrheit nach §113 AktG und die einfache Kapitalmehrheit.²⁸⁰ Wird eine Erschwerung der gesetzlichen Regeln angedacht, sind etwa den Syndikatspartnern keine Grenzen gesetzt und kann daher die Einstimmigkeit sämtlicher oder eines Teils der Aktionäre festgelegt werden.²⁸¹ Änderungen des Gesellschaftsvertrages können auf Grund des eindeutigen Wortlautes nur mit $\frac{3}{4}$ der in der Generalversammlung abgegebenen Stimmen beschlossen werden, da die Vereinbarung einer niedrigeren Mehrheit unzulässig ist.²⁸² Die Untergrenze für die Änderung des Unternehmensgegenstandes (lt. §50 Abs. 3 GmbHG Einstimmigkeit) liegt bei der für die Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlichen $\frac{3}{4}$ Mehrheit.²⁸³ Nach allgemeinen treurechtlichen Grundsätzen kann die Zustimmung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages / der Satzung auch im Klageweg geltend gemacht werden, wenn kein (betriebswirtschaftlich) vernünftiger Grund besteht, gegen die Änderung des Gesellschaftsvertrages zu stimmen.²⁸⁴

Als unzulässig wird von der Rechtsprechung richtigerweise aber die Kompetenz eines Dritten betrachtet, dass seine Zustimmung für eine Satzungs-/Gesellschaftsvertragsänderung notwendig ist.²⁸⁵ Dem ist vollkommen zuzustimmen, da dies die Kompetenz der HV einschränken würde und den Organisationsvorschriften des AktG zuwiderlaufen würde.

278 Kostner, Umfahrer, GmbH 2694

279 Nagele in Jabornegg/Strasser §145 Rz 4

280 Nagele in Jabornegg/Strasser §146 Rz 4

281 Nagele in Jabornegg/Strasser §146 Rz 5

282 OLG Wien 24.11.1993, 6 R 23/93 (NZ 1994, 217)

283 Kostner, Umfahrer, GmbH 275 Rz 51

284 Krejci, Gesellschaftsrecht 131

285 OGH 29.08.1995, 1 Ob 586/94; weiters Nachweise bei: Koppensteiner §49 Rz 9; Umfahrer, Formfragen, ecolex 1996, 99f

Selbst Satzungsregeln, die bei Zustimmung eines Organs eine geringere Beschlussmehrheit vorsehen, sind unzulässig, da die Kompetenz der HV eben nicht (teilweise) übertragen werden kann.²⁸⁶ Jede andere Lösung, also die Kompetenz zur Satzungs-/ Gesellschaftsvertragsänderung auf einen Dritten übertragen zu können, würde bedeuten, dass auch Minderheitsgesellschafter / -aktionäre, die gegen die Kompetenzübertragung gestimmt haben, vom Willen des Dritten abhängig wären. Daher ist die Möglichkeit, die Kompetenz zur Satzungsänderung / Gesellschaftsvertragsänderung auf einen Dritten übertragen zu können, schon aus Erwägungen zum Minderheitenschutz abzulehnen. Folgerichtig kann daher – wie bereits besprochen – auch kein Nichtaktionär oder Nichtgesellschafter Syndikatspartner sein und für oder gegen Satzungsänderungen stimmen.

Soll bei der AG das Verhältnis unterschiedlicher Aktiengattungen geändert werden, ist neben den bereits oben geschilderten Mehrheiten überdies die Zustimmung der betroffenen Aktionäre erforderlich (§146 Abs. 2 AktG). Selbiges gilt, wenn in Sonderrechte einzelner Aktionäre / Gesellschafter eingegriffen werden soll (§10 Abs. 2 AktG / §50 Abs. 4 GmbHG), außer die Satzung / der Gesellschaftsvertrag hat sich einen nachträglichen Eingriff ausdrücklich vorbehalten.²⁸⁷ Sollen Aktionären / Gesellschaftern zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden, ist ebenfalls die Zustimmung der betroffenen Aktionäre einzuholen (§147 AktG unter Bezugnahme auf §50 AktG / §50 Abs. 4 GmbHG).²⁸⁸ Werden demgegenüber Nebenleistungsverpflichtungen aufgehoben, ist die Zustimmung der hievon betroffenen Aktionäre nicht erforderlich.²⁸⁹ Die Ermächtigung des AR, Satzungen ändern zu können, bezieht sich nur auf sprachliche aber keinesfalls inhaltliche Änderungen.²⁹⁰

Die Satzungsänderung wird vom Vorstand zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldet, wobei der Wortlaut der Satzung / des Gesellschaftsvertrages vom Notar beurkundet zu sein hat (§148 Abs. 1 AktG/§49 Abs. 1 GmbHG). Die Satzungsänderung ist erst mit Eintragung im FB wirksam (§148 Abs. 3 AktG / § 51 Abs. 2 GmbHG) und hat somit konstitutive Wirkung.²⁹¹ Diese Formvorschriften müssen m.E. auch – zur Begründung siehe unter 2.5.1.6 – für die Fälle der (punktuellen und zustandsbegründenden) Satzungsdurchbrechung sowie

286 OGH 29.08.1995 1 Ob 586/94 (SZ 68/144)

287 OGH 29.08.1995 1 Ob 586/94 (SZ 68/144)

288 zur Zustimmungspflicht bei Vinkulierung OGH 17. 5. 1967 1 Ob 28/67 (SZ 40/73)

289 Nagele in Jabornegg/Strasser §147 Rz 3 - Zur Frage, was als Nebenleistungsverpflichtung zu verstehen ist, siehe Punkt.2.5.6.

290 OGH 27.09.2001 6 Ob 221/01w

291 OGH 26.1.2006, 6 Ob 184/05 k (wbl 2006, 152)

der faktischen Satzungsänderung, die eigentlich ein Verstoß gegen die Satzung darstellen, bei sonstiger Unwirksamkeit gelten.

2.5.1.6. Das Verhältnis Satzung zu (auf Syndikatsvertrag basierenden) Organbeschlüssen

Sowohl in der Literatur als auch in der Praxis wird häufig die Thematik untersucht, welches Schicksal Beschlüsse ereilt, die im Widerspruch zur Satzung stehen

Satzungsdurchbrechend sind „alle Beschlüsse, mit denen die Gesellschafter für einen Einzelfall eine von der Satzung abweichende Regelung treffen, den Satzungstext aber unangetastet lassen und ihn für die Zukunft weiterhin als verbindlich betrachten wollen“²⁹² Es findet also keine Änderung des Textes der Satzung statt. Unterschieden werden die punktuelle und die zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung. Zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen wirken wie Satzungsänderungen und sind daher unwirksam.²⁹³ Dagegen sollen satzungsdurchbrechende Beschlüsse, die nur punktuelle Wirkung haben, möglich sein.²⁹⁴ Punktuelle satzungsdurchbrechende Beschlüsse unterliegen grundsätzlich der Anfechtung, soweit nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben.²⁹⁵

Nicht verständlich ist die Ansicht mancher Autoren, dass lediglich die fortdauernde Satzungsdurchbrechung zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung im Firmenbuch bedarf²⁹⁶, während die punktuelle Satzungsdurchbrechung anscheinend keiner Eintragung bedarf²⁹⁷. Das Gesetz macht eine derartige Unterscheidung nicht und legt eindeutig fest, dass jede Änderung der Satzung – also auch solche, die nicht als Satzungsänderungen bezeichnet werden – aber materiell eine Abkehr von der Satzung darstellen, der Eintragung ins FB bedürfen (§148 Abs. 3 AktG). Daher ist m.E. davon auszugehen, dass jede Form der Satzungsänderung – gleich ob punktuell oder fortdauernd – zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins FB bedarf.

292 Arnold in Bork, Schäfer §53 Rz 20

293 BGHZ 123, 15, 18 ff = ZIP 1993, 1074; OLG Köln, NJW-RR 1996, 1439, 1440 f; OLG Köln, DB 2000, 2465 f

294 u.a. Priester, Veil in Scholz, GmbHG, §53 Rz.30a; Bayer in Lutter, Hommelhoff-Bayer, GmbHG, § 53 Rz 31.

295 Bayer in Lutter, Hommelhoff, GmbHG, §53 Rz 32.

296 mit Nachweisen: Nagele in Jabornegg/Strasser §145 Rz 12

297 Nachweise – mit (äußerst) kritischer Betrachtung bei: Hüffer, AktG §179 Rz 77

Entspricht ein Beschluss diesen Vorgaben nicht, so kann er unter Umständen in eine schuldrechtliche Nebenabrede umgedeutet werden, mit der sich die Beteiligten außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses verpflichten, sich als Gesellschafter so zu verhalten, dass der vereinbarten Regelung Geltung verschafft wird.²⁹⁸ Im Übrigen können die Gesellschafter die Problematik einer Satzungsdurchbrechung von vornherein vermeiden, indem sie in die Satzung eine sog. Öffnungsklausel aufnehmen, die es den Gesellschaftern erlaubt, durch einen mit einfacher Mehrheit gefassten Beschluss von einer konkret bezeichneten Satzungsregel abzuweichen.²⁹⁹

Ein weiterer Begriff, der einer Erläuterung bedarf ist jener der Satzungsverletzung. Diese liegt dann vor, wenn der Widerspruch zwischen Beschluss und Satzung nicht gewollt ist.³⁰⁰ Satzungsverletzungen sind mangels Anfechtung auch bei Nichteintragung in das FB wirksam.³⁰¹

Unter dem Begriff der „faktischen Satzungsänderung“ werden faktische Verstöße der Organe gegen die Satzung verstanden, wie etwa Handlungen oder Unterlassungen die im Widerspruch zur Satzung stehen.³⁰² Nach richtiger Ansicht sind diese Verstöße nach außen hin als Vertretungshandlungen wirksam.³⁰³ Eine Änderung der Satzung kann durch eine faktische Satzungsänderung nicht eintreten.

Verstöße gegen Bestimmungen des AktG und Verletzungen der Satzung sind grundsätzlich gleich zu behandeln.³⁰⁴ Diese Gleichbehandlung wird in der Literatur unter anderem mit §195 Abs. 1 AktG begründet, wonach ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmung und gegen die Satzung zur Anfechtung berechtigt.³⁰⁵

2.5.1.7. Das Verhältnis Syndikatsvertrag zu (auf SV basierender) Organbeschlüsse

Einleitend ist festzuhalten, dass die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen für die AG und für die GmbH nach Lehre und Rechtsprechung anerkannt ist, obwohl das GmbHG

298BGHZ 123, 15, 20 = ZIP 1993, 1074.

299 BayObLG, NJW-RR 2002, 248, 249;

300 Nagele in Jabornegg/Strasser §145 Rz 13

301 OGH 13. 3. 1991, 3 Ob 601/90 (ecolex 1991, 394)

302 Nagele in Jabornegg/Strasser §145 Rz 14

303 zur Vertretungsmacht siehe insbesondere 3.1.4.9.

304 Gruber in Doralt, Nowotny, Kalss §17 Rz 41

305 Jabornegg in Jabornegg/Strasser §17 Rz 6

keine Nichtigkeitsbestimmungen kennt. Die analoge Anwendung der Grundsätze der Nichtigkeit nach AktG sind daher auf die GmbH zu übertragen,³⁰⁶ obwohl ältere Entscheidungen entgegen der Lehrmeinung nicht immer von einer Nichtigkeit von GmbH Beschlüssen ausgegangen sind.³⁰⁷ M.E. spricht viel dafür, die Regeln über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auch auf die GesbR und damit auch auf Beschlüsse einer Syndikatsversammlung zu übertragen, da die Wertungen, die das AktG trifft, ohne Probleme auf das GesbR Recht anwendbar sind.³⁰⁸ Dies ist insofern von großer Bedeutung, als die Grundsätze des Anfechtbarkeits- und Nichtigkeitsrecht nicht nur auf Beschlüsse sondern auch auf den Syndikatsvertrag als solchen anzuwenden sind.

Nichtigkeit bedeutet das Ausbleiben der gewollten Rechtswirkungen selbst dann, wenn die Feststellung der Nichtigkeit (vgl. etwa § 201 AktG) unterbleibt.³⁰⁹ Das Ausbleiben der Nichtigkeit kann auch nicht durch übereinstimmende Erklärung aller Betroffenen abgewendet werden.³¹⁰ Nichtigkeit besteht nur auf Grund einer Gesetzesverletzung – niemals aber auf Grund eines Verstoßes gegen die Satzung – und nur dann, wenn einer der im Gesetz taxativ genannten Nichtigkeitsgründe vorliegt.³¹¹ Dies bedeutet als Umkehrschluss, dass bei allen fehlerhaften Beschlüssen, die keinen Nichtigkeitsgrund verwirklichen, Anfechtbarkeit anzunehmen ist. Um die Nichtigkeit zu vermeiden, bleibt den Gesellschaftern / Aktionären nur die Fassung eines neuen und nicht nichtigen Beschlusses.³¹² Nichtigkeit eines Beschlusses, die auch durch Einrede geltend gemacht werden kann,³¹³ liegt auch dann vor, wenn dieser an sich zwar nicht nichtig ist, aber auf einem Beschluss basiert, der nichtig ist.³¹⁴

Gemäß § 199 Abs. 1 AktG sind Beschlüsse (nur) aus folgenden Gründen nichtig, nämlich bei Verstoß gegen die §§ 159 Abs. 6 AktG (bedingte Kapitalerhöhung), § 181 Abs. 2 AktG (Herabsetzung des Grundkapitals unter den Mindestnennbetrag), §§ 188 Abs. 3 und 189 Abs. 2 AktG (Kapitalherabsetzung), gegen § 268 Abs. 1 UGB (Feststellung des Jahresabschlusses ohne Pflichtprüfung) und wenn die Hauptversammlung nicht gemäß der Formalitäten des § 105 Abs. 1 und 2 AktG einberufen wurde, es sei denn, dass alle Aktionäre erschienen oder

306 Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228; Koppensteiner, Rüffler §41 Rz 9

307 Nachweise bei Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228,

308 mit einer ähnlichen Begründung für die Übertragbarkeit der aktienrechtlichen Grundsätze auf die GmbH: Koppensteiner, Rüffler §41 Rz 9

309 OGH 19.12.2000, 10Ob32/00d

310 BGHZ 11, 231, 239

311 OGH 30.11.1989, 7 Ob 703/89 (ecolex 1990,152), OGH 10.10.2002 6 Ob 97/02m (SZ 2002/131)

312 Hauser, Bestätigung, ecolex 1990, 477

313 Koppensteiner, Rüffler §41 Rz 18

314 OGH 19.12.2000, 10Ob32/00d ; Harrer, Fehlerhafte Willensbildung, wbl 2000, 60

vertreten sind und ein Beschluss nicht nach §111 Abs. 1, 2 und 4 AktG beurkundet ist. Überdies sind Beschlüsse nichtig, die mit dem Wesen der AG unvereinbar sind oder durch ihren Inhalt Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder dem öffentlichen Interesse dienen oder durch ihren Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen (§199 Abs. 1 AktG).

Die Nichtigkeitsgründe können durch Gesellschaftsvertrag / Satzung nicht eingengt³¹⁵ aber auch nicht erweitert³¹⁶ werden.

Da sich die durch die Verweise im §199 Abs. 1 AktG ergebenden Nichtigkeitsgründe eindeutig und wohl auch zweifelsfrei aus dem Gesetz ergeben, widmet sich die anschließende Diskussion lediglich den Nichtigkeitsgründen „Unvereinbarkeit mit dem Wesen einer AG“, „Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften und des öffentlichen Interesses“ und „Sittenwidrigkeit“.

Mit dem Wesen einer Aktiengesellschaft als unvereinbar werden von der Rechtsprechung Rechtsakte gesehen, die gegen die Trennung von AG / GmbH und der Sphäre der Aktionäre / der Gesellschafter, das Prinzip der Zerlegung des Grundkapitals in Aktien / Geschäftsanteile, die fehlende Haftung der Aktionäre / Gesellschafter, die zwingende Organstruktur bei der AG,³¹⁷ das Prinzip, dass Dividendenausschüttungen nur aus dem Bilanzgewinn erfolgen oder gegen andere gleichwertige Prinzipien, verstoßen.³¹⁸ Strasser vertritt die Ansicht, dass auch die freie Übertragbarkeit von Aktien als Wesensmerkmal einer AG anzuerkennen ist,³¹⁹ was aber insofern unzutreffend ist, als Aktien mit Übertragungsbeschränkungen versehen werden können.³²⁰

Nichtigkeit auf Grund der Verletzung des öffentlichen Interesses oder von Gläubigerinteressen liegt insbesondere dann vor, wenn die AG / GmbH³²¹ nicht personal – und kapitalmäßig ordnungsgemäß aufgestellt ist und deren interne Organisation und Rechenschaft nicht so ausgestaltet ist, dass eine Beteiligung als Aktionär / Gesellschafter

315 Koppensteiner, Rüdfler §41 Rz 7

316 U.a. für Deutschland: LG Frankfurt AG 2005 2005, 892

317 OGH 29.08.1995, 1 Ob 586/94 (SZ 68/144)

318 29.08.1995, 1Ob586/94 (SZ 68/144); Koppensteiner, Rüdfler §41 Rz 15

319 Strasser in Jabornegg/Strasser §199 Rz 8; Die Möglichkeit Aktien / Geschäftsanteile Verfügungsbeschränkungen unterwerfen zu können, wird unter 3.5 erläutert.

320 dazu siehe 3.5

321 Reich – Rohrwig S 392f

möglich (im Sinne von wirtschaftlich vertretbar) ist.³²² Auch eine Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften fällt unter diesen Tatbestand.³²³

Verstöße gegen die guten Sitten sind in den Fällen des §879 ABGB anzunehmen.³²⁴ Die Ausnutzung einer Stimmrechtsüberlegenheit oder die Anwendung widerrechtlichen Drucks soll nach mancher Ansicht nur Anfechtbarkeit, nicht aber Nichtigkeit bewirken.³²⁵

Ist ein Hauptversammlungsbeschluss nach § 199 Abs. 1 Z. 1, 3 oder 4 AktG nichtig, so kann die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluss in das Firmenbuch eingetragen worden ist und seit Eintragung drei Jahre verstrichen sind. Eine Löschung des Beschlusses von Amts wegen im öffentlichen Interesse wegen Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften (§199 Abs. 2 AktG) wird aber durch den Zeitablauf nicht ausgeschlossen (§200 Abs.2 AktG). Diese Grundsätze sind auch auf das GmbH Recht anzuwenden.³²⁶

Anfechtbarkeit bedeutet Vernichtbarkeit und somit ist die Geltendmachung des Anfechtungsgrundes zur Beschlussbeseitigung erforderlich.³²⁷ Ein Anfechtungsgrund bewirkt die Nichtigkeit des Beschlusses ex tunc.³²⁸ Wird der Anfechtungsgrund nicht in der dafür vorgesehenen Frist geltend gemacht, gilt er als geheilt.³²⁹ Die Anfechtungsberechtigung ist allein nach rechtlichen – niemals nach wirtschaftlichen- Kriterien zu beurteilen.³³⁰ Um den Rechtsfolgen der Anfechtung zu entgehen, kann das zur Beschlussfassung berufene Organ, den fehlerhaften Beschluss durch neue fehlerfreie Beschlussfassung heilen.³³¹

Beschlüsse der HV können nach einschlägiger Gesetzesbestimmung u.a. “ wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden (Anfechtungsklage)“ (§195 Abs. 1 AktG / im wesentlich gleichlautend §41 GmbHG). Keinesfalls berechtigt die

322 ähnlich: Strasser in Jabornegg/Strasser §199 Rz 9; zum IKS und Risikomanagement siehe 3.4.

323 BGHZ 15, 391

324 dazu schon unter 2.4.1; ähnliche Argumentation bei Strasser in Jabornegg, Strasser §199 Rz 11

325 Strasser in Jabornegg/Strasser §199 Rz 11; zur gegenteilig vertretenen Ansicht siehe schon u.a. unter 2.4.2.2

326 Reich – Rohrwig 394

327 OGH 19.12.2000, 10Ob32/00d

328 OGH 10.10.2002, 6 Ob 97/02m (SZ 2002/131)

329 OGH 30.11.1989 7 Ob 703/89 (SZ 62/190)

330 AUSL BGH 15.04.1957, IIZR34/56

331 AUSL BGH 27.09.1956, IIZR144/55 (JZ 1957,179) Hauser, Bestätigung, ecolx 1990, 477

Verletzung von Verträgen zur Anfechtung.³³² Für Syndikatsverträge hat sich – zumindest in Deutschland – die Ansicht etabliert, dass wenn sich alle Gesellschafter einer Gesellschaft so gebunden haben, dass die Syndikatsvereinbarung, „als eine solche der Gesellschaft zu behandeln ist“ eine Anfechtung möglich sein soll.³³³ oder auch die in Österreich vorherrschende These, dass eine Anfechtung bei Verletzung der Treuepflicht durch Syndikatsvertrag möglich sein soll.³³⁴ Ein weiterer Anfechtungstatbestand liegt dann vor, wenn durch die Stimmrechtsausübung sich oder einem Dritten vorsätzlich ein gesellschaftsfremder Sondervorteil verschafft werden soll. (§195 Abs. 2 AktG).

Die Anfechtung selbst erfolgt ausschließlich durch Klage (§§ 196, 197 AktG) der im Gesetz genannten klagelegitimierten Personen und kann daher nicht durch Einrede geltend gemacht werden.³³⁵ Die Anfechtungsklage hat – sofern keine einstweilige Verfügung (vgl. § 42 Abs. 4 GmbHG) erlassen wird – keine aufschiebende Wirkung.³³⁶

Anfechtungsbefugt ist jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär / Gesellschafter, der gegen den Beschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, jeder in der Hauptversammlung/Generalversammlung nicht erschienene Aktionär / Gesellschafter, wenn er zu der Hauptversammlung / Generalversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht gehörig einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht gehörig angekündigt worden ist, der Vorstand (als Organ) / der GF sowie jedes Mitglied des Vorstands/der GF und des Aufsichtsrats, wenn sich die Mitglieder des Vorstands / GF und des Aufsichtsrats durch die Ausführung des Beschlusses strafbar oder ersatzpflichtig machen würden. (§196 Abs. 1 AktG / §41 Abs. 2,3 GmbHG). Der soeben genannte Personenkreis, der zur Einbringung der Anfechtungsklage legitimiert ist, sowie die Voraussetzungen für die Sachlegitimation sind nach mancher Ansicht nicht abänderbar,³³⁷ während andere eine Ausdehnung für möglich halten.³³⁸ M.E. ist eine Ausweitung auf einen zur Gesellschaft gehörigen Personenkreis (z.B.: beratender Beirat bei der GmbH) nicht zu befürworten, da dies erstens eine Zuständigkeitsverletzung bedeuten würde und zweitens die „Hoheit“ für die Rechtmäßigkeit der Organbeschlüsse zu sorgen, bei den jeweiligen Organen, die für die Beschlüsse auch tatsächlich verantwortlich sind, verbleiben soll. Ruhen die

332 Zöllner in Kölner Komm, AktG §67

333 BGH NJW 1983, 1910, 1911

334 Dzu bereits unter Punkt 2.3.

335 Strasser in Jabornegg/ Strasser §195 Rz 3

336 Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228

337 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 1

338 Koppensteiner, Rüdfler §41 Rz 3

Mitgliedschaftsrechte eines Aktionärs, ist er auch nicht zur Einbringung einer Anfechtungsklage legitimiert.³³⁹

§196 AktG normiert für die erschienenen Aktionäre als Voraussetzung für die Einbringung der Anfechtungsklage das Erfordernis, dass diese bei der HV / Generalversammlung einen Widerspruch zur Niederschrift erheben, wobei irrelevant ist, ob dieser Widerspruch auch tatsächlich protokolliert wurde.³⁴⁰ Die Verwendung des Wortes „Widerspruch“ ist nicht erforderlich, da letztlich nur entscheidend ist, dass zum Ausdruck kommt, dass ein Aktionär Protest – und zwar ausschließlich bis zum Ende der HV / Generalversammlung³⁴¹ - gegen einen Beschluss der HV / Generalversammlung einlegt.³⁴² Ein Protest vor HV / Generalversammlung soll zulässig sein.³⁴³ Der Protest gegen die Beschlussfassung muss bei Erhebung des Widerspruchs nicht begründet werden.³⁴⁴ Thöni meint, dass in gewissen Fällen (Verletzungen der Treuepflicht, Verfolgung gesellschaftsfremder Vorteile, mangelnde Erkennbarkeit des Beschlussmangels, Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes) das Erfordernis des Widerspruchs entfallen sollte.³⁴⁵ Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, da diese Ausnahmen keine – selbst nicht durch intensivste teleologische Interpretation – Deckung im Gesetz finden und es dem Aktionär / Gesellschafter ja frei steht, (sicherheitshalber) Widerspruch zu erklären und eine genaue Prüfung des Sachverhalts während der Anfechtungsfrist vorzunehmen.

Nicht erschienene Aktionäre sind anfechtungsbefugt, wenn sie zur HV zu Unrecht nicht zugelassen worden sind oder die Versammlung nicht gehörig einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht gehörig angekündigt worden ist (§196 Abs. 1 Z2 AktG)

Der Vorstand ist als Organ anfechtungsberechtigt, wenn die Erhebung der Klage nicht seinen Verpflichtungen aus dem AktG (z.B.: Interessenswahrung der Gesellschaft) widerspricht. Das Anfechtungsrecht des Vorstandes ist in seinem Wesen eine Kontrolle der HV.³⁴⁶ Ob eine Anfechtungsklage eingebracht wird, ist eine Ermessenentscheidung des Vorstandes.³⁴⁷ Die

339 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 2

340 Szep, Aktionärsrechte, ecolex 1998, 35

341 OGH 19. 12. 1967 8 Ob 349/67 (SZ 40/169)

342 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 3

343 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 3

344 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz .3

345 Thöni, Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis, GesRZ 1997, 209

346 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 7

347 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 7

Anfechtungsmöglichkeit des Vorstandes als Kollegialorgan ist nicht analog auf den AR anzuwenden.³⁴⁸

„Anfechtungsgegenstand“ ist der protokollierte Wortlaut des Beschlusses aber auch bei Stimmabgabe allenfalls bestehende Willensmängel.³⁴⁹ Die Klage ist gegen die Gesellschaft gerichtet (exemplarisch: §197 Abs. 2 AktG). Anfechtungsgründe können lediglich dann geltend gemacht werden, wenn der Anfechtungsgrund kausal für das Abstimmungsergebnis ist, während Gründe, welche die sofortige Nichtigkeit nach sich ziehen auch dann wirken, wenn sie auf das Beschlussergebnis keinen Einfluss haben.³⁵⁰ Der Beweis, dass ein Anfechtungsgrund nicht kausal für das Beschlussergebnis war, obliegt nach allgemeinen Grundsätzen dem Anfechtungsgegner.³⁵¹

Die Ausschlussfrist (ein Monat nach Beschlussfassung, wobei der Postlauf mitgezählt wird³⁵²) ist eine Präklusivfrist, da das Gericht nur auf die innerhalb der Klagsfrist geltend gemachten Gründe Bedacht zu nehmen hat.³⁵³ Unterbleibt die Anfechtung, weil etwa die Anfechtungsklage nicht in der gesetzlichen Frist eingebracht wurde, bedeutet dies nicht, dass damit die Anfechtbarkeit für künftige gleich oder ähnlich gelagerte Fälle ausgeschlossen wäre.³⁵⁴ Demgegenüber sind die Nichtigkeit und die Unwirksamkeit vom Gericht von Amts wegen aufzugreifen.³⁵⁵

Nach mancher Ansicht soll eine Anfechtungsbefugnis auch dann nicht erlöschen, wenn der Fehler, der zur Anfechtung berechtigt, ohne Einfluss auf das Beschlussergebnis geblieben ist.³⁵⁶ Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Dies ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Klage ohne Beschwer bzw. Rechtsschutzinteresse nicht zulässig ist. Entsteht der Gesellschaft wegen unberechtigter Anfechtung ein Schaden, ist sie berechtigt, diesen von den klagseinbringenden Aktionären, sofern diesen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit anzulasten ist, zurückzufordern (§§ 198 Abs. 2 AktG / 42 Abs. 7 GmbHG)

348 Strasser in Jabornegg/Strasser §196 Rz 7

349 OGH 17.10.2006, 4Ob101/06s

350 OGH 30.11.1989 7 Ob 703/89 (ecolex 1990,152)

351 Kastner, Doralt, Nowotny 277;

352 Strasser in Jabornegg, Strasser §197 Rz 5

353 OGH 30.11.1989 7 Ob 703/89 (ecolex 1990,152)

354 OGH 20. 9. 1961, 6 Ob 240, 61 (SZ 34,125)

355 Strasser in Jabornegg, Strasser §195 Rz 7

356 Schröckenfuchs, Ruhm, Relevanz oder Kausalität?, wbl 2003, 461

Die Beweislast für das Vorliegen des Anfechtungsgrundes trifft den Kläger, während die Gesellschaft beweispflichtig ist, dass der behauptete Anfechtungsgrund nicht vorliegt.³⁵⁷ Wird der ursprünglich bekämpfte HV Beschluss durch einen neuen „mangelfreien“ Beschluss aufgehoben, fällt der Grund für die ursprüngliche Anfechtungsklage weg.³⁵⁸

Von Unwirksamkeit ist dann auszugehen, wenn der Beschluss anders als bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit fehlerfrei zustande gekommen ist, aber zusätzliche Erfordernisse für die Wirksamkeit noch nicht eingetreten sind.³⁵⁹ Bis zum Eintritt dieser Erfordernisse ist der Beschluss schwebend unwirksam und steht fest, dass diese Erfordernisse nicht eintreten, ist er endgültig unwirksam.³⁶⁰ Eine Anfechtung des Beschlusses kommt erst dann in Betracht, wenn die zusätzlichen Erfordernisse auch tatsächlich eingetreten sind.³⁶¹

Jedenfalls ist aber anzumerken, dass die missbräuchliche Erhebung von Anfechtungsklagen ist und somit zu Schadenersatzforderungen führen kann.³⁶²

2.5.2. Besonderheiten des GmbH Rechts

2.5.2.1. Das Verhältnis GmbHG zu Gesellschaftsvertrag

Im Gegensatz zur AG ist bei der GmbH von der Vertragsfreiheit auszugehen³⁶³, da sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass die Unzulässigkeit der Disposivität erst im Einzelfall zu begründen ist.³⁶⁴ Zwingenden Charakter haben vor allem die Vorschriften des Minderheitenschutzes und die Sicherheit des Rechtsverkehrs,³⁶⁵ worunter wohl öffentliche Interessen, Gläubigerinteressen, Arbeitnehmerschutzinteressen und Interessen die Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt fernzuhalten, zu verstehen sind.³⁶⁶ Besonders unglücklich ist § 4 Abs. 2 GmbHG formuliert, der nach seinem Wortlaut eigentlich

357 OGH 30. 11. 1989, 7 Ob 703/89 (wbl 1990, 118)

358 OGH 28. 1. 1999 7 Ob 703/89 (wbl 1990, 118) Hauser, Bestätigung, eolex 1990, 477; a.A. Strasser in Jabornegg, Strasser §97 Rz 2 der diese Rechtsfolge auf Beschlüsse, denen Inhaltsmängel anhaften nicht anwenden will

359 OGH 19.12.2000, 10Ob32/00d

360 OGH 19.12.2000, 10Ob32/00d

361 Strasser in Jabornegg/Strasser §195 Rz 2

362 BGHZ 107, 296, 311

363 stellvertretend: §2 Rz 18

364 Kalss in Kalss, Rüffler Satzungsgestaltung 13; OGH (SZ 48/133)

365 Kalss in Kalss, Rüffler Satzungsgestaltung 14

366 Reich Rohrwig 2 1/52

den Schluss nahe legt, dass Regelungen, die dem GmbHG widersprechen, nichtig sein sollen (arg. “wirkungslos“). Nach vorherrschender Meinung bringt die Bestimmung des §4 Abs. 2 GmbHG nur zum Ausdruck, dass Nichtigkeit anzunehmen ist, wenn eine vorher stattgefundene Analyse der betreffenden Norm des Gesellschaftsvertrages nur das Urteil der Nichtigkeit zulässt.³⁶⁷

Nach positivrechtlicher Vorschrift ist der zwingende Mindestinhalt der GmbH und somit der zwingende materielle Gesellschaftsvertrag die Firma, der Sitz der Gesellschaft, Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals und der Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage). Fehlt einer der aufgezählten Mindestinhalte, führt dies zur Nichtigkeit und zur amtswegigen Löschung der Gesellschaft.³⁶⁸ Wird lediglich dieser Mindestinhalt vereinbart, sind alle anderen Fragen nach dem GmbHG oder einschlägigen anderen Grundsätzen zu lösen (z.B.: Geschäftsjahr entspricht mangels anderer Abweichung dem Kalenderjahr³⁶⁹). Den Parteien steht es aber auf Grund der (grundsätzlichen) Gestaltungsfreiheit im GmbH Recht frei, Bestimmungen als echt oder unecht auszugestalten,³⁷⁰ sofern nicht der Mindestinhalt betroffen ist.

Folgende gesellschaftsvertragliche Regelungen wurden – abgesehen von den oben angeführten bzw. Wirksamkeitsschranken - von der Rspr. u.a. als unzulässig beurteilt: Die Festlegung von Gewinnbezugsgarantien,³⁷¹ entschädigungsloser Verfall des Geschäftsanteils bei Verletzung des Wettbewerbsverbots,³⁷² Übernahmepflichten im Fall der Kapitalerhöhung³⁷³ sowie der Verzicht auf die Form des Notariatsaktes bei einer Abtretung der Gesellschaftsanteile.³⁷⁴ Konsequenz der Nichtigkeit, ist die Nichtigkeit der betreffenden Bestimmung,³⁷⁵ was aber nach richtiger Ansicht die Eintragung des Gesellschaftsvertrages als Ganzes verhindert.³⁷⁶ Zulässig hingegen sind nach mancher Ansicht insbesondere gleichheitswidrige Bestimmungen,³⁷⁷ was aber auf Grund der vom Autor vertretenen und in

367 u.a. Reich Rohrwig I Rn 1/52, Kastner, Doralt, Nowotny 347 – ausführliche Nachweise bei Koppensteiner, Rüffler §4 Rz 19

368 Koppensteiner, Rüffler §4 Rz 27

369 Reich – Rohrwig I, Rn 1/496 ff, OGH 17.7.1997, 6 Ob 193/97y (wbl 1997, 483)

370 §2 Rz 18

371 OGH 25.10.1978, 1Ob 719/78 (EvBl 1979,55)

372 OGH 9.7.1958 2 Ob 49/58 (JBl 1958, 517)

373 OLG Wien 25.2. 1989, 6R 108/87 (NZ 1989,46)

374 OGH 26.4. 1990, 6 Ob 542/90 (NZ 1990, 279)

375 OGH 11.11.1999, 6 Ob 122/99f (ecolex 2000, 725)

376 zuletzt: OLG Wien 30.10.2002, 28 R 102/02d (NZ 2004, 87)

377 Koppensteiner, Rüffler §4 Rz 19

dieser Arbeit vorgestellten unmittelbaren Wirkung der Grundrechte und der verbreiteten Ansicht, dass §47 a AktG auch für die GmbH anwendbar ist, nicht befürwortet wird.

2.5.2.2. Übertragbarkeit der Grundsätze des AktG auf das GmbHG

Die unter 2.5.1.2.3 bis 2.5.1.7 dargestellten Lehrmeinungen, Judikate und eigene Stellungnahmen lassen sich nicht nur problemlos auf das GmbHG übertragen, sondern stammen auch aus GmbHG spezifischer Literatur und Judikatur, weshalb in Punkt 2.5.3 eine gemeinsame und unterschiedslose Darstellung und Zusammenfassung erfolgt. Da diese Zusammenfassung auf der bereits erwähnten Literatur beruht, wird auf eine nochmalige Zitierung der Quellen verzichtet. Ebenso wird lediglich der eigene Lösungsweg erörtert, da die kontroversen Ansichten in der Literatur und Judikatur bereits dargestellt wurden.

2.5.3. Zusammenfassung sowie Darstellung der Bedeutung der Punkte 2.5.1. –bis 2.5.2. für diese Dissertation- Die direkte und indirekte Wirksamkeit von Syndikatsverträgen

Als Grundsatz der eigenen Überlegungen ist festzuhalten, dass der in der dt. Lehre vertretenen Auffassung, dass die Satzung nur dann vom AktG abweichen darf, wenn es dieses ausdrücklich zulässt, der eindeutige Vorrang gegenüber der großzügigeren und bereits geschilderten Interpretation der hL in Österreich und des OGH gegeben wird. Demgegenüber ist beim GmbHG von der Dispositivität auszugehen, was bei Vorschriften des Minderheitenschutzes und der Sicherheit des Rechtsverkehrs, worunter wohl öffentliche Interessen, Gläubigerinteressen, Arbeitnehmerschutzinteressen und Interessen die Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt fernzuhalten, anzunehmen ist. Verstößt eine Satzung / ein Gesellschaftsvertrag, ein Syndikatsvertrag oder ein (auf Syndikatsvertrag beruhender) Beschluss gegen zwingendes AktG oder GmbHG führt dies zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der jeweiligen Bestimmung bzw. des jeweiligen Beschlusses.

Eine Satzung bzw. ein Gesellschaftsvertrag, die im Widerspruch zu dispositivem Gesellschaftsrecht steht ist hingegen unbedenklich, da der Gesetzgeber – was durch das

Wording mancher aktienrechtlicher Bestimmungen sogar sehr deutlich zum Ausdruck kommt, ein Abweichen der Satzung / des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich gestattet.

Komplexer ist das Verhältnis Syndikatsvertrag bzw. (auf Syndikatsvertrag basierender) Beschlüsse gegen die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag zu beurteilen, wobei die Komplexität auch mit der Vielzahl ein Termini (punktuelle, zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung, faktische Satzungsänderung) zu tun hat, die sich durch die Gemeinsamkeit kennzeichnen, dass Handlungen bzw. Rechtsgeschäfte im Widerspruch zur Satzung / zum Gesellschaftsvertrag vorgenommen werden. M.E. bedarf auch die Abweichung des Syndikatsvertrages und (auf Syndikatsvertrag basierender) Beschlüsse von dispositivem Gesellschaftsrecht aber auch der „Ergänzung“ der Satzung bzw. des Gesellschaftsrechts zur Wirksamkeit der maßgeblichen Formalitäten, also der notariellen Beurkundung, da für jede Änderung der Grundlagendokumente der diesbezügliche gesetzgeberische Wille deutlich zum Ausdruck kommt und der Schutz der Gesellschafter und der Allgemeinheit dies gebietet.

Enthält der Syndikatsvertrag aber nur eine Verpflichtung einen (notariell zu beurkundenden) Beschluss (zukünftig) zu fassen, ist die formlose Abrede m.E. unproblematisch, da diese Abrede wiederum nur zwischen den Syndikatspartnern wirkt und isoliert betrachtet noch keine Satzungs-/ Gesellschaftsänderung darstellt. Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Satzungsänderung kann sich aus der Treuepflicht ergeben, wenn die Satzungsänderung im Interesse der Gesellschaft dringend geboten und dem Gesellschafter zumutbar ist und auch dann, wenn die Satzung der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsehen, dass die Gesellschafter unter bestimmten Umständen zu einer Satzungsänderung verpflichtet sind. Schließlich kann sich eine Pflicht zur Satzungsänderung auch aus schuldrechtlichen Ansprüchen der Gesellschafter ergeben. Diese schuldrechtlichen Absprachen bedürfen nicht der notariellen Beurkundung. Koordinieren Gesellschafter ihr Abstimmungsverhalten in einem Syndikat, so kann im Syndikat über das Abstimmungsverhalten auch bei einer Satzungsänderung für die Beteiligten bindend mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, auch wenn die Entscheidung gesellschaftsrechtlich einer qualifizierten Mehrheit bedarf.

Im Übrigen können die Gesellschafter diesen Problemkreis von vornherein vermeiden, indem sie in die Satzung eine sog. Öffnungsklausel aufnehmen, die es den Gesellschaftern erlaubt, durch einen mit einfacher Mehrheit gefassten Beschluss von einer konkret bezeichneten Satzungsregel abzuweichen.

Möchte man die hier vertretene Meinung dass die Regeln über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auch auf die GesbR und damit auch auf Beschlüsse einer Syndikatsversammlung zu übertragen sind, aufgreifen, hat dies die weitreichende Konsequenz, dass nicht nur (auf Basis von Syndikatsverträgen gefasste) Beschlüsse anfechtbar oder nichtig sind, sondern auch im Syndikat gefasste Beschlüsse, die nicht den Formkriterien für Satzungsänderungen entsprechen. Im Syndikat sind dann nur mehr Beschlüsse, die auf eine Verpflichtung zur Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsänderung gerichtet sind, möglich Alternativ empfiehlt sich jedenfalls die Möglichkeit einer Öffnungsklausel wahrzunehmen. Dies ist m.E.: auch deshalb zulässig, weil sie – sofern notariell beurkundet – eine formgerechte „Ermächtigung“ zur Satzungsänderung enthält.

Diese Dissertation hat das Hauptziel sich mit den Wirksamkeitsschranken von Syndikatsverträgen zu beschäftigen. Wie ausgeführt, bedarf m.E.: die Abweichung / Ergänzung eines Syndikatsvertrages von dispositivem Recht und die Abweichung / Ergänzung von Satzung und Gesellschaftsvertrag – zugegebenermaßen im Widerspruch zur in österreichischen hL - der Einhaltung der im GmbHG bzw. im AktG vorgeschriebenen Formalitäten. Diese Formalitäten sind die notarielle Beurkundung und bei einer Satzungsänderung, worunter m.E. auch eine Ergänzung zu subsumieren ist, da der Bestand der Satzung durch Ergänzung erweitert und somit geändert wird, der Eintragung im FB. (§148 Abs. 3 AktG / § 51 Abs. 2 GmbHG) Da diese Formvorschriften auf Grund der geschilderten Schutzzwecke zwingend sind, bleibt auch kein Raum für ein Abweichen. Daher sind die in dieser Arbeit geschilderten Wirksamkeitsschranken bzw. ist ein „Ausnutzen“ derselben nur unter Beachtung dieser Voraussetzungen oder bei Vorhandensein einer „Öffnungsklausel“ möglich. Nur dann wirkt m.E. ein Syndikatsvertrag direkt.

Indirekte Wirkung, also die Verpflichtung eine Satzungs- bzw. Gesellschaftsänderung herbeizuführen, erlangt der Syndikatsvertrag aber durch die Tatsache, dass durch die – wenn auch nicht formgerecht erzielte – Einigung die Verpflichtung entsteht, eben eine formgerechte Satzungs- oder Gesellschaftsvertragsänderung herbeizuführen.

Unter diesen Prämissen sind auch die Erörterungen in dieser Dissertation zu verstehen, auch wenn nicht jedes Mal auf die einzuhaltenden Formalitäten hingewiesen wird. Dargestellt soll werden, welche Wirksamkeitsschranken bzw. welcher Gestaltungsspielraum für Syndikatspartner besteht. Eine in jedem Unterpunkt dieser Dissertation erfolgende Erörterung,

der in diesem Punkt beschriebenen Prämissen, unterbleibt, da diese Prämissen stets gleich sind.

2.5.4. Der Grundsatz der Gleichbehandlung (§47a AktG)

Obwohl erst durch das EU – GesRÄG 96 normativ verankert, war der Gleichbehandlungsgrundsatz lange vorher ein nicht wegzudenkendes Prinzip im österreichischen³⁷⁸ Gesellschaftsrecht und gilt nach der Rechtsprechung³⁷⁹ auch für die GmbH, obwohl das GmbHG keine dem §47 a AktG vergleichbare Regelung enthält. *Jabornegg / Geist* führen unter Berufung auf die deutsche Lehre aus, dass §47 a AktG nur für den Bereich der AktG nicht aber etwa für Syndikatsverträge gilt.³⁸⁰ Dem ist nicht zuzustimmen, da das Prinzip, der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht – wie gerade ausgeführt - und somit auch bei der GesbR schon seit langem anerkannt ist.³⁸¹ Weiters darf nicht vergessen werden, dass die Vorschrift des §47 a AktG - genauso wie alle anderen in diesem Abschnitt vorgestellten Rechtsvorschriften - für Syndikatspartner zumindest mittelbar von großer Bedeutung ist. Sie zeigen nämlich jene Grenzen auf, die etwa für entsandte Organe im Tagesgeschäft oder auch für die Syndikatsparteien, die im Syndikatsvertrag zukünftige Satzungsinhalte vereinbaren, maßgeblich sind. Daher ist eine analoge Anwendung des §47 a AktG auf das GmbH - und das GesbR - Recht richtigerweise geboten.

Der Grundgedanke der Gleichbehandlung kommt aber auch in anderen unternehmensrechtlichen Rechtsvorschriften zum Ausdruck.³⁸² §47 a AktG besagt, dass Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind (Willkürverbot)³⁸³ und erinnert in seiner Terminologie und Formulierung frappant an Art 7 B-VG. Im Hinblick auf Syndikatsverträge wird die Auffassung vertreten, dass die Gleichbehandlung der Aktionäre / Gesellschafter gleichsam die Grenze für die Stimmrechtsausübung darstellt.³⁸⁴ Anders als Art. 7 B- VG sagt aber §47 a AktG nichts darüber aus, wen die Verpflichtung trifft, die Aktionäre / Gesellschafter gleich zu behandeln. Richtet sich §47 a etwa nur an die Aktiengesellschaft oder aber auch an die Organe und Aktionäre / Gesellschafter (und damit auch an die

378 ähnlich für Deutschland: Westermann in Bürgers, Körper, AktG, §53a Rz 1

379 OGH 06.11.1979, 5 Ob 764/78 (SZ 52/158)

380 *JaborneggGeist* in *Jabornegg/Strasser* §47 a Rz3

381 Dem zustimmend für die gleichlautende Bestimmung des §53a dAktG: BGHZ 116,359,373, aber auch für die GmbH: Zöllner in Baumbach, Hueck GmbHG §13 Rz 31ff

382 Etwa §83 Abs1 BörseG und §3 Z1 ÜbG

383 BGH 120, 141, 150

384 Thöni, Verantwortlichkeit, *ecolex* 1994, 230 ohne aber explizit auf §47a AktG Bezug zu nehmen

Syndikatsvertragspartner)? Die Rechtsprechung hat sich zu §47 a AktG bis dato noch nicht geäußert. Ganz im Gegenteil dazu wurde die Bestimmung von der Lehre bereits - wenn auch nicht im gebotenem Ausmaß - kommentiert.

Als Normadressaten nimmt ein Teil der Lehre alle Organe der Aktiengesellschaft, u.a. auch die Hauptversammlung in die Pflicht, während die Mitgesellschafter offensichtlich nicht erfasst sein sollen.³⁸⁵ Die deutsche Lehre sieht sowohl die Gesellschafter als auch die Gesellschaft als Normadressaten an.³⁸⁶ M.E.. ist es sinnvoller und würde auch dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen, §47 a AktG so zu interpretieren, wie er formuliert ist, nämlich ohne die sich nicht aus dem Gesetz ergebende restriktive Einschränkung: Die Gleichbehandlungspflicht gilt m.M.n. also nicht nur für die Organe der Aktiengesellschaft, sondern auch für die Aktionäre untereinander. Abgesehen davon wäre gerade im Bereich der Syndikatsverträge die Tatsache, dass keine Gleichbehandlungspflicht zwischen den (syndikatsrechtlich verbundenen) Mitaktionären besteht, ein extremer Widerspruch. Wie bereits in diesem Punkt erwähnt, gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz bei allen Gesellschaftsformen, also auch bei der GesbR. Sind nun mehrere / alle Aktionäre syndikatsrechtlich verbunden, die Aktionäre sie einerseits zur Gleichbehandlung verpflichtet (als GesbR Gesellschafter) und andererseits (als Aktionäre) nicht.

Nicht nur nach dem Wortlaut des §47 a AktG, sondern auch nach der Lehre, sind vom Gleichbehandlungsgrundsatz alle Rechte und Pflichten, die den Aktionären eingeräumt werden, vom Prinzip der Gleichbehandlung umfasst.³⁸⁷ Eine teleologische Reduktion scheint aber deshalb geboten zu sein, da es Rechte gibt (z.B.: Auskunftsrecht des Aktionärs /Gesellschafters), die per se einer Ungleichbehandlung zugänglich sein sollten.³⁸⁸ Richtigerweise sollen jene Normen nicht vom Gleichheitsgebot erfasst sein, wo das Gesetz dies ausdrücklich stipuliert oder wo nicht gleiche Voraussetzungen vorliegen. Mit dieser Argumentation orientiert sich die Lehre wiederum an den Grundsätzen die zu Art 7 B-VG entwickelt wurden.³⁸⁹ Als Grenze der Handlungs- und Regelungsfreiheit wird ähnlich dem Art 7 B-VG das Willkürverbot gesehen.³⁹⁰ Willkür wird dabei als sachlich nicht

385 Koppensteiner, Rüffler § 41 Rz 30 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny, Kalss § 47a Rz 8; Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser §47a Rz 3; OLG Celle DB 1974, 525;

386 §13 Rz 17

387 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny, Kalss §47a Rz.9f

388 Schröckenfuchs, Gleichheitsgrundsatz, Jbl 2003, 541

389 näher hiezu: Walter, Mayer, Bundesverfassungsrecht 556 Rz 1341 ff

390 Schröckenfuchs, Gleichheitsgrundsatz, Jbl 2003, 541

gerechtfertigte formale oder materielle Differenzierung gesehen,³⁹¹ wobei als Maßstab die Kapitalbeteiligung anzusehen ist.³⁹² Dies schließt etwa die sachlich nicht gerechtfertigte Gewährung von Sondervorteilen an bestimmte Gesellschafter aus.³⁹³ Liegt ein sachlicher Grund vor, muss diese Ungleichbehandlung geeignet sein, das gewollte Ziel zu erreichen und ein angemessener „Preis“ den Gleichheitsgrundsatz „zurückzudrängen“.³⁹⁴ M.E. kann daher § 47 a AktG nur in jenen Fällen Bedeutung haben, wo das Gesetz selbst keine Ungleichbehandlung anordnet und diese Ungleichbehandlung auch nicht auf unterschiedlichen (faktischen) Voraussetzungen fußt.

Die hL³⁹⁵ und die deutsche Rechtsprechung³⁹⁶ sieht § 47 a AktG zu Recht als zwingendes Recht an, möchte aber einen Verzicht innerhalb der Sittenwidrigkeitsgrenzen zulassen. Für diese Annahme ist jedoch keine (gesetzliche) Grundlage zu erkennen. Wenn schon die Gleichbehandlung als ein leitendes Prinzip des Gesellschaftsrechts (siehe oben) der Parteiendisposition unterworfen sein soll, müssten folgerichtig alle anderen Regeln des Gesellschaftsrechts, die nicht so tief greifende Bedeutung haben, ebenso dem Parteiwillen unterworfen sein. Dies würde aber eine nicht begründbare Abkehr vom Prinzip des zwingenden Charakters des AktG bedeuten. Folgt man aber der in dieser Diskussion vertretenen dargestellten Auffassung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, scheint diese Frage über Umweg des § 7 B-VG bereits entschieden.³⁹⁷

Hauptversammlungsbeschlüsse / Generalversammlungsbeschlüsse, die auf Basis eines Verstoßes gegen § 47 a AktG ergehen, sind nach österreichischer hL, die offensichtlich der deutschen Rechtsprechung und Lehre folgt,³⁹⁸ bloß anfechtbar und nicht nichtig.³⁹⁹ Dies ist unter Beachtung von § 195 AktG⁴⁰⁰ wohl zu befürworten.⁴⁰¹ Weitere Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 47 a AktG ist die Schadenersatzpflicht des Schädigenden, da § 47 a AktG

391 u.a. BGH ZIP 1992, 237 = DB 1992, 622 = GmbHR 1992, 257 = NJW 1992, 892;

392 BGHZ 70, 117, 121; Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser § 47a Rz 5

393 u.a. BGH, BB 1972, 894 = DB 1972, 1575 = GmbHR 1972, 224

394 Westermann in Bär, Körber, AktG, § 53a Rz 6

395 vgl. Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser, § 47 a Rz 2 (anders Doralt, Winner in Doralt, Nowotny Kastner § 47a Rz 13; ebenso Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser, § 47 a Rz 2)

396 BGH, ZIP 1992, 237 = DB 1992, 622 = GmbHR 1992, 257 = NJW 1992, 892, 895

397 siehe dazu oben unter 2.2.

398 exemplarisch: BGHZ 116, 359

399 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny Kalss § 47a Rz 22 – ohne Begründung; Strasser in Jabornegg Strasser § 195, Rz 8

400 zu § 195 AktG siehe 2.5.7.

401 mit einer ähnlichen Begründung für § 53a dAktG BGHZ 116, 359

ein Schutzgesetz i.S.d. §1311 ABGB darstellt.⁴⁰² Anspruchsgegner sind aus Perspektive des geschädigten Aktionärs/Gesellschafters bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen (Schaden, Kausalität und Verschulden) die AG / GmbH oder andere Aktionäre / Gesellschafter.⁴⁰³ Folgt man der hL, wonach ein Verstoß gegen §47 a AktG bloß zur Anfechtung berechtigt, ist die Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen die Erhebung einer Anfechtungsklage.⁴⁰⁴ Dieser Lösungsansatz hat auch für den einzelnen Aktionär den Vorteil nicht auf „unbestimmte Anspruchsgrundlagen“, wie die Treuepflicht zur Verfolgung von Schadenersatzansprüchen oder Beschlussanfechtungen angewiesen zu sein.⁴⁰⁵

Die Bedeutung des § 47 AktG für Syndikatsverträge liegt vor allem darin, dass jede Satzung-/ bzw. Gesellschaftsvertragsbestimmung aber auch jede Syndikatsvertragsklausel darauf untersucht werden muss, ob sie den Anforderungen des §47 AktG untersucht werden muss. Überdies sind gemäß §47 a AktG, der ein tragendes Prinzip des Gesellschaftsvertrages ist, auch alle Parteien unter den Voraussetzungen des §47 AktG im Syndikat gleich zu behandeln. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung, dass nämlich auch Organe der AG an §47 a AktG gebunden sind, hat § 47 a AktG auch eine Bindungswirkung für alle Organe der AG, was nicht nur bei der Ausgestaltung des Syndikatsvertrages von Bedeutung ist (keine Normierung einer unsachlichen Ungleichbehandlung von Aktionären oder Gesellschaftern) sondern auch für das Handeln (z.B: Informationspflichten) der (von einer Syndikatspartei entsandten) Organe gegenüber den Aktionären / Gesellschaftern. Eine Abweichung vom §47 a AktG ist – wie dargestellt und begründet – m.E. nicht möglich.

2.5.5. Haftung für Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft und die Lehre von der Durchgriffshaftung

2.5.5.1. Der Grundsatz der beschränkten Haftung im AktG und GmbHG

402 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny, Kalss § 47a, Rz 22; anders – allerdings ohne wirkliche Begründung aber mit Nachweisen zur in Deutschland geführten Kontroverse - Westermann in Bürgers, Körber, AktG, §53a Rz 12

403 Folgt man einem Teil der Lehre, die nur die AktG als Adressat sehen – siehe oben – kommt nur die Aktiengesellschaft als Anspruchsgegner in Betracht

404 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny, Kalss § 47a Rz 25

405 Doralt, Winner in Doralt, Nowotny, Kalss § 47a Rz 8

Sowohl im AktG als auch im GmbHG ist der Grundsatz anerkannt, dass für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur die Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen haftet,⁴⁰⁶ weshalb ein Durchgriff von Gesellschaftsgläubigern auf das Vermögen von Syndikatspartnern grundsätzlich nicht möglich ist. Dies kommt durch die maßgeblichen Bestimmungen des AktG und des GmbHG zum Ausdruck: §§ 48 AktG, 61 Abs. 2 GmbHG normieren den allgemein bekannten Grundsatz, dass Gläubigern der Gesellschaft (lediglich) das Gesellschaftsvermögen und nicht das Vermögen der Aktionäre /Gesellschafter haftet. Unter Gesellschaftsvermögen werden bei der AG und wohl auch bei der GmbH die Einlagenleistungen der Aktionäre abzüglich der Gründungskosten, zuzüglich der Gewinne und abzüglich der Verluste der Aktiengesellschaft verstanden, weshalb das Gesellschaftsvermögen keine fixe Größe darstellt.⁴⁰⁷ Ähnlich wie von (beinahe) jedem Grundsatz gibt es auch hier Ausnahmen, die dem Gläubiger den Durchgriff auf das Vermögen der Syndikatspartner in ihrer Eigenschaft als Aktionäre / Gesellschafter der kontrollierten Gesellschaft gestatten.

Neben den Ausnahmen, die sich bei entsprechender Vertragsgestaltung aus bürgerlich rechtlichen Rechtsgeschäften ergeben können (Bürgschaft, Schuldübernahme, usw.) bestehen auch gesetzliche Vorschriften, die den Gesellschaftsgläubigern einen zusätzlichen Haftungsfonds einräumen.⁴⁰⁸

Dritte Ausnahme vom §§ 48 AktG, 61 GmbHG – Grundsatz ist das von Judikatur und Lehre entwickelte Prinzip der Durchgriffshaftung. Eine dogmatische Grundlage wurde noch nicht entwickelt, weshalb für die Beurteilung, ob ein „Durchgriffshaftungstatbestand“ vorliegt, eine Analyse der Judikatur und Lehre zu Einzelfällen erforderlich ist.⁴⁰⁹ Soweit ersichtlich, steht in der österreichischen Lehre lediglich *Torggler* einem Haftungsdurchgriff skeptisch gegenüber, kommt aber für die unten angeführten Gruppen zum selben Resultat (Haftung des Gesellschafter), in dem er Tatbestände des ABGB, AktG und GmbHG als Anspruchsgrundlagen gegen den Gesellschafter heranzieht.⁴¹⁰ Die Durchgriffshaftung ist durch die unbeschränkte und auf Rechtswidrigkeit und Verschulden basierende Haftung

406 u.a. OGH 24.03.1992 5 Ob 523/91 (SZ 65/46)

407 Sauerer in Doralt, Nowotny, Kalss, §48 Rz 4

408 §§84 Abs. 5 AktG, 99 AktG – dazu unten; §56 AktG; §101 AktG

409 Nachweise u.a. bei Feil, Durchgriffshaftung, GesRZ 2003, XV

410 Torggler, Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85; ebenso ein Teil der lehre in Deutschland, Nachweise bei Westermann in Bürgers, Körper, AktG, §1 Rz 29f

gekennzeichnet.⁴¹¹ Sie ist allerdings nicht strenger als jene des Geschäftsführers bzw. der Gesellschaft wäre.⁴¹²

Bei einem Haftungsdurchgriff sind die Gesellschaftsgläubiger und nicht die Gesellschaft aktiv legitimiert.⁴¹³ Es darf nicht vergessen werden, dass neben dem Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter / Aktionäre auch die Inanspruchnahme der Gesellschaft in Betracht kommt.⁴¹⁴

2.5.5.2. Durchgriffshaftung bei faktischer Geschäftsführung

Häufig werden bei Syndikaten Angestellte eines Syndikatsmitglieds in die Organe der Aktiengesellschaft entsandt. Die Haftung für Handlungen oder Unterlassungen dieser entsandten Mitglieder, die sie in ihrer Eigenschaft als Organe der kontrollierten Gesellschaft setzen, ergibt sich bereits aus allgemeinen Rechtsvorschriften.⁴¹⁵ Was gilt aber, wenn A als weisungsunterworfener Mitarbeiter des Vorstandes B der Gesellschaft C in die kontrollierte Gesellschaft D als Vorstand entsandt wird und der Vorstand B Herrn A auch in seiner Funktion als Vorstand der kontrollierten Gesellschaft D Weisungen erteilt, obwohl Herr B in seiner Funktion als Vorstand weisungsfrei ist?⁴¹⁶ Diese Konstruktion bietet Vorstand B die Möglichkeit auf Herrn A Druck auszuüben, da dieser ja eben nicht nur Vorstand der kontrollierten Gesellschaft D ist, sondern auch sein Mitarbeiter in der Gesellschaft C. Vorstand B kann somit faktisch die Geschicke der Gesellschaft D lenken ohne selbst Vorstand dieser Gesellschaft zu sein. Er ist, wenn er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, somit faktischer Geschäftsführer.⁴¹⁷ Entscheidend dabei ist aber, dass der faktische Geschäftsführer⁴¹⁸ auch tatsächlich über einen gewissen Zeitraum die Agenden eines GF wahrnimmt.⁴¹⁹ Einzelfallbezogene Weisungen reichen zur faktischen Geschäftsführung nicht aus, es sei denn es liegt der gleich zu diskutierende Fall der Existenzvernichtungshaftung vor.

411 OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b (wbl 2004,255) a.A. Sauerer in Doralt, Nowotny, Kalss, AktG, §48 Rz 19 der Verschuldensunabhängigkeit bejaht

412 BGHZ 119, 257, 261 = ZIP 1992, 1734 = GmbHR 1993, 38; KG, GmbHR 2000, 1265 = NZG 2000, 1032;

413 Koppensteiner, Rüdfler §61 Rz 38; a.A. Reich – Rohrwig 563

414 Feil, Durchgriffshaftung, GesRZ 2003, XV

415 §84 AktG, §99 AktG (für die GmbH: §25 GmbHG), §1311 ABGB – dazu näher Jabornegg in Jabornegg/Strasser§1 Rz 71 und weiter unter 3.1.8 und 3.2.11

416 zur Weisungsproblematik – siehe 3.1.4.2

417 für die GmbH: Reich-Rohrwig, 566f; OGH 12. 4. 2001, 8 Ob A 98/ 00w (RdW 2001, 469)

418 OLG Brandenburg, NZG 2001, 807, 808

419 BGHZ 20, 11; 26, 37

Gemäß §70 AktG ist der Vorstand einer AG – auch gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden - weisungsfrei. Andererseits darf der „faktische Druck“, der gerade in einer Konzern – AG herrschen kann, nicht vergessen werden. Wird etwa ein leitender Angestellter einer Holding zum Vorstand einer Tochter – AG bestellt und ist dieser in seiner Funktion als leitender Angestellter dem Vorstand der Holding gegenüber weisungsgebunden, kann dieser „faktische Druck“ deutlich werden. Selbstverständlich ist er de jure jederzeit berechtigt, die Weisungen des Vorstandes nicht zu befolgen. Trotzdem kann der Vorstand der Holding auf Grund seiner Stellung natürlich faktischen Einfluss auf die Geschicke der Tochter – AG haben. Die Möglichkeit des faktischen Einflusses ist Anknüpfungspunkt, dass in der Literatur auch gegenüber Gesellschaftern, die faktischen Einfluss ausüben, Schadenersatzpflichten bejaht werden (Haftung des faktischen Geschäftsführers).⁴²⁰ Nun ist selbstverständlich nicht gesagt, dass ein Vorstand, der eine Weisung befolgt, die er gar nicht befolgen soll, exkulpiert werden soll. Andererseits scheint es unbillig zu sein, den Vorstand der Holding AG oder den entsendenden Syndikatspartner nicht schadenersatzpflichtig werden zu lassen. Dies deshalb, da die einflussnehmende Holding – repräsentiert durch den faktischen Geschäftsführer - ja (mit-)verantwortlich für das schädigende Verhalten der Tochtergesellschaft ist.⁴²¹ M.E. wäre die zweifellos salomonische und rechtlich richtige Lösung die, wonach sowohl der entsendende Syndikatspartner bzw. das Syndikat, das faktisch die Geschäfte führt, solidarisch mit dem rechtswidrig handelnden Vorstand haftet.

Zu beachten ist, dass wohl nicht nur eine Haftung der Gesellschafter („Durchgriffshaftung“) sondern auch eine des faktischen GF /in analoger Anwendung der für die bestellten GF maßgeblichen Bestimmungen) in Betracht kommt.⁴²² Ob ein Handeln im Außenverhältnis notwendig ist, um als faktischer Geschäftsführer zu gelten, ist umstritten⁴²³ und m.E. zu verneinen. Grund dafür ist, dass sich der tatsächlich lenkende faktische Geschäftsführer / Gesellschafter leicht einer Durchgriffshaftung durch Ausübung faktischen Drucks auf den bestellten GF / Vorstand entziehen könnte, indem er sich einfach des bestellten GF / Vorstandes als „Sprachrohr nach außen“ bedient. Mit dieser „Umgehungshandlung“ wäre das Rechtsinstitut der Haftung wegen faktischer Geschäftsführung ohne viel praktischen Aufwandes leicht umgangen.

420 Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 566f; OGH 14. 7. 1986 1 Ob 571/86 (JBl 1986, 713); Honsell will dies eine Haftung allerdings nur bei Machtmissbrauch anerkennen – siehe Honsell, Bankenhaftung, JBl 1987, 146

421 OGH 19.12.2002, 2 Ob 308/02m (RdW 200, 219)

422 Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer, S. 99 f, 184 f.

423 dafür: BGH, ZIP 2008, 1026, 1027 = GmbHR 2008, 702; BGH, ZIP 2005, 1414, 1415 = GmbHR 2005, 1126; dagegen: Burgard, Garantie- und Verschuldenshaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH, NZG 2002, 606, 608;

Ein weiterer von der Judikatur bejahter Fall, der eng mit der faktischen Geschäftsführung zu tun hat, ist der, dass eine Muttergesellschaft ihre Sorgfaltsverpflichtungen gegenüber Ihrer Tochter missachtet hat, und die Mutter nicht so agiert hat, wie ein (ordnungsgemäßer) Verwalter fremden Vermögens,⁴²⁴ was unter anderem dann anzunehmen ist, wenn die Mutter auf die Tochter keine Rücksicht mehr nimmt und die Selbstständigkeit der Tochter nicht mehr gewahrt ist.⁴²⁵ Damit ist auch für das Handeln der Gesellschafter (und damit auch der Aktionäre) ausgesprochen, dass sie denselben Sorgfaltsmaßstab einzuhalten haben, wie GF / Vorstände.⁴²⁶

2.5.5.3. Existenzvernichtungshaftung

Die Existenzvernichtungskonstruktion als Durchgriffstatbestand hat ihre Ursprünge soweit ersichtlich in der deutschen Literatur bzw. Rechtsprechung⁴²⁷ und ist materiell verwandt mit den Fällen der faktischen Geschäftsführung⁴²⁸. Demnach haftet eine Obergesellschaft dann, wenn sie auf die Angelegenheit der Untergesellschaft „keine angemessene Rücksicht nimmt“, es nicht zu einem Nachteilsausgleich kommt und es der Untergesellschaft auf Grund der Beeinträchtigung nicht mehr möglich ist, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen.⁴²⁹ Dieser Haftungstatbestand ging auf Grund einer Judikaturentwicklung defacto im Durchgriffstatbestand der faktischen Geschäftsführung auf, welcher auch in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung anerkannt ist.⁴³⁰ Derzeit werden vom BGH die Fälle der Existenzvernichtung nicht im Wege des Haftungsdurchgriffs sondern auf deliktische Ansprüche gestützt.⁴³¹

2.5.5.4. Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung

Ein weiterer Fall der Durchgriffshaftung ist die sogenannte Unterkapitalisierung,⁴³² welcher aber bis dato von den deutschen Gerichten⁴³³ – im Gegensatz zur deutschen Lehre⁴³⁴ - eine

424 OGH 19.12.2002, 2 Ob 308/02m (RdW 200, 219)

425 OGH 12.04.2002, 8 Ob A 98 00w(RdA 2002/41)

426 OGH 12.04.2002, 8 Ob A 98 00w(RdA 2002/41)

427 exemplarisch: BGH, ZIP 1985, 1263 = DB 1985, 2341 = GmbHR 1986, 78 = NJW 1986, 188 ff

428 dazu siehe unter 2.5.5.2

429 BGH, ZIP 1993, 589 = DB 1993, 825 = GmbHR 1993, 283 = NJW 1993, 1200

430 dazu siehe 2.5.5.2

431 BGHZ 173, 246 = ZIP 2007, 1552 = BB 2007, 1970 = NJW 2007, 2689 – Trihotel; hierzu Weller, ZIP 2007, 1681ff.

432 Koppensteiner, Rüdfler § 61 Rz 35

Absage erteilt wurde Grund für die skeptische Haltung des BGH ist das Argument, dass im Falle der Unterkapitalisierung keine planwidrige Lücke besteht.⁴³⁵, was natürlich zu dem vor allem aus Gläubigerschutzinteressen abstrusen Ergebnis führt, dass die Gläubiger nicht verpflichtet sind die Gesellschaft entsprechend mit Eigenkapital auszustatten.⁴³⁶ Der BGH und die zitierten Lehrmeinungen stützen eine Haftung aber auf §826 BGB („sittenwidrige vorsätzliche Schädigung der GmbH Gläubiger“), was aber insofern problematisch ist als die Beweisführung – analog zu §1295 Abs. 2 ABGB – wohl schwer zu führen sein wird.

Von Unterkapitalisierung wird dann gesprochen, wenn „ein Missverhältnis zwischen dem langfristigen Kapital einer Unternehmung und der Betriebsgröße oder zwischen dem Eigenkapital und dem Risiko oder zwischen dem Eigenkapital und dem Anlagevermögen besteht“,⁴³⁷ oder das Eigenkapital der Gesellschaft in einem auffallenden Missverhältnis zu den Geschäftsrisiken der Gesellschaft steht⁴³⁸ oder maW. wenn die Gesellschaft aus Insiderperspektive im Verhältnis zu ihrem Geschäftsumfang mit zu wenig Eigenkapital ausgestattet ist und bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem Misserfolg zu Lasten der Gläubiger zu rechnen ist.⁴³⁹ Dieses Missverhältnis muss Insidern klar erkennbar sein und es muss ein Misserfolg zu Lasten der Gläubiger mit hoher, den gewöhnlich Geschäftsverlauf übersteigender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.⁴⁴⁰ Das „richtige Eigenkapital“ wird ermittelt, in dem man die Tätigkeiten der einzelnen Unternehmensbereiche zusammenzählt und daraus folgend den Kapitalbedarf ermittelt.⁴⁴¹

Diese für den Fall der Unterkapitalisierung entwickelten Grundsätze sind insbesondere deshalb einer kritischen Beurteilung zu unterziehen, da das Gesetz keine Mindestkapitalisierung vorschreibt. Überdies steht es jedem Geschäftspartner ja frei, (keine) Rechtsgeschäfte mit Gesellschaften abzuschließen, die über zu wenig Kapital verfügen. Die (Eigen-) Kapitalhöhe ist bei Einsicht im Firmenbuch ebenso leicht zu eruieren, wie die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft, nämlich durch Bilanz- und Cash Flow Analysen. Zeichnen diese kein positives Bild von der Gesellschaft in dem Sinne, dass eine Forderung

433 BGHZ 176, 204, 214 ff = ZIP 2008, 1232, 1234 f = NZG 2008, 547, 549 f – GAMMA.

434 exemplarisch: Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rz. 6; Scholz-Emmerich, GmbHG, § 13 Rz. 94

435 BGHZ 176, 204, 215 = ZIP 2008, 1232, 1234 = NJW 2008, 2437, 2439

436 BGHZ 176, 204, 215 = ZIP 2008, 1232, 1234 = NJW 2008, 2437, 2439

437 Parzer, Unterkapitalisierung und Unterbilanz, VWT 1996 H 2, 11

438 Jabornegg in Jabornegg/Strasser §1 Rz 74

439 Koppensteiner, Rüffler §61 Rz 35;

440 Saurer in Doralt, Nowotny, Kalss §48 Rz 9; ähnlich auch OGH 19.12.2002, 2 Ob 308/02m, RdW 2003, 219

441 Parzer, Unterkapitalisierung und Unterbilanz, VWT 1996 H 2, 11

des Geschäftspartners gegenüber der Gesellschaft auf Grund der geringen Kapitaldecke der Gesellschaft nicht einbringlich sein könnte, ist es eigentlich uneinsichtig, die Aktionäre / Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für eine Entscheidung des Managements der Gesellschaft haften zu lassen. Schließlich hat es das Management des Geschäftspartners zu verantworten, dass trotz zu geringer Kapitalausstattung mit der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde und somit kein Grund für einen Schutz dieses Geschäftspartners besteht. Vertretbar ist m.E. eine Durchgriffshaftung nur in den Fällen, wo etwa auf Grund von Verstößen gegen Buchhaltungsvorschriften eine seriöse Analyse der tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht möglich ist.

2.5.5.5. Durchgriffshaftung bei Sphärenvermischung

Gerade in Konzernen ist ein weiterer Fall der Durchgriffshaftung von Bedeutung, nämlich die Sphärenvermischung, welche dann vorliegt, wenn keine eindeutige buchmäßige Trennung des Gesellschaftsvermögens der Syndikatsparteien einerseits und der kontrollierten Gesellschaft andererseits gegeben ist.⁴⁴² In allen anderen Fällen, wo das Vermögen der AG nicht sorgfältig vom Vermögen der Aktionäre getrennt ist, wird im Regelfall §§ 52 ,56 AktG anwendbar sein.⁴⁴³ Dies kann bereits nach Ansicht des BGH dann der Fall sein, wenn die Buchhaltung der Gesellschaft „unordentlich“ ist.⁴⁴⁴

2.5.5.6. Weitere Fälle des Haftungsdurchgriffs in Rechtsprechung und Lehre

Anerkannt ist in Lehre und Rechtsprechung, dass weitere Fälle des Haftungsdurchgriffs existieren, nämlich der Missbrauch der Organisationsfreiheit⁴⁴⁵ und die vom BGH bereits anerkannte Haftung wegen Eingriffen in das Vermögen oder die Geschäftschancen der GmbH, wenn diese dadurch etwa ihre laufenden Verbindlichkeiten nicht zahlen kann (Existenzvernichtungshaftung),^{446 447}

442 Reich Rohrwig 2 Rz 2/483; OGH 12. 4. 2001, 8 Ob A 98/00w (SZ 74/65)

443 Saurer in Doralt, Nowotny, Kalss §48 Rz 17

444 BGH, ZIP 1993, 589 = DB 1993, 825 = GmbHR 1993,283 = NJW 1993,1200, 1203

445 Honsell, Bankenhaftung, JBl 1987, 146

446 BGHZ, 149, 10; Torggler, Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85

447 Dem BGH folgend: Schopper, Strasser, Existenzvernichtungshaftung, GesRZ 2005, 176

In der Lehre wird überdies eine Haftung des Gesellschafters für Weisungen an den GF, die naturgemäß rechts- und sorgfaltswidrig sein müssen, bejaht.⁴⁴⁸ Besonders im Finanzierungsbereich dann von einer Haftung auszugehen, wenn ein Financier auf Grund einer Vereinbarung Geschäftsanteile des Schuldners übernimmt und die Sanierung der Gesellschaft scheitert.⁴⁴⁹ Des weiteren wird - zumindest in der deutschen Lehre - zum Teil die Gruppe der „Rechtsscheinsfälle“ als Durchgriffstatbestand gesehen. In dieser Gruppe werden Fälle erfasst, wo durch das Weglassen des Zusatzes „GmbH“ der Anschein einer persönlichen Haftung erweckt wird.⁴⁵⁰

2.5.5.7. Die Bedeutung der Durchgriffshaftung für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung

M.E. kann die Bedeutung der Durchgriffshaftung für Syndikatsverträge gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Dies trifft vor allem auf die Fallgruppe der „faktischen Geschäftsführung“ zu.

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass Vorstände und Aufsichtsräte in ihren Funktionen weisungsfrei sind, verbietet sich jeder Eingriff in diesen geschützten weisungsfreien Bereich.⁴⁵¹ Bei der GmbH gilt demgegenüber die Tatsache, dass GF – bis auf einen „Mindestbereich - weisungsunterworfen sind.“⁴⁵² Nimmt aber das Ausmaß der Weisungsunterworfenheit beim GF ein Ausmaß an, bei dem vernünftigerweise nicht mehr von einer Führung der Geschäfte durch den GF gesprochen werden kann, kommt eine Durchgriffshaftung in Betracht.

Aus dem in Punkt 2.5.5 Gesagten ergibt sich m.E. dass jede syndikatsvertragliche Klausel oder jede faktische Handlung zu einer Durchgriffshaftung führen muss, sofern die übrigen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen wie Schaden, Verursachung und Verschulden vorliegen. Ein Handeln im Außenverhältnis – also dass der dahinter stehende faktische Geschäftsführer als solcher auftritt – ist nicht erforderlich, da das Wesen der faktischen Geschäftsführung nicht in der Vertretung nach außen liegt, sondern in der faktischen Lenkung der Geschäfte.

448 Koppensteiner, Haftung des GmbH – Gesellschafters, wbl 1988, 1ff

449 mit Anmerkungen: Honsell, Bankenhaftung, JBl 1987, 146

450 Altmeppen in Roth, Altmeppen, GmbHG §13 Rz 71

451 Dazu noch im Verlauf dieser Arbeit

452 Auch dazu im Verlauf dieser Arbeit

Ebenso empfiehlt sich Syndikatsverträge so zu formulieren und auch dann tatsächlich so zu leben, dass eine Rücksichtnahme der Obergesellschaft / der Syndikatspartner auf die Angelegenheiten der Gesellschaft gewährleistet ist, da zu erwarten ist, dass die in Deutschland entwickelte Judikatur zur Existenzvernichtungshaftung nach Österreich hinüberschwappt.

Aus Perspektive der Syndikatspartner sollte stets – und nicht nur bei Errichtung des Syndikatsvertrages bzw. der Satzung der kontrollierten Gesellschaft – darauf geachtet werden, dass aus Insiderperspektive die kontrollierte Gesellschaft im Verhältnis zu ihrem Geschäftsumfang nicht mit zu wenig Eigenkapital ausgestattet ist und bei normalem Geschäftsverlauf und daher mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem Misserfolg zu Lasten der Gläubiger zu rechnen ist.

2.5.6. Die Hauptpflichten der Aktionäre / Gesellschafter und der Problemkreis der Nebenverpflichtungen sowie der Nachschüsse bei der GmbH

Die Hauptpflicht der Aktionäre / Gesellschafter ist die Leistung der Einlagen (§§ 49 AktG, 6 GmbHG) die bei der AG durch den Ausgabebetrag der Aktien begrenzt ist. Ist in der Satzung keine Pflicht zur Leistung von Sacheinlagen normiert, ist der Ausgabebetrag einzuzahlen (§49 AktG).

Verpflichtungen, gleich welcher Art, einen höheren Betrag zu bezahlen sind nichtig (dazu gleich). Dies gilt auch für sonstige verbandsrechtliche Pflichten und Beschränkungen, wie Übernahme bestimmter Organfunktionen, Verkaufsverbote oder Vorkaufsrechte.⁴⁵³ Freiwillige Leistungen des Aktionärs sind ebenso zulässig,⁴⁵⁴ wie schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Aktionären. Gläubiger der Leistung ist jeweils die AG.⁴⁵⁵

§§ 50 Abs. 1 AktG, 8 GmbHG sehen vor, dass die Satzung/ der Gesellschaftsvertrag Aktionären / Gesellschaftern die Verpflichtung auferlegen kann, neben den Einlagen weitere nicht aber in Geld bestehende wiederkehrende Leistungen zu erbringen. Diese Verpflichtung kann in der Satzung durch Konventionalstrafen abgesichert werden. (§§ 50 AktG, 8 GmbHG). Anders als bei der GmbH kann den Aktionären aber keine Nachschusspflicht aufgebürdet

⁴⁵³ Sauerer in Doralt, Nowotny, Kalss §49 Rz 18

⁴⁵⁴ Sauerer in Doralt, Nowotny, Kalss §49 Rz 21

⁴⁵⁵ Sauerer in Doralt, Nowotny, Kalss §49 Rz 12

werden.⁴⁵⁶ Eine vertragliche Vereinbarung über andere Belastungen oder Zusatzleistungen – wohl auch in Geld – sind allerdings möglich.⁴⁵⁷ Das AktG sieht keine zu beachtende wertmäßige Verhältnismäßigkeit zwischen Haupt- und Nebenleistungen vor.⁴⁵⁸

Nebenleistungspflicht kann alles sein, was gesetzlich zulässig ist, sofern es sich um wiederkehrende Leistungen handelt.⁴⁵⁹ Wiederkehrend ist alles was nicht dauernd oder einmalig ist.⁴⁶⁰

Nebenleistungspflichten müssen nicht notwendigerweise in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag normiert werden. Werden Nebenverpflichtungen nicht in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag vereinbart, ist zu beachten, dass diese nur zwischen den Parteien („inter pares“) des Vertrages wirken.⁴⁶¹ Eine Wirkung gegenüber allen gegenwärtigen und zukünftigen Aktionären („kooperative Wirkung“) kann nur dann erzielt werden, wenn die Nebenverpflichtung in die Satzung / Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird.⁴⁶² Wird eine Nebenleistungsverpflichtung in die Satzung / in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, ist im Zweifel von einem materiellen Satzungsbestandteil auszugehen.⁴⁶³

Äußert sich die Satzung / der Gesellschaftsvertrag nicht zur Frage, ob Entgeltlichkeit bezüglich der Nebenleistungsverpflichtung anzunehmen ist, ist es nach der Literatur strittig, ob im Zweifel Entgeltlichkeit anzunehmen ist oder nicht.⁴⁶⁴ Das AktG und das GmbHG nehmen zu dieser Frage nicht Stellung. M.E. ist im Zweifel Entgeltlichkeit anzunehmen, da ohne anderslautende Regelung nicht davon auszugehen sein wird, dass Leistungen freigiebig erbracht werden.⁴⁶⁵ Belastbar sind bei der AG lediglich vinkulierte Namensaktien und Zwischenscheine.⁴⁶⁶

456 Jabornegg, Geist in Jabornegg/ Strasser §49 Rz2

457 Jabornegg, Geist in Jabornegg/ Strasser §49 Rz1

458 Jabornegg, Geist in Jabornegg/ Strasser §49 Rz1

459 Koppensteiner, Rüdfler §8 Rz 3

460 Westermann in Bürgers, Körber, AktG §55 Rz 6; Hüffer, AktG §55 Rz 4

461 im Ergebnis: Reich Rohrwig 2 1/405

462 Koppensteiner, Rüdfler §8 Rz 2

463 Reich Rohrwig 2 1/407

464 für Entgeltlichkeit: Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §49 Rz5, die den gemeinen Wert der Nebenleistung als Grundlage sehen. Grenze der Höhe der vereinbarten Vergütung soll demnach die Angemessenheit sein: gegen Entgeltlichkeit Kastner, Doralt, Nowotny 202

465 OGH 12.12.1985, 7 Ob 671/85 (EvBl 1986/106)

466 Koppensteiner, Rüdfler GmbHG § 8 Rz 1

Die zu erbringende Leistung muss im Gesellschaftsvertrag / der Satzung genau bestimmt sein.⁴⁶⁷ Als Nebenleistungen können sowohl Handlungen als auch Unterlassungen vereinbart bzw. in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag stipuliert werden.⁴⁶⁸ Nebenverpflichtungen können nur wiederkehrende Handlungen und Unterlassungen sein, die nicht in Geld bestehen.⁴⁶⁹ Auch mittelbar in Geld bestehende Nebenverpflichtungen erlöschen u.a. nicht nur auf Grund von in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag normierten Gründen, sondern auch durch Satzungsänderungen. Das Erlöschen von Nebenverpflichtungen bedarf zur Wirksamkeit der Zustimmung der betroffenen Aktionäre / Gesellschafter.⁴⁷⁰ Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die betroffenen Aktionäre / Gesellschafter für ihre Nebenleistung auch ein Entgelt erhalten. Wird kein Entgelt bezahlt, scheint m.M.n. eine Zustimmung nicht erforderlich zu sein, wenn mit der Aufhebung der Nebenleistungspflicht keine Berechtigung des Aktionärs / Gesellschafters verknüpft ist. Ist mit dem Wegfall der Nebenleistungsverpflichtung keine Verschlechterung der Rechtsposition verbunden – etwa weil der Gesellschafter nun kein Entgelt mehr erhält – ist seine Zustimmung auch nicht mehr erforderlich.⁴⁷¹

Gesetzlich sind weder bei der GmbH noch bei der AG Nachschussverpflichtungen normiert. Eine solche besteht auch nicht, wenn die Gesellschaft Geld benötigt und (auch) von Dritten keines erhält,⁴⁷² doch können Nachschussverpflichtungen bei der GmbH im Gesellschaftsvertrag verankert sein (§72 GmbHG). Zu beachten ist aber jedenfalls, dass zumindest den Mehrheitsgesellschafter die Verantwortung für die Finanzierung bzw. für die Kapitalausstattung der Gesellschaft trifft⁴⁷³ und eine Unterkapitalisierung zur Durchgriffshaftung der Gesellschafter / Syndikatspartner führen kann. Abgesehen davon sollte jedem Gesellschafter gegenwärtig sein, dass die Nachschussverpflichtung – sofern der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung enthält – unbeschränkt ist.⁴⁷⁴ Der Anspruch der Gesellschaft entsteht erst mit dem Bezug habenden Gesellschafterbeschluss.⁴⁷⁵

467 Koppensteiner, Rüffler §8 Rz 7

468 Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §49 Rz7;

469 OLG Innsbruck, 15. 9. 1986, 5 R 281/86 (NZ 1987, 322)

470 in diese Richtung wohl: Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §50 Rz 14; weitere Endigungsgründe: Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §50 Rz 15ff.

471 Hüffer, AktG §180 Rz 3

472 Krejci, Gesellschaftsrecht 176

473 Krejci, Gesellschaftsrecht 175

474 Hueck, Fastrich in Baumbach, Hueck GmbHG §26 Rz 3

475 OLG Frankfurt GmbHR 1992, 665

Fraglich und höchst strittig ist, ob Nachschussverpflichtungen schuldrechtlich – also etwa durch Syndikatsvertrag – entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des §72 Abs. 1 GmbHG begründet werden können.⁴⁷⁶ Enthält also ein Gesellschaftsvertrag keine Regeln zur Frage des Gesellschaftsvertrages, würde durch einen Syndikatsvertrag, der eine Nachschusspflicht normiert, eine Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeigeführt werden. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages ist aber an die Formvorschriften des §51 GmbHG gebunden. Repräsentiert das Syndikat weniger als $\frac{3}{4}$ der Gesellschafter, ist die Zulässigkeit syndikatsvertraglicher Regelungen bereits wegen §50 GmbH zu verneinen. Repräsentiert das Syndikat allerdings $\frac{3}{4}$ oder mehr Geschäftsanteile scheint die Frage, ob eine syndikatsvertragliche Regelung zulässig ist oder nicht m.E. bereits insofern obsolet, als sich eine Verpflichtung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages hin zu einer Nachschusspflicht bereits aus treurechtlichen Gesichtspunkten ergibt. Denn wäre es nicht unstatthaft, einer Nachschusspflicht in einem Syndikatsvertrag zuzustimmen, einer (anschließenden) Änderung des Gesellschaftsvertrages aber nicht? Betrachtet man die Situation allerdings aus einer strengen (formalrechtlichen) Perspektive, ist nach meinem Dafürhalten eine alleinige syndikatsvertragliche Regelung zu wenig um eine Nachschusspflicht zu begründen, da Syndikatsverträge, die auch dispositiven Gesellschaftsrecht widersprechen unzulässig sind.⁴⁷⁷

476 Gegen die Zulässigkeit u.a: 40) Koppensteiner, GmbHG², § 72 Rz 6; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 1, 604 f; Für die Zulässigkeit: Kastner, Doralt, Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts 5, 431 Rz 71, tichy in Doralt, Nowotny, Kalss, AktG § 114 Rz 105

477 Siehe die Ausführungen zu 2.5.1.

3. Teil: AUSGEWÄHLTE VERTRAGSINHALTE

3.1. Geschäftsführer und Vorstände

3.1.1. Bemerkungen zum Verhältnis GF / Vorstand – AR

Einleitend ist anzumerken, dass zu den primären Aufgaben des AR die (ordnungsgemäße) Überwachung der GF / des Vorstandes zählt (vgl. §95 AktG / §30 j GmbHG). Um dieser Überwachungspflicht eingehend nachkommen zu können, hat sowohl das AktG als auch das GmbH an verschiedenen Stellen Informationspflichten des Vorstandes / GF aber auch (jederzeitige) Auskunftsrechte des AR normiert, die in Lehre und Rechtsprechung als Informationspflichten des Vorstandes / GF gelesen werden, da sie beim Auskunftsrecht des AR von einer Bringschuld des Vorstandes /GF ausgehen.⁴⁷⁸ Die Leitungsaufgabe des Vorstandes / GF orientiert sich somit im Verhältnis zum AR an dessen Obliegenheiten.⁴⁷⁹ Daher ist davon auszugehen, dass eine der wesentlichsten Pflichten des Vorstandes /GF jene ist, dem AR in der Art und Weise zuzuarbeiten, dass dieser die ihn obliegenden Pflichten ordnungsgemäß erfüllen kann. Unter diesem Aspekt sind daher auch die nachfolgenden Erläuterungen zum Vorstand / GF zu lesen. Rechtmäßiges und sorgfältiges Arbeiten als Vorstand bedeutet daher, nicht nur „isoliert“ auf den eigenen Bereich, sondern auch auf jenen des AR zu blicken. Dies hat vor allem (aber nicht nur) für den Bereich des Berichtswesens Bedeutung. Diese Verpflichtung ergibt sich auch bereits aus dem allgemeinen und seit den 50er Jahren geltenden Grundsatz, dass jedes Mitglied der GF / des Vorstandes dem AR gegenüber zur „unbedingten Offenheit“ verpflichtet ist.⁴⁸⁰ Der OGH betont sogar in ständiger Rechtsprechung, dass sich die Haftung des AR nach seinem Verhältnis zum Vorstand bestimmt.⁴⁸¹ Dieser (richtige) Grundsatz muss m.M.n. natürlich auch umgekehrt gelten, um ein Funktionieren des „Wechselspiels AR – Vorstand“ zu gewährleisten.⁴⁸² Dieses

⁴⁷⁸ dazu siehe 3.2.7.3.1.

⁴⁷⁹ Gelter, Haberer, Aufsichtsrat, GesRZ 2001, 169

⁴⁸⁰ AUSL BGH 26.03.1956, IIZR 57/55

⁴⁸¹ OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76

⁴⁸² Beispiele für dieses Wechselspiel bei Kastner, Doralt, Nowotny 216ff.

Wechselspiel, drückt sich auch in der gemeinsamen Haftung für bestimmte Sachverhalte aus.⁴⁸³

3.1.2. Bestellung und persönliche Voraussetzungen der Geschäftsführer

3.1.2.1. Dauer der Bestellung eines GF / des Vorstandes

Die Bestellung eines GF / Vorstandes - jede GmbH oder AktG muss zumindest einen GF /Vorstand⁴⁸⁴ haben - erfolgt bei der GmbH durch Gesellschafterbeschluss (§15 Abs. 1 GmbHG) und bei der AG durch den AR (§75 Abs. 1 AktG). Die Eintragung des Vorstandes / GF im Firmenbuch ist bloß deklarativer Natur.⁴⁸⁵

Bei der Bestellung eines Gesellschafters zum GF ist für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses die Bestellung durch Gesellschaftsvertrag möglich (§15 Abs. 1 GmbHG). Eine Pflicht zur Befristung der GF – Bestellung sieht das GmbHG nicht vor. Demgegenüber beschränkt §75 Abs. 1 AktG die Bestellsdauer von Vorständen ausdrücklich auf fünf Jahre, wobei eine nochmalige Bestellung, die der schriftlichen Bestätigung des Vorsitzenden des AR bedarf, zulässig ist.⁴⁸⁶ Wird der Vorstand für einen längeren Zeitraum als 5 Jahre bestellt, ist die Bestellung trotzdem nur für 5 Jahre wirksam.⁴⁸⁷

Fehlt die notwendige Anzahl an GF, ist in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteiligten durch das Gericht bis zur Behebung des Mangels die erforderliche Anzahl zu bestellen (§ 15a GmbHG). Dieselbe Lösung sieht das AktG vor (§76 AktG). Beteiligte sind verbleibende Vorstände / GF,⁴⁸⁸ zurückgetretene und abberufene Vorstände / GF⁴⁸⁹ sowie Gesellschafter⁴⁹⁰ und einzelne Aufsichtsratsmitglieder und der Aufsichtsrat als Kollegialorgan.⁴⁹¹ Nicht geklärt ist, ob Aktionären ein Antragsrecht zukommt, doch wird dies wohl zu bejahen sein, da in

483 beispielhaft: Riegler, Wieser, Frühwarnparameter und Haftungen, ecolex 1997,758 für das URG

484 die Zulässigkeit nur einen Vorstand zu bestellen ergibt sich aus §71 Abs. 2 AktG

485 u.a. OGH 25.01.1978 1 Ob 747/77

486 u.a. OGH 20.09.1977, 3 Ob 546/77 (EvBl 1978/41, 125)

487 OGH 25.5.1999, 1Ob 11/99w (SZ 72/90)

488 Kostner, Umfahrer, GmbH 96 Rz 199

489 OLG Wien, 3.2.1994, 6 R 151/93 (NZ 1994, 263)

490 OGH 30.04.1997, 9 vOb A 78/97d (RdW 1997, 525)

491 Kostner, Umfahrer, GmbH 96 Rz 199

diesem Fall wohl kein substantieller Unterschied hinsichtlich der Interessenslage (Vertretung der Gesellschaft) zwischen Aktionären und Gesellschaftern besteht.⁴⁹²

3.1.2.2. Rechtsnatur der Bestellung und erforderliche Mehrheiten

Die Bestellung ist nach hL ein einseitiges Rechtsgeschäft,⁴⁹³ nach der neueren Rspr. ein zweiseitiger Akt,⁴⁹⁴ wobei die Wirksamkeit der Bestellung jedenfalls erst durch die Annahme des designierten Vorstandes / GF eintritt.⁴⁹⁵ Bei der AG bedarf die Bestellung überdies der schriftlichen Bestätigung des Vorsitzenden des AR, die auf Basis eines Beschlusses des AR erfolgt.⁴⁹⁶

Zur wirksamen Bestellung des GF reicht, sofern der Gesellschaftsvertrag keine andere Mehrheit vorsieht, die einfache Mehrheit der Gesellschafter.⁴⁹⁷ Im AktG sind die Bestellungserfordernisse abweichend geregelt. Demnach bedarf die Bestellung des Vorstandes nach allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen, der Anwesenheit von zumindest zwingend 3 AR – Mitgliedern und der Zustimmung der einfachen Mehrheit der AR Mitglieder,⁴⁹⁸ sofern die Satzung keine anderen Regeln enthält sowie gemäß §110 Abs. 3 Satz 4 ArbVG der Zustimmung der Mehrheit der nach AktG und Satzung zu bestellenden Mitglieder (=Kapitalvertreter). Die grundsätzliche Zulässigkeit der Entsendung und der Normierung von Zustimmungsvorbehalten ist z.T. gesetzlich geregelt (§87 AktG) bzw. wohl ebenso unbestritten⁴⁹⁹, wie auch die Tatsache, dass eine einmalige Ausübung eines Entsendungs-, Nominierungs- oder Zustimmungsrechtes nicht zur Verwirkung desselben führt.⁵⁰⁰

492 wenn auch ohne Begründung, selbes Ergebnis: Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG, §76 Rz 2

493 für viele Kastner, Doralt, Nowotny 219

494 u.a. OGH 14.10.1993, 8 Ob 621/93 (ecolex 1994, 100); Fantur, Zehetner, Beendigung, ecolex, 1997, 846ff, BGH NJW 2003, 351;

495 für viele Kastner, Doralt, Nowotny 219 OGH 14.10.1993, 8 Ob 621/93 (ecolex 1994, 100), Reich – Rohrwig I Rn 2/43

496 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 5, Kastner, Doralt, Nowotny 254f; wohl auch: Reich-Rohrwig, Zusammensetzung von Ausschüssen, wbl 1987, 1ff; Nowotny, Suspendierung und vorzeitige Abberufung, DRdA 1989, 431f.

497 Reich – Rohrwig, I Rn 2/46; Koppensteiner, Rüffler §15 Rz 11

498 analoge Anwendung der für Vorstände geltenden Regeln – vgl. nur Kastner, Doralt, Nowotny 252

499 u.a. Kastner, Doralt, Nowotny 412f; OGH 7.11.1978, 5 Ob 611/78 (GesRZ 1979,81); weitere Erläuterungen: zum Zustimmungsvorbehalt: OGH 16.6.1966, 1 Ob 141/66; Kastner, Doralt, Nowotny, 370; zum Entsendungsrecht: u.a. Koppensteiner §15 Rz 12

500 Reich Rohrwig in Kalss, Rüffler, Sitzungsgestaltung 21 (FN 14)

Steht einem Gesellschafter ein Nominierungsrecht zu, sind die anderen Gesellschafter verpflichtet, für die Bestellung der betreffenden Person zu stimmen, sofern kein wichtiger Grund (§16 GmbHG) dagegen spricht.⁵⁰¹ Werden die soeben dargestellten Sonderrechte von Aktionären / Gesellschaftern (unbegründet) verletzt, ist der Bestellungsbeschluss anfechtbar.⁵⁰²

Von der Bestellung des GF ist die sog. Drittanstellung zu unterscheiden. Dabei wird der GF von der GmbH nicht auf Grund eines Anstellungsvertrages mit der GmbH, sondern auf Grund eines Anstellungsvertrages mit einem Dritten (z.B. einer anderen juristischen Person) tätig.⁵⁰³ Die Drittanstellung ist bei einer GmbH zulässig,⁵⁰⁴ während sie einer AG nur dann möglich sein soll, wenn der Dritte keine Weisungen erteilt, welche die Unabhängigkeit des Vorstandes berühren.⁵⁰⁵ Dieser Auffassung ist m.E. (nur) dann zu folgen, wenn die betreffende Person, die als Vorstand „drittangestellt“ wird, für den Bereich der Vorstandstätigkeit vom Entsprechenden weisungsfrei gestellt wird bzw. keine Weisung erhält.

3.1.2.3. Kompetenz zur Bestellung

Ob die Bestellungskompetenz der Generalversammlung zwingend ist oder etwa die Bestellung von einem anderen Organ oder gar von Dritten vorgenommen werden kann, ist in der Lehre strittig.⁵⁰⁶ M.E. ist von einer zwingenden Kompetenz der Generalversammlung auszugehen, da die Gesellschafter jederzeit in der Hand haben müssen, wer die Geschicke „ihrer“ Gesellschaft leitet. Dies auch deshalb, da Fehlentscheidungen der GF zur Durchgriffshaftung führen können.⁵⁰⁷ Der OGH hat sich zu dieser Frage so weit ersichtlich noch nicht geäußert. Bei der Bestellung durch ein unzuständiges Organ ist von der Unwirksamkeit der Bestellung auszugehen.⁵⁰⁸ AR dürfen auch nicht verpflichtet werden, bestimmte Personen zu Vorständen zu bestellen.⁵⁰⁹

501 Umlauf, Bestellung und Abberufung, NZ 1992, 89

502 Reich – Rohrwig I Rn 2/74

503 Bergmann, Drittanstellung, taxlex 2009, 131

504 OGH 11.9.1991, 9 Ob S 16/91 (HS 22.165); VwGH 17.1.1995, 93/08/0812 (JBl 1995, 741)

505 Bergmann, Drittanstellung, taxlex 2009, 136; zur Weisungsproblematik in der AG siehe 3.1.4.2

506 für die zwingende Kompetenz: u.a. Reich – Rohrwig I, Rn 2/68 Kastner, Doralt, Nowotny, 370; gegen die zwingende Kompetenz: u.a. Koppenscheider, Ruffler §15 Rz 14; Kraus, Kompetenzverteilung, 331ff

507 dazu 2.5.5.

508 Koppenscheider §15 Rz 17, Hüffer, AktG § 84 Rz 5

509 Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG, § 84 Rz 3

Für die AG meint die hL, dass die Bestellung an einen Ausschuss des AR⁵¹⁰ übertragen werden kann, selbst wenn diesem Ausschuss keine Arbeitnehmervertreter angehören.⁵¹¹ Dieser Ansicht kann unter keinen Umständen gefolgt werden⁵¹² und m.M.n. scheint die Begründung dafür sehr eindeutig zu sein. Die Bestellungskompetenz für Ausschüsse ohne Arbeitnehmervertreter zu bejahen widerspricht m.A.n. zwingenden Grundprinzipien des Aktienrechts, da das AktG deutlich von einer Arbeitnehmermitbestimmung. Die Mitwirkung der Arbeitnehmer geht allein schon aus §110 Abs. 3 ArbVG hervor, wonach „die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gleiche Rechte und Pflichten wie nach dem Aktiengesetz 1965 oder der Satzung bestellte Aufsichtsratsmitglieder haben“. Die Vorstandsbestellungskompetenz einem Ausschuss des AR zu übertragen, bedeutet daher schlichtweg das Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer, die in diesem Bestellungsprozess gleichsam durch die von der Belegschaft entsandten AR – Mitglieder vertreten werden, zu umgehen bzw. auszuhebeln.

3.1.2.4. Rechtsverhältnis Vorstand / GF zu AG bzw. GmbH

§75 Abs. 1 AktG unterscheidet zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag und erweckt damit den Eindruck, als wären zwei unterschiedliche und vor allem unabhängige Rechtsfiguren gemeint. Richtigerweise ist die Bestellung ein körperschaftlicher Akt während dem Anstellungsvertrag ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt. Aus der Bestellung ergeben sich vielmehr für den Vorstand eine Reihe von Rechten und Pflichten, die durch den Anstellungsvertrag, welcher streng genommen nicht notwendig ist, lediglich konkretisiert werden.⁵¹³ Damit ergibt sich ein Über- und Unterordnungsverhältnis, dass auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Anstellungsvertrag, die aus der Bestellung fließenden Rechte und Pflichten nicht abändern kann.⁵¹⁴ Wesentlicher Inhalt des Anstellungsvertrages ist die Leistung der Vorstandstätigkeit gegen angemessenes Entgelt (§1152 ABGB), wobei nach mancher Ansicht die Bestimmungen des Dienstvertrages und des ABGB auf den Anstellungsvertrag anwendbar sein sollen.⁵¹⁵ Nach anderer Ansicht handelt es sich beim Anstellungsvertrag um einen freien Dienstvertrag, weshalb das AngG, das AZG, das

510 zu Ausschüssen siehe 3.2.5.

511 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §75 Rz 6, Strasser in Jabornegg/Strasser §§75,76 Rz 15, Kastner, Doralt, Nowotny 254

512 nicht einmal die Übertragung an einen Ausschuss des AR ist zulässig (ohne Begründung): Bürgers, Israel in Bürgers,/Körber, AktG, § 84 Rz 3

513 Krejci, Gesellschaftsrecht 92

514 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 1

515 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 3

UrlaubsG und das IESG nicht anwendbar sein sollen.⁵¹⁶ Je nach Ausgestaltung kann aber (in Sonderfällen) auch ein Werk – oder Auftragsvertrag vorliegen.⁵¹⁷ M.E. nach ist jener Lehr – und Judikaturmeinung der Vorzug zu geben, die den Vorstandsvertrag als freien Dienstvertrag (bzw. Werk – oder Auftragsvertrag) sehen, da bei Vorständen das wesentliche Kriterium für Angestellte wegfällt, nämlich die Weisungsgebundenheit (§ 70 AktG).

Selbiges wird für den GF zu gelten haben. Welche Vertragsregeln konkret anwendbar sind, wird sich u.a. danach richten, ob der GF weisungsfrei gestellt ist oder nicht.⁵¹⁸ Auf Grund der Weisungsbefugnis wird im Regelfall von einer Arbeitnehmereigenschaft – auch beim Gesellschafter Geschäftsführer – auszugehen sein.⁵¹⁹ Der Vorstandsvertrag / Geschäftsführervertrag erlangt erst mit der Bestellung Wirksamkeit.⁵²⁰

3.1.2.5. Qualifikationen des Vorstandes / GF

Das Gesetz selbst schreibt lediglich vor, dass der GF eine physische, handlungsfähige Person sein muss (§15 GmbHG). Zusätzlich legt das AktG fest, dass die Tätigkeit als Vorstand und AR in der Gesellschaft unzulässig ist (§90 AktG).

Weitere Eigenschaften oder Fähigkeiten, die zur Ausübung der Vorstands-/ Geschäftsführertätigkeit notwendig sein sollen, werden in den Gesetzesmaterien allerdings nicht erwähnt. Demgegenüber wird im deutschen GmbHG indirekt eine „Grundfähigkeit“ vorausgesetzt, da gemäß §6 Abs. 5 dGmbHG die Bestellung eines nicht geeigneten GF die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig macht.

Die Eigenschaft als Aktionär steht einer Vorstandsbestellung nicht im Wege,⁵²¹ was auch der Regelung im GmbHG zum Gesellschafter – Geschäftsführer entspricht. Zweifelsfrei wird aber davon auszugehen sein, dass ein Vorstandsmitglied / GF zumindest jene Kenntnisse aufweisen muss, die eine Erreichung der gesetzlich erwähnten Aufgaben gewährleistet. Eine generelle Aussage, welche konkreten Kenntnisse das sein sollen, lässt sich auf Grund der Vielfältigkeit der möglichen Unternehmensgegenstände nicht sagen, doch wird man

516 u.s. Krejci, Gesellschaftsrecht 92f; OGH, 24.4.1996, 9 Ob A 2003/96s (RdW 1997, 417)

517 Fritz, GmbH – Geschäftsführer 92 Rz 255

518 Fritz, GmbH – Geschäftsführer 92 Rz 255

519 Weber – Wilfert, Aktuelle Judikatur, GeS 2003, 298

520 Nowotny in Nowotny, Doralt, Kalss §75 Rz 18

521 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 6

zumindest von langjähriger Branchenerfahrung auszugehen haben. Jedenfalls hat der GF / Vorstand die Kenntnisse mitzubringen, die es ihm erlauben, Daten, die aus dem Rechnungswesen ersichtlich sind eigenständig zu analysieren und die Ursachen von Fehlentwicklung erkennen zu können.⁵²² Dies ergibt sich auch daraus, dass eine Entschuldigung eines Vorstandes /GF, er sei kein Wirtschaftsfachmann unzulässig ist.⁵²³ Hintergrund dieses Grundsatzes ist, dass der Sorgfaltsmaßstab, nach dem das Verhalten des GF / Vorstandes zu messen ist, ein objektiver und kein subjektiver ist.⁵²⁴ Im Gegensatz zu den soeben beschriebenen positiven Voraussetzungen, lassen sich m.E. auch negative Kriterien aufzählen, die eine Bestellung zum Vorstand / GF ausschließen bzw. ausschließbar machen. Darunter werden wohl die Gründe die zum Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund berechtigen würden.

Manche Stimmen gehen davon aus, dass die mangelnde Eignung des Vorstandes / GF sogar die Anfechtbarkeit des Bestellungsbeschlusses nach sich zieht.⁵²⁵ Dem ist m.A.n. zuzustimmen, da die Wahl einer nicht geeigneten Person als Treuepflichtverletzung zu sehen ist.⁵²⁶ Dies kann m.E. wohl nur dann gelten, wenn die in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag normierten Eignungsvoraussetzungen nicht erfüllt werden, da sonst die Möglichkeit bestünde, jede Wahl mit der Begründung der mangelnden Eignung unbegrenzt (und fälschlich) zu blockieren.

Der Satzung / dem Gesellschaftsvertrag selbst ist es jedoch gestattet, Eignungserfordernisse zu nominieren, wobei ein Zuwiderhandeln nicht die Unwirksamkeit der Bestellung, sondern die Verpflichtung zum Widerruf der Bestellung (auch ohne satzungsmäßig bestimmte Erfordernisse) und gegebenenfalls eine Haftung des AR begründet⁵²⁷ und zwar konkret jener AR - Mitglieder, die für eine Bestellung des (ungeeigneten) Vorstandes gestimmt haben.⁵²⁸ Offen ist aber, ob diese Haftungsgrundsätze auch für die GmbH zu gelten haben, wo ja die Generalversammlung den Geschäftsführer bestellt. M.E. scheidet eine Haftung der Gesellschafter nur dann aus, wenn diese den GF einstimmig bestellt haben, während bei bloßer Mehrheitsbestellung nicht ersichtlich ist, warum die überstimmten Gesellschafter nicht

522 Doralt, Nowotny, Kalss §84 Rz 7

523 OGH 10.1.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 36)

524 OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01 k (SZ 2002/26)

525 undifferenziert: Thiele, Vorstand einer Aktiengesellschaft, ecolex Skript 2001/20ff, der aber Eignung nicht mit fachlicher Qualifikation gleichsetzt

526 OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88

527 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz10f

528 Strasser in Jabornegg/Strasser §§77-84, Rz 97

die Möglichkeit haben sollen, von den anderen Gesellschaftern Schadenersatz zu fordern. Diese Lösung ergibt sich m.E. schon aus dem Treuepflichtgedanken, da es nicht zulässig sein kann, einer Minderheit, die ja auch (Minderheits-)anteilseigener ist, einen ungeeigneten Geschäftsführer aufzuzwingen. Abgesehen davon, ist ja die tragende Idee hinter der oben dargestellten AR – Haftung jene, dass derjenige, der eine ungeeignete Person zum Vorstand macht, auch dafür einzustehen hat. Um nichts anderes kann es bei der GmbH gehen. Legt die Satzung / der Gesellschaftsvertrag Eignungserfordernisse fest, müssen diese so gestaltet sein, dass der AR auch tatsächlich eine Auswahl unter mehreren potentiellen Kandidaten hat.⁵²⁹ Selbstverständlich dürfen die Auswahlkriterien nicht nach Religion, Alter und ethnischer Zugehörigkeit differenzieren.⁵³⁰

3.1.3. Widerruf der Geschäftsführerbestellung, Abberufung und Rücktritt der Geschäftsführer

3.1.3.1. Jederzeitiger Widerruf der Bestellung des GF gemäß §16 Abs. 1 GmbHG

Die Bestellung zum GF kann von den Gesellschaftern jederzeit widerrufen werden (§16 Abs. 1 GmbHG). Die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Bestellung ist bei Gesellschafter – Geschäftsführern nicht gegeben, wenn der Widerruf auf wichtige Gründe beschränkt ist oder dem Gesellschafter – Geschäftsführer ein Sonderrecht zur Geschäftsführung eingeräumt wurde. (§16 Abs. 3 GmbHG).

Der Widerrufsbeschluss bedarf mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag der einfachen Mehrheit der Gesellschafter.⁵³¹ Die Normierung einer höheren Mehrheit im Gesellschaftsvertrag ist zulässig.⁵³² Als unzulässig wurden von der Rechtsprechung Regelungen angesehen, die für den Widerruf der Bestellung Einstimmigkeit⁵³³ verlangen, da die Rechtsprechung davon ausgeht, dass dies einem Verzicht auf die Widerrufsmöglichkeit, der ebenfalls unzulässig ist⁵³⁴ gleichkommt. Die Kompetenz die Bestellung zu widerrufen, ist mancher Ansicht nach der Generalversammlung vorbehalten

529 Bürgers, Israel in Bürgers in Körper, AktG, §76 Rz 37

530 Thüsing in Fleischer, Handbuch, §4 Rz 15

531 Koppensteiner, Ruffler §16 Rz 3

532 OGH 7.11.1978, 5 Ob 611/78 (GesRz 1979, 81)

533 OGH 28.05.1935, 2Ob434/35 (SZ 17/91); a.A. Kastner, Doralt, Nowotny 374, Reich – Rohrwig I Rn 2/613

534 OGH 12.11.1992, 6 Ob 28/92; Reich - Rohrwig I Rn 2/01

und kann keinem anderen Organ übertragen werden.⁵³⁵ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Argumentativ wird auf das zur Bestellungskompetenz Gesagte verwiesen.

Eine Bestimmung, welche den jederzeitigen Widerruf (also ohne wichtigen) Grund vorsieht, existiert im AktG nicht. Das Faktum, dass Vorstände im Gegensatz zu GF nur befristet bestellt werden können (siehe oben), schließt m.E. eine analoge Anwendung des §16 Abs. 1 GmbHG aus.

3.1.3.2. Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund (§§16 Abs. 3 GmbHG, 75 Abs. 4 AktG)

Der Widerruf der Bestellung knüpft an das Vorhandensein eines wichtigen Grundes an und ist nur dann möglich, wenn es um den Widerruf eines Gesellschafter – Geschäftsführers (§§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 3 GmbHG) oder um den Widerruf der Bestellung eines nominierten Geschäftsführers geht, die nur wegen eines wichtigen Grundes abberufen werden können.⁵³⁶ Auf ein Verschulden des GF kommt nicht an.⁵³⁷

Für das GmbH – Recht werden als wichtige Gründe alle Angelegenheiten angesehen, „welche die Belange der Gesellschaft gefährden oder ihr die Beibehaltung des Geschäftsführers unzumutbar machen“.⁵³⁸ Dabei ist aber nicht bloß auf seine Geschäftsführertätigkeit hinsichtlich der Gesellschaft, für die er bestellt ist, abzustellen. Auch schlechte Geschäftsführung im Hinblick auf Tochtergesellschaften kann einen wichtigen Grund darstellen.⁵³⁹ Bei der Beurteilung, ob ein Grund als wichtig anzusehen ist, sind alle Umstände des jeweiligen Falles zu untersuchen und zu gewichten.⁵⁴⁰ Darüber hinaus lassen sich keine generellen Aussagen treffen, da sogar der OGH verneint, dass die Frage was ein wichtiger Grund ist, keine erhebliche Rechtsfrage darstellt, „der über die Bedeutung des Einzelfalles hinaus Bedeutung zukäme.“⁵⁴¹ Den Gesellschaftern steht es aber - wenn auch nur beschränkt - frei zu definieren wann ein Grund als „wichtig“ zu gelten hat. Zulässig ist es, Gründe die

535 Reich – Rohrwig I Rn 2/ 608; Kastner, Doralt, Nowotny 374; a.A. Koppensteiner, Rüffler §16 Rz 5 und Altmeppen in Roth, Altmeppen, GmbHG, § 38 Rz 12.

536 Umlauf, Bestellung und Abberufung, NZ 1992, 89

537 Reich – Rohrwig, Gerichtliche Abberufung, JBl 1981, 187

538 Koppensteiner, Rüffler §16 Rz 8 unter Verweis auf die höchstgerichtliche Rechtssprechung – z.B.: OGH 9.11.2006, 6 Ob 190/06 v (GesRZ 2007, 128), BGH, GmbHR 1985, 256, 258 = WM 1985, 567

539 Reich - Rohrwig, Abberufung, 88

540 Koppensteiner, Rüffler §16 Rz 8

541 OGH 17.10.2003, 1 Ob 109/03 s; ebenso BGH DB 2007, 158

objektiv unwichtig sein mögen, als wichtig zu definieren, nicht aber objektiv wichtige Gründe nicht zu berücksichtigen.⁵⁴² Der Verbleib des Vorstandes muss aber unzumutbar sein.⁵⁴³

Von Rechtsprechung und Literatur wurden bis dato (ohne Anspruch auf vollständige Aufzählung) folgende Gründe als „wichtig“ qualifiziert: Unterlassen der Kontrolle gegenüber einem Co – Geschäftsführer trotz dessen offensichtlichen pflichtwidrigen Handelns,⁵⁴⁴ ausreichender Verdacht (nicht Verurteilung wegen) der Begehung einer strafbaren Handlung,⁵⁴⁵ mangelnde Offenheit gegenüber dem AR bzw. mangelndes Vertrauen des AR⁵⁴⁶ oder Belastung der Zusammenarbeit mit wichtigen Geschäftspartnern.⁵⁴⁷

Zum AktG bestimmt §75 Abs. 4 AktG, dass der AR berechtigt (arg.: „kann“⁵⁴⁸) ist, die Bestellung bzw. Ernennung zum Vorstand zu widerrufen,⁵⁴⁹ wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Da es sich um eine Kompetenzregelung handelt, ist der AR -und nur der AR-, der mit Beschluss entscheidet zuständig.⁵⁵⁰

Die im Gesetz genannten Gründe können durch Satzung nicht eingeschränkt wohl aber erweitert werden.⁵⁵¹ Wesentlich ist, dass die im Gesetz genannten Beispiele lediglich demonstrativ sind, weshalb jeder Grund in Betracht kommt, der als „wichtiger Grund“ anzusehen ist.⁵⁵² Der Eintritt des Grundes darf nicht an eine Bedingung geknüpft sein.⁵⁵³

Diese im Gesetz aufgezählten Gründe sind grobe Pflichtverletzung, die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder den Entzug des Vertrauens durch die Hauptversammlung, wobei der Vertrauensentzug nicht auf „offenbar unsachlichen Gründen“ basieren darf.

542 Koppensteiner, Rüffler §16 Rz 9

543 BGH DB 2007, 158

544 OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01 w (RdW 2001/561)

545 Koppensteiner, Rüffler §16 Rz 8

546 OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w (wbl 2000/26)

547 OGH 15.9.2004, 9 Ob 33/04z (RdW 2005, 98)

548 so richtig auch: OGH 18. 5. 1995, 6 Ob 517/95 (wbl 1995, 423)

549 Der OGH (OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639)) sieht den Widerruf richtigerweise als bloß zugangsbedürftige Willenserklärung;

550 OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639); ausgenommen bei gerichtlich bestellten Vorständen, wo das Gericht für den Widerruf zuständig ist (vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 39; ebenso_ OLG Stuttgart AG 2003, 211,212

551 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §75 Rz 21; OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639) a.A. offenbar Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 44

552 OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639)

553 OGH 18. 5. 1995, 6 Ob 517/95 (wbl 1995, 423)

Zu den im Gesetz genannten Gründen ist Folgendes zu sagen: Unter Pflichtverletzung sind „alle das Vorstandsmitglied auf Grund der Bestellung treffenden gesetzlichen (z.B. §§ 70, 77-84 AktG) und im Bestellungsbeschluss zulässig festgelegten sowie im Anstellungsvertrag zulässig vereinbarten Pflichten“ zu verstehen.⁵⁵⁴ Als grobe Pflichtverletzung hat die Rspr. etwa mangelnde Offenheit gegenüber dem AR⁵⁵⁵ oder Pflichtverletzung in einer früheren (!) vergleichbaren Funktion⁵⁵⁶ gewertet. Selbst das Eingehen unangemessen hoher Risiken wurde – sofern der Ruf der Gesellschaft gefährdet ist –⁵⁵⁷ als Widerrufsgrund gesehen. Ebenso ist auch außerberufliches Verhalten geeignet, einen Widerruf zu begründen, solange das außerberufliche Verhalten einen Vertrauensentzug rechtfertigt,⁵⁵⁸ wie insbesondere der Verdacht der Begehung einer strafrechtlich relevanten Tatbegehung.⁵⁵⁹ Gerade im Hinblick auf Punkt 3.4.1. (IKS und Risikomanagement) ist zu beachten, dass auch die Nichtimplementierung eines IKS und Risikomanagement den jederzeitigen Widerruf rechtfertigen kann.⁵⁶⁰ Richtigerweise hat der OGH verneint, dass Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vorstand und dem AR, wie eine Gesellschaft zu führen ist, bzw. welche konkrete Entscheidungsalternative zu wählen ist, den AR zum Widerruf berechtigen.⁵⁶¹ Dies gilt auch, wenn es sich um strategische Fragen bzw. Meinungsverschiedenheiten handelt.⁵⁶² Die Gesellschaft zu leiten und dafür auch die Verantwortung zu übernehmen ist nun einmal zweifelsfrei (§70 Abs. 1 AktG.) Angelegenheit des Vorstandes. Der Widerrufsgrund der „grobe Pflichtverletzung“ setzt nach Ansicht eines Teils der Lehre grobes Verschulden seitens des Vorstandes voraus.⁵⁶³ Dem kann nicht zugestimmt werden. M.E. ist leichte Fahrlässigkeit ausreichend, denn „grob“ bezieht sich nach dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig auf die Pflichtverletzung (also die Rechtswidrigkeit) und nicht auf die Sorgfaltswidrigkeit (Verschulden).

Die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist als habituelle Unfähigkeit (dazu schon oben) zu verstehen, die kein Verschulden voraussetzt.⁵⁶⁴

⁵⁵⁴ Strasser in Jabornegg, Strasser, AktG §§ 75–76 Rz 41

⁵⁵⁵ OGH 25. 5. 1999, 1 Ob 11/99w (wbl 2000/37)

⁵⁵⁶ OGH 25. 5. 1999, 1 Ob 11/99w (wbl 2000/37)

⁵⁵⁷ BGH WM 1956, 865

⁵⁵⁸ Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §75 Rz 21

⁵⁵⁹ BGH WM 1967, 251

⁵⁶⁰ LG Berlin AG 20020, 682, 683f.

⁵⁶¹ OGH 18. 5. 1995, 6 Ob 517/95 (wbl 1995, 423)

⁵⁶² Hüffer, AktG § 84 Rz 28

⁵⁶³ Strasser in Jabornegg, Strasser §§ 75–76 Rz 41

⁵⁶⁴ Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss Rz 22

Als dritten Grund normiert das Gesetz den Entzug des Vertrauens durch die Hauptversammlung, wobei der Vertrauensentzug nicht auf offenbar unsachlichen Gründen basieren darf. Anders etwa als beim Grund der groben Pflichtverletzung können bereits Meinungsverschiedenheiten über die zukünftige Unternehmensplanung einen sachlichen Vertrauensentzug durch die HV rechtfertigen.⁵⁶⁵ Der Grund selbst muss vom AR selbst beim Widerruf nicht angegeben werden, wohl aber im Falle einer Bekämpfung des Widerrufs durch den Vorstand.⁵⁶⁶ Ähnlich wie bei der habituellen Unfähigkeit ist auch bei diesem Grund das Vorliegen eines Verschuldens nicht erforderlich.⁵⁶⁷ Nach Rspr. des OGH ist Unsachlichkeit dann anzunehmen, wenn der Widerruf auf Willkür oder Sittenwidrigkeit beruht oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt, wobei dies insbesondere dann anzunehmen ist, wenn die dem Widerruf zu Grunde liegende Ursache gar nicht vorliegt.⁵⁶⁸ Der Vertrauensentzug durch die HV bewirkt allein noch nicht den Entzug des Vorstandsmandates, sondern ist dafür eine Abberufung des AR notwendig, die in seinem Ermessen steht.⁵⁶⁹ Liegt allerdings ein sachlicher Grund vor, der einer Durchschnittsperson, die genaue Kenntnisse des Aktienrechts hat, nur den Schluss nahe liegen kann, dass die Abberufung die einzig mögliche Sanktion für das Verhalten des Vorstandes darstellen kann, ist m.E. bei Nichtabberufung ein Verstoß des AR gegen §99 AktG anzunehmen. Deshalb ist das Ermessen des AR m.A.n. sehr eingeschränkt und stellt in gravierenden Fällen das Verhalten des Vorstands eine „Abberufungspflicht“ des AR dar, wenn dieser eine eigene Haftung vermeiden will. Dabei ist insbesondere an Fälle zu denken, wo der Vorstand (wiederholt) fahrlässig gegen § 70 AktG verstößt. Verstößt der Vorstand vorsätzlich gegen §70 AktG oder unterrichtet er den AR nicht gesetzeskonform (z.B.: § 95 AktG) oder verwirklicht er sogar eine Straftat, muss der Vorstand m.E. auch bei einmaliger Rechtswidrigkeit abberufen werden. Grund hierfür ist, dass ein solches Verhalten sowohl dem Ansehen der Gesellschaft als auch dem Schutz der Aktionäre und Gläubiger schaden kann.

Die Nominierung eines anderen Grundes als eines wichtigen Grundes ist unzulässig.⁵⁷⁰ Stützt sich der AR beim Widerruf auf einen wichtigen Grund, der nicht den im Gesetz genannten Gründen entspricht, muss beachtet werden, dass dieser Grund von der Schwere her den gesetzlich normierten Gründen entspricht (zu den wichtigen Gründen bereits oben).⁵⁷¹

565 BGH NJW 1975, 1657

566 OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639)

567 OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639)

568 OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k (ecolex 1998, 639)

569 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §75 Rz 23

570 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 44

571 OGH 18. 5. 1995, 6 Ob 517/95 (wbl 1995, 423)

Eine „Aufrechnung“ wichtiger Grund – bisheriger Verdienst kann nicht dazu führen, dass die Bestellung des Vorstandes nicht widerrufen werden kann,⁵⁷² da der Widerruf an das Vorliegen eines wichtigen Grundes und nicht an das Vorliegen eines negativen Saldos anknüpft. M.E. ist ebenso zu verneinen, dass die nur noch kurze Verbleibedauer eines Geschäftsführers für einen Entfall einer Widerrufsmöglichkeit spricht, da ein objektiv wichtiger Grund wohl nicht an die Vertragsdauer des GF mit der Gesellschaft anknüpfen kann.⁵⁷³ Ausgenommen sind hier wohl nur Fälle, wo der Schaden für die Gesellschaft durch die Abberufung (z.B.: „Imageschaden“) wohl größer ist als jener der durch einen kurzfristigen Verbleib in der AG entstehen würde.

Ein Widerrufsgrund liegt jedenfalls nur dann vor, wenn eine Weiterbelassung für die Gesellschaft unzumutbar erscheint.⁵⁷⁴ Ergänzend sind m.E. nach auch jene Fälle zu nennen, wo das Tolerieren des pflichtwidrigen Handelns des Vorstandsmitglieds eine Haftung für den AR begründet, da es für AR ebenfalls unzumutbar ist einen Vorstand im Amt belassen und dadurch eine eigene Haftung riskieren zu müssen.

Das Gesetz selbst verlangt nicht, dass die Geltendmachung des wichtigen Grundes an eine Frist gebunden ist. Trotzdem geht die Rechtsprechung davon aus, dass das Verstreichen eines gewissen Zeitraumes zwischen Erkennen des Grundes und Widerruf, darauf hindeutet, dass der Widerruf aus wichtigem Grund unzulässig ist, da das Behalten des GF offensichtlich (doch) nicht unzumutbar ist.⁵⁷⁵ Andere höchstgerichtliche Entscheidungen stehen dazu im offenen Widerspruch, da das „Nachschieben“ von wichtigen Gründen während des gerichtlichen Verfahrens noch zulässig sein soll.⁵⁷⁶ Manche Literaturstimmen nehmen bei nicht unverzüglicher Geltendmachung den Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit an.⁵⁷⁷ Dieser Ansicht muss m.E. gefolgt werden, da ein Widerrufsgrund ja nicht einerseits „unzumutbar“ sein kann, aber andererseits nicht so gravierend, dass der Widerruf „auf die lange Bank geschoben wird. Daher muss der Widerruf vom AR mit höchster Priorität betrieben werden.

572 so aber Felzl, Zum Begriff des „wichtigen“ Abberufungsgrundes, SWK 2008, W 49, OLG Stuttgart, NJW-RR 1995, 295, 296 = GmbHR 1995, 229.

573 Für die dAG BGH, WM 1962, 811, 812

574 OGH 18. 5. 1995, 6 Ob 517/95 (wbl 1995, 423)

575 OGH 17.10.2003, 1Ob 109/03s (GesRZ 2004,200)

576 OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w

577 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 R45

Bis zur Löschung des GF aus dem FB ist auch eine einstweilige Verfügung zulässig, die ebenfalls im FB eingetragen werden kann.⁵⁷⁸ Die einstweilige Verfügung bedarf eines Antrages des Mehrheitsgesellschafters, der eine Gefährdung des Unternehmens zu bescheinigen hat.⁵⁷⁹ Im Begehren dieser einstweiligen Verfügung wird regelmäßig das Verbot Vertretungshandlungen für die Gesellschaft vorzunehmen, aufzunehmen sein.

3.1.3.3. Gibt es eine Pflicht der Aktionäre / Gesellschafter für den Widerruf zu stimmen?

Bei der Feststellung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, steht dem AR kein Ermessensspielraum zu, wohl aber (eingeschränkt) bei der Beantwortung der Frage, ob bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von der Möglichkeit der Abberufung Gebrauch gemacht wird (zu dieser Fragestellung bereits oben).⁵⁸⁰ Offen ist aber, ob bei der GmbH bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Gesellschafter verpflichtet sind, für den Widerruf der Bestellung zu stimmen. Dies wird dann zu bejahen sein, wenn die Abberufung des GF / Vorstandes im Wohl der GmbH / AG liegt, was auch mit der Treuepflicht begründet wird und klagsweise gegen die anderen Gesellschafter / Aktionäre durchsetzbar sein soll.⁵⁸¹ Ob dieses Prinzip auch bei Publikums – AG gilt ist bis dato nicht untersucht worden, wird aber m.E. ebenfalls unter treurechtlichen Aspekten zu bejahen sein, da insbesondere bei Vorliegen von Gründen, die eine Unterlassungsklage rechtfertigen (insb. Wiederholungsgefahr), sowohl ein Mehr- als auch ein Minderheitsgesellschafter(-aktionär) eher verpflichtet sein wird, einen rechtswidrig handelnden GF / Vorstand abzuberaufen, als diesen zu „schützen“. In der deutschen Rechtsprechung wird sogar, die Ansicht vertreten, dass eine treuwidrig abgegebene Stimme (in concreto: (Nicht-) Abberufung eines Geschäftsführers) nichtig sein soll.⁵⁸²

Bei der Entscheidung hat das nach GmbHG / AktG kompetente Organ aber auch negative Konsequenzen für die Gesellschaft (z.B. „schlechte Presse“) zu berücksichtigen.⁵⁸³ Diesem Organ – möchte es „auf Nummer sicher gehen“ - ist zu empfehlen, die Bestellung des GF / Vorstandes insbesondere bei Verdacht einer strafbaren Handlung zu widerrufen und eine

578 Reich – Rohrwig, Gerichtliche Abberufung, JbI 1981, 187

579 OGH 12.12.1991, 8 OB 633/91 HS 22.170

580 Feitl, Zum Begriff des „wichtigen“ Abberufungsgrundes, SWK 2008, W 49

581 Fantur, Zehetner, Beendigung, eolox, 1997, 846; Fritz, Grundlagen für Geschäftsführer, SWK 2005, W 59; a.A. noch Reich – Rohrwig, Gerichtliche Abberufung, JbI 1981, 187, der auch eine Treuepflicht per se noch verneint hat;

582 BGHZ 102,172,176)

583 Fetl, Zum Begriff des „wichtigen“ Abberufungsgrundes, SWK 2008, W 49

dienstrechtliche Suspendierung (keine Entlassung!) auszusprechen und für den Fall, dass sich der Verdacht nicht erhärtet, den Vorstand / GF wieder zu bestellen und die dienstrechtliche Suspendierung wieder aufzuheben, da damit allfällige Schadenersatzzahlungen der Gesellschaft an den Vorstand / GF vermieden werden können.⁵⁸⁴

3.1.3.4. Welche „Verteidigungsmöglichkeiten“ gibt es gegen den Widerruf?

Das Gesetz normiert, dass der Widerruf solange wirksam ist, bis über die Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden worden ist. Die Anfechtungsklage ist eine Rechtsgestaltungsklage, welche die Unrechtmäßigkeit des Widerrufs behauptet.⁵⁸⁵ Der Vorstand /GF muss beweisen, dass der Widerruf seiner Bestellung auf einem unsachlichen Grund basiert⁵⁸⁶ oder besser ausgedrückt, dass kein wichtiger Grund vorliegt. In weiterer Konsequenz ist der Vorstand /GF mit dem Zeitpunkt des Widerrufs (genauer mit dem Zugang) seiner Vorstandsposition und daher auch der damit im Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten enthoben.⁵⁸⁷ Im Gesetz ist keine Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage angeführt. Trotzdem meint die Lehre, dass die Klage ohne schuldhaftes Zögern bei Gericht einzubringen ist.⁵⁸⁸

Ein formal fehlerhafter Widerruf (Grund liegt vor, aber z.B.: das Konsensquorum im AR wurde nicht erreicht) ist nicht bloß anfechtbar sondern nichtig und daher mit Feststellungsklage bekämpfbar.⁵⁸⁹

3.1.3.5. Der Rücktritt des GF / Vorstandes

§16 a GmbHG unterscheidet zwei Arten des Rücktritts. Einerseits ist der GF berechtigt, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes sofort zurückzutreten und andererseits besteht die Möglichkeit, in Ermangelung eines wichtigen Grundes unter Einhaltung einer 14 Tage Frist zurückzutreten. Obwohl im AktG nicht vorgesehen, ist der Rücktritt nach denselben Grundsätzen auch für einen Vorstand möglich.⁵⁹⁰ Jedenfalls ist davon auszugehen, dass der wichtige Grund dann gegeben ist, wenn ein Grund vorliegt, der die fristlose Kündigung eines

584 Wilhelm, Haftung der AR – Mitglieder für Personalentscheidungen, wbl 1988, 65

585 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 R48

586 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §75 26

587 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz48

588 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 R48

589 Koppensteiner, Rüffler §16 Rz 16 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 75–76 Rz 50

590 OGH 22.2.1994, 6 Ob 3/94 (wbl. 1994, 312)

Arbeitsverhältnisses (§26 AngG) ermöglichen würde.⁵⁹¹ Die Rücktrittserklärung ist eine empfangs- und (selbstverständlich) keine zustimmungsbedürftige Willenserklärung.⁵⁹²

Unterschiedlich wird in der Literatur die Frage beantwortet, welche Auswirkungen es hat, wenn ein GF / Vorstand aus wichtigem Grund zurücktritt und dieser wichtige Grund gar nicht vorliegt. Nach mancher Ansicht ist der unberechtigte Rücktritt aus wichtigem Grund in einen „normalen“ Rücktritt mit 14 – tägiger Frist umzudeuten.⁵⁹³ Es bestehen aber auch Stimmen, die von einer Schadenersatzpflicht des Vorstandes / GF bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes ausgehen.⁵⁹⁴

Das Problem des „unbegründeten und fristlosen Rücktritts“ ist aber wohl nur untergeordneter Bedeutung. Tritt etwa ein Vorstand / GF „unbegründet“ zurück, ohne eine Frist einzuhalten und entsteht der Gesellschaft daraus kein nachweisbarer Schaden, fällt schon aus diesem Grund die Möglichkeit Schadenersatz zu begehren, weg. Entsteht allerdings aus dem „unbegründeten“ und somit rechtswidrigen Rücktritt ein Schaden, ist nicht einzusehen warum bei Vorliegen der sonstigen allgemeinen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen keine Schadenersatzpflicht entstehen soll.

M.E. kann lediglich in Fällen, in denen ein Unternehmen in einer Krisensituation ist, auf Grund der diesbezüglichen Haftung des GF / Vorstandes der Zeitpunkt des Rücktritts von großer Bedeutung sein.⁵⁹⁵

591 Szöky, Geschäftsführerrücktritt, 155

592 Koppensteiner, Rüffler §16 a Rz 4

593 Koppensteiner, Rüffler §16a Rz 4

594 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §75 Rz 28ff mit weiteren Beendigungsgründen

595 Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung, 12

3.1.4. Die Leitungsaufgabe von Vorstand und Geschäftsführer

Die Vorschriften des AktG und des GmbHG hinsichtlich Leitungsaufgaben und -befugnissen von Vorstand und GF sind zum Teil vollkommen konträr, weshalb eine gemeinsame Darstellung nur punktuell erfolgen kann.

3.1.4.1. Eigenverantwortliche Generalkompetenz zur Leitung der AG (§70 Abs. 1 AktG)

§70 Abs. 1 AktG bringt einige Grundsätze für das Handeln von Vorständen zum Ausdruck, ohne einem Vorstand oder AR für den Einzelfall konkrete Leitlinien – geschweige denn Rechtssicherheit – zu geben. Ähnlich wie viele andere Bestimmungen des AktG ist auch diese nicht abänderbar und kann daher von Syndikatspartnern nicht modifiziert werden, da wie der OGH richtigerweise betont, sonst ein anderes Organ als das vom AktG vorgegebene Organ „Vorstand“ geschaffen würde.⁵⁹⁶

Gemäß §70 Abs. 1 AktG hat der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten, wie es das Wohl der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert. §70 Abs. 1 AktG bringt somit die oberste Aufgabe des Vorstandes zum Ausdruck, nämlich die Leitung der Gesellschaft.⁵⁹⁷ Die Leitungspflicht⁵⁹⁸ des Vorstandes / GF erstreckt sich nicht nur auf die von ihm „kontrollierte“ Gesellschaft, sondern auch auf Tochtergesellschaften.⁵⁹⁹ Aus der Systematik des AktG ergibt sich eindeutig, dass dem Vorstand eine Generalkompetenz zur Leitung der AktG zukommt, während etwa dem AR nur in einzelnen ausgewählten Angelegenheiten Vertretungsbefugnis zuerkannt wird.⁶⁰⁰ Eigenverantwortlichkeit ist so zu verstehen, dass der Vorstand für die von ihm getroffenen Entscheidungen haftet, gleichgültig ob sie der AR gebilligt hat oder nicht.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ OGH 16.07.2002 4 Ob 163/02b (SZ 2002/95)

⁵⁹⁷ in die selbe Richtung Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG §70 Rz1

⁵⁹⁸ Fleischer, ZIP 2003,1,3

⁵⁹⁹ Koppensteiner, Rüdfler §25 Rz 10; kritisch und wohl a.A. Götz, ZGR, 1998 524, 526, der bloß eine Koordinierungs- nicht aber eine Leitungspflicht annimmt.

⁶⁰⁰ OGH 05.02.1985, 4 Ob 5/85

⁶⁰¹ Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz10 (zu den genehmigungspflichtigen Geschäften siehe.....)

Unter „Leitung der Gesellschaft“ wird die Geschäftsführungsbefugnis im Innen- und die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis verstanden.⁶⁰² Die Außenvertretungsbefugnis ist unbeschränkt.⁶⁰³ Unter Leitung der Gesellschaft ist aber nicht nur eine Befugnis sondern auch eine Pflicht zu verstehen, da ein pflichtwidriges Unterlassen ebenso haftungsbegründend wirken kann, wie rechtswidriges (aktives) Handeln.⁶⁰⁴ Unter Leitung der Gesellschaft fallen u.a. Verantwortungsbereiche im Zusammenhang mit der Planung, Steuerung, Organisation, dem Finanzwesen sowie mit dem Informationswesen.⁶⁰⁵

Die Leitung der Gesellschaft hat sich an den Gesetzen und der Satzung⁶⁰⁶ und am in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand als oberste Leitlinie zu orientieren.⁶⁰⁷ Der Unternehmensgegenstand ist der Bereich in dem die Gesellschaft wirkt um einen bestimmten Zweck (den Gesellschaftszweck) zu erreichen, wobei ein Unternehmen auch mehrere unterschiedliche Unternehmensgegenstände haben kann.⁶⁰⁸ Bei der Beschreibung des Unternehmensgegenstandes ist aber zu beachten, dass dieser durch die Satzung bzw. bei der GmbH durch den Gesellschaftsvertrag zu konkretisieren ist.⁶⁰⁹ Letztendlich kann festgehalten werden, dass der Unternehmensgegenstand sich immer an den produzierten Waren / Dienstleistungen orientiert.⁶¹⁰ Der Unternehmensgegenstand bleibt immer dann unverändert, wenn das Unternehmen Teilnehmer desselben Marktes bleibt und ggfs. nur bestimmte Produktionsarten geändert werden.⁶¹¹

Neben den oben beschriebenen Schranken der Ermessungsausübung wird m.E. auch zu fordern sein, dass der Vorstand / GF bei Entscheidungen den dauernden Bestand des Unternehmens und damit die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens zu beachten hat und somit eine weitere Schranke der Ermessenausübung gegeben ist.⁶¹² Dies bedeutet aber nicht, dass Aufwendungen, die für die Gesellschaft prima vista nicht mit Vorteilen verbunden sind,

602 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz5

603 OGH 05.02.1985 4 Ob 5/85

604 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz8

⁶⁰⁵ Fleischer, ZIP 2003,1,3

⁶⁰⁶ Bürgers, Körper, AktG §93 Rz 11

607 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz 1

608 Jabornegg in Jabornegg/Strasser §17 Rz13ff; Beispiel: Herstellung unterschiedlicher Produkte: z.B. Auto und Sicherheitsgurt

609 Die Umschreibung des Unternehmensgegenstandes allgemein mit „Handelsgeschäfte aller Art“ oder „Handel mit Waren aller Art“ oder „jegliche gesetzliche kaufmännische Tätigkeit“ reicht nach ständiger Rechtsprechung nicht aus (vgl. etwa. OGH 4. 6. 19696Ob79/69 (EvBl 1970/43 = HS 7472 = JBl 1970, 317 = NZ 1970, 74)

610 so auch Jabornegg in Jabornegg/Strasser §17 Rz17ff

611 Exemplarisch und in diese Richtung gehend: BGHZ 144,290,292f.

612 OLG Hamm, AG 1995, 512, 514; Mertens in Kölner Komm 17 und 22.

wie etwa Spenden, per se unzulässig sind, sofern nicht der dauerhafte Bestand des Unternehmens gefährdet ist.⁶¹³

3.1.4.2. Exkurs: Sonderproblematik von Weisungen in der AG und der GmbH

Ein essentieller Grundsatz in der AG ist die Weisungsfreiheit des Vorstandes gegenüber anderen Gesellschaftsorganen.⁶¹⁴ Dieser Grundsatz ist gerade für Syndikate von immanenter Bedeutung. Wird zum Beispiel ein (leitender) Angestellter des Unternehmens A als Vorstand für das Unternehmen B, das von A kontrolliert wird bestellt, ist sein Vorgesetzter im Unternehmen A folgerichtig nicht weisungsbefugt, was Agenden des Unternehmens B betrifft.⁶¹⁵ Dem Grundsatz der Weisungsfreiheit widersprechende Weisungen oder Satzungsbestimmungen sind nichtig.⁶¹⁶ Die Weisungsungebundenheit des Vorstandes folgt aber bereits daraus, dass kein hierarchisches Verhältnis zwischen Vorstand und AR oder Vorstand und HV besteht.⁶¹⁷

In der Literatur wurde vereinzelt der Versuch unternommen, Klauseln zuzulassen, die den Vorstand eines Konzernunternehmens verpflichten, Vorgaben des Hauptaktionärs bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Als Begründung wurde das Unternehmensinteresse (besser wohl: Konzerninteresse) angeführt.⁶¹⁸

Diese Versuche stehen aber im krassesten Widerspruch zu fundamentalen Prinzipien des Aktienrechts. Zum ersten ist der Vorstand Leitungsorgan einer eigenen juristischen Person, der für sein Tun oder Unterlassen haftet und nicht für Weisungen zur Verantwortung gezogen werden soll, die eine Person erteilt, die für Versäumnisse in der kontrollierten AG (außer vielleicht in Ausnahmefällen) nicht haftbar ist und zweitens ein Konzern keine Rechtspersönlichkeit besitzt und ein eigenes „Konzerninteresse“ bei Unternehmen oft schwierig festzustellen ist, insbesondere dann wenn ein Konzern verschiedene Produkte (Diversifikation) herstellt und auf verschiedenen Märkten operiert. .

613 so beispielsweise auch: Fleischer, AG 2001, 171, 179 ff;

614 für viele: OGH, 05.02.1985, 4 Ob 5/85; a.A. offenbar nur Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §70 Rz 7, der eine Befolgung von Weisungen bejaht, sofern der Weisungsinhalt mit den Zielvorgaben des §70 AktG übereinstimmt;

615 zu dieser Problematik sogleich

616 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz10

617 Bürgers, Israel in Bürgers/Körber, AktG, §76 Rz 2

618 Runggaldier / Schima, Rechtsstellung von Führungskräften 22f.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere eine Stellungnahme von *Reich – Rohrwig*⁶¹⁹ zu erwähnen, die sich speziell mit der Weisungsproblematik im Konzern beschäftigt. *Reich – Rohrwig* betont in dieser Stellungnahme, dass zwar eine generelle Weisungsbefugnis bzw. Weisungserteilung an einen Vorstand einer AG, die sich in einem Konzernverbund befindet unzulässig ist, aber etwa ein Vertrag mit dem eine Holding eine im Konzernverbund befindliche AG mit Vertrag verpflichtet, bestimmte Ziele und Interessen, die jenen des Konzerns entsprechen zu verfolgen bzw. wahrzunehmen, zulässig sein soll, sofern diese Ziele und Interessen (auch) zum Wohle der dem Konzernverbund angehörigen AG sind. Die Verpflichtung der Holding gegenüber der dem Konzernverbund angehörenden AG Rücksicht zu nehmen, soll sich nach mancher Ansicht auch aus der Treuepflicht ergeben.⁶²⁰ Diese Verträge („Beherrschungsverträge“) bewirken zwar keine (generelle) Weisungsunterworfenheit des Vorstandes der AG, „schwören“ diesen aber auf die Konzerninteressen ein, da der Vorstand verpflichtet ist, Verträge, welche die Gesellschaft abgeschlossen hat, auch einzuhalten. Nach selben Grundsätzen sind faktische Abhängigkeiten, die nicht auf einem Vertrag beruhen, zu beurteilen.⁶²¹ Die Ansicht *Reich – Rohrwigs*, dass auch im Konzern kein Weisungsrecht der Obergesellschaft gegenüber dem Vorstand der Untergesellschaft besteht, ist soweit ersichtlich in der Lehre und Rechtsprechung unwidersprochen.⁶²²

Dazu ist m.E. anzumerken, dass Vorstände selbstverständlich verpflichtet sind, Schaden (-ersatzansprüche) soweit wie möglich von der AG fernzuhalten. Daher sind Verträge der AG mit der Obergesellschaft auch einzuhalten, sofern sie (auch) im Interesse der AG sind.⁶²³ Die Ansicht von *Torggler*, wonach sich die Verpflichtung auf die Interessen der Obergesellschaft Rücksicht zu nehmen schon aus der Treuepflicht ergeben soll, geht in Wahrheit in dieselbe Richtung, sofern der Treuepflichtgedanken durch das gemeinsame wirtschaftliche Interesse determiniert wird.⁶²⁴

619 Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft wesungsgebunden?, *ecolex* 1990, 285ff.

620 Torggler, Treuepflichten 284

621 Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft wesungsgebunden?, *ecolex* 1990, 285ff

622 vgl. etwa Reischauer, Weisung und Richtlinie im Konzern, *ÖZW* 1987, 65ff

623 ähnlich wenn auch für die dGmbH formuliert: BGHZ 176, 204, 220 f Tz. 38 = ZIP 2008, 1232 = GmbHR 2008, 805

624 zu diesem eigenen Ansatz siehe bereits unter 2.3.2.

Abgesehen von den genannten Argumenten für eine strikte Weisungsungebundenheit bleibt festzuhalten, dass immer wenn aus strategischen Gründen eine Weisungsabhängigkeit einer Untergesellschaft gewünscht wird, die Rechtsform der GmbH gewählt werden kann.⁶²⁵

Die Situation bei der GmbHG stellt sich gegenüber der AG vollkommen anders dar. Der zweite⁶²⁶ im §20 Abs. 1 GmbHG genannte Fall zur Beschränkung der Geschäftsführerbefugnis (dazu unten) ist jener durch Beschluss (Weisung). Neben den zwingenden GF – Befugnissen⁶²⁷ gibt es keinen Bereich in welchem dem GF keine Weisung durch Beschluss erteilt werden kann.⁶²⁸ Diese Weisungen können einzelfallbezogen oder auf eine Gruppe von Entscheidungen gemünzt sein.⁶²⁹ Strittig ist, ob die Weisungen durch die Gesellschafter in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsvertrag stehen müssen.⁶³⁰ M.E. muss auch die Basis von Weisungen stets der Gesellschaftsvertrag sein, da dieser als Verfassung der Gesellschaft nicht nur den Rahmen für die GF und den AR sondern auch für die Gesellschafter vorgibt, die zueinander in Rechtsbeziehung stehen. Sind Weisungen rechtswidrig, was m.E. auch bei Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag gegeben ist, ist zu unterscheiden ob der Rechtsverstoß Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Weisungsbeschlusses nach sich zieht. Liegt Nichtigkeit vor, wie etwa bei einem Verstoß gegen § 82 GmbHG⁶³¹ oder gegen strafrechtliche Normen,⁶³² ist der GF an den Beschluss nicht gebunden.⁶³³

Kontrovers wird die Frage der Weisungsgebundenheit bei (bloßer) Anfechtbarkeit gesehen. Die Rspr. vertritt - soweit ersichtlich – die Ansicht, dass auch bloße Anfechtbarkeit des Beschlusses die Weisungsungebundenheit der Geschäftsführer nach sich zieht,⁶³⁴ während die Lehre, dann von einer Weisungsgebundenheit ausgeht, wenn die Frist zur Anfechtung gemäß § 41 GmbHG abgelaufen ist.⁶³⁵ M.E. ist der letztgenannten Lehrmeinung zu folgen. Dies schon deshalb, weil der Ablauf der Anfechtungsfrist, die Rechtswirksamkeit der Weisung (des Beschlusses) bedeutet. Kann aber eine nicht angefochtene Weisung haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, ist der GF nicht gebunden, da die höchstgerichtlichen

625 ähnlich: Griehser, Holding, ecolx 2007, 181ff; Fritz, GmbH 19 Rz 25

626 1. Fall: Beschränkung durch Gesellschaftsvertrag (dazu unter 3.1.4.2)

627 dazu unter 3.1.4.9.

628Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, § 37 Rz.4;

629 Koppensteiner, Rüdfler §20 Rz 9

630 dafür: Kraus, Kompetenzverteilung, 331ff ; dagegen: Koppensteiner, Rüdfler §20 Rz 9 allerdings ohne Begründung

631 OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f (wbl 2004/93)

632 OGH 24.3.1988, 6 Ob 515/88 (RdW 1988, 290)

633 OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f (wbl 2004/93); Kastner, Doralt Nowotny 386

634 OGH 22.12.1976, 1 Ob 802/76; (SZ 49,163);

635 exemplarisch: Artmann, offene Fragen, 3ff; für Deutschland: Ebert, Folgepflicht und Haftung des GmbH-Geschäftsführers beim Erhalt und bei der Ausführung von Weisungen, GmbHR 2003, 444, 447;

Entscheidungen⁶³⁶ davon ausgehen, dass die Rechtmäßigkeit der Weisung generell Voraussetzung für die Haftungsfreistellung des GF ist und der Geschäftsführer bei strafrechts- oder zivilrechtswidrigen Weisungen gar nicht gebunden ist.⁶³⁷

Werden dem GF von Organen widersprüchliche Weisungen erteilt, also wird etwa einerseits vom AR eine Zustimmungserklärung zu einem bestimmten Geschäft erteilt und ergeht andererseits eine Weisung der Gesellschafter eben dieses Geschäft zu unterlassen, geht die Weisungsbefugnis der Gesellschafter der Zustimmungskompetenz des AR vor.⁶³⁸ Neben dem AR / der Generalversammlung können aber auch andere Gesellschaftsorgane mit Zustimmungs- oder Weisungskompetenzen betraut werden.⁶³⁹

(Rechtmäßige) Weisungen weisungsbefugter Organe befreien den Geschäftsführer von seiner Haftung.⁶⁴⁰ Strittig ist, ob dies auch auf Weisungen eines Mehrheitsgesellschafters zutrifft.⁶⁴¹ M.E. muss darauf abgestellt werden – sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält – ob der Weisungsbeschluss mit einfacher Mehrheit der Gesellschafter beschlossen wurde und somit erst ein rechtsgültiger Beschluss vorliegt. Ist dies der Fall, entlastet die Weisung, ansonsten nicht.

Es ist stets im Auge zu behalten, dass die Weisung des Gesellschafters nur gegenüber diesem haftungsbefreiend wirkt, während die Haftung gegenüber Dritten unberührt bleibt.⁶⁴² Um die Haftung gegenüber Dritten zu vermeiden bleibt dem GF daher nur eine Schad- und Klaglosvereinbarung mit dem Weisungsgeber abzuschließen.

Die Nichtbeachtung von (rechtmäßigen) Weisungen begründet eine Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft,⁶⁴³ sowie einen (möglichen) Abberufungsgrund.⁶⁴⁴

636 z.B.: OGH 22.10.2003 3 Ob 287/02f (SZ 2003/133)

637 OGH 07.05.1979 Bkd 5/79 ; OGH 22.10.2003, § Ob 297/02 f. (wbl 2004, 93)

638 Koppensteiner, Rüffler §20 Rz 13

639 Reich – Rohrwig I Rn 4/506; OLG Wien 27.9.1982, 5R106/82

640 u.a. OGH 29.3.1990, 6 Ob 704/89, ecolex 1990, 419

641 dafür: Schima, GmbH Geschäftsführer, 100ff dagegen: Koppensteiner, Rüffler §25 Rz 15

642 Fritz, GmbH – Geschäftsführer, 269 Rz 759 dazu siehe unter 3.1.8.3

643 Fleischer, Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsführern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 2009, 1204

644 OLG München, DB 2009, 1231, 1232 f.

3.1.4.3. Wohl des Unternehmens, Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses

Im Zusammengang mit den im §70 Abs. 1 AktG genannten Leitlinien stellen sich vor allem zwei Fragen: Was bedeutet „Wohl des Unternehmens“, „Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“ und stehen diese Termini in einem Über bzw. Unterordnungsverhältnis? Gerade die zweite Frage ist in der Praxis von großer Bedeutung, da mögliche Entscheidungsalternativen die in §70 Abs. 1 AktG normierten Leitlinien oft unterschiedlich berücksichtigen. Bevor diese Fragen untersucht werden, ist zu erwähnen, dass insbesondere Gläubiger als „Interessensträger“ der Gesellschaft im § 70 AktG nicht erwähnt werden. Ein Teil der Lehre nimmt eine Gesetzeslücke an, die im Wege der Analogie zu schließen sei, führt aber gleichzeitig als Begründung an, dass das Fehlen von Minderheitsaktionären ein gewollter Akt sei.⁶⁴⁵ Häufig finden sich nicht nur in der öffentlichen sondern auch in der unternehmensinternen Diskussion Vertreter, die eine besondere Berücksichtigung des Shareholder – oder Stakeholdervalues (= Arbeitnehmer, Gläubiger, Kunden, Öffentlichkeit) fordern. Diese Berücksichtigung ist m.E. insofern überflüssig, als der Vorstand das Wohl des Unternehmens im Auge haben muss und somit zwangsläufig auf die Bedürfnisse von Share – bzw. Stakeholdern einzugehen ist.

3.1.4.4. Inhaltliche Konkretisierung von „Wohl des Unternehmens, Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“

Unter dem Begriff des Unternehmenswohls wird in der Literatur die Bestandssicherung des Unternehmens verstanden, wobei eine langfristig positive Entwicklung im Vordergrund steht.⁶⁴⁶ In letzter Konsequenz wird dies, wie oben ausgeführt, wohl eine entsprechende Liquidität und Rentabilität sein, da nur diese den Bestand des Unternehmens annähernd sichert.⁶⁴⁷ Damit stehen allerdings die Interessen der anderen Gruppen nicht notwendigerweise im Einklang.⁶⁴⁸

Ein Aktionär, der ggfs. Aktien nur für einen bestimmten (kurzfristigen) Zeitpunkt hält, da er sich (kurzfristig) eine hohe Rendite verspricht, wird nicht unbedingt primär am langfristigen Gedeihen des Unternehmens interessiert sein. Auf Syndikatspartner, die mit der Kontrolle des

645 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz19;

646 a.A. soweit ersichtlich nur Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §70 Rz 11

647 Koch, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität, ZGR 2006, 769

648 aA Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz19

Unternehmens langfristige Ziele verfolgen, wird dies zugegebenermaßen wohl nicht zutreffen. Bei einer Vielzahl von Aktionären wird primär auf die Interessen der Mehrzahl der Aktionäre abzustellen sein. Stimmrecht ausüben bedeutet nicht zuletzt, eigene Interessen wahrzunehmen und auch durchsetzen zu können. Jedem Minderheitsaktionär muss bewusst sein (selbstverständlich nur sofern eine Bestimmung des Minderheitenschutzes nicht greift), dass er auf Grund seiner Anteile nicht dieselben Möglichkeiten hat, seine Interessen durchzusetzen wie ein Mehrheitsaktionär. Dafür trägt er aber auch das geringere wirtschaftliche Risiko, wie etwa bei einem Kursverfall der Aktien. Ein Teil der Lehre - namentlich *Strasser*⁶⁴⁹ - verneint trotz der Bestimmung des § 70 AktG ein (gesetzlich berücksichtigungswürdiges) Interesse der Aktionäre hinsichtlich einer Dividendenausschüttung. Damit wird aber an der wirtschaftlichen Realität - deren Kenntnis wohl auch dem Gesetzgeber unterstellt werden kann - vorbeiangewandt. Sofern es nämlich nicht um die Beteiligung an einer auf ausschließlich gemeinnützigen Zwecke gerichteten AG geht, darf wohl jedem Aktionär unterstellt werden, auch an einer (regelmäßigen) Dividendenausschüttung interessiert zu sein, wobei diese bei langfristiger Bindung temporär in den Hintergrund treten kann. Letztendlich wird aber jedes Invest primär aus einem Grund getätigt: Der Investor erwartet sich – zumindest über Umwege – eine Rendite oder zumindest eine inflationsberichtigte Substanzerhaltung.

Die Interessenlagen der Arbeitnehmer werden sich häufig nicht unbedingt mit jenen der Aktionäre decken. Arbeitnehmer werden zwar auch – im Sinne eines langfristigen Erhalts der Arbeitsplätze - an einem gesicherten Bestand des Unternehmens interessiert sein, allerdings wird eine Dividendenausschüttung an Aktionäre (Syndikatspartner) von einem untergeordneten Interesse sein. Jedes wirtschaftliche Gedeihen des Unternehmens wird aus Perspektive der Arbeitnehmer mit der Hoffnung auf eigene wirtschaftliche Vorteile (Prämien, Erhöhung des monatlichen Entgelts) verbunden sein. Dies ist besonders deshalb anzunehmen, da ja auch andere Organe, wie etwa der Vorstand im Rahmen von Prämien regelmäßig an einer betriebswirtschaftlich positiven Entwicklung finanziell partizipieren. Gerade diese Hoffnung kann aber nur bei einem langfristigen Gedeihen des Unternehmens verwirklicht werden,

Das Interesse der Öffentlichkeit wird, wie in der Literatur vollkommen richtig betont wird, darin liegen, dass das Unternehmen langfristig besteht und gedeiht.⁶⁵⁰ Wirtschaftliche Gründe hierfür gibt es viele. Exemplarisch sei die selbstverständlich Tatsache genannt, dass etwa

649 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz24

650 FS Schmitz 295ff

insolvente Unternehmen der Volkswirtschaft und damit dem Steuerzahler kein Geld bringen (Steuereinnahmen) sondern vielmehr Geld kosten (z.B.: Arbeitslosenunterstützung).⁶⁵¹

3.1.4.5. Das Verhältnis von „Wohl des Unternehmens, Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“

Heute hL ist, dass das Interesse am Gedeihen des Unternehmens (Wohl des Unternehmens) über alle anderen Zielvorgaben des § 70 Abs. 1 AktG zu stellen ist, wobei diese Reihenfolge auch als Leitlinie für alle anderen Gesellschaftsorgane gelten soll.⁶⁵² Strasser definiert das Unternehmenswohl als „Erzielung eines möglichst positiven Betriebsergebnisses, und Beachtung der Sorgfalt einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleitung“.

Diesem Ansatz ist in letzter Konsequenz zuzustimmen, wobei nicht vergessen werden darf, dass die Betriebsleistung eine umsatzähnliche Größe ist und ein Abstellen auf eine Umsatzgröße ohne Beachtung der Liquidität zumindest aus Sicht strategisch denkender Aktionäre problematisch ist, da diese an einer langfristigen Sicherung ihres Investments und einer auf lange Sicht sichergestellten Dividendenausschüttung interessiert sein werden. Dies ist insbesondere dann zu unterstellen, wenn Syndikatsvertragsparteien Syndikatsverträge abschließen, die für kontrollierte Gesellschaften gelten und die für unbestimmte Zeit bestehen sollen. Dies deckt sich (im Regelfall) auch mit den Vorstellungen von Arbeitnehmern und der Öffentlichkeit, die aus den oben dargestellten Überlegungen primär auch den langfristigen Bestand des Unternehmens als oberstes Interesse im Auge haben werden. An diese Feststellung anknüpfend stellt sich nun natürlich die Frage, wie ein Vorstand in concreto entscheiden soll, um den Vorgaben des § 70 Abs. 1 AktG Genüge zu tun? Von mehreren zur Verfügung stehenden Entscheidungsmöglichkeiten ist m.E. jener der Vorzug zu geben, die das langfristige Bestehen des Unternehmens bzw. einen langfristigen positiven Bilanzgewinn am meisten fördert.⁶⁵³

Diese Lösung bedingt aber, dass das Unternehmen zu jeder Zeit über genügend Liquidität verfügt,⁶⁵⁴ um laufende Verpflichtungen begleichen zu können und notwendige Investitionen

651 in die selbe Richtung gehend: Strasser in Jabornegg/Strasser § 70 Rz 26; während Doralt in Doralt, Nowotny, Kalss, § 70 Rz 14, das öffentliche Interesse schon bei gesetzkonformen Verhalten gewahrt sieht;

652 so auch Kastner, Doralt, Nowotny 227

653 Nowotny stellt in Doralt, Nowotny, Kastner § 70 Rz 2 auf eine langfristige Gewinnerzielung ab und geht somit in die selbe Richtung

654 Die Liquidität als wichtigstes Kriterium sieht auch Enzinger, Interessenskonflikt 12

zu tätigen (Cash – Flow). Der Bilanzgewinn allein (wenn er etwa durch die Auflösung von Rücklagen erzielt wird) sagt nämlich wenig über die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten eines Unternehmens aus.

Welcher Entscheidungsvariante in concreto der Vorzug zu geben ist, bestimmt sich daher maßgeblich aus den Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre und ihrer Instrumentarien (Prognoseberechnungen von ROI, Investitionsrechnungen, udgl.). Der Entscheidungsspielraum ist insofern weit, als sofern sich die Entscheidungen innerhalb dieses Ermessensspielraums bewegen, und eine Entscheidung betriebswirtschaftlich nicht unvernünftig ist,⁶⁵⁵ der Vorstand frei in der Entscheidung ist.

3.1.4.6. §70 Abs. 1 AktG als Leitlinie für HV und AR und GmbH?

Die Literatur geht davon aus, dass die Grundsätze des §70 Abs. 1 AktG nicht nur für den Vorstand, sondern auch für die HV und den AR gelten.⁶⁵⁶ Da auch der GmbH – Geschäftsführer auf das Interesse der Gesellschaft zu achten hat (§35 GmbHG) wird vertreten, dass dieser Leitsatz auch für die GmbH anwendbar sein soll,⁶⁵⁷ was aber m.E. nicht zutreffen kann, da der Interessenskatalog des §70 AktG bewusst umfangreicher gehalten ist als jener des § 35 GmbHG und bei der GmbH die Publikumsausrichtung der AG fehlt. Zum selben Ergebnis kommt man in Deutschland. Der BGH⁶⁵⁸ hat – unter Zustimmung der deutschen Lehre⁶⁵⁹ – ausjudiziert, dass der GmbH GF lediglich dem Gesellschafterinteresse und nicht den Interessen von Arbeitnehmern Gläubigern oder der Öffentlichkeit verpflichtet ist. Begründet wird dies mit der Weisungsgebundenheit der GmbH GF.

3.1.4.7. Ausnahmen von der Generalkompetenz zur Leitung der AktG

Vom oben beschriebenen Grundsatz der Leitungskompetenz des Vorstandes bestehen im Wesentlichen folgende materiell wesentliche Ausnahmen, nämlich die Zustimmungskompetenz des AR (§95 AktG) und die Entscheidungskompetenz der HV (§103 Abs. 2 AktG). Diese Bestimmungen werden beim Abschnitt über den AR bzw. über die HV

655 Koch, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität, ZGR 2006, 769

656 für den AR: Kastner, Doralt, Nowotny 257; für die HV: u.a. (Nowotny, Probleme, RdW 1986)

657 Enzinger, Interessenskonflikt 13

658 BGH, ZIP 2003, 945, 946 = GmbHR 2003, 712:

659 BGHZ 31, 258, 278 = GmbHR 1960, 43.

besprochen. Andere Restriktionen der Leitungsbefugnisse des Vorstandes finden sich in den §§ 89 – 109 ArbVG sowie §§ 111, 112 ArbVG. Weitere Beschränkungen für das Handeln von Vorständen, die nicht spezifisch für den Vorstand gelten (Kartellverbot usw.), werden nicht aufgezählt, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

3.1.4.8. Sonderfragen zum mehrgliedrigen Vorstand / GF

Die grundsätzlichen Fragen in diesem Zusammenhang lauten, ob im mehrgliedrigen Vorstand / GF andere als die oben dargestellten Grundsätze gelten und welchen Einfluss Ressortverteilungen, die auf Basis von Syndikatsverträgen oft erlassen werden, auf den Vorstand /GF haben.

Mit welcher Mehrheit kommen Vorstandsbeschlüsse / GF zustande? Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das AktG / GmbHG auf diese Frage keine Antwort gibt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass für diese Frage letztendlich §838 ABGB maßgeblich ist.⁶⁶⁰ Demnach gilt bei mehreren Vorständen das Mehrheitsprinzip, von dem durch Satzung abgegangen werden kann, weshalb anderslautende Bestimmungen in Syndikatsverträgen oder Geschäftsordnungen unzulässig sind.⁶⁶¹ Das Mehrheitsprinzip kommt im dAktG (§77 Abs. 1, letzter Satz) deutlich zum Ausdruck. Mehr noch: Aus §77 dAktG folgt, dass eine Alleinentscheidungsbefugnis ebenso wie eine Entscheidungskompetenz der Minderheit unzulässig ist, wobei aber ein Vetorecht einzelner Mitglieder zulässig sein soll.⁶⁶² Der letztgenannten Ansicht zur Zulässigkeit eines Vetorechtes ist im Hinblick auf die Widersprüchlichkeit zu §77 dAktG, der eine Orientierungshilfe für den österreichischen Rechtsanwender darstellt, zu entgegnen, dass auch die Ausübung eines Vetorechtes letztendlich die Herbeiführung einer Entscheidung ist. Die das Vetorecht ausübende Person entscheidet letztlich (vielleicht allein) dass eine Maßnahme unterbleibt und der Status quo aufrechterhalten wird.

Ressort- bzw. Geschäftsverteilung ist die Zuweisung bestimmter Materien (Finanzen, Personal, usw.), die in der Praxis von Angestellten des Unternehmens erledigt werden, zu

660 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss§70 Rz 21; umfassender Nachweise auch bei bei: Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz 31; in Deutschland für das Einstimmigkeitsprinzip: Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rz. 29; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, GmbHG, § 37 Rz.28; für das Mehrstimmigkeitsprinzip: van Venrooy, Einstimmigkeitsprinzip oder Mehrheitsprinzip in der Geschäftsführung?, GmbHR 1999, 685

661 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §70 Rz 21; ähnlich auch: Bürgers, Israel in, Bürgers, Körber, AktG §107 Rz 27

662 OLG Karlsruhe AG 2001,93,94

einzelnen unterschiedlichen Vorständen / GF. Die Zulässigkeit von Ressortverteilungen ist heute wohl unumstritten und auch seit längerer Zeit höchstgerichtlich anerkannt.⁶⁶³ Eine Ressortverteilung ist aber nicht bloß zulässig, sondern ggfs. geboten, da erstens ein Unterbleiben einer Ressortverteilung zur Haftung führen kann, wenn Agenden auf Grund des Umfangs und der Komplexität der Materien de facto nicht durch eine Person erledigt werden können und zweitens die Implementierung eines ressortlosen Vorstandes / GF unzulässig ist, außer es sprechen sachliche Gründe dafür, wie es etwa bei einem Vorstandsvorsitzenden der mit generellen Überwachungsfunktionen betraut ist, der Fall wäre.⁶⁶⁴

Grundlage für jede Ressortverteilung ist, dass sie nach der Satzung nicht ausgeschlossen sein darf und dass der Ressortverteilung nicht Materien zugeführt werden, die dazu nicht geeignet sind, wie etwa ressortübergreifende Angelegenheiten oder jene Geschäftsangelegenheiten, die schon durch das AktG / GmbHG von allen Vorstandsmitgliedern / GF zu erledigen sind⁶⁶⁵ bzw. „Pflichten des Vorstandes bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit“.⁶⁶⁶ Ebenso bedürfen Angelegenheit der Unternehmenspolitik der Befassung des Gesamtvorstandes / Gesamtgeschäftsführung.⁶⁶⁷ Eine diesbezüglich andere Regelung in Satzung oder Gesellschaftsvertrag ist nichtig.⁶⁶⁸ Liegt eine ressortübergreifende Maßnahme vor, trifft jedes Mitglied des Vorstandes eine Vorlagepflicht gegenüber seinen Kollegen.⁶⁶⁹

Jedes Organ der AG ist befugt sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben. Der OGH überlässt es etwa dem Vorstand und meint wohl den Gesamtvorstand, der Satzung oder dem Aufsichtsrat, eine Ressortverteilung für den Vorstandsbereich vorzunehmen.⁶⁷⁰ Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass Geschäftsverteilungen, die sich Organe „untereinander ausmachen“ unzulässig sein sollen,⁶⁷¹ bzw. diese Kompetenz erst dann entstehen soll, wenn die Gesellschafter von ihrer „Geschäftsordnungskompetenz“ keinen Gebrauch machen.⁶⁷² Den letzt genannten Ansichten ist nicht zuzustimmen, da eine originäre Kompetenz jenes Organs, das sich quasi selbst eine Geschäftsordnung gibt, die Außenhaftung des Organs unberührt lässt und es jedem Organ im Rahmen der Selbstorganisationsfreiheit überlassen

663 OGH, 10.01.1978, 3 Ob 536/77

664 in diese Richtung: Fritz GmbH – Geschäftsführer 73 Rz 194ff

665 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz 37f

666 OGH, 10.01.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978,36)

667 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §70 Rz 26

668 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz 38

669 Bürgers, Israel in Bürgers/Körber, AktG, §76 Rz 13

670 OGH, 10.01.1978, 3 Ob 536/77

671 Althuber, Vavrovsky, Aspekte, GBU 2007/07-08/09

672 Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, § 37 Rz. 34;

werden muss, die anstehenden Agenden aufzuteilen. Liegt die Kompetenz zur Erlassung einer Geschäftsordnung gemäß Satzung allerdings beim Aufsichtsrat, ist eine Erlassung durch den Vorstand unzulässig.⁶⁷³ Legt die Satzung bereits einige inhaltliche Vorgaben für die (zu erlassende) Geschäftsordnung fest, dürfen nach allgemeinen Grundsätzen weder Vorstand noch Aufsichtsrat davon abweichen.⁶⁷⁴

Wichtigster Grundsatz, der in Lehre und Rechtsprechung⁶⁷⁵ gilt, ist, dass eine Geschäftsverteilung die GF / Vorstände nicht von ihrer Haftung entlasten kann (Prinzip der Gesamtverantwortung).⁶⁷⁶ Dies zeigt sich auch daran, dass ein durch das Kollegialorgan Vorstand gefasster Vorstandsbeschluss das einzelne Vorstandsmitglied trotz Ressortverteilung haften lässt, wenn er für den Beschluss gestimmt hat, sich der Stimme enthalten hat oder unbegründet abwesend war.⁶⁷⁷ Für überstimmte Vorstandsmitglieder kommt eine Haftung nur dann in Betracht, wenn die Vorstände, die gegen den Beschluss gestimmt haben, nicht alles zumutbare – wie die Befassung des Aufsichtsrates⁶⁷⁸ -unternehmen, um die Vorstandskollegen zu einer identen Stimmabgabe zu bewegen⁶⁷⁹ und anschließend nicht an der Umsetzung des haftungsbegründenden Beschlusses mitwirken.⁶⁸⁰ Dieser durchaus strengen Rechtslage liegt zweifellos die Überlegung zu Grunde, dass ein Mitglied eines Kollegialorgans nicht nur für das Funktionieren seines eigenen Bereichs, sondern auch für das Funktionieren des Kollegialorgans zu sorgen hat.⁶⁸¹

Verfügt die AG über einen mehrgliedrigen Vorstand ohne Ressortverteilung- sofern dies nach dem soeben Gesagten überhaupt zulässig ist⁶⁸² -, gilt §84 Abs. 1 AktG, wonach Solidarhaftung der Vorstandsmitglieder besteht. Richtigerweise vertritt *Strasser* die Ansicht, dass selbiges auch bei vom Vorstand beschlossenen Ressortverteilungen gelten muss.⁶⁸³ Dieser Ansicht ist unbedingt zu folgen, da der Vorstand als Kollegialorgan sonst immer die Gelegenheit hat durch Mehrstimmigkeitsentscheidungen (siehe oben) die Haftung nach Belieben zu verlagern („Hin – und Herschieben der Haftung“). Da diese Grundsätze m.E.

673 Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG, §77 Rz 25

674 Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG, §77 Rz 26

675 exemplarisch: OGH 9.3.2000, 6 Ob 5/00d (GesRZ 2000,173)

676 ebenso: BGHZ 133, 370, 377 f = ZIP 1996, 2017 = GmbHR 1997, 25

677 Strasser in Jabornegg/Strasser §§77-84, Rz 104

678 Fleischer in Fleischer, Handbuch §11 Rz 41

679 Kastner, Doralt, Nowotny 237

680 Fritz, GmbH – Geschäftsführer, 269 Rz 757

681 Hüffer, Aktg §77 Rz 15

682 ähnlich skeptisch: Bürgers, Israel in Bürgers/Körber, AktG, §76 Rz 14

683 Strasser in Jabornegg/Strasser §§77-84, Rz 104

unproblematisch auf die GmbH übertragbar sind, können diese m.E. analog auf diese angewandt werden.

Jene Vorstandsmitglieder die für das betreffende Ressort nicht zuständig sind, haften lediglich bei Verletzung von Informations-, Überwachungs- und Interventionspflichten.⁶⁸⁴ Die zuständigen Vorstandskollegen sind – quasi als logische Ergänzung - den nicht zuständigen Vorstandskollegen berichtspflichtig.⁶⁸⁵ Diese Pflichten, die gleichzeitig Ansprüche des nichtzuständigen Vorstandes / GF gegenüber dem zuständigen Vorstand / GF begründen, können nicht ausgeschlossen werden.⁶⁸⁶ Strittig ist aber die Intensität der Überwachungspflichten. Die höchstgerichtlichen Entscheidungen decken einerseits ein weites Spektrum an Verpflichtungen ab, sind aber andererseits auch widersprüchlich. Die Bandbreite der höchstgerichtlichen Entscheidungen reicht von einer Überwachungspflicht, die besonders strengen Anforderungen unterliegt,⁶⁸⁷ bis zur Möglichkeit sich (ohne haftungsrechtliche Konsequenzen) auf das Handeln des anderen Geschäftsführers verlassen zu können, wenn dies durch die Umstände des Einzelfalles begründbar ist.⁶⁸⁸ In die letzt beschriebene Richtung geht auch die deutsche Literatur, die eine ordnungsgemäße Überwachung dann annimmt, wenn sich ein nicht zuständiges Vorstandsmitglied in Vorstandssitzungen regelmäßig informiert und die Informationen auch selbst nachvollzieht.⁶⁸⁹ Eine Verletzung der Überwachungspflicht liegt jedenfalls dann vor, wenn das Vorstandsmitglied trotz Verdacht auf Ungereimtheiten der Überwachungspflicht nicht (gehörig) nachkommt.⁶⁹⁰ Die notwendige Intensität der Überwachung ist immer im Einzelfall zu beurteilen,⁶⁹¹ doch kann die Tatsache, dass ein Vorstand -/ GF nicht zuständig ist bzw. die Agenden sein Wissen „übersteigen“, eine unzureichende Überwachung bzw. ein unzureichendes Handeln nicht rechtfertigen bzw. entschuldigen.⁶⁹² Eine Einmischung (d.h. wohl ohne Verdacht) in die Agenden eines anderen Vorstandsmitgliedes wird ausdrücklich als unzulässig angesehen⁶⁹³ und wird - zumindest von

684 Strasser in Jabornegg/Strasser §§77-84, Rz 104; Leuering/Rubner, Geschäftsverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern, NJW-Spezial 2009, 239, 239f;

685 Hüffner, AktG §77 Rz 15

686 Bürgers, Israel in Bürgers/Körber, AktG, §77 Rz 12

687 OGH 20.12.1984 (RdW 1985, 275) und dieser Judikaturlinie zustimmend: Koppensteiner §21 Rz 12

688 VwGH 28.5.1986, 84/13/0246 (ÖJZ 1987, 112), OGH 9.7.1981, 8 Ob 517/81 (GesRZ 1982,56); Luschin, Geschäftsführerhaftung, RdW 2000, 6

689 Hüffner, AktG §93 Rz 13a

690 bereits: OGH 10.1.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 36)

691 OGH 10.1.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 36)

692 Hüffner, AktG §93 Rz 13a

693 bereits: OGH 1.1.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 36)

der deutschen Rechtsprechung -ab einer gewissen Regelmäßigkeit als jederzeitiger Widerrufsgund betrachtet.⁶⁹⁴

Die Gründe für einen graduellen Unterschied hinsichtlich Haftung bei Ressortverteilung sind ebenso vielfältig wie einleuchtend. Zum ersten spricht gerade bei einer praxisnahen Betrachtung gegen eine unterschiedslose Haftung, dass jeder Vorstand gerade in Großkonzernen nicht das gleiche (fachliche Wissen) haben kann und auch der Umfang der Tätigkeit nicht bei jeder Materie eine Prüfung des letzten Details in jedem Unternehmen verlangt werden kann. Zweitens: Jeder Vorstand ist wie bereits ausgeführt weisungsgebunden. Eine Interpretation des Gesetzes oder einer Ressortverteilung, wonach Vorstand B für eine Materie des Vorstandes A ebenso wie dieser haften soll, obwohl er keinen (durchsetzbaren) Einfluss auf dessen Tätigkeiten oder Unterlassungen hat, ist nicht logisch begründbar. Eine vollkommene Haftungsbefreiung ist aber auch nicht nachvollziehbar, da das Gesetz von einer Gesamtverantwortung ausgeht.⁶⁹⁵ Die Richtigkeit einer bloß geringfügigen Haftung des nicht zuständigen Vorstandes zu verneinen, bedeutet in logischer Konsequenz die Bejahung, dass das Gesetz faktisch unmögliches verlangt. Überdies würde die Ressortverteilung selbst ad absurdum geführt werden. Daher kann nur von einer graduell unterschiedlichen Haftung auszugehen sein.

Häufig wird aus dem Kreis mehrerer Vorstände ein Vorstandsvorsitzender (andere Termini: Generaldirektor, Präsident udgl.) bestellt. Diese Bestellung ist zulässig und liegt im Kompetenzbereich des AR.⁶⁹⁶ Rechtlich einzig bedeutsame Konsequenz ist das dem Vorstandsvorsitzenden zustehende, aber durch Satzung abdingbare Recht, dass bei Stimmengleichheit seine Stimme den Ausschlag zu geben (Dirimierungsrecht).⁶⁹⁷ Von entscheidender Bedeutung ist, dass dem Vorstandsvorsitzenden kein Weisungsrecht gegenüber anderen Vorständen zusteht und er überdies keine anderen wie immer gearteten Rechte gegenüber anderen Vorständen besitzt, wohl aber in organisatorischer Hinsicht für das optimale Zusammenwirken (z.B.: Koordination der Vorstandssitzungen) verantwortlich ist⁶⁹⁸

3.1.4.9. Die Vertretungsbefugnis des Vorstandes und der GF

694 BGH AG 1998, 519

695 (dazu unten)

696 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz 50f

697 Strasser in Jabornegg/Strasser §70 Rz 51

698 Doralt, Nowotny, Kalls, AktG I, §70 Rz 29

Von allen Organen ist nur der Vorstand mit Vertretungsmacht ausgestattet, wobei nur das Gesetz selbst Ausnahmen stipulieren kann.⁶⁹⁹ Interessant sind vor allem die zu Gunsten des AR (z.B.: §§ 97, 197 Abs. 2, 3, 201 Abs. 1, 202 Abs. 3, 216 Abs. 4 AktG) von Sondervertretern (z.B.: §122 Abs. 2 AktG) bestehenden Regelungen, sowie die Vorschriften der AO (§§3 Abs.2, 8 Abs.2 und 3 AO

Als Grundsatz gilt, dass die Vertretungsmacht des Vorstandes / GF in keiner Weise (nach außen) beschränkbar ist, außer das Gesetz selbst sieht eine Beschränkung vor.⁷⁰⁰ Immanente Beschränkungen, die im Gesetz geregelt sind, ergeben sich etwa aus den Zuständigkeitsregelungen des AktG.⁷⁰¹ Diese Ansicht⁷⁰² von Rechtsprechung und Lehre trifft kaum auf eine Gegenmeinung.⁷⁰³ Beschränkungen gegenüber Dritten sind somit unwirksam.⁷⁰⁴ Der Dritte kann sich nur dann nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des GF berufen, wenn er die Beschränkung leicht fahrlässig⁷⁰⁵ nicht erkannt oder wenn er mit dem GF arglistig zusammengewirkt hat um die Gesellschaft zu schädigen.⁷⁰⁶

In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die Vertretungsregelungen nicht bloß ein rechtliches Können, sondern gar ein rechtliches Müssen nach sich ziehen.⁷⁰⁷ Dem ist zuzustimmen, da auch ein Untätigwerden des Vorstandes diesen haftbar macht.⁷⁰⁸ Somit wäre eine Verneinung des rechtlichen Müssens sinnwidrig.

Ähnlich regelt das GmbH – Recht die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer, da die GmbH von keinem anderen Organ vertreten werden kann.⁷⁰⁹

Trotz der umfassenden Vertretungsbefugnis soll eine Generalvollmacht für eine andere Person aber zulässig sein,⁷¹⁰ wobei m.E. keine Bedenken gegen eine solche Generalvollmacht

699 OGH 05.05.2004, 9 Ob 19/04 s (SZ 2004/72)

700 u.a.dazu OGH 15. 9. 1994, 8 Ob A 275/94 (ecolex 1994, 831); OGH 17.10.1978 4 Ob 348/78 (ÖBl 1979,45)

701 Hefermehl, Spindler, Münch Kommentar, AktG, §82 Rz 17

702 exemplarisch: OLG Wien 16.7.1971, 3R 121/71 (NZ1973/150); Bachner, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, 282ff

703 Wilhelm, Der schmale Grat zum Schiedsgericht, 89

704 OLG Wien 16.7.1971, 3R 121/71 (NZ1973/150); für Deutschland vgl. die ausdrückliche Regelung des § 37 Abs. 2 dGmbHG

705 Fleischer, NZG 2005, 529

706 Fritz, Aufgabenbereiche der Geschäftsführer, SWK 2005, W 81

707 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 71–74 Rz 14

708 (siehe unten)

709 für die Generalversammlung: OGH 12.8.1981, 6 Ob 5/81 (NZ 1983, 40); anders offenbar für Deutschland bei materiell gleicher Gesetzeslage: Lutter/Hommelhoff-Lutter/Kleindiek, GmbHG, Anh. zu § 13 Rz.75f, § 37 Rz.15; wonach die Übertragung von Geschäftsführerkompetenzen sogar an außenstehende Dritte (Betriebsführungsvertrag) möglich sein soll;

sprechen, da Vollmachtsregelungen dem ABGB und nicht dem AktG unterliegen. Für GmbH und AktG ist es ebenso denkbar, dass einer vertretungsbefugten Person von anderen vertretungsbefugten Personen die Ermächtigung erteilt wird, einzelvertretungsbefugt zu vertreten.⁷¹¹

Vertretung der Gesellschaft liegt dann vor, wenn im Namen der Gesellschaft Erklärungen abgegeben oder entgegengenommen werden.⁷¹² Das Wesen der Vertretung besteht darin, dass Handlungen und Verschulden⁷¹³ des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet werden (§1017 ABGB). Einziges Kriterium für die Zurechenbarkeit ist, dass das Handeln auch tatsächlich eine Vertretungshandlung für die AG darstellt, wobei dies nach der Verkehrsauffassung richtet und von demjenigen zu beweisen ist, der sich darauf beruft.⁷¹⁴

Die Vertretungsbefugnis des GF / des Vorstandes hat für die Gesellschaft aber nicht nur eine rechtsgeschäftliche, sondern auch eine haftungsrechtliche Komponente. Vertretung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Gesellschaft alles zuzurechnen ist, was der GF / Vorstand aus dienstlichen und privaten Wissen hätte kennen müssen, egal ob er an einer Angelegenheit in concreto mitgewirkt hat oder nicht.⁷¹⁵

Vertretung bedeutet aber auch, dass als Folge des Handelns der GF /Vorstände die GmbH / AG als solche berechtigt oder verpflichtet wird, wobei hervorzuheben ist, dass diese Rechtfolge bereits dann eintritt, wenn die Umstände ergeben, dass ein Geschäft für die Gesellschaft geschlossen werden sollte (exemplarisch: §19 GmbHG). Eine ausdrückliche Erklärung, dass für die Gesellschaft abgeschlossen wird, ist nicht nötig (exemplarisch: §19 GmbHG). Entscheidend ist die Perspektive des Erklärungsgegners.⁷¹⁶ Zu beachten ist aber, dass dieser Anschein bei aktiver Vertretung von den vertretungsbefugten Personen in vertretungsbefugter Anzahl erweckt werden muss.⁷¹⁷ Werden von den vertretungsbefugten Personen widersprüchliche Aussagen getätigt, gilt Folgendes: Die spätere Aussage hebt die frühere auf, während gleichzeitig abgegebene Aussagen einander neutralisieren.⁷¹⁸

710 OGH 9.5.1990, 2 Ob 549/90 (ecolex 1991,29)

711 für die GmbH: OGH 25.04.1995 1 Ob 538/95

712 OGH 25.8.1998, 1 Ob172/98w (RdW 1999,25)

⁷¹³ Bürgers, Israel in Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG, §78 Rz 6

714 OGH 28. 6. 1978, 1 Ob 650/ 78 (GesRZ 1979, 39)

715 Iro, Banken und Wissenszurechnung, 3

716 OGH 24.4.2001, 1Ob72/01x (ecolex 2001, 311)

717 OGH, 28.06.1995 9ObA57/95

718 Koppensteiner, Rüffler §19 Rz 3

Die Vertretungsbefugnis des Vorstandes / GF beginnt mit seiner Bestellung.⁷¹⁹ In - Sich Geschäfte sind nicht per se unzulässig, sondern nur dann unwirksam, wenn Interessenskollisionen vorliegen.⁷²⁰ Jedenfalls ist aber die Zustimmung eines AR bzw. wenn dieser nicht vorhanden ist eine Zustimmung der Gesellschafter zur Vornahme des In – Sich Geschäftes einzuholen.⁷²¹

Aus der Dispositionsfreiheit der Satzung, die durch § 71 AktG eingeräumt wird, schließen manche, dass die Satzung bei der Vertretungsmacht Vorstände / GF ungleich behandeln kann.⁷²² Dieser Lösung kann nicht gefolgt werden. Wie bereits erwähnt ist die Vertretungsmacht eines Vorstandes unbeschränkbar. Eine Verringerung seiner Vertretungsmacht würde diesem Prinzip nicht nur zuwiderlaufen, sondern auch dazu führen, dass betroffene Vorstände zwar inhaltlich im selben Umfang haften wie ihre Kollegen, aber nicht in selben Umfang vertreten können.⁷²³ Die Satzung kann allerdings auch den AR ermächtigen, Regelungen zur Vertretungsbefugnis zu treffen, wobei aber m.A.n. der „Gleichbehandlungsgrundsatz“ zu beachten ist. Die Möglichkeit Vorstände ungleich zu behandeln kann m.E. auch deshalb nicht gelten, weil Vorstände / GF ja auch bei Ressortverteilung für Pflichtverstöße ihrer Kollegen haften. Der Grundsatz der Gleichbehandlung muss m.E. für die GmbH GF sinngemäß gelten.

Sieht die Satzung keine Regeln vor, können nur alle Vorstände gemeinsam zeichnen. Zu Einzelheiten ist mangels genauerer Vorschrift wiederum auf die Normen des ABGB zurückzugreifen (§1011 ABGB).⁷²⁴

Von der aktiven Vertretung ist die passive zu unterscheiden. Ausreichend hierfür ist die Abgabe gegenüber einem Vorstandsmitglied oder einem vertretungsbefugten Prokuristen (§18 Abs. 4 GmbHG).⁷²⁵ Die Regeln über die passive Vertretung sind zwingend und können daher nicht abgeändert werden.⁷²⁶

719 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss§ 71 Rz 6

720 OGH 11.91990 (ecolex 1991,96)

721 OGH 12.05.1992, 4 Ob 7/92 (RdW, 371)

722 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 71–74 Rz 33

723 Für eine Ungleichbehandlung, solange kein Vorstand – und wohl auch kein GF ausgeschlossen wird: Hüffer, AktG, 78 Rz 4

724 OGH 15. 7. 1981, 1Ob 625/81 (SZ 54/111)

725 für die AktG zustimmend: Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 71–74 Rz 25

726 Koppensteiner, Rüdfler §18 Rz 19

Den Geschäftsführern obliegt die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der GmbH, die durch alle Geschäftsführer gemeinsam zu erfolgen hat, sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen, wie etwa die Zeichnung eines Geschäftsführers gemeinsam mit einem Prokuristen, vorsieht (aktive Vertretung - §18 Abs. 1 und 2 GmbHG).

Ist die Zustimmung aller Geschäftsführer, zu einer Maßnahme nicht zu erreichen, hat diese Maßnahme zu unterbleiben (§21 Abs. 2 GmbHG). Die Rspr. sieht eine Vertretung durch mehrere Personen sogar geboten, wenn es auf Grund des Umfangs der Tätigkeiten notwendig ist, die Geschäftsführung ordnungsgemäß zu bewältigen,⁷²⁷ was auch das oben angeführte Ansicht stützt, dass aus diesem Grund auch Ressortverteilungen geboten sind. Wird eine Erklärung nicht in vertretungsbefugter Anzahl abgegeben, liegt nach Ansicht des OGH eine Erklärung vor, die bis zu dem Zeitpunkt schwebend unwirksam ist, bis sie nachträglich genehmigt wird.⁷²⁸

Die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht gilt im Außenverhältnis kann aber durch interne Vorgaben (Beschränkungen im Innenverhältnis) ergänzt werden. Interne Beschränkungen können bei der AG durch die Satzung und den AR (§95 Abs. 5 AktG), bei der GmbH durch den Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss oder „in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des AR“ normiert werden (§20 Abs. 1 GmbHG).

Einen anderen Problemkreis stellen die internen Beschränkungen dar. Vorab ist festzuhalten, dass, sofern dem Vorstand / GF keine (internen) Beschränkungen auferlegt werden, dessen Vertretungsmacht auch intern nicht auf gewöhnliche Geschäfte beschränkt werden kann⁷²⁹ und nur die gesetzlichen Beschränkungen greifen. Zweifelsfrei ist aber, dass der GF / Vorstand auf Grund seiner Bindung an den Gesellschaftsvertrag und damit an den Unternehmensgegenstand Handlungen zu unterlassen hat, die außerhalb des Unternehmensgegenstandes liegen.⁷³⁰ Damit hat sich die maßgebliche österreichische Lehre an der „ultra vires doctrine“ orientiert, welche etwa in Deutschland keinen Anklang gefunden hat.⁷³¹ Ebenso bedarf die Durchführung von Maßnahmen, die in die Kompetenz der

727 OGH 26.03.1980 1 Ob 545/80 (SZ 53/53)

728 OGH 25.08.1998 1 Ob 172/98w (SZ 71/170)

729 Bachner, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005 282ff

730 Reich – Rohrwig I Rn 2/253

731 Fleischer, NZG 2005, 529

Gesellschafter fallen, deren vorheriger beschlussmäßiger Zustimmung (z.B.: außergewöhnliche Maßnahmen⁷³² oder Grundsätze der Geschäftspolitik⁷³³).

Beschränkungen des GF / Vorstandes können keinesfalls soweit reichen, dass dem GF / Vorstand die Leitungsbefugnis vollkommen entzogen wird.⁷³⁴ Für den GF haben *Koppensteiner, Rüffler*⁷³⁵ folgende GF – Pflichten als „unentziehbar“ gewertet: Rechnungswesen und IKS (§22 GmbHG), Erstellung der Berichte gem. §§ 28a, 30j GmbHG Einberufung der Generalversammlung, Mitteilung von Beschlüssen, Anmeldungen zum Firmenbuch und Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens, Vertretung der Gesellschaft, und die Pflicht zur Erhaltung der Kapitalgrundlage (§§ 81ff. GmbHG). Abseits dieser Kompetenzbereiche soll der Befugniskatalog der Geschäftsführer beliebig beschränkbar sein.⁷³⁶

Wird in die Kompetenzbereiche des GF eingegriffen, ist dieses Vorgehen nach manchen Judikaten als Abberufung zu werten,⁷³⁷ während andere höchstgerichtlichen Entscheidungen offensichtlich davon ausgehen, dass der GF trotz Eingriffs weiterhin haftet und somit wohl nicht abberufen ist.⁷³⁸ Die Beschränkungen dürfen auch nicht so ausgestaltet sein, dass die Leitungsfunktion des Vorstandes nur mehr auf dem Papier besteht⁷³⁹ bzw. dass ein anderes Organ die Leitung der AG / GmbH innehat.⁷⁴⁰ Zuwiderlaufende Beschlüsse darf der Vorstand / GF nicht beachten, da diese unwirksam sind.⁷⁴¹

Unter „Anordnungen des AR“ (§20 Abs. 1 GmbHG, 3. Fall) ist die Einräumung von Zustimmungskompetenzen an den AR zu verstehen, die über jenen Katalog des §30 j Abs. 5 GmbHG hinausgehen.⁷⁴²

Neben der Beschränkung der GF – Befugnisse kommt aber auch die Ausweitung derselben in Betracht. Zulässig sind einerseits etwa die Festlegung weisungsfreier Bereiche während etwa die Grenze der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeit in der zwingenden

732 Schima, GmbH Geschäftsführer, 100ff; a.A. Kraus, der außergewöhnliche Maßnahmen in der Kompetenz der GF sieht – Kraus, Kompetenzverteilung, 331ff ;

733 Reich – Rohrwig I Rn 2/251

734 OGH 11.07.1979 3 Ob 622/78 (SZ 52/116); OGH 9.7.1981, 8 Ob 517, 81 (GesRZ 1982, 56)

735 Koppensteiner, Rüffler §20 Rz 7; ihm folgend Kraus, Kompetenzverteilung, 331ff

736 Reich – Rohrwig I Rn 2/259; OLG Wien 16.7.1971, 3R 121/71 (NZ1973/150)

737 OGH 07.11.1978 5 Ob 612/78 (HS X/XI/17)

738 OGH 9.7.1981, 8 Ob 517, 81 (GesRZ 1982, 56)

739 OGH 10. 1. 1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 360)

740 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 71–74 Rz 65

741 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 71–74 Rz 65

742 Koppensteiner, Rüffler §20 Rz 12; zu § 30 j Abs. 5 GmbHG siehe unter 3.2.7.2.

Zustimmungskompetenz des AR gemäß §30 j Abs. 5 GmbHG liegt oder, wo der Generalversammlung die Kontrollmöglichkeit der GF gänzlich entzogen werden würde.⁷⁴³ Für die AG gilt, dass die Zuständigkeit des Vorstandes nur soweit ausgeweitet werden kann, als nicht in den Kompetenzbereich anderer Organe eingegriffen wird⁷⁴⁴

3.1.5. Das Konkurrenzverbot (§§ 24 GmbHG, 79 AktG)

3.1.5.1. Inhalt und Charakter des Konkurrenzverbots

Die Vorschriften der §§ 79 Abs. 1 AktG und 24 GmbHG, die dispositiver Natur sind,⁷⁴⁵ bestimmen, dass ein Mitglied des Vorstandes / der GF (§§ 79 AktG, 24 GmbHG gelten also nicht für AR Mitglieder) weder ein Handelsgeschäft betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft tätig sein darf und zwar gleichgültig ob auf eigene oder fremde Rechnung. Ebenso ausgeschlossen ist die Beteiligung an einem Handelsgeschäft als persönlich haftender Gesellschafter. Lediglich eine Einwilligung des AR kann solche Tätigkeiten gestatten. Telos der Vorschriften ist lt. (offenbar) hL., dass die Arbeitskraft des Vorstandes / der GF dem Unternehmen erhalten bleibt.⁷⁴⁶ Überdies soll eine Konkurrenzierung verhindert werden.⁷⁴⁷ Die Frage, wann eine Tätigkeit im Geschäftsfeld der Gesellschaft ausgeübt wird, richtet sich einerseits nach dem im Gesellschaftsvertrag definierten Unternehmensgegenstand und andererseits nach den tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten der Gesellschaft,⁷⁴⁸ wobei aber primär auf den tatsächlichen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft abzustellen ist, auch wenn dieser weiter oder enger als der in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag definierte Unternehmensgegenstand ist.⁷⁴⁹ Um in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsverbots zu fallen, reichen schon vereinzelte Tätigkeiten, weshalb Gewerbsmäßigkeit nicht erforderlich ist.⁷⁵⁰ Eine Erweiterung des Gesellschaftszweckes / der Tätigkeit zieht auch eine Erweiterung des Wettbewerbsverbots nach sich.⁷⁵¹ Demgegenüber lässt sich aber festhalten, dass etwa

743 Koppensteiner, Rüffler §20 Rz 14

744 Kastner, Doralt, Nowotny 215

745 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 69ff

746 U.a. Kastner, Doralt, Nowotny 225

747 Enzinger, Interessenskonflikt 33

748 Wunsch, Wettbewerbsverbot, GesRZ 1982, 269

749 OLG Frankfurt AG 2000, 518, 519;

750 Wunsch, Wettbewerbsverbot, GesRZ 1982, 269

751 OGH 5. 10. 1976, 4Ob 361/76 (EvBl 1977/100)

vorbereitende Handlungen⁷⁵² oder Vermögensveranlagungen im Geschäftszweig der Gesellschaft (z.B. Aktienhandel)⁷⁵³ keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot darstellen. Erfährt der Vorstand in seiner Funktion über eine Geschäftschance hat er diese zwar nicht auf Grundlage des Wettbewerbsverbotes wohl aber auf Basis der Treuepflicht zuerst der AG anzubieten.⁷⁵⁴

Die Bestimmungen der §§ 79 AktG, 24 GmbHG werden von der Rechtsprechung sehr weit ausgelegt, da vom Wettbewerbsverbot nicht nur die im §§ 79 AktG Abs. 1, 24 Abs. 1 GmbHG genannten Aktivitäten sondern auch jegliche Förderung der im zur Gesellschaft stehenden Mitbewerber umfasst sein soll.⁷⁵⁵ Vom Wettbewerbsverbot nicht umfasst sind nach der Lehre AR - Tätigkeiten in anderen (konzernfremden) Unternehmen.⁷⁵⁶ Dieser Auffassung kann nur dann gefolgt werden, wenn die AR – Mandate des Vorstandes in anderen Unternehmen nicht so einen Umfang erreichen, dass bei objektiver Betrachtung eine Pflichterfüllung des Vorstandes nicht mehr sichergestellt ist.

Zu den im §24 GmbH nicht erwähnten, aber den Geschäftsführer in seiner Funktion treffenden Verpflichtungen im Rahmen des § 24 GmbHG zählen Geheimhaltungsverpflichtungen,⁷⁵⁷ die im AktG explizit genannt sind (§ 84 Abs. 1 2 Satz) genauso wie die Verpflichtungen, Geschäftsmöglichkeiten der GmbH / AG nicht an sich zu ziehen.⁷⁵⁸

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Bestimmungen hinsichtlich des Wettbewerbsverbotes nach wirtschaftlichen Kriterien auszulegen sind.⁷⁵⁹

Das Wettbewerbsverbot gilt für die Geschäftsführer dann nicht, wenn die Gesellschafter mit einfacher Mehrheit⁷⁶⁰ ihre Zustimmung zur Vornahme der ansonsten dem Wettbewerbsverbot unterliegenden Tätigkeit erklären. Die Zustimmung ist aber jederzeit widerrufbar (§24 Abs. 2

752 Hefermehl Spindler, Münch Kommentar AktG § 88 Rz 16

753 BGH WM 1997, 1015, 1016

754 Fleischer, Geschäftschancenlehre, 2005, 336

755 OGH 20.6.1989, 2 Ob 516/89 (wbl. 1989, 339)

756 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §79 Rz 3; Kastner, Doralt, Nowotny, GesR, 225

757 Kastner, Doralt, Nowotny 380

758 Koppensteiner, Rüdfler §24 Rz 18

759 OGH 4.4.1978, 4 Ob 326 – 329/78 (GesRZ 1978, 129)

760 Kastner, Doralt, Nowotny 379

GmbHG). Bei der AG ist der AR zuständig. Mangels einschlägiger Bestimmung wird auch hier die einfache Mehrheit im AR erforderlich sein.⁷⁶¹

Eine nachträgliche Genehmigung (also nach erfolgtem Verstoß) durch die Gesellschafter / den AR ist nach einem Teil der Lehre⁷⁶² – und dieser Auffassung ist m.E. zu folgen – nicht möglich, da die Ansprüche der Gesellschaft mit dem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot schon entstanden sind.

Das Wettbewerbsverbot beginnt mit der Annahme der Bestellung zum Vorstand /GF und endet mit dem Ende der Tätigkeit, wobei der Vorstands – bzw. Gesellschaftsvertrag innerhalb der guten Sitten anderes vorsehen kann.⁷⁶³

3.1.5.2. Sanktionen bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot

Bei einem Verstoß kann die Bestellung des GF entschädigungslos widerrufen werden und ist die Gesellschaft überdies berechtigt, Schadenersatzansprüche gegen den GF geltend zu machen oder in das vom GF (verbotswidrig) abgeschlossene Geschäft einzutreten (§2 4 Abs. 3 GmbHG). In § 79 Abs. 2 AktG fehlt die Möglichkeit des entschädigungslosen Widerrufs ausdrücklich. Dieser wird aber von der Lehre zu Recht bejaht, da der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot regelmäßig einen schweren Vertrauensverlust nach sich ziehen wird.⁷⁶⁴ Die in § 79 Abs. 2 AktG aufgezählten Sanktionen sind lediglich demonstrativ aufgezählt.⁷⁶⁵ Neben den im Gesetz erwähnten Ansprüchen, kann die Gesellschaft Beseitigung und Unterlassung begehren.⁷⁶⁶ In Betracht kommen weiters Feststellungs- und Rechnungslegungsansprüche.⁷⁶⁷ Der Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot kann m.E. nach nicht die von *Nowotny* in die Diskussion eingebrachte Sanktionsmöglichkeit der Abmahnung rechtfertigen,⁷⁶⁸ da das Wettbewerbsverbot – dies zeigt auch die explizite Aufnahme als eigene Pflichtverletzung in das AktG – als besonders gravierende Verletzung zu betrachten

⁷⁶¹ zu den Mehrheitsregelungen bei AR – Beschlüssen siehe 3.2.6.

⁷⁶² Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG § 88 Rz 9; ebenso Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 78 a.A. Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §79 Rz 4, der diese mit der Gestaltungsfreiheit des AR begründet, wobei aber übersehen wird, dass eine Gestaltung nur ex – ante und nicht ex post erfolgen kann

⁷⁶³ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 68f

⁷⁶⁴ so auch Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 79; §24 Abs. 3 GmbHG

⁷⁶⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 79

⁷⁶⁶ Reich – Rohrwig I Rn 2/296; OGH 4.4.1978, 4 Ob 326 – 329/78 (GesRZ 1978, 129); Bürgers, Israel in Bürgers, Körber AktG § 88 Rz 10

⁷⁶⁷ §24 Abs. 3 GmbHG; so auch Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 79

⁷⁶⁸ Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss §79 Rz 8

ist, die nur in seltensten Fällen eine Abmahnung als Möglichkeit erscheinen lässt. Überdies ist davon auszugehen, dass wohl jede Tätigkeit, die gemäß §§ 79 AktG, 24 GmbHG verboten ist, einen schweren Verstoß darstellt, da der Vorstand regelmäßig eine beträchtliche Arbeitsenergie für die durch diese Bestimmungen untersagte Tätigkeit aufwenden wird müssen, da er ja sonst gegenüber dem Unternehmen für das er verbotswidrig agiert, haftet, weil er letztendlich die dort vorgesehenen Pflichten (auch) nicht ordnungsgemäß erfüllen wird können.

Gemäß §§ 79 Abs. 3 AktG, §24 GmbHG verjähren die Ansprüche der Gesellschaft binnen drei Monaten ab Kenntnis durch AR und der übrigen Vorstandsmitglieder/ Geschäftsführer bzw. nach fünf Jahren (absolute Verjährung). Dieser Fristenlauf beginnt mit dem Verstoß.⁷⁶⁹

3.1.6. Die Verschwiegenheitspflicht

Obwohl im GmbHG nicht geregelt, gilt die Verschwiegenheitspflicht auch für Geschäftsführer. Die Verschwiegenheitspflicht umfasst vertrauliche Angaben, worunter ein Teil der Lehre Informationen versteht, die nur für den Vorstand / GF und einen engen Mitarbeiterkreis bestimmt und anderen Personen nur schwer zugänglich sind⁷⁷⁰ und an denen ein objektives Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens besteht.⁷⁷¹

Nicht gefolgt werden kann der Meinung, dass ein Unternehmen nicht willkürlich festlegen kann, welche Tatsachen als vertraulich zu werten sind,⁷⁷² denn es muss jedes Unternehmen bestimmen können, welche Daten oder besser welche vertraulichen Angaben an die Öffentlichkeit gelangen dürfen, ausgenommen natürlich gesetzlich vorgeschriebene Informationspflichten (z.B.: Jahresabschluss).⁷⁷³

Selbstverständlich gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht für Berichtspflichten an Vorstandskollegen und den AR, da diesbezüglich Spezialnormen bestehen, die eben eine Berichts- bzw. Informationspflicht vorschreiben.⁷⁷⁴

⁷⁶⁹ OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 603/89 (ecolex 1990, 226)

⁷⁷⁰ OGH 19.05.1987, 4Ob 394/86

⁷⁷¹ OGH 18.6.1970, 9 Os 770 (SSt 41/32)

⁷⁷² so aber Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 87

⁷⁷³ Nowotny in Doralt, Nowotny, Kalss, §84 Rz 13

⁷⁷⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 89

Verstößt das Vorstandsmitglied gegen die Verschwiegenheitspflicht, können das Vorstandsmitglied die Sanktionen des § 84 Abs. 2 bis Abs. 6 treffen. Überdies kommt auch die Abberufung aus wichtigem Grund in Betracht.⁷⁷⁵

3.1.7. Die Auskunftspflicht der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft und dem Aufsichtsrat

Die Auskunftspflicht der Geschäftsführer gegenüber AR und Gesellschaft wird an anderer Stelle behandelt,⁷⁷⁶ doch ist gerade im Zusammenhang mit der sogleich zu behandelnden Vorstands- und Geschäftsführerhaftung festzuhalten, dass die Auskunftsrechte der Gesellschafter und des Aufsichtsrates Schutzgesetze sind und zwingenden Charakter haben.⁷⁷⁷

3.1.8. Vorstands und Geschäftsführerhaftung (§§25 f. GmbHG, 84 AktG)

3.1.8.1. Allgemeine Bemerkungen

§§ 25 GmbHG, 84 AktG legen unstrittig den Sorgfalts- und nicht den Rechtswidrigkeitsmaßstab fest (arg. „Sorgfalt“ in den jeweiligen Bestimmungen). Vor Prüfung der Sorgfalt ist regelmäßig die Frage der Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns zu klären. Strittig ist, ob sich die Bestimmungen der §§ 25 GmbHG, 84 AktG, die sich an ihren deutschen „Verwandten“ orientieren (§§ 43 dGmbHG, §93 dAktG),⁷⁷⁸ zwingenden Charakter⁷⁷⁹ haben oder abdingbar⁷⁸⁰ sind. M.E. müssen die Vorschriften der §§ 25 GmbHG, 84 AktG schon deshalb zwingender Natur sein, weil es Gläubigerschutzerwägungen m.E. verbieten, die genannten Bestimmungen der Gesellschafterdisposition zu unterwerfen.

§ 84 Abs. 3 normiert ebenso wie § 25 Abs. 3 GmbHG demonstrativ (arg. insbesondere) einige Haftungstatbestände auf deren wortwörtliche Wiedergabe hier verzichtet wird.

⁷⁷⁵ so auch Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84 Rz 93

⁷⁷⁶ siehe insb. nur die Ausführungen unter 3.2.7.

⁷⁷⁷ OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k (SZ 2002/26)

⁷⁷⁸ Koppensteiner, Rüffler §25 Rz 2

⁷⁷⁹ OGH 17.06.1959 5 Ob 202/59; Koppensteiner, Rüffler §25 Rz 25; Haas in Michalski GmbHG § 43 Rz. 13 ff.

⁷⁸⁰ § 43 Rz 65

Anerkannt ist aber, dass ein Vorstand / GF nur dann rechtmäßig handelt, wenn er alle ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt.⁷⁸¹ Zu rechtmäßigem Handeln des Vorstandes / GF ist aber nicht nur erforderlich, dass er alle rechtlichen Verpflichtungen erfüllt, sondern auch, dass er sicherstellt, dass er über alle betriebswirtschaftlich relevanten Daten jederzeit Aufschluss erhält.⁷⁸² Besonderer Beachtung hat der Vorstand / GF dabei der Liquidität des Unternehmens zu schenken.⁷⁸³ Andere wirtschaftliche Agenden, welchen der Vorstand / GF Beachtung zu schenken hat sind exemplarisch die Unternehmensplanung und -steuerung,⁷⁸⁴ die Überwachung der Finanzlage, insbesondere zur Risikoüberwachung⁷⁸⁵ sowie die Gewährleistung des unternehmensinternen Informationsflusses.⁷⁸⁶ Insbesondere ist zu bedenken, dass auch Kredite an verbundene Unternehmen nicht ohne Prüfung der Bonität und des Risikos gewährt werden dürfen, wobei sogar eine Einräumung von Sicherheiten notwendig sein soll.⁷⁸⁷ Diese betriebswirtschaftliche Komponente, kann deshalb gar nicht genug betont werden, da es letztendlich auch Sinn des Sorgfaltsmaßstabes ist, das Gesellschaftsvermögen zu erhalten und die Schadenprävention⁷⁸⁸ und die Vorteilerreichung für die AG⁷⁸⁹ in den Vordergrund zu stellen.

Aus dem Gesagten folgt aber auch, dass bei der Beurteilung, ob eine Entscheidung unter (Nicht-) Beachtung der notwendigen Sorgfalt getroffen worden ist, im Auge zu behalten ist, dass diese Entscheidungen einen Prognoseentscheidungen mit einem (hohen) Risikoelement sind bzw. sein können⁷⁹⁰ und somit ex ante⁷⁹¹ zu analysieren sind.

Sind mehrere GF zur Vertretung der Gesellschaft berufen und fasst die (erforderliche) Mehrheit der GF einen rechtswidrigen Beschluss, bleibt dem GF nur die Befassung der Gesellschafter oder des AR bzw. der Rücktritt,⁷⁹² wenn auch diese Organe nicht gedenken, den rechtswidrigen Beschluss durch Weisung oder „Nichtzustimmung“ (AR) „aufzuheben“.

781 so ähnlich: Koppensteiner, Rüffler §25 Rz 7 und Rz 10

782 OGH 26.3.1980, 1 Ob 545/80 (SZ 53,53); siehe auch Torggler, Ermessensspielraum, wbl 2009, 168ff, der Rechtswidrigkeit gegenüber der Gesellschaft wohl richtigerweise nur bei jenen Gesetzesverstößen annimmt, die der Gesellschaft schaden

783 OGH 26.03.1980 1 Ob 545/80 (SZ 53/53)

784 BGH, GmbHR 1995, 299, 300 = ZIP 1995, 560; BGH, GmbHR 1994, 539, 545 = ZIP 1994, 1103;

785 BGH, GmbHR 1995, 299, 300 = ZIP 1995, 560; BGH, GmbHR 1994, 539, 545 = ZIP 1994, 1103;

786 Ulmer/Habersack/Winter-Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 26;

787 BGHZ 179, 71 Tz. 14 = ZIP 2009, 70 = NJW 2009, 850

788 Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG, §76 Rz 2

789 BGHZ 21, 354, 357;

790 Fleischer, Unternehmensintegrität, NJW 2005, 3525

791 Schäfer, Binnenhaftung, ZIP 2005, 1253

792 Koppensteiner, Rüffler §25 Rz 13

M.E. wird wohl Selbiges für die AG zu gelten haben.⁷⁹³ Selbstverständlich hat der Vorstand oder GF auch die Möglichkeit ein in der Satzung der in der Geschäftsordnung vorgesehenes Widerspruchsrecht auszuüben.⁷⁹⁴

3.1.8.2. Inhalt des Sorgfaltsmaßstabes für AktG und GmbHG

§§ 25 GmbHG, bzw. §84 AktG normieren die Sorgfaltsmaßstäbe an denen sich Vorstände / GF zu orientieren haben. (Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bzw. Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters). Dieser Sorgfaltsmaßstab gilt auch für Aufsichtsräte.⁷⁹⁵ Der Sorgfaltsmaßstab des §25 Abs. 1 GmbHG ist materiell mit der Vorschrift des §84 Abs. 1 AktG ident.⁷⁹⁶ Beide Regelungen bauen auf der Idee auf, dass der Vorstand / GF Verwalter fremden Vermögens ist.⁷⁹⁷ Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters hat der OGH definiert als Sorgfalt, „mit der ein ordentlicher und gewissenhafter Mann geschäftliche Unternehmungen der betreffenden Art für eigene Rechnung zu leiten pflegt“,⁷⁹⁸ was wiederum zum Ausdruck bringt, dass der Vorstand gegenüber seinen Mitarbeitern aber auch seinen Vorstandskollegen Überwachungsverpflichtungen hat.⁷⁹⁹

Im Einzelfall ist immer auf das betreffende Unternehmen (z.B. Größe, wirtschaftliche Situation und Rahmenbedingungen (Konjunkturlage),⁸⁰⁰ Entwicklungsmöglichkeiten der Gesellschaft; Vorteil – Risiko Abwägung)⁸⁰¹, den Industriezweig⁸⁰² und den jeweiligen Unternehmenszweck⁸⁰³ abzustellen, weshalb davon auszugehen ist, dass es keinen einheitlichen Maßstab geben kann, da sich selbst branchenverwandte Unternehmen regelmäßig voneinander unterscheiden werden. Eine detaillierte inhaltliche Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes ist daher schlicht unmöglich.⁸⁰⁴

793 Fleischer in Fleischer, Handbuch §11 Rz 41

794 Mertens in Kölner Kommentar AktG, §77 Rz 23

795 ausführlich zur analogen AR-Haftung bereits OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76 (EvBl 1978/4)

796 OGH 08.08.2002, 8 Ob A 78/02 g

797 OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/ 02f (wbl 2004/793)

798 OGH, 31.10.1973, 1 Ob 179/1973 EvBl 1974/83

799 Hüffer, AktG § 93 Rz 14;

800 Haas in Michalski GmbHG, § 43 Rz 191

801 Strasser in Jabornegg, Strasser §§77-84 Rz 95

802 Haas in Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 191;

803 Handing, Haftung, SWK 2002, W 45

804 so auch: BGH, ZIP 1995, 591, 592 = GmbHR 1995, 451

§§ 25 GmbHG, bzw. §84 AktG sind zwingend, weshalb Modifikationen von der hL als nichtig betrachtet werden.⁸⁰⁵

Auf ein allfälliges Entgelt, dass der GF / Vorstand für seine Tätigkeit erhält, kommt es für die Haftung nicht an, weshalb auch bloße Ehrenamtlichkeit haftungsbegründend sein kann.⁸⁰⁶

Für eine Haftungsbegründung reicht - wie nach allgemeinen Regeln auch - leichte Fahrlässigkeit (Ausnahme: §84 Abs. 5 Akt G, wonach grobe Fahrlässigkeit erforderlich ist).^{807 808} (Zumindest) leicht fahrlässig handelt u.a., wer nicht über die notwendigen Fähigkeiten verfügt, die Vorstandsposition auszuüben⁸⁰⁹ oder genereller ausgedrückt: Leicht fahrlässig handelt der, dem ein Fehler unterläuft, „der auch einem sorgfältigen Menschen gelegentlich passiert“. ⁸¹⁰

3.1.8.3. Haftung gegenüber Gesellschaft / Dritten

Nach allgemeinen Grundsätzen haften Vorstand / GF gegenüber Dritten nur deliktisch bzw. auf Basis eines Schutzgesetzes.⁸¹¹ Eine Haftung auf sonstiger Basis – etwa mit dem Argument der GF Vertrag sei ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – kommt nach einhelliger richtiger und wohl unwidersprochener Meinung - nicht in Betracht.⁸¹² Diese deliktischen Ansprüche sind nach allgemeinen zivilrechtlichen Kriterien zu beurteilen.⁸¹³ Schutzgesetze sind alle Gesetze, die den Schutz des Dritten bezwecken.⁸¹⁴ Als Beispiel sei an dieser Stelle die fehlerhafte bzw. unvollständige Information im Rahmen der Ad – hoc Publizität genannt, die von der Lehre als Schutzgesetz (§1311 ABGB) gesehen wird.⁸¹⁵ Ein weiteres allgemeineres Schutzgesetz ist §255 AktG, das gewisse (vorsätzliche) Falschinformationen durch den Vorstand, die an die Öffentlichkeit gerichtet sind unter Strafe

805 Strasser in Jabornegg, Strasser §§77-84, Rz 99, der für eine Nichtigkeit von Haftungseinschränkungen und –erweiterungen plädiert; ebenso Kastner, Doralt, Nowotny 237;

806 Spornberger, Haftung, ecolex 2007, 407 mit Verweis auf OGH 13.6.2006, 11 Os 52/05i

807 Nachweise bei: Schneider, Verantwortlichkeit, ÖJZ 1986, 129

808 OGH, 31.10.1973, 1 Ob 179/1973 EvBl 1974/83

809 OGH 9. 7. 1981, 8 Ob 517/81(GesRZ 1982, 56)

810 Koziol, Welser 300

811 OGH 30.04.1980 6 Ob 585/80 (SZ 53/73); Schneider, Verantwortlichkeit, ÖJZ 1986, 129a.A. Fritz – sogleich unten Schneider, Verantwortlichkeit, ÖJZ 1986, 129

812 Klöhn in Burgers, Körber, GmbHG § 43 Rz 77

813 OGH 2.7.1969, 6 Ob 159/69 (SZ 42/104)

814 OGH 2.7.1969, 6 Ob 159/69 (SZ 42/104); Fritz, GmbH – Geschäftsführer, 259 Rz 733

815 Kalss, Oppitz, Zollner, Kapitalmarktrecht §19 Rz 57

stellt und somit zweifelsfrei dem Schutz Dritter dient.⁸¹⁶ Gruber möchte die Haftung von Organmitglieder daher- offensichtlich auf Basis des §255 AktG - allgemein auf vorsätzliche Schädigungen einschränken, was m.E. aber falsch ist, da §255 AktG eine Strafbestimmung ist, die sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt, Vorsatz verlangt (§5 StGB) und keine (zivilrechtliche) Haftungsnorm ist, für die nach allgemeinen Grundsätzen schon leichte Fahrlässigkeit reicht,⁸¹⁷ weshalb m.E. davon auszugehen ist, dass für eine Außenhaftung bereits leichte Fahrlässigkeit reicht.

Fritz⁸¹⁸ hat einen „Haftungskatalog“ gegenüber Gesellschaftern herausgearbeitet, der auf das GmbH Recht Bezug nimmt, m.M.n. aber auch für die AG anwendbar ist und der hier auszugsweise wiedergegeben wird: Verletzung der Auskunftspflicht, Ungleichbehandlung bei der Ausschüttung, (ungerechtfertigte) Verweigerung der Bucheinsicht sowie Überschreitung der Vertretungsmacht.

Der Hintergrund für die Haftung auf Basis von Schutzgesetzen bzw. deliktischen Grundlagen gegenüber Gesellschafter liegt darin, dass die Gesellschafter / Aktionäre ihre Haftung durch Gründung einer eigenen juristischen Person auf diese konzentrieren wollen, was durch Schaffung dieser juristischen Personen vom Gesetzgeber ermöglicht wurde.⁸¹⁹

§ 84 Abs. 5 AktG normiert, eine subsidiäre (arg: „nur dann“) Haftung der Vorstände gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wenn die Gläubiger keinen Schadenersatz von der Gesellschaft erhalten können, wobei auch in diesem Fall von den Vorständen zu beweisen ist, dass sie kein Verschulden trifft. Die haftungsbegründende Sorgfaltswidrigkeit ist im Fall des § 84 Abs. 5 AktG allerdings grobe Fahrlässigkeit, es sei denn es liegt ein Fall des §84 Abs. 3 AktG vor, wonach wiederum leichte Fahrlässigkeit reicht.⁸²⁰ Das GmbHG enthält keine vergleichbare Regelung. Bis dato wurde – soweit ersichtlich – eine analoge Anwendung des §84 Abs. 5 auf die GmbH nicht diskutiert. Eine solche analoge Anwendbarkeit des §84 Abs. 5 AktG ist m.E. zu befürworten, da die Situationen bei GmbH und AG ähnlich gelagert sind. Das Leitungsorgan fügt durch seine rechtswidrige und grob fahrlässige Leitung dem Gläubiger einen Schaden zu, da durch den Einfluss des Leitungsorgans auf die Gesellschaft die Gesellschaft den Gesellschaftsgläubiger schädigt. Diese analoge Anwendbarkeit hat dann

816 Gruber, Organaußenhaftung, wbl 2006, 445

817 Koziol, Welser 300

818 Fritz, Vorsorgestrategien, SWK 2005, W 99

819 u.a. Paefgen in Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG, § 43 Rn. 176

820 OGH, 31.10. 1973, 1 Ob 179/73 (SZ 46/ 113); Strasser in Jabornegg, Strasser §§77-84, Rz 121

nicht zu greifen, wenn der GmbH GF auf Grund einer Weisung der Gesellschafter handelt und diese Weisung auch zu befolgen ist.⁸²¹

Selbstverständlich besteht für den Vorstand und den GF auch eine Haftung auf Grund strafrechtlicher (z.B.: § 159 StGB, § 255 AktG, § 121 GmbHG) finanzstrafrechtlicher (z.B.: § 9 BAO) und anderer öffentlich rechtlicher Vorschriften.

3.1.8.4. Handeln mehrerer

Die Vorschrift wonach bei mehrgliedrigen Vorständen jeder Vorstand, der rechtswidrig und schuldhaft handelt, als Gemeinschuldner haftet (§84 Abs. 2 AktG)⁸²² ist insofern überflüssig, als dies auch nach allgemeinen zivilrechtlichen Kriterien und daher m. E. (selbstverständlich) auch für die GmbH gilt. Irrelevant für die Gesamtschuldnerhaftung im Außenverhältnis ist Unerheblich im Außenverhältnis ist die Art⁸²³ und Schwere⁸²⁴ der Pflichtverletzung sowie der Grad des Verschuldens⁸²⁵.des jeweiligen Vorstandes / GF

3.1.8.5. Umfang des Schadenersatzes

Vom Vorstandsmitglied zu ersetzen ist der entgangene Gewinn (Art 8 Nr. 2 4. EVHGB.) Das DHG kommt für Vorstandsmitglieder nicht in Betracht.⁸²⁶ Beim GF kommt es – wie bereits erläutert - auf den jeweiligen Anstellungsvertrag an. Die Gesellschaft ist berechtigt, Forderungen gegen den Vorstand / GF mit Forderungen des Vorstandes gegen die Gesellschaft (z.B. auf Grund des Vorstandsvertrages/ Geschäftsführervertrages) aufzurechnen.⁸²⁷

3.1.8.6. Haftungsausschluss gemäß §84 Abs. 4 AktG

In seinem Abs. 4 bestimmt § 84 AktG einen Haftungsausschluss für Vorstände, nämlich dann, „wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht.“ Ein Haftungsausschluss auf Grund einer Handlung wegen Billigung derselben durch den AR

821 zur Weisungsbefugnis und ihren Grenzen siehe schon.insb. 3.1.4.2.

822 dazu auch: OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/ 84 (GesRZ 1986,97)

823 BGH, ZIP 1987, 1050, 1051 = GmbHR 1986, 302 = WM 1986, 789.

824 Haas in Michalski, GmbHG §43 Rz. 226

825Paefgen in Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG § 43 Rz. 102;

826 OGH 05.02. 1985, 4 Ob 5/85 (GesRZ 1985, 142)

827 OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 36)

wird durch das Gesetz ausdrücklich verneint. Vergleiche und Verzichte über Ansprüche, welche der Gesellschaft zustehen, können erst verglichen werden, bzw. kann auf diese nur dann verzichtet werden, wenn fünf Jahre nach der Entstehung des Anspruches vergangen sind und zumindest 71 % des Grundkapitals zustimmen (arg: § 84 Abs. 4 AktG: Nicht eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals erreichen, widerspricht.). Die Einhaltung der Fünfjahresfrist ist nur dann nicht notwendig, wenn das Vorstandsmitglied zahlungsunfähig ist oder sich mit seinen Gläubigern zur Abwendung eines Konkurses vergleicht. Eine analoge Anwendung des § 84 Abs. 4 AktG auf das GmbH Recht wurde vom OGH ausdrücklich verneint, da der OGH nicht vom Bestehen einer planwidrigen Lücke ausgeht.⁸²⁸ Dieser Ansicht ist zweifelsfrei zuzustimmen, da das GmbHG und das AktG in diesem Punkt komplett konträr sind und den Geschäftsführer und den Vorstand hinsichtlich Weisungsunterworfenheit und Weisungsgebundenheit unterschiedlich behandelt wissen wollen.⁸²⁹

3.1.8.7. Geltendmachung der Ansprüche

Die Ansprüche des § 84 AktG können wahlweise vom AR oder vom einzelnen Vorstandsmitglied geltend gemacht werden, wobei das Vorstandsmitglied gegen das sich der Anspruch richten soll, nicht stimmberechtigt ist.⁸³⁰ Bei der GmbH werden die Ansprüche von der Gesellschaft verfolgt (§25 GmbHG)

M.A.n. ist bis auf Ausnahmefälle die „Nichtverfolgung“ eines pflichtwidrig und sorgfaltswidrig handelnden Vorstands-/GF Mitglieds bereits Anknüpfungspunkt für eine Haftung jener Vorstandsmitglieder (AR- Mitglieder) bzw. Gesellschafter, die für die Nichtverfolgung stimmen, sofern dies zum (zumindest mittelbar vermögensrelevanten) Schaden der Gesellschaft ist und dem keine übergeordneten Interessen anderer Interessensgruppen entgegenstehen (z.B. Kursverfall an der Börse bei Klage gegen Vorstand). Demzufolge ist eine „Pflicht zur Verfolgung des rechtswidrig und schuldhaften Vorstandsmitglieds / GF “ durchaus zu bejahen, wenn eben keine übergeordneten Interessen anderer (Gesellschaft, Aktionäre, Gläubiger) greifen, da die „Nichtverfolgung“ eines

828 OGH 12.04.1989, 2 Ob 566/88

829 dazu siehe schon 3.1.4.2.

830 Strasser, in Jabornegg/Strasser §§ 77 – 84, Rz 105

(notorisch) pflichtwidrig handelnden Vorstände / GF durch andere Vorstands-/ GF - Kollegen oder den AR nicht in Einklang mit §§ 70,84 AktG bzw. §25 GmbHG zu bringen ist.

3.1.8.8. Beweislast

§84 Abs. 2 AktG normiert, dass der Vorstand beweisen muss, dass er den Sorgfaltsmaßstab des § 84 Abs. 1 AktG eingehalten hat. Diese Bestimmung ist genauso zu lesen und anzuwenden wie § 1298 ABGB.⁸³¹ Selbiges gilt trotz fehlender vergleichbarer Vorschrift im GmbHG auch für die GmbH.⁸³² Nichtsdestotrotz wird die Vorschrift vom OGH so interpretiert, dass der Vorstand / GF auch beweisen muss, dass er nicht rechtswidrig gehandelt hat und ihn am rechtswidrigen Handeln kein Verschulden trifft.⁸³³ Das Verschulden des Vorstandes / GF wird also vermutet.⁸³⁴ Ein – für die Praxis - überaus wichtiger „Freibeweis“ ist, dass der Vorstand / GF nachweisen kann, dass er sich bei einer rechtswidrigen Entscheidung auf einen fachkundigen Experten verlassen hat.⁸³⁵ Der Beweis des Schadens bleibt der Gesellschaft überlassen.⁸³⁶

3.1.9. Vorstands – und geschäftsführerbezogene Klauseln in Syndikatsverträgen – Eine Zusammenfassung

3.1.9.1. Gemeinsame Grundsätze für Vorstand und GF

Praktisch essentiell ist m.E. nach die in Österreich etablierte und richtige Judikatur, dass der Informationsfluss von GF / Vorstand an einen (allfälligen) Aufsichtsrat oder an den Gesellschafter de facto in den Verantwortungsbereich des Vorstandes fällt. Daher empfiehlt sich auch bzw. scheint es praktikabel eine Berichtsordnung zu erlassen in der dem Leitungsorgan vorgeschrieben wird, welche Informationen in den (Standard-) Berichten, regelmäßig zu erfolgen haben (Cash – Flow-, GuV-, Bilanzstatements usw.). Unabhängig davon sind Vorstände / GF gegenüber AR ohnehin zur unbedingten Offenheit verpflichtet.

831 OGH 12.9.1984, 3 Ob 80/84 (RdW 1985, 42)

832 OGH 16.3.2007, 6 Ob 34 /07 d mit Kommentar von Felzl, Fragner, Beweislastumkehr, GesRZ 2007, 219

833 zuletzt: OGH 16.03.2007, 6 Ob 34 /07d; vgl. auch schon: OGH 24.6.1998 (RdW 1998, 671)

834 OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77 (GesRZ 1978, 36)

835 Nowotny in Doralt, Nowotny, Kastner §84 Rz 26

836 OGH 14.01.2000, 1 Ob 228/99g

M.E. fehlen in zu vielen Syndikatsverträgen Klauseln, die sich mit der Qualifikation von Vorständen und GF auseinandersetzen. Dies auch deshalb, da m.M.n. die Judikatur in die (richtige) Richtung einer „analogen“ Anwendbarkeit des §23 Abs. 5 dAktG geht, was wiederum dazu führt, dass die Implementierung eines nicht kompetenten Vorstandes die Syndikatspartner bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen haftbar macht. Abgesehen davon ist auch jener bereits zitierten Ansicht zu folgen, die eine Anfechtbarkeit des Bestellungsbeschlusses bei „Ungeeignetheit“ des Vorstandes / GF befürwortet. Korrespondierend empfehlen sich m.E. aber auch syndikatsrechtliche Bestimmungen, wann Gründe vorliegen, die alle Vertragspartner verpflichten, für einen Widerruf der Bestellung des Vorstandes zu stimmen. Ist das Wohl der Gesellschaft in Gefahr, besteht diese Pflicht nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung sowieso und zwar unabhängig davon ob die in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag oder in einem Syndikatsvertrag festgehalten ist oder nicht.

AR dürfen auch nicht verpflichtet werden, bestimmte Personen zu Vorständen oder Geschäftsführern zu bestellen, da auch AR – wie der Vorstand einer AG – weisungsfrei ist.

Sowohl bei Vorständen als auch bei GF wird unter „Leitung der Gesellschaft“ die Geschäftsführungsbefugnis im Innen- und die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis verstanden (zur vorstandsspezifischen Weisungsfreiheit siehe 3.1.9.2.) Als zwingend – und somit nicht der Disposition von Satzung oder syndikatsvertrag unterliegend – ist anzusehen, dass die Satzung und der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand als oberste Leitlinie ebenso gilt, wie dass sich die Leitung an der dauernden Bestand des Unternehmens und damit an der dauerhafte Rentabilität des Unternehmens zu orientieren hat. Damit ist auch jedes Rechtsgeschäft oder jede faktische Handlung, die diesen Grundsätzen widerspricht, weil ggfs. Syndikatspartner eigene Interessen verfolgen, nichtig.

Auf Grund der Tatsache, dass die Außenvertretungsbefugnis unbeschränkbar ist, sind natürlich auch Handlungen der Syndikatspartner für die kontrollierte Gesellschaft unzulässig.

Des Öfteren finden sich in Syndikatsverträgen Klauseln, welche die Mehrheitsregelung im GF / Vorstand festlegen. Da die gesetzliche Bestimmung (§838 ABGB) dispositiver Natur ist, ist natürlich eine Änderung (nur) durch die Satzung möglich. Nach meinem Dafürhalten sind allerdings Klauseln, die ein Alleinentscheidungsrecht oder ein Vetorecht mancher Vorstände vorsehen im Hinblick auf §77 dAktG unzulässig.

Praktisch besonders bedeutsam sind Syndikatsvertragsbestimmungen, die Ressorts- bzw. Geschäftsverteilungen normieren. Grundlage für jede Ressortverteilung ist, dass sie nach der Satzung nicht ausgeschlossen sein darf und dass der Ressortverteilung nicht Materien zugeführt werden, die dazu nicht geeignet sind, wie etwa ressortübergreifende Angelegenheiten oder jene Geschäftsangelegenheiten, die schon durch das AktG / GmbHG von allen Vorstandsmitgliedern / GF zu erledigen sind. Der OGH hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die Organe der Gesellschaft, also Vorstand und AR, befugt sind, sich selbst eine Ressortverteilung zu geben. Nicht ausjudiziert ist ob Ditte, also etwa durch Syndikatsvertrag verbundenen Aktionäre den Kollegialorganen eine Geschäftsordnung geben können. Diese Möglichkeit muss verneint werden, da eine Ressortverteilung materiell eine Weisung darstellt, wie die Geschäfte im Organ Vorstand zu verteilen sind und wer welche Aufgaben wahrzunehmen hat. Unter diesem Gesichtspunkt ist es m.E. nach höchst bedenklich, dass der Aufsichtsrat dem Vorstand eine Geschäftsverteilung vorschreiben kann. Diese These ist aber sowohl in der Judikatur als auch in der hL. unbestritten. Nach hL und Rechtsprechung ist es der Satzung unbenommen dem Aufsichtsrat die Kompetenz zur Erlassung einer Geschäftsordnung zuzuweisen und inhaltliche Kriterien festzulegen. Dies kann natürlich auch in einem Syndikatsvertrag geregelt werden, wobei natürlich die bereits zitierten Grundsätze – wie sonst auch – zu beachten sind (dazu siehe: **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**)

Trotz Ressortverteilung gilt das zwingende Prinzip der Gesamtverantwortung. Für überstimmte Vorstandsmitglieder kommt eine Haftung nur dann nicht in Betracht, wenn die Vorstände, die gegen den Beschluss gestimmt haben, alles Zumutbare - wie die Befassung des Aufsichtsrates - unternehmen, um die Vorstandskollegen zu einer identen Stimmabgabe zu bewegen und anschließend nicht an der Umsetzung des haftungsbegründenden Beschlusses mitwirken. Inhaltlich erschöpft sich die Haftung der nichtzuständigen Vorstände GF lediglich bei Verletzung von Informations-, Überwachungs- und Interventionspflichten. Strittig ist aber die Intensität der Überwachungspflichten, die nur im Einzelfall beurteilt werden kann.

Syndikatsverträge oder die Satzung können, entgegen der von manchen Autoren vertretenen Ansicht, keine Ungleichbehandlung von Vorständen bzw. GF vorsehen.

Die Bestimmungen zu den Sorgfaltsmaßstäben (§§ 25 GmbHG, 84 AktG) sind nach hL und nach der Rechtsprechung zwingender Natur und können daher weder durch Satzung / Gesellschaftsvertrag noch durch Syndikatsvertrag abbedungen werden. Zu beachten ist jedenfalls, dass diese Bestimmungen den sorgfaltsmaßstab und nicht einen „Rechtmäßigkeits- oder Pflichtenkatalog“ festlegen. Daher muss es den Syndikatspartnern unbenommen bleiben, diesen Pflichtenkatalog, der sich aus der Rechtsordnung und der Rechtsprechung ableitet zu konkretisieren. Dies empfiehlt sich auch deshalb, da Leitungsorganen in der Praxis oft genug nicht die Grundprinzipien der eigenen Verantwortung bewusst sind. In einen solchen Pflichtenkatalog kann etwa aufgenommen werden, dass der Vorstand / GF der Liquidität des Unternehmens, der Unternehmensplanung und -steuerung, der Überwachung der Finanzlage sowie der Gewährleistung des unternehmensinternen Informationsflusses besondere Beachtung zu schenken hat.

3.1.9.2. Vorstandsspezifische Klauseln

Gemäß §70 AktG ist der Vorstand zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft verpflichtet. Eigenverantwortlichkeit bedeutet u.a. nicht nur, dass Zustimmungen des AR den Vorstand nicht exkulpieren, sondern auch dass der Vorstand gegenüber allen Weisungen Dritter, also auch etwa gegenüber Aufsichtsrat und Aktionären „immun“ ist. Da §70 AktG zwingend ist, sind selbstverständlich anderslautende Klauseln in Syndikatsverträgen, die auf eine Bindung des Vorstandes gegenüber anderen Gesellschaftsorganen oder Aktionären abzielen, unzulässig. Gelegentlich finden sich Bestimmungen, die Syndikatspartner oder deren Bevollmächtigte oder von ihnen entsandte AR – Mitglieder verpflichten, auf (entsandte) Vorstände „einzuwirken“, dass diese in Syndikatsversammlungen gefasste Beschlüsse umsetzen. Diese Klauseln, sind auch häufig als „Bemühungsverpflichtung“ formuliert. Zielen Syndikatsverträge oder Syndikatsbeschlüsse darauf ab, Weisungen zu erteilen oder Vorstände unter Druck zu setzen eine gewisse Entscheidung (nicht) zu treffen, sind diese – da mit dem Wesen einer Aktiengesellschaft nicht vereinbar – nichtig. Bloße „Bemühungsverpflichtungen“ hingegen einen Vorstand etwa in einer Diskussion von einer bestimmten Ansicht zu überzeugen, sind zwar nicht als nichtig zu beurteilen, aber wegen der mangelnden rechtlichen Verbindlichkeit für den Vorstand nur als Verpflichtung der zur Bemühung verpflichteten Person zu deuten.

Eine verbindliche Weisung etwa Konzerninteressen zu berücksichtigen, sind gemäß §70 AktG ebenfalls nichtig. Werden hingegen Verträge abgeschlossen, die den Vorstand auf Konzerninteressen einschwören, ist streng zu unterscheiden. Entsprechen diese Interessen auch den Vorgaben des §70 AktG und nicht bloß fremden – wenn auch konzernrelevanten – Interessen ist der Geschäftsführer verpflichtet, sich an diese Verträge zu halten, da sonst Schadenersatzansprüche gegen die von ihm kontrollierte Gesellschaft zu befürchten sind, was wiederum nicht seiner Pflicht zu rechtmäßigem Handeln entsprechen würde. Keinesfalls dürfen solche Verträge allerdings Weisungen enthalten oder bestimmen auf Welche Art, welche Vertragszielsetzungen zu erreichen sind, da dies dem Grundsatz der freien Ermessensausübung widersprechen würde.

3.1.9.3. GF bezogene Klausel

Da die meisten diskutierten Bestimmungen sowohl auf Vorstände als auch auf GF anzuwenden sind, ist in diesem Unterpunkt lediglich der gegenüber der Situation beim Vorstand konträre Themenkreis der Weisungsproblematik beim GF zu erörtern. Neben den zwingenden GF – Befugnissen gibt es keinen Bereich in welchem dem GF keine Weisung durch Beschluss erteilt werden kann. Grenzen der Weisungsbefugnis sind nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung nicht nur der Gesetzesbestand im materiellen Sinn sondern auch der Gesellschaftsvertrag. Sind Weisungen in diesem Sinn rechtswidrig, muss unterschieden werden, ob die Weisung Nichtigkeit oder anfechtbarkeit begründet. Nichtige Weisungen sind rechtlich nicht existent. Bei anfechtbaren Weisungen ist in Übereinstimmung mit der Lehre aber kontrovers zur Judikatur davon auszugehen, dass die Weisung ihre Verbindlichkeit dann erlangt, wenn die Frist zur Anfechtung abgelaufen ist. Begründet die anfechtbare Weisung allerdings haftungsrechtliche Konsequenzen, sind diese nicht zu befolgen, da der Geschäftsführer nicht „gezwungen“ werden kann, sich gegen seinen Willen einer Haftung auszusetzen.

3.2. Der Aufsichtsrat

3.2.1. AR – Pflicht bei AG und GmbH

Es wird an dieser Stelle – da wohl eindeutig und unbestritten⁸³⁷ - auf detaillierte Ausführungen zur Thematik, dass ein Aufsichtsrat bei jeder AG obligatorisch ist, verzichtet.

Aus der Gesetzessystematik des GmbHG ist ableitbar, dass bei der GmbH ein AR nicht verpflichtend einzurichten ist (§ 29 Abs. 1 und 2 GmbHG), sondern nur wenn die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 GmbHG vorliegen („obligatorischer AR“). In allen anderen Fällen kann dies durch die Gesellschafter geschehen („fakultativer AR“ - arg lt. §29 Abs. 3 GmbHG: „Keine Pflicht besteht.....“). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass, sofern die Gesellschafter bei der Gründung einen AR vorsehen, dieser auch zu besetzen ist, da sonst die Eintragung der Gesellschaft im FB zu verweigern ist.⁸³⁸ Auf die detaillierte Wiedergabe des § 29 GmbHG wird an dieser Stelle verzichtet, da sich die AR - Pflicht im Großen und Ganzen unproblematisch aus dem Gesetz ergibt. Lediglich zur Frage der „durchschnittlichen Arbeitnehmeranzahl“ scheint eine interpretative Erläuterung geboten.

Für die Frage, ob ein AR zu bestellen ist, ist zum Teil (z.B.: § 29 Abs. 1 Z.2 GmbHG) die durchschnittliche Arbeitnehmeranzahl maßgeblich. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass für die Definition des Arbeitnehmerbegriffes § 36 ArbVG maßgeblich sein soll, weshalb alle im Rahmen des Betriebes beschäftigten Personen, unabhängig von ihrer Arbeitszeit, mitgezählt werden müssen. Daher sind Personen, die etwa mittels Werkvertrag, oder freiem Dienstvertrag an das Unternehmen gebunden sind ebenso wenig zu berücksichtigen, wie Organmitglieder, leitende Angestellte, und kurzfristig zu Ausbildungszwecken im Betrieb befindliche Personen.⁸³⁹ Zur Ermittlung der durchschnittlichen Arbeitnehmeranzahl (§ 29 Abs. 4 GmbHG) sind die Arbeitnehmerzahlen der letzten 12 Monate am jeweiligen

⁸³⁷ für die einheitliche Lehre und Rechtssprechung stellvertretend bloß bereits etwa: Kastner, Doralt, Nowotny 177

⁸³⁸ OLG Linz 16.9.1987, 4 R 210/87 (NZ 1989, 18)

⁸³⁹ Koitz – Arko, Koitz, Arbeitnehmeranzahl, SWK, 1994, D 47

Monatsletzen zusammenzuzählen (§29 Abs. 3 GmbHG) und anschließend durch zwölf zu dividieren, wobei das Bilanzjahr maßgeblich ist.⁸⁴⁰

3.2.2. Kein substantieller Unterschied zwischen fakultativem und obligatorischem AR

Wird ein fakultativer AR eingerichtet, sind nach der Rechtsprechung die Bestimmungen des GmbHG zum obligatorischen AR auch für den fakultativen AR verpflichtend anzuwenden,⁸⁴¹ was dazu führt, dass insbesondere die zwingende Bestimmung des § 110 ArbVG (Entsendungsrecht des Betriebsrates) nicht umgangen werden darf wie etwa durch Errichtung eines Beirates.⁸⁴² Diese Gleichstellung von fakultativen und obligatorischen AR kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass Mitglieder eines fakultativen AR ebenso haften wie jene eines obligatorischen AR, da sie die gleichen Rechte und Pflichten haben.⁸⁴³

Daraus folgt, dass die nachgenannten Bestimmungen sowohl für den obligatorischen als auch für den fakultativen AR gelten, wobei im Folgenden auf allfällige Unterschiede zwischen GmbH – Recht und AktG ausdrücklich hingewiesen wird.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass zwischen dem AR einer AG und jenem einer GmbH keine substantiellen Unterschiede bestehen.⁸⁴⁴ Die einzigen in der Praxis wohl relevanten Ausnahmen sind u.a., dass das GmbHG keine Höchstgrenzen an AR Mitgliedern kennt und die Quote entsandter Mitglieder nicht beschränkt ist. Diese Unterschiede werden in der Folge behandelt.

840 Koitz – Arko, Koitz, Arbeitnehmeranzahl, SWK, 1994, D 47

841 OGH 27.09.2006, 9 ObA 130/05s (Ges 2007, 16); Diese Umgehungspflicht bezieht sich nach diesem Judikat auf alle zwingenden AR - Bestimmungen

842 a.A. in Abkehr von der Rechtssprechung (dazu unten): Auer, Fritz; Zum Beirat, der ein fakultativer Aufsichtsrat sein soll, GBU 2007/07-08/13

843 OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k (SZ 2002/26); zur Aufsichtsratschaftung siehe 3.2.11.

844 Koppensteiner, Rüffler § 29 Rz 5

3.2.3. Beiräte

Häufig finden bei GmbHs Organe, die Bezeichnungen wie „Beirat“, „Verwaltungsräte“ udgl. tragen. Welche Rechte und Pflichten die(se) Organe (Organmitglieder) treffen, hängt primär von deren Befugnissen ab. Allgemein gilt der Grundsatz, dass für einen Beirat / Verwaltungsrat dieselben Regelungen gelten wie für einen Aufsichtsrat, sofern er über dessen Kernkompetenzen, verfügt.⁸⁴⁵ Ist er neben dem AR bestellt, unterliegt er dessen Aufsicht, sofern er Aufgaben hat, die in die Überwachungskompetenz des AR fallen.⁸⁴⁶

Das AktG ist vom Leitgedanken der Kompetenztrennung (mit-) beherrscht, weshalb Beiräten, Verwaltungsräten udgl. keine Kompetenz übertragen werden darf, die gesetzlich einem anderen Organ zugewiesen ist und daher nur mehr eingeschränkte Tätigkeitsfelder (wohl lediglich beratender Natur) übrig bleiben.⁸⁴⁷

Als Conclusio ist somit festzuhalten, dass sowohl das AktG als auch das GmbHG nur für tatsächlich beratende Beiräte tatsächlich Platz hat, während sie bei Übernahme von aufsichtsratstypischen Agenden entweder schlicht unzulässig sind (AktG) oder die Regeln des GmbHG zu Aufsichtsräten (GmbH) zur Anwendung kommen.⁸⁴⁸

3.2.4. Zusammensetzung des AR sowie Entsendung, Wahl, und Abberufung von AR – Mitglieder

3.2.4.1. Zusammensetzung des AR – Anzahl und persönliche Voraussetzungen der AR Mitglieder (§86 AktG, §30 GmbHG, §100 ArbVG)

Jeder AR muss aus zumindest drei Mitgliedern bestehen, wobei die Satzung / der Gesellschaftsvertrag eine höhere Anzahl festlegen kann. (§30 GmbHG, §86 AktG). Eine höhere Anzahl ist dann zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag keine gegenteilige Bestimmung enthält (§ 30 GmbHG). Seit dem URÄG 2008 beträgt die Grenze bei der AktG generell zwanzig Mandate. Die normierten Grenzen sind zwingender Natur und betreffen nur

845 OGH OGH 27.09.2006, 9Ob A 130/05s

846 in diese Richtung: Reich – Rohrwig, Beirat, ÖJZ 1981, 509

847 Kastner, Doralt, Nowotny 215

848 im Ergebnis ähnlich: Fritz, GmbH s 274 Rz 704f;

die Kapitalvertreter⁸⁴⁹ und zwar gleich ob sie gewählt, entsandt oder vom Gericht bestellt sind. Verstöße gegen diese Vorgaben ziehen die Unwirksamkeit der Satzungsbestimmung nach sich.⁸⁵⁰ Eine analoge Anwendung der Regeln des AktG auf das GmbH Recht kommt nicht in Betracht.⁸⁵¹

Zur Ausübung der Aufsichtsratsfunktion sind gemäß § 30 a GmbHG /§ 86 AktG natürliche Personen berechtigt, welche die in § 30 a GmbHG bzw. in § 86 AktG genannten Voraussetzungen erfüllen.

Des Weiteren ist zu beachten, dass AR - Mitglieder zumindest jene fachlichen Qualifikationen aufweisen müssen, die zu einer Tätigkeit als AR befähigen (ausdrücklich: §30 b Abs. 1a GmbHG). Welche Fähigkeiten das konkret sind, lässt sich nur aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Verpflichtungen des AR „herauslesen“ bzw. nach einer Analyse der Rechtsprechung und Lehre sagen. Selbst der durch das BGBl I 2005/59 neu eingefügte § 87 Abs. 1a AktG spricht nur davon, dass die zur Wahl stehenden Personen vor der Wahl ihre Qualifikation bzw. ihren beruflichen Werdegang ebenso wie Umstände, die Besorgnis an ihrer Befähigung begründen können, darzulegen haben.

Den Gesellschaftern /Aktionären steht es frei, Qualifikationsmerkmale zu normieren, solange diese nicht so speziell formuliert sind, dass eine Auswahl praktisch nicht möglich ist (zur Kritik an dieser Auffassung sogleich).⁸⁵² Keinesfalls kann es maßgeblich sein, dass die Satzung die Erfordernisse so zu formulieren hat, dass der HV die Wahlmöglichkeit nicht genommen wird (dazu schon oben), da es primär darauf ankommen muss, die richtigen AR – Mitglieder auszuwählen und nicht die Wahlmöglichkeiten auch auf nicht geeignete Personen zu erstrecken. Es kann m.E. nicht angehen, dass unter dem Deckmantel die größtmögliche Auswahl zu haben, darauf vergessen wird, die Qualifikationen der AR – Mitglieder in den Mittelpunkt des Interesses zu rücken.

Aus dem Gesetz selbst (§96 AktG) ergibt sich m.M.n. zumindest die Fähigkeit Bilanzen lesen und wohl auch analysieren zu können,⁸⁵³ sowie die Fähigkeit zum Teil komplexe Rechtsgeschäfte (§ 30 j Abs. 5 GmbHG, §95 Abs. 5 AktG) nachvollziehen und deren

849 Kastner, Doralt, Nowotny 242

850 Strasser in Jabornegg, Strasser §86, Rz 2ff

851 Fritz, GmbH 236 Rz 636

852 vertretend für die hL. Kastner, Doralt, Nowotny 243

853 zur Prüfpflicht des Jahresabschlusses siehe. unter 3.2.7.3.4.

rechtliche und wirtschaftliche Auswirkungen abschätzen und beurteilen zu können. Die Rechtsprechung zu dieser Thematik ist ähnlich wie bei der Haftung des Vorstandes unterschiedlich und zum Teil widersprüchlich. In einem Judikat wird etwa einerseits betont, dass jedes AR – Mitglied zumindest über solche Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen muss, die es ihm erlauben, betriebswirtschaftliche Fragen der (Unternehmens-) Steuerung erfassen zu können, was typischerweise schon von einem GF / Vorstand erwartet werden kann,⁸⁵⁴ während an anderer desselben Judikats sogar Fähigkeiten und Wissen gefordert werden, die jene eines durchschnittlichen Kaufmannes übersteigen.⁸⁵⁵ Genereller ausgedrückt, lässt sich wohl festhalten, dass ein AR – Mitglied in der Lage sein muss, die in der AG anfallenden Geschäftsfälle zu verstehen und beurteilen zu können, damit er seiner Überwachungsfunktion auch tatsächlich nachkommen kann.⁸⁵⁶

Es kommt aber für die Eignungsfähigkeit nicht nur auf die Kenntnisse im Zeitpunkt der Bestellung an, sondern es besteht nach richtiger Ansicht der Lehre auch die Verpflichtung sich als AR – Mitglied weiter zu bilden um am letzten Stand der rechtlichen, wirtschaftlichen und branchenspezifischen Entwicklungen zu sein.⁸⁵⁷ Dieser Ansicht ist (selbstverständlich) auch deshalb zuzustimmen, da man eben nicht nur AR Mitglied zum Zeitpunkt der Wahl bzw. Entsendung ist, sondern auch über den darüber hinausgehenden Zeitraum, weshalb die Veränderung rechtlicher, wirtschaftlicher und branchenspezifischer Veränderungen im Auge zu behalten ist. Dieser Grundsatz muss wohl auch für Vorstände gelten, da diese noch tiefer in den Agenden der Gesellschaft verfangen sind als Aufsichtsräte.

Nach neuerer Rechtsprechung müssen diese erforderlichen Fähigkeiten wohl von jedem AR – Mitglied verlangt werden, da in diesem Zusammenhang mit dem Begriff „Aufsichtsrat“ von der Rechtsprechung nicht der AR als Kollegialorgan, sondern jedes einzelne AR – Mitglied gemeint ist.⁸⁵⁸

Fraglich ist, welche Folgen sich daraus ergeben können, wenn ein AR - Mitglied nicht über die geforderten Fähigkeiten verfügt.⁸⁵⁹ Jedenfalls ist aber dem nicht mit dem nötigen Wissen ausgestatteten AR ein Einlassungsverschulden vorzuwerfen.⁸⁶⁰ M.M.n. ist aber auch eine

⁸⁵⁴ dazu siehe 3.1.2

⁸⁵⁵ OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76 (EvBl 1978/4)

⁸⁵⁶ Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG §100 Rz 2

⁸⁵⁷ Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §86 Rz 48

⁸⁵⁸ OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k (SZ 2002/26)

⁸⁵⁹ zur Haftungsproblematik des AR – Mitgliedes siehe die Erläuterungen zu § 99 AktG unter .3.2.11.

⁸⁶⁰ Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

Haftung der Syndikatspartner unter gewissen Umständen zu befürworten, wenn etwa Personen entsandt oder nominiert werden, welche die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse nicht aufweisen.⁸⁶¹ Weshalb in solchen Fällen nämlich keine Haftung der Syndikatspartner – insbesondere bei Entsendung des AR Mitgliedes - gegenüber der Gesellschaft oder anderen Aktionären auf Grund von Auswahlverschulden bestehen soll, ist schlicht uneinsichtig.⁸⁶²

Die Rechtsprechung sieht neben den bereits bestehenden haftungsrechtlichen Konsequenzen dann ein zur Anfechtung berechtigendes Bestellungshindernis, wenn durch die mangelnde Eignung eine Schädigung der Gesellschaft durch die Bestellung bereits zu erwarten ist.⁸⁶³ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn für die AktG normiert §195 Abs. 2 AktG, dass die Möglichkeit zur Anfechtung dann besteht, wenn „mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich.....geschäftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft“ erlangt werden. Vorsatz ist bereits dann gegeben (Eventualvorsatz), wenn „eine Schädigung der Gesellschaft durch die Bestellung bereits zu erwarten ist“. Die Regeln im GmbHG sind materiell gleich.⁸⁶⁴

Besonders diskussionswürdig – weil die zu Grunde liegende Frage (und die Beantwortung) in der Praxis von größter Bedeutung und in deutlichem Widerspruch zur Rechtsprechung steht – ist die von Kalss aufgestellte These, wonach die Anforderungen an AR – Mitglieder insofern abgestuft sind, als gleichsam jedes AR – Mitglied durch eigenes Spezialwissen zu einem kumulierten Spezialwissen des Gesamtorgans beitragen muss.⁸⁶⁵ Dies muss als Umkehrschluss zu einer hochgradigen Spezialisierung des AR – Mitgliedes führen, was gleichzeitig bedeutet, dass in anderen Themenbereichen Wissens – und Erfahrungslücken bestehen können. Diese Ansicht mag zwar (äußerst) praxisnah sein, entspricht m.E. aber nicht dem Telos des Gesetzes. Dazu folgende Bemerkung: Der AR als Kollegialorgan trifft seine Entscheidungen durch Beschluss. Jedes AR – Mitglied trägt durch seine Stimmabgabe zu einem positiven oder negativen Beschluss bei. Folgerichtig muss davon ausgegangen werden, dass jedes AR – Mitglied im Beschlusszeitpunkt über die notwendigen fachlichen Voraussetzungen (auch Spezialwissen) verfügen muss. Dieses Spezialwissen kann freilich

861 in die selbe Richtung gehend, wohl auch Strasser in Jabornegg, Strasser §86 Rz 13 der das bestellende Organ (HV) zur Haftung heranziehen möchte. Da Syndikatspartner regelmäßig auch Aktionäre sind, haften diese nach Strassers Ansicht, die auch hier vertreten wird;

862 ebenso eine Pflicht die Fähigkeit des AR zu prüfen Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG §100 Rz 2

863 OGH10.10.2002, 6 Ob 97/02 m (GesRZ 2003, 41)

864 siehe die Erläuterungen zur Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unter 2.5.7.

865 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §86 Rz 50f

nicht immer bei der Bestellung gegeben sein, ist aber durch eine Fortbildungspflicht⁸⁶⁶ aneignbar. Die mögliche und zugegebenermaßen praxisnahe Begründung für die dargestellte Ansicht von Kalss, dass ein AR – Mitglied oft mehrere Mandate in verschiedenen AR innehat und diese Wissensaneignung somit de facto unmöglich sei, argumentiert am Thema vorbei, denn nicht vorhandenes Wissen muss dazu führen, das AR Mandat abzulehnen, denn schließlich sieht auch das Gesetz lediglich die Möglichkeit – nicht aber die Pflicht – vor, eine bestimmte Anzahl an AR Mandaten anzunehmen.⁸⁶⁷

3.2.4.2. Entsendungsrechte

Die allgemeinen Fragen zu Entsendungsrechten betreffen auch den Vorstand / GF und zwar jene nach Charakteristika, Höchstpersönlichkeit, Entsendungsrecht für mehrere Aktionäre / Gesellschafter und ob ein Entsendungsrecht nicht auch in manchen Situationen eine Pflicht das Entsendungsrecht auszuüben, nach sich zieht. Die anderen in diesem Abschnitt erörterten Punkte sind als aufsichtsratsspezifisch anzusehen.

Entsendung bedeutet, dass der Berechtigte eine Person auf Grund eigener autonomer Entscheidung zum AR machen kann.⁸⁶⁸ Eine eigene Wahl ist dazu nicht notwendig. Der Gesellschaftsvertrag kann dieses Recht bestimmten Gesellschaftern oder Inhabern von Gesellschaftsanteilen zugestehen, wobei Inhabern von Gesellschaftsanteilen dieses Recht nur dann eingeräumt werden kann, wenn deren Anteile vinkuliert sind (§ 30 c Abs. 1 GmbHG).

Etwas abweichende Bestimmungen gelten für die AG. Eine Entsendungsmöglichkeit ist durch die Satzung eingeräumt, wobei alle Entsendeten maximal 1/3 aller AR – Mitglieder⁸⁶⁹ und zwar bezogen auf die Kapitalvertreter⁸⁷⁰ betragen darf und nur Inhabern von vinkulierten Namensaktien oder in der Satzung bestimmten Aktionären zusteht (§ 88 Abs. 1 und 2. AktG). Ist die AG nicht im Sinne des § 65 Abs. 1 Z 8 AktG börsennotiert, darf die Anzahl der entsendeten AR Mitglieder maximal die Hälfte aller AR betragen.

⁸⁶⁶ dazu oben unter 2.5.7.

⁸⁶⁷ Die Annahme von mehr als den gesetzlich zulässigen Mandaten führt zur Unwirksamkeit der Annahme der „überzähligen“ Mandate (§89 Abs.4 AktG).

⁸⁶⁸ Reich – Rohrwig I Rn 4/ 104

⁸⁶⁹ Mangel von Beginn an zieht Nichtigkeit aller Entsendungsrechte nach sich, während nachträgliche Entsendungen eines „überzähligen Mitglieds“ nur dessen Entsendung nichtig macht; vgl. dazu Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §88 Rz 15

⁸⁷⁰ Kastner, Doralt, Nowotny 246

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass das Entsendungsrecht höchstpersönlich ist. Daher soll es nach dieser Lehrmeinung auch bei Übertragung der Aktien / Geschäftsanteile untergehen.⁸⁷¹ Dieses Prinzip der Höchstpersönlichkeit wird aber von derselben Lehrmeinung, welche die Höchstpersönlichkeit betont, ausgehöhlt, wenn sie zulässt, dass die Satzung selbst den Übergang eines Sonderrechtes bestimmen darf.⁸⁷² Diesen Ausführungen zur Höchstpersönlichkeit bzw. zur Übertragbarkeit ist m. E. nicht zuzustimmen, da Unübertragbarkeit nun einmal Unübertragbarkeit bedeutet. Auf die Wahl des „Transportmittels“ (Satzung / Gesellschaftsvertrag oder Kaufvertrag) kann es nicht ankommen. Richtigerweise wird davon auszugehen sein, dass das Entsendungsrecht ein Sonderrecht darstellt und ohne Zustimmung des Berechtigten nicht entzogen werden darf.⁸⁷³ Allerdings erlischt das Entsendungsrecht erst mit der Satzungs-/ Gesellschaftsvertragsänderung.⁸⁷⁴ Für die Annahme einer Höchstpersönlichkeit und somit einer Einschränkung der Übertragbarkeit bietet das Gesetz kein Fundament. Selbstverständlich darf der Gesellschaftsvertrag / die Satzung daher festlegen, dass das Entsendungsrecht auf einen Rechtsnachfolger übergehen kann.⁸⁷⁵

Steht das Entsendungsrecht mehreren Aktionären zu, ist vor der Entsendung eine Übereinkunft der betreffenden Aktionäre notwendig, die bei Fehlen anderwärtiger Regelungen, nach mancher Ansicht Einstimmigkeit erfordert.⁸⁷⁶ M.A.n. ist dies abzulehnen, da diese Aktionärsgruppe auf Grund des gemeinsamen Zusammenwirkens (Koordination wer entsendet werden soll) zu einem gemeinsamen Zweck (die Entsendung an sich) als GesbR zu qualifizieren ist, weshalb nach allgemeinen Regeln des GesbR - Rechts Stimmenmehrheit ausreicht.

Strasser vertritt die Ansicht, dass die Entsendung ein Recht darstellt, das auch dann nicht ausgeübt werden muss, wenn die Nichtentsendung die Beschlussunfähigkeit des AR zur Folge hat, da ja auch die Entsendung durch das Gericht in Betracht kommt.⁸⁷⁷ Dieser Rechtsmeinung kann in dieser Form nicht zugestimmt werden, wobei sich der tatsächliche

871 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss, §88 Rz 4ff

872 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §88 Rz 9

873 Umlauf, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, NZ 1992, 89

874 Hüffer, AktG §101 Rz 8

875 so auch Umlauf, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, NZ 1992, 89

876 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 14

877 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 20, der aber einen Schadenersatzanspruch bei „rechtsmissbräuchlicher Nichtentsendung“ annimmt ohne eine Pflicht zur Entsendung zu bejahen

Lösungsansatz bereits aus der Treuepflicht⁸⁷⁸ gegenüber der Gesellschaft ergibt. Man stelle sich eine AG vor, die wegen einer Vakanz im AR ggfs. kein neues AR Mitglied wählen kann, da dies durch das Entsendungsrecht eines Aktionärs verhindert wird, und dieser Aktionär bleibt untätig und es kann deshalb in weiterer Folge nicht die Entscheidung fallen, ob eine vom Vorstand beantragte Maßnahme durchgeführt wird oder nicht (§95 Abs. 5 AktG, §30 j Abs. 5 GmbHG). Wägt man nun die sich aus der Treuepflicht ergebende Verpflichtung eines Aktionärs gegenüber der Gesellschaft ab, für einen funktionierenden AR (mit-)zusorgen gegen das Schutzbedürfnis des Säumigen / Unfähigen ab, schlägt das Pendel wohl - auch in Anbetracht allfälliger nachteiliger Konsequenzen für die Gesellschaft - eindeutig zu Gunsten des AR aus. Lediglich die Unmöglichkeit ein geeignetes (qualifiziertes) Mitglied zu entsenden, scheint eine vertretbare, wenn auch beweispflichtige Rechtfertigung zu sein. Ist die Nichtentsendung aber nicht rechtmäßig, sind natürlich nach allgemeinen Grundsätzen Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Aktionär zu bejahen. M.E. ist daher eine analoge Anwendung des §30 GmbH zielführender. Wird das Entsendungsrecht nämlich bei einer GmbH nicht binnen festgesetzter bzw. angemessener Frist ausgeübt, und wird dadurch die Mindestanzahl von AR Mitgliedern unterschritten (§30 GmbHG), sind die Gesellschafter berechtigt, einen “Ersatzmann“ zu bestellen, der sein Aufsichtsratsmandat mit der nachträglichen Entsendung durch den Berechtigten verliert.⁸⁷⁹

Die dargestellte Problematik ist insofern entschärfbar, als es der Satzung⁸⁸⁰ und wohl auch dem Gesellschaftsvertrag frei steht, das Entsendungsrecht zu bedingen oder zu befristen.

Für das betreffende AR Mitglied ist es grundsätzlich unerheblich ob es entsandt oder gewählt ist,⁸⁸¹ da es insbesondere nicht an die Weisungen des Entsendenden gebunden ist⁸⁸² und auch sonst gewählten AR Mitgliedern gleichgestellt ist.⁸⁸³ Insbesondere ist das entsendete Mitglied nicht weisungsgebunden.⁸⁸⁴ Lediglich was die Funktionsperiode des entsendeten und des gewählten AR betrifft, bestehen Unterschiede. Die Funktionsperiode des gewählten AR – Mitgliedes unterliegt dem Regime des AktG, wobei die dort festgelegte Periode verkürzt

878 dazu 2.3.

879 Koppensteiner, Rüdfler §30b Rz 6

880 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §88 Rz 3

881 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 22

882 OGH 29.8.1995, 5Ob 554/94 (ecolex 1996,25)

883 BGHZ 36, 296, 306

884 BGHZ 36, 296,206

werden kann, während ein entsandtes AR – Mitglied auf unbestimmte Zeit in den AR – berufen werden kann.⁸⁸⁵

Sowohl für entsendete als auch nominierte Mitglieder eines Kollegialorgans muss (natürlich) gelten, dass sie ihre Position dazu ausnützen, Interessen der sie entsendenden bzw. normierenden Aktionäre / Gesellschafter so in den Vordergrund stellen, dass die Interessen der Gesellschaft in den Hintergrund gedrängt werden oder der Vorstand / GF in seiner Leitungsfunktion gar (unsachgemäß) eingeschränkt ist⁸⁸⁶

Im Unterschied zu einem entsendeten AR hat sich ein nominierter AR erst der formellen Wahl zu stellen. Nominiert ein Nominierungsberechtigter eine bestimmte Person als AR, sind die anderen Gesellschafter verpflichtet, für dessen Bestellung zu stimmen, außer es liegt ein wichtiger Grund vor.⁸⁸⁷

Für je zwei nach dem AktG / GmbHG oder der Satzung / des Gesellschaftsvertrages bestellte AR Mitglieder entsendet der Betriebsrat (Zentralbetriebsrat) einen Vertreter in den AR (§100 Abs. 1. ArbVG - Drittelparität⁸⁸⁸). Ist die Zahl der nach AktG oder Satzung bestellten AR – Mitglieder ungerade, ist ein weiterer Arbeitnehmervertreter in den AR zu entsenden (§110 Abs. 1 ArbVG). Diese Drittelparität erfordert gleichzeitig, dass, sofern sich die Zahl der Kapitalvertreter im AR ändert, die Belegschaftsvertretung verpflichtet ist, alle Vertreter abuberufen und neu zu entsenden.⁸⁸⁹ Erfolgt keine Abberufung verlieren nach einem Teil der Lehre alle von Arbeitnehmerseite entsandten Mitglieder ihr Teilnahmerecht.⁸⁹⁰ Die Drittelparität, darf nicht durch Stimmengewichtungsklauseln oder sonstige Vereinbarungen dergestalt geschmälert werden, dass zur Wirksamkeit eines Beschlusses, die Zustimmung bestimmter AR, also etwa der Kapitalvertreter, erforderlich ist, sofern dies im Gesetz nicht ausdrücklich gestattet ist, da sonst die Mitbestimmung der AN – Vertreter eingeschränkt werden würde.⁸⁹¹ Diese Mitbestimmung kann auch selbstverständlich nicht dadurch eingeschränkt werden, dass die Entsendungskompetenz für AN – Vertreter einem anderen Organ als dem Betriebsrat zugewiesen wird,⁸⁹² was ja auf Grund der zwingenden Kompetenzregeln bei der AG nur bei der GmbH in Betracht kommt. Die

885 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 50ff.

886 Hüffer, AktG, §116 Rz 4f.

887 Umlauf, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, NZ 1992, 89

888 siehe schon: Löschnigg, Mitbestimmung im Konzern, ZAS 1981, 3

889 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss, §86 Rz 38ff

890 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss, §86 Rz 38

891 Weiß, Doppelte, einfache Mehrheit, eolex 1999, 266 f.

892 OGH 13.07.2006, 8 Ob A 52/06 i

Arbeitnehmervertreter müssen zwar die Interessen der Arbeitnehmer besonders berücksichtigen, haben sich aber ebenso wie die Kapitalvertreter primär am Unternehmenswohl zu orientieren.⁸⁹³ Dies folgt schon daraus, dass die AN - Vertreter grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten haben, wie die Kapitalvertreter, wobei als einzige Ausnahme von diesem Grundsatz § 30 d GmbHG zu nennen ist.⁸⁹⁴

3.2.4.3. Das Bestellungsverbot des §90 AktG / 30 e Abs. 1 GmbHG

Ein weiteres Bestellungsverbot normiert § 90 Abs. 1. AktG, wonach jemand nicht dauerhaft als AR bestellt werden kann, der gleichzeitig Vorstandsmitglied oder Angestellter der Gesellschaft ist. Zweck dieses Verbotes ist es, „Verstöße gegen das natürliche Organisationsgefälle im Konzern“ zu verhindern⁸⁹⁵ und die Weisungsfreiheit des Vorstandes zu gewährleisten.⁸⁹⁶ Nach Rechtsprechung des OGH sind davon nicht nur Arbeitnehmer der Gesellschaft sondern auch von Tochtergesellschaften umfasst.⁸⁹⁷ Ein Verstoß gegen dieses Verbot hat nach ständiger Rechtsprechung die Anfechtbarkeit der Bestellung (§195 AktG, §41 GmbHG),⁸⁹⁸ nach einem Teil der Lehre die Unwirksamkeit der Bestellung zum Vorstand bzw. zum AR zur Folge, je nachdem welche Bestellung zuletzt erfolgt ist.⁸⁹⁹ Wird eine Person entgegen dem §90 AktG in den Aufsichtsrat gewählt, stellt dies einen wichtigen Grund zur Abberufung dar.⁹⁰⁰

Nur für einen begrenzten Zeitraum dürfen Mitglieder des AR die Tätigkeit des Vorstandes ausüben, wobei nach expliziter Regel des §79 AktG (Wettbewerbsverbot) nicht gilt (§90 Abs. 2 AktG). „Begrenzter Zeitraum“ im Sinne des §90 Abs. 2 AktG wird von einem Teil der Lehre⁹⁰¹ (unverständlicherweise) so interpretiert, dass die Tätigkeit als Vorstand nicht nur eine Überbrückung darstellen soll, sondern durchaus auch als dauernde Lösung möglich ist. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da dem Gesetzgeber auf Grund dieser

893 Rauter, Pflichten, JAP 2006/2007/6

894 Fritz, GmbH 263, 668

895 Karollus, Huemer, Offene Fragen, Ges 2006, 153

896 Feil, Unvereinbarkeit, GesRZ 2003, XI

897 OGH 13.03.2008, 6 Ob 34/08f „fälschlicherweise gegenteilig: Entscheidungstext OGH 25.06.2003, 9 Ob 64/03g und Strasser in Jabornegg, Strasser, § 90 Rz 2

898 OGH 10.10.2002, 6 Ob 97/02m (SZ 2002/131)

899 Kalss, in Doralt, Nowotny, Kals, §90 Rz 4

900 Feltl, Franger, Abberufung, GesRZ 2008, 4

901 Strasser in Jabornegg, Strasser, § 90 Rz 8;

Unvereinbarkeitsregelung wohl zu unterstellen ist, dass die Erledigung von Vorstandsaufgaben durch AR als Dauerlösung akzeptabel ist.⁹⁰²

Die (wohl herrschende) Lehre nimmt an, dass aus §90 Abs. 2 AktG abgeleitet werden kann, dass die Entscheidung als „Vorstandsersatz“ tätig zu sein im „pflichtgemäßen Ermessen“ des AR steht und allenfalls Haftungsfolgen (§99 AktG) nach sich zieht.⁹⁰³ Ob nun aber eine Pflicht zur zeitweiligen Übernahme besteht, ist bloß theoretischer Natur, da die Folgen in beiden Fällen gleich sind. Selbst wenn man nur ein Recht und keine Pflicht bejaht, muss angenommen werden, dass ein AR, der die „Notsituation“ erkennt und von seinen Rechten (§ 90 Abs. 2 AktG) keinen Gebrauch macht, haftungsrechtliche Konsequenzen und allenfalls eine Abberufung aus wichtigem Grund zu vergegenwärtigen haben wird.

Als „Vorstandsersatz“ kommen nur Kapitalvertreter in Betracht.⁹⁰⁴ Während der Tätigkeit gelten für das (ehemalige) AR Mitglied alle Rechte und Pflichten wie für Vorstände mit Ausnahme des §79 AktG und übernimmt das AR Mitglied nunmehr nicht ein beliebiges Aufgabengebiet, sondern jenes des weggefallenen Vorstandes.⁹⁰⁵ Die Funktion des AR – Mitgliedes als Vorstand endet automatisch mit dem Wegfall des Hindernisses beim (ehemals) verhinderten Vorstand.⁹⁰⁶

Eine ähnliche Regelung normiert §30 e Abs. 1 GmbH, der die Tätigkeit als Aufsichtsrat verbietet, sofern die betreffende Person bereits (stellvertretender) Geschäftsführer oder Angestellter der Gesellschaft ist. Eine Bestellung als AR hat für einen solchen Personenkreis ähnliche Folgen wie bei der AG.⁹⁰⁷

3.2.4.4. Wahl von AR Mitgliedern

Die Wahl der Kapitalvertreter im AR erfolgt zwingend⁹⁰⁸ durch Gesellschafterbeschluss bzw. durch die Hauptversammlung, wobei – sofern der Gesellschaftsvertrag / die Satzung keine

902 OGH 21. 12. 1994, 6 Ob 27/94 (ecolex 1995, 262); Karollus, Huemer, Offene Fragen, Ges 2006, 153

903 Strasser in Jabornegg, Strasser § 90 Rz 11; a.A.: Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §90 Rz 15

904 Strasser in Jabornegg, Strasser § 90 Rz 13

905 Strasser in Jabornegg, Strasser § 90 Rz 15 (nicht „übernehmbar“ ist die Funktion eines Vorstandsvorsitzenden;

906 Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §90 Rz 16

907 dazu näher: Fritz, GmbH 259 Rz 651

908 Koppensteiner, Rüdfler §30b Rz1; Reich – Rohrwig I Rn 4/91

abweichende Regelung enthält – einfache Mehrheit ausreichend ist.⁹⁰⁹ Jedoch kann die Satzung eine strengere (qualifizierte Mehrheit) oder eine abgeschwächtere Regel (relative Mehrheit) vorsehen. Nach der Durchführung der Wahl ist diese vom Gewählten anzunehmen. Die Annahme ist dem Vorstand der AG als vertretungsbefugtes Organ zu erklären.⁹¹⁰

Die Zahl der zu wählenden AR – Mitglieder ergibt sich aus dem Gesetz bzw. der Satzung, wobei die zu entsendenden AR – Mitglieder vorab in Abzug zu bringen sind.⁹¹¹ Die Vorschriften hinsichtlich der Wahl von AR – Mitglieder durch die Hauptversammlung – und wohl auch für die GmbH - betreffen lediglich die Kapitalvertreter.⁹¹²

Durch die Annahme der Wahl entsteht zwischen AR – Mitglied und Gesellschaft ein Rechtsverhältnis, das nach ganz hL. durch die verbandsrechtlichen Rechte und Pflichten des AktG / GmbHG und den Rechten und Pflichten des Auftragsverhältnisses geprägt ist.⁹¹³

Die Wahl und (wohl auch die Annahme der Wahl) ist der Gesellschaft bekannt zugeben.⁹¹⁴ Die Wahl ist – da als Beschluss zu qualifizieren – gemäß den Regeln des GmbHG / AktG anfechtbar bzw. unterliegt auch dem Regime der Nichtigkeitsbestimmungen über Beschlüsse.⁹¹⁵ Da Syndikatsverträge nur schuldrechtlich wirken, sind auch Verstöße gegen (schuldrechtliche) Abreden zur Wahl eines AR – Mitgliedes wirksam.⁹¹⁶

Der Vorsitzende des AR sowie dessen Stellvertreter sind aus der Mitte des AR zu wählen (§ 30g Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG). Die Wahl bedarf der einfachen Stimmenmehrheit und sofern Arbeitnehmervertreter vorhanden sind überdies der Mehrheit der Kapitalvertreter (§110 Abs. 3 ArbVG). Widersprechende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages / der Satzung sind nichtig.⁹¹⁷ Sind im AR keine Arbeitnehmervertreter, kann bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung die Bestellungszuständigkeit auch den Gesellschaftern

909 siehe nur §113 Abs. 1 AktG

910 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §87 Rz 8 – ebenso für die Entsendung: Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 14

911 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 9

912 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §87 Rz 3

913 u.a. Schuster – Bonott, Grundlage, ZAS 1978, 91; a.A. Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 1, der ein schuldrechtliches Verhältnis verneint, weil er meint eine Wahl könne kein Schuldverhältnis begründen, was insofern falsch ist als Wahl und Annahme ein Schuldverhältnis begründen, dass auch Haftungen nach sich ziehen kann – siehe §99 AktG

914 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 – 89 Rz 3

915 Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 10

916 OGH 4 OB 163/02b (SZ 2002/95)

917 Reich – Rohrwig I rn 4/185

übertragen werden.⁹¹⁸ Die Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden entsprechen im Wesentlichen jenen, welcher der Vorstandsvorsitzende einer AG zu erfüllen hat.⁹¹⁹

Abgesonderte Wahl bzw. Blockabstimmungen sind möglich (ausdrücklich für die GmbH: § 30 b Abs. 1 GmbHG).⁹²⁰ Welches Schuldverhältnis die annahmebedürftige Wahl zwischen Gesellschaft und AR begründet, ist strittig⁹²¹.

Die Bestellung des ersten AR einer AG gilt bis zur Beendigung der ersten HV, die nach Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch zur Beschlussfassung über die Entlastung stattfindet. Die Bestellung kann mit einfacher Mehrheit widerrufen werden. (87 Abs. 4 AktG/ §30 b abs. 4 GmbHG).

Jeder andere AR kann maximal bis zur HV, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr entscheidet, gewählt werden, wobei das Geschäftsjahr in dem die Wahl stattgefunden hat, nicht mitgerechnet wird. Die Funktionsperiode erlischt mit dem Gesellschafterbeschluss, der über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt; wobei einerseits das Geschäftsjahr, in dem das Aufsichtsratsmitglied gewählt wurde, nicht mitgerechnet wird und andererseits eine Wiederwahl zulässig ist.⁹²²

3.2.4.5. Widerruf der Bestellung von AR Mitgliedern und deren Abberufung und Rücktritt

Der jederzeitige Widerruf bedarf einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Stimmen der Gesellschafter / Aktionäre, wobei diese Mehrheit nach oben und unten variierbar ist und noch zusätzliche Erfordernisse normierbar sind. (§ 30 b Abs. 3 GmbHG, § 87 Abs. 3 AktG). Die Zuständigkeit zum Widerruf der Bestellung eines AG – AR liegt bei der HV und ist – da als Zuständigkeitsregel zu werten – nicht auf ein anderes Organ oder auf einen einzelnen Aktionär übertragbar.⁹²³

918 Kostner, Probleme der GmbH – Novelle, NZ 1980, 161

919 dazu siehe 3.1.4.8.

920 Thurner, Wittwer, Praxisfragen, NZ 2005/27

921 für ein Auftragsverhältnis mit Elementen eines freien Dienstvertrage: Krecji, Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991, 776; für ein Auftragsverhältnis: Kastner, Doralt, Nowotny 249

922 Koppensteiner, Rüffler §30b Rz 6

923 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §87 Rz 37; zur Frage, ob diese Zuständigkeit bei der GmbH übertragbar ist – siehe die verneinenden Ausführungen und die Begründung bei der Abberufung des GF

Die Abberufung eines AR aus wichtigem Grund ist im GmbHG und im AktG als Minderheitenrecht ausgestattet, wonach 10 % des Stammkapitals eine Abberufung bei Gericht initiieren können und das Gericht den AR abzurufen hat, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 30 b Abs. 5 GmbHG, 87 Abs. 5 AktG).

Der Amtsverlust bei Widerruf der Bestellung und Abberufung tritt nicht durch Wirksamkeit des Beschlusses ein, sondern durch Erklärung des Beschlusses gegenüber dem AR – Mitglied.⁹²⁴ Eine Befristung oder Bedingung im Beschluss ist zulässig.⁹²⁵

Die Abberufung von entsendeten Mitgliedern ist ähnlich geregelt, wie von nicht entsendeten Mitgliedern, da diese auch jederzeit abberufen werden können.⁹²⁶ Unterschiedlich ist nur die Möglichkeit der Aktionäre, die insgesamt 1/10 des Grundkapitals erreichen, die Abberufung bei Gericht aus wichtigem Grund zu beantragen (§ 88 Abs. 3 AktG). Lediglich der Wegfall von in der Satzung normierten Voraussetzungen der Entsendung berechtigt die einfache Mehrheit der HV diese AR abzurufen, wobei aber kein Antrag an das Gericht notwendig ist (§ 88 Abs. 4 AktG)

Abweichend ist die Regelung im GmbHG. Ein entsandtes Mitglied kann einerseits vom Entsendeten jederzeit abberufen werden, und andererseits von der Generalversammlung, sofern die Entsendungsvoraussetzungen weggefallen sind (§30 c Abs. 3, 4 GmbHG)

Selbstverständlich kann ein AR – Mitglied auch zurücktreten und zwar jederzeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und wenn kein wichtiger Grund vorliegt dann, wenn der Rücktritt nicht zur Unzeit geschieht.⁹²⁷ Unzeit ist dann anzunehmen, wenn in der Zeit zwischen Erklärung des Rücktritts und der Wirkung des Rücktritts kein geeignetes Ersatzmitglied gefunden werden kann.⁹²⁸ Rücktritt zur Unzeit führt zu Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft.⁹²⁹

3.2.5. Ausschüsse des AR (§92 Abs. 4 AktG, §30 g Abs. 4 GmbHG)

924 OGH 28.04.1998, 1 Ob 294/97k ((SZ 71/77)

925 OGH 18.05.1995, 6 Ob 517/95 (SZ 68/98)

926 eine Bindung an wichtige Gründe für die Abberufung wird von der Lehre richtigerweise abgelehnt Strasser in Jabornegg, Strasser §§87 –89 Rz 56)

927 Rauter, Pflichten, JAP 2006/2007/6; OGH 03.02.1977, 7 Ob 504/77

928 Für die GmbH: OGH, 26.2002, 1 Ob 144/01 k (GesRZ 2002, 86)

929 Strasser in Jabornegg/Strasser, §§87 – 89 Rz 77

Gemäß § 92 Abs. 4 AktG, § 30 g Abs. 4 GmbHG kann der AR einen oder auch mehrere Ausschüsse bestellen, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen. Besteht ein Aufsichtsrat aus mehr als fünf Mitgliedern, ist zur Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses jedenfalls ein Ausschuss zu bestellen (§ 92 Abs. 4 AktG, § 30 g Abs. 4a GmbHG). Eine Verletzung dieser Vorschriften hat lediglich haftungsrechtliche Konsequenzen, allerdings zieht sie keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Beschlüsse nach sich.⁹³⁰

Als Ausschuss wird ein Gremium bezeichnet, das kleiner als der AR ist, aber ausschließlich aus AR Mitgliedern besteht und dessen Bildung im Ermessen des AR und der AR für dessen (Nicht-) Bildung auch haftbar ist.⁹³¹ Der AR ist aber jederzeit berechtigt, eine Aufgabe, die einem Ausschuss übertragen wurde, wieder an sich zu ziehen.⁹³² Wird dem Ausschuss die Kompetenz nicht entzogen, haben die ausschussfremden AR – Mitglieder die Arbeit des Ausschusses zu überwachen.⁹³³ Die Möglichkeit die Ausschussagenden wieder an sich zu ziehen, soll der AR nach mancher Ansicht nur dann haben, wenn der Ausschuss noch keinen Beschluss gefasst hat, widrigenfalls die Entscheidung durch den Ausschuss endgültig ist.⁹³⁴ M.E. muss es dem AR jederzeit möglich sein, Agenden des Ausschusses an sich zu ziehen, da ja auch eine haftungsrechtliche Verantwortung jener AR Mitglieder besteht, die nicht im Ausschuss vertreten sind. Diesen AR - Mitgliedern keine Handhabe gegen sie in die Haftung treibende Ausschussbeschlüsse zu geben, ist m.E. schlicht unzumutbar. Die Haftung des AR für die Arbeit des Ausschusses ergibt sich m.E. aus der Tatsache, dass den AR eben eine Überwachungspflicht (=Rechtspflicht) trifft und wenn dieser Rechtspflicht nicht nachgekommen wird, weil etwa nicht der gehörige Sorgfaltsmaßstab eingehalten wurde, eine Haftung des AR nur konsequent ist. Problematischer ist dies allerdings für AR, die dem Ausschuss nicht angehören. Eine Haftung dieser AR Mitglieder ist nur dann zu bejahen, wenn sie nicht alles Zumutbare unternommen haben, dem Ausschuss die Agenden (wieder) zu entziehen. Hiefür wird etwa erforderlich sein, diesbezügliche Anträge im AR zu stellen und natürlich auch für den Entzug zu stimmen

930 Winkler, Birkner, Aufsichtsratsbeschluss nach §92 Abs. 4 AktG, GBU 1998/06/11; Nowotny, Aufsichtsrat, RdW 577;

931 Pucher, Ausschließliche Kompetenz, Ges 2009, 128

932 Pucher, Ausschließliche Kompetenz, Ges 2009, 128, siehe auch BGHZ 89, 48, 55 f.

933 Rauter, Pflichten, JAP 2006/2007/6

934 Nowotny, Beirat – Aufsichtsrat – Ausschuss, RdW 2008, 647

Nicht an einen Ausschuss übertragbar sind nach *Pucher*,⁹³⁵ wobei die nachfolgende Wiedergabe bloß demonstrativ ist, die Abberufung und Bestellung des Vorstandes, die Berichtspflicht des Vorstandes an den AR, das Selbstorganisationsrecht des AR, die generelle und abstrakte Überwachung des Vorstandes / GF⁹³⁶ – sofern dies nicht ausnahmsweise - gesetzlich zulässig ist und die Vertretungsbefugnis des AR. Dem AR ist es aber unbenommen, weitere Angelegenheiten zu normieren, die nicht an einen Ausschuss übertragbar sind.⁹³⁷

Die Bildung und personelle Zusammensetzung von Ausschüssen liegt bei der AG in der alleinigen Kompetenz des AR und kann daher nicht durch Satzung / Gesellschaftsvertrag erfolgen, da dies eine Verletzung der gesetzlichen Zuständigkeitsregeln wäre.⁹³⁸ Bei der Wahl hat der AR aber die Eignung der in Frage kommenden Mitglieder zu berücksichtigen.⁹³⁹ Ein in den AR entsandtes Mitglied hat sich der Wahl zum Ausschussmitglied ebenso zu stellen, wie ein gewähltes AR Mitglied.⁹⁴⁰ Wird ein dem AR Vorsitzender in einen Ausschuss gewählt, begleitet ihn sein Dirimierungsrecht.⁹⁴¹ Gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung haben die Arbeitnehmervertreter das Recht, einen Arbeitnehmervertreter im Verhältnis eins zu zwei zu den Kapitalvertretern zu entsenden.⁹⁴² Dies gilt wiederum dann nicht, wenn es sich um Ausschüsse handelt, die sich mit Beziehungen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern beschäftigen.⁹⁴³

Dem Prüfungsausschuss (§§ 92 Abs. 4 AktG, 30 g Abs. 4a GmbHG) obliegt vor allem⁹⁴⁴ die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, die Abschlussprüfung des Jahres – und des konsolidierten (Konzern-)Abschlusses, die Wirksamkeit des IKS und des Risikomanagements und die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zu überprüfen.

Nicht teilnahmeberechtigt (§30 h GmbHG, §93 AktG) an Ausschusssitzungen und auch Sitzungen des AR sind Personen, die weder dem AR, dem Vorstand / GF angehören noch

935 Pucher, Ausschließliche Kompetenz, Ges 2009, 128

936 OLG Hamburg, AG 1996,84,85 f.

937 Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §92 Rz 133

938 Koppensteiner, Rüffler §30 g Rz. 20

939 Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §92 Rz 117

940 Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §92 Rz 117

941 OGH 30. 5. 1996, 2Ob 556/95 (RdW 1996, 359)

942 Reich – Rohrwig, Zusammensetzung von Ausschüssen, wbl 1987. 1ff

943 Pucher, Ausschließliche Kompetenz, Ges 2009, 128

944 näher dazu: Potyaka, Weber, Prüfungsausschuss, GesRZ 2008, 190

auch nicht bloß für den Einzelfall hinzugezogen wurden, wie etwa Sachverständige oder Auskunftspersonen.

3.2.6. Beschlüsse des AR

Der Aufsichtsrat ist beschlussfähig, wenn drei Aufsichtsratsmitglieder anwesend sind. Diese Zahl kann durch Gesellschaftsvertrag erhöht werden (§30 g Abs. 5 GmbHG; § 95 Abs. 7 Satz 2 zweiter Halbsatz AktG). Allerdings ist jede Modifikation, wie etwa, dass bestimmte AR anwesend sein müssen, sowohl für die GmbH als auch für die AG zulässig.⁹⁴⁵ Sind weniger als die zur Beschlussfassung notwendigen AR –Mitglieder anwesend, ist keine Beschlussfassung, wohl aber eine Beratung möglich, da auch Beratungen ohne Beschlussfassungen möglich sind.⁹⁴⁶ Maßgeblich für die Bestimmung des Anwesenheitsquorums ist immer der Zeitpunkt der Beschlussfassung und nicht etwa der Beginn der AR – Sitzung.⁹⁴⁷ Die Beschlussfähigkeit eines Ausschusses, dem weniger als drei Aufsichtsratsmitglieder angehören, ist bei Anwesenheit sämtlicher Mitglieder gegeben. (§92 Abs. 5 AktG, §30 g Abs. 5 GmbHG).

Eine Pflicht zur Stimmabgabe wird außer bei Interessenskollisionen zu bejahen sein (z.B. bei Abstimmung über die eigene Entlastung).⁹⁴⁸ Diese Pflicht wird schon aus treuepflichtrechtlichen Aspekten zu fordern sein. Diese Erkenntnis zieht als Konsequenz nach sich, dass weder Satzung noch Geschäftsordnung eine Stimmenthaltung zulassen kann.⁹⁴⁹ Folgerichtig sind auch Regelungen, wie Stimmenthaltungen zu werten sind unzulässig, da schon die Stimmenthaltung als rechtswidrig zu qualifizieren ist. Die basiert auch auf der Überlegung, dass die Anwesenheit grundsätzlich verpflichtend ist und Abwesenheit nur aus wichtigem Grund (z.B. Krankheit) gestattet ist.⁹⁵⁰ Richtigerweise wird die Ansicht vertreten, dass geheimes Abstimmen unzulässig ist, da sonst die Klärung, welches AR welche Haftung (nicht) treffen könnte, nicht möglich ist.⁹⁵¹

⁹⁴⁵ Kossuth, Gaggli, Gestaltungsmöglichkeiten, *ecolex* 2004, 884; Kastner, Doralt, Nowotny 252; Koppensteiner, Rüffler § 30g Rz 8), Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §92 Rz 103, wobei allerdings das Mindestanforderungs von 3 anwesenden AR Mitgliedern nicht unterschritten werden darf; a.A. soweit ersichtlich nur Strasser in Jabornegg/Strasser, §§ 92 –94 Rz 57

⁹⁴⁶ überzeugend: Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 92 –94 Rz 54; Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §92 Rz 100;

⁹⁴⁷ Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §92 Rz 101

⁹⁴⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 92 –94 Rz 60; Kastner, Doralt, Nowotny 243 vgl. dazu schon insbes. den eigenen Standpunkt zur Treuepflicht unter 2.3.2.

⁹⁴⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 92 –94 Rz 66

⁹⁵⁰ Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §92 Rz 105

⁹⁵¹ Strasser in Jabornegg, Strasser §§ 92 –94 Rz 60; a.A. Koppensteiner Rüffler § 30g Rz 10

Bei Fehlen anderer Mehrheiten im Gesellschaftsvertrag entscheidet der AR mit einfacher Mehrheit. Nach allgemeinen Grundsätzen sind Beschlüsse entweder nichtig oder wirksam.⁹⁵² Die Regelungen zur Anfechtbarkeit (siehe etwa für die GmbH: §§ 41 GmbHG)⁹⁵³ sind auf Beschlüsse des AR nicht anwendbar.⁹⁵⁴

Obwohl das Gesetz keinerlei Regelungen zum Konsensquorum enthält, scheint es einleuchtend zu sein, dass die Stimmenzählung nach Köpfen durchzuführen ist.⁹⁵⁵ In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass zur Beschlussfassung das Prinzip der einfachen absoluten Mehrheit gilt.⁹⁵⁶ Die Satzung oder Geschäftsordnung können auch höhere Mehrheiten (auch Einstimmigkeit) vorsehen.⁹⁵⁷

Auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ist auch die Abgabe der Stimme fernmündlich oder auf vergleichbare Weise zulässig, sofern kein AR diesem Verfahren widerspricht (§92 Abs. 3 AktG).

3.2.7. Die Überwachungskompetenz des AR

3.2.7.1. Die Generalklauseln des §95 Abs. 1 AktG und des §30 j Abs. 1 GmbHG

Generalklauselartig formuliert §30 j Abs. 1 GmbHG (fast wortgleich: §95 Abs. 1 AktG), dass der AR die Geschäftsführung zu überwachen hat. Der OGH sieht daher in ständiger Rechtsprechung als Hauptaufgabe des AR die Überwachung der Geschäftsführung auf Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit an.⁹⁵⁸ Maßstab ist dabei, ob die vom Vorstand / GF ergriffenen Maßnahmen ausreichend wirksam sind.⁹⁵⁹ Dabei ist die Überwachung aber nicht nur auf eine nachträgliche Kontrolle oder nur auf die Planung⁹⁶⁰ der Maßnahmen, sondern (selbstverständlich) auch auf deren Umsetzung zu erstrecken.⁹⁶¹ Aber

952 OGH 29.8.1995, 5Ob 554/94 (ecolex 1996,25)

953 dazu weiter unter 2.5.7.

954 OGH 27.02.1985 1 Ob 514/85 (SZ 58/31); a.A. Arnold, Anfechtung, GBU 2006/02/08

955 Strasser in Jabornegg, Strasser §§ 92 –94 Rz 68

956 exemplarisch: Kastner, Doralt, Nowotny 252

957 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 92 –94 Rz 68

958 OGH 31.05.1977 5 Ob 306/76 (EvBl 1978/4)

959 Hüffer, AktG §111 Rz 5

960 Frotz, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates, ÖWZ 1978, 44

961 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 29

auch Unterlassungen von Maßnahmen sind Überwachungsgegenstand des AR.⁹⁶² Überwachung bedeutet aber nicht nur Überwachung im engeren Sinn, also etwa Kontrolle, sondern die Pflicht des AR den Vorstand zu beraten.⁹⁶³ Aus dem Gesagten ergibt sich freilich, dass die Tätigkeit des Aufsichtsrates nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern auch zukunftsgerichtet ist.⁹⁶⁴ Der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte im AktG und GmbHG legt m.E. nahe, dass sich der AR mit verstärkter Aufmerksamkeit jenen Geschäften der Gesellschaft zu widmen hat, die eine wesentliche Bedeutung für die Gesellschaft haben und insbesondere die Liquidität (siehe exemplarisch dazu: §30 j Abs. 5 Z4,5,6,9 GmbHG), die strategische Marktposition bzw. Ausrichtung (siehe exemplarisch dazu: §30 j Abs. 5 Z.1,3,7,8 GmbHG) und wichtige Teile des Anlagevermögens (siehe exemplarisch dazu: §30 j Abs. 5 Z.2 GmbHG) der Gesellschaft betreffen (zu den zustimmungspflichtigen Geschäften siehe sogleich).

Beinahe unstrittig ist in Lehre und Rechtsprechung, dass in die Überwachungstätigkeit jene Gesellschaften und Geschäftsfälle einzubeziehen sind, die für die Gesellschaft bei welcher der Aufsichtsrat eingerichtet ist, zumindest von mittelbarer Bedeutung sind.⁹⁶⁵ Daher sind auch Vorgänge in den Tochtergesellschaften mit einzubeziehen, da diese auch im Beteiligungsbesitz der jeweiligen Mutter sind.⁹⁶⁶ Die Tatsache, dass sich die Tätigkeit auch auf die Informationsrechte und Prüfpflichten erstreckt, ist ebenfalls unbestritten.⁹⁶⁷ Kalss will die Überwachungskompetenz aber nur für jene Gesellschaft gelten lassen, für die der AR eingerichtet ist, während etwa Tochtergesellschaften ausgeschlossen sein sollen und eine Konzernaufsicht nur dann in Betracht kommen soll, wenn der Vorstand konzernleitend tätig ist.⁹⁶⁸ Die Ausklammerung von Töchtern oder Beteiligungsgesellschaften ist - so vollkommen richtig *Gelter, Haberer*⁹⁶⁹ - allein deshalb schon unvertretbar, weil diese im Eigentum der Mutter stehen und auch dort bilanziell erfasst werden und somit unmittelbare Auswirkung auf die wirtschaftliche Situation der Mutter haben.

962 Strasser in Jabornegg/Strasser §95 – 97 Rz 7

963 Hügel, Beratung, GesRZ 1996, 213

964 Hüfner, AktG §111 Rz 6

965 Eckert, Gassauer – Fleissner, Überwachungspflichten im Konzern, Ges 2004, 416; Reich – Rohrwig I Rn 4/308

966 Gelter, Haberer, Aufsichtsrat, GesRZ 2001, 169, wenn auch ohne Begründung ebenso: Hüfner, AktG §111 Rz 21

967 exemplarisch: Reich – Rohrwig 4/329 (zur jederzeitigen Berichtspflicht und der damit zusammenhängenden Prüfpflicht); Hirtzberger, Zustimmungsvorbehalt, RdW 2002, 400 (zu den zustimmungspflichtigen Geschäften nach §95 Abs. 5 AktG, §30 j Abs. 5 GmbHG)

968 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 31ff, die aber eine Berichtspflicht im Konzern gemäß § 95 Abs. 2 annimmt – vgl. Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 53

969 Gelter, Haberer, Aufsichtsrat, GesRZ 2001, 169

Oberster Maßstab jeder Vorstands- / GF Tätigkeit ist stets das Wohl des Unternehmens.⁹⁷⁰ Da die Geschäftsführung nur durch den Vorstand / GF zu erledigen ist, ist auch nur der Vorstand / GF alleiniger „Prüfadressat“ und Ansprechpartner des AR.⁹⁷¹ Die Ansicht, dass auch untergeordnete Stellen der Überwachung unterliegen sollen, scheint bloß abstrakter Natur zu sein, da der Vorstand im Rahmen seiner Leitungsaufgabe ja auch für die untergeordneten Stellen verantwortlich zeichnet.

Keinesfalls ermöglicht die Überwachungskompetenz des AR dem GF eine Weisung zu erteilen,⁹⁷² wobei manche Stimmen in der Literatur eine gesellschaftsvertragliche Regelung befürworten, die es dem AR ermöglichen soll, dem GF in konkreten Fällen eine Weisung zu erteilen.⁹⁷³

3.2.7.2. Der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte (§30j Abs. 5 GmbHG , §95 Abs.5 AktG)

Die in der Praxis wohl stärkste „Waffe“ des AR ist der in §30 j Abs. 5 GmbHG bzw. §95 Abs. 5 AktG geregelte Katalog von Geschäften, zu denen der AR seine Zustimmung zu erteilen hat. Die Bedeutung für AR und Vorstand / GF liegt aber auch darin begründet, dass eine Missachtung von Zustimmungsvorbehalten einen Grund für einen jederzeitigen Widerruf darstellt.⁹⁷⁴ Die Regelungen sind trotz der im Gesetz verwendeten Wortfolge „.....mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden sollen“ „Muss – Bestimmungen“.⁹⁷⁵

Die Zustimmungspflichten des AR sind insofern zwingend, als der Katalog des §30 j Abs. 5 GmbHG. §95 Abs. 5 AktG lediglich erweitert, nicht aber eingeschränkt werden kann.⁹⁷⁶ Die Erweiterung der Zustimmungspflicht des AR darf aber nicht dazu führen, dass der Vorstand seiner Leitungsfunktion gleichsam enthoben ist.⁹⁷⁷ Dies wäre dann gegeben, wenn der AR sämtliche Geschäfte, die der Vorstand abschließt, seiner Zustimmung unterwirft.⁹⁷⁸

970 Koppensteiner, Rüdiger §30j Rz 5

971 Enzinger, Interessenskonflikt 60; a.A. Hüffer, AktG §111 Rz 2f, wonach auch untergeordnete Stellen der Überwachung unterliegen sollen.

972 Koppensteiner , Rüdiger §30j Rz 5

973 Feltl, Weisungsgebundenheit, GBU 2008/07-08/14; zur Problematik der Weisung bereits 3.1.4.2.

974 BGH AG 1998, 519

975 für die hL. Fritz, GmbH 266 Rz 674

976 für die GmbH explizit: Reich – Rohrwig 4/313; für die AG explizit: Rauter, Pflichten, JAP 2006/2007/6

977 Kastner, Doralt, Nowotny 260

978 Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §95 Rz 80

Aus dem Charakter der (präventiven) Überwachung folgt, dass die Zustimmung des AR grundsätzlich vor dem geplanten Geschäft zu geben ist⁹⁷⁹ und eine nachträgliche Genehmigung nur dann zulässig ist, wenn auf Grund der Dringlichkeit eine vorherige Zustimmung nicht möglich war und der GF / Vorstand davon ausgehen kann, dass diese auch tatsächlich erteilt wird.⁹⁸⁰ Verweigert der AR seine Zustimmung besteht nur für die Gesellschafter der GmbH – nicht aber für die Aktionäre einer AG - noch die Möglichkeit die GF anzuweisen, dass konkrete Geschäft vorzunehmen und somit die mangelnde Zustimmung des AR zu „overrulen“.⁹⁸¹

Syndikatsparteien ist anzuraten, in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag eine Klausel aufzunehmen, die den AR berechtigt, auch Geschäfte von Tochtergesellschaften, die materielle Auswirkungen auf den Konzern haben, jederzeit seiner Zustimmung unterziehen zu können, da der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte an die jeweiligen Gegebenheiten (z.B.: wirtschaftliches Umfeld, Situation der Gesellschaft) anzupassen ist.⁹⁸² Ergänzend ist auch festzuhalten, dass der AR berechtigt in einen Zustimmungsvorbehalt nicht nur für eine Gruppe von Geschäften, sondern auch für Einzelgeschäfte vorgesehen werden kann.⁹⁸³

Ein Haftungsausschluss zu Gunsten des Vorstandes / GF für Geschäfte, deren Vornahme vom AR zugestimmt wurde, besteht nicht.⁹⁸⁴

Macht die Satzung / der Gesellschaftsvertrag von der Möglichkeit für einzelne im Gesetz genannte Geschäfte Beitragsgrenzen festzusetzen keinen Gebrauch, bedürfen alle Geschäfte dieser Gattung der Zustimmungspflicht des AR.⁹⁸⁵

979 Reich – Rohrwig 4/369

980 OGH 16.6.1993, 7 Ob 534/93 (RdW 1993, 304)

981 Schima, GmbH Geschäftsführer, 100ff; OGH 29.8.1995, 5 Ob 554/94

982 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 87

983 Hüffler, AktG §111 Rz19

984 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 95 – 97 Rz 40

985 u.a. OGH 19.12.1991 8 Ob 595/90 (RdW 1993,144)

3.2.7.3. Informations- und Teilnahmerechte sowie Prüf – und Einberufungspflichten des Vorstandes

2. Jederzeitige Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem AR gemäß §95 Abs 2 AktG, §30j Abs. 2 und 3 GmbHG

Das AktG und das GmbHG geben dem AR zur Wahrnehmung seiner Aufsichtsratspflicht über den Weg des Auskunfts- und Einsichtsrechts eine Möglichkeit, jederzeit in alle relevanten Unterlagen der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und von der Geschäftsführung (unabhängig vom Einsichtsrecht) einen Bericht zu verlangen. Entgegen dem Wortlaut, bedeutet diese Bestimmung, dass der GF /Vorstand den AR über Angelegenheiten, die in die Kompetenz des AR fallen, zu informieren hat, ohne eine entsprechende Anfrage des AR abwarten zu können.⁹⁸⁶ Es besteht also eine Bringschuld der GF / des Vorstandes, wobei jedes Mitglied der GF / des Vorstandes – unabhängig von einer Ressortverteilung – an der Erstellung der Berichte mitzuwirken hat.⁹⁸⁷ Dieser Bringschuld ist so rechtzeitig nachzukommen, dass sich der AR als Kollegialorgan soweit vorbereiten kann, dass eine gemeinsame Willensbildung möglich ist.⁹⁸⁸ Dies bedeutet, dass die Berichte an den Aufsichtsrat „möglichst rechtzeitig“ zu erfolgen haben.⁹⁸⁹ Der AR ist berechtigt, eine Berichtsordnung zu erlassen, in der festgelegt wird unter welchen Bedingungen (z.B. durch Kennzahlen verdeutlicht) der Vorstand /GF verpflichtet ist, dem AR zu berichten.⁹⁹⁰ Entspricht der Vorstand /GF dieser Pflicht nicht, kann ein weiteres AR - Mitglied durch Unterstützung das Verlangen seines AR Kollegen „durchsetzen“. Dem AR - Vorsitzenden ist dieser Bericht jedenfalls zu geben (§95 Abs. 2 AktG, §30 j Abs. 2 GmbHG). Unverständlicherweise – weil dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechend – soll diese Form des Berichts nur in Situationen „wirtschaftlicher Gefährdung“ beachtlich sein.⁹⁹¹ Sinn dieser Bestimmungen ist es doch vielmehr, durch jederzeitige Berichtspflicht des Vorstandes genau diesen wirtschaftlichen Gefährdungen vorzubeugen.

986 Koppensteiner, Rüffler §30 j Rz 8; Reich – Rohrwig 4/321f

987 Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG § 90 Rz 3

988 Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

989 ausdrücklich §90 Abs. 3 dAktG

990 Mildner, Rechtliche und betriebswirtschaftliche Vorgaben für den Vorstandsbericht, GesRZ 2006, 72

991 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 39

Mangelhafte Berichte des Vorstandes werden den AR verpflichten die Nachforschungen zu intensivieren und die Überwachung zu verstärken.⁹⁹² Dies hat wohl solange zu gelten, bis alle Zweifel an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung verfliegen sind. Ist dies nicht zu erreichen, sind andere zielführende Maßnahmen zur Mängelbeseitigung zu ergreifen.⁹⁹³ Mangelhaft sind Berichte insbesondere dann, wenn sie nicht übersichtlich und verständlich sind, sodass Tatsachen und Wertungen nicht zu unterscheiden sind und Chancen und Risiken nicht identifiziert werden können und auch abweichende Meinungen im Vorstand / in der GF nicht ersichtlich sind.⁹⁹⁴

Die Verweigerung eines Berichts aus Gründen der Geheimhaltung ist m.A.n. unzulässig, da somit die Berichterstattung über gerade wichtige strategische und noch nicht öffentlich bekannte Informationen ausgeschlossen wäre.⁹⁹⁵ Gerade diese Informationen werden den AR aber primär interessieren und nicht die, die der AR – salopp formuliert - in der Zeitung lesen kann.

Verstöße gegen die geschilderten Grundsätze rechtfertigen nach Abmahnung zu einem Widerruf aus wichtigem Grund.⁹⁹⁶

Besteht die Berichtspflicht gegenüber einem Ausschuss, gilt das Gesagte sinngemäß.⁹⁹⁷

3. Einsichts- und Prüfrecht unter Zuhilfenahme von Sachverständigen (gemäß §95 Abs. 3 AktG, §§ 30 j Abs. 3, 30 h Abs. 1 GmbHG)

Die Einsichts- und Prüfungskompetenz des AR ist insofern unbeschränkt, als er in alle relevanten Geschäftsunterlagen Einsicht nehmen und diese auch prüfen kann. Dieses Recht kann der AR auch durch Dritte ausüben (Sachverständige). Eine ständige Überbindung an Sachverständige scheitert selbstverständlich daran, dass das AR Mitglied sein Mandat persönlich wahrzunehmen hat.⁹⁹⁸ Eine Beiziehung von Sachverständigen wird nur dann durch Sachverständige möglich sein, wenn Spezialwissen erforderlich ist, das von einem AR –

992 Koitz-Arco/Koitz, Aufsichtsratsstätigkeit (SWK 1985 B 45)

993 OGH 31.05.1977 5 Ob 306/76 (EvBl 1978/4) zum Abberufungsgrund wegen mangelnder Offenheit gegenüber dem AR siehe 3.1,3.2

994 Hüffer, AktG § 90 Rz 13

995 anders: Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 39

996 OLG Stuttgart AG 1979, 200, 2001

997 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 44ff

998 Kastner, Doralt, Nowotny 259 (FN 114)

Mitglied nicht verlangt werden kann. Jedenfalls entlastet den AR die Prüfung durch einen Sachverständigen nicht, da dieser als Gehilfe des AR fungiert.⁹⁹⁹ Wird aber ein Sachverständiger hinzugezogen, dessen Berichte und Analysen plausibel sind und dessen Ruf unumstritten ist, wird m.E. im Regelfall wohl eine Haftung des AR mangels Verschulden in aller Regel ausscheiden.

4. Einberufungspflicht gemäß §95 Abs. 4 AktG, §30 j Abs. 4 GmbHG

Wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert, ist der AR verpflichtet,¹⁰⁰⁰ eine HV / Generalversammlung einzuberufen (arg: „hat“). Mit „AR“ ist das Kollegialorgan, das mit einfacher Mehrheit beschließt und nicht das einzelne AR Mitglied gemeint.¹⁰⁰¹ Was unter dem Wohl der Gesellschaft zu verstehen ist, kann wohl nur im Einzelfall beantwortet werden. Jedenfalls wird aber eine unternehmens- und situationsadäquate Ausstattung mit Liquidität in diese Kategorie fallen.¹⁰⁰² Des Weiteren kommt aber auch eine Wahrung positiver Geschäftschancen in Betracht, welche die Gesellschaft nachhaltig beeinflussen können. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass kurzfristige Probleme (z.B.: „Sommerloch“ bei Aufträgen), die zweifelsfrei bewältigbar sind, wohl nicht zu einer Einberufungspflicht führen.

5. Prüfpflicht des Jahresabschlusses, des Vorschlages für die Gewinnverteilung und des Lageberichts (§96 Abs. 2 AktG, §30 k GmbHG)

Zur Überwachungspflicht im weiteren Sinn gehört auch die Verpflichtung des AR „den Jahresabschluss, einen allfälligen Konzernabschluss, den Vorschlag für die Gewinnverteilung sowie den Lagebericht und den allfälligen Konzernlagebericht zu prüfen und der Generalversammlung / HV darüber zu berichten. Im Bericht selbst ist der HV mitzuteilen, in welchem Umfang die Gesellschaft geprüft wurde und insb. ob die Prüfungen „Anlass zu Beanstandungen“ gegeben haben.

Dazu ist festzuhalten, dass in den Bericht nicht nur der jeweilige Einzelabschluss der Holding, sondern auch der Konzernabschluss einzufließen hat, da gerade im Konzern ein

999 Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

1000 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 71

1001 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §95 Rz 73

1002 zum „Wohl der Gesellschaft“ vgl. bereits die Ausführungen zu § 0 AktG

Einzelabschluss nur geringe Aussagekraft hat.¹⁰⁰³ Die Übermittlung der Unterlagen hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass jedes AR – Mitglied die Möglichkeit hat, den Jahresabschluss genau zu prüfen und sich selbst ein Bild über die Situation der Gesellschaft zu machen, auch wenn ein eigener Prüfungsausschuss bestellt ist.¹⁰⁰⁴

Die Prüfung durch den Abschlussprüfer entbindet den AR nicht von seiner Prüfpflicht.¹⁰⁰⁵ Der AR hat insbesondere (selbstständig) festzustellen, ob (ausreichend) Rücklagen gebildet worden sind.¹⁰⁰⁶

Nicht eigens begründet werden muss, dass die Prüfung des Jahresabschlusses die Basis für die Prüfung des Gewinnverteilungsvorschlages ist. Der AR empfiehlt nach Prüfung des Gewinnverteilungsvorschlages der HV/Generalversammlung, ob diese den Jahresabschluss annehmen soll oder nicht, wobei er im letzten Fall einen eigenen Gewinnverteilungsbeschluss zu unterbreiten hat.¹⁰⁰⁷ Unzulässig sind aber Beschlüsse, mit denen Rücklagen gebildet werden und damit die Ausschüttung der Gesellschaft vermindert / verhindert wird, wenn dies nicht zur Überlebensfähigkeit der Gesellschaft unerlässlich ist.¹⁰⁰⁸

Ist der Jahresabschluss festgestellt, darf dieser nicht mehr (willkürlich) geändert werden.¹⁰⁰⁹

6. Weitere gesetzlich vorgeschriebene Sitzungen

AktG und GmbH geben einen Sitzungskalender vor, der je nach Situation variieren kann. Jedes Mitglied des AR oder der Vorstand können vom AR Vorsitzenden verlangen, dass dieser eine AR Sitzung einberuft. Das Verlangen ist zu begründen und die Sitzung hat binnen zwei Wochen nach der Einberufung stattzufinden. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, können die Antragsteller die AR - Sitzung selbst einberufen (§94 Abs. 2 AktG). Abseits dieser außerordentlichen Sitzungen muss der Aufsichtsrat mindestens vierteljährlich eine Sitzung abhalten. Mehr als vier Sitzungen sind erforderlich, sofern es die wirtschaftliche oder rechtliche Situation der Gesellschaft erfordert.¹⁰¹⁰ Überhaupt ist eine nähere Ausgestaltung

1003 Gelter, Haberer, Aufsichtsrat, GesRZ 2001, 169

1004 Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

1005 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 95 – 97 Rz 55; a.A. Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §96 Rz 5

1006 Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

1007 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 95 – 97 Rz 59

1008 Bertl/Fraberger, Feststellung des Jahresabschlusses, GBU 2001/10/10

1009 AUSL BGH 24.01.1957, IIZR 208/55,

1010 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 92 –94 Rz 25

oder andere satzungsmäßige Regelung bzw. eine Andersregelung durch eine Geschäftsordnung zulässig.¹⁰¹¹ Unterbleibt eine zusätzlich notwendige AR – Sitzung, ist richtigerweise davon auszugehen, dass auf Grund des Einberufungsrechts der AR – Mitglieder und der Einberufungspflicht des AR – Vorsitzenden gegen diese Haftungsansprüche geltend gemacht werden können.¹⁰¹²

7. Inhalt der Berichte

In logischer Konsequenz zu den in Punkt 3.2.7.2.1. genannten Grundsätzen stellt sich natürlich auch die Frage, welchen Inhalt die Berichte haben soll, bzw. was hat die GF / der Vorstand dem AR dazulegen. Aus der Systematik der Bezug habenden Bestimmungen ergibt sich, dass dies abschließend nur im Einzelfall zu beantworten sein wird, doch lassen sich gerade aus dem dAktG und der darauf basierenden Judikatur und Literatur Anhaltspunkte gewinnen.

§90 dAktG verpflichtet den Vorstand zu Berichten, welche die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung), die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals, den Gang der Geschäfte, den Umsatz, und die Lage der Gesellschaft; Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, thematisieren. Um Verständnis- und Kontinuitätskriterien gerecht zu werden, wird vom Vorstand / GF zu verlangen sein, dass auch auf Abweichungen der tatsächlichen Entwicklung von früher berichteten Zielen unter Angabe von Gründen einzugehen ist (§90 dAktG). Aus dem Gesagten ergibt sich eindeutig, dass gerade Rentabilität und Liquidität von großer Bedeutung sind, wobei gerade über Risiken und Veränderungen im Auge zu behalten sind und neben der IST – bzw. Vergangenheitsbetrachtung, auch eine Soll (Budget) und Forecast Rechnung verpflichtend ist.¹⁰¹³ In die Berichtspflicht ist aber nicht nur die jeweilige Gesellschaft sondern auch mit ihr verbundene Unternehmen aufzunehmen und zwar unabhängig davon, ob diese in den Konzernabschluss aufzunehmen sind oder nicht.¹⁰¹⁴

1011 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §94 Rz 3

1012 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 92 –94 Rz 25

1013 Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG § 90 Rz 11

1014 Hefermehl, Spindler, Münch Kommentar, AktG, §82 Rz 17

3.2.8. Geschäftsordnung für den AR

Der AR ist berechtigt, und m.E. sogar verpflichtet, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben (dazu siehe die Erwägungen und Überlegungen zur Geschäfts-/ Ressortverteilung beim Vorstand).¹⁰¹⁵

3.2.9. Vertretungsbefugnis des AR (§97 AktG, §30 I GmbHG)

Einleitend ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnisse des AR auf Grund der klaren Kompetenzzuweisungen des AktG und des GmbHG in den Gesetzesmaterialien taxativ aufgezählt sind.¹⁰¹⁶ Substantiell gleich regeln die Bezug habenden Bestimmungen des AktG und des GmbHG, dass der AR berechtigt ist, die Gesellschaft bei Geschäften und Prozessen mit einem Vorstand / GF nach Beschluss der HV / Generalversammlung zu vertreten. Dem AR wird auch eine Klagemöglichkeit gegen Vorstände / GF eingeräumt, sofern die Haftung eines AR – Mitgliedes in Betracht kommt.

3.2.10. Konkurrenzverbot für AR?

Ein Teil der Lehre hat sich intensiv mit der Frage beschäftigt, ob AR – Mitglieder einem Konkurrenzverbot unterliegen und diese Frage für die AG auch bejaht.¹⁰¹⁷ Die Richtigkeit dieses Schlusses ergibt sich m.E. eindeutig aus § 90 Abs. AktG, der für AR Mitglieder, die vorübergehend die Funktion eines Vorstandes einnehmen, normiert, dass für sie das Wettbewerbsverbot nicht gilt. Als Umkehrschluss drängt sich schon beinahe auf, dass dies noch vielmehr für AR gelten muss, die keine (vorübergehende)Vorstandstätigkeit¹⁰¹⁸ ausüben. Manche fordern etwa bei konkreter Interessenskollision den Verlust des Teilnahme – und Stimmrechtes,¹⁰¹⁹ was m.M.n. nicht zielführend ist, denn pointiert ausgedrückt: Welcher AR st denn das, dem man Stimm- und Teilnahmerecht nimmt, ihn aber trotzdem als AR mitsamt aller (haftungsrechtlichen) Konsequenzen in seiner Funktion belassen will? Vielmehr haben die in §79 AktG, §24 GmbHG aufgezählten Folgen zur Anwendung zukommen.¹⁰²⁰ Eine andere – hier nicht vertretene - Meinung geht davon aus, dass die Wertung des Gesetzgebers, nämlich AR – Mitglieder nicht mit einem Konkurrenzverbot zu belegen, zu respektieren sei,

1015 Arnold, Geschäftsordnung, GBU 2005/05/11

1016 OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 (SZ 48/79)

1017 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §86 Rz 54ff.

1018 für Vorstände gilt gemäß §79 AktG ein Wettbewerbsverbot; dazu siehe 3.1.5

1019 Kastner, Doralt, Nowotny 243

1020 dazu siehe 3.1.5.2

und da wo der Gesetzgeber Vorstand und AR gleich behandelt wissen wolle, er dies zum Ausdruck gebracht hätte (§§ 99, 100, 101 AktG). Sonst sei dies eben nicht der Fall.¹⁰²¹

Diffiziler stellt sich das Problem bei der GmbH dar. In den für den AR relevanten Vorschriften, lässt sich kein ausdrücklicher Hinweis erkennen, dass Aufsichtsräte einem Konkurrenzverbot unterliegen. Mehr noch: §33 GmbHG als Verweisungsbestimmung unterlässt es ausdrücklich §24 GmbHG für AR als maßgeblich gelten zu lassen. Nun ist es aber andererseits uneinsichtig, warum hinsichtlich Wettbewerbsverbot ein GmbH - AR anders behandelt werden soll, als ein AG – AR. M.E. ist die sinnvollste Lösung, von einer planwidrigen Lücke bzw. einem „legistischen Fehler“ auszugehen und das Konkurrenzverbot auch auf den GmbH – AR auszudehnen.

1021 in diese Richtung: Fida, Steidl, Konkurrenten im Aufsichtsrat, Ges 2005, 356

3.2.11. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des AR (§99 AktG, §33 GmbHG)

Bei seiner Überwachung hat sich der Geschäftsführer / Vorstand nach allgemeinen Grundsätzen, nach den Kriterien der Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, und Zweckmäßigkeit auszurichten, wobei nach neuerer Lehre wohl unstrittig ist, dass sich die Intensität der Prüfung nach der Lage des Unternehmens richtet, wobei in kritischen Unternehmenssituationen die Prüfung intensiver auszufallen hat als in weniger kritischen Situationen, wo mit einer punktuellen Prüfung das Auslangen gefunden werden kann.¹⁰²² Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme bzw. eines Rechtsgeschäftes wird wohl dann anzunehmen sein, wenn ein möglichst positives Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag erzielt wird bzw. von mehreren möglichen Geschäftspolitiken, die für das Unternehmen beste Geschäftspolitik ausgewählt wurde.¹⁰²³

Kernpunkt der Überwachungstätigkeit ist, ob der Vorstand / GF von seinem Ermessensspielraum wirtschaftlich zweckmäßig Gebrauch macht, was dazu führt, dass risikobehaftete Geschäfte nicht per se verboten sind, wenn sie dem bereits besprochenen Zweckmäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Ob diesem Zweckmäßigkeitsgrundsatz in concreto Genüge getan wird, richtet sich nach den Vorgaben des AktG bzw. GmbHG.¹⁰²⁴ Die nicht pflichtgemäße Wahrnehmung der Überwachungsaufgaben durch den AR stellt eine Verletzung der AR – Obliegenheiten dar und führt zur Haftung des AR.¹⁰²⁵

§99 AktG, 33 GmbHG normieren die sinnngemäße Anwendung des Sorgfaltsmaßstabes von GF / Vorstand für den AR. Daraus folgt auch – in m.E. eindeutiger Weise – dass der AR mehr ist als ein „bloßes Überprüfungsorgan“, auch wenn der Überwachungsgegenstand die Entscheidungen des Vorstandes sind.¹⁰²⁶ Auch der AR gilt als Treuhänder fremden Vermögens.¹⁰²⁷ Vielmehr sind seine Handlungen am Maßstab des ordentlichen und

1022 stellvertretend: Reich – Rohrwig I Rn 4/310

1023 Rückle, Wirtschaftlichkeit, VWT 2008 H4, 40ff

1024 Strasser in Jabornegg/Strasser §§95 – 97 Rz 10

1025 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 95 – 97 Rz 16

1026 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §99 Rz 14

1027 OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k (wbl 2002, 227); OLG Brandenburg, NZG 2001, 756, 756; OLG Bremen, GmbHR 1964, 8, 9; OLG Celle, NZG 2000, 1178, 1179 = GmbHR 2001, 243;

gewissenhaften Geschäftsleiters (wie beim Vorstand/GF) zu messen.¹⁰²⁸ Nach allgemeinen Grundsätzen reicht auch beim AR als Verschuldensgrad leichte Fahrlässigkeit.¹⁰²⁹ Die Beurteilung der Handlungen oder Unterlassungen hat immer aus einem ex ante Blickwinkel zu erfolgen.¹⁰³⁰

Die Rechtsprechung zur AR - Haftung ist äußerst kasuistisch. Inhaltliche Konkretisierungen des Sorgfaltsmaßstabes sind wie beim Vorstand de facto unmöglich. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass der AR zwar „weiter weg“ vom Unternehmen ist, als ein GF / Vorstand und ihn deshalb auch ein „abgeschwächter Sorgfaltsmaßstab als den GF / Vorstand trifft“, er aber sehr wohl über eine „besondere intelligenzmüßige Kapazität verfügt als ein durchschnittlicher Mensch“.¹⁰³¹ Andererseits werden vom AR ein höherer Sorgfaltsmaßstab und eine höhere Nachforschungspflicht als etwa vom Abschlussprüfer gefordert.¹⁰³² Um die Widersprüchlichkeiten komplett darzustellen, sei noch ein Judikat herausgegriffen, wonach sich der AR auch auf die Vorarbeit des Abschlussprüfers verlassen kann und nur dann weitergehende Maßnahmen zu ergreifen hat, wenn der konkrete Sachverhalt dazu Anlass gibt.¹⁰³³

Krejci unterscheidet bei der Prüfung des Jahresabschlusses zwischen den Mitgliedern eines Prüfungsausschusses und den anderen AR – Mitgliedern, bringt aber zum Ausdruck, dass die Fähigkeiten aller Mitglieder des AR gleich zu sein haben,¹⁰³⁴ was m.E. insofern systemwidrig ist, da eine Gleichbehandlung einerseits (Fähigkeiten) und eine Ungleichbehandlung („Prüfungsintensität“) andererseits nicht durch das Gesetz gedeckt scheint, und überdies nicht rational nachvollziehbar ist. Mehr noch: Wer prüft bzw. überwacht, muss den Prüfungsgegenstand - was sowohl die Fähigkeiten als auch die Sorgfalt betrifft - zumindest ebenso im Griff haben, wie derjenige der überprüft wird.¹⁰³⁵

Diesen Lehrmeinungen, die einen abgestuften Sorgfaltsmaßstab zum Vorstand fordern, kann m.E. nicht zugestimmt werden. Es geht zwar aus dem Gesetz definitiv hervor, dass den AR primär Überwachungsaufgaben treffen, gleichzeitig sprechen sich die maßgeblichen

1028 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 98 – 99 Rz 32; a.A. Kalss in Doralt Nowotny, Kalss §99 Rz 5 die von der Maßstabfigur des „ordentlichen Überwachers“ ausgeht

1029 Schneider, Verantwortlichkeit, ÖJZ 1986, 129

1030 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §99 Rz 5

1031 OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k (SZ 2002/26)

1032 OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76 (EvBl 1978/4); Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

1033 Nachweis bei: Gelter, Haberer, Aufsichtsrat, GesRZ 2001, 169

1034 Krejci, Jahresabschluss, NZ 2001, 266

1035 ähnlich: Schneider, Verantwortlichkeit, ÖJZ 1986, 129

Bestimmungen aber auch für die gleiche Sorgfaltspflicht von AR und Vorstand aus. Das Argument, der Aufsichtsrat habe eine geringere Einflussmöglichkeit als der Vorstand / GF, kann über die Tatsache der ausdrücklichen gesetzlichen Gleichbehandlung (§99 AktG, §33 GmbHG) nicht hinwegtäuschen, zumal das Gesetz – wie bereits erläutert – dem AR jede Möglichkeit, sich zusätzliche Informationen zu beschaffen, gibt. Mehr noch: Wie in dieser Arbeit bereits vorgestellt, reicht der Einfluss des AR sogar soweit, den Vorstand bei mangelnder Informationswilligkeit abzurufen. Somit bleibt als Fazit festzuhalten: Der AR hat zwar ein anderes Aufgabengebiet als der Vorstand, trotzdem trifft ihn der gleiche Sorgfaltsmaßstab. Beherrscht der AR die von ihm zu erledigenden Prüfungsaufgaben nicht in vollem Umfang, hat er sich „in geschäftlichen und finanziellen Dingen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen anzueignen als ein durchschnittlicher Kaufmann“, und überdies muss er „die Fähigkeit haben, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen“.¹⁰³⁶ Weiters darf nicht übersehen werden, dass das Gesetz (nicht nur das AktG oder GmbHG sondern auch §§ 1299, 1300 ABGB) richtigerweise davon ausgeht, dass jemand, der sich Aufgaben annimmt, diese auch beherrscht und bei Pflichtverstoß haftet. Unfähigkeit ist in der österreichischen Rechtsordnung eben kein Entschuldigungsgrund. Nun kann man zur Unterstützung der in dieser Arbeit kritisierten Lehrmeinungen natürlich anführen, dass die AR Tätigkeit nach der Systematik des Gesetzes natürlich zweifelsfrei als nebenberufliche Tätigkeit ausgestaltet ist und der Sorgfaltsmaßstab daher gegenüber dem Vorstand abgeschwächt sein muss.¹⁰³⁷ Diese Literaturströmung übersieht aber zum einen, dass diese Ansicht nicht nur dem klar dem Wortlaut des §99 AktG widerspricht, der eben auf die Sorgfaltsnorm für Vorstände verweist sondern zum zweiten auch dass es sich lediglich um eine Bestimmung hinsichtlich Sorgfaltsmaßstab und somit zum Verschulden handelt. Selbstverständlich ist nach den klaren und eindeutigen einschlägigen Formulierungen des AktG und des GmbHG klar, dass AR weniger Pflichten als Vorstände treffen. Die Einschränkung der Pflichten bedeutet aber noch lange nicht, dass der Verhaltensmaßstab, wie diese Pflichten wahrzunehmen sind, deshalb auch eingeschränkt ist.

Für Ausschussmitglieder gilt die Bestimmung des §99 AktG sinngemäß.¹⁰³⁸

1036 OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76 (EvBl 1978/4)

1037 Stellvertretend für die wohl in Deutschland und Österreich hM: Hüffer, AktG §113 Rz 4

1038 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §99 Rz 9

Auf Grund des zweifellos hohen Risikos, das mit der AR – Tätigkeit verbunden ist, wird dem AR – Mitglied der Abschluss einer Versicherung anzuraten sein.¹⁰³⁹

3.2.12. Aufsichtsratsbezogene Klauseln in Syndikatsverträgen – Eine Zusammenfassung

Syndikatsvertragsklauseln die sich mit Aufsichtsräten oder Gremien, die aufsichtsratspezifisch sind, sind in der Praxis häufig anzutreffen. Teils wollen diese Bestimmungen Gremien einrichten, in denen Syndikatspartner oder deren Bevollmächtigte unter Ausschluss der Arbeitnehmervertreter häufig wesentlichen Entscheidungen eines Vorstandes bzw. der GF absegnen und die strategischen Entscheidungen, die dann im AR unter Einschluss der Arbeitnehmervertreter bloß abgesegnet werden, diskutieren und entscheiden. Teils wird aber auch bei der GmbH ein AR implementiert, obwohl dies gesetzlich nicht erforderlich wäre. Dazu ist festzuhalten, dass jegliche Umgehungskonstruktion des §110 ArbVG unzulässig ist und einen dermaßen schweren Mangel darstellt, weil mit dem Wesen der AktG nicht vereinbar, dass Beschlüsse im Gremium mit Arbeitnehmern dann nichtig sind, wenn diesen Arbeitnehmervertretern nicht dieselben Informationen erteilt werden, wie Kapital-/Syndikatsvertretern. Eine Beschlussfassung im AR oder in einem Gremium ohne Arbeitnehmer ist m.E. ohnehin nichtig. Entschließen sich Syndikatsvertragsparteien mittels Satzung bzw. Satzungsänderung einen AR einzurichten, gelten die Bestimmungen des obligatorischen AR auch für den fakultativen AR

Da der AR häufig über strategische Ausrichtungen informiert wird bzw. die Zustimmung zu strategischen Geschäften (nicht) erteilt, ist es für Syndikatspartner natürlich von Bedeutung, dass ein „Vertrauter“ in den AR entsendet wird. Ist ein Entsendungsrecht eingeräumt, gilt es zu beachten, dass der Entsendete in der Lage sein muss, die in der Gesellschaft anfallenden Geschäftsfälle zu verstehen und beurteilen zu können, damit er seiner Überwachungsfunktion auch tatsächlich nachkommen kann, widrigenfalls den entsendeten Einlassungsschulden vorzuwerfen ist, und den ihn entsendenden Syndikatspartner bei Vorliegen von Schaden, Verursachung und Verschulden eine Durchgriffshaftung treffen kann bzw. nach der hier vertretenen Auffassung treffen muss. Abgesehen davon kann die Bestellung auch, wie im Verlauf dieser Arbeit bereits diskutiert, angefochten werden. Nach allgemeinen Grundsätzen kann ein Entsendungsrecht nur nach Gesellschaftsvertrag oder Satzung begründet werden nicht aber durch Syndikatsvertrag (dazu siehe 2.5.3). Entgegen der wohl hL wird in dieser

1039 Kalss in Doralt, Nowotny, Kalss §99 Rz 45ff

Dissertation die Auffassung vertreten, dass Entsendungsrechte nicht höchstpersönlich und somit einer Übertragung zugänglich sind. Jedenfalls gilt es aus Perspektive der Syndikatspartei zu bedenken, dass jegliche Weisungsbefugnis ausgeschlossen ist. Gerade in diesem Zusammenhang ist nochmals deutlich zu erwähnen, dass aus der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung folgt, dass syndikatsvertragliche Klausel, welche Syndikatspartner verpflichten auf die entsandten bzw. nominierten Aufsichtsmitglieder Einfluss zu nehmen, dann (selbstverständlich) unzulässig sind, wenn diese Klausel bedeuten, dass (versteckte) Weisungen erteilt werden sollen. Handelt es sich lediglich um Verpflichtungen mit entsandten bzw. nominierten AR Mitgliedern einen Sachverhalt bzw. ein Stimmverhalten zu diskutieren, sind diese Klauseln m.E. zulässig, aber in Wirklichkeit ein Tiger ohne Zähne, da sie den anderen Syndikatspartnern keine Gewissheit geben können, wie ein AR bei einer bestimmten Materie abstimmt.

Weniger ein Problem von Syndikatsverträgen sondern mehr eines der auf Grund von Syndikatsbeschlüssen entsandten Personen ist die Frage, ob eine Stimmpflicht besteht. Aus den bereits geschilderten Gründen wird diese Frage bejaht. Diese Erkenntnis zieht als Konsequenz nach sich, dass weder Satzung, Syndikatsvertrag noch Geschäftsordnung eine Stimmenthaltung zulassen kann. Folgerichtig sind auch Regelungen, die sich in Syndikatsverträgen zur Wertung der Stimmenthaltungen äußern, unzulässig, da schon die Stimmenthaltung als solche als rechtswidrig zu qualifizieren ist.

Der Syndikatsvertrag kann bei Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften regeln, mit welchen Mehrheiten, Beschlüsse des AR zu Stande kommen oder dies zumindest für eine Satzungsänderung vorgeben. Mangels Regelung gilt das Prinzip der einfachen absoluten Mehrheit

Weder der Satzung noch Syndikatsverträgen zugänglich sind Regelungen zu den Aufgaben des AR, da die gesetzlichen Regelungen zwingend sind. Hauptaufgabe des AR ist die nachträgliche und vorausschauende Überwachung der Geschäftsführung auf Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit Maßstab ist dabei, ob die vom Vorstand / GF ergriffenen Maßnahmen ausreichend wirksam sind.

Gerade im Bereich des Berichtswesens empfiehlt es sich für Syndikatspartner auf Aufnahme einer Öffnungsklausel in die Satzung zu drängen. Dies hat den Grund, dass gerade das

Berichtswesen über wesentliche Vorgänge in der Gesellschaft von immanenter Bedeutung ist. Im Syndikatsvertrag sollten die Berichte bzw. die begehrten Informationen so detailliert wie möglich angeführt werden, damit sichergestellt ist, dass ein einwandfreier Informationsfluss zwischen Syndikatspartnern und Gesellschaft erreicht werden kann. Dies empfiehlt sich auch, obwohl das Berichtswesen als Bringschuld des Vorstandes zu lesen ist. Als Richtschnur welchen Inhalt ein solches Berichtswesen haben kann, kann §90dAktG herangezogen werden. §90 dAktG verpflichtet den Vorstand zu Berichten, welche die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung), die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals, den Gang der Geschäfte, den Umsatz, und die Lage der Gesellschaft; Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, thematisieren.

Ähnlich wie bei Fragen zur Vorstandshaftung sind auch die Bestimmungen zur Aufsichtsratshaftung zwingender Natur und können daher weder durch Satzung noch durch Syndikatsvertrag geändert werden. Die in Punkt 3.2.11 genannten Grundsätze der Aufsichtsratshaftung sind daher als Grenzziehung zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen AR – Handeln zu verstehen. Zum Thema Aufsichtsratshaftung ist letztendlich festzuhalten, dass es sich beim AR – wie beim Vorstand - um einen Treuhänder fremden Vermögens handelt, dessen Tätigkeit nach der Gesetztes aber natürlich zweifelsfrei als nebenberufliche Tätigkeit ausgestaltet ist. Dies bedeutet nach der hier vertretenen Ansicht, dass zwar der Pflichtenkatalog (Rechtmäßigkeit / Unrechtmäßigkeit) gegenüber dem Vorstand eingeschränkter ist nicht aber der Maßstab, wie diese Pflichten wahrzunehmen sind (Sorgfaltsmaßstab bzw. Verschulden).

3.3. Die Hauptversammlung / Generalversammlung

3.3.1. Allgemeines

Im Folgenden werden lediglich das Stimmrecht und einige andere wesentliche Rechte der Aktionäre / Gesellschafter behandelt. Die nicht an dieser Stelle besprochenen Vorschriften werden bzw. wurden einerseits bereits an anderer Stelle diskutiert bzw. scheinen im Zusammenhang mit der Thematik der Arbeit nicht von vordergründigem Interesse zu sein.

Unter Generalversammlung / HV sind alle Versammlungen der Gesellschafter zu verstehen, die ordnungsgemäß einberufen worden sind¹⁰⁴⁰ und auch tatsächlich gemäß Einberufung beginnen und den Gesellschaftern die Mitwirkung an einer Beschlussfassung bzw. Erörterung der Tagesordnungspunkte erlauben.¹⁰⁴¹ Jeder Gesellschafter ist teilnahmeberechtigt, auch wenn er (im konkreten Fall) nicht stimmberechtigt ist.¹⁰⁴² Für die Beschlussfassung ist die Abhaltung einer Generalversammlung nicht erforderlich, da diese auch dann zu Stande kommen, wenn sich die Gesellschafter / Aktionäre nachweislich einig sind.¹⁰⁴³

Die Generalversammlung ist sowohl für Grundlagengeschäfte zuständig als auch berechtigt, dem GF Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten zu erteilen, während bei der AG die Kompetenz der HV für Grundlagengeschäfte strikt von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes getrennt ist.¹⁰⁴⁴ Grundlagengeschäfte sind Geschäfte, die einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zumindest gleichkommen.¹⁰⁴⁵

Gäste, also keine Gesellschafter oder Aktionäre, sind nur zu gewissen Punkten und nur für einen begrenzten Zeitraum berechtigt, an der HV / Generalversammlung teilzunehmen.¹⁰⁴⁶

1040 OGH 25.2.1993, 6 Ob 1992, ecolex 1993, 458

1041 OGH 11.04.1989, 5 Ob 576/88 (EvBl 1989/132)

1042 OGH 28.8.2003, 2 Ob 173/02v (wbl 2004, 142)

1043 OGH 20.12.1995, 7 Ob 633/95 (wbl 1996, 249)

1044 Krejci, Gesellschaftsrecht 118

1045 Krejci, Gesellschaftsrecht 119

1046 Krejci, Gesellschaftsrecht 126

3.3.2. Das Stimmrecht sowie die Beschlüsse der HV / Generalversammlung

3.3.2.1. Das Stimmrecht

Einleitend ist festzuhalten, dass das Stimmrecht des Gesellschafters/Aktionärs zu den fundamentalsten Gesellschafter-/Aktionärsrechten gehört, das ohne gesetzliche Grundlage keinesfalls behindert werden darf.¹⁰⁴⁷ Selbst die Verpfändung des Geschäftsanteils, lässt das Stimmrecht des Pfandschuldners ohne gegenteilige Abreden unberührt.¹⁰⁴⁸ Regelungen, die festlegen, dass ein Gesellschafter / Aktionär kein Stimmrecht hat, sind unzulässig, da jeder Gesellschafter zumindest eine Stimme haben muss.¹⁰⁴⁹ Korrespondierend mit dem Stimmrecht hat jeder Aktionär ein Rederecht um seine Meinung mitzuteilen, wobei dieses Rederecht nicht vollständig aber soweit beschränkt werden darf, als eine ordnungsgemäße Abhaltung der HV / Generalversammlung möglich ist.¹⁰⁵⁰

Der „Wert des Stimmrechtes“ in der GmbH und in der AG leitet sich aus der Anzahl der gehaltenen Geschäftsanteile/Aktien ab. Es gilt der Grundsatz der Kapitalbeteiligung, was bedeutet, dass sich das Gewicht der Stimme(n) des Aktionärs/ Gesellschafters nach seiner Kapitalbeteiligung richtet.¹⁰⁵¹ Gemäß §39 Abs. 2 GmbHG gewähren je Euro 10 an der Stammeinlage eine Stimme, wobei durch Gesellschaftsvertrag andere Regelungen möglich sind. Jeder Geschäftsanteil ermöglicht zumindest eine Stimme. Aus §6 Abs. 1 GmbHG ergibt sich, dass jedem Gesellschafter zumindest sieben Stimmen zustehen. Diese gesetzliche Regelung kann durch die Gesellschafter beliebig abgeändert werden, wobei sicherzustellen ist, dass jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zugestanden wird.¹⁰⁵²

§ 12 AktG normiert den Grundsatz, dass jeder Aktie eine Stimme zukommt (Ausnahme: Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gemäß §§ 115- §117 AktG und Einführung von Höchststimmrechten gemäß §114 Abs. 1 AktG). Nach §12 Abs. 2 AktG sind Mehrstimmrechtsaktien unzulässig. Dieser Grundsatz ist zwingend und daher durch Satzung

1047 OGH 01.09.1964, 1 Ob 85/64 (SZ 37/111)

1048 OGH 19.05.1936, 2 Ob 466/36 (SZ 18/85)

1049 Kastner, Auslegung, JBl 1978, 404

1050 Kalls, Lindner, Minderheits – und Einzelrechte 25

1051 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 16

1052 Nachweise zur Literatur bei Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 13

und Syndikatsvertrag nicht abänderbar.¹⁰⁵³ Vice Versa soll Nichtaktionären auch kein Stimmrecht durch Satzung einräumbar sein.¹⁰⁵⁴ Einzig wesentliche Ausnahme von diesem Grundsatz ist die Ausübung der Stimmrechte durch Legitimationsaktionäre (§§ 110 S2, 114 Abs. 4 AktG), die zwar das Stimmrecht wie der Eigentümer einer Aktie nach außen hin ausüben, allerdings im Verhältnis zum Eigentümer in der Art und Weise der Ausübung gebunden sind und denen somit eine quasi treuhandähnliche Stellung zukommt.¹⁰⁵⁵ §12 AktG bestimmt also lediglich, dass eine Aktie (grundsätzlich) eine Stimme gewährt, nicht aber welchen Einfluss diese Stimme konkret sichert. Dies hängt vielmehr von der Anzahl der insgesamt gehaltenen Aktien am Stammkapital ab. Es gilt das Prinzip der Kongruenz von Risiko und Einfluss.¹⁰⁵⁶ Dies bedeutet, dass die Aktionäre in Relation gleichgestellt sind, da jeder im Verhältnis seiner Beteiligung am Risiko aber auch am Gewinn der AG teilnimmt. Von diesem Grundsatz gibt es gleich mehrere Ausnahmen: Zum ersten sind die in der Praxis wichtigen Vorzugsaktien zu nennen. Vorzugsaktien sind Aktien, die mit einem Vorzug bei der Gewinnverteilung ausgestattet sind. Wenn für diese Aktiengattung das Stimmrecht ausgeschlossen wird (Vorzugsaktien ohne Stimmrecht) ist zu beachten, dass sie nur ein Drittel des Grundkapitals repräsentieren dürfen (§115 Abs. 1,2 AktG). Der Vorzug zählt zu den mitgliedschaftlichen Sonderrechten und beinhaltet insbesondere das Recht auf eine Dividende, die dem Vorzugsaktionär vor allen anderen Aktionären ausbezahlt wird. Beachtenswert ist, dass nach mancher Ansicht der Dividendenvorzug sich nicht auf den gesamten Gewinnanteil erstrecken muss und daher einschränkbar sein soll.¹⁰⁵⁷ Mit Ausnahme der Regelung über das Stimmrecht gewähren Vorzugsaktien dieselben Rechte wie andere Aktiengattungen (§116 Abs. 1 AktG). Eine (teilweise) Nichtauszahlung des Vorzugsbetrages – etwa auf Basis eines Syndikatsbeschlusses – hat zur Folge, dass den Vorzugsaktionären ein Stimmrecht zukommt, sofern die Rückstände nicht im Folgejahr nachgezahlt wird (§116 Abs. 2 AktG). Für Beschränkungen des Vorzuges ist die Zustimmung der Vorzugsaktionäre in einer gesonderten Versammlung erforderlich (§117 Abs. 1,3 AktG) Weitere Ausnahmen sind Höchststimmrechte, gesetzlich normierte Stimmverbote (§§ 30 Abs. 9, 114 Abs. 5, 118 Abs. 1 AktG sowie das noch näher zu diskutierende Ruhen des Stimmrechts als Rechtsfolge des §34 ÜbG.

1053 Geist in Jabornegg/Strasser § 12 Rz.1

1054 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 12 Rz 17, 19

1055 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 12 Rz 17

1056 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss §12 Rz 13ff

1057 Strasser in Jabornegg/Strasser § 115 Rz.1

Die Ausübung des Stimmrechts bestimmt sich nach den Regeln des §114 AktG. §114 Abs. 1 AktG, wonach jedem Aktionär ein Stimmrecht zukommt und das Stimmrecht nach dem Verhältnis der Aktienbeträge, bei Stückaktien nach deren Zahl ausgeübt wird. Besitzt ein Aktionär mehrere Aktien – was im Regelfall gegeben sein wird – ist es der Satzung möglich das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder von Abstufungen zu beschränken. Jedem Aktionär steht also ein Stimmrecht in der HV zu, es sei denn es greifen die Bestimmungen zu den stimmrechtslosen Vorzugsaktionären. Diesen kommt das Stimmrecht aber im Fall des §116 Abs. 2 AktG zu. Nichtaktionären kann e contrario (selbstverständlich) kein Stimmrecht eingeräumt werden.¹⁰⁵⁸

Besitzt ein Aktionär mehrere Aktien ist es der Satzung möglich, das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder von Abstufungen zu beschränken (§114 Abs. 1 S2). Das Höchststimmrecht ist dadurch charakterisiert, dass das Stimmrecht des Aktionärs ohne Rücksicht auf seine Kapitalbeteiligung beschränkt ist.¹⁰⁵⁹ Eine Abstufung liegt dann vor, wenn das Stimmrecht nur bis zu einem bestimmten Betrag voll und für den darüber hinausgehenden Anteil am Stammkapital nur teilweise gewährt wird.¹⁰⁶⁰ Bestimmungen, wonach Höchststimmrechte oder Abstufungen nur für einzelne Aktionäre gelten, sind nichtig, da dies dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot (§47 a AktG) und dem Verbot von Mehrstimmrechtsaktien widerspricht.¹⁰⁶¹ Werden Stimmrechtsbeschränkungen durch nachträgliche Satzungsregelungen eingeführt, ist nach richtiger Ansicht davon auszugehen, dass die Zustimmung der betroffenen Aktionäre erforderlich ist.¹⁰⁶² Die Ansicht von *Strasser*,¹⁰⁶³ dass eine nachträgliche Satzungsänderung nicht der Zustimmung der betroffenen Aktionäre bedürfe, weil andere Aktionäre die Stimmrechtsbeschränkung (zukünftig) genauso betreffen könne, kann nicht überzeugen, da ein nachträglicher (unzulässiger) Eingriff in die Rechte des Aktionärs B nicht die bereits erfolgte Unzulässigkeit des Eingriffs in die Rechte des Aktionärs A sanieren kann. Überdies gebe dieser Lösungsansatz den Aktionären, die (gemeinsam) 75 % an der Gesellschaft halten, jederzeit die Möglichkeit durch Satzungsänderungen den anderen Aktionären Stimmrechtsbeschränkungen aufzubürden.

1058 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 14

1059 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 21

1060 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 23

1061 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 26, Thiery, NZ 1989, 81

1062 Thiery, NZ 1989, 81; a.A. Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 29

1063 Strasser in Jabornegg/Strasser §114 Rz 8

Die Stimmrechtsausübung unterliegt der Treuepflicht und gebietet daher eine Berechtigung der Interessen der anderen Gesellschafter, wobei hinsichtlich der Intensität zu unterscheiden ist, ob die Kapitalgesellschaft personalistisch oder kapitalistisch strukturiert ist.¹⁰⁶⁴ Damit im Zusammenhang stehend ist die Frage zu erörtern, ob es eine Pflicht des Aktionärs / Gesellschafters gibt, sein Stimmrecht auch tatsächlich auszuüben. Nach m.E. richtiger Ansicht, besteht eine Teilnahmepflicht des GF / Vorstands und des AR an den entsprechenden Sitzungen der Gremien teilzunehmen, da die Nichtteilnahme, die dazu dient das Stimmrecht nicht auszuüben, haftungsrechtlich sanktioniert ist.¹⁰⁶⁵ Dieser Auffassung hat sich auch die ältere Rechtsprechung für die Gruppe der Gesellschafter – und wohl auch für die Aktionäre – angeschlossen.¹⁰⁶⁶ Von mancher Seite wird diese Pflicht nur dann bejaht, wenn die Beschlussfassung im objektiven Interesse der Gesellschaft liegt.¹⁰⁶⁷ Mit dieser Frage in unmittelbaren Zusammenhang stehend ist zu untersuchen, ob eine Pflicht besteht, sein Stimmrecht überhaupt auszuüben bzw. ob das Stimmrecht ggfs. in einem gewissen Sinn (Zustimmung / Ablehnung eines Beschlussantrages) auszuüben ist. Teile der österreichischen Lehre scheinen eine Abstimmungspflicht¹⁰⁶⁸ - und wohl auch eine Pflicht in einem gewissen Sinn abzustimmen¹⁰⁶⁹ - durchaus zu bejahen. Die neuere österreichische Rechtsprechung scheint demgegenüber eine Stimmenthaltung als grundsätzlich zulässig zu erachten.¹⁰⁷⁰ Die deutsche (wohl herrschende) Lehre¹⁰⁷¹ und die deutsche Rechtsprechung¹⁰⁷² stehen demgegenüber auf dem Standpunkt, dass sowohl eine Stimmabgabepflicht als auch eine Pflicht in einem gewissen Sinn abzustimmen, besteht, wobei diese Meinungen einschränkend davon ausgehen, dass für diese Pflichten ein konkretes Gesellschaftsinteresse als auch die Zumutbarkeit für die Gesellschafter gegeben sein muss.¹⁰⁷³ Sogar die Ausübung / Nichtausübung gesellschaftsvertraglich bzw. gesetzlich eingeräumter Sonderrechte kann aus treurechtlichen Gesichtspunkten geboten sein.¹⁰⁷⁴

1064 OGH 22.11.1988, 5 Ob 628/88 (JBl 1989, 253)

1065 OGH 11.7.1971, & OB 501/91 (ecolex 1991, 782)

1066 Thöni, Verantwortlichkeit, ecolex 1994, 230

1067 Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 14;

1068 exemplarisch: Thöni, Verantwortlichkeit, ecolex 1994, 230

1069 Thöni, Beschlussanfechtung, ecolex 1993, 674

1070 OGH 22.09.2005 2 Ob 175/05g

1071 Baumbach – Hueck – Hueck/Fastrich, GmbHG §13 Rz 35

1072 BGH, ZIP 1987, 914 = BB 1987, 1200 = DB 1987, 1413 = NJW 1987, 3192;

1073 u.a. aus der neueren dt. Rechtsprechung: BGH, ZIP 2007, 268 Rz 10 f = NJW 2007, 917 = DB 2007, 276 = GmbHR 1986, 426

1074 BGHZ 129,136,153 = ZIP 1995, 819 = DB 1995, 1064 = NJW1995,1739

Wird eine Stimme treuwidrig abgegeben, ist sie trotzdem mitzuzählen, was an der Anfechtbarkeit¹⁰⁷⁵, an der Schadenersatzpflicht¹⁰⁷⁶ des treuwidrigen Gesellschafters und sogar an dessen möglichen Ausschluss aus der Gesellschaft¹⁰⁷⁷ – und somit wohl auch aus dem Syndikat - aber nichts ändert.

Die Ausübung des Stimmrechtes durch einen Bevollmächtigten ist zulässig (§§ 114 Abs. 3 AktG, 39 Abs. 3 GmbHG)

3.3.2.2. Stimmverbote und Stimmenkauf

Die Bestimmungen der §§ 39 GmbHG, 114 Abs. 5 AktG normieren, dass stimmberechtigte Personen weder im eigenen noch im fremden Namen abstimmen dürfen, wenn sie durch die Abstimmung von einer Verpflichtung befreit werden oder einen Vorteil erlangen sollen, was aber nur dann der Fall ist, wenn den übrigen Gesellschaftern oder der Gesellschaft ein Nachteil entsteht.¹⁰⁷⁸ Selbiges gilt für einen Gesellschafter, wenn die Generalversammlung darüber abstimmt, ob die mit diesem Gesellschafter ein Rechtsgeschäft abgeschlossen oder ein Rechtsstreit geführt werden soll. Selbstverständlich gilt das Stimmverbot nur für den vom Interessenskonflikt betroffenen Gesellschafter, weshalb die anderen Gesellschafter mit der Mehrheit der Stimmen einen Beschluss fassen können.¹⁰⁷⁹ Sind alle Gesellschafter befangen, gilt das Stimmverbot nicht.¹⁰⁸⁰ Letztendlich beruhen die Fälle des Stimmverbotes auf der Tatsache, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf.¹⁰⁸¹

Die dargestellten Regelungen für Stimmverbote sind nicht analogiefähig, weshalb ein generelles Stimmverbot bei Interessenskonflikten nicht besteht.¹⁰⁸² Dies zeigt sich bereits daran, dass ein Gesellschafter eines Unternehmens, der das Unternehmen ausschließlich erwerben soll, berechtigt ist, an der Abstimmung, ob das Unternehmen verkauft werden soll,

1075 stellvertretend: Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228 und OGH 10.4. 2008, 6 Ob 37/08x, GesRZ 2008, 238 a.A. Thöni, Treuwidrige Stimmabgaben, GesRZ 2008, 346 und Krejci, Gesellschaftsrecht, 210 die für die Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgabe und daher für das Nichtmitzählen plädieren

1076 BGH, ZIP 2007, 268 Rz 10 = NJW 2007, 917 = DB 2007, 276 = GmbHR 2007, 260; Verjährung der Schadenersatzansprüche nach der Judikatur des BGH nach 3 Jahren (BGHZ 129, 169 f = ZIP 1995, 819 = DB 1995, 1064 = NJW 1995, 1739;

1077 u.a. BGHZ 9, 157, 163, sofern die Vertrauensgrundlage zerstört ist.

1078 OGH 04.12.1974 5 Ob 288/74 (SZ 47/143)

1079 OGH 12.05.1992 4 Ob 7/92 (wbl 1992,406)

1080 OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74 (GesRZ 1976, 26)

1081 BGHZ 97, 28, 33

1082 für die GmbH OGH 12.10.2006, 6 Ob 139/06v; kontrovers die Diskussion in Deutschland mit Nachweisen bei Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG, §12 Rz 1

teilnehmen kann.¹⁰⁸³ Für die mangelnde Analogiefähigkeit spricht m.E. aber auch, dass das Stimmrecht zu den Kernrechten eines Aktionärs / Gesellschafters zählt und eine Einschränkung bzw. ein Entzug nur dann möglich sein soll, wenn das Gesetz einen eindeutigen Hinweis enthält. Schuldrechtliche Vereinbarungen, die eine Umgehung bzw. Aushöhlung von Stimmverboten bedeuten, sind daher folgerichtig unzulässig.¹⁰⁸⁴

Wird nun in einer Syndikatsversammlung darüber beschlossen, wie in einer HV / Generalversammlung abzustimmen ist, ist darauf zu achten, dass sich nach der Rechtsprechung und Lehre die Befangenheit nicht nur auf die Gesellschafter / Aktionäre auswirkt, sondern auch auf die dahinterstehenden (juristischen) Personen,¹⁰⁸⁵ weshalb eine Abstimmung durch diese Personen im Syndikat als nichtig anzusehen ist. Die Befangenheit dieser dahinterstehenden Personen führt aber nur dann zum Stimmverbot, wenn die Befangenheit Auswirkungen in der HV / Generalversammlung der Gesellschaft haben kann,¹⁰⁸⁶ wovon im Regelfall auszugehen sein wird.

Stimmen die entgegen Stimmverbot abgegeben wurden, sind in Anlehnung an die BGH Judikatur¹⁰⁸⁷ mitzuzählen,¹⁰⁸⁸ der Beschluss ist aber nach der Rechtsprechung anfechtbar.¹⁰⁸⁹

Nach ganz überwiegender hL, die auf in Deutschland entwickelten Grundsätzen beruht,¹⁰⁹⁰ gilt der Stimmenkauf als unzulässig¹⁰⁹¹ Tichy unternimmt allerdings den - m.E. intellektuell beachtenswerten – Versuch, dieses Dogma der hL zu hinterfragen, in dem er zur Diskussion stellt, was daran verwerflich sein soll, wenn ein Aktionär / Gesellschafter eine Stimme kauft um sie in einer gesellschaftsrechtlich einwandfreien Form zu „verwenden“¹⁰⁹² Er begründet dies damit, dass es zum Wesen der Stimmbindung an sich gehöre, dass sich ein Aktionär / Gesellschafter verpflichtet, eine Stimme in einem gewissen Sinn abzugeben und es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit nicht darauf ankommen kann, dass er für diese Leistung eine Gegenleistung, die nicht notwendigerweise in Geld bestehen muss, um den Entgeltcharakter

1083 OGH 04.12.1974 5 Ob 288/74 (SZ 47/143)

1084 Tichy, Syndikatsverträge 98f.; Reich Rohrwig 366

1085 exemplarisch: OGH 19.12.1991, 8 Ob 595/90 (RdW 1992, 144), Reich – Rohrwig 345

1086 OGH 24.03.1992 5 Ob 523/91 (SZ 65/46)

1087 BGH 02.04.2007, Az II ZR 325/05

1088 Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228

1089 OGH 30. 11.1989, 7 Ob 703, 89. 1989 (wbl 1990,118)

1090 exemplarisch: Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG §100 Rz 9

1091 Nachweise bei: Tichy, Syndikatsverträge 95f

1092 Tichy, Syndikatsverträge 95f

zu erfüllen, erhält.¹⁰⁹³ Dieser Ansicht ist m.E. zuzustimmen, da jede Vereinbarung, die entweder nicht per se sitten- oder gesetzwidrig¹⁰⁹⁴ oder einen sitten- oder gesetzwidrigen Zweck verfolgt oder keinen anderen Wirksamkeitsschranken der österreichischen Rechtsordnung überschreitet im Rahmen der Privatautonomie zulässig sein muss. Worin die Gegenleistung besteht (Entgelt / sonstige Gegenleistung) muss dabei m.E. irrelevant sein.

3.3.2.3. Die Beschlüsse der HV / Generalversammlung

Beschlüsse sind mehrseitige Rechtsgeschäfte, die dazu dienen, den Willen der Gesellschaft festzulegen.¹⁰⁹⁵ Voraussetzung jedes Beschlusses ist ein Antrag, einen Beschluss mit bestimmtem Inhalt auch zu beschließen.¹⁰⁹⁶ Wird ein Beschlussantrag gestellt, ist über diesen abzustimmen,¹⁰⁹⁷ sofern nicht die Voraussetzungen für eine einstweilige Verfügung vorliegen.¹⁰⁹⁸

Bei der Frage der notwendigen Beschlussmehrheiten ist zwischen Anwesenheits- und Konsensquorum zu unterscheiden. Bei der AG reicht die Anwesenheit eines Aktionärs (§108 Abs. 4 AG) zur Beschlussfassung aus, während bei der GmbH die Anwesenheit von 10 % des Stammkapitals erforderlich ist (§38 Abs. 6 GmbHG). Selbst die Anwesenheit eines bestimmten Aktionärs / Gesellschafters kann durch Satzung / Gesellschaftsvertrag normiert werden, wobei Beschlüsse, die bei Fehlen dieses Aktionärs / Gesellschafters zustande kommen, anfechtbar sind.¹⁰⁹⁹

Sowohl das GmbHG als auch das AktG sehen vor, dass die Beschlüsse der Gesellschafter / Aktionäre mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustande kommen (§§ 39 Abs. 1 GmbHG, 113 Abs. 1 AktG). Unter einfacher Mehrheit ist die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen (also keine relative Mehrheit) zu verstehen.¹¹⁰⁰

1093 Tichy, Syndikatsverträge 95f

1094 dabei sind insbesondere die strafrechtlichen Normen, die Bestechungscharakter haben, zu beachten.

1095 OGH 12.12.1991, 6 Ob 17/91 (ecolex 1992, 337); a.A. Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 9, die den Beschluss als körperschaftlichen Akt mit rechtsgeschäftlichem Charakter sieht.

1096 Wünsch, Abstimmung, GesRZ 1996, 61

1097 Koppensteiner, Rüdiger §35 Rz 14

1098 OGH 20.1.2004, 4 Ob 256/03f (Ges 2004, 214)

1099 OGH 21.01.1981, 6 Ob 784/80 (NZ 1981, 107)

1100 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 19

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Gesellschaftsvertrag andere Mehrheiten vorsehen, die bis zur Einstimmigkeit reichen können.¹¹⁰¹ Beschlüsse der HV bedürfen soweit das Gesetz oder die Satzung keine anderen Mehrheiten oder weitere Erfordernisse vorsieht, der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§113 Abs .1 AktG) Dies bedeutet, dass die Satzung das Konsensquorum erhöhen aber nicht absenken kann, außer es handelt sich um Wahlen (§113 Abs.2 AktG), wo auch eine Absenkung der einfachen Mehrheit möglich ist.¹¹⁰²

Sieht eine Bestimmung des AktG eine höhere Mehrheit vor, kann diese durch die Satzung nur dann abgeändert werden, wenn dies die relevante Bestimmung ausdrücklich gestattet.¹¹⁰³ Die Satzung kann keinesfalls einem Aktionär oder einem außenstehenden Dritten (z.B. AR) ein Diriminierungs-, Veto-, oder Zustimmungsrecht einräumen, da dies einem Mehrstimmrecht entsprechen würde.¹¹⁰⁴ Möglich aber ist die Normierung eines Präsenzquorums, solange dieses nicht darauf hinausläuft, dass die HV de facto beschlussunfähig ist (z.B. 100 % Anwesenheit bei Publikums – AG)¹¹⁰⁵

Bei der Zählung der Stimmen ist darauf abzustellen, dass keine ungültigen berücksichtigt oder gültige Stimmen nicht berücksichtigt werden, da dies bei Relevanz der mitgezählten Stimmen für das Beschlussergebnis die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach sich zieht.¹¹⁰⁶

Die Stimmabgabe selbst ist eine Willenserklärung, weshalb die Regeln über Willensmängel im Rahmen der Anfechtung von Beschlüssen anzuwenden sind.¹¹⁰⁷ Von Beschlüssen ist sowohl dann zu sprechen, wenn ein Beschlussantrag angenommen oder abgelehnt wird, wobei Stimmengleichheit (gleiche Anzahl von Pro und Contra – Stimmen) eine Ablehnung des Beschlussantrages bewirkt.¹¹⁰⁸

Unmittelbar nach Beschlussfassung ist das Beschlussergebnis in eine Niederschrift aufzunehmen und ist diese Niederschrift den Gesellschaftern zuzusenden (§ 40 Abs. 1 und 2 GmbHG)

1101 OGH 16.06.1966, 1 Ob 141/66 (SZ 39/11)

1102 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 18 und Rz 36

1103 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 31

1104 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 32 und Rz 34

1105 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 35

1106 OGH 25.01.2006 7 Ob 300/05a (SZ 2006/7) zur Anfechtung und Nichtigkeit

1107 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 11

1108 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 14

3.3.3. Die wichtigsten Zuständigkeiten von Generalversammlung und HV

3.3.3.1. Die Generalkompetenzen des AktG und des GmbHG

§103 AktG regelt in seinem Abs. 1 dass die HV “in den im Gesetz oder in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen“ Beschlüsse fasst. Ähnliches spricht § 35 Abs. 1 GmbHG aus, da in die Beschlusskompetenz der Generalversammlung jene Agenden fallen, die gemäß GmbHG der Generalversammlung zugewiesen sind. Ähnlich wie das GmbHG zählt auch das AktG demonstrative einige Kompetenzen auf, auf deren Wiedergabe verzichtet wird, da eine bloße Aufzählung unproblematischer Kompetenzen nicht dem Sinn einer Dissertation entsprechen würde und eine eingehende Diskussion dieser Fälle den Rahmen der Arbeit (bei weitem) sprengen würde.

Abgesehen davon ist für Syndikatspartner oft interessanter in welchen Fällen eine HV per Satzung mit der Beschlussfassung betraut werden kann. Trotz der Formulierung des Abs. 1 ist die Ansicht verfehlt, die Satzung könne gleichberechtigt neben der Satzung eigene Themen die durch die HV im Beschlusswege zu regeln sind, normieren, da die Kompetenz der Satzung immer eine vom Gesetz abgeleitete Kompetenz ist.¹¹⁰⁹ Dies ergibt sich auch schon aus der bereits erwähnten Tatsache, dass die Entscheidungskompetenzen des AktG zwingend sind. Ein Überschreiten der Kompetenz führt zur Unwirksamkeit des HV Beschlusses.¹¹¹⁰ Überdies sind aber auch Satzungsbestimmungen, wonach vor Entscheidung des zuständigen Organs die HV zu hören ist, unzulässig.¹¹¹¹

Im Abs. 2 wird festgelegt, dass die HV über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden kann, „wenn der Vorstand oder, sofern es sich um ein gemäß § 95 Abs. 5 AktG seiner Zustimmung vorbehaltenes Geschäft handelt, der Aufsichtsrat es verlangt“. Diese Bestimmung wirft zwei grundlegende Fragen auf, nämlich in welchem Ausmaß der Vorstand berechtigt ist, den Aktionären Fragen zur Entscheidung vorzulegen und ob diese Bestimmung Grundlage dafür ist, dass gewisse (Grundlagen-)Geschäfte jedenfalls der HV vorzulegen sind.

¹¹⁰⁹ Bachner in Doralt Nowotny, Kalss §103 Rz 16

¹¹¹⁰ Strasser, in Jabornegg/Strasser § 103 Rz 1

¹¹¹¹ Bachner in Doralt Nowotny, Kalss §103 Rz 18

Die Anwendung dieser Regelung ist lediglich die Ausnahme, während die Anwendung des §70 Abs. 1 AktG die Regel darstellt. Ein zu häufiges Befassen der HV stellt - wie bereits ausgeführt – ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstandes dar. Der Diskussionsstand in Österreich zu dieser Thematik ist vielschichtig. Der OGH hat sich hiezu nicht eindeutig geäußert.¹¹¹² *Doralt, Kastner, Nowotny* nehmen keine Verpflichtung der Aktionäre an, über die vom Vorstand vorgebrachten Fragen auch tatsächlich zu entscheiden, lassen aber offen, ob ein zu häufiges Befassen der HV pflichtwidrig ist.¹¹¹³ *Schwarz* diskutierte in diesem Zusammenhang aber auch nicht nur die Frage, ob es eine Verpflichtung der Aktionäre gebe im Falle einer Befassung abzustimmen, sondern auch, ob es eine Kompetenz der HV gibt, bei bestimmten Grundlagengeschäften (in concreto: Veräußerung eines wesentlichen Teils eines Unternehmens) zu entscheiden.¹¹¹⁴ *Schwarz*¹¹¹⁵ hat diese Frage – ähnlich wie die wohl hL¹¹¹⁶ – in Anlehnung an die in Deutschland ergangene „Holzmüller Entscheidung“¹¹¹⁷ bejaht. In der „Holzmüller“ Entscheidung des BGH wurde eine Zustimmungserfordernisse der HV für die Ausgliederung wesentlicher Geschäftsteile ausjudiziert. Selbiges hat der BGH u.a. auch für den Fall eines Delisting ausgesprochen.¹¹¹⁸

Letztendlich liegt es m.E. in der alleinigen Kompetenz der HV zu entscheiden, ob sie eine derartige Fragestellung des AR oder des Vorstandes beantwortet oder nicht.¹¹¹⁹ Ein Teil der Lehre möchte in manchen Fällen (gravierende Sachfragen des Vorstandes AR der HV) eine Pflicht der HV zur Fragebeantwortung annehmen.¹¹²⁰ Diesem Lösungsansatz kann nicht zugestimmt werden, da sich m.M.n. durch die Vorlage der Frage an der HV nichts an der ursprünglichen Zuständigkeit des Vorstandes bzw. des AR ändert. Das Geschäft an sich bzw. die Zustimmungspflicht des AR hiezu muss beim jeweiligen Organ bleiben. Entscheidet aber die HV, sind die Verwaltungsorgane an diese Entscheidung gebunden und können bei Zuwiderhandeln sofort abberufen werden.¹¹²¹ In der Lehre wird diskutiert, welche Wirkung eine trotzdem ergangene Entscheidung der HV hat, wobei die Meinungen von bloßer Pflichtwidrigkeit bis zur Nichtigkeit eines derartigen HV Beschlusses reichen.¹¹²² M.E. ist

1112 OGH 11. 3. 1996, 1 Ob 566/ 95 (JBl 1996, 728)

1113 Kastner, Doralt, Nowotny 234

1114 Schwarz, Strukturmaßnahmen, *ecolex* 1997, 667

1115 Schwarz, Strukturmaßnahmen, *ecolex* 1997, 667

1116 Kastner, Doralt, Nowotny 234; Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft wesungsgebunden?, *ecolex* 1990, 285ff

1117 BGHZ 83/122

1118 BGH NJW 2003, 1032

1119 Kastner, Doralt, Nowotny 235 in FN 92;

1120 wohl auch Strasser, in Jabornegg/Strasser, § 103 Rz 9

1121 Strasser, in Jabornegg/Strasser, § 103 Rz 11

1122 für bloße Pflichtwidrigkeit: Bachner in Doralt Nowotny, Kalss §103 Rz 19

zwar Pflichtwidrigkeit des Vorstandes anzunehmen, für eine Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit bleibt kein Platz, da § 103 Abs. 2 AktG der HV ein Entscheidungsermessen einräumt (arg.: „kann“). Macht die HV davon Gebrauch, fehlt mangels Vorliegen einer Gesetzeswidrigkeit des Handels der HV die Grundlage für eine Anfechtung oder Nichtigkeit. Macht die HV keinen Gebrauch von der Ermächtigung, hat der Vorstand bzw. der AR zu entscheiden. Richtigerweise wird aber dann Anfechtbarkeit anzunehmen sein, wenn die HV einen Beschluss fasst, der auf einer fehlerhaften oder mangelhaften Vorlage beruht.¹¹²³ Legt der Vorstand der HV etwa ein Rechtsgeschäft vor, dass der Zustimmung gemäß §95 Abs. 5 AktG bedarf, und wurde diese Zustimmung vom AR vorweg verweigert, soll die Zustimmung der HV die Nichtzustimmung des AR aushebeln und somit die Zustimmung als erteilt gelten.¹¹²⁴ Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, da dies falls eine Kompetenzverschiebung herbeigeführt werden würde.

Ergeht auf Grund von §103 Abs. 2 AktG ein Beschluss, ist dieser für alle anderen Organe der HV bindend, wobei aber zu überprüfen ist, ob nachträglich Umstände eingetreten sind, die eine Abänderbarkeit erfordern.¹¹²⁵ Diese nachträgliche Prüfungspflicht ist m.E. damit zu begründen, dass der Vorstand weiterhin zur Leitung der AG berufen ist und §103 Abs. 2. AktG lediglich für den Einzelfall gedacht ist. Ist ein Beschluss aber gültig, erlangt er -sofern keine anderen Wirksamkeitsvoraussetzungen zum Tragen kommen- unmittelbare Geltung, wobei zu beachten ist, dass Beschlüsse, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins FB bedürfen, ihre Gültigkeit eben erst mit der Eintragung erlangen.¹¹²⁶

Syndikatsmitgliedern, welche die Mehrheit in der HV besitzen, ist der Weg versagt, HV Beschlüsse etwa im Umlaufweg zu fällen, da zur Wirksamkeit von HV – Beschlüssen die Abhaltung einer HV zwingend notwendig ist und von einer HV nur dann gesprochen werden kann, wenn die vorgeschriebenen Formalitäten (z.B. Einberufung) eingehalten werden.¹¹²⁷

Anders als bei der AG sind bei der GmbH – wie bereits erwähnt – die Zuständigkeitsbestimmungen nicht so rigide auszulegen. Dennoch: Gewisse Kompetenzen können der Generalversammlung nicht entzogen werden, wozu etwa die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses, die Entlastung der GF bzw. des AR und die Kompetenz

¹¹²³ Bachner in Doralt, Nowotny, Kalss §103 Rz 24

¹¹²⁴ Hügel, GesRz 1982, 305 sowie Bachner in Doralt Nowotny, Kalss §103 Rz 20

¹¹²⁵ Bachner in Doralt, Nowotny, Kalss §103 Rz 26

¹¹²⁶ Strasser, in Jabornegg/ Strasser, § 103 Rz 3

¹¹²⁷ Strasser, in Jabornegg/Strasser, § 103 Rz 3

zur Änderung des Gesellschaftsvertrages gehören.¹¹²⁸ Bei diesen Agenden ist m.M.n. ein Zustimmungsrecht eines anderen Organs unzulässig,¹¹²⁹ da dies dazu führen würde, dass die Generalversammlung selbst in ihren Kernkompetenzen nicht mehr höchstes Organ ist und so quasi ausgehebelt wird.¹¹³⁰

3.3.3.2. Die Entlastung von GF / Vorständen

Die sogleich zur Entlastung von GF und Vorständen dargestellten Grundsätze gelten auch für den AR.¹¹³¹

Besonders bedeutsam sind die Fragen zur Rechtsnatur und zu den Rechtswirkungen zur Entlastung, während verfahrenstechnische Fragen ausgeklammert werden. Der OGH und die wohl hM sehen in einer Entlastung richterweise wohl eine Verzichtserklärung auf Ansprüche gegen den Vorstand bzw. den AR.¹¹³² Dem ist m.E. zuzustimmen. Welchen anderen Sinn mag wohl eine Erklärung der Aktionäre / Gesellschafter nämlich sonst haben, die einem Vorstand oder AR für seine Tätigkeit die Entlastung erteilt? *Bachner* vertritt demgegenüber die Ansicht, dass ein Anspruchsverzicht nicht angenommen werden kann, da §84 Abs. 3 AktG eine Geltendmachung von Ansprüchen binnen 5 Jahresfrist vorsieht.¹¹³³ Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden, da m.M.n. die beiden Bestimmungen so zu lesen sind, dass eine Verfolgung von Ansprüchen eben nur dann binnen 5 Jahren möglich ist, wenn auf diese nicht vorweg verzichtet wurde bzw. den Vorständen oder AR die Entlastung erteilt wurde. Noch weniger ist die von *Hüffer* vertretene Auffassung, dass die Entlastung die Billigung der „Verwaltung als im Großen und Ganzen gesetz- und satzungsmäßig“ darstellt.¹¹³⁴ Entweder es ist ein Anspruchsverzicht anzunehmen oder nicht. Für die Annahme, der Gesetzgeber wollte eine „Halblösung“ herbeiführen bleibt m.E. kein Raum. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass die deutsche Rechtslage nur sehr eingeschränkt mit der österreichischen vergleichbar ist, da etwa im §120 Abs. 2 dAktG ausdrücklich geregelt ist, dass der Entlastung nicht die Wirkung eines Anspruchsverzichts zukommt. Eine dem §120 Abs. 2 dt. AktG vergleichbare Regel fehlt dem österreichischen Recht.

1128 näheres bei Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 45

1129 a.A. OGH 18. 2. 1932, Ob 1237/31 (SZ 14/28)

1130 OGH 24.11.1994, 6 Ob 31/92 (GesRZ 1995, 196); zur Erweiterung der Gesellschafterstellung im Verhältnis zu GF und AR siehe auch die allgemeinen Ausführungen unter 3.3.

1131 Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 22

1132 OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74 – ihm folgend: Kastner, Doralt, Nowotny 239;

1133 Bachner in Doralt, Nowotny, Kalss § 104 Rz 6

1134 Hüffer, AktG §120 Rz 12

Die Tatsache, dass die Entlastung einen Anspruchsverzicht bedeutet, folgt auch daraus, dass die Erteilung einer Entlastung eben nicht verpflichtend ist. Wird eine Entlastung aber erteilt, entfaltet sie die genannte Rechtswirkung des Anspruchsverzichtes. Die Entlastung des GF / Vorstandes bringt somit zum Ausdruck, dass nach Ansicht jener Gesellschafter / Aktionäre, die für die Entlastung gestimmt haben, keine Ansprüche gegen den GF / Vorstand bestehen, wobei die Entlastung lediglich eines von mehreren GF / Vorständen möglich ist.¹¹³⁵

Trotz Anspruchsverzichtes muss es den Aktionären unbenommen bleiben, Prüfungsbegehren zu betreiben, da ja denkbar ist, dass nach der Entlastung Umstände hervortreten, die bei früherem Bekanntsein die Entlastung verhindert hätten.¹¹³⁶ In solchen Fällen muss daher auch die Entlastung als Verzicht nach allgemeinen Regeln anfechtbar sein.¹¹³⁷ Richtigerweise wird ein Anspruch des Vorstandes oder AR auf Erteilung der Entlastung verneint, da die ausschließliche Kompetenz zur Entlastung bei der HV /Generalversammlung liegt, weshalb auch kein Klagerecht des Organmitglieds auf Entlastung besteht.¹¹³⁸ Die Kompetenz kann keinem anderen Organ der Gesellschaft übertragen werden.¹¹³⁹ Die Wirkung des Anspruchsverzichtes kommt der Entlastung aber selbstverständlich nur dann zu, wenn die Entlastung durch alle Aktionäre / Gesellschafter erfolgt ist.¹¹⁴⁰ Die Entlastung mehrerer Mitglieder der Verwaltungsorgane („En – block Entlastung“) ist zulässig.¹¹⁴¹

Die Entlastung des GF/ Vorstandes kann aber auch nur für Teile der Geschäftstätigkeit oder nach mancher Ansicht mit Vorbehalt oder unter Bedingungen erfolgen.¹¹⁴²

Die Entlastung hat für den GF /Vorstand haftungsbefreiende Wirkung, sofern der Anspruch, auf den verzichtet wird, nicht zur Befriedigung von Gläubigerinteressen erforderlich ist.¹¹⁴³ Für die Entlastung ist der GF / Vorstand behauptungs- und beweispflichtig.¹¹⁴⁴ Der GF / Vorstand hat keinen Anspruch auf Entlastung, doch bildet die grundlos nicht erfolgte

1135 Heidinger, Einzelentlastung, GesRZ 1997, 237

1136 BGHZ 94, 324, 326 = ZIP 1985, 1325; BGH, ZIP 1998, 332 = DB 1998, 465; BGH, ZIP 1989, 1390, 1396 = GmbHR 1989, 365 = NJW 1989, 2697;

¹¹³⁷ So auch Hüffer, AktG §120 Rz 13

1138 OGH 26.6.2006, 7 Ob 2006/96t, Kastner, Doralt, Nowotny 236; Strasser, in Jabornegg/Strasser, § 104 Rz 1; Bachner in Doralt, Nowotny, Kalss § 104 Rz 10, Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 17

1139 Strasser, in Jabornegg/Strasser § 104 Rz 1

1140 Strasser, in Jabornegg/Strasser § 104 Rz 2

1141 Strasser, in Jabornegg/Strasser § 104 Rz 3

1142 Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 17 Bachner in Doralt, Nowotny, Kalss § 104 Rz 15;

1143 OGH 14.1.1998, 3 Ob 323/97i (ecolex 1998, 563)

1144 OGH 14.1.1998, 3 Ob 323/97i (ecolex 1998, 563)

Entlastung einen Rücktrittsgrund und die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages mit der GmbH / AG.¹¹⁴⁵

Widerspricht ein Gesellschafter / Aktionär der Entlastung, stehen ihm gegen den GF / Vorstand weiterhin Ansprüche zu, auch wenn die Entlastung mit der dafür erforderlichen Mehrheit beschlossen worden ist.¹¹⁴⁶ Dies ergibt sich auch wohl daraus, dass nach allgemeinen Grundsätzen Handlungen, die Dritte verpflichten oder deren Rechte ohne deren Zustimmung beschränken, unzulässig sind. Daher ist es Syndikatspartnern grundsätzlich anzuraten, eine Entlastung nur dann auszusprechen, wenn das Entstehen von Ansprüchen gegen Vorstände / GF mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist.

3.3.4. Die Regeln zu Hauptversammlung und Generalversammlung und ihre Bedeutung für Syndikatsverträge – Eine Zusammenfassung

Der „Wert des Stimmrechtes“ in der GmbH und in der AG leitet sich aus der Anzahl der gehaltenen Geschäftsanteile/Aktien ab. Es gilt der Grundsatz der Kapitalbeteiligung, was bedeutet, dass sich das Gewicht der Stimme(n) des Aktionärs/ Gesellschafters nach seiner Kapitalbeteiligung richtet.¹¹⁴⁷ Gemäß §39 Abs. 2 GmbHG gewähren je Euro 10 an der Stammeinlage eine Stimme, wobei durch Gesellschaftsvertrag andere Regelungen möglich sind. Jeder Geschäftsanteil ermöglicht zumindest eine Stimme. Aus §6 Abs. 1 GmbHG ergibt sich, dass jedem Gesellschafter zumindest sieben Stimmen zustehen. Diese gesetzliche Regelung kann durch die Gesellschafter beliebig abgeändert werden, wobei sicherzustellen ist, dass jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zugestanden wird.¹¹⁴⁸

§ 12 AktG normiert den Grundsatz, dass jeder Aktie eine Stimme zukommt (Ausnahme: Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gemäß §§ 115- §117 AktG und Einführung von Höchststimmrechten gemäß §114 Abs. 1 AktG). Nach §12 Abs. 2 AktG sind Mehrstimmrechtsaktien unzulässig. Dieser Grundsatz ist zwingend und daher durch Satzung

1145 Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 20

1146 OGH 06.07.2004, 4 Ob 85/04k (SZ 2004/102)

1147 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 114 Rz 16

1148 Nachweise zur Literatur bei Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 13

und Syndikatsvertrag nicht abänderbar.¹¹⁴⁹ Vice Versa soll Nichtaktionären auch kein Stimmrecht durch Satzung einräumbar sein.¹¹⁵⁰

Die Stimmrechtsausübung unterliegt der Treuepflicht und gebietet daher eine Berechtigung der Interessen der anderen Gesellschafter, wobei hinsichtlich der Intensität zu unterscheiden ist, ob die Kapitalgesellschaft personalistisch oder kapitalistisch strukturiert ist.¹¹⁵¹ Damit im Zusammenhang stehend ist die Frage zu erörtern, ob es eine Pflicht des Aktionärs / Gesellschafters gibt, sein Stimmrecht auch tatsächlich auszuüben. Nach m.E. richtiger Ansicht, besteht eine Teilnahmepflicht des GF / Vorstands und des AR an den entsprechenden Sitzungen der Gremien teilzunehmen, da die Nichtteilnahme, die dazu dient das Stimmrecht nicht auszuüben, haftungsrechtlich sanktioniert ist.¹¹⁵² Dieser Auffassung hat sich auch die ältere Rechtsprechung für die Gruppe der Gesellschafter – und wohl auch für die Aktionäre – angeschlossen.¹¹⁵³ Von mancher Seite wird diese Pflicht nur dann bejaht, wenn die Beschlussfassung im objektiven Interesse der Gesellschaft liegt.¹¹⁵⁴ Mit dieser Frage in unmittelbaren Zusammenhang stehend ist zu untersuchen, ob eine Pflicht besteht, sein Stimmrecht überhaupt auszuüben bzw. ob das Stimmrecht ggfs. in einem gewissen Sinn (Zustimmung / Ablehnung eines Beschlussantrages) auszuüben ist. Teile der österreichischen Lehre scheinen eine Abstimmungspflicht¹¹⁵⁵ - und wohl auch eine Pflicht in einem gewissen Sinn abzustimmen¹¹⁵⁶ - durchaus zu bejahen. Die neuere österreichische Rechtsprechung scheint demgegenüber eine Stimmenthaltung als grundsätzlich zulässig zu erachten.¹¹⁵⁷ Die deutsche (wohl herrschende) Lehre¹¹⁵⁸ und die deutsche Rechtsprechung¹¹⁵⁹ stehen demgegenüber auf dem Standpunkt, dass sowohl eine Stimmabgabepflicht als auch eine Pflicht in einem gewissen Sinn abzustimmen, besteht, wobei diese Meinungen einschränkend davon ausgehen, dass für diese Pflichten ein konkretes Gesellschaftsinteresse als auch die Zumutbarkeit für die Gesellschafter gegeben sein muss.¹¹⁶⁰ Sogar die Ausübung /

1149 Geist in Jabornegg/Strasser § 12 Rz.1

1150 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 12 Rz 17, 19

1151 OGH 22.11.1988, 5 Ob 628/88 (JBl 1989, 253)

1152 OGH 11.7.1971, & OB 501/91 (ecolex 1991, 782)

1153 Thöni, Verantwortlichkeit, ecolex 1994, 230

1154 Koppensteiner, Rüffler §39 Rz 14;

1155 exemplarisch: Thöni, Verantwortlichkeit, ecolex 1994, 230

1156 Thöni, Beschlussanfechtung, ecolex 1993, 674

1157 OGH 22.09.2005 2 Ob 175/05g

1158 Huek/Fastrich in Baumbach, Hueck, GmbHG §13 Rz 35

1159 BGH, ZIP 1987, 914 = BB 1987, 1200 = DB 1987, 1413 = NJW 1987, 3192;

1160 u.a. aus der neueren dt. Rechtssprechung: BGH, ZIP 2007, 268 Rz 10 f = NJW 2007, 917 = DB 2007, 276 = GmbHR 1986, 426

Nichtausübung gesellschaftsvertraglich bzw. gesetzlich eingeräumter Sonderrechte kann aus treurechtlichen Gesichtspunkten geboten sein.¹¹⁶¹

Wird eine Stimme treuwidrig abgegeben, ist sie trotzdem mitzuzählen, was an der Anfechtbarkeit¹¹⁶², an der Schadenersatzpflicht¹¹⁶³ des treuwidrigen Gesellschafters und sogar an dessen möglichen Ausschluss aus der Gesellschaft¹¹⁶⁴ – und somit wohl auch aus dem Syndikat – aber nichts ändert.

Die Bestimmungen der §§ 39 GmbHG, 114 Abs. 5 AktG normieren, dass stimmberechtigte Personen weder im eigenen noch im fremden Namen abstimmen dürfen, wenn sie durch die Abstimmung von einer Verpflichtung befreit werden oder einen Vorteil erlangen sollen, was aber nur dann der Fall ist, wenn den übrigen Gesellschaftern oder der Gesellschaft ein Nachteil entsteht.¹¹⁶⁵ Selbiges gilt für einen Gesellschafter, wenn die Generalversammlung darüber abstimmt, ob die mit diesem Gesellschafter ein Rechtsgeschäft abgeschlossen oder ein Rechtsstreit geführt werden soll. Selbstverständlich gilt das Stimmverbot nur für den vom Interessenskonflikt betroffenen Gesellschafter, weshalb die anderen Gesellschafter mit der Mehrheit der Stimmen einen Beschluss fassen können.¹¹⁶⁶ Sind alle Gesellschafter befangen, gilt das Stimmverbot nicht.¹¹⁶⁷

Die dargestellten Regelungen für Stimmverbote sind nicht analogiefähig, weshalb ein generelles Stimmverbot bei Interessenskonflikten nicht besteht.¹¹⁶⁸

Wird nun in einer Syndikatsversammlung darüber beschlossen, wie in einer HV / Generalversammlung abzustimmen ist, ist darauf zu achten, dass sich nach der Rechtsprechung und Lehre die Befangenheit nicht nur auf die Gesellschafter / Aktionäre

1161 BGHZ 129,136,153 = ZIP 1995, 819 = DB 1995, 1064 = NJW 1995, 1739

1162 stellvertretend: Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228 und OGH 10.4. 2008, 6 Ob 37/08x, GesRZ 2008, 238 a.A. Thöni, Treuwidrige Stimmabgaben, GesRZ 2008, 346 und Krejci, Gesellschaftsrecht, 210 die für die Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgabe und daher für das Nichtmitzählen plädieren

1163 BGH, ZIP 2007, 268 Rz 10 = NJW 2007, 917 = DB 2007, 276 = GmbHR 2007, 260; Verjährung der Schadenersatzansprüche nach der Judikatur des BGH nach 3 Jahren (BGHZ 129, 169 f = ZIP 1995, 819 = DB 1995, 1064 = NJW 1995, 1739;

1164 u.a. BGHZ 9, 157, 163, sofern die Vertrauensgrundlage zerstört ist.

1165 OGH 04.12.1974 5 Ob 288/74 (SZ 47/143)

1166 OGH 12.05.1992 4 Ob 7/92 (wbl 1992, 406)

1167 OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74 (GesRZ 1976, 26)

1168 für die GmbH OGH 12.10.2006, 6 Ob 139/06v; kontrovers die Diskussion in Deutschland mit Nachweisen bei Bürgers, Israel in Bürgers, Körper, AktG, §12 Rz 1

auswirkt, sondern auch auf die dahinterstehenden (juristischen) Personen,¹¹⁶⁹ weshalb eine Abstimmung durch diese Personen im Syndikat als nichtig anzusehen ist. Die Befangenheit dieser dahinterstehenden Personen führt aber nur dann zum Stimmverbot, wenn die Befangenheit Auswirkungen in der HV / Generalversammlung der Gesellschaft haben kann,¹¹⁷⁰ wovon im Regelfall auszugehen sein wird.

Stimmen die entgegen Stimmverbot abgegeben wurden, sind in Anlehnung an die BGH Judikatur¹¹⁷¹ mitzuzählen,¹¹⁷² der Beschluss ist aber nach der Rechtsprechung anfechtbar.¹¹⁷³ Nach ganz überwiegender hL, die auf in Deutschland entwickelten Grundsätzen beruht,¹¹⁷⁴ gilt der Stimmenkauf als unzulässig¹¹⁷⁵

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Gesellschaftsvertrag andere Mehrheiten vorsehen, die bis zur Einstimmigkeit reichen können.¹¹⁷⁶ Beschlüsse der HV bedürfen soweit das Gesetz oder die Satzung keine anderen Mehrheiten oder weitere Erfordernisse vorsehen, der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§113 Abs .1 AktG) Dies bedeutet, dass die Satzung das Konsensquorum erhöhen aber nicht absenken kann, außer es handelt sich um Wahlen (§113 Abs.2 AktG), wo auch eine Absenkung der einfachen Mehrheit möglich ist.¹¹⁷⁷

Sieht eine Bestimmung des AktG eine höhere Mehrheit vor, kann diese durch die Satzung nur dann abgeändert werden, wenn dies die relevante Bestimmung ausdrücklich gestattet.¹¹⁷⁸ Die Satzung kann keinesfalls einem Aktionär oder einem außenstehenden Dritten (z.B. AR) ein Diriminierungs-, Veto-, oder Zustimmungsrecht einräumen, da dies einem Mehrstimmrecht entsprechen würde.¹¹⁷⁹ Möglich aber ist die Normierung eines Präsenzquorums, solange dieses nicht darauf hinausläuft, dass die HV de facto beschlussunfähig ist (z.B. 100 % Anwesenheit bei Publikums – AG)¹¹⁸⁰

1169 exemplarisch: OGH 19.12.1991, 8 Ob 595/90 (RdW 1992, 144), Reich – Rohrwig 345

1170 OGH 24.03.1992 5 Ob 523/91 (SZ 65/46)

1171 BGH 02.04.2007, Az II ZR 325/05

1172 Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228

1173 OGH 30. 11.1989, 7 Ob 703, 89. 1989 (wbl 1990,118)

1174 exemplarisch: Bürgers, Israel in Bürgers, Körber, AktG §100 Rz 9

¹¹⁷⁵ Nachweise bei: Tichy, Syndikatsverträge 95f

1176 OGH 16.06.1966, 1 Ob 141/66 (SZ 39/11)

1177 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 18 und Rz 36

1178 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 31

1179 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 32 und Rz 34

1180 Schmidt in Doralt, Nowotny, Kalss § 113 Rz 35

Bei der Zählung der Stimmen ist darauf abzustellen, dass keine ungültigen berücksichtigt oder gültige Stimmen nicht berücksichtigt werden, da dies bei Relevanz der mitgezählten Stimmen für das Beschlussergebnis die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach sich zieht.¹¹⁸¹

Dies ergibt sich auch schon aus der bereits erwähnten Tatsache, dass die Entscheidungskompetenzen des AktG zwingend sind. Ein Überschreiten der Kompetenz führt zur Unwirksamkeit des HV Beschlusses.¹¹⁸² Überdies sind aber auch Satzungsbestimmungen, wonach vor Entscheidung des zuständigen Organs die HV zu hören ist, unzulässig.¹¹⁸³

Anders als bei der AG sind bei der GmbH – wie bereits erwähnt – die Zuständigkeitsbestimmungen nicht so rigide auszulegen. Dennoch: Gewisse Kompetenzen können der Generalversammlung nicht entzogen werden, wozu etwa die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses, die Entlastung der GF bzw. des AR und die Kompetenz zur Änderung des Gesellschaftsvertrages gehören.¹¹⁸⁴ Bei diesen Agenden ist m.M.n. ein Zustimmungsrecht eines anderen Organs unzulässig,¹¹⁸⁵ da dies dazu führen würde, dass die Generalversammlung selbst in ihren Kernkompetenzen nicht mehr höchstes Organ ist und so quasi ausgehebelt wird.¹¹⁸⁶

Die Tatsache, dass die Entlastung einen Anspruchsverzicht bedeutet, folgt auch daraus, dass die Erteilung einer Entlastung eben nicht verpflichtend ist. Wird eine Entlastung aber erteilt, entfaltet sie die genannte Rechtswirkung des Anspruchsverzichtes. Die Entlastung des GF / Vorstandes bringt somit zum Ausdruck, dass nach Ansicht jener Gesellschafter / Aktionäre, die für die Entlastung gestimmt haben, keine Ansprüche gegen den GF / Vorstand bestehen, wobei die Entlastung lediglich eines von mehreren GF / Vorständen möglich ist.¹¹⁸⁷

Trotz Anspruchsverzichtes muss es den Aktionären unbenommen bleiben, Prüfungsbegehren zu betreiben, da ja denkbar ist, dass nach der Entlastung Umstände hervortreten, die bei früherem Bekanntsein die Entlastung verhindert hätten.¹¹⁸⁸ In solchen Fällen muss daher auch

1181 OGH 25.01.2006 7 Ob 300/05a (SZ 2006/7) zur Anfechtung und Nichtigkeit

1182 Strasser, in Jabornegg/Strasser § 103 Rz 1

1183 Bachner in Doralt Nowotny, Kalss §103 Rz 18

1184 näheres bei Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 45

1185 a.A. OGH 18. 2. 1932, Ob 1237/31 (SZ 14/28)

1186 OGH 24.11.1994, 6 Ob 31/92 (GesRZ 1995, 196); zur Erweiterung der Gesellschafterstellung im Verhältnis zu GF und AR siehe auch die allgemeinen Ausführungen unter 3.3.

1187 Heidinger, Einzelentlastung, GesRZ 1997, 237

1188 BGHZ 94, 324, 326 = ZIP 1985, 1325; BGH, ZIP 1998, 332 = DB 1998, 465; BGH, ZIP 1989, 1390, 1396 = GmbHR 1989, 365 = NJW 1989, 2697;

die Entlastung als Verzicht nach allgemeinen Regeln anfechtbar sein.¹¹⁸⁹ Richtigerweise wird ein Anspruch des Vorstandes oder AR auf Erteilung der Entlastung verneint, da die ausschließliche Kompetenz zur Entlastung bei der HV /Generalversammlung liegt, weshalb auch kein Klagerecht des Organmitglieds auf Entlastung besteht.¹¹⁹⁰ Die Kompetenz kann keinem anderen Organ der Gesellschaft übertragen werden.¹¹⁹¹ Die Wirkung des Anspruchsverzichtes kommt der Entlastung aber selbstverständlich nur dann zu, wenn die Entlastung durch alle Aktionäre / Gesellschafter erfolgt ist.¹¹⁹²

1189 So auch Hüffer, AktG §120 Rz 13

1190 OGH 26.6.2006, 7 Ob 2006/96t, Kastner, Doralt, Nowotny 236; Strasser, in Jabornegg/Strasser, § 104 Rz 1; Bachner in Doralt, Nowotny, Kalss § 104 Rz 10, Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 17

1191 Strasser, in Jabornegg/Strasser § 104 Rz 1

1192 Strasser, in Jabornegg/Strasser § 104 Rz 2

3.4. IKS und Risikomanagement sowie andere Kontrollmöglichkeiten für Gesellschafter und Aktionäre

3.4.1. Internes Kontrollsystem (IKS) gemäß §22 Abs. 1 GmbHG und §82 AktG

3.4.1.1. Allgemeines

§§ 22 Abs. 1 GmbHG und § 82 AktG sticht als eine der wesentlichen Pflichten von Vorständen / GF aus den übrigen Leitungsaufgaben, die sich zum Teil nur aus der Konzeption des AktG / GmbHG interpretativ ermitteln lassen, heraus. Die Bedeutung liegt nicht nur in der Nominierung der Buchführungspflicht, sondern auch in der Tatsache, dass die Früherkennung von Risiken von immanenter und zentraler Bedeutung für die GF / Vorstände ist.¹¹⁹³ Im Grundsatz geht es beim IKS und letztlich wohl auch beim Risikomanagement um die legistische Klarstellung der Bestandssicherungspflicht des Vorstandes bzw. der GF.¹¹⁹⁴

Gemäß § 22 Abs. 1 GmbHG und § 82 AktG haben Vorstand bzw. GF dafür Sorge zu tragen, dass ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem geführt wird, das den Anforderungen des Unternehmens entspricht. „Dafür Sorge tragen“ wird in der Lehre so interpretiert, dass der Vorstand geeignete Mitarbeiter auszuwählen hat, die sich mit dem Rechnungswesen und dem IKS befassen und dass er in heiklen Situationen die sich aus dem Rechnungswesen und IKS ergebenden notwendigen Entscheidungen trifft.¹¹⁹⁵ Dies muss m.E. gleichsam bedeuten, dass der Vorstand nur für Verstöße haftbar sein kann, welche ihm hätten auffallen müssen. Je kompetenter bzw. erfahrener der Mitarbeiter ist, umso geringer muss die Prüf- und Sorgfaltspflicht des Vorstandes sein.

§22 GmbHG ist zwingend. Lediglich Beschränkungen des Einsichtsrechtes sind zulässig, wenn für die GmbH ein AR zu bestellen ist (§22 Abs. 1 letztes Satz). Die Bestimmungen des AktG sind zur Gänze unabdingbar.¹¹⁹⁶

¹¹⁹³ Bürgers, Israel in Bürgers/Körber, AktG, §76 Rz 2

¹¹⁹⁴ Hüffner, AktG, §91 Rz. 1

¹¹⁹⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 15

¹¹⁹⁶ für das Aktienrecht: Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 17

3.4.1.2. Was ist ein IKS und welche Ziele verfolgt es?

Unter IKS sind nach der RV zum IRÄG 1997 (63) „sämtliche aufeinander abgestimmte Methoden und Maßnahmen zu verstehen, die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen“.¹¹⁹⁷ Ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem entsprechen dann den Anforderungen eines Unternehmens, wenn sowohl vergangenheits- als auch zukunftsorientierte Berechnungen bestehen.¹¹⁹⁸ Das IKS ist gemäß ISA 315 Bestandteil der Prüfung des Jahresabschlusses. Kapitalmarktorientierte Gesellschaften müssen im Lagebericht die wichtigsten Merkmale des IKS und des Risikomanagements im Hinblick auf die Rechnungslegung angeben und der Abschlussprüfer muss im Bestätigungsvermerk anführen, ob die Beschreibung der Gesellschaft zu diesen Merkmalen auch zutrifft.¹¹⁹⁹ Ziele des internen Kontrollsystem sind die Ermöglichung eines Soll – Ist Vergleiches um feststellen zu können, ob die Prognosen (zum Zeitpunkt der Budgetierung) korrekt waren¹²⁰⁰ und die Beseitigung der Unternehmensrisiken.¹²⁰¹ Überdies soll durch das IKS das Vermögen des Unternehmens gesichert, die Leistungsfähigkeit gesteigert und die Richtigkeit der Aufzeichnungen sichergestellt werden.¹²⁰²

„Maßnahmenseitig“ betrachtet gehören zum IKS alle Kontrollen, welche die Verlässlichkeit des Rechnungswesens, die Effizienz der Geschäftstätigkeit und die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen gewährleisten.¹²⁰³ Aus der Perspektive des Wirtschaftsprüfers bedürfen jene Risiken besonderer Aufmerksamkeit, die Auswirkung auf die Erstellung des Jahresabschlusses haben und gegebenenfalls dazu beitragen, dass kein getreues Bild der Vermögens- und Finanz-, und Ertragslage vermittelt wird.¹²⁰⁴ Welche Maßnahmen konkret ausgewählt werden, kann der Vorstand im Rahmen seines Ermessensspielraums selbst festlegen.¹²⁰⁵

¹¹⁹⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 15

¹¹⁹⁸ Koppensteiner, Rüffler §22 Rz 5 mit Verweis auf Dieter Madl, Rechnungswesen und internes Kontrollsystem gemäß IRÄG 1997, RWZ 1997, 356

¹¹⁹⁹ Weber, Unternehmensrechts – Änderungsgesetz, ÖJZ 2008, 432f.; Nopokoj, Hehenberger, URÄG 2008, Ges 2008, 50

¹²⁰⁰ Koppensteiner, §22 Rz 25a

¹²⁰¹ Egarter, FJ 2007, 433

¹²⁰² Engert, Wildgatsch, Zur Installierung eines wirksamen internen Kontrollsystems, SWK, 1990, C 21

¹²⁰³ Egarter, FJ 2007, 433

¹²⁰⁴ Egarter, FJ 2007, 433

¹²⁰⁵ Bürgers, Israel in Bürgers/Körber, AktG, §91 Rz 10

Um diese Ziele zu verwirklichen, muss jede Stelle im Unternehmen – unabhängig von ihrer Größe – Planvorgaben erhalten.¹²⁰⁶ Diese Planvorgaben haben präzise, terminbezogen, messbar und widerspruchsfrei zu sein, wobei auch Ober – und Untergrenzen für die Zielerreichung zu formulieren sind.¹²⁰⁷ Die Risiken können gemäß demonstrativer Aufzählung der ISA 315 auf erhöhten Wettbewerb, Umstrukturierungen neuen Produkten u.ä. basieren. Sind die Risiken identifiziert, sind sie nach Eintrittswahrscheinlichkeit und Bedeutung zu gewichten und ist überdies ein Maßnahmenplan zu erstellen, der den Eintritt der identifizierten Risiken vermeiden hilft.¹²⁰⁸ Egarter¹²⁰⁹ schlägt schemenhaft folgende Form der Aufzeichnung vor: Benennung und kurze Beschreibung des identifizierten Risikos, skalenartige Bewertung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Auswirkung auf das Unternehmen, die Nominierung einer für die Risikobegegnung verantwortlichen Person sowie Darstellung der risikobegegnenden Maßnahmen.

3.4.1.3. Notwendigkeit von IKS und Risikomanagement

Der Gesetzeswortlaut lässt offen, ob nicht nur ein Kontrollsystem, das im überwiegenden Sinn vergangenheitsorientiert (Analyse) operiert oder aber auch die Einführung eines Risikomanagements, das auch zukunftsorientiert arbeitet, geboten ist. Nach Ansicht mancher Autoren liegt es im Ermessen des Vorstandes / GF, ob ein Risikomanagement einzuführen ist oder nicht.¹²¹⁰ Sinnvolle Kontrolle durch ein IKS bedeutet m.M.n. aber zweifelsfrei, dass nicht nur vergangenheitsbezogene Risiken historisch analysiert, sondern auch zukünftig vermieden werden sollen.¹²¹¹ Büchele definiert ein Risikomanagement als „Instrument zur (Früh-) Erkennung von Negativ – und Positivpotentialen; namentlich von Risiken und Chancen, ergänzt um das Abzielen auf zusätzliche Erträge und die Schaffung von Vorteilen gegenüber Konkurrenten“, um den Eintritt der aus betriebswirtschaftlicher Sicht relevanten Krisen eines Unternehmens, nämlich der Strategie-, Erfolgs-, und Liquiditätskrise begegnen zu können.¹²¹²

1206 Engert, Wildgatsch, Zur Installierung eines wirksamen internen Kontrollsystems, SWK, 1990, C 21

1207 Keck, Controlling, Kontrolle und Interne Revision, SozSi, 2004, 107

1208 Egarter, FJ 2007, 433

1209 Egarter, FJ 2007, 433

1210 Hüffer, AktG, §91 Rz 9

1211 im Ergebnis: Büchele, Risikomanagement, GesRZ 2003, 221 auch wenn Büchele die Verpflichtung zur Implementierung nicht über §22 GmbHG bzw. §82 AktG sondern über § 25 Abs. 1 GmbHG bzw. § 84 Abs. 1 AktG begründet sieht

1212 Büchele, Risikomanagement, GesRZ 2003, 221

3.4.1.4. Haftung des Aufsichtsrates im Zusammenhang mit dem IKS

Nicht nur für den Abschlussprüfer und den Vorstand / GF¹²¹³ kann das Nichtfunktionieren bzw. das Nichtbestehen des IKS haftungsrechtliche Konsequenzen haben, da der Kern der Überwachungspflicht des AR die Überwachung der Ordnungsmäßigkeit, Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Unternehmensführung ist.¹²¹⁴ Darunter wird m.E. insb. wohl die Überwachung des IKS sowie des Risikomanagements zu subsumieren sein.¹²¹⁵

3.4.2. Berichtspflichten gegenüber den und Informationsrechte der Gesellschafter

3.4.2.1. Informationsrechte im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss

Den Gesellschaftern ist nach Aufstellung des Jahresabschlusses unverzüglich der aktuelle¹²¹⁶ Jahresabschluss samt Konzernlagebericht und der Konzernabschluss samt Konzernlagebericht zuzusenden. Der Jahresabschluss besteht nach gesetzlicher Vorschrift aus der Bilanz, der GuV sowie dem Anhang (§§ 193 Abs. 4, 222 Abs. 1 UGB) Er muss gemäß den GoB klar und übersichtlich erstellt sein, und muss von allen Geschäftsführern / Vorständen unterzeichnet werden.

3.4.2.2. . Einsichtsrechte der Gesellschafter gemäß §22 Abs. 2 und 3 GmbHG bzw.
Auskunftsrechte der Aktionäre gemäß §118 AktG und Berichtspflicht des Vorstandes
gemäß §81 AktG

3.4.2.2.1. Das Auskunftsrecht gemäß §118 AktG

§118 Abs. 1 AktG normiert, dass einem Aktionär auf Verlangen Auskünfte über „Angelegenheiten der Gesellschaft“ zu geben sind, sofern diese mit dem Gegenstand der Verhandlung in Zusammenhang stehen, wobei kraft gesetzlicher Anordnung auch Beziehungen zu Konzernunternehmen maßgeblich sind. Die Auskunft hat nicht nur einer „getreuen und gewissenhaften Rechenschaft“ zu entsprechen, sondern darf insbesondere nur dann verweigert werden, wenn die Auskunftserteilung einen erheblichen Nachteil für die

1213 für die AG: Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 §§ 77–84 Rz5 und 13

1214 OGH, 22.5.2003, 8 Ob 262, 02s (Ges 2003, 441); Draxler, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, Ges 2008, 272

1215 wohl auch: Egarter, FJ 2007, 435

1216 OGH 11.11.1999, 6 Ob 210/99x (RdW 2000, 128)

Gesellschaft nach sich ziehen würde (§118 Abs. 2 und 3 AktG). Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist vom Vorstand zu entscheiden und es kann vom Aktionär nur dann eine Auskunft erreicht werden, wenn der AR dieses Ansinnen unterstützt. (§118 Abs. 3 AktG)

Auf den ersten Blick nicht deutlich erkennbar ist, dass das Auskunftsrecht des Aktionärs – und wohl auch des Gesellschafters – eine Bringschuld des Vorstandes darstellt, die so zu erfüllen ist, dass die Aktionäre auf Grundlage der Information die maßgeblichen Entscheidungen treffen können.¹²¹⁷

Das Fragerecht des Aktionärs ist zwingend und betrifft nur den jeweiligen Verhandlungsgegenstand, wobei zu beachten ist, dass eine „Mehrinformation“ nur in der HV und nicht etwa außerhalb gegeben werden darf.¹²¹⁸ Wird eine Mehrinformation gegeben, ist m.M.n. darauf zu achten, dass allen Aktionären und nicht nur (bestimmten) Syndikatspartnern derselbe Wissenstand vermittelt wird (§47 a AktG). Bei der Beurteilung, ob eine Frage den jeweiligen Verhandlungsstand bzw. ob eine Frage eine Angelegenheit der Gesellschaft betrifft, was auch dann der Fall ist, wenn es sich um ein Konzernunternehmen handelt, ist nach hL „kein kleinlicher Maßstab anzulegen“ und wohl auch auf die Perspektive des Aktionärs abzustellen.¹²¹⁹ Man wird auch davon auszugehen haben, dass unter „Angelegenheiten der Gesellschaft“ materiell wesentliche Vorgänge bei Geschäftspartnern, die mit der Gesellschaft in materiell wesentlichen Geschäftsbeziehungen stehen,¹²²⁰ sowie interne Materien des AR, soweit sie für eine Abberufung des AR in Betracht kommen, zu verstehen sind.¹²²¹ Das Auskunftsrecht steht allen Aktionären – mit Ausnahme jener deren Stimmrecht ruht – uneingeschränkt zu.¹²²² Gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ist nur der Vorstand nicht aber der AR zur Auskunftserteilung verpflichtet.¹²²³ Mit dem Gegenstand der Verhandlung in Zusammenhang stehen nur Angelegenheiten, welche die Tagesordnungspunkte der Gesellschaft zumindest mittelbar berühren.¹²²⁴ Jedes einzelne Vorstandsmitglied ist verpflichtet, an der HV teilzunehmen um den Aktionären Rede und

1217 Kalls, Lindner, Minderheits – und Einzelrechte 11 und 18

1218 Strasser in Jabornegg/Strasser §112 Rz 1 mit m.E. richtigen Verweis auf §47a AktG

1219 Greiter, Auskunftsrecht, ÖJZ 1989, 524

1220 LG München I AG 1996, 186

1221 LG Frankfurt, AG 2005, 891, 892

1222 Greiter, Auskunftsrecht, ÖJZ 1989, 524

1223 anders: Kastner, Doralt, Nowotny 289

1224 Strasser in Jabornegg/Strasser §112 Rz 2

Antwort stehen zu können, wobei der Vorstand zur konkreten Beantwortung verhalten ist, der mit der betreffenden Materie am besten vertraut ist.¹²²⁵

Außerhalb der HV besteht kein klagbares Recht des Aktionärs / Gesellschafters auf Auskunftserteilung.¹²²⁶ Die Frage, wie viel ein Vorstand / GF den Aktionären / Gesellschaftern mitzuteilen hat, richtet sich danach, was ein Treuhänder fremden Vermögens dem Treugeber mitzuteilen hat.¹²²⁷ Aus dieser m.E. richtigen Prämisse folgt, dass die Mitteilung im Zweifelsfall kurz und präzise aber doch so genau zu erfolgen hat, dass die wesentlichen bzw. entscheidungsrelevanten Informationen weitergegeben werden. Dies wird dann der Fall sein, wenn dem Aktionär jene Auskünfte gegeben werden, die für die Ausübung seiner Rechte notwendig ist.¹²²⁸

Eine Verweigerung die Frage des Aktionärs ist nach den in §118 Abs. 2 und 3 AktG genannten Voraussetzungen (siehe oben) ausdrücklich zulässig. Praktisch höchst problematisch ist nur, dass eine Verweigerung einer Interessensabwägung zwischen den in §118 Abs. 2 und 3 AktG genannten Voraussetzungen standzuhalten hat. Dies gilt vor allem für jene Fälle wo die Beantwortung der Frage nicht nur Nachteile für die AG und die Aktionäre (z.B. Kursverfall) nach sich ziehen kann, sondern auch auf die Aufdeckung von Ungereimtheiten abzielt. M.A.n. ist in einem solchen Fall die Frage des Aktionärs zu beantworten, da ein fundamentales Aktionärsrecht nicht zur Verschleierung von Unregelmäßigkeiten geopfert werden darf, auch wenn dies (kurzfristig) Nachteile mit sich bringt. Abgesehen davon darf nicht vergessen werden, dass der Aktionär seinem Anteil entsprechend (Mit-) Eigentümer der AG ist und daher berechtigt sein muss, über relevante Vorgänge informiert zu werden. Grenzen zum Auskunftsrecht zieht das bereits diskutierte Schikaneverbot bzw. andere ausdrücklich normierte gesetzliche Tatbestände.¹²²⁹ Richtigerweise wird auch dann von einer rechtmäßigen Verweigerung auszugehen sein, wenn Treuepflichtgedanken – bei der beschriebenen Schwierigkeit diese konkret zu fassen - eine Verweigerung rechtfertigen.¹²³⁰

1225 Strasser in Jabornegg/Strasser §112 Rz 3

1226 Schröckenfuchs, Gleichheitsgrundsatz, JBl 2003, 541

1227 Schröckenfuchs, Gleichheitsgrundsatz, JBl 2003, 541

1228 BayObLG NJW 1996, 1904

1229 zB. Bankgeheimnis (§23 KWG)

1230 Stellvertretend für die hL in Deutschland: Henze BB 1996, 489, 494f.

3.4.2.2.2. Einsichtsberechtigte, Umfang des Einsichtsrechts

Gemäß §22 Abs. 2 und 3 GmbHG sind die Gesellschafter grundsätzlich berechtigt, innerhalb von 14 Tagen vor der Versammlung, in welcher der Jahresabschluss geprüft wird oder 14 Tage vor der für die schriftliche Abstimmung festgesetzten Frist, in die Bücher und Schriften der Gesellschaft Einsicht zu nehmen. Das Einsichtsrecht kann nur dann beschränkt oder ausgeschlossen werden, wenn ein AR bestellt ist (§22 Abs. 2 GmbHG).¹²³¹ Die Informationsansprüche des Gesellschafters gelten (selbstverständlich) auch außerhalb einer Generalversammlung.¹²³² Das Einsichtsrecht steht auch ausgeschiedenen Gesellschaftern zu, sofern sie noch ein Informationsinteresse bescheinigen können und sich die Einsicht auf einen Zeitraum bezieht, als sie noch Gesellschafter war.¹²³³

Das Einsichtsrecht umfasst alle fortlaufenden Aufzeichnungen der Geschäftsfälle und Rechtsdokumente¹²³⁴ wie Bücher, Blätter aber auch Datenträger, die Auskunft über die Geschäftsfälle und die Vermögenslage der Gesellschaft, Einsicht zu nehmen. Somit bleibt den Gesellschaftern grundsätzlich keine Unterlage der Gesellschaft verschlossen.¹²³⁵ Ebenso ist der Gesellschaft unter Beachtung der sogleich aufzuzeigenden Grenzen berechtigt über alle Unternehmensagenden Auskunft zu verlangen.¹²³⁶

3.4.2.2.3. Verweigerung des Einsichtsrechts

Der Gesellschaftsvertrag kann eine kürzere Frist oder den Ausschluss bzw. eine Beschränkung des Einsichtsrechtes nur dann normieren, wenn für die Gesellschaft ein AR zu bestellen ist (§22 Abs. 2 letzter Satz GmbHG). In diesen Fällen sind aber von der Gesellschaft jedenfalls der Lagebericht, der Vorschlag für die Gewinnverteilung, der Prüfbericht und der Konzernprüfungsbericht an jeden Gesellschafter zu schicken. Im Zweifel wird davon auszugehen sein, dass das Einsichtsrecht von der Geschäftsführung nicht behindert werden darf, um die Kontrollmöglichkeit der Gesellschafter nicht zu beeinträchtigen.¹²³⁷ Dieses

¹²³¹ Koppensteiner, Rüdiger §22 Rz 25, Rz 32 sowie Rz 33

¹²³² OGH, 6.9.1990, 6 Ob 17/90 (GesRZ 1990, 222)

¹²³³ OGH, 19.5.2005, 6 Ob 73/05m (wbl 2005, 280); OGH 22.4.199, 6 Ob 323/98 p (wbl 1999,372); a.A. Fritz, Checkliste, SWK 2004, W 161, der m.E. fälschlicherweise keinen Informationsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters sieht

¹²³⁴ Stipsits, Fragenkatalog, 392 ff

¹²³⁵ Fritz, Checkliste, SWK 2004, W 161; zu den Ausnahmen siehe sogleich

¹²³⁶ OGH 14.7.2005, 6 Ob 72/05i (ecolex 2006/171)

¹²³⁷ Reich – Rohrwig, Informationsrecht des GmbH - Gesellschafters

Einsichtsrecht steht weiters dann nicht uneingeschränkt zu, wenn Gesellschafter und Gesellschaft in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Der Gesellschafter kann dies falls nur in jene Unterlagen Einsicht nehmen, die Aufschluss über die Korrektheit des Jahresabschlusses geben, während ihm wettbewerbsrelevante Unterlagen verschlossen bleiben.¹²³⁸ Nach allgemeinen Grundsätzen steht das Einsichtsrecht weiters dann nicht zu, wenn es rechtmisbräuchlich ausgeübt wird, also etwa die Geschäftsführung „tröpfchenweise mit Anfragen bombardiert“ wird.¹²³⁹ Selbiges gilt natürlich, wenn rein private Angelegenheiten von Geschäftsführern zum Gegenstand gemacht werden¹²⁴⁰ und diese privaten Angelegenheiten etwa keine Abberufung rechtfertigen.

Die Verweigerung des Einsichts- bzw. Informationsrechtes der Gesellschafter wird aber nur in Ausnahmefällen zulässig sein.¹²⁴¹ Besteht allerdings der (begründete) Verdacht, dass die Verweigerung des Bucheinsichtsrechtes der Verschleierung von Unregelmäßigkeiten dient, steht dem Gesellschafter das Einsichtsrecht uneingeschränkt zu.¹²⁴² Wird das Auskunftsverlangen durch die GF abgelehnt, muss es meiner Ansicht nach möglich sein, vor Einbringung eines Antrages bei Gericht¹²⁴³ die GF durch eine Weisung durch die Generalversammlung zur Auskunftserteilung zu veranlassen. Fasst die Generalversammlung keinen derartigen Beschluss, verbleibt der Gesellschafter nur mehr die Beschreitung des Rechtsweges (im Außerstreitverfahren). Die unbegründete Verweigerung des Einsichts- bzw. Auskunftsrechtes stellt einen wichtigen Grund zur Abberufung des GF und zur Kündigung des Anstellungsvertrages dar.¹²⁴⁴

3.4.2.2.4. Das Einsichtsrecht der Gesellschafter als Informationspflicht der GF?

Nach Ansicht von *Stipsits*¹²⁴⁵ normiert § 22 Abs. 2 GmbHG nicht bloß ein Auskunftsrecht der Gesellschafter, sondern vielmehr auch eine Informationspflicht der Geschäftsführer, was

1238 hl und Rspr – siehe nur Grünwald, Grenzen des Informationsrechtes; Reich – Rohrwig, Informationsrecht des GmbH – Gesellschafters; u.a. OGH, 22.4.1999, 6 Ob 323/ 98p

1239 Grünwald, Grenzen des Informationsrechtes

1240 Hüffer in Ulmer, Habersack, Winter GmbHG §45 Rz 15

1241 OGH 23.1.1992, 6 Ob 18/91

1242 Reich – Rohrwig, Informationsrecht des GmbH – Gesellschafters, 334; OGH, 23.1.1992, 6 Ob 18/91 (RdW, 1992, 173)

1243 dazu sogleich

1244 Stipsits, Fragenkatalog, 392 ff (wohl auch zur Kündigung eines Geschäftsführervertrages, der nicht dem Regime des AngG unterliegt); zur Zuständigkeit des Außerstreitgerichtes auch: Fritz, Checkliste, SWK 2004, W 161

1245 Stipsits, Fragenkatalog, 392 ff.; ebenso u.a. Fritz, Checkliste, SWK 2004, W 161

eine Umdeutung einer Holschuld in eine Bringschuld bedeuten würde und eine gegenüber § 81 AktG gleiche Pflicht bedeuten würde. Dieser Ansicht ist m.E. zuzustimmen, da eine sachgerechte und umfangreiche Information der Gesellschafter wohl meistens Erläuterungen durch die GF bedarf, um eine einwandfreie und soweit wie möglich „interpretationsfreie“ Auskunft der Gesellschafter zu gewährleisten. Um diese „interpretationsfreie“ Auskunft zu gewährleisten, die dazu dienen soll, den Gesellschaftern den „wahren Gehalt“ eines Sachverhaltes zu vermitteln, muss der GF (die Gesellschaft) die Gesellschafter so informieren, dass er über Tatsachen berichtet und eigene Wertungen nicht in den Bericht einfließen lässt¹²⁴⁶ oder den Gesellschafter deutlich zu erkennen gibt, wann eigene Wertungen vorgenommen worden sind.

3.4.2.2.5. Berichtspflichten des Vorstandes / GF gemäß §81 AktG und §28 a GmbHG (Quartalsbericht, Jahresbericht, Sonderbericht)

Wortgleich normieren §81 AktG, § 28a GmbHG eine dreigliedrige Berichtspflicht. Zum ersten hat der Vorstand /GF dem AR mindestens vierteljährlich über den Gang der Geschäfte und den Verlauf der Geschäfte im Vergleich zur Vorscheurechnung unter Berücksichtigung der künftigen Entwicklung zu berichten (Quartalsbericht). Zweitens ist der Vorstand / GF verpflichtet dem AR mindestens einmal jährlich über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens zu unterrichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung darzustellen (Jahresbericht). Drittens ist ein Sonderbericht an den AR gefordert, wenn ein wichtiger Anlass gegeben ist oder Umstände eintreten, die für die Rentabilität oder die Liquidität der Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind. Die dargestellten Berichte, die unten stehend genauer erläutert werden, haben nicht bloß auf die einzelnen Gesellschaften, sondern auch auf den Konzern als Ganzes Bezug zunehmen.¹²⁴⁷

Da der Vorstand /GF Normadressat der Bestimmung ist, bedarf der Bericht eines eigenen Beschlusses im Vorstand, wobei hinsichtlich der Mitwirkungspflicht die jedes Vorstandsmitglied trifft, eine Ressortverteilung unbeachtlich ist.¹²⁴⁸ Die Lehre fordert zum Teil einen einstimmigen Beschluss.¹²⁴⁹

¹²⁴⁶ Stipsits, Fragenkatalog, 392 ff

¹²⁴⁷ Lauss, Berichtspflicht, SWK 2004, W 41

¹²⁴⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, §§ 77–84 Rz 3

¹²⁴⁹ Koppensteiner, Rüdiger §28a Rz 6

Unproblematisch erscheinen die Vorschriften zum Quartals- und Jahresbericht, wobei zu beachten ist, dass sich die Frist zum Jahresbericht auf das Wirtschaftsjahr der Gesellschaft und nicht auf das Kalenderjahr bezieht.¹²⁵⁰ Diffiziler ist die Begriffsbestimmung des „wichtigen Anlasses“. Dieser wird etwa bei der Notwendigkeit von Reorganisationsmaßnahmen nach dem URG¹²⁵¹ angenommen. Allgemein ist zu sagen, dass der Vorstand - und gerade diese Tatsache kann für den Vorstand problematisch werden - in einer ex ante Beurteilung zu entscheiden hat, was ein „wichtiger Anlass“ ist.¹²⁵² Man kann in diesem Zusammenhang also von einer „teilweisen Bringschuld des Vorstandes“ sprechen, wobei der Vorstand m.A.n. gut beraten ist, im Zweifel lieber mehr als weniger zu berichten. Die Bringschuld ist nur deshalb teilweise, da dem AR auch ein eigenes aus dem §81 AktG, (was wohl auch für §28 a GmbHG zu gelten hat) abgeleitetes Fragerecht zukommt und der AR verpflichtet ist, jene Frage zu stellen, die sich aus dem Bericht ergeben, widrigenfalls er (bei Eintritt von Schaden und Vorliegen von Verschulden) haftbar wird.¹²⁵³ Der Vorstand hat den AR so zu informieren, dass sich dieser ohne langwierige Nachforschungen ein klares und getreues Bild der Situation machen kann und seiner Aufgabe als AR nachkommen kann. Die Berichte sollten daher empfängerorientiert sein und ist folgerichtig alles zu vermeiden was zu Verständnisschwierigkeiten führen kann, weshalb die Darstellung des Problems so einfach wie möglich vorzunehmen ist.¹²⁵⁴ Jedenfalls haben die Berichte eine Planbilanz, eine Plan-Gewinn- und Verlustrechnung sowie eine Plan-Geldflussrechnung zu beinhalten.¹²⁵⁵

3.4.3. Haftung des Abschlussprüfers im Zusammenhang mit dem IKS und dem Jahresabschluss

§275 UGB („Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers“), wonach der Abschlussprüfer der Gesellschaft und verbundenen Unternehmen für sorgfaltswidrige Schadenszufügung durch nicht ordnungsgemäße Abschlussprüfung haften, dient nach Ansicht des OGH¹²⁵⁶ auch als Anspruchsgrundlage für allenfalls durch die nicht ordnungsgemäße Abschlussprüfung geschädigte Dritte. Diese Analogie gilt nicht nur für die Haftung dem Grunde nach, sondern

1250 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 6

1251 Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung, ZIK 1997, 207

1252 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 7

1253 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 14

1254 Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 9

1255 Lauss, Berichtspflicht, SWK 2004, W 41

1256 OGH GBU 2002, 03, 06

auch für die betragsmäßigen Haftungsbeschränkungen des §275 UGB.¹²⁵⁷ *Kalss und Wilhelm* beschreiten m.A.n. den dogmatisch richtigeren Weg, der zu einem ähnlichen Ergebnis kommt. Sie sehen den (gesetzlich verpflichtend) abzuschließenden Vertrag zwischen Abschlussprüfer und der zu prüfenden Gesellschaft als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, wobei die Gesellschafter und andere Dritte auf Grund der Testierung des Jahresabschlusses auch auf dessen Ordnungs- und Rechtmäßigkeit vertrauen dürfen.¹²⁵⁸ Die Ordnungs- und Rechtmäßigkeit wurde durch das URÄG 2008 (BGBl 2008/70) im Hinblick auf das IKS insofern konkretisiert, als nunmehr im Lagebericht die wesentlichen Eckpunkte des IKS und des Risikomanagements anzugeben sind. Der Abschlussprüfer hat jedenfalls bei Schäden durch Nichtfunktionieren von Kontrollmechanismen, Nichteinhaltung von Kompetenzen durch die Geschäftsführung, Risikoüberschreitungen sowie bei Gesetzes-, Satzungs- oder Geschäftsordnungsverstößen zu warnen.¹²⁵⁹ Überdies hat der Abschlussprüfer die laufende Überwachung der internen Kontrollen durch den Vorstand / die GF zu überprüfen.¹²⁶⁰

3.4.4. IKS und Risikomanagement sowie andere Kontrollmöglichkeiten für Gesellschafter und Aktionäre Eine Zusammenfassung

Es gehört nicht nur zu den wesentlichen Fragen der Unternehmensleitung, wie Risiken und Chancen zu identifizieren sind, sondern auch zu den interessantesten betriebswirtschaftlichen Fragen für Syndikatspartner, welche Prämissen nicht nur durch die Regelungen zum IKS und Risikomanagement sondern auch hinsichtlich Informationsrechte bzw. -pflichten zu beachten sind.

Im Grundsatz geht es beim IKS und beim Risikomanagement um die Bestandssicherung des Unternehmens. Das IKS und Risikomanagement hat so strukturiert zu sein, dass die Unternehmensleitung die notwendigen (Prognose-) Entscheidungen sachgerecht treffen kann.¹²⁶¹ Die Regelungen zum IKS und Risikomanagement sind alle zwingender Natur und können somit nicht – auch nicht durch Syndikatsvertrag – abbedungen werden. Die Praktische Bedeutung von IKS und Risikomanagement ergibt sich auch aus ISA 315, wonach dies Bestandteil der Prüfung des Jahresabschlusses sind. Kapitalmarktorientierte Gesellschaften müssen im Lagebericht sogar die wichtigsten Merkmale des IKS und des Risikomanagements

¹²⁵⁷ OGH GBU 2002, 03, 06

¹²⁵⁸ Wilhelm (ecolex 2002, 83), Kalss (ÖBA 2002, 187), Dritthaftung des Abschlussprüfers, auch gemeinsam veröffentlicht: GBU 2002/02/06

¹²⁵⁹ Keinert, Berichtspflicht der internen Revision, ÖBA 2003, 516ff

¹²⁶⁰ ISA 315

¹²⁶¹ Strasser in Jabornegg/Strasser §§ 77–84 Rz 15

im Hinblick auf die Rechnungslegung angeben und der Abschlussprüfer muss im Bestätigungsvermerk anführen, ob die Beschreibung der Gesellschaft zu diesen Merkmalen auch zutrifft.¹²⁶² Gerade (entsandte) AR, Vorstände oder GF sollten peinlichst genau darauf bedacht sein, dass ein (funktionierendes) IKS bzw. Risikomanagement besteht, da das Nichtfunktionieren bzw. das Nichtbestehen des IKS haftungsrechtliche Konsequenzen haben, weil der Kern der Überwachungspflicht des AR die Überwachung der Ordnungsmäßigkeit, Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Unternehmensführung ist.¹²⁶³

Hinsichtlich der Berichtspflichten und der Informationsrechte kann auf das oben Gesagte verwiesen werden. M.E. empfiehlt es sich aber – alleine schon um den Leitungsorganen eine essentielle Pflicht deutlich vor Augen zu führen – in einen Syndikatsvertrag bzw. auch in Geschäftsordnungen festzuhalten, dass die Informationsrechte der Gesellschafter eine Informationspflicht der Leitungsorgane darstellen.

1262 Weber, Unternehmensrechts – Änderungsgesetz, ÖJZ 2008, 432f.; Nopokoj, Hehenberger, URÄG 2008, Ges 2008, 50

1263 OGH, 22.5.2003, 8 Ob 262, 02s (Ges 2003, 441); Draxler, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, Ges 2008, 272

3.5. Übertragung und Übertragungsbeschränkungen von Geschäftsanteilen bzw. Aktien

3.5.1. Kurzcharakteristika von GmbH Anteilen und Aktien sowie grundsätzliches zur Übertragung von Geschäftsanteilen bzw. Aktien

Unter GmbH – Anteilen ist – wie *Weismann* richtig nachgewiesen hat – die Summe aller aus der Gesellschaftereigenschaft entspringenden Berechtigungen (wohl aber auch Verpflichtungen) zu verstehen, die gegenüber der Gesellschaft bestehen.¹²⁶⁴ Selbige Begriffsdefinition kann für die Aktie angewandt werden.¹²⁶⁵ GmbH Anteile und Aktien sind bewegliche Sachen,¹²⁶⁶ die grundsätzlich frei übertragbar sind.¹²⁶⁷ Die Übertragung ist bei der GmbH dann wirksam, wenn sie im Firmenbuch eingetragen worden ist, wobei der noch nicht gelöschte Gesellschafter bis zu diesem Zeitpunkt stimmberechtigt ist.¹²⁶⁸

Die Übertragung von Geschäftsanteilen bzw. Namens- und Inhaberaktien (im Folgenden kurz „Aktien“) ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung eine Abtretung.¹²⁶⁹ Die Abänderung der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile bedarf bei der GmbH einer notariell beurkundeten Generalversammlung und nicht wie die Neubegründung von Übertragungseinschränkungen der Notariatsaktsform.¹²⁷⁰ Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen bzw. die Verpflichtung künftig einen Geschäftsanteil mittels Rechtsgeschäft zu übertragen, bedarf hingegen eines Notariatsaktes,¹²⁷¹ wobei die Übertragung an Voraussetzungen gebunden werden kann (§76 Abs. 2 GmbHG). Fehlen diese Voraussetzungen, ist die Übertragung bis zum Vorliegen der Voraussetzungen schwebend unwirksam.¹²⁷² Diese schwebende Unwirksamkeit ist mit einer Feststellungsklage geltend zu

1264 näheres zur Terminologie: *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 7f.

1265 *Kastner*, *Doralt*, *Nowotny* 194 – wobei auch die Urkunde und der Anteil am Grundkapital unter den Begriff der „Aktie“ zu subsumieren ist.

1266 für die GmbH: OGH 18.6.1997, 3 Ob 2270 (GBU 1997/03/08)

1267 für die GmbH ausdrücklich: §76 GmbHG; für die Namensaktie und nur für diese geht dies aus §61 AktG hervor.

1268 OGH 01.08.2003 1 Ob 165/03a; eine Eintragung im FB

1269 exemplarisch für die Rechtsprechung und Lehre bereits: OGH 4.12.1974, 5 Ob 288/74 (SZ 47/143); aber auch: *Micheler* in *Doralt*, *Nowotny*, *Kalss* §61 Rz 24; OGH 29.06.2006 6 Ob 113/06w

1270 OLG Wien 28 R 166 /04 v ((NZ 2005, G6)

1271 diese Formvorschrift gilt sowohl für das Verpflichtungs- als auch für das Verfügungsgeschäft, zuletzt: OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, ein Abgehen von diesem Erfordernis – etwa durch Gesellschaftsvertrag – ist nicht möglich: Entscheidungstext OGH 17.10.1995 1 Ob 510/95 (SZ 68/193); keine Formbedürftigkeit besteht für einen Aktienkaufvertrag

1272 OGH 21.02.2008 6 Ob 7/08k

machen.¹²⁷³ Selbst die rückwirkende Übertragung von Geschäftsanteilen ist zulässig, sofern nicht in Rechte Dritter eingegriffen wird.¹²⁷⁴

Zur Form der Zustimmung ist auszuführen, dass konkludente Zustimmung zulässig ist.¹²⁷⁵ Für die Zustimmung reicht die einfache Mehrheit, wobei nach Ansicht des OGH bei Einigkeit aller Gesellschafter kein Beschluss bzw. keine Generalversammlung erforderlich ist.¹²⁷⁶

Die Verpfändung von Geschäftsanteilen ist nur unter Einhaltung der Bestimmung des § 452 ABGB möglich,¹²⁷⁷ bewirkt aber noch nicht den Übergang des Stimmrechtes auf den Pfandgläubiger, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist.¹²⁷⁸ Richtigerweise sind aber nicht nur der Geschäftsanteil als Summe der Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern auch die unten zu diskutierenden Vorerwerbsrechte (Vorkaufs- Aufgriffs- und Wiederkaufsrecht) verpfändbar¹²⁷⁹ und so ein nicht unwesentliches Finanzierungsinstrument.

Anteilsübertragungen können nach allgemeinen zivilrechtlichen Kriterien und Voraussetzungen angefochten werden.¹²⁸⁰ Sie wirken nach allgemeiner Ansicht dann absolut, wenn sie in Gesellschaftsverträgen / Satzungen vereinbart sind,¹²⁸¹ während sie in Syndikatsverträgen nur relativ wirken sollen,¹²⁸² was damit begründet wird, dass nur der Gesellschaftsvertrag/ die Satzung die notwendige Publizitätswirkung für die Annahme einer absoluten Wirkung entfaltet.¹²⁸³ Daher empfiehlt es sich, sofort nach Kenntnis von Vertragsverhandlungen den potentiellen Erwerber über die syndikatsvertragliche Regelung der Vinkulierung zu informieren um einen Gutgläubenserwerb zu verhindern.¹²⁸⁴

Die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer Übertragung eines GmbH – Anteils stehenden Geschäfte bedürfen keines Notariatsaktes.¹²⁸⁵

1273 OGH 16.12.1993 8 Ob 547/92 (SZ 66/175)

1274 OGH 21.02.2008 6 Ob 7/08k

1275 OGH 21.02.2008 6 Ob 7/08k

1276 OGH 21.02.2008 6 Ob 7/08k

1277 OGH 18.06.1997, 3 Ob 2270/96m (SZ 70/115); OGH 10.04.2008, 3 Ob 22/08v

1278 bereits: OGH 19.05.1936 2 Ob 466/36 (SZ 18/85)

1279 OGH 26.03.1987 6 Ob 11/87

1280 OGH 02.05.1990, 1 Ob 533/90 (JBl 1991,43)

1281 für das Aufgriffsrecht exemplarisch: OGH 20.1.2000, 6 Ob 313/99 v (wbl, 2000/220), Reich – Rohrwig, Übertragung, *ecolex* 1994, 757; für die Übertragungsbeschränkungen allgemein: Fantur, Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), *ecolex* 2000, 506

1282 exemplarisch: OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f (RdW 1997, 594); Geist, Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen, *ÖJZ* 1996, 414

1283 Gurmman, Sakowitsch, Vinkulierung, *Ges* 2008, 136

1284 Fantur, Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), *ecolex* 2000, 506

1285 OGH 09.05.1989, 4 Ob 532/89

3.5.2. Allgemeine Bemerkungen zu Übertragungsbeschränkungen

Übertragungsbeschränkungen dienen dazu, den Gesellschaftern/Aktionären¹²⁸⁶ die Kontrolle darüber zu geben, wer im Falle des Ausscheidens eines bisherigen Mitgesellschafter / Mitaktionärs an seine Stelle in die Gesellschaft eintritt bzw. Neugesellschafter / Neuaktionärs wird und bestehende Mehrheitsverhältnisse für die Zukunft vertraglich abzusichern. Übertragungsbeschränkungen sind daher auch ein geeignetes Instrument um „hostile takeovers“ zu verhindern.¹²⁸⁷ Sie sind folgerichtig – mangels gesellschaftsvertraglicher oder satzungsmäßiger Konkretisierung – nicht nur bei Veräußerungshandlungen, sondern auch bei Verpfändungen¹²⁸⁸ und m.M.n. bei allen Rechtsgeschäften, die zukünftig eine Eigentumsübertragung zur Folge haben können, relevant

Die Zulässigkeit von Übertragungsbeschränkungen ergibt sich für die GmbH ausdrücklich aus §76 Abs. 2 GmbHG wonach „die Zustimmung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft“¹²⁸⁹ gemacht werden kann. Diese demonstrative Aufzählung von Übertragungsbeschränkungen spricht m.A.n. eindeutig dafür, dass im Rahmen der Privatautonomie wohl alle möglichen Übertragungsbeschränkungen in Betracht kommen, sofern kein Verstoß gegen zwingendes Recht vorliegt. Wird die Zulässigkeit der Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft¹²⁹⁰ abhängig gemacht, ist ein veräußerungswilliger Gesellschafter bei der Abstimmung stimmberechtigt, weshalb nach Ansicht des OGH auch ein veräußerungswilliger Mehrheitsgesellschafter quasi sich selbst die Zustimmung zur Veräußerung des Geschäftsanteils erteilen kann.¹²⁹¹

Für die AG sieht der Gesetzgeber eine im Grundsatz etwas andere Regelung vor, da er bestimmt, dass die Satzung die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft binden kann. Die Zustimmung erteilt der Vorstand, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Zustimmung darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden. Mit dieser Bestimmung wird zum Ausdruck gebracht, dass Übertragungsbeschränkungen von

¹²⁸⁶ lediglich die Übertragung von Namensaktien ist einer Vinkulierung zugänglich, während Inhaberaktien frei übertragbar sind.

¹²⁸⁷ Hlawati, Birkner, Graf, Abwehrmaßnahmen, *ecolex* 2000,84

¹²⁸⁸ Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §62 Rz 5

¹²⁸⁹ nach mancher Ansicht soll die Zustimmung auch anderen Organen übertragen werden können – vgl. Reich – Rohrwig, Übertragung, *ecolex* 1994, 757, was auch der Rechtslage bei der AG entspricht, da auch dort statt dem Vorstand die HV zuständig gemacht werden kann.

¹²⁹⁰ für den Fall der Verweigerung: vgl. §77 GmbHG, §62 Abs.2 AktG

¹²⁹¹ OGH 14.11.1996 2 Ob 2146/96v (SZ 69/254) – zur mangelnden Analogiefähigkeit der Regeln über Interessenkollisionen siehe bereits unter 3.3.2.2.; a.A. Gurmanner, Sakowitsch, Vinkulierung, *Ges* 2008, 136

Namensaktien nur auf diese Weise in der Satzung normiert werden können, während andere Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit nur auf schuldrechtlicher Basis (Syndikatsverträge) möglich sind.¹²⁹²

Unzulässig soll nach hM ein unbefristetes gänzlichliches Übertragungsverbot sein.¹²⁹³ Dieser Ansicht ist m.E. nach bei personalistisch strukturierten GmbHs nicht zu folgen, da gerade die in der Rechtsprechung mehrfach zitierte Immobilität und die Tatsache, dass es den Gesellschaftern frei stehen muss, sich gleichsam aussuchen zu können, mit wem sie zusammenarbeiten, dafür spricht, eine zeitlich unbefristete Übertragungsbeschränkung zu akzeptieren. Die Gefahr der immerwährenden Bindung an die GmbH ist m.E. ebenfalls nicht gegeben, da ja eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages möglich ist.¹²⁹⁴ Am schwerwiegendsten wiegt aber m.E. der nicht vertretbare Widerspruch, dass die bloße Vinkulierung nicht unbefristet zulässig sein soll, die hL und Rechtsprechung aber nichts daran findet, Vorkaufs- Aufgriffs- Wiederkaufsrechte und ähnliche Ausgestaltungen von Übertragungsbeschränkungen aber durchaus unbefristet, d.h. während der Mitgliedschaft, gelten lassen will, obwohl sie für den belasteten Gesellschafter dieselbe Wirkung, nämlich eine(n) Anteil / Aktie nicht nach eigenem Gutdünken und Belieben an einen Dritten verkaufen zu können, haben. Folgt man aber der hL und Rechtsprechung, wonach eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages und ein zeitliches unbefristetes Übertragungsverbot nicht möglich sein soll, wird es Syndikatspartnern, die darauf aus sind, eine Übertragung so lange wie möglich zu vermeiden, anzuraten sein, Vorkaufs- Aufgriffs- Wiederkaufsrechte und ähnliche Ausgestaltungen von Übertragungsbeschränkungen zu vereinbaren.

Häufig finden sich in Syndikatsverträgen bzw. auch Gesellschaftsverträgen / Satzungen, die zwar Übertragungsbeschränkungen vorsehen, aber keine Bestimmung enthalten, welcher Preis den eigentlich für den Erwerb des Anteils / Aktie vom Berechtigten zu zahlen ist. Unter Bezugnahme auf §76 Abs. 2 GmbHG hat der OGH ausgesprochen, dass, wenn der Gesellschaftsvertrag keinen Übernahmepreis festlegt, ein angemessener Preis zu zahlen ist.¹²⁹⁵ Wie dieser angemessene Preis zu ermitteln ist, ist nach den Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre zu erforschen.¹²⁹⁶ Dennoch scheint die Rechtsprechung bereits seit den 80er Jahren der Ertragswertmethode, also jener Methode, die den Nutzen für den

1292 Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §61 Rz 1

1293 Nachweise bei: Weismann, Übertragungsbeschränkungen 38f.

1294 a.A. die ganz hL und Rechtsprechung: Nachweise bei : Weismann, Übertragungsbeschränkungen 38ff.

1295 OGH 10.12.1986, 3 Ob 598/86 (SZ 59/219)

1296 OGH 16.12.1980 5 Ob 649/80 (SZ 53/172)

Erwerber in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt den Vorzug vor der Substanzwertmethode zu geben.¹²⁹⁷ Wird das Aufgriffsrecht auf Grund der Kündigung eines Gesellschafters ausgeübt und dient dieses Aufgriffsrecht dazu die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern, ist der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet, seinen Gesellschaftsvertrag an den bzw. die aufgriffswilligen Mitgesellschafter abzutreten und zwar auch, wenn der Preis für den Gesellschaftsanteil noch nicht feststeht.¹²⁹⁸

Wird gegen die Pflicht einen Notariatsakt zu errichten verstoßen, ist nach Ansicht des OGH ein Beharren auf den Notariatsakt dann unstatthaft, wenn bereits „die Vorteile aus dem Geschäft genossen wurden“, da die Immobilisierungsfunktion des §76 Abs. 2 GmbHG (wirtschaftlich) nicht mehr erfüllbar ist.¹²⁹⁹ Wird entgegen der Übertragungsbeschränkung veräußert, ist die Übertragung – da ja die Regeln der Zession anwendbar sind – wirksam (§1396 a ABGB), außer es handelt sich um Zessionen, die vor dem 01.06.2005 vereinbart wurden.¹³⁰⁰

Die Zustimmung zu Übertragungen, die der einfachen Mehrheit der Generalversammlung¹³⁰¹ bzw. bei Zuständigkeit der HV wohl der einfachen Mehrheit der HV bedarf, darf nach dem Gesetz nur aus wichtigem Grund verweigert werden (§62 Abs. 1 AktG, §77 GmbHG). Eine Normierung wichtiger Gründe – die auch wohl objektiv tatsächlich wichtig zu sein hat – ist dringend zu empfehlen um nachträgliche Meinungsverschiedenheiten unter den Gesellschaftern zu vermeiden. Das Firmenbuchgericht hat bei der GmbH zu prüfen, ob die Zustimmung der Gesellschafter / anderer Organe vorliegt.¹³⁰² Wird die Entscheidung, ob die Zustimmung zur Veräußerung zu erteilen ist, vom Vorstand oder der GF getroffen, gelten für den Vorstand / GF die Haftungsregelungen der §§ 84 AktG, 25 GmbHG.¹³⁰³

Terminologisch ist bei den Übertragungsbeschränkungen zwischen der Vinkulierung und den Vorerwerbsrechten zu unterscheiden. Bei der Vinkulierung ist eine Zustimmung der Gesellschaft zur Veräußerung erforderlich, während Vorerwerbsrechte in ihrer reinen Form

1297 OGH 16.12.1980 5 Ob 649/80 (GesRZ 1981,44), OGH 25.09.2003 2 Ob 189/01k (für das Aufgriffsrecht). Dieser Grundsatz ist m.E. im Hinblick auf andere Übertragungsbeschränkungen analog anwendbar.

1298 OGH 01.07.1971 1 Ob 116/71

1299 OGH 07.07.1983, 7 Ob 598/82 (SZ 56/119), offensichtlich auch: OGH 24.04.1979 5 Ob 560/79 (EvBl 1979/191 S 494)

1300 OGH 29.06.2006 6 Ob 113/06w

1301 Zehetner, Zehetner, Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern, GBU 2004/12/13 – eine Erhöhung dieses Konsensquorum im Gesellschaftsvertrag ist möglich

1302 OLG Wien 12.12.2001, 28 R 122/01 v (NZ 2002/155)

1303 Jud, Hauser, Vinkulierung, NZ 1995, 121; dies muss nach Hl lehre wohl auch für den AR und die HV gelten, da sie demselben Sorgfaltsmaßstab unterliegen sollen, wie der Vorstand / GF (dazu siehe 3.1.8..)

normieren, dass der Anteil / die Aktie bei Veräußerung einer bestimmten Person zum Erwerb anzubieten bzw. an diese zu veräußern ist.

Auf Grund der bereits besprochenen möglichen Vielfältigkeit von Übertragungsbeschränkungen und der Tatsache, dass privatautonome Übertragungsbeschränkungen zumeist Elemente von klassischen Vorerwerbsrechten wie Aufgriffs-, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten aufweisen, werden (nur) diese anschließend besprochen. Gemeinsam ist sowohl der Vinkulierung als auch den Vorerwerbsrechten, dass deren Umgehung die Nichtigkeit des Umgehungsgeschäftes bedeutet.¹³⁰⁴ Als Umgehungsgeschäfte kommen insbesondere Treuhand – aber auch Stimmbindungsverträge – in Betracht.¹³⁰⁵

Natürlich stellt sich auf Grund des Gesagten die Frage, wie zu verfahren ist, bzw. was zu gelten hat, wenn Vinkulierungen oder aber auch Vorerwerbsrechte umgangen werden. Zu denken ist etwa daran, dass A seinen Gesellschaftsanteil an der Gesellschaft B an C veräußern möchte und dabei aber an ein Vinkulierungsverbot im Gesellschaftsvertrag gebunden ist. Möglich wäre, dass A etwa statt der Veräußerung an C beschließt, für diesen als Treuhänder zu fungieren oder etwa seine Stimme gemäß eines Syndikatsvertrages mit C (nicht mittels eines Syndikatsvertrages mit seinen Mitgesellschaftern) ausübt. Wie bereits oben erwähnt ist es (ausschließlicher) Zweck von Vinkulierungs- oder Vorerwerbsregelungen, dass unerwünschte Dritte keinen Einfluss auf die Gesellschaft haben können. Dieser Zweck könnte aber mit den soeben beispielsweise geschilderten Treuhandbestimmungen nicht mehr erreicht werden. Aus diesem Grund haben sich – m.E. vollkommen zu Recht – in der deutschen Literatur Stimmen gebildet, die eine Anwendung der Vinkulierungs- bzw. Vorerwerbsbestimmungen auf diese Umgehungskonstruktionen befürworten.¹³⁰⁶ Dies bedeutet im Ergebnis, dass auch bei Vorliegen einer Umgehung, die Zustimmung der Gesellschaft bzw. der erforderlichen Gesellschafter notwendig ist, wobei bis zur Zustimmung die Umgehung schwebend unwirksam ist.¹³⁰⁷ Um sich gegen solche Umgehungen zu schützen empfiehlt der Autor, Übertragungsbeschränkungen oder Vorerwerbsrechte in Gesellschaftsverträgen / Satzungen oder Syndikatsverträgen auf alle Fälle auszudehnen,

¹³⁰⁴ Gurmman, Sakowitsch, Vinkulierung, Ges 2008, 136

¹³⁰⁵ Thöni, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand, ecolx 1992, 236

¹³⁰⁶ Altmeppen in Roth, Altmeppen, GmbHG, § 15 Rz. 112; Winter, Löbke in Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG, § 15 Rz 252; a.A. OLG Hamm, GmbHR 1993, 656, 658.

¹³⁰⁷ Bayer in Lutter, Hommelhoff, GmbHG, §15 Rz.80; Winter, Löbke in Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG, §15 Rz.253

welche „die rechtliche und wirtschaftlich vollkommen uneingeschränkte schuldrechtliche und sachenrechtliche Verfügungsgewalt des Gesellschafters / Aktionärs über seine Anteile - wenn auch nur geringfügig - einschränken“

Letztendlich muss m.E. noch die Frage gestellt werden, welche Rolle ggfs. die Treuepflicht beim Themenbereich der Übertragungsbeschränkungen spielen kann. Kann etwa ein Gesellschafter auf Basis der Treuepflicht verlangen, dass eine Zustimmung zur Veräußerung seiner Anteile erteilt wird? Diese Frage wird vor allem im deutschen Schrifttum und in der deutschen Rechtsprechung bejaht.¹³⁰⁸ Nach meinem Dafürhalten bleibt allerdings für eine Anwendung der Treuepflicht wohl nur relativ geringer Spielraum. Jedem Aktionär / Gesellschafter der Aktionär / Gesellschafter in einer Gesellschaft wird, wo rechtmäßig eine Übertragungsbeschränkung vereinbart wurde, klar sein, dass diese Übertragungsbeschränkung genau aus diesem Grund vereinbart wurde, um eine freie Übertragung zu verhindern bzw. zu erschweren. Dies muss insbesondere für den Fall gelten, in dem an einen „missliebigen“ dritten veräußert werden soll. Aber auch in jenen Fällen, wo an einen anderen Dritten veräußert werden soll, bleibt für eine Anwendung der Treuepflicht nur wenig Platz, da ja gerade die Gesellschafter- bzw. Aktionärsstruktur bei Vereinbarung der Übertragungsbeschränkung eine langfristige Zielstruktur in der Gesellschaft darstellt.

3.5.3. Das Aufgriffsrecht

Eingangs ist festzuhalten, dass das Aufgriffsrecht – anders als etwa das Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht – gesetzlich nicht geregelt ist. Die Elemente des Aufgriffsrechts sind durch Rechtsfortbildung von Lehre und Judikatur entstanden.

Ein Aufgriffsrecht ist dadurch charakterisiert, dass der Berechtigte im Aufgriffsfall¹³⁰⁹ bevorzugt zur Übernahme von Vermögenswerten (also zum Geschäftsanteil) berechtigt ist, wobei der Unterschied zum Vorkaufsrecht darin besteht, dass das Aufgriffsrecht der Sicherung der Nachfolge dient¹³¹⁰ und somit das Eindringen Dritter in die Gesellschaft vermeiden will.¹³¹¹ Trotzdem sind mangels anderer Vereinbarungen die Regeln des

1308 zitiert als Reichert, Abtretung von Geschäftsanteilen 224ff, BGH, ZIP 2006, 1343 = DB 2006, 1672 = NZG 2006, 627

1309 Fragner, Ausgewählte Fragen, GesRZ 2009, 155

1310 Grabenwarter, Rechtsnatur des Aufgriffsrechtes, NZ 1988, 317

1311 Fragner, Ausgewählte Fragen, GesRZ 2009, 155

Vorkaufsrechtes anzuwenden.¹³¹² Der Unterschied zum Andienungsrecht liegt darin, dass beim Aufgriffsrecht der Erwerber bloß berechtigt aber nicht wie beim Andienungsrecht verpflichtet ist, den Geschäftsanteil zu übernehmen.¹³¹³

Umstritten ist, welcher Form die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts für einen GmbH Anteil bedarf. Der OGH geht offensichtlich davon aus, dass für die Begründung eines Aufgriffsrechts und wohl auch die Änderung bzw. Aufhebung ein Notariatsakt notwendig ist, da er diese Form auch bei sonstiger Nichtigkeit für den Vorvertrag hinsichtlich eines Aufgriffsrechtes vorsieht.¹³¹⁴ Mehr noch: Aus einer gegen das Formgebot verstoßenden Vereinbarung kann nach Ansicht des OGH auch kein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden.¹³¹⁵ Dieser Ansicht ist m.E. richtig, da das Aufgriffsrecht (im Zweifel) ein materieller Satzungsbestandteil ist, der den Regeln über die Satzungs-/ Gesellschaftsvertragsänderung unterliegt.¹³¹⁶

Nach allgemeiner Ansicht wirken Aufgriffs- und Vorkaufsrechte dann absolut, wenn sie in Gesellschaftsverträgen / Satzungen vereinbart sind,¹³¹⁷ während sie in Syndikatsverträgen nur relativ wirken sollen,¹³¹⁸ was damit begründet wird, dass nur der Gesellschaftsvertrag / die Satzung die notwendige Publizitätswirkung für die Annahme einer absoluten Wirkung entfaltet.¹³¹⁹

3.5.4. Wiederkaufsrecht bei Aktien oder Geschäftsanteilen

Anders als das Aufgriffsrecht enthält das Gesetz (§ 1068 ABGB) eine Legaldefinition für das Wiederkaufsrecht und versteht darunter das Recht, „eine verkaufte Sache wieder einzulösen“. Generell strittig ist, ob das Wiederkaufsrecht nur bei Liegenschaften¹³²⁰ oder aber auch für

1312 OGH 09.04.1992 8 Ob 631/90 (RdW 1992,339) aber auch: OGH 17.02.2005 6 Ob 205/04x

1313 Karollus, Geist, Aufgriffs- oder Andienungsrecht, NZ 1997, 1

1314 OGH 15.12.2005 6 Ob 121/05w

1315 OGH 09.04.1986 1 Ob 518/86 (RdW 1986,268) OGH 25.2.1999, 6 Ob 291/98d (wbl 1999, 422), Lux, Zur Regelung statuarisch verankerter Aufgriffsrechte, wbl 1995, 16; a.A.: Fritzberg, Fritzberg, Formpflicht, ecolex 1996, 753

1316 OLG Linz 5.5.1997, 6 R 34/97f (RdW 1997, 596)

1317 exemplarisch: OGH 20.1.2000, 6 Ob 313/99 v (wbl, 2000/220), Reich – Rohrwig, Übertragung, ecolex 1994, 757

1318 exemplarisch: OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f (RdW 1997, 594); Geist, Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen, ÖJZ 1996, 414

1319 Gurmann, Sakowitsch, Vinkulierung, Ges 2008, 136

1320 Koziol, Welser 159

Gattungssachen¹³²¹ vereinbart werden kann. Dazu folgende Vorbemerkung: Ob eine Gattungs- oder Speziesschuld vorliegt hängt ausschließlich vom Parteiwillen ab, wobei eine Gattungsschuld dann angenommen wird, wenn es einer Partei nicht auf eine bestimmte Sache ankommt (z.B. jene Namensaktie die ein Nominierungsrecht für einen AR Posten vorsieht) sondern eine bestimmte „Sachart“. Dies sei durch folgendes Beispiel für die Aktien verdeutlicht. A hält insgesamt 500 (gleichwertige also nicht etwa belastete) Inhaberaktien an der Firma C. Er verkauft diese Inhaberaktien an B und lässt sich gleichzeitig ein Wiederkaufsrecht an 499 Stück einräumen. A und B wird es egal sein, welche 499 Stück Inhaberaktien an dem Unternehmen C B wieder an A wiederzuverkaufen hat. Nach der hL und Rechtsprechung wäre diese Vereinbarung zulässig (siehe oben). Anders verhält es sich, wenn A von B ein Wiederverkaufsrecht an allen 500 Aktien einräumt, da eben dann genau die 500 Aktien eine Speziesschuld darstellen und daher eine Einräumung eines Wiederkaufsrechtes unzulässig ist.

M.E. ist die extensive Interpretation des § 1070 ABGB durch die Rechtsprechung und Lehre verfehlt. Wie bereits erwähnt sind Geschäftsanteile und Aktien bewegliche Sachen. §1070 ABGB bringt zweifelsfrei zum Ausdruck, dass eine Vereinbarung eines Wiederkaufsrechtes nur bei unbeweglichen Sachen gestattet ist (§1070 ABGB: „Der Vorbehalt des Wiederkaufes findet nur bei unbeweglichen Sachen statt und ...“). Die Grenze jeglicher Interpretation findet ihre Grenze im äußerst möglichen Wortsinn (§ 6 ABGB: „Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.“). Nun kann wohl nicht bestritten werden, dass der Begriff „unbewegliche Sache“ mit dem Begriff „bewegliche Sache“ nicht gleichgeschaltet werden kann. Auf eine Unterscheidung zwischen Gattungssache und Speziesschuld kann es nicht ankommen.

3.5.5. Vorkaufsrechte

Unter einem Vorkaufsrecht versteht man das Recht des Verkäufers, eine Sache dann vom Käufer zu erwerben, wenn er diese wieder verkaufen will, wobei der Käufer verpflichtet ist, sie dem ursprünglichen Käufer zur Einlösung anzubieten. (§1072 ABGB). Die Beschränkung des Käufers liegt darin, dass er den Geschäftsanteil / die Aktien vor Verkauf an einen Dritten, dem ursprünglichen Verkäufer oder einem anderen vertraglich vereinbarten Berechtigten

1321 Aicher in Rummel §1070 Rz 2 mit Nachweisen zur Rechtssprechung

anbieten muss. Anders als beim Wiederkaufsrecht können (auch) bewegliche Sachen und somit Geschäftsanteile oder Aktien Gegenstand des Vorkaufsrechtes sein.¹³²² Häufig werden Vorkaufsrechte vereinbart, ohne dass ein Gesellschafter die Geschäftsanteile / Aktien von einem (Mit-)Gesellschafter/ Aktionär erworben hat. In diesen Fällen ist es besser das Vorkaufsrecht als Recht zu definieren, dass es dem Berechtigten ermöglicht, vom Verpflichteten die Einlösung zu verlangen, wenn dieser an einen Dritten veräußern möchte. Jedenfalls empfiehlt sich, den Vorkaufsfall so zu formulieren, dass dieser nicht nur beim Kauf, sondern bei jeglicher Veräußerung eintritt, da ansonsten das Vorkaufsrecht bei anderen Veräußerungen nicht ausgeübt werden kann.¹³²³ Stellt lediglich ein Kaufvertrag einen Vorkaufsfall dar, ist zu beachten, dass für sämtliche Umgehungsgeschäfte (übermäßig hoher Preis, Wahl eines Umgehungsgeschäftes) die Regeln über Umgehungsgeschäfte anzuwenden sind und das Umgehungsgeschäft nach österreichischer hL gegebenenfalls nichtig ist.¹³²⁴

Ein Vorkaufsrecht kann nicht nur im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung vereinbart werden, sondern auch in anderen Verträgen, wie etwa Syndikatsverträgen,¹³²⁵ wobei zu beachten ist, dass Vereinbarungen, die auf eine Übertragbarkeit des Vorkaufsrechtes zielen, unzulässig sind (§1074 ABGB).¹³²⁶ „Erwirbt“ der Dritte, den Geschäftsanteil / die Aktien unzulässigerweise, etwa weil das Vorkaufrecht umgangen wurde oder erst gar nicht beachtet wurde, ist festzuhalten, dass der Dritte auf Grund der absoluten Wirkung des Vorkaufsrechtes nicht Eigentümer der Geschäftsanteile / Aktien werden kann (=absolute Wirkung des Vorkaufsrechtes).¹³²⁷ Der Vorkaufsberechtigte ist auch insofern abgesichert, als das Firmenbuchgericht zu prüfen hat, ob der Berechtigte die Annahmefrist verstreichen hat lassen bzw. auf das Vorkaufsrecht verzichtet hat.¹³²⁸

Die Vereinbarung über ein Vorkaufsrecht bedarf der Notariatsaktsform,¹³²⁹ weshalb auch ein Syndikatsvertrag, der kein Vorkaufsrecht enthält, formgebunden zu sein hat.

Gerade für den Vorkaufsberechtigten stellt sich häufig die Frage, ob den Verpflichteten neben der Pflicht den Vorkaufsberechtigten die Geschäftsanteile / Sachen zum Verkauf

1322 Aicher in Rummel § 1072 Rz 3

1323 für die Schenkung: OGH 13.07.1999 5 Ob 195/99h

1324 Aicher in Rummel § 1072 Rz 19 OGH 27.03.1996, 3 Ob 2136/96f (SZ 69/83); zur schwebenden Unwirksamkeit in Deutschland siehe bereits oben

1325 OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90 (RdW 1992, 339)

1326 exemplarisch: OGH 01.11. 1986, 1Ob 600/86 (JBl 1987,102); Koziol, Welser 160

1327 OGH 22.02.2000, 1 Ob 8/00h (SZ 73/33)

1328 OLG Wien 27.11.1996, 28 R 84/96w (GBU 1997/03/10)

1329 bereits: OGH 19.05.1936 2 Ob 466/36 (SZ 18/85)

anzubieten, andere Verpflichtungen treffen wie etwa den Wert des Geschäftsanteils / der Aktie möglichst hoch zu halten. Obliegt es dem Verpflichteten durch dein Verhalten in der Generalversammlung oder HV so zu agieren (etwa durch entsprechende Stimmabgaben, sofern diese nicht bereits durch Syndikatsvertrag vorgegeben sind), dass der Wert des Geschäftsanteils möglichst hoch ist und gegebenenfalls vielleicht gegenüber dem vereinbarten Vorkaufspreis ansteigt? Kurz gesagt: Trifft den Verpflichteten die Obliegenheit den Wert der Aktien / Geschäftsanteile zu erhalten bzw. zu steigern? Bei der Beantwortung der Frage ist nach der Rechtsprechung und Lehre danach zu unterscheiden, ob ein Einlösungspreis vereinbart wurde oder nicht. Wird vor dem Einlösungsfall kein Einlösungspreis vereinbart, trifft den Vorkaufsverpflichteten – wohl nur dann wenn nichts anderes vereinbart ist – keine Pflicht mit seinem Geschäftsanteil sorgsam umzugehen, er hat aber auch kein Recht eine Wertsteigerung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten geltend zu machen.¹³³⁰ Wird hingegen ein Vorkaufspreis vereinbart, ist der durch das Vorkaufsrecht Belastete verpflichtet, sorgsam mit dem Geschäftsanteil umzugehen und hat dafür einen Anspruch auf den Ersatz des Verbesserungsaufwandes gegen den Erwerber (analoge Anwendung von §1069 ABGB), während ihn eine Verschlechterung nicht treffen soll.¹³³¹ Dieser Lösungsansatz übersieht meines Erachtens grundlegende Faktoren. Zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten besteht wohl unstrittig ein vertragliches Schuldverhältnis. Vertragliche Schuldverhältnisse zeichnen sich dadurch aus, dass derjenige, der einem Vertragspartner – bei Vorliegen der sonstigen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen - einen Schaden zufügt, dafür einzustehen hat (Haftung ex contractu). Nichts anderes kann beim Vorkaufsrecht gelten. Dazu folgendes Musterbeispiel: Räumt B dem A am 1.1. ein Vorkaufsrecht an einer bestimmten Anzahl an Aktien ein, darf nicht vergessen werden, dass diese Aktien für A und B einen gewissen Wert darstellen, von dem bei der Vereinbarung des Vorkaufsrechtes auch ausgegangen wird. Werden diese Aktien - aus Verschulden des B – nun weniger wert, ist es m.E. schlicht uneinsichtig, warum A von B im Vorkaufsfall keinen Schadenersatz verlangen kann, gleich ob vorab ein Vorkaufspreis vereinbart wurde oder nicht. Ähnlich kritisch muss die Lösungsvariante der hL zum Verbesserungsaufwandsersatz gesehen werden. Ausgehend von der Prämisse, dass die Parteien im Vereinbarungszeitpunkt nach dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben von einem bestimmten (zukünftigen) Wert von Aktien / Geschäftsanteilen ausgehen werden, scheint es selbstverständlich, dass allein schon auf Grund des hypothetischen Parteiwillens, der Veräußerer auch Wertsteigerungen abgegolten haben will und dies dem Erwerber auch bewusst ist (sein muss). Um einen Wertverlust zu vermeiden,

1330 OGH 13.2.1986, 8 Ob 526/86 (RdW 1986,206)

1331 Aicher in Rummel §1072 Rz 10f

sind demnach auch Verpfändungen der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Anteile / Aktien zu unterlassen.¹³³²

Häufig finden sich in Verträgen Klauseln, die nicht nur einem, sondern allen Mitgesellschaftern / Mitaktionären des Verkaufswilligen ein Vorkaufsrecht einräumen. Übt ein Mitgesellschafter / Mitaktionär dieses ihm aliquot zustehende Recht nicht aus, wächst es auch ohne besondere Vereinbarung den anderen Ausübungswilligen an.¹³³³ Jedenfalls vereinbart werden sollte, in welchem Zeitraum der Berechtigte das Vorkaufsrecht auszuüben hat, da die anzuwendende 24- Stunden Frist (§1075 ABGB) sehr kurz bemessen ist.

3.5.6. Kurzcharakteristika von GmbH Anteilen und Aktien sowie grundsätzliches zur Übertragung von Geschäftsanteilen bzw. Aktien – eine Zusammenfassung

Einleitend ist festzuhalten, dass GmbH Anteile und Aktien bewegliche Sachen sind,¹³³⁴ die grundsätzlich frei übertragbar sind.¹³³⁵ Übertragungsbeschränkungen dienen dazu, den Gesellschaftern/Aktionären¹³³⁶ die Kontrolle darüber zu geben, wer im Falle des Ausscheidens eines bisherigen Mitgesellschafter / Mitaktionärs an seine Stelle in die Gesellschaft eintritt bzw. Neugesellschafter / Neuaktionärs wird und bestehende Mehrheitsverhältnisse für die Zukunft vertraglich abzusichern. Die demonstrative Aufzählung von Übertragungsbeschränkungen (§76 Abs.2 GmbHG) spricht m.A.n. eindeutig dafür, dass im Rahmen der Privatautonomie alle möglichen Übertragungsbeschränkungen in Betracht kommen, sofern kein Verstoß gegen zwingendes Recht vorliegt.

Für die AG sieht der Gesetzgeber insofern eine im Grundsatz etwas andere Regelung vor, da er bestimmt, dass die Satzung die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft binden kann. Die Zustimmung erteilt der Vorstand, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Zustimmung darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden. Mit dieser Bestimmung wird zum Ausdruck gebracht, dass Übertragungsbeschränkungen von

1332 Aicher in Rummel § 1072 Rz 19

1333 OGH 20.11. 1962, 8Ob 312/62 (EvBl 1963/125)

1334 für die GmbH: OGH 18.6.1997, 3 Ob 2270 (GBU 1997/03/08)

1335 für die GmbH ausdrücklich: §76 GmbHG; für die Namensaktie und nur für diese geht dies aus §61 AktG hervor.

1336 lediglich die Übertragung von Namensaktien ist einer Vinkulierung zugänglich, während Inhaberaktien frei übertragbar sind.

Namensaktien nur auf diese Weise in der Satzung normiert werden können, während andere Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit nur auf schuldrechtlicher Basis (Syndikatsverträge) möglich sind.¹³³⁷

Die Übertragung ist bei der GmbH dann wirksam, wenn sie im Firmenbuch eingetragen worden ist, wobei der noch nicht gelöschte Gesellschafter bis zu diesem Zeitpunkt stimmberechtigt ist.¹³³⁸ Die Übertragung von Geschäftsanteilen bzw. Namens- und Inhaberaktien (im Folgenden kurz „Aktien“) ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung eine Abtretung.¹³³⁹ Die Abänderung der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile bedarf bei der GmbH einer notariell beurkundeten Generalversammlung und nicht wie die Neubegründung von Übertragungseinschränkungen der Notariatsaktsform.¹³⁴⁰ Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen bzw. die Verpflichtung künftig einen Geschäftsanteil mittels Rechtsgeschäft zu übertragen, bedarf hingegen eines Notariatsaktes,¹³⁴¹ wobei die Übertragung an Voraussetzungen gebunden werden kann (§76 Abs. 2 GmbHG). Fehlen diese Voraussetzungen, ist die Übertragung bis zum Vorliegen der Voraussetzungen schwebend unwirksam.¹³⁴² Übertragungsbeschränkungen wirken nach allgemeiner Ansicht dann absolut, wenn sie in Gesellschaftsverträgen / Satzungen vereinbart sind,¹³⁴³ während sie in Syndikatsverträgen nur relativ wirken sollen,¹³⁴⁴ was damit begründet wird, dass nur der Gesellschaftsvertrag/ die Satzung die notwendige Publizitätswirkung für die Annahme einer absoluten Wirkung entfaltet.¹³⁴⁵ Daher empfiehlt es sich, sofort nach Kenntnis von Vertragsverhandlungen den potentiellen Erwerber über die syndikatsvertragliche Regelung der Vinkulierung zu informieren um einen Gutgläubenserwerb zu verhindern.¹³⁴⁶

1337 Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §61 Rz 1

1338 OGH 01.08.2003 1 Ob 165/03a; eine Eintragung im FB

1339 exemplarisch für die Rechtssprechung und Lehre bereits: OGH 4.12.1974, 5 Ob 288/74 (SZ 47/143); aber auch: Micheler in Doralt, Nowotny, Kalss §61 Rz 24; OGH 29.06.2006 6 Ob 113/06w

1340 OLG Wien 28 R 166 /04 v ((NZ 2005, G6)

1341 diese Formvorschrift gilt sowohl für das Verpflichtungs- als auch für das Verfügungsgeschäft, zuletzt: OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, ein Abgehen von diesem Erfordernis – etwa durch Gesellschaftsvertrag – ist nicht möglich: Entscheidungstext OGH 17.10.1995 1 Ob 510/95 (SZ 68/193); keine Formbedürftigkeit besteht für einen Aktienkaufvertrag

1342 OGH 21.02.2008 6 Ob 7/08k

1343 für das Aufgriffsrecht exemplarisch: OGH 20.1.2000, 6 Ob 313/99 v (wbl, 2000/220), Reich – Rohrwig, Übertragung, ecolex 1994, 757; für die Übertragungsbeschränkungen allgemein: Fantur, Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), ecolex 2000, 506

1344 exemplarisch: OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f (RdW 1997, 594); Geist, Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen, ÖJZ 1996, 414

1345 Gurmann, Sakowitsch, Vinkulierung, Ges 2008, 136

1346 Fantur, Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), ecolex 2000, 506

Zur Frage des Formgebots ist auszuführen, dass gerade im Hinblick auf Übertragungsbeschränkungen der OGH ausjudiziert hat, dass es bei Fehlen der notwendigen Formvorschriften unstatthaft sein soll sich auf diese zu berufen, wenn bereits „die Vorteile aus dem Geschäft genossen wurden“.

3.6. Die Gewinnbeteiligung der Aktionäre und Gesellschafter

3.6.1. Grundlagen der Gewinnausschüttung

Gemäß § 35 Abs. 1 Z 1 GmbHG unterliegt die Gewinnverteilung – ebenso wie die Feststellung des Jahresabschlusses – der Beschlusskompetenz der Gesellschafter. Diese Kompetenzregel ist zwingend.¹³⁴⁷ Ähnliches gilt für die AG wo der Beschluss der HV (auf Vorschlag des Vorstandes) maßgeblich ist (§ 126 Abs. 1 AktG).

Im Übrigen sind die Regelungen zur Gewinnverteilung dispositiver Natur,¹³⁴⁸ weshalb auch einzelnen Gesellschaftern /Aktionären ein Vorzugsrecht eingeräumt oder die Verpflichtung zur Bildung bestimmter Rücklagen im Gesellschaftsvertrag / der Satzung zulässig ist.¹³⁴⁹ Fehlt ein Beschluss über die Gewinnausschüttung, ist der gesamte Bilanzgewinn einschließlich des Gewinnvortrages auszuschütten.¹³⁵⁰ Gesellschaftsvertragliche Regelungen, wonach eine feste Relation zwischen Jahresergebnis und auszuschüttendem Gewinn zu bestehen hat, sind auf Grund des dispositiven Charakters der Gewinnbeteiligungsvorschriften nach der deutschen Lehre zulässig.¹³⁵¹ Oft finden sich allerdings keine gesellschaftsvertraglichen / satzungsmäßigen Regelungen zur Gewinnverteilung und stellt sich natürlich in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch syndikatsvertragliche Regelungen möglich sind, sofern die Satzung / der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen enthält bzw. was zu gelten hat, wenn der Syndikatsvertrag dem Gesellschaftsvertrag / der Satzung widerspricht. Dies ist nach allgemeinen Grundätzen zu beurteilen.¹³⁵²

Auf Grund der Dispositivität der Regeln zur Gewinnverwendung soll nach manchen Stimmen auch ein dauerhafter Verzicht auf Ausschüttungen möglich sein,¹³⁵³ wobei wohl festzuhalten

¹³⁴⁷ Koppensteiner, Rüdiger §35 Rz 4; anders für die GmbH in Deutschland die hL – vgl. Scholz-Emmerich, GmbHG, § 29 Rz. 61 ff

¹³⁴⁸ Reich Rohrwig² 3/202

¹³⁴⁹ Koppensteiner, Rüdiger §35 Rz 14

¹³⁵⁰ OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h; Nachweise zur Lehre und Rechtsprechung: Koppensteiner, Rüdiger §35 Rz 4

¹³⁵¹ §29 Rz 3

¹³⁵² siehe dazu Punkt 2.5.1.

¹³⁵³ BGHZ 14, 264, 271

ist, dass ein solcher Fall wohl kaum eintreten wird, da sich jeder Aktionär / Gesellschafter zweifellos eine bestimmte Rendite auf sein eingesetztes Kapital erwartet und einer solchen „immerwährenden“ Ausschüttungssperre kaum zustimmen wird.

Basis jeglicher Gewinnverteilung ist der Jahresabschluss. Eine Pflicht, an der Feststellung des Jahresabschlusses und somit wohl auch an der Gewinnverteilung zustimmend teilzunehmen, besteht nach der Rechtsprechung nicht.¹³⁵⁴ Wurde der Jahresabschluss festgestellt und hat der Vorstand von seinem Recht Rücklagen zu bilden keinen Gebrauch gemacht, kann der Jahresabschluss als Basis der Gewinnverteilung nicht mehr willkürlich geändert werden.¹³⁵⁵ Die Dispositivität der relevanten Vorschriften gewährt den Syndikatspartnern extremen Handlungsspielraum, etwa dann wenn die Vorschriften zur Gewinnverteilung und zur Bilanzpolitik entweder in die Satzung / den Gesellschaftsvertrag hineingenommen werden oder Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern und kontrollierter Gesellschaft geschlossen werden, da dies – wie bereits erwähnt – natürlich auch den Vorstand und den AR der kontrollierten Gesellschaft bindet. Es ist aber darauf zu achten, dass die Gewinnverteilung dem Gleichheitsgrundsatz entsprechen und Rücklagen nur soweit gebildet werden dürfen, als dies wirtschaftlich angemessen ist.¹³⁵⁶ Eine Rücklagenbildung ist nämlich nur dann zulässig, wenn dies die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft erfordert. Syndikatspartnern steht es aber frei, in der Satzung / im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, dass der Gewinn nicht ausgeschüttet werden soll, sondern anderwärtig verwendet wird.¹³⁵⁷ Dabei ist allerdings zu beachten, dass die HV / Generalversammlung den Bilanzgewinn ohne satzungsmäßige/ gesellschaftsvertragliche Grundlage weder ganz noch teilweise von der Verteilung ausschließen darf,¹³⁵⁸ es sei denn, alle Aktionäre / Gesellschafter waren in der HV / Generalversammlung anwesend und haben einen diesbezüglichen Beschluss gefasst¹³⁵⁹

In der Praxis besonders interessant ist die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn nach dem Gewinnverwendungsbeschluss und nach dem Bilanzstichtag Verluste eintreten, die den Bilanzgewinn, auf dem ja der Gewinnverwendungsbeschluss beruht, dezimieren oder ganz vernichten. *Jabornegg* vertritt die Ansicht, dass solche Ereignisse auf die Gewinnverwendung keinen Einfluss haben können.¹³⁶⁰ M.E. ist dieser Lösung nicht vollinhaltlich zuzustimmen.

1354 OGH 16.2.2006, 6 Ob 130/05 v (Ges 2006, 219)

1355 AUSL BGH 24.01.1957, IIZR208/55 (NJW 1957,588)

1356 Koppensteiner, Rüffler §35 Rz 15

1357 Jabornegg, Geist in Jabornegg/Strasser §53 Rz3 mit Beispielen

1358 OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h

1359 Jabornegg, Geist in Jabornegg/ Strasser §53 Rz6

1360 Jabornegg, Geist in Jabornegg,/Strasser §53 Rz8

Handelt es sich nämlich um Ereignisse, die vor oder zum Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses bereits der Gesellschaft oder gar dem Aktionär / Gesellschafter bekannt sein hätten müssen aber aus welchen Gründen auch immer noch nicht buchhalterisch erfasst worden sind, ist eine Gewinnverteilung auf Grund eines nicht mehr den (aktuellen) Tatsachen entsprechenden Bilanzgewinns nicht nachvollziehbar. Unwirtschaftlich ausgedrückt: In einem solchen Fall würde nämlich „das ausgeschüttet werden, was zwar in den Büchern ist, aber mehr als wirtschaftlich wirklich zur Ausschüttung vorhanden ist“.

Hinzuweisen ist weiters auf §82 Abs. 5 GmbHG. Gemäß dieser Bestimmung gilt, dass wenn den GF oder dem Aufsichtsrat in der Zeit zwischen dem Ende des Geschäftsjahres und der Beschlussfassung der Gesellschafter über den Jahresabschluss bekannt wird, dass der Vermögensstand der Gesellschaft durch eingetretene Verluste oder Wertverminderungen erheblich und voraussichtlich nicht bloß vorübergehend geschmälert worden ist, der sich nach der Bilanz ergebende Gewinn in einem der erlittenen Schmälerung des Vermögens entsprechenden Betrag von der Verteilung ausgeschlossen und auf Rechnung des laufenden Geschäftsjahres zu übertragen ist.

Abgesehen davon sind – wie bereits mehrfach in dieser Arbeit erwähnt - der Vorstand, der AR letztlich auch die Aktionäre / Gesellschafter verpflichtet, auf den langfristigen Bestand der Gesellschaft zu achten. Auch aus diesem Grundsatz folgt, dass sich eine Ausschüttung dann verbietet, wenn - salopp formuliert – „nicht genug da ist um auszuschütten“.

3.6.2. Der Dividendenanspruch der Gesellschafter

Der gesetzlichen Systematik folgend ergibt sich der konkrete Dividendenanspruch aus dem Bilanzgewinn. Erst wenn dieser feststeht und auch klar ist, welcher Teil des Bilanzgewinns ausgeschüttet wird, kann errechnet werden wie hoch der Dividendenanspruch des einzelnen Gesellschafters / Aktionärs ist. Diese Berechnung ergibt sich aus dem Gesetz bzw. der Satzung / dem Gesellschaftsvertrag.

Die Höhe des jedem Gesellschafter / Aktionär zustehenden Gewinns richtet sich nach dem Anteil am Stamm- bzw. Grundkapital (§§ 82 Abs. 2 GmbHG, 53 Abs. 3 AktG), wobei der Gesellschaftsvertrag / die Satzung andere Verteilungen festlegen können (ausdrücklich: §53 Abs. 3 AktG). Fehlt eine gesellschaftsvertragliche Regelung ist der gesamte Gewinn an die

Gesellschafter auszuschütten.¹³⁶¹ Verteilungen an die Gesellschafter außerhalb der Gewinnverteilung sind strengsten verboten (Verbot der Einlagenrückgewähr) und können zur Durchgriffshaftung führen.¹³⁶² Wird dem einzelnen Aktionär / Gesellschafter mehr ausbezahlt als ihm zustünde, kommt eine Haftung nach § 56 AktG und eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 134 StGB in Betracht.

Der Anspruch der Gesellschafter / Aktionäre auf Ausschüttung des Gewinns, worunter der Bilanzgewinn einschließlich des Gewinnvortrages zu verstehen ist, entsteht mit Feststellung des Jahresabschlusses und ist auch zu diesem Zeitpunkt fällig.¹³⁶³ Der Gewinnverteilungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters / Aktionärs besteht auch für Ansprüche, die bis zu seinem Ausscheiden entstanden sind.¹³⁶⁴ Die Dividenden verjähren ab Fälligkeit gerechnet innerhalb von 30 Jahren,¹³⁶⁵ wobei eine Verkürzung der Verjährungsfrist (nicht aber eine Verlängerung) möglich ist.¹³⁶⁶

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie Bestimmungen in Syndikatsverträgen zu bewerten sind, die den Syndikatsparteien eine Dividendengarantie einräumen, also wo von den Syndikatsparteien nominierte (oder zukünftige) Vorstandsmitglieder der kontrollierten AG einen Syndikatsvertrag unterzeichnen, in dem den Aktionären ein Dividendenanspruch zugesichert wird. Solche Zusicherungen seitens der kontrollierten AG (durch ihre Vorstände) werden nach einhelliger Meinung als unzulässig angesehen.¹³⁶⁷ Dieser Grundsatz ist m.M.n. auch für die GmbH anwendbar.

Aktionäre, deren Stimmrechte ruhen, haben keinen Anspruch auf Auszahlung einer Dividende.¹³⁶⁸

Kontrovers wird in der Lehre diskutiert, welche Auswirkungen der Gleichheitsgrundsatz (§47 AktG) auf die Gewinnausschüttung hat. Folgt man der in dieser Arbeit vertretenen extensiven Auslegung, die oben begründet wurde,¹³⁶⁹ darf die Satzung auch bei der Gewinnverteilung unter gleichen Voraussetzungen nicht zwischen Aktionären differenzieren. Die Lehre nimmt

1361 u.a. Fantur, Gestaltungsfragen, Ges 2006, 335

1362 Krejci, Gesellschaftsrecht 195; dazu siehe 2.5.5.

1363 Reich Rohrwig 2 3/200

1364 OGH 21.5.2003, 6 Ob 69/03w

1365 OGH 16.10.1957 SZ 30/58

1366 Kastner, Doralt, Nowotny 294

1367 Kastner, Doralt, Nowotny 293; OGH 25.10.1978 SZ 51/148

1368 Jabornegg/Geist in Jabornegg, Strasser, §53 Rz21

1369 siehe dazu 2.5.4.

einen konträren Standpunkt ein und begründet dies mit dem Vorrang der Gestaltungsfreiheit vor dem Gleichheitsgrundsatz und führt dazu aus, dass die Aktionäre ja ohnedies an der Gestaltung der Gewinnverteilungsvorschrift teilnehmen können.¹³⁷⁰ Warum die Gestaltungsfreiheit, die ja durch §47 a AktG eingeschränkt ist, Vorrang genießen soll, lässt diese Lehrmeinung allerdings offen.¹³⁷¹ Für diesen Standpunkt lassen sich m.E. auch keine vertretbaren Argumente anführen. Ähnlich wie § 879 ABGB hat § 47a AktG an sich ja gerade die Funktion die Gestaltungsfreiheit einzuschränken. Sie soll nämlich dort ihre Grenzen finden, wo eine Differenzierung der Aktionäre eben sachlich nicht begründbar ist, wie dies etwa durch die unterschiedlichen Beteiligungsquoten der Fall ist.

3.6.3. Die Gewinnbeteiligung der Aktionäre und Gesellschafter – Eine Zusammenfassung

Mit Ausnahme der Tatsache, dass die Kompetenzregeln zwingender Natur sind,¹³⁷² unterliegen die Bestimmungen zur Gewinnverteilung dem Willen der Gesellschafter und Aktionäre.¹³⁷³ Somit kann jegliche syndikatsvertragliche Regelung zumindest indirekte Wirkung (zur direkten und indirekten Wirkung schon oben) erlangen.

Die besprochene Bindung des Vorstandes an Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern und kontrollierter Gesellschaft resultiert daraus, dass solche Verträge nicht nur die kontrollierte Gesellschaft sondern auch deren Leitungsorgane binden und diese Leitungsorgane verpflichtet sind Schadenersatzansprüche von der Gesellschaft fernzuhalten.¹³⁷⁴

Sogenannte Dividendengarantien, also Absprachen zwischen Syndikatspartner, wie viel an Dividenden auszuschütten ist, sind nach der hier vertretenen Auffassung dann unzulässig, wenn sie als tatsächliche Verpflichtungen formuliert sind. Handelt es sich dagegen um „Bemühungszusagen“ darauf hinzuwirken, dass ein bestimmter Betrag / bestimmter Prozentsatz ausgeschüttet wird, ist ein Zulässigkeit zu bejahen, da eine bloße Bemühungszusage, die auch die sonstigen Voraussetzungen für Ausschüttungen

¹³⁷⁰ Kastner, Doralt, Nowotny, §53 Rz 10

¹³⁷¹ für einen Vorrang des Gleichheitsgrundsatzes schon auch: OGH 13.7.1956, 7 Ob 535/55 (SZ 29, 52)

¹³⁷² Koppensteiner, Rüdfler §35 Rz 4; anders für die GmbH in Deutschland die hL – vgl. Scholz-Emmerich, GmbHG, § 29 Rz. 61 ff

¹³⁷³ Reich Rohrwig² 3/202

¹³⁷⁴ Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft wesungsgebunden?, ecolex 1990, 285ff.; vgl. hiezu aber den m.E. unverständlichen Standpunkt der Rspr. (OGH 22.07.2009, 3 Ob 72/09 y)

berücksichtigt (z.B.: Jahresüberschuss) in Einklang mit den geltenden Rechtsvorschriften steht.

4. Teil: Der SYNDIKATSVERTRAG ALS ANKNÜPFUNGSPUNKT

4.1. Syndikatsvertrag und Kartellrecht

4.1.1. Das europäische und das österreichische Kartellverbot

4.1.1.1. Das österreichische und europäische Kartellverbot (§1 KartG, Art 81 EGV)

Normadressaten des österreichischen und europäischen Kartellrechts sind die jeweiligen Syndikatspartner und nicht das Syndikat als solches, da einer GesbR keine Rechtsfähigkeit zukommt.¹³⁷⁵ Dies trifft nach österreichischer Rechtsprechung aber wohl nur auf die Frage zu, wen die konkrete Sanktion der Geldbuße betrifft, da laut OGH eine GesbR sehr wohl den Unternehmerbegriff des KartG erfüllt.¹³⁷⁶ Die Tatsache, dass das Syndikatspartner Adressat der österreichischen und europäischen Normen sind, ergibt sich auch daraus, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch jene Unternehmen verantwortlich sind, welche letztendlich die wirtschaftliche und rechtliche Kontrolle über das handelnde Unternehmen bzw. über das Syndikat haben.¹³⁷⁷

Die Tatbestände des Kartellverbots (§1 KartG, Art 81 EGV) sind auf österreichischer und europäischer Ebene gleich. Diese Ähnlichkeit hat der österreichische Gesetzgeber auch bewusst angestrebt, um das österreichische Kartellrecht an das europäische Kartellrecht heranzuführen und somit einen Gleichklang zwischen europäischem und österreichischem Kartellrecht zu erreichen.¹³⁷⁸ Aus diesem Grund sind die vom EuGH¹³⁷⁹ entwickelten Grundsätze sowie die in den Mitteilungen und Bekanntmachungen der Kommission¹³⁸⁰ entwickelten Grundsätze auch dann als Orientierung heranzuziehen, wenn das europäische Kartellrecht im Einzelfall nicht maßgeblich sein mag. Wenn zwischen europäischem und

1375 Pressemitteilung der Kommission vom 20.07.2006, MEMO/06/300, Hoffer, Kartellgesetz 24

1376 OLG Wien als KG 4.7.2008, 24 Kt 50/07 (wbl 2009/87)

1377 Nachweise bei Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht Rz 29

1378 Erläuterungen 2005, BIGNr 926 der XXII. GP, Allgemeiner Teil Punkt 1.3. sowie zu §1

1379 OGH 26.06.2006 16 Ok 51/05

1380 Bauer, Kartellverbot (ecolex 2005, 504)

österreichischem Kartellrecht Unterschiede bestehen, wird nachstehend ausdrücklich darauf hingewiesen.

Im Folgenden werden die für Syndikatspartner im Regelfall relevantesten Bestimmungen der Kartell- und Zusammenschlussvorschriften vorgestellt.

Nach Art 81 Abs. 1 EGV und § 1 Abs. 2 KartG sind jedenfalls die Absprachen hinsichtlich Festsetzung von An- und Verkaufspreisen oder sonstiger Geschäftsbedingungen, der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, der Märkte oder Versorgungsquellen, diskriminierende Bedingungen gegenüber Handelspartnern, wenn diese zu einer Benachteiligung führen, sowie die unsachliche Verpflichtung zur Abnahme zusätzlicher Leistungen vom Kartellverbot umfasst. Enthält eine Vereinbarung eine dieser Beschränkungen, ist eine weitere sogleich zu diskutierende Prüfung der Generalklauseln¹³⁸¹ nicht mehr notwendig, da diese Beschränkungen jedenfalls unter das Kartellverbot fallen.

Verboten sind nach den Generalklauseln des österreichischen und europäischen Kartellrechts Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse zwischen Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbes führen. Um in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots zu fallen, muss die Vereinbarung, der Beschluss oder die abgestimmte Verhaltensweise zusätzlich geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.¹³⁸²

Unproblematisch und daher im Folgenden nicht näher auszuführen, ist die begriffliche Unterscheidung zwischen den Termini „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“, „Beschlüsse zwischen Unternehmensvereinigungen“ und „abgestimmte Verhaltensweisen“, da diese Tatbestandsvoraussetzungen zum ersten gleichwertig sind und dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen und weil sie im Regelfall jedes koordinierte Zusammenwirken erfassen. Selbiges kann zur Unterscheidung der Begriffe „Verhinderung“, „Einschränkung“ oder „Verfälschung des Wettbewerbes“ angemerkt werden. Gemeinsam ist diesen Begehungsformen, dass sie eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, welche immer dann anzunehmen ist, wenn Unternehmen auf Grund der Behinderung, Verhaltensalternativen

¹³⁸¹ dazu sogleich

¹³⁸² zur Spürbarkeit im Europarecht siehe sogleich

genommen werden, die sie bei Nichtvorhandensein der Beschränkung hätten.¹³⁸³ Verboten ist „jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen“¹³⁸⁴

Die europarechtliche Relevanz ergibt sich, wenn die Wettbewerbsbeschränkung zusätzlich geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (Art 81 EGV). Unter „Handel“ sind alle grenzüberschreitenden Tätigkeiten, einschließlich die Errichtung oder der Betrieb einer Niederlassung zu verstehen.¹³⁸⁵ Die Beeinträchtigung des Handels findet dann „zwischen den Mitgliedsstaaten“ statt, wenn zumindest ein Teil eines Mitgliedsstaates betroffen ist und die Beeinträchtigung auch „spürbar“ ist.¹³⁸⁶ „Spürbarkeit“ ist europarechtlich nicht definiert. Sie muss im Einzelfall ermittelt werden. Es ist auf die Art der Vereinbarung / Verhaltensweise, die Art der erfassten Waren und die Marktstellung der beteiligten Unternehmen abzustellen.¹³⁸⁷ Das Erreichen bestimmter Marktanteile ist definitiv kein Kriterium, um eine Spürbarkeit feststellen zu können.¹³⁸⁸ In der relevanten Bekanntmachung der Kommission findet sich nur der Hinweis, dass die Kommission dann nicht von „Spürbarkeit“ ausgeht – was die Spürbarkeit aber auch nicht per se ausschließt – wenn kumulativ, der gemeinsame Marktanteil auf keinem relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5 % überschreitet und der Jahresumsatz der Parteien innerhalb der Gemeinschaft nicht den Wert von € 40 Mio. überschreitet.¹³⁸⁹ Abweichende bzw. strengere Beurteilungen im Einzelfall sind aber möglich.¹³⁹⁰

Eine weitere negative Konkretisierung des Spürbarkeitsbegriffs auf europäischer Ebene hat die Kommission mit der „De minimis – Bekanntmachung“ vorgenommen.¹³⁹¹ Demnach sind Vereinbarungen dann nicht geeignet, das Spürbarkeitsmerkmal zu erfüllen, wenn der von den

1383 OGH als KOG 15.12.1998, 16 Ok 15/98; ähnlich: u.a. Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07) Rz 23, wonach bereits auch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einer zumindest potentiellen, mittelbaren Beeinflussung ausgegangen werden kann

1384 Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht Rz 47

1385 Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07) Rz 19

1386 Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07) Rz 22

1387 Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07) Rz 45

1388 Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07) Rz 48

1389 Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07) Rz 52

1390 Mestmäcker, Schweitzer §10, Rz 86

1391 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) (2001/C368/07)

beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem relevanten Markt 10 % überschreitet, sofern es sich um Mitbewerber handelt oder 15 % nicht überschreitet, sofern es sich um Vereinbarungen zwischen Nichtmitbewerbern handelt.¹³⁹² Kann nicht eindeutig bestimmt werden, ob zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverhältnis besteht, ist die 10 % Grenze anzunehmen.¹³⁹³ Sind die Vertragsparteien so miteinander verflochten, dass mehrere zwischen ihnen bestehende Vereinbarungen bzw. Verhaltensweisen den Wettbewerb beschränken, gilt für jede Vereinbarung eine Schwelle von 5 %.¹³⁹⁴ Europarechtlich eindeutig ist, dass ein nachträgliches Überschreiten dieser Schwellen nur dann beachtlich sein soll, wenn sie in zwei aufeinander folgenden Kalenderjahren um mehr als 2 % überschritten werden. Die De – minimis Bekanntmachung kommt dann für Parteien – wenn sie Mitbewerber sind - nicht in Betracht, wenn bestimmte „Hard – core Beschränkungen“, wie Preisfestsetzungen, Produktions- und Absatzbeschränkungen und Marktaufteilungen – wozu auch sog. Abschottungen¹³⁹⁵ zu zählen sind - enthalten,¹³⁹⁶ die auch nach ständiger Judikatur die härtesten Geldbußen nach sich ziehen.¹³⁹⁷ Sind die Parteien Nichtmitbewerber, schließen Beschränkungen des Käufers den Verkaufspreis autonom festzusetzen, Gebiets – und Kundenbeschränkungen, Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs für Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems, welche Einzelhändler sind, Beschränkungen von Querlieferungen in einem selektiven Vertriebssystem zwischen unterschiedlichen Handelsstufen und Beschränkungen zwischen Lieferanten und Käufer von Bestandteilen hinsichtlich eines Weiterverkaufs dieser Bestandteile die Anwendbarkeit der De – Minimis Bekanntmachung aus.¹³⁹⁸ Aus der Judikatur des EuGH, welcher die Zwischenstaatlichkeitsklausel sehr weit auslegt, ergibt sich, dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel als wirkliche Schranke zunehmend an Bedeutung verliert, da

1392 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) (2001/C 368/07) Rz 7a) und 7b

1393 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (2001/C 368/07) (de minimis) Rz 7

1394 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (2001/C 368/07) (de minimis) Rz 8

1395 Famlar, Markenlizenzvertrag, S 7ff

1396 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (2001/C 368/07) (de minimis) Rz 11

1397 Immenga, Mestmäcker, Art 81 Abs 1 EGV, Rz 357

1398 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) (2001/C 368/07) Rz 11

der EuGH bereits vor längerer Zeit dazu übergegangen ist, sehr rasch eine Spürbarkeit einzunehmen.¹³⁹⁹

4.1.1.2. Ausnahmetatbestände des österreichischen und europäischen Kartellrechts

Werden die Tatbestandsvoraussetzungen zum Kartellverbot bejaht, ist in einem nächsten Schritt zu untersuchen, ob nicht Umstände vorliegen, welche die Anwendung des Kartellverbotes ausschließen.

Dabei ist zunächst ein detaillierter Blick auf das sog. Konzernprivileg zu werfen, da dieses gerade im Bereich der Syndikatsverträge von immanenter Bedeutung ist. Der EuGH hat im sog. „Viho – Fall“¹⁴⁰⁰ einige bedeutende Kriterien aufgezählt, die als Leitlinie für ähnlich gelagerte Fälle dienen können. Demnach fallen Wettbewerbsbeschränkungen dann nicht unter Art 81 EGV (gegebenenfalls aber sehr wohl unter Art 82 EGV), wenn „die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann“ und „die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden“. Hintergrund dieser Entscheidung, die der EuGH im gegenständlichen Urteil selbst anführt, ist die Tatsache, dass in diesem Fall (erlaubterweise) kein Wettbewerb zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft stattfinden kann. Aus Sicht desjenigen, der die Beherrschungsmöglichkeit der Muttergesellschaft über die Beteiligungsquote lösen möchte, stellt sich in einem nächsten Schritt natürlich die Frage, ab welcher Beteiligungshöhe von einem Konzern in kartellrechtlicher Sicht gesprochen werden kann. Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH zu dieser Frage noch nicht eindeutig geäußert. Anders der OGH als Kartellobergericht.¹⁴⁰¹ Der OGH hat in der Entscheidung 16 Ok 20/02 erkannt, dass eine konzernrechtlich relevante Beteiligung für das Kartellrecht vorliegt, wenn eine 75 % Beteiligungsquote überstiegen wird. Nach Judikatur des EuGH reicht eine Beteiligung von 25 % nicht aus, sofern keine sonstigen Kontroll- und Einflussrechte gegeben sind.¹⁴⁰² Somit lässt sich festhalten, dass das Abstellen auf eine fixe Beteiligungsquote nicht zielführend ist, da beide Höchstgerichte betonen, dass dann von einem kartellrechtlich relevanten Konzern gesprochen werden kann, wenn die Beteiligung gegenüber der Mutter

1399 Rehbindner, in: Immenga, Mestmäcker, Art. 81, Rz. 9 und 14

1400 EuGH 24.10.1996, Viho, C – 73/95

1401 OGH als KOG 10.03.2003, 16 Ok 20/02 (ecolex 2003,919)

1402 EuGH 6.4.1994, Baustahlgewerbe, Rs –T 145/89; ähnlich aber ohne Angabe einer fixen Beteiligungsquote: OGH als KOG 10.03.2003, 16 Ok 20/02 (ecolex 2003,919)

nicht fähig ist, „die wesentlichen Markt- und Wettbewerbsstrategien“ zu bestimmen.¹⁴⁰³ Somit bleibt festzuhalten, dass bei Syndikaten, wo kein Syndikatsmitglied bzw. verschiedene zu ein und dem selben Konzern gehörige Syndikatsmitglieder mehr als 75 % halten, nicht unter das Konzernprivileg fallen, wenn sie nicht über sonstige Einflussmöglichkeiten erfolgen. Solche Einflussmöglichkeiten, wären m.A.n. wohl u.a. bei der GmbH – und nur bei der GmbH – das Recht Geschäftsführer zu bestellen, wenn der Syndikatspartner als Gesellschafter der kontrollierten Gesellschaft regelmäßig ein allein ausübbares Weisungsrecht besitzt. Ein ähnliches Einflussrecht stellt wohl auch ein Vetorecht dar, wenn damit etwa Satzungsänderungen verhindert werden können. M.E. kann es zur Privilegierung aller Syndikatspartner ausreichen, dass nur einem oder mehreren Parteien des Syndikats relevante Einflussmöglichkeiten zustehen. In einem solchen Fall ist die kontrollierte Gesellschaft kartellrechtlich eben nur jenen Syndikatspartnern konzernmäßig zuzurechnen, denen diese Einflussmöglichkeiten zukommen. Auf jene Syndikatsparteien, die keinen kartellrechtlich maßgeblichen Einfluss haben, kann das Konzernprivileg nicht angewandt werden.

Nächste "teleologische Reduktion" des Kartellverbots sind die sog. „ancillary restraints“. Darunter sind Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen, die notwendig sind, um den rechtmäßigen Zweck einer Vereinbarung erst zu ermöglichen,¹⁴⁰⁴ wobei die Kartellrechtswidrigkeit nur dann entfällt, wenn die beschränkende Klausel objektiv notwendig und die Beschränkung verhältnismäßig ist.¹⁴⁰⁵ Von einer Nebenabrede kann nur dann gesprochen werden, wenn sie für die Durchführung des Vertrages von untergeordneter Bedeutung, aber doch mit diesem untrennbar verbunden ist.¹⁴⁰⁶

Keine teleologische Reduktion im eigentlichen Sinn sind die Fälle des marktkonformen bzw. marktbedingten Parallelverhaltens, da es sich hierbei Sachverhalte handelt, wo Unternehmen wirtschaftlich ähnlich bzw. gleich auf bestimmte Marktgegebenheiten reagieren, ohne dass zwischen den Unternehmen eine Koordination stattgefunden hat. Zu nennen wäre beispielsweise ein gemeinsames und gleichmäßiges Senken der Preise als Reaktion auf

¹⁴⁰³ OGH als KOG 10.03.2003, 16 Ok 20/02 (ecolex 2003,919), EuGH 16.11.200, Stora Kopparbergs Bergslags / Kommission, Rs C – 286/98 P

¹⁴⁰⁴ Hoffer, Kartellgesetz 33

¹⁴⁰⁵ EuG 18.09.2001, Metropole Television / Kommission, RS T – 112/99 Rz 106, siehe auch: Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EGV (2004/C 101/08) Rz 29ff

¹⁴⁰⁶ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EGV (2004/C 101/08) Rz 29

abnehmende Nachfrage. Marktkonformes Parallelverhalten aller bzw. vieler Marktteilnehmer wird eher dann anzunehmen sein, wenn wenige bzw. ein überschaubarer Kreis von Unternehmen am entsprechenden Markt vertreten sind. Die Bedeutung des marktkonformen Parallelverhaltens für Syndikate ist wohl zu vernachlässigen. Wenn man unterstellt – was wohl zweifelsfrei ist – dass Zweck von Syndikaten die Koordination des gemeinsamen wirtschaftlichen und rechtlichen Vorgehens am Markt ist, wird eine Argumentation gegenüber den zuständigen Behörden, das Parallelverhalten beruhe nicht auf Koordination, sondern sei marktbedingt, wohl erfolglos bleiben (müssen).

Aber nicht nur aus der Teleologie des Kartellrechts, sondern auch aus dem „gesetzten“ österreichischen und europäischen Kartellrecht ergeben sich Ausnahmen von der Anwendung des Kartellrechts. Praktisch bedeutsam ist das Faktum, dass sowohl auf europäischer als auch auf österreichischer Ebene die Unternehmer verpflichtet sind, selbst zu beurteilen, ob eine Legalausnahme bzw. ein Verstoß gegen geltendes Wettbewerbsrecht vorliegt, was angesichts der möglichen Sanktionen natürlich mit einem enormen wirtschaftlichen und gegebenenfalls existenzbedrohenden Risiko verbunden sein kann.¹⁴⁰⁷

Zu den Legalausnahmen vom Kartellrecht zählen insbesondere die sogenannten Bagatellkartelle. Gemäß §2 Abs. 2 KartG unterliegt eine Wettbewerbsbeschränkung dann nicht dem österreichischen Kartellrecht, wenn es sich um Kartelle handelt, an denen Unternehmen beteiligt sind, die gemeinsam am gesamten inländischen Markt einen Anteil von maximal 5 % und an einem allfälligen Teilmarkt maximal 25 % haben. Gerade bei dieser Bestimmung zeigt sich deutlich, wie wichtig die Definition des Marktes, der sich in einen räumlich und sachlich relevanten Markt gliedert, ist. Sachlich relevant ist ein Markt dann, wenn auf diesem sämtliche Erzeugnisse und / oder Dienstleistungen von den Verbrauchern hinsichtlich Eigenschaften, Preise und Verwendungszweck als austauschbar angesehen werden.¹⁴⁰⁸ Zur Analyse wird häufig auf betriebswirtschaftliche Instrumentarien wie die Preiselastizität und die Kreuzpreiselastizität zurückgegriffen.¹⁴⁰⁹ Im Vordergrund stehen aber primär charakterliche Eigenschaften des Produktes, während dem Preis per se keine alleinige bzw. vordergründige Bedeutung eingeräumt wird.¹⁴¹⁰ Räumlich relevant ist der sachlich

1407 Dieses Risiko kann insofern „abgefedert“ werden, als die (anspruchslose) Möglichkeit besteht, die Kommission bzw. den Bkarta um unverbindliche Rechtsauskunft zu bitten – vgl. Hoffer, Kartellgesetz 57 FN 6 und 7

1408 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03) Rz 7

1409 Hoffer, Kartellgesetz 83ff.

1410 Nachweise bei Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht Art 82 Rz 8]

relevante Markt in dem Gebiet, „in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“¹⁴¹¹ In der Literatur und Judikatur wird die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auch nach faktischen Schranken wie Kosten der Belieferung oder der Transportfähigkeit von Waren vorgenommen.¹⁴¹² Diese Erläuterungen bzw. Begriffsdefinitionen, die in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03) noch präzisiert werden, übernimmt auch die österreichische Rechtsprechung.¹⁴¹³ Das österreichische KartG enthält keine Regelung, ob bei einem (nachträglichen) Überschreiten der Bagatellschwellen das österreichische Kartellverbot wieder auflebt oder nicht. M.E. ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen der De – Minimis Bekanntmachung anzuwenden sind.¹⁴¹⁴ Dies ergibt sich schon daraus, dass nationales Recht allgemein „gemeinschaftskonform“ auszulegen ist.¹⁴¹⁵

Weitere Legalausnahmen vom Kartellverbot sind die in Art 81 Abs. 3 EGV sowie in § 2 Abs. 1 KartG normierten Tatbestände. Auch diese Tatbestände sind inhaltlich ident. Gemäß dieser Bestimmungen ist das Kartellverbot dann nicht anzuwenden, wenn die Vereinbarungen / Verhaltensweisen kumulativ,¹⁴¹⁶ einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligen, die Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung der genannten Ziele unerlässlich ist und die Vereinbarung / Verhaltensweise nicht die Möglichkeit eröffnet, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Waren auszuschalten. Grundvoraussetzung ist weiters, dass die negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen die positiven Folgen nicht überschreiten.¹⁴¹⁷ Für den Rechtsanwender ist zu beachten, dass die Aufzählung der Rechtfertigungsgründe taxativ ist

1411 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03) Rz 8

1412 Immenga in Immenga, Mestmäcker, GWB § 5 c Rz. 63

1413 OGH als KOG 15.10.2002, 4 Ob 201 /02 s zum räumlich relevanten Markt und OGH als KOG 14.6.1993, Okt 3/93 und zuletzt 25.03.2009, 16 Ok 1/09 zum sachlich relevanten Markt

1414 zur selben Problematik auf europarechtlicher Ebene – siehe sogleich

1415 exemplarisch: Öhlinger, Verfassungsrecht 93 Rz 146

1416 EuG Matra Hachette, Slg. 1994, II-595/631 ff. Rn. 104 ff., Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 34 sowie OGH als KOG 26.5.2006, 16 Ok 51/05

1417 Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 33

und somit eine Berufung auf andere positive Auswirkungen nicht in Betracht kommt.¹⁴¹⁸ Fällt eine der Voraussetzungen des Art 81 Abs. 3 EGV bzw. des §2 Abs. 1 KartG (nachträglich) weg, ist auch eine Rechtfertigung des wettbewerbsbeschränkenden Sachverhaltes nicht mehr möglich,¹⁴¹⁹ weshalb in der Praxis eine periodische Prüfung, ob die Rechtfertigung auch weiterhin vorliegt, dringend anzuraten ist. Im Unterschied zu den Bagatellkartellen bzw. zur De – Minimis Bekanntmachung können Wettbewerbsbeschränkungen auch dann gerechtfertigt werden, wenn sie sogenannte Hard – core Beschränkungen enthalten, wobei es die Kommission und die europäischen Gerichte aber für unwahrscheinlich halten, dass bei Hard – core Beschränkungen die Voraussetzungen des Art 81 Abs. 3 EGV und somit auch jene des §2 Abs. 1 KartG vorliegen können.¹⁴²⁰ Diese Prämisse der Kommission und der Gerichte bedeutet de – facto eine Beweislastumkehr.

Eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts ist dann anzunehmen, wenn vom Erreichen objektiver Vorteile durch die Vereinbarung auszugehen ist, wobei offensichtlich die Perspektive der (potentiellen) Profiteure (Abnehmer, Verbraucher) und nicht jene der Parteien ausschlaggebend ist.¹⁴²¹ Eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn erfolgt dann, wenn für den Abnehmer der Waren bzw. Dienstleistungen, der nicht notwendig der Endabnehmer sein muss, die Vorteile, die sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergeben, die Nachteile überwiegen, wobei positive Auswirkungen auf lediglich einzelne Verbraucher außer Betracht zu bleiben haben.¹⁴²² Die Wettbewerbsbeschränkung ist zur Erreichung der genannten Ziele dann unerlässlich, wenn gleichsam keine andere Alternative als die beschränkende Vereinbarung existiert, um die Vorteile auch tatsächlich zu realisieren.¹⁴²³ Um die vierte Voraussetzung, die für die Anwendbarkeit des Art 81 EGV bzw. §2 KartG notwendig ist, nämlich die Nichtausschaltung des Wettbewerbs zu erfüllen, muss es

1418 Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 42

1419 ähnlich: Bauer, Legalausnahme nach §2 Abs. 1 KartG 2005, ecolex 2005, 508; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 44

1420 exemplarisch: EuG Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid and others v Commission of the European Communities, t – 29/92, Slg. 1995, S II - 289

1421 EuGH, Rs. 56/64 und 58/64 v. 13.7.1966 - Grundig/Consten

1422 Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 83ff

1423 Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 74

dem Markt und somit den Mitbewerber offen bleiben, autonom und wirtschaftlich vernünftig auf die Vereinbarung reagieren und Anreize des Marktes wahrnehmen zu können.¹⁴²⁴

Erfüllt ein Syndikatsvertrag die Tatbestandsvoraussetzungen der Kartellverbote des Art 81 EGV oder / und jene des §1 KartG und greift keine der soeben dargestellten Ausnahmen, ist die maßgebliche Vereinbarung kartellrechtswidrig. Kartellrechtswidrige Vereinbarungen unterliegen sowohl nach österreichischen als auch nach europäischem Kartellrecht der Nichtigkeitssanktion.¹⁴²⁵ Nach österreichischen „Standards“ sind demnach kartellrechtswidrige Vereinbarungen absolut nichtig und wirkt diese Nichtigkeit ex tunc.¹⁴²⁶ Ob lediglich die einzelnen kartellrechtswidrigen Absprachen oder die gesamte Vereinbarung nichtig sind, ist nach den Grundsätzen zur Teil – und Gesamtnichtigkeit zu lösen.¹⁴²⁷ Überdies kommen für die abschließenden Geldbußen in Betracht, sofern der Abschluss der Vereinbarung zumindest auf Fahrlässigkeit beruht.¹⁴²⁸ Die Geldbuße kann für jedes beteiligte Unternehmen bzw. jede beteiligte Unternehmensvereinigung maximal 10 % des im vergangenen Jahr erwirtschafteten Jahresumsatzes betragen.¹⁴²⁹ Unangenehm können weiters die drohenden Schadenersatzansprüche geschädigter Mitbewerber oder Kunden sein.¹⁴³⁰

4.1.2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Ziel dieser Betrachtung ist nicht die einzelnen Missbrauchstatbestände des österreichischen und europäischen Rechts zu analysieren, da diese nicht spezifisch auf Syndikatsverträge beschränkt sind, sondern vielmehr zu untersuchen, ob und wenn ja unter welchen Umständen die Syndizierung von Aktien bzw. Gesellschaftsanteilen eine marktbeherrschende Stellung begründen kann. Die Missbrauchstatbestände ergeben sich problemlos aus dem Gesetz. Die Begründung bzw. Aufrechterhaltung einer marktbeherrschenden Stellung allein ist nicht verboten. Vielmehr muss das Missbrauchselement hinzutreten. Auf den ersten Blick mag vielleicht der Eindruck entstehen, dass lediglich anbietende Unternehmen marktbeherrschend

1424 Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 abs. 3 EG - Vertrag (2004/ C 101/08) Rz 109

1425 Der EuGH überlässt die Reichweite der Nichtigkeit des Art 81 dem nationalen Recht: EuGH 14.12.1983, Societe de vente de Ciments, Rs C – 319/82, Rz 11ff

1426 OGH als KOG 25.10.2000, 3 Ob 269/99x

1427 Eilmannsberger, Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen, JBl 2009, 337

1428 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1 Rz 4

1429 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1 Rz 32

1430 Stockenhuber, Wittmann „Private enforcement“, wobl, 2007, 330

sein können. Dennoch ist es durchaus denkbar, dass auch nachfragende Unternehmen auf Grund ihrer überragenden Marktstellung ihre Marktstellung missbrauchen.¹⁴³¹ Überdies darf gerade für Syndikate nicht vergessen werden, dass auch mehrere Unternehmen gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung begründen können, wovon gerade dann auszugehen ist, wenn zwischen diesen Unternehmen kein tatsächlicher Wettbewerb stattfindet.¹⁴³²

§ 4 KartG enthält 3 Varianten der Marktbeherrschung. Marktbeherrschung liegt demnach erstens vor, wenn ein Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager lediglich einem unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (dies gilt natürlich auch dann, wenn das betreffende Unternehmen keinem Wettbewerb ausgesetzt ist) oder im Verhältnis zu anderen Mitbewerbern eine überragende Marktstellung hat, was letztendlich bedeutet, dass die andere Seite vom marktbeherrschenden Unternehmen abhängig ist.¹⁴³³ Dabei ist laut demonstrativer gesetzlicher Anordnung insbesondere die Beziehung zu anderen Unternehmen zu beachten. Zweitens vermutet § 4 KartG widerleglich, wann eine Marktbeherrschung als Anbieter oder Nachfrager vorliegt, nämlich bei einem Anteil am inländischen oder anderen örtlich relevanten Markt von mindestens 30 % oder bei einem Anteil von mehr 5 %, wenn sich lediglich zwei Unternehmen im Wettbewerb befinden oder bei einem Anteil von mehr 5 %, wenn es zu den vier größten Unternehmen gehört, die zusammen 80 % Marktanteil haben. Im Verhältnis zu Abnehmern oder Lieferanten liegt eine Marktbeherrschung dann vor, wenn ein Abbruch der Geschäftsbeziehungen für die Abnehmer oder Lieferanten betriebswirtschaftlich schwerwiegende Nachteile bedeuten würde. Zur Eingrenzung des sachlichen und räumlich relevanten Marktes wird auf das soeben Gesagte verwiesen.

Das europäische Kartellrecht enthält anders als das österreichische Recht weder eine Legaldefinition, wann eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch Vermutungstatbestände ab welchen Marktanteilsschwellen von einer Marktbeherrschung auszugehen ist. Die Antworten auf diese Fragen können nur durch Analyse der Rechtsprechung des EuGH gewonnen werden. Marktbeherrschung ist demzufolge dann anzunehmen, wenn es einem Unternehmen oder einer Unternehmensvereinigung möglich ist, einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch eine Unabhängigkeit gegenüber Mitbewerbern, Abnehmern und Verbrauchern zu verhindern.¹⁴³⁴ Der EuGH stellt

1431 v.d. Groeben, Schwarze Art 82 Rz 74f

1432 Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht Art 82 Rz 25

1433 Möschel in Immenga, Mestmäcker Art 82 Rz 63

1434 EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, United Brands, Slg 1978, 207, Rn 65, vgl. auch: OGH 30.06.1998, 4Ob165/98p sowie OGH 27.02.2006, 16 Ok 46/05; dazu siehe auch bereits oben

lediglich Vermutungen auf, ab welchen Marktanteilen von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen wird, doch betont er auch, dass die bloße Analyse von Marktanteilen nicht ausreichend ist, da auch Kriterien wie potenzieller Wettbewerb, Verhandlungsstärke der Marktgegenseite und das Bestehen und die Höhe von Marktzutrittsschranken zu untersuchen sind.¹⁴³⁵ Bei einem Marktanteil von über 50 % nimmt der EuGH eine marktbeherrschende Stellung an,¹⁴³⁶ eine Stellung über 40 % gilt als Hinweis auf eine marktbeherrschende Stellung,¹⁴³⁷ während ein Marktanteil über 25 % nach Ansicht der Kommission nur in Ausnahmesituationen eine solche Stellung begründen kann.¹⁴³⁸ Ein Marktanteil unter 25 % führt hingegen nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁴³⁹ Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass Art 82 EGV nur anwendbar ist, wenn das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllt ist.¹⁴⁴⁰

4.1.3. Zusammenschlüsse nach europäischem und österreichischem Recht

Art 21 Abs. 3 der FKVO ¹⁴⁴¹ gibt für den Rechtsanwender den ersten Schritt zur Prüfung von Zusammenschlüssen vor, da die Bestimmung die Anwendbarkeit der innerstaatlichen Fusionskontrollen auf europarechtlich relevante Zusammenschlüsse ausschließt, weshalb in einem ersten Schritt die Anwendbarkeit der FKVO zu prüfen ist. Ein Syndikatsvertrag als Zusammenschluss unterliegt dann dem Regime der FKVO, wenn dieser einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung begründet. Gemäß Art 3 FKVO liegt ein Zusammenschluss dann vor, wenn zumindest zwei bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder zumindest ein Unternehmen (oder zumindest eine Person, die bereits ein Unternehmen kontrolliert) durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über zumindest eines Teiles eines Unternehmens erwirbt. Weitere – von Verträgen abgesehen – Kontrolltatbestände sind die (Einräumung bzw. der Erwerb von) Rechten. Dabei ist aber zu beachten, dass diese Mittel gemäß §3 Abs: 2

1435 Nachweise bei: Bapuly, Anwendung der Europäischen Wettbewerbsregeln 34, gefunden auf: <http://www.eif.oeaw.ac.at/competition/de/guidelines/Leitfaden.pdf>

1436 exemplarisch: EuGH 3.7.1991, C – 62/86, AKZO, Slg 91, I - 3359

1437 exemplarisch: Bapuly, Anwendung der Europäischen Wettbewerbsregeln 34, gefunden auf: <http://www.eif.oeaw.ac.at/competition/de/guidelines/Leitfaden.pdf>

1438 KomE 14.7.1999, 2000/74 EG, Virgin / British Airways, Abl 200, L 30, 1, Rn 88 sowie 94 ff

1439 Nachweise bei: Bapuly, Anwendung der Europäischen Wettbewerbsregeln 34, gefunden auf: <http://www.eif.oeaw.ac.at/competition/de/guidelines/Leitfaden.pdf>

1440 dazu siehe schon oben unter 4.1.1.1.

1441 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Jänner 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG – Fusionskontrollverordnung“)

FKVO „einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch a) Eigentums — oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens; b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.“

Der Kontrollerwerb erfolgt also auf Grund des Erwerbs eines bestimmenden Einflusses. Bestimmender Einfluss liegt dann vor, wenn wesentliche Punkte der Geschäftsführung entschieden werden können.¹⁴⁴² A Allerdings kann ein Syndikat auch schon deshalb einen bestimmenden Einfluss erlangen, weil die Rechtsperson der kontrollierenden Einheit unbeachtlich ist und somit eine GesbR wohl vom Unternehmensbegriff umfasst ist.¹⁴⁴³ Bestimmend ist der Einfluss insbesondere dann¹⁴⁴⁴, wenn eine faktische HV / Generalversammlungsmehrheit erreicht ist, Einflüsse auf Beratung, Zusammensetzung oder Beschlüsse möglich sind, Veto oder auch Nutzungsrechte oder aber auch bloße wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben sind. Allerdings kann ein Syndikat auch schon deshalb einen bestimmenden Einfluss erlangen, weil die Rechtsperson der kontrollierenden Einheit unbeachtlich ist und somit eine GesbR wohl vom Unternehmensbegriff umfasst ist.¹⁴⁴⁵

Die ausdrückliche Anordnung der FKVO (Art 3 Abs. 4), wonach dies auf Gemeinschaftsunternehmen jedenfalls zutrifft, stellt klar, dass somit die Syndizierung von Gesellschaftsanteilen / Aktien wohl immer einen Zusammenschluss darstellt.

Gemeinschaftsunternehmen ist ein von mehreren Personen oder Unternehmen gemeinsam kontrolliertes Unternehmen (Art 3 Abs. 3 FKVO). Um in die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle zu fallen, muss das Gemeinschaftsunternehmen „alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit“ erfüllen, was auf eine durch Syndikat kontrollierte Gesellschaft, die am Markt auftritt wohl regelmäßig zutrifft.¹⁴⁴⁶

1442 Gugerbauer, Österreichisches und EG – Kartellrecht, gefunden auf: http://www.kartellrecht.at/oe_und_eu-kartellrecht.html#13

1443 EuGH Slg. 1994 I – 43, 62 (Eurocontrol)

1444 Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht [Art 3 FKVO Rz 12ff

1445 EuGH Slg. 1994 I – 43, 62 (Eurocontrol)

1446 Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht Art 3 FKVO Rz 12ff

Um aber europarechtlich relevant zu sein, muss der Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung sein. Dies ist dann der Fall, wenn alle beteiligten Unternehmen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als € 5 Mrd. und zwei der beteiligten Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 250 Mio. erwirtschaften und die beteiligten Unternehmen nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in einem Mitgliedsstaat erzielen (Fall 1). Gemeinschaftsweite Bedeutung ist auch dann gegeben, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als € 2,5 Mrd. beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in zumindest 3 Mitgliedsstaaten jeweils € 100 Mio. übersteigt, in jedem dieser Mitgliedsstaaten der Gesamtumsatz von zumindest zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als € 25 Mio. beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils €100 Mio. übersteigt, wobei sie nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem Mitgliedsstaat erzielen dürfen (Fall 2). Zur Marktabgrenzung und -definition gilt das oben Gesagte.

Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind bei der Kommission anzumelden (Art 4 FKVO). Nach Anmeldung des Zusammenschlusses kann diesen folgendes „Schicksal ereilen“. Die Kommission kann einerseits feststellen, dass der Zusammenschluss keinen „Anlass zu ernsthaften Bedenken“, was die Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt betrifft, begründet. (Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO) In diesem Fall kann der Zusammenschluss durchgeführt werden. Äußert die Kommission aber Bedenken zur Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem gemeinsamen Markt, kann sie ein Prüfungsverfahren einleiten. In dieser zweiten Phase kann sie den Zusammenschluss entweder für vereinbar erklären, den beteiligten Unternehmen Auflagen oder Bedingungen erteilen oder den Zusammenschluss untersagen (Art 8 FKVO).

Bei Verstoß gegen die Anmeldepflicht ist in Art 14 FKVO eine Geldbuße von 10 % des vorjährigen Gesamtumsatzes vorgesehen.

Die Fusionskontrolle im österreichischen KartG weist doch Unterschiede zum europäischen Verwandten auf. §7 KartG normiert die Zusammenschlusstatbestände abschließend.¹⁴⁴⁷ Demnach gelten als Zusammenschluss der zumindest teilweise Unternehmenserwerb durch einen Unternehmer (Abs. 1 Z 1), der Rechtserwerb durch einen Unternehmer durch

¹⁴⁴⁷ Hoffer, Kartellgesetz 123

Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge (Abs. 1 Z 2), der zumindest mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft durch einen anderen Unternehmer, wenn dadurch eine Beteiligungsquote von 25 % oder 50 % erreicht wird (Abs. 1 Z 3), das Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder Aufsichtsräte von zumindest zwei Gesellschaften (Abs. 1 Z 4), jede sonstige Verbindung auf Grund der ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen zumindest mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Abs. 1 Z 5) sowie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer die Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Abs. 2).

Auf Konzernsachverhalte (§§ 15 AktG, 115 GmbHG) ist das österreichische Zusammenschlussrecht und Kartellrecht ebenso wenig anwendbar wie das europäische.¹⁴⁴⁸ Unter welchen der genannten Zusammenschlusstatbestände, ein Syndikatsvertrag fällt, hängt von dessen konkreter Ausgestaltung ab, doch ist die konkrete Einordnung von untergeordneter Bedeutung, da die gesetzlichen Anknüpfungspunkte die selben Rechtsfolgen nach sich ziehen. Im Regelfall wird für Syndikate anzunehmen sein, dass Abs. 1 Z 1 (teilweiser Unternehmenserwerb), Abs. 1 Z 3 (teilweiser Anteilserwerb), Abs. 1 Z 5 (zumindest mittelbarer beherrschender Einfluss) und die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Abs. 2) von besonderer Relevanz sind. Während sich die soeben genannten ersten beiden Fälle unproblematisch aus dem Gesetz ergeben, bedürfen die letzten beiden Varianten (zumindest mittelbarer beherrschender Einfluss, Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens) einer näheren Erläuterung. Der Begriff des zumindest mittelbaren beherrschenden Einfluss entspricht nach dem Willen des österreichischen Gesetzgebers dem Begriff der „Kontrolle“ in der FKVO,¹⁴⁴⁹ weshalb zu dieser Vorschrift auch die Judikatur des EuGH heranzuziehen ist. Beherrschender Einfluss ist – in Anlehnung zum bereits zur FKVO Gesagten – anzunehmen, wenn das beherrschende Unternehmen strategische Entscheidungen und nicht bloß Teile von Entscheidungen des beherrschten Unternehmens zumindest blockieren kann.¹⁴⁵⁰ Bei einer Quote von 50 % ist nach der österreichischen Rechtsprechung – ohne besondere Vereinbarung– bereits von einer (gemeinsamen) Kontrolle auszugehen.¹⁴⁵¹ Enthält also ein Syndikatsvertrag die Verpflichtung, dass die Eigentümer der syndizierten Anteile strategische Entscheidungen in einem gewissen Sinn (nicht) zu treffen haben, wird nach dieser Rechtsprechung wohl ein

¹⁴⁴⁸ Sander, Konzernprivileg, OZK 2008, 20

¹⁴⁴⁹ Erläuterungen 1993, BlgNR 1096 der XVIII. GP, 20

¹⁴⁵⁰ OGH als KOG 4.4.2005, 16 Ok 4/05

¹⁴⁵¹ KG 30.10.2002, 25 Kt 456/01

relevanter Zusammenschluss vorliegen, sofern die durch Syndikat verbundenen Gesellschafter / Aktionäre zumindest 50 % der Anteile an der Gesellschaft innehaben. Richtigerweise werden Syndikatsverträge, die lediglich Minderheitenrechte garantieren bzw. die Ausübung solcher Minderheitenrechte festlegen, nicht unter den Begriff des beherrschenden Einflusses zu subsumieren sein, da Minderheitenrechte eben nur einen dem Minderheitenanteil entsprechenden Einfluss gewährleisten, aber keinen beherrschenden Einfluss. Anders werden m.M.n. solche Syndikatsverträge zu beurteilen sein, die einem oder mehreren Partnern gemeinsam die Möglichkeit geben, mittels Vetorechten strategische Entscheidungen zwar nicht durchzusetzen aber blockieren zu können.¹⁴⁵² Dies ergibt sich schon daraus, dass durch die Blockade die Entscheidung getroffen wird, einen beherrschenden Einfluss so geltend zu machen, dass eine strategische Entscheidung unterbleibt. Daher ist m.E. jedenfalls ein beherrschender Einfluss anzunehmen, wenn Rechte eingeräumt werden, die einem 25 % +1 Aktienbesitz bzw. einen 25,01 % Gesellschaftsanteil gleichkommen, da in diesen Fällen die Möglichkeit besteht, Änderungen der Verfassung der Gesellschaft (Gesellschaftsvertrag, Satzung) und somit des strategischen Grundsatzdokumentes zu verhindern.

§ 7 Abs. 2 KartG stellt klar, dass auch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, also von Unternehmen, die von zwei oder mehreren Unternehmen kontrolliert¹⁴⁵³ werden,¹⁴⁵⁴ als Zusammenschluss zu werten ist, sofern dieses Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen).¹⁴⁵⁵ Diese wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt insbesondere dann, wenn das betreffende Unternehmen nur den Belangen der Muttergesellschaft dient.¹⁴⁵⁶ Somit ist für Syndikate festzuhalten, dass sie dann als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gelten, wenn beherrschender Einfluss anzunehmen ist, die kontrollierte Gesellschaft aber trotzdem ein eigenes Marktauftreten hat, und die

1452 ähnlich: OGH als KOG 14.3.1995, Okt 10/94

1453 Zum Kontrollbegriff, der sich über den beherrschenden Einfluss definiert, siehe bereits oben

1454 Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01) Rz 3

1455 Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01) Rz 7

1456 Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01) Rz 13; weitere Merkmale in Rz 12

Kontrolle auch abgesichert ist und es nicht durch wechselndes Stimmverhalten dazu kommen kann, dass die Kontrolle bei manchen Agenden verloren gehen kann.¹⁴⁵⁷

Zusammenschlüsse bedürfen nur dann der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde, wenn die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss weltweit insgesamt mehr als € 300 Mio., im Inland insgesamt mehr als € 30 Mio. und mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils mehr als € 5 Mio. erwirtschaftet haben. Diese Anmeldepflicht gilt dann nicht, wenn im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss ein beteiligtes Unternehmen mehr als € 5 Mio. erzielt und die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als € 30 Mio. erwirtschaften. (§9 KartG). Nach der Anmeldung hat die Bundeswettbewerbsbehörde vier Wochen Zeit, einen Prüfungsantrag zu stellen (§11 KartG). Unter den Voraussetzungen des §12 KartG) kann der Zusammenschluss untersagt oder genehmigt werden. Ähnlich wie im Europarecht gilt auch für die beteiligten Unternehmen ein Durchführungsverbot (§17 KartG). Wird gegen dieses Durchführungsverbot verstoßen, droht wie bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot oder beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine Geldbuße in Höhe von 10 % des vorjährigen Gesamtumsatzes. Unrichtige oder irreführende Angaben bei der Anmeldung des Zusammenschlusses sind mit einer Geldbuße von 1 % des vorjährigen Gesamtumsatzes sanktioniert.

4.1.4. Das Verhältnis der Kartell- und Zusammenschlusstatbestände

4.1.4.1. Das Verhältnis der europäischen und innerstaatlichen Vorschriften zueinander

Sowohl Art 81 EGV als auch Art. 82 EGV sehen als Tatbestandskriterium die Beeinträchtigung des Zwischenstaatlichen Handels vor. Diese Tatbestandsvoraussetzung fehlt im österreichischen Kartellrecht, weshalb bei Fehlen der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nur §1 KartG bzw. § 5 KartG anwendbar sind.

¹⁴⁵⁷ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/02) Rz 30

Liegt eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor und ist der Sachverhalt auch nach österreichischem Kartellrecht relevant, sind sowohl Art 81 EGV bzw. Art 82 EGV als auch §1 KartG bzw. § 5 KartG maßgeblich.¹⁴⁵⁸ Diese parallele Anwendung ist aber aus Sicht des nationalen Kartellrechtes insofern eingeschränkt, als die nationalen Behörden ihr Verfahren solange zu unterbrechen haben, bis die Kommission das europäische Kartellverfahren mit einer Entscheidung beendet hat¹⁴⁵⁹ und das innerstaatliche Recht nur Wettbewerbsbeschränkungen verbieten darf und nicht die Ausnahmen des Art 81 Abs. 3 EGV missachten darf.¹⁴⁶⁰ Auf Grund der österreichischen Rechtslage (inhaltlicher Gleichklang zwischen Art. 81 EGV und §1 KartG) ergibt sich daher für Österreich, dass Art. 81 EGV und §1 KartG materiell nebeneinander anwendbar sind, die österreichischen Behörden aber das österreichische Verfahren bis zur Entscheidung der Kommission über das europäische Verfahren zu unterbrechen haben.

Treffen auf einen Sachverhalt die Bestimmungen des österreichischen und des europäischen Zusammenschlusses zu, also ist der Zusammenschluss auch von gemeinschaftsweiter Bedeutung, ist ausschließlich das europäische Recht anwendbar (one - stop – shop;¹⁴⁶¹ Art 21 Abs. 3 FKVO).

4.1.4.2. Das Verhältnis der europäischen Vorschriften untereinander

Die Abgrenzung zwischen Art 81 EGV und 82 EGV und auch zwischen §1 KartG und §5 KartG wird allgemein danach vorgenommen, ob die kartellrechtsrelevante Handlung koordiniert (§1, Art 81 EGV) oder von einem Unternehmen alleine (§5 KartG, Art 82 EGV) vorgenommen wird.¹⁴⁶² Daher schließen die Bestimmungen zu den Kartellverboten und jene über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus. Dieser Grundsatz kann m.E. auf Syndikate nicht übertragen werden. Dazu folgendes Beispiel: Mehrere Unternehmen schließen sich zu einem Syndikat (GesbR) zusammen und erlangen so als GesbR eine marktbeherrschende Stellung. Im Rahmen des Syndikats werden einerseits wettbewerbsbeschränkende Absprachen (§1 KartG, Art 81 EGV) getroffen und andererseits

1458 Verordnung (EG) Nr. 1/ 2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln Art 3 Abs. 2

1459 siehe nur: Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU – Mitgliedsstaaten bei der Anwendung der Art 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/04)

1460 Verordnung (EG) Nr. 1/ 2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln Art 3 Abs. 2

1461 Hauck, Rösch, Zusammenschlusskontrolle, ecolex 2005, 511

1462 Hoffer, Kartellgesetz, 74

Syndikatsbeschlüsse gefasst, die entweder gegenüber der kontrollierten Gesellschaft oder gegenüber deren Geschäftspartnern den Missbrauchstatbestand (Art 82 EGV, §5 KartG) erfüllen. In diesem Fall kommt sowohl der Verstoß gegen Art 81 EGV bzw. §1 KartG als auch der Verstoß gegen Art 82 EGV bzw. §5 KartG durch Koordination zustande, weshalb dieses Abgrenzungskriterium im konkreten Fall untauglich ist. M.E. ist in diesem Fall Art 81 EGV bzw. § 1 KartG gegenüber den Missbrauchstatbeständen vorrangig anzuwenden, da der Missbrauch erst durch die koordinierte Absprache möglich ist, wenn kein Syndikatspartner isoliert marktbeherrschende Stellung hat. Der Missbrauch ist in diesem Fall nur eine Ausprägung des allgemeinen Verbotes des Art 81 EGV bzw. §1 KartG. In dieselbe Kerbe schlägt auch *Eilmannsberger*, der ein Konkurrenzverhältnis auch mit der Begründung bejaht, dass ein Tatbestand etwa nach Art 81 Abs. 3 freigestellt, aber durchaus nach Art 82 sanktioniert werden kann.¹⁴⁶³

Gemäß ausdrücklicher Anordnung geht das Kartellverbot des Art 81 EGV den Bestimmungen der FKVO vor.¹⁴⁶⁴ Zum Verhältnis zwischen Art 82 und der FKVO wird auf das zu §KartG und §7 KartG Gesagte verwiesen.

4.1.4.3. Das Verhältnis der österreichischen Vorschriften zueinander

Das Verhältnis von §1 KartG zu §5 KartG wurde bereits diskutiert.¹⁴⁶⁵ Die Bestimmung über Kartelle (§1 KartG) genießt gegenüber Zusammenschlüssen (§7 KartG) Vorrang, da nach Ansicht des OGH ein Zusammenschluss wohl nur die Folge einer kartellrechtswidrigen Kooperation darstellt.¹⁴⁶⁶ Wird ein Zusammenschluss genehmigt, der eine marktbeherrschende Stellung begründet, sind sowohl die Bestimmungen des §5 KartG als auch die des §7 KartG nicht einschlägig, da die Frage der Rechtmäßigkeit des Zusammenschlusses nach §7 KartG von den zuständigen Behörden bereits entschieden wurde und die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach §5 nicht verboten ist. Wird die marktbeherrschende Stellung im Nachhinein missbraucht (§5 KartG), ist (nur) § 5 KartG anwendbar.¹⁴⁶⁷

¹⁴⁶³ Eilmannsberger, in MünchKomm Kartellrecht, Art 82 EG Rz 35

¹⁴⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Jänner 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG – Fusionskontrollverordnung“)

¹⁴⁶⁵ dazu siehe 4.1.4.2.

¹⁴⁶⁶ KG 12.3.1996, 26 Kt 99/96

¹⁴⁶⁷ Hoffer, Kartellgesetz, 125

4.2. Syndikatsvertrag und Übernahmerecht

4.2.1. Anwendung des Übernahmerechts und dessen allgemeine Grundsätze

Gemäß §2 ÜbG gilt das Übernahmerecht „für öffentliche Angebote zum Erwerb von Beteiligungspapieren, die von einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ausgegeben werden“ und an einer österreichischen Börse handelbar sind (zum internationalen Anwendungsbereich siehe die §§ 27b ff. ÜbG). Somit sind – unter außer Acht lassen der §§ 27b ff. ÜbG - die Verpflichtungen, welche das ÜbG für Syndikatspartner mit sich bringen kann nur dann relevant, wenn die syndizierten bzw. die zu syndizierenden Aktien an einer inländischen Börse notieren.

Da es im regelmäßigen Interesse der Syndikatspartner ist, sich selbst auszusuchen, welche Anzahl an Beteiligungspapieren sie halten, soll an dieser Stelle nur untersucht werden, unter welchen Bedingungen die Syndikatsparteien diese Entscheidungshoheit verlieren. Die Pflicht ein Übernahmeangebot zu legen, bedeutet, dass bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung die Verpflichtung besteht, ein Angebot für alle emittierten Beteiligungspapiere der kontrollierten Gesellschaft legen zu müssen.¹⁴⁶⁸ Das öffentliche Übernahmeangebot ist jenen Personen zu legen, die nicht Syndikatsparteien sind, also mit denen kein „acting in concert“ stattfindet.¹⁴⁶⁹

Das ÜbG sieht für Syndikate spezielle Anknüpfungspunkte vor, die nachstehend behandelt werden. Dabei ist aber eines zu beachten: Erreichen alle Syndikatsmitglieder gemeinsam (§23 Abs. 1 ÜbG) nicht 26 % aller Anteile an der Gesellschaft, ist das ÜbG für das Syndikat bzw. die Syndikatspartner keinesfalls relevant (§26 a ÜbG – Safe harbour – Regelung¹⁴⁷⁰), weshalb auch keine Einbindung der Übk – gleich in welcher Form – erforderlich ist.

§ 3 ÜbG legt für alle Übernahmeangebote geltende Grundsätze fest. Gerade für Syndikate von essentieller Bedeutung ist, dass alle Inhaber von Wertpapieren unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind (Z1) und dass sowohl Vorstand als auch AR der

¹⁴⁶⁸ Moser, Zuffer, Mindestangebotspreis, ecolex 2008, 1081

¹⁴⁶⁹ Gall, Acting in Concert, GesRZ 2008, 139

¹⁴⁷⁰ Huber, Alscher, Übernahmerechts – Änderungsgesetz, ecolex 2006, 574

Zielgesellschaft, die regelmäßig durch die Syndikatspartner nominiert oder entsandt werden, im Interesse aller Aktionäre, Arbeitnehmer und Gläubiger vorzugehen und das öffentliche Interesse zu beachten haben (Z3). Praktisch bedeutsam ist auch das strikte Gebot alles zu unterlassen, was zu Marktverzerrungen und Marktbeeinträchtigungen führen kann.

Ähnlich wie die Lösung kartellrechtlicher Fragestellungen folgt auch die Lösung, ob ein verpflichtendes Übernahmeangebot zu legen ist, einem durch die Systematik des ÜbG vorgegebenem Fallprüfungsschema. Die Reihenfolge der nachstehenden Erörterungen folgt diesem Fallprüfungsschema.

4.2.2. § 22 ÜbG als Vorfrage für die syndikatsvertraglich spezifischen Tatbestände des §22 a ÜbG

Aus §22 a ÜbG, welche die für Syndikatsverträge maßgebliche Bestimmung ist, folgt, dass Voraussetzung für die Verpflichtung ein Übernahmeangebot zu legen, das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung im Sinne des §22 ÜbG ist. § 22 ÜbG unterscheidet zwischen der unmittelbaren und mittelbaren kontrollierenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft. Zielgesellschaft ist dabei jene Gesellschaft, deren Anteile syndiziert sind (§1 Z 2 ÜbG). Bei einer kontrollierenden Beteiligung gibt es zwei Spielarten, nämlich die unmittelbar kontrollierende Beteiligung und die mittelbar kontrollierende Beteiligung. Eine unmittelbare kontrollierende Beteiligung liegt dann vor, wenn die Syndikatspartner insgesamt mehr als 30 % aller stimmberechtigten Aktien an der Zielgesellschaft halten (§22 Abs. 2 ÜbG). Eine mittelbare kontrollierende Beteiligung ist einerseits eine Beteiligung an einer Zielgesellschaft, über welche mittelbar mehr als 30 % aller stimmberechtigten Aktien gehalten werden. (§22 Abs. 3 Z 1). Im Fall des Abs. 3 Z 1 kann – wenn eine Gesellschaft zwischen der Zielgesellschaft und der tatsächlich kontrollierenden Gesellschaft zwischen geschaltet ist - bereits eine unmittelbare Beteiligung an der vermittelnden Beteiligung von rd. 9 % zur Angebotspflicht der mittelbar und der unmittelbar beteiligten AG ausreichen.¹⁴⁷¹ Ist die gesellschaftsrechtliche Struktur mehr als „zweistöckig“, sind alle Gesellschaften hinzuzuzählen, denen ein unmittelbarer Einfluss vermittelt wird, da der dahinter stehende Grundgedanke jener ist, dass sich eine Gesellschaft jene Stimmrechte anrechnen lassen muss, auf die sie wesentlichen Einfluss hat.¹⁴⁷² Andererseits sieht das Gesetz eine mittelbare kontrollierende Beteiligung auch dann als gegeben an, wenn durch bestehende Rechte über

1471 so auch: Huber, ÜbG §22 Rz 18

1472 Koppensteiner, Zurechnung, wbl 2005, 293

eine Gesellschaft – gleich welcher Rechtsform – beherrschender Einfluss auf die Zielgesellschaft, ausgeübt werden kann (§22 Abs. 2 Z 2 ÜbG). Analog zu den Ausführungen zum Kartellrecht,¹⁴⁷³ wird anzunehmen sein, dass eine bloße Einflussnahme im Sinne einer mittelbaren Mitsprache als Minderheitsgesellschafter / -aktionär, der unter 25 % + 1 Aktie bzw. 25,01 % hält, im Regelfall nicht ausreichend sein wird. M.E. reicht für die Annahme eines beherrschenden Einflusses bereits die Möglichkeit aus, strategisch wichtige Entscheidungen (Satzung-/ Gesellschaftsänderungen) maßgeblich durch aktives Tun oder durch Blockade mitbestimmen zu können. Dabei ist nicht starr auf die Beteiligungshöhe zu schauen, sondern primär im Auge zu behalten, welche (Veto-)Rechte dem einzelnen Gesellschafter / Aktionär im Hinblick auf die betriebswirtschaftlich und strategisch wichtigen Fragen (Investitionen, Budget, Nominierungsrechte) zustehen. Ist etwa ein 5 % Aktionär berechtigt einen AR zu entsenden und werden ihm bzw. auch anderen Aktionären gleichzeitig in der Syndikatsversammlung Zustimmungskompetenzen eingeräumt, die sich etwa auf die Marktausrichtung oder die Geschäftspolitik beziehen, kann m.E. ein beherrschender Einfluss nicht abgesprochen werden. Beherrschender Einfluss einer Person ist m.M.n. somit dann gegeben, wenn die (Nicht-) Durchführung von wichtigen Entscheidungen von seinem freien Willen abhängt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Syndikatsparteien gemeinsam zumindest 26 % der Stimmen halten (§26 a ÜbG)

4.2.3. Die Tatbestände des §22 a ÜbG

Aus der Systematik der § 22 ÜbG und § 22 a ÜbG ergibt sich m.E. eindeutig, dass § 22a ÜbG lex specialis gegenüber §22 ÜbG ist (§22 ÜbG: „Die Angebotspflicht nach §22 Abs. 1 ergibt sich auch....“). Somit ist §22 a ÜbG erst dann zu prüfen, wenn eine unmittelbar oder mittelbar kontrollierende Beteiligung i.S.d. §22 ÜbG bejaht worden ist.

Für Anwendung des §22 a ÜbG ist weiters das gemeinsame Vorgehen einer Gruppe von Rechtsträger erforderlich. Das gemeinsame Vorgehen einer Gruppe von Rechtsträgern ist selbstredend dann erfüllt, wenn mehrere Personen koordiniert – also etwa durch Syndikatsvertrag verbunden – vorgehen.¹⁴⁷⁴ Nach der einschlägigen Bestimmung des § 22 a ÜbG sind die Begründung, die Auflösung und die Änderung des Syndikats

¹⁴⁷³ siehe dazu 4.1.

¹⁴⁷⁴ Kaendl, Rieder, Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247

übernahmerechtlich relevant, wenn zusätzlich eine kontrollierende Beteiligung durch das Syndikat vorliegt.

4.2.3.1. Die Begründung des kontrollierenden Syndikats (§22 a Z 1 ÜbG)

Die Verpflichtung ein öffentliches Angebot zu legen, besteht dann, wenn eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, also die durch Syndikatsvertrag verbundenen Syndikatspartner, (erstmalig) eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft erlangen. Dabei ist zu beachten, dass alle syndizierten Anteile im Syndikat allen Syndikatsmitgliedern zugerechnet werden (§23 Abs. 1 ÜbG). Halten also A, B und C jeweils 20 % an der Gesellschaft X – AG und jeder für sich 33,3 % im Syndikat, werden A, B und C im Sinne des Pflichtangebotsrechts so behandelt, als hätte jeder die Stellung eines 60 % Aktionärs der X – AG.¹⁴⁷⁵

Unter welchen Umständen die Beteiligung erlangt wird, scheint nach hL¹⁴⁷⁶ aber auch nach der Spruchpraxis der Übk¹⁴⁷⁷ unerheblich zu sein. Klar scheint m.A.n. zu sein, dass jede aktive Handlung unter den Begriff des Erlangens fallen muss, da sich aus dem neu eingefügten §22 b ÜbG ergibt, dass unter gewissen Umständen sogar eine passive Kontrollerlangung zur Kontrollerlangung reicht (zur passiven Kontrollerlangung gleich unten). Der Abschluss eines Syndikatsvertrages reicht wohl zweifelsfrei aus, um dem Erfordernis des Erlangens zu entsprechen.¹⁴⁷⁸ Jedenfalls muss der Vertrag, der die kontrollierende Beteiligung vermittelt, rechtswirksam sein und darf nicht etwa unter aufschiebenden Bedingungen stehen.¹⁴⁷⁹

4.2.3.2. Die Auflösung des Syndikats (§22 a Z 2 ÜbG)

Die Pflicht ein Übernahmeangebot zu legen, kann aber auch daraus resultieren, dass ein beherrschendes Syndikat aufgelöst wird und dadurch entweder ein anderer Rechtsträger oder

1475 ähnlich: Huber, Alscher, Übernahmerechts – Änderungsgesetz, ecolex 2006, 574

1476 Huber in Huber, ÜbG §22 Rz 26 mit Quellenverweisen

1477 Übk 17.12.2001, 2001/2/3 - 395

1478 Der Abschluss des Syndikatsvertrages begründet die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens. Dazu näher: Winner, Pflichtangebot, ÖJZ 2006/42

1479 Diregger, Ullmer. Spruchpraxis der Übernahmekommission, wbl 2007, 97, die als Beispiel etwa eine kartellrechtliche Genehmigungen anführen

eine andere Gruppe von Rechtsträgern eine kontrollierende Beteiligung erlangt. Die bloße Auflösung des Syndikats, ohne dass eine andere Gruppe bzw. ein anderer Rechtsträger eine kontrollierende Beteiligung erlangt, ist übernahmerechtlich irrelevant.¹⁴⁸⁰ Die Auflösung besteht dann nicht, wenn eine bloße Nichtanwendung des Syndikatsvertrages vorliegt, sondern erst dann, wenn eine rechtswirksame Auflösung vorliegt.¹⁴⁸¹

4.2.3.3. Änderungen im Syndikat (§22 a Z 3 ÜbG)

Letztendlich führen auch Änderungen der Syndikatszusammensetzung sowie Änderungen der Willensbildung im Syndikat zur Pflicht des neuen Beherrschenden ein öffentliches Übernahmeangebot zu legen, wenn eine das Syndikat eine kontrollierende Beteiligung hält. Die Änderung der Willensbildung kann sowohl durch Änderungen der Anzahl der syndizierten Anteile und den damit im Zusammenhang stehenden Stimmrechten oder aber nur durch eine bloße Änderung der Willensbildungsregeln (Konsensquoren, Vetorechte udgl.) erreicht werden. Offen scheint, wie die Änderungen der Willensbildung aussehen müssen, damit eine Angebotspflicht ausgelöst wird. Keinesfalls können bereits geringfügige Änderungen bei wirtschaftlich eher unbedeutenderen Themen ausreichen. Es wird zu verlangen sein, dass die Änderung in der Willensbildung dazu führt, dass strategisch und betriebswirtschaftlich wichtige Entscheidungen (Nominierung von AR und Vorständen, Dividendenpolitik udgl.) dem alleinigen Einfluss der bisher „führenden“ Syndikatsmitglieder entzogen werden. Geringfügige Änderungen, die für das Machtgefüge im Syndikat keine Bedeutung haben, fallen nicht unter diese Bestimmung.

4.2.4. Die passive Kontrollerlangung (§22 b ÜbG)

Im Gegensatz zu den bisher beschriebenen Fällen ist aber auch denkbar, dass ein, mehrere oder alle Syndikatspartner eine kontrollierende Beteiligung ohne aktives und zeitnahes Tun, erhalten haben (passiver Kontrollerwerb - §22 b Abs. 1 S 1 ÜbG). Dabei ist an jene Fälle zu denken, wo der Verkauf von Aktien durch den bisherigen Rechtsträger bzw. durch die bisherige Gruppe von Rechtsträgern dazu führt, dass ein anderer Rechtsträger bzw. eine andere Gruppe von Rechtsträgern eine kontrollierende Beteiligung hält. §22 a ÜbG und § 22 b

1480 Huber in Huber, ÜbG §22 a Rz 33

1481 Huber, Alscher, Übernahmerechts – Änderungsgesetz, ecolex 2006, 574

ÜbG schließen daher einander aus. Eine Pflicht ein Übernahmeangebot zu legen entfällt nur dann, wenn die betroffenen Syndikatsparteien zum Zeitpunkt ihres Anteilerwerbs nicht mit der passiven Kontrollerlangung rechnen mussten (privilegierte passive Kontrollerlangung). Bei privilegierter passiver Kontrollerlangung ist der Übk bloß eine Anzeige zu erstatten. Jene Stimmrechte, die mehr als 26 % an der Zielgesellschaft repräsentieren, ruhen. Dieses Ruhen kann aber von der Übk – auf Antrag – aufgehoben werden.¹⁴⁸² Werden nach privilegiertem Kontrollerwerb Anteile hinzuerworben, ist ein Pflichtangebot zu legen, doch leben die vormals über der 26 % Schwelle liegenden Stimmrechte wieder auf. (§22 b Abs. 2 ÜbG). Auf die Höhe des Zuerwerbs kommt es nicht an, weshalb für die Anbotspflicht auch das Erreichen bzw. Überschreiten der 30 % Schwelle nicht erforderlich ist.¹⁴⁸³ Werden trotz Beschränkung der Stimmen, jene über 26 % mitgezählt, ist der Beschluss anfechtbar, wenn jener Stimmenanteil, der über 26 % hinausreicht, für das Beschlussergebnis kausal war.¹⁴⁸⁴ Überdies kommt noch die Verhängung von Strafen (§35 ÜbG) in Betracht.

Entscheidend für die Frage, ob ein Übernahmeangebot zu legen ist, ist somit die Frage, ob mit der passiven Kontrollerlangung gerechnet werden musste. Mit dieser Formulierung zwingt der Gesetzgeber dem Syndikat eine Prüf – und Nachforschungspflicht auf, wobei das Wissen eines Syndikatspartners den anderen Syndikatspartnern zuzurechnen ist.¹⁴⁸⁵

4.2.5. Ausnahmen von der Anbotspflicht

§§ 24, 25 ÜbG regeln jene Fälle, in denen der Gesetzgeber davon ausgeht, dass keine beherrschende Kontrolle über eine Zielgesellschaft vermittelt wird und daher kein Übernahmeangebot zu legen ist. Zur Frage wann eine beherrschende Kontrolle (nicht) anzunehmen ist, sei auf die oben angeführten Feststellungen verwiesen. Ausdrücklich demonstrativ (arg.: „insbesondere“) genannt sind im § 24 ÜbG alternativ Fälle, in denen der bzw. die Aktionäre, die grundsätzlich eine kontrollierende Stellung hätten, über genauso viele Stimmrechte in der Zielgesellschaft verfügen wie der Bieter (§ 24 Abs. 2 Z 1 ÜbG), die gehaltenen Aktien wegen der Anwesenheit in der HV üblicherweise nicht ausreichen, eine Mehrheit der Stimmrechte zu vermitteln (§ 24 Abs. 2 Z 2 ÜbG) und die Ausübung des Stimmrechts auf Grund der Satzung auf 30 % beschränkt ist (§ 24 Abs. 2 Z 3 ÜbG). Aus Z 1 ergibt sich, dass ein Syndikat bzw. die Syndikatsmitglieder dann nicht anbotspflichtig sind,

¹⁴⁸² Kaendl, Rieder, Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247

¹⁴⁸³ Huber, Alscher, Übernahmerechts – Änderungsgesetz, ecolex 2006, 574

¹⁴⁸⁴ Winner, Pflichtangebot, ÖJZ 2006/42

¹⁴⁸⁵ Huber in Huber, ÜbG §22 a Rz 22 ff.

wenn zumindest ein weiterer Aktionär bzw. ein weiteres Syndikat besteht, das gleich viele Aktien hält. Z 2 scheidet jedenfalls aus, wenn das Syndikat gemeinsam über Stimmrechte in Höhe von 50 % + 1 Aktie verfügt. Um herauszufinden, welche Anwesenheit in der HV „üblich“ ist, müssen historische Aufzeichnungen über die Teilnahmen in der HV herangezogen werden.¹⁴⁸⁶

Die zweite Gruppe der im §24 ÜbG genannten Ausnahmen betrifft Fälle, wo bei wirtschaftlicher Betrachtung die Kontrollmöglichkeit nicht wechselt. Auch hier nimmt der Gesetzgeber zur Konkretisierung eine demonstrative Aufzählung vor.

Alle Fälle des § 24 sowie des § 25 ÜbG haben gemein, dass zwar kein Übernahmeangebot zu legen ist, wohl aber eine Mitteilung an die Übk zu erstatten ist.

4.2.6. Der Preis des verpflichtenden Übernahmeangebots

§26 ÜbG bestimmt für den Preis des Angebots eine zweifache Preisuntergrenze:¹⁴⁸⁷ Der Preis darf die höchste vom Bieter oder von einem gemeinsam mit ihm vorgehenden Rechtsträger innerhalb der letzten zwölf Monate vor Anzeige des Angebots in Geld gewährte oder vereinbarte Gegenleistung für dieses Beteiligungspapier der Zielgesellschaft nicht unterschreiten. Weiters hat der Preis mindestens dem durchschnittlichen nach den jeweiligen Handelsvolumina gewichteten Börsenkurs des jeweiligen Beteiligungspapiers während der letzten sechs Monate vor demjenigen Tag zu entsprechen, an dem die Absicht, ein Angebot abzugeben, bekannt gemacht wurde. Der höhere beider Werte ist die Untergrenze für den Preis zu dem der Bieter den Erwerb von den übrigen Beteiligungspapierinhabern anbieten muss. Der Preis für andere Beteiligungspapiere als Stammaktien unterliegt auch noch einem „Angemessenheitskriterium“ (§26 Abs. 2 ÜbG), wobei die Angemessenheit insbesondere der Übk nachzuweisen ist (§26 Abs. 4 ÜbG)

Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei der Preisbildung zusätzlich darauf Bedacht zu nehmen, ob sich die wirtschaftlichen Verhältnisse innerhalb der letzten zwölf Monate wesentlich geändert haben (§26 Abs. 3 ÜbG). Als Beispiele sind in der Literatur¹⁴⁸⁸ u.a.

¹⁴⁸⁶ Huber in Huber, ÜbG §24 a Rz 13 ff.

¹⁴⁸⁷ Kaendl, Rieder, Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247

¹⁴⁸⁸ Moser, Zuffer, Mindestangebotspreis, ecolex 2008, 1081

Kursrückgänge wegen einer Branchenkrise genannt. Diese geänderten Verhältnisse sind somit „herauszurechnen“.¹⁴⁸⁹ Für die Erbringung der Gegenleistung haften alle Syndikatspartner, die Einfluss auf die Willensbildung im Syndikat haben.¹⁴⁹⁰

1489 ähnlich wohl: Moser, Zuffer, Mindestangebotspreis, *ecolex* 2008, 1081

1490 Gall, *Acting in Concert*, *GesRZ* 2008, 139

4.3. Syndikatsvertrag und Meldepflichten des §91 BörseG

Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung ist, welche Meldepflichten sich für Syndikatspartner ergeben können, wenn diese Aktionäre einer börserechtlich relevanten Gesellschaft sind. Die Thematik, welche Pflichten Syndikatspartner als Emittenten unterliegen, wird ausgeklammert, da in solchen Fallkonstellationen keine „syndikatspezifischen“ Problemkreise auftreten.

Gemäß Legaldefinition des § 81 a Abs. 1 Z 5 BörseG ist Aktionär „jede Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die direkt oder indirekt“ Aktien des Emittenten in eigenem Namen und für eigene Rechnung, Aktien des Emittenten in eigenem Namen, aber im Auftrag einer anderen natürlichen oder juristischen Person oder Zertifikate, wobei der Inhaber des Zertifikats als Aktionär der zugrunde liegenden, durch das Zertifikat vertretenen Aktien gilt, hält. Die Aktionärsenschaft alleine ist noch nicht ausreichend für eine Bejahung der Meldepflicht. Vorab muss geklärt werden, ob der Emittent seinen Sitz in Österreich hat und die Wertpapiere unmittelbar oder mittelbar zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind.

Ähnlich wie im ÜbG wird auch im BörseG speziell auf Syndikatsverträge Bezug genommen. § 92 Z 1 BörseG erstreckt die gleich zu diskutierende Meldepflicht des § 91 BörseG auf Vereinbarungen, in denen sich zumindest zwei Personen verpflichten, „Stimmrechte einvernehmlich auszuüben.“ Damit ist aber immer noch nicht gesagt, dass jeder Syndikatsvertrag per se eine börserechtliche Meldepflicht auslöst. Vielmehr muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob die im § 91 BörseG erwähnten weiteren Voraussetzungen vorliegen. § 91 BörseG kennt zwei alternativ gleichwertige Sachverhalte, die bei Erreichen, Unterschreiten und Überschreiten von Schwellenwerten die Meldepflicht auslösen. Zum einen erfasst § 91 Abs. 1 BörseG den Erwerb oder die Veräußerung von „unmittelbar oder mittelbar zum Handel an einem geregelten Markt zugelassene Aktien eines Emittenten. Zum anderen kann die Meldepflicht auch ausgelöst werden, wenn sich der Stimmanteil der Syndikatspartner „infolge von Ereignissen“ verändert. Diese beiden Vorgänge sind aber nur dann melderechtlich von Bedeutung, wenn dadurch der Anteil von 5 %, 10 %, 15 %,

20 %, 25 %, 30 %, 35 %, 40 %, 45 % 50 %, 75 % oder 90 % erreicht, überstiegen oder unterschritten wird. Zu ergänzen ist, dass § 91 Abs. 4 vorschreibt, dass auch die Neuplatzierung von Aktien die Offenlegungspflicht gegenüber der FMA begründet. Liegen diese drei Voraussetzungen des § 91 BörseG also kumulativ vor, nämlich der meldepflichtig relevante Vorgang, die meldepflichtig relevante „Eigenschaft“ der syndizierten Aktien und das Erreichen, Unterschreiten oder Überschreiten der Schwellenwerte, besteht eine Meldepflicht gegenüber der FMA. Diese drei Voraussetzungen werden nun erörtert.

Wie erwähnt können der Erwerb oder die Veräußerung sowie die Änderung des Stimmanteils „infolge von Ereignissen“ die Meldepflicht auslösen. Auf Grund der sehr weiten Formulierung „Erwerb oder Veräußerung“ ist davon auszugehen, dass wohl jeder Titel ausreicht, der geeignet ist, Eigentum an den Wertpapieren zu begründen. Diese Ansicht wird auch dadurch gestützt, dass § 91 a Abs. 1 BörseG bereits das Bestehen eines Titels auf Übertragung für die Meldepflicht ausreichen lässt.¹⁴⁹¹ Diese „Definitionsproblematik“, ist in Wirklichkeit von sekundärem Interesse, da Vorgänge die sich nicht unter Erwerb oder Veräußerung subsumieren lassen unter den Begriff „infolge von Ereignissen“ fallen.¹⁴⁹² Soweit ersichtlich wurde in der Literatur noch nicht untersucht, ob auch das Erreichen, Unterschreiten oder Überschreiten der Schwellenwerte tatbestandsmäßig ist, wenn dies etwa durch Aktienverkauf eines anderen Aktionärs ausgelöst wird. Was hat zu gelten, wenn B seine Wertpapiere veräußert und A dadurch die 5 % Schwelle überschreitet? Da der Telos der Meldepflicht wohl ist, dass (potentielle) Aktionäre über die Anteilsstrukturen Bescheid wissen, wird davon auszugehen sein, dass auch ein passives Erreichen, Unterschreiten oder Überschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte eine Meldepflicht begründet. Weder Lehre noch Rechtsprechung waren bis dato auch mit der Frage befasst, ob bereits der Erwerb des Stimmrechtes und nicht der Erwerb der Aktien ausreicht um unter dieses Tatbestandsmerkmal zu fallen. Zu denken ist an jene Fälle, in denen ein Aktionär zwar Eigentümer der Aktien wird, aber im Innenverhältnis an die Weisung eines anderen Aktionärs gebunden ist (Treuhandverhältnis). Der Treuhänder erfüllt zwar formal die Voraussetzung der Meldepflicht, ist aber doch intern gebunden, weshalb materiell dem Treugeber das Stimmrecht zusteht. Eine Meldepflicht des Treuhänders ist daher in solchen Konstellationen zu verneinen. Der Treugeber ist hingegen nach § 92 Z 5 BörseG meldepflichtig. Nur für den Fall, dass der Treuhänder die Stimme treuwidrig ausübt und damit materiell auch tatsächlich nach eigenen Vorstellungen abstimmt, ist eine Hinzurechnung der „fremden“ Aktien zu

1491 ähnlich: Hödl, Eingeschränkte Markttransparenz, ecolex 2003, 343

1492 Kalss, Zollner, Offenlegung von Beteiligungen, ÖBA 2007, 884

seinen eigenen und daraus folgend auch eine Meldepflicht vertretbar. Aus der Formulierung „Erwerb oder Veräußerung“ ergibt sich aber auch, dass sowohl Erwerber als auch Veräußerer gegenüber der FMA meldepflichtig sind.¹⁴⁹³

Für die Berechnung bzw. Ermittlung der Schwellenwerte sieht das BörseG eine eigene Regel vor. Gemäß § 91 Abs. 1a BörseG ist der Anteil „ausgehend von der Gesamtzahl der mit Stimmrechten versehenen Aktien zu berechnen, auch wenn die Ausübung ausgesetzt ist.“ Daher sind insbesondere jene Aktien mitzuzählen, die vorübergehend kein Stimmrecht vermitteln. Der Grund, weshalb diese Aktien vorübergehend kein Stimmrecht vermitteln, ist m.E. wegen der eindeutig weiten Gesetzesformulierung unbeachtlich. Ein Teil der Lehre¹⁴⁹⁴ möchte auch Aktien, die endgültig kein Stimmrecht vermitteln in die Schwellenwertberechnung einbeziehen, doch übersieht dieser Ansatz, dass dies falls nicht von einem bloßen Aussetzen des Stimmrechts, sondern eher von einem (gänzlichen) und immerwährenden Verlust des Stimmrechts auszugehen ist. Wesentlich interessanter ist aber der Fall, in dem bloß ein Syndikatspartner Wertpapiere erwirbt und eine maßgebliche Schwelle überschreiten ohne dass dadurch der andere Syndikatspartner eine Schwelle unterschreitet oder erreicht. Hat also das Auslösen der Meldepflicht Auswirkungen auf jenen Syndikatspartner der keine Meldepflicht auslöst? Ähnlich dem ÜbG sieht auch das BörseG (§92 Z 7 BörseG) den Grundsatz der wechselseitigen Zurechnung vor. Das bedeutet, dass die Auslösung der Meldepflicht durch einen Syndikatspartner die Meldepflicht aller anderen auslöst. Daher ist ein ständiger Informationsaustausch zwischen den Syndikatspartnern hinsichtlich der jeweils getätigten Wertpapiertransfers unerlässlich um einen Verstoß gegen das BörseG zu vermeiden.

Ein Unterlassen der Meldepflicht kann für die betroffenen Unternehmen eine Verwaltungsstrafe von bis zu € 30.000 nach sich ziehen (§ 48 Abs. 1 Z 5 BörseG).

1493 Kalss, Zollner, Offenlegung von Beteiligungen, ÖBA 2007, 884

1494 Kalss, Zollner, Offenlegung von Beteiligungen, ÖBA 2007, 884

LITERATUR VERZEICHNIS

Althuber, Vavrovsky, Zivil-, abgaben- und finanzstrafrechtliche Aspekte interner Geschäftsverteilungen, GBU 2007/07-08/09; zitiert als: Althuber, Vavrovsky, Aspekte, GBU 2007/07-08/09

Arnold, Die Anfechtung von Aufsichtsratsbeschlüssen, GBU 2006/02/08; zitiert als: Arnold, Anfechtung, GBU 2006/02/08

Arnold, Geschäftsordnung des Aufsichtsrates, GBU 2005/05/11; zitiert als: Arnold, Geschäftsordnung, GBU 2005/05/11

Artmann, Offene Fragen der Gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, Ges 2007, 3; zitiert als: Artmann, offene Fragen, 3ff

Auer, Fritz; Zum Beirat, der ein fakultativer Aufsichtsrat sein soll, GBU 2007/07-08/13; zitiert als: Auer, Fritz; Zum Beirat, der ein fakultativer Aufsichtsrat sein soll, GBU 2007/07-08/13

Bachner, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005, 282ff; zitiert als: Bachner, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005 282ff

Bauer, Das Kartellverbot des KartG 2005, ecolex 2005, 504; zitiert als: Bauer, Kartellverbot, ecolex 2005, 504

Bauer, Zur Legalausnahme nach §2 Abs. 1 KartG 2005, ecolex 2005, 508; zitiert als: Bauer, Legalausnahme nach §2 Abs. 1 KartG 2005, ecolex 2005, 508

Bapuly, Anwendung der Europäischen Wettbewerbsregeln 34, gefunden auf: <http://www.eif.oeaw.ac.at/competition/de/guidelines/Leitfaden.pdf>

Baumbach, Hueck GmbHG, Kommentar, 19. Auflage, C.H. Beck, 2010; zitiert als: Autor in Baumbach/Hueck, GmbHG, [§ Rz]

Bayer, Hommelhoff, Kleindiek, Lutter, GmbH Gesetz, 16. Auflage, 2004; zitiert als: Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbHG, [§ Rz]

Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht; 2. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2009 zitiert als: Bechthold, Bosch, Brinker, Hirsbrunner, EG – Kartellrecht [Art Rz]

Bekanntmachung der Kommission: Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07)

Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EGV (2004/C 101/08)

Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03)

Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU – Mitgliedsstaaten bei der Anwendung der Art 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/04)

Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) (2001/C368/07)

Bergmann, Die „Drittanstellung“ von Managern im Gesellschafts – und Steuerrecht (Teil I), taxlex 2009, 131; zitiert als: Bergmann, Drittanstellung, taxlex 2009, 131

Bertl/ Fraberger, Die Feststellung des Jahresabschlusses durch Aufsichtsrat bzw. Hauptversammlung bei der AG, GBU 2001/10/10; zitiert als: Bertl/ Fraberger, Feststellung des Jahresabschlusses, GBU 2001/10/10

Bork, Schäffer, Kommentar zum GmbHG, 1 Auflage, 2010, RWS Verlag; zitiert als Autor in Bork, Schäffer GmbHG [§ Rz]

Burgard, Garantie- und Verschuldenshaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH, NZG 2002, 606, 608; zitiert als: Burgard, Garantie- und Verschuldenshaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH, NZG 2002, 606, 608

Büchele, Risikomanagement des Vorstands als Zeichen „guter“ Corporate Governance; zitiert als Büchele, Risikomanagement, GesRZ 2003, 221

Bürgers, Körber, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, 2008, CF Müllerverlag; zitiert als: [Autor in], Bürgers, Körber, AktG [§ Rz]

Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung nach dem URG, ZfK 1997, 207; zitiert als Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung, ZfK 1997, 207

Doralt, Nowotny, Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz Band I + II, Linde, 2003; zitiert als: [Autor] in Doralt, Nowotny, Kalss [§ Rz]

zitiert als: Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer, S. 99f, 184f; zitiert als: zitiert als: Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer, S. 99f, 184f

Diregger, Ullmer, Die Spruchpraxis der Übernahmekommission nach 3 Jahren Übernahmegesetz – eine Auswahl, wbl 2007, 97; zitiert als: Diregger, Ullmer, Spruchpraxis der Übernahmekommission, wbl 2007, 97

Draxler, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer – eine vermehrte Zusammenarbeit wäre wünschenswert, Ges 2008, 272; zitiert als Draxler, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, Ges 2008, 272

Ebert, Folgepflicht und Haftung des GmbH-Geschäftsführers beim Erhalt und bei der Ausführung von Weisungen, GmbHR 2003, 444, 447; zitiert als: Ebert, Folgepflicht und Haftung des GmbH-Geschäftsführers beim Erhalt und bei der Ausführung von Weisungen, GmbHR 2003, 444, 447;

Eckert, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH - Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen Judikatur, Ges 2004, 228; zitiert als: Eckert, Rechtsfolgen, Ges 2004, 228

Eckert, Gassauer – Fleissner, Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Konzern, Ges 2004, 416; zitiert als: Eckert, Gassauer – Fleissner, Überwachungspflichten im Konzern, Ges 2004, 416

Egarter, Das interne Kontrollsystem, FJ 2007, 433; zitiert als Egarter, Das interne Kontrollsystem, FJ 2007, 433

Eilmannsberger, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihrer Konsequenzen, JBl 2009, 337 zitiert als Eilmannsberger, Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen, JBl 2009, 337

Engert, Wildgatsch, Zur Installierung eines wirksamen internen Kontrollsystems Jede Stelle im Unternehmen muss Planvorgaben erhalten, SWK, 1990, C 21; zitiert als: Engert, Wildgatsch, Zur Installierung eines wirksamen internen Kontrollsystems, SWK, 1990, C 21

Enzinger, Interessenskonflikt und Organpflichten am Beispiel des Management Buy - out , 2005; zitiert als: Enzinger, Interessenskonflikt [S]

Erläuterungen 1993, BlgNR 1096 der XVIII. GP, 20

Erläuterungen 2005, BlgNr 926 der XXII. GP

Ertl, Der Wiedereinsetzungswerber und seine Gehilfen, RZ 1998, 3; zitiert als: Ertl, Wiedereinsetzungswerber, RZ 1998, 3

EUR – Heft 3 – 1992, 237; zitiert als: EUR – Heft 3 – 1992, 237

Famler, Der Markenlizenzvertrag, 2, Auflage 2007; zitiert als: Famler, Markenlizenzvertrag [S]

Fantur, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, Ges 2006, 335; zitiert als: Fantur, Gestaltungsfragen, Ges 2006, 335

Fantur, Zehetner, Zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses des GmbH – Geschäftsführers, insbesondere des Gesellschafter - Geschäftsführers, ecolex, 1997, 846; zitiert als: Fantur, Zehetner, Beendigung, ecolex, 1997, 846

Fantur, Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), ecolex 2000, 506; zitiert als: Fantur, Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), ecolex 2000, 506

Feltl, Zum Begriff des „wichtigen“ Abberufungsgrundes gemäß §75 abs. 4 AktG, Wann ist die Abberufung von Vorstandsmitgliedern zulässig, SWK 2008, W 49; zit Feltl, Zum Begriff des „wichtigen“ Abberufungsgrundes, SWK 2008, W 49

Feltl, Fragner, Beweislastumkehr bei der Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2007, 219; zitiert als: Feltl, Fragner, Beweislastumkehr, GesRZ 2007, 219

Feil, Durchgriffshaftung bei juristischen Personen, GesRZ 2003, XV; zitiert als: Feil, Durchgriffshaftung, GesRZ 2003, XV

Feil, ABC des Gesellschaftsrecht, Gesellschaft bürgerlichen Rechts; zitiert als: Feil, GesbR [S]

Feil, Unvereinbarkeit als Aufsichtsrat, GesRZ 2003, XI; zitiert als: Feil, Unvereinbarkeit, GesRZ 2003, XI

Feltl, Zur Weisungsgebundenheit des GmbH – Geschäftsführers gegenüber dem Aufsichtsrat, GBU 2008/07-08/14; zitiert als: Feltl, Weisungsgebundenheit, GBU 2008/07-08/14

Feltl, Franger, Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern und Unvereinbarkeitsregel gem. §90 Abs. 1 AktG, GesRZ 2008, 4; zitiert als: Feltl, Franger, Abberufung, GesRZ 2008, 4

Fida, Steidl, Konkurrenten im Aufsichtsrat, Ges 2005, 356'; zitiert als: Fida, Steidl, Konkurrenten im Aufsichtsrat, Ges 2005, 356

Fleischer, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität, NJW 2005, 3525; zitiert als: Fleischer, Unternehmensintegrität, NJW 2005, 3525

Fleischer, Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre, NZG 2005, 336; zitiert als: Fleischer, Geschäftschancenlehre, 2005, 336

Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006: zitiert als: [Autor] in Fleischer, Handbuch [§ Rz]

Fleischer, Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsführern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 2009, 1204

Fleischer, Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529; zitiert als: Fleischer, NZG 2005, 529

Fleischer, Zur Leitungsaufgabe des Vorstandes im Aktienrecht, ZIP 2003, 1; zitiert als: Fleischer, ZIP 2003,1,3

Fleischer, Götte, Münchner Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; zitiert als: Autor in MünchKomm -GmbHG, [§ Rz]

Fragner, Ausgewählte Fragen des Aufgriffsrechts, GesRZ 2009, 155; zitiert als: Fragner, Ausgewählte Fragen, GesRZ 2009, 155

Fritz, Aufgabenbereiche der Geschäftsführer, Besonders wichtig und manchmal unbekannt, GmbH – Repetitorium, SWK 2005, W 81; zitiert als: Fritz, Aufgabenbereiche der Geschäftsführer, SWK 2005, W 81

Fritz, Checkliste und Fahrplan zum Informationsverlangen eines GmbH – Gesellschafters, SWK 2004, W 161; zitiert als Fritz, Checkliste, SWK 2004, W 161

Fritz, Der GmbH Geschäftsführer, 2008; zitiert als: Fritz, GmbH – Geschäftsführer, [S, Rz]

Fritz, Die GmbH in der Praxis, 2007; zitiert als: Fritz, GmbH [S Rz]

Fritz, Gesellschafts– und Unternehmensformen kompakt, Linde, 2008; zitiert als: Fritz, Gesellschafts– und Unternehmensformen [S]

Fritz, Haftung der Gesellschafter, Vorsorgestrategien gegenüber dem enormen Haftungspotential, GmbH - Repetitorium, SWK 2005, W 99; zitiert als: Fritz, Vorsorgestrategien, SWK 2005, W 99

Fritz, Wichtige Grundlagen für Geschäftsführer einer österreichischen GmbH, Die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Repetitorium für die PraxisSWK 2005, W 59
zitiert als: Fritz, Grundlagen für Geschäftsführer, SWK 2005, W 59

Fritzberg, Fritzberg, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH – Anteile durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluss, ecolex 1996, 753; zitiert als: Fritzberg, Fritzberg, Formpflicht, ecolex 1996, 753

Frotz, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖWZ 1978, 44; zitiert als: Frotz, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates, ÖWZ 1978, 44

Gall, Acting in Concert und Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz, GesRZ 2008, 139; zitiert als: Gall, Acting in Concert, GesRZ 2008, 139

Geist, Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH - Gesellschaftsanteilen, ÖJZ 1996, 414; zitiert als: Geist, Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen, ÖJZ 1996, 414

Gelter, Haberer, Aufsichtsrat und Konzernabschluss, GesRZ 2001, 169; zitiert als: Gelter, Haberer, Aufsichtsrat, GesRZ 2001, 169

Grabenwarter, Zur Rechtsnatur des Aufgriffsrechtes, NZ 1988, 317; zitiert als: Grabenwarter, Rechtsnatur des Aufgriffsrechtes, NZ 1988, 317

Greiter, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und des Partizipanten gemäß §112 AktG; zitiert als: Greiter, Auskunftsrecht, ÖJZ 1989, 524

Griehser, Die Holding in der österreichischen Rechtsordnung; zitiert als: ecolex 2007, 181ff

Griehser, Holding, ecolex 2007, 181ff

Griller, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private (Teil I), JBl 1992, 205; zitiert als: Griller, Schutz der Grundrechte JBl 1992, 205

Gruber, Organaußenhaftung für Kapitalmarktinformationen, wbl 2006, 445 zitiert als: Gruber, Organaußenhaftung, wbl 2006, 445

Grünwald, Grenzen des allgemeinen Informationsrechtes des GmbH – Gesellschafters, ecolex 1991, 245 I; zitiert als Grünwald, Grenzen des Informationsrechtes

Gugerbauer, Österreichisches und EG – Kartellrecht, gefunden auf: http://www.kartellrecht.at/oe_und_eu-kartellrecht.html#13

Gurmann, Sakowitsch, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der umgehung, Ges 2008, 136; zitiert als: Gurmann, Sakowitsch, Vinkulierung, Ges 2008, 136

Handing, Haftung des handelsrechtlichen Geschäftsführers – Ein kurzer Überblick über die derzeit geltende Rechtslage, SWK 2002, W 45 Handing, Haftung, SWK 2002, W 45

Harrer, Fehlerhafte Willensbildung im Aktienrecht, wbl 2000, 60; zitiert als: Harrer, Fehlerhafte Willensbildung, wbl 2000, 60

Hauck, Rösch, Zusammenschlusskontrolle 2005, ecolex 2005, 511; zitiert als: Hauck, Rösch, Zusammenschlusskontrolle, ecolex 2005, 511

Hauser, Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse, ecolex 1990, 477; zitiert als: Hauser, Bestätigung, ecolex 1990, 477

Heidinger, Einzelentlastung der GmbH – Geschäftsführer und Stimmverbot, GesRZ 1997, 237; zitiert als: Heidinger, Einzelentlastung, GesRZ 1997, 237

Hirsch, Montag, Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), C. H. Beck; zitiert als Autor in MünchKomm Kartellrecht, [Art Rz]

Hirtzberger, Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates und Mitbestimmungsrecht der Belegschaft im Aufsichtsrat; RdW 2002, 400 zitiert als: Hirtzberger, Zustimmungsvorbehalt, RdW 2002, 400

Hlawati, Birkner, Graf, Abwehrmaßnahmen gegen Hostile Takeovers, ecolex 2000,84; zitiert als: Hlawati, Birkner, Graf, Abwehrmaßnahmen, ecolex 2000,84

Hoffer, Kartellgesetz - Kommentar, Lexis Nexis, 2007; zitiert als: Hoffer, Kartellgesetz

Honsell, Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung,, JBl 1987, 146; zitiert als: Honsell, Bankenhaftung, JBl 1987, 146

Hödl, Eingeschränkte Markttransparenz bei Einräumung einer Option, ecolex 2003, 343; zitiert als: Hödl, Eingeschränkte Markttransparenz, ecolex 2003, 343

Huber, Übernahmegesetz, Kommentar, Lexis Nexis ARD Orac, 2007; zitiert als [Autor] in Huber, ÜbG [§ Rz]

Huber, Alscher, Das Übernahmerechts – Änderungsgesetz – Ein Überblick, ecolex 2006, 574; zitiert als: Huber, Alscher, Übernahmerechts – Änderungsgesetz, ecolex 2006, 574

Hügel, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, GesRZ 1996, 213; zitiert als: Hügel, Beratung, GesRZ 1996, 213

Hüffer, Aktiengesetz, 7. Auflage 2006; Verlag C.H. Beck zitiert als: Hüffer, AktG [§ Rz]

Immenga, Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1., München, 1997; zitiert als Autor, in: Immenga, Mestmäcker [Art, Rz]

Immenga, Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, München 2001; zitiert als: Autor in Immenga, Mestmäcker, GWB [§Rz]

Immenga, Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München, 2007; zitiert als: Autor in Immenga, Mestmäcker, [Art Rz]

Iro, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3; zitiert als: Iro, Banken und Wissenszurechnung, 3

Jabornegg, Strasser, AktG, Manz Kommentar, 4 Auflage, Manz, 2001 – 2006; zitiert als: [Autor] in Jabornegg, Strasser [§ Rz]

Jud, Hauser, Die Vinkulierung von Namensaktien als instrument der konzernrechtlichen Eingangskontrolle, NZ 1995, 121; zitiert als: Jud, Hauser, Vinkulierung, NZ 1995, 121

Kaindl, Rieder, Neuerungen für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247; zitiert als: Kaindl, Rieder, Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247

Kalls, Lindner, Minderheits – und Einzelrechte von Aktionären, Manz 2006; zitiert als: Kalls, Lindner, Minderheits – und Einzelrechte[S]

Kalss, Oppitz – Zollner, Kapitalmarktrecht I Linde, 2005; zitiert als Kalss, Oppitz – Zollner, Kapitalmarktrecht [§ Rz]

Kalss, Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, Linde, 2005; zitiert als [Autor] in Kalss, Rüffler Satzungsgestaltung [S]

Kalss, Zollner, Die Offenlegung von Beteiligungen nach der Börsegesetznovelle 2007, ÖBA 2007, 884; zitiert als: Kalss, Zollner, Offenlegung von Beteiligungen, ÖBA 2007, 884

Karollus, Geist, Aufgriffs- oder Andienungsrecht, Zur Auslegung einer mehrdeutigen Regelung in einem GmbH – Vertrag, NZ 1997, 1; zitiert als: Karollus, Geist, Aufgriffs- oder Andienungsrecht, NZ 1997, 1

Karollus, Huemer, Offene Fragen zum Verbot der Organbestellung gegen das Organisationsgefälle, Ges 2006, 153; zitiert als: Karollus, Huemer, Offene Fragen, Ges 2006, 153

Kastner, Doralt, Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Manz, 1990; zitiert als: Kastner, Doralt, Nowotny [S]

Kastner, Zur Auslegung des GmbH – Gesetzes, JBl 1978, 404; zitiert als: Kastner Auslegung, JBl 1978, 404

Keck, Controlling, Kontrolle und Interne Revision: Entwicklung und aktuelle Bedeutung, SozSi, 2004, 107; zitiert als: Keck, Controlling, Kontrolle und Interne Revision, SozSi, 2004, 107

Keinert, Berichtspflicht der internen Revision an den Aufsichtsrat (§42 Abs.3. BWG); ÖBA 2003, 516; zitiert als: Keinert, Berichtspflicht der internen Revision, ÖBA 2003, 516ff

Koitz – Arko, Koitz, Die Aufsichtsrats- und Prüfungspflicht begründende Arbeitnehmeranzahl einer GmbH, Kreis der Arbeitnehmer ist nicht einheitlich definiert, SWK, 1994, D 47 ; zitiert als: Koitz – Arko, Koitz, Arbeitnehmeranzahl, SWK, 1994, D 47

Koitz-Arco/Koitz, Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsrats Tätigkeit – Welchen Kriterien ist bei Überwachung einer Gesellschaft Rechnung zu tragen (SWK 1985 B 45); Koitz-Arco/Koitz, Aufsichtsrats Tätigkeit (SWK 1985 B 45)

Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH – Gesellschafters, wbl 1988, 1 zitiert als: Koppensteiner, Haftung des GmbH – Gesellschafters, wbl 1988, 1ff;

Koppensteiner, Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, wbl 2005, 293; zitiert als: Koppensteiner, Zurechnung, wbl 2005, 293

Koppensteiner / Rüffler GmbH Gesetz Kommentar, 3 Auflage, Lexis Nexis ARD Orac, 2007; zitiert als Koppensteiner, Rüffler [§ Rz]

Kossuth, Gaggl, Gestaltungsmöglichkeiten der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates, ecolex 2004, 884 Kossuth, Gaggl, Gestaltungsmöglichkeiten, ecolex 2004, 884

Kostner, Umfahrer, GmbH, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Manz, 1998; zitiert als: Kostner, Umfahrer, GmbH, [S Rz]

Kostner, Die „kleinen“ Probleme der GmbH – Novelle, NZ 1980, 161 zitiert als: Kostner, Probleme der GmbH – Novelle, NZ 1980, 161

Koziol, Welser, Bürgerliches Recht, 12. Auflage, Manz, 2001, zitiert als: Koziol, Welser [S]

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Manz 2000-2007; zitiert als: [Autor] in Rummel [§ Rz]

Kraus, Kompetenzverteilung bei der GmbH, *ecolex* 1998, 331; zitiert als: Kraus, Kompetenzverteilung, 331ff

Krejci, Gesellschaftsrecht, Band I, Manz, 2005; zitiert als Krejci, Gesellschaftsrecht [S]

Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, *ecolex* 1991, 776; zitiert als: Krejci Aufsichtsratsvergütungen, *ecolex* 1991, 776

Krejci, Zur Pflicht des AG – Aufsichtsrates, den Jahresabschluss zu prüfen, *NZ* 2001, 266; zitiert als: Krejci, Jahresabschluss, *NZ* 2001, 266

Kropff, Semler, [Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, 3. Auflage](#); zitiert als: Autor in Münch Kommentar AktG § 88 Rz 16

Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1

Löschnigg, Die wirtschaftliche Mitbestimmung im Konzern und in der GmbH & CoKG, *ZAS* 1981, 3; zitiert als: Löschnigg, Mitbestimmung im Konzern, *ZAS* 1981, 3

Luschin, Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, *RdW* 2000, 6
zitiert als: Luschin, Geschäftsführerhaftung, *RdW* 2000, 6

Lutter, Hommelhoff, GmbHG, Kommentar, 17. Auflage, 2009; zitiert als: Autor in Lutter, Hommelhoff, GmbHG [§ Rz]

Lux, Zur Regelung statutarisch verankerter Aufgriffsrechte durch Mehrheitsbeschluss bei der GmbH, *wbl* 1995, 16; zitiert als: Lux, Zur Regelung statutarisch verankerter Aufgriffsrechte, *wbl* 1995, 16

Mayr, Nochmals zur sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte, *JBl* 1992, 768; zitiert als: Mayr, "Drittwirkung", *JBl* 1992, 768

Mildner, Rechtliche und betriebswirtschaftliche Vorgaben für den Vorstandsbericht, *GesRZ* 2006, 72; zitiert als: Mildner, Rechtliche und betriebswirtschaftliche Vorgaben für den Vorstandsbericht, *GesRZ* 2006, 72

Mestmäcker, Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, C.H. Beck, 2004; zitiert als: Mestmäcker, Schweitzer §10, Rz 86

Michalski, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Bd. 1 2. Auflage 2010, Bd. 2, 2002; zitiert als: Autor in Michalski GmbHG [§ Rz]

Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01)

Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/02)

Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01)

Moser, Zuffer, Mindestangebotspreis und angemessene Preisfestsetzung im Übernahmerecht, *ecolex* 2008, 1081; zitiert als: Moser, Zuffer, Mindestangebotspreis, *ecolex* 2008, 1081

Nopokoj, Hehenberger, Änderungen für die Abschlussprüfung durch das URÄG 2008, *Ges* 2008, 48; zitiert als: Nopokoj, Hehenberger, URÄG 2008, *Ges* 2008

Nowotny, Beirat – Aufsichtsrat – Ausschuss, *RdW* 2008, 647; zitiert als: Nowotny, Beirat – Aufsichtsrat – Ausschuss, *RdW* 2008, 647

Nowotny, Neues für den Aufsichtsrat, Das wichtigste aus dem IRÄG 1997; zitiert als: Nowotny, Aufsichtsrat, *RdW* 1997, 577

Nowotny, Probleme bei der Einführung von Mitarbeiteraktien, *RdW* 1986, 326; zitiert als: Nowotny, Probleme, *RdW* 1986, 326

Nowotny, Suspendierung und vorzeitige Abberufung eines in eine Tochtergesellschaft entsandten Vorstands, *DRdA* 1989, 427; zitiert als Nowotny, Suspendierung und vorzeitige Abberufung, *DRdA* 1989, 427

Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967); zitiert als: Ostheim, Rechtsfähigkeit [S]

Parzer, Unterkapitalisierung und Unterbilanz, Problematik, Begriffe, Wesen, Beurteilung, Vermeidung und mögliche Folgen, *VWT* 1996 H 2, 11 zitiert als: Parzer, Unterkapitalisierung und Unterbilanz, *VWT* 1996 H 2, 11

Potyaka, Weber, Prüfungsausschuss, *GesRZ* 2008, 190; zitiert als: Potyaka, Weber, Prüfungsausschuss, *GesRZ* 2008, 190

Pressemitteilung der Kommission vom 20.07.2006, MEMO/06/300

Priester, Satzungsdurchbrechung und Satzungsänderung, *ZHR* 151, 40ff; zitiert als: Priester, *ZHR* 151, 40ff

Pucher, Ausschließliche Kompetenz des Gesamtaufsichtsrats und ausschussfähige Angelegenheiten, *Ges* 2009, 128; zitiert als: Pucher, Ausschließliche Kompetenz, *Ges* 2009, 128

Rauter, Pflichten und Sorgfalt des Aufsichtsrates – oder: Auch Sekundenschlaf kann tödlich sein, *JAP* 2006/2007/6; zitiert als: Rauter, Pflichten, *JAP* 2006/2007/6

Reich – Rohrwig, Das österreichische GmbH – Recht, Manz, 1983, zitiert als Reich Rohrwig [S]

Reich – Rohrwig, Das österreichische GmbH – Recht, Band I, 2 Auflage, Manz, 1983, zitiert als Reich Rohrwig² [FN]

Reich – Rohrwig, Der Beirat der GmbH, ÖJZ 1981, 509; zitiert als: Reich – Rohrwig, Beirat, ÖJZ 1981, 509

Reich-Rohrwig, Die Zusammensetzung von Ausschüssen des Aufsichtsrates – neue Rechtslage ab 1.1.1987, wbl 1987, 1ff zitiert als: Reich-Rohrwig, Zusammensetzung von Ausschüssen, wbl 1987, 1ff

Reich – Rohrwig, Gerichtliche Abberufung von GmbH - Geschäftsführern, JBl 1981, 187; zitiert als: Reich – Rohrwig, Gerichtliche Abberufung, JBl 1981, 187

Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft wesungsgebunden?, ecolex 1990, 285; zitiert als: Reich – Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft wesungsgebunden?, ecolex 1990, 285ff

Reich – Rohrwig, Zur gerichtlichen Abberufung eines GmbH – Geschäftsführers, ecolex 1990, 87; zitiert als: Reich - Rohrwig, Abberufung, 88

Reich – Rohrwig, Treuepflicht der GmbH Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988,141 zitiert als: Reich – Rohrwig, Treuepflicht, wbl 1988,141

Reich – Rohrwig, Übertragung vinkulierter Anteile, ecolex 1994, 757; zitiert als: Reich – Rohrwig, Übertragung, ecolex 1994, 757

Reich – Rohrwig, Zum Informationsrecht des GmbH – Gesellschafters, ecolex 1992, 334; zitiert als: Informationsrecht des GmbH – Gesellschafters

Reichert, Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH, Seite 224 ff; zitiert als Reichert, Abtretung von Geschäftsanteilen [S] Reischauer, Weisung und Richtlinie im Konzern, insbesondere im ÖIAG Konzern, ÖZW 1987, 65ff; zitiert als: Reischauer, Weisung und Richtlinie im Konzern, ÖZW 1987, 65ff

Riegler, Wiesener, Frühwarnparameter und Haftungen, ecolex 1997,758; zitiert als: Riegler, Wiesener, Frühwarnparameter und Haftungen nach dem 4. Abschnitt des URG, ecolex 1997,758

Rebmann, Säcker, Rixecker, Bd. 5, 5. Auflage 2009; Bd. 10. 4. Auflage 2006; Bd. 11 5. Auflage 2010; zitiert als: [Autor] in , MünchKomm – BGB [§ Rz]

Runggaldier/Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991); zitiert als Runggaldier/Schima, Rechtsstellung von Führungskräften [S]

Roth, Vertragsänderungen im Kernbereich, JBl 2005,80; zitiert als: Roth, Kernbereich, JBl 2005,80

Roth, Altmeppen, GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 6. Auflage, 2009; zitiert als: Autor in Roth, Altmeppen, GmbHG §13 Rz 71

Rückle, Die Wirtschaftlichkeit als Grundbegriff der Betriebswirtschaftslehre und als Prüfungsmaßstab; VWT 2008 H4, 40ff; zitiert als: Rückle, Wirtschaftlichkeit, VWT 2008 H4, 40ff

Sander, Das Konzernprivileg im Europäischen und Österreichischen Wettbewerbsrecht, OZK 2008, 20; zitiert als: Sander, Konzernprivileg, OZK 2008, 20

Schäfer, Binnenhaftung, ZIP 2005, 1253; zitiert als: Schäfer, Binnenhaftung, ZIP 2005, 1253

Schima, Der GmbH – Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100; zitiert als: Schima, GmbH Geschäftsführer, 100ff

Schneider, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129; zitiert als: Schneider, Verantwortlichkeit, ÖJZ 1986, 129

Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft; Manz, 2002 zitiert als: Schlosser, Organhaftung der Vorstandsmitglieder [S]

Schopper, Strasser, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176; zitiert als: Schopper, Strasser, Existenzvernichtungshaftung, GesRZ 2005, 176

Scholz, GmbHG, Kommentar, 10. Auflage, Bd. 1 2006, Bd. 2, 2007; Bd. 3 2010; zitiert als: Autor in Scholz, GmbHG [§ Rz]

Schröckenfuchs, Der Gleichheitsgrundsatz und die Information der Aktionäre durch die Gesellschaft, Jbl 2003, 541; zitiert als: Schröckenfuchs, Gleichheitsgrundsatz, Jbl 2003, 541

Schröckenfuchs, Ruhm, Relevanz oder Kausalität?, Zur Beziehung zwischen dem Verstoß gegen die Rechtsordnung und der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses von Kapitalgesellschaften bei Verfahrensfehlern, wbl 2003, 461; zitiert als: Schröckenfuchs, Ruhm, Relevanz oder Kausalität?, wbl 2003, 461

Schuster – Bonott, Die Grundlage des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktiengesellschaft, ZAS 1978, 91; zitiert als: Schuster – Bonott, Grundlage, ZAS 1978, 91

Schwarz, Zuständigkeit der Hauptversammlung zu Strukturmaßnahmen, ecolex 1997, 667; zitiert als: Schwarz, Strukturmaßnahmen, ecolex 1997, 667

Spornberger, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, Zugleich eine Besprechung der E 11 Os 52/05i; zitiert als: Haftung, ecolex 2007, 407 Spornberger, Haftung, ecolex 2007, 407

Stipsits, Fragenkatalog zu den Aufgaben des Geschäftsführers (GF), taxlex 2005, 392; zitiert als Stipsits, Fragenkatalog

Strasser, Die Gestaltung der Betriebsverfassung als gesellschaftspolitisches Problem, FS Schmitz; zitiert als: FS Schmitz 295ff

Stockenhuber, Wittmann, „Private enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis? , wobl, 2007, 330; zitiert als: Stockenhuber, Wittmann Private enforcement“, wobl, 2007, 330

Strasser, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft, Manz, 1998; zitiert als: Strasser, Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder [S]

Szep, Aktionärsrechte in der aktienrechtlichen Praxis, ecolex 1998, 35; zitiert als: Szep, Aktionärsrechte, ecolex 1998, 35

Szőky, Der Geschäftsführer – Rücktritt aus der Sicht der Firmenbuchpraxis, Ges 2003, 155; zitiert als Szöki, Geschäftsführerrücktritt

Temm Der GmbH – Geschäftsführer als Unternehmer, GBU 2005/04/11; zitiert als: Temm Der GmbH – Geschäftsführer als Unternehmer, GBU 2005/04/11

Thiele, Vorstand einer Aktiengesellschaft, Leitfaden für die Praxis, ecolex Skript 2001/20; zitiert als: Thiele, Vorstand einer Aktiengesellschaft, ecolex Skript 2001/20ff

Thöni, Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis des GmbH Gesellschafters in der Generalversammlung, GesRZ 1997, 209; zitiert als: Thöni, Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis, GesRZ 1997, 209

Thöni, Beschlussanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH – Recht (Teil I), ecolex 1993, 674; zitiert als: Thöni, Beschlussanfechtung, ecolex 1993, 674

Thöni, Sind treuwidrige Stimmabgaben von GmbH Gesellschaftern bei der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter mitzuzählen?, GesRZ 2008, 346; zitiert als: Thöni, Treuwidrige Stimmabgaben, GesRZ 2008,346

Thöni Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung?, ecolex 1994, 230; zitiert als: Thöni, Verantwortlichkeit, ecolex 1994, 230

Thöni, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand an Gesellschaftanteilen, ecolex 1992, 236; zitiert als: Thöni, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand, ecolex 1992, 236

Turner, Wittwer, Die Qual der Wahl – Praxisfragen vor und bei der Wahl des Aufsichtsrates nach §87 Abs. 1 AktG, NZ 2005/27, zitiert als: Turner, Wittwer, Praxisfragen, NZ 2005/27

Tichy, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften, Manz, 2000, zitiert als Tichy, Syndikatsverträge [S]

Torggler, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85; zitiert als: Torggler, Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85

Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH – Konzern, Zum Minderheitenschutz in der abhängigen GmbH, Manz, 2007,; zitiert als: Torggler, Treuepflichten [S]

Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, Zum Ermessenspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung; zitiert als: Torggler, Ermessenspielraum, wbl 2009, 168ff

Ulmer, Habersack, Winter, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar 2005, zitiert als: Ulmer, Habersack, Winter, GmbHG, [§ Rz]

Umfahrer, Formfragen bei Abänderung des GmbH - Vertrages, ecolex1996, 99; zitiert als: Umfahrer, Formfragen, ecolex 1996, 99f

Umlauf, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Bestellung und Abberufung von GmbH – Geschäftsführern unter besonderer Berücksichtigung des Nominierungsrechtes, NZ 1992, 89; zitiert als: Umlauf, Bestellung und Abberufung, NZ 89

v.d. Groeben, Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage; zitiert als: v.d. Groeben, Schwarze [Art Rz]

Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Jänner 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG – Fusionskontrollverordnung“)

Verordnung (EG) Nr. 1/ 2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln

Venrooy, Einstimmigkeitsprinzip oder Mehrheitsprinzip in der Geschäftsführung?, GmbHR 1999, 685; zitiert als: Venrooy, Einstimmigkeitsprinzip oder Mehrheitsprinzip in der Geschäftsführung?, GmbHR 1999, 685

Wallisch, Implizite Befristung und Durchsetzung von Syndikatsverträgen, ÖZW 2004, 56; zitiert als: Wallisch, Implizite Befristung und Durchsetzung, ÖZW 2004, 56

Walter, Mayer, Bundesverfassungsrecht, Manz2000, 9. Auflage; zitiert als: Walter, Mayer, Bundesverfassungsrecht [S Rz]

Weber, Das Unternehmensrechts – Änderungsgesetz im Überblick, ÖJZ 2008 /45; zitiert als Weber, Unternehmensrechts – Änderungsgesetz

Weber – Wilfert, Aktuelle Judikatur zur Rechtsstellung von Geschäftsführern, GeS 2003, 298; zitiert als: Weber – Wilfert, Aktuelle Judikatur, GeS 2003, 298

Weismann, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH – Geschäftsanteilen, Lexis Nexis 2008; zitiert als: Weismann, Übertragungsbeschränkungen [S]

Weiß, Doppelte, einfache Mehrheit im Aufsichtsrat, ecolex 1999, 266; zitiert als: Weiß, Doppelte, einfache Mehrheit, ecolex 1999, 266 f.

Wilhelm, OGH anerkennt Dritthaftung des Abschlussprüfers, ecolex 2002, 83 sowie Kalss, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, gesellschaftern und Anlegern. ÖBA 2002, 187 zitiert als Wilhelm, Kalss, als: Wilhelm (ecolex 2002, 83), Kalss (ÖBA 2002, 187), Dritthaftung des Abschlussprüfers, auch gemeinsam veröffentlicht: GBU 2002/02/06

Wilhelm, Der schmale Grat zum Schiedsgericht, ecolex 2005, 89; zitiert als: Wilhelm, Der schmale Grat zum Schiedsgericht, 89

Wilhelm, Zur Haftung der AR – Mitglieder für Personalentscheidungen, wbl 1988, 65

Wilhelm, Haftung der AR – Mitglieder für Personalentscheidungen, wbl 1988, 65

Winkler, Birkner, Verpflichtender Aufsichtsratsbeschluss nach §92 Abs. 4 AktG, GBU 1998/06/11; zitiert als: Winkler, Birkner, Aufsichtsratsbeschluss nach §92 Abs. 4 AktG, GBU 1998/06/11;

Winner, Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006/42; zitiert als: Winner, Pflichtangebot, ÖJZ 2006/42

Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH Recht, 1988; zitiert als: Winter Mitgliedschaftliche Treuebindungen [S]

Wünsch, Das Wettbewerbsverbot des GmbH Geschäftsführers, GesRZ 1982, 269; zitiert als: Wünsch, Wettbewerbsverbot, GesRZ 1982, 269

Wünsch, Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach §34 GmbHG, GesRZ 1996, 61; zitiert als: Wünsch, Abstimmung, GesRZ 1996, 61

Zehetner, Zehetner, Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern: Vinkulierung von Geschäftsanteilen, GBU 2004/12/13; zitiert als: Zehetner, Zehetner, Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern, GBU 2004/12/13

Zöllner, Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz; 3 Auflage 2009, 2 Auflage 1986 ff.; zitiert als: Zöllner in Kölner Komm AktG [§]

5. Exposé zur Dissertation „AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN ZU SYNDIKATSVERTRÄGEN BEI KAPITALGESELLSCHAFTEN“

5.1. Inhaltliche Beschreibung des Dissertationsprojektes, Überblick über den Forschungsstand sowie Darstellung der geplanten Methoden

Die Dissertation „AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN ZU SYNDIKATSVERTRÄGEN BEI KAPITALGESELLSCHAFTEN“ untersucht an Hand ausgewählter Fragestellungen nicht nur die Rechtsnatur von Syndikaten, sondern auch typische syndikatsvertragliche Bestimmungen.

Der 1. Teil dieser Dissertation behandelt im Wesentlichen die zivilrechtlichen Charakteristika von Syndikatsverträgen als Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Der 2. Teil beschäftigt sich mit den Wirksamkeitsschranken von Syndikatsverträgen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass neben verfassungsrechtlichen bzw. europarechtlichen auch zivilrechtliche Wirksamkeitsschranken untersucht werden

Anschließend untersucht die gegenständliche Dissertation die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Der Autor stellt auch einen eigenen Ansatz bezüglich des Inhalts der Treuepflicht dar.

Überdies werden neben den Grenzen einzelner Bestimmungen des AktG bzw. GmbHG auch das Verhältnis von AktG, Satzung, Syndikatsvertrag und (auf Syndikatsvertrag basierender) Beschlüsse zueinander unter großer Beachtung neuerer Judikatur des BGH besprochen.

Obwohl nicht die Wirksamkeit als solche berührend, sind natürlich auch die Problemkreise der Durchgriffshaftung und der Anfechtung bzw. Nichtigkeit nach GmbHG und AktG ebenso zu beleuchten, wie der gesellschaftsrechtliche Gleichheitsgrundsatz. Die Untersuchungen zur Durchgriffshaftung wollen beantworten, unter welchen Umständen eine Haftung der Syndikatspartner für (rechtswidriges) Verhalten der Gesellschaftsorgane der kontrollierten Gesellschaft möglich ist.

Im Gegensatz zum 1 und 2. Teil dieser Arbeit werden im 3. Teil übliche Syndikatsvertragsbestandteile vorgestellt. Die Konzentration wird dabei auf Vertragsinhalte gerichtet, die typischerweise aus Gesellschafter- und Aktionärssicht am besten geeignet sind, Kontrolle über die syndizierten Anteile der Gesellschaft und somit über die Gesellschaft selbst zu erlangen und ausüben zu können wie etwa Im Mittelpunkt stehen Überlegungen zur Rechtsstellung von Vorständen bzw. Geschäftsführern und des Aufsichtsrates.

Keine Untersuchung über den Syndikatsvertrag, die den Anspruch stellt einen generellen Zugang zu syndikatsrechtlichen Themen zu haben, ist vollständig, wenn sie nicht erforschen will, welche Rechtsfolgen der Syndikatsvertrag in nicht „syndikatsspezifischen“ Rechtsvorschriften auslösen kann. Dies ist dem 4. Teil vorbehalten, der u.a. das Börse – und Übernahmerecht behandelt.

Der Dissertation liegen allgemein anerkannte Methoden der Rechtswissenschaft zu Grunde.

5.2. Relevante Literatur

Neben den maßgeblichen österreichischen, deutschen und europäischen Rechtsvorschriften werden nicht nur (höchst-)gerichtliche Entscheidungen und Lehrmeinungen besprochen.

5.3. Angaben zur Betreuerwahl

Erstbetreuer ist Herr RA Univ.-Doz. Dr. Johannes Reich-Rohrwig. Zweitbetreuer der gegenständlichen Dissertation ist Herr o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci. Grund für die Auswahl ist ihre zweifelsfrei nicht hoch genug einschätzbare akademische und praktische Reputation im Gesellschaftsrecht

5.4. Zeit- und Arbeitsplan, Finanzierungs- und Ressourcenplan

Die Dissertation wird unverzüglich eingereicht. Die Dissertation wurde ausschließlich auf Kosten des Verfassers erstellt.



TABELLARISCHER LEBENSLAUF

Name: Mag. iur. Jürgen Tomeschek, MBA, akademischer Europarechtsexperte

Geburtsdatum: 18. September 1976

Staatsangehörigkeit: österreichisch

Ausbildung: 4 Jahre VS, 8 Jahre AHS
Graduierung Mag. iur, Universität Wien 3/01)
Graduierung als „akademischer Europarechtsexperte“ (10/02)
Graduierung zum „Executive MBA“ 01/08)
dzt. Doktoratsstudium im Fachbereich Rechtswissenschaften

Berufserfahrung: Diverse Praktika
Präsenzdienst
Rechtshörer am BG Korneuburg (Strafabteilung)
Rechtsanwaltsgehilfe bei Bichler & Zrzavy
Gerichtsjahr (Mai 2001 – Februar 2002)
Rechtsanwaltsanwärter bei Dr. Robert Starzer (März 2002 – September 2002)
Rechtsabteilung CEMEX Austria AG (November 2002 – März 2008)
Jurist UNIQA Beteiligungs- Holding GmbH (April 2008 – Oktober 2010)
Leiter Stabstelle Recht Niederösterreichische
Verkehrsorganisationsgesellschaft m.b.H. (seit Oktober 2010)