



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Ruhendstellen von Aufsichtsratsmandaten bei
Interessenkonflikten“

Verfasser

Mag.phil. Mag.iur. David Georg Bydlinski

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner

Vorwort

Im Folgenden soll ein Phänomen untersucht werden, welches **im Wirtschaftsleben häufig** zu beobachten ist, jedoch **weder gesetzlich geregelt noch** umfassend **ausjudiziert** wurde, nämlich das sogenannte "**Ruhendstellen**" (auch "Ruhenlassen") **von Aufsichtsratsmandaten**.

Ein Aufsichtsratsmitglied, das sein Mandat "ruhendstellt", bleibt Mitglied des Aufsichtsrats, nimmt jedoch an Sitzungen und Beschlussfassungen des Aufsichtsrats vorübergehend nicht teil. Dieses Verhalten wird meist damit begründet, dass das Aufsichtsratsmitglied einem **temporären Interessenkonflikt** unterliegt, der derart **schwerwiegend** ist, dass das "befangene" Aufsichtsratsmitglied seine Funktion nicht pflichtgemäß ausüben kann, jedoch seine **Abberufung** oder Funktionsniederlegung (noch) **nicht in Frage** kommt.

Solche Interessenkonflikte resultieren meist daraus, dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied neben seiner Tätigkeit in Aufsichtsrat weitere separate Funktionen – unter Umständen hauptberuflich – innehat; etwa Vorstand einer Bank, Berater eines Übernahmeinteressenten, konkurrierender Unternehmer, Politiker oder Gewerkschaftsfunktionär.

In seinen **multiplen Funktionen** muss das befangene Aufsichtsratsmitglied **divergierende Interessen** beachten oder sogar **widerstreitende Rechtspflichten** erfüllen, wodurch die ordnungsgemäße Erfüllung einer oder aller übernommenen Aufgaben erschwert oder verunmöglicht wird. Das Spektrum der Interessenkonflikte im Aufsichtsrat reicht dabei von tolerablen Interessengegensätzen bis hin zu schwerwiegenden **Pflichtenkollisionen**, auf die bei sonstiger **Haftung** reagiert werden muss. Manche möglichen **Reaktionen** auf solche Pflichtenkollisionen sind im Gesetz normiert, andere wurden durch Lehre und Praxis entwickelt.

Das Ruhendstellen wird von der österreichischen Lehre ignoriert, von der deutschen Lehre kontrovers behandelt und hat noch keinen unumstrittenen Platz unter den akzeptierten außergesetzlichen **Instrumentarien zur Konfliktbewältigung** im Aufsichtsrat. Es stellt sich die Frage, ob – und bejahendenfalls: unter welchen Umständen – das "Ruhendstellen" von Aufsichtsratsmandaten wegen Interessenkonflikten ein **taugliches Mittel zur Vermeidung von Haftungen** befangener Aufsichtsratsmitglieder sein kann. Insbesondere muss geklärt werden, ob das Ruhendstellen unter Umständen als **Pflichtverstoß** zu werten sein oder ob im Einzelfall sogar die **Pflicht** zum Mandatsruhendstellen bestehen könnte.

Inhalt

Vorwort	III
Abkürzungen	XI
Abgekürzt zitierte Literatur	XIX
I. Untersuchungsgegenstand	1
II. Grundlegendes zum Aufsichtsrat	7
<i>A. Aufgaben des Aufsichtsrats</i>	<i>7</i>
<i>B. Vergleich des Aufsichtsrats mit dem Board-System</i>	<i>9</i>
<i>C. Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat</i>	<i>16</i>
<i>D. Zustimmung des Aufsichtsrats zu bestimmten Geschäften</i>	<i>22</i>
<i>E. Zusammensetzung des Aufsichtsrats</i>	<i>25</i>
III. Grundlegendes zum Aufsichtsratsmitglied	29
<i>A. Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft</i>	<i>29</i>
<i>B. Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zu Belegschaft und Aktionären</i>	<i>30</i>
<i>C. Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstand</i>	<i>33</i>
<i>D. Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds</i>	<i>38</i>
<i>E. Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds</i>	<i>42</i>
<i>F. Beachtung des Unternehmensinteresses durch das Aufsichtsratsmitglied</i>	<i>46</i>

IV. Konflikt des Aufsichtsratsmitglieds mit dem Unternehmensinteresse	51
<i>A. Eigeninteressen nebenberuflicher Aufsichtsratsmitglieder.....</i>	<i>51</i>
<i>B. Wahrung wirtschaftlicher Interessen Dritter durch das Aufsichtsratsmitglied</i>	<i>53</i>
<i>C. Bandbreite möglicher Interessengegensätze eines Aufsichtsratsmitglieds</i>	<i>55</i>
 V. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds	 57
<i>A. Privatrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds</i>	<i>57</i>
<i>B. Ausgewählte Beispiele privatrechtlicher Haftung des Aufsichtsratsmitglieds</i>	<i>61</i>
1. Insihgeschäft.....	61
2. Missbrauch von Vertretungsmacht	67
3. Rechtsmissbrauch	69
4. § 99 AktG	72
5. §§ 100f AktG	75
6. Verbot der Einlagenrückgewähr	78
7. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds bei der Gründung einer Aktiengesellschaft	81
8. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds bei Verschmelzungen	82

9. Prospekthaftung.....	83
10. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds nach Unternehmensreorganisationsgesetz	84
<i>C. Exkurs: Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds</i> 85	
1. Allgemeines zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds	85
2. Betrug.....	87
3. Untreue	90
4. Geschenkkannahme durch Machthaber.....	97
5. Kridadelikte.....	98
6. Unrichtige Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft 100	
7. Insiderrecht.....	103
8. Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses	105
VI. Typische Interessenkonflikte im Aufsichtsrat	107
<i>A. Mehrfache Beauftragung.....</i>	<i>107</i>
<i>B. Multiorganmitgliedschaft.....</i>	<i>109</i>
<i>C. Geschäfte mit der Gesellschaft</i>	<i>116</i>
<i>D. Management Buy-Out.....</i>	<i>121</i>
<i>E. Bankenvertreter im Aufsichtsrat</i>	<i>124</i>

VII. Mögliche Lösungen von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat.....	129
<i>A. Grundlegendes zu Reaktionen auf Interessenkonflikte.....</i>	<i>129</i>
<i>B. Offenlegung des Interessenkonflikts im Aufsichtsrat.....</i>	<i>132</i>
<i>C. Freiwillige Stimmenthaltung des Aufsichtsratsmitglieds</i>	<i>134</i>
<i>D. Verbot der Abstimmung im Aufsichtsrat</i>	<i>136</i>
<i>E. Verbot der Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen</i>	<i>138</i>
<i>F. Schlichte Nichtteilnahme an Aufsichtsratssitzungen.....</i>	<i>141</i>
<i>G. Ruhendstellen des Aufsichtsratsmandats</i>	<i>143</i>
1. Akademische Diskussion des Mandatsruhendstellens....	143
2. Abgrenzung vom Ruhen wegen Vertretung eines Vorstandsmitglieds.....	147
3. Abgrenzung vom "faktischen" Ruhen (Verhinderung an der Teilnahme)	150
4. Mandatsruhendstellen in der Praxis	151
<i>H. Beendigung des Mandats</i>	<i>156</i>
VIII. Zum Ruhendstellen des Aufsichtsratsmandats	159
<i>A. Grundlegendes zum Mandatsruhendstellen</i>	<i>159</i>
1. Relativität der Sorgfaltspflichten des Aufsichtsratsmitglieds	159

2. Multiple Pflichtenbindungen beim Aufsichtsratsmitglied	
160	
3. In der Literatur entwickeltes abgestuftes	
Konfliktlösungsmodell	161
4. Mandatsruhendstellen als Reaktion auf Interessenkonflikte	
163	
5. Spannungsverhältnis des Mandatsruhendstellens zur	
Sitzungsteilnahmepflicht	168
6. Spannungsverhältnis des Mandatsruhendstellens zur	
Mandatsbeendigungspflicht	169
B. <i>Eigene Ansicht zum Mandatsruhendstellen</i>	171
1. Empfohlene Begleitmaßnahmen für	
Ruhendstellensvorgänge	171
2. Umfassendes Ruhen sämtlicher Rechte aus dem Mandat	
175	
3. Ruhen nur der konfliktbetroffenen Pflichten	177
C. <i>Prüfschemata für das Mandatsruhendstellen</i>	182
1. Prüfschema Zulässigkeit	182
2. Prüfschema Haftungsrisiken	183
Schlussbemerkung	185
Literatur	195
Internetadressen	215

Judikatur	219
-----------------	-----

Abkürzungen

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
AEG	Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft
AG	Aktiengesellschaft/ <i>Die Aktiengesellschaft</i>
(d)AktG	(deutsches) Aktiengesetz
AnwBl	<i>Anwaltsblatt</i>
AR	Aufsichtsrat
ARAG	Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG
AR aktuell	<i>Aufsichtsrat aktuell</i>
AUA	Austrian Airlines
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	<i>Betriebs-Berater</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHW	Beamtenheimstättenwerk
BMJ	Bundesministerium für Justiz

BörseG	Börsegesetz
BT	Besonderer Teil
BZÖ	Bündnis Zukunft Österreich
Bzw	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
Co	company
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	<i>Der Betrieb</i>
dh	das heißt
DRK	Deutsches Rotes Kreuz
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
etc	et cetera
EUR	Euro
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in ÖJZ)
evtl	eventuell
(f)f	und der/die/das folgende(n)
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FN	Fußnote
gem	gemäß

Gen(G)	Genossenschaft(sgesetz)
GesR	Gesellschaftsrecht
GeS	<i>Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht</i>
GesRÄG	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
GesRZ	<i>Der Gesellschafter</i>
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
(d)GmbHG	(deutsches) GmbH-Gesetz
HB	Handbuch
Hg	Herausgeber/in/nen
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HV	Hauptversammlung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iZm	in Zusammenhang mit
JAP	<i>Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung</i>

JB1	<i>Juristische Blätter</i>
Jud	Judikatur
JUS	<i>Jus Extra</i>
JZ	<i>JuristenZeitung</i>
KG(aA)	Kommanditgesellschaft (auf Aktien)
KMG	Kapitalmarktgesetz
KMP	KMP PrintTechnik AG
leg cit	legis citatae
lit	litera
Lit	Literatur
LG(Z)	Landesgericht (für Zivilrechtsachen)
LJZ	<i>Liechtensteinische Juristen-Zeitung</i>
LZ	<i>Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht</i>
M&A	Mergers and Acquisitions
MBO	Management Buy-Out
MDAX	Mid-Cap-DAX
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
Mio	Million(en)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>

NRsp	Neue Rechtsprechung des OGH (in ÖJZ)
NZG	<i>Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht</i>
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ÖBl	<i>Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
ÖCGK	Österreichischer Corporate-Governance-Kodex
ÖIAG	Österreichische Industrieholding AG
ÖJZ	<i>Österreichische Juristen-Zeitung</i>
ÖVP	Österreichische Volkspartei
ÖZW	<i>Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
PSG	Privatstiftungsgesetz
RdW	<i>Österreichisches Recht der Wirtschaft</i>
RJR	Richard Joshua Reynolds Tobacco Company
Rn	Randnummer
(st)Rsp	(ständige) Rechtsprechung
RWZ	<i>Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen</i>
Rz	Randzahl
SE	Societas Europaea
sog	sogenannte/r/s

Sp	Spalte(n)
SpaltG	Spaltungsgesetz
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
StGB	Strafgesetzbuch
str	strittig
SWK	<i>Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei</i>
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TecDAX	Technology-DAX
tw	teilweise
uA	unter anderem
US(A)	United States (of America)
USD	US-Dollar
uU	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
va	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz

VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
vgl	vergleiche
vs	versus
VersR	<i>Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht</i>
VW	Volkswagen
wbl	<i>Wirtschaftsrechtliche Blätter</i>
WRP	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht</i>
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
zit	zitiert
ZfRV	<i>Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung</i>
ZSR	<i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
zT	zum Teil

Abgekürzt zitierte Literatur

ABGB-ON	<i>Kletečka/Schauer</i> (Hg), ABGB-ON (2010).
Beck HBAG ²	<i>W.Müller/Rödder</i> (Hg), Beck'sches Handbuch der AG ² (2009).
ArbHB ARM	<i>Semler/v. Schenck</i> , Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2009).
D/N/K	<i>P.Doralt/C.Nowotny/Kalss</i> , Aktiengesetz (2003).
Fabrizy ⁹	<i>Fabrizy</i> , StGB Kurzkomentar ⁹ (2006).
FS F.Bydlinski	<i>Koziol/Rummel</i> (Hg), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski (2002).
FS Canaris II	<i>Koller et alii</i> (Hg), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag II (2007).
FS P.Doralt	<i>Kalss/C.Nowotny/Schauer</i> (Hg), Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag (2004).
FS G. Frotz	<i>Enzinger/Hügel/Dillenz</i> (Hg), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts.

- Festschrift Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993).
- FS Heinsius *Kübler (Hg)*, Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991 (1991).
- FS Hüffer *Kindler/Koch/Ulmer/Winter (Hg)*, Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag (2010).
- FS Hopt *Grundmann et alii (Hg)*, Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag (2010).
- FS Kalus *Habdas/Wudarski (Hg)*, Ius est ars boni et aequi. Festschrift für Stanisława Kalus (2010).
- FS Koziol *Apathy et alii (Hg)*, Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010).
- FS Krejci I, II *Bernat/Böhler/Weilinger (Hg)*, Zum Recht der Wirtschaft. Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag I, II (2001).

- FS Lutter *U.Schneider et alii (Hg)*, Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag (2000).
- FS Rey *Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (Hg)*, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag (2003).
- FS Schilling *R.Fischer/Hefermehl (Hg)*, Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht. Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5.Juni 1973 (1973).
- FS Stimpel *Lutter et alii (Hg)*, Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985 (1985).
- FS R.Strasser *W.Schwarz et alii (Hg)*, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung. Festschrift Rudolf Strasser zum 60. Geburtstag (1983).

FS K.Wagner	<i>Österreichische Notariatskammer (Hg), Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag (1987).</i>
GroßKomm AktG IV ⁴	<i>Hopt/Wiedemann (Hg), Großkommentar zum Aktiengesetz IV⁴ (2006).</i>
HB AktR ⁷	<i>Henn, Handbuch des Aktienrechts⁷ (2002).</i>
HB AR	<i>Kalss/Kunz (Hg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010).</i>
HB ARM	<i>Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006).</i>
HB börsenAG	<i>Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG (2005).</i>
HB CG ²	<i>Hommelhoff/Hopt/v.Werder (Hg), Handbuch Corporate Governance. Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis² (2009).</i>
HB FA HR/GesR	<i>Büchel/v.Rechenberg, Handbuch des Fachanwalts Handels- und Gesellschaftsrecht (2008).</i>

HB GesR	<i>Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth</i> , Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).
HB MH ²	<i>Krieger/U.Schneider (Hg)</i> , Handbuch Managerhaftung ² (2010).
HB M&A	<i>Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter (Hg)</i> , Handbuch Mergers & Acquisitions. Rechtliche und steuerliche Optimierung. Ausgewählte Fragen der Bewertung und Finanzierung (2007).
HeiKomm AktG	<i>Bürgers/Körber (Hg)</i> , Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz (2008).
Jabornegg/Strasser II ⁵	<i>Jabornegg/R.Strasser</i> , Aktiengesetz II ⁵ (2010).
Kapfer I ³⁷	<i>Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner</i> (Hg), Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I ³⁷ (2009).
KBB ³	<i>Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger (Hg)</i> , ABGB Kurzkomentar ³ (2010).
Kienapfel BT II	<i>Kienapfel/Schmoller</i> , Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II (2003).

K/N/S	<i>Kalss/C.Nowotny/Schauer</i> , Österreichisches Gesellschaftsrecht (2009).
KölnKomm AktG II ²	<i>Zöllner (Hg)</i> , Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II ² (1996).
KommBGB I ²	<i>Bamberger/Roth (Hg)</i> , Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I ² (2007).
Koppensteiner/Rüffler ³	<i>Koppensteiner/Rüffler</i> , GmbH-Gesetz ³ (2007).
K/W I ¹³	<i>Koziol/Welser</i> , Grundriss des bürgerlichen Rechts I ¹³ (2006).
MünchHB GesR IV ²	<i>Hoffmann-Becking (Hg)</i> , Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV ² (1999).
MünchKommAktG III ²	<i>Kropff/Semler (Hg)</i> , Münchener Kommentar zum Aktiengesetz III ² (2004).
MünchKommBGB I/1 ⁵	<i>Säcker/Rixecker (Hg)</i> , Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I/1 ⁵ (2006).

Palandt ⁶⁸	<i>Palandt (Hg)</i> , Bürgerliches Gesetzbuch ⁶⁸ (2009).
PraxHB AR	<i>Temmel</i> , Der Aufsichtsrat. Ein Handbuch für die Praxis (2003).
RGRK I ¹²	<i>Mitglieder des Bundesgerichtshofs (Hg)</i> , Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes I ¹² (1982).
Rummel I ³	<i>Rummel (Hg)</i> , Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I ³ (2000).
Schwimann I ⁴	<i>Schwimann/Kodek (Hg)</i> , ABGB Praxiskommentar I ⁴ (2011).
Straube II	<i>Straube</i> , GmbH-Gesetz II (2008).
Umfahrer ⁶	<i>Umfahrer</i> , GmbH ⁶ (2008).

I. Untersuchungsgegenstand

Aufsichtsratsmitglieder haben ihr Handeln stets am **Interesse des Unternehmens**, dessen Aufsichtsorgan sie angehören, auszurichten.¹ Handelt ein Aufsichtsratsmitglied dem Unternehmensinteresse zuwider, kann es sich **Schadenersatzansprüchen** seitens der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter oder Gläubiger und unter Umständen auch **strafrechtlicher Verfolgung** ausgesetzt sehen.² Bisweilen ist die pflichtgemäße Beachtung des Unternehmensinteresses bei der Teilnahme an Sitzungen und Beschlüssen des Aufsichtsrats dadurch erschwert, dass ein Aufsichtsratsmitglied einem **Interessenkonflikt** unterliegt.³

In gewisser Weise ist das gesamte Privatrecht stets von **Interessenkonflikten** geprägt: Was einem unter mehreren gegenläufig interessierten Beteiligten ein Gut oder eine Chance, ist dem oder den anderen eine Last oder ein Risiko. Interessenkonflikte bestehen jedoch nicht nur zwischen gegnerischen Parteien: Im Gesellschaftsrecht besteht typischerweise eine Interessenverbindung, das heißt **weitgehende**

¹ Birkner/Löffler, Corporate Governance in Österreich (2004), 171.

² Gintbör/Barnert, Der Aufsichtsrat (2005), 85ff.

³ Riss, Doppelorganschaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, ecolex 2010, 156.

Übereinstimmung zwischen den Gesellschaftern – dennoch **schließt** diese **potentielle Konflikte** in Detailfragen wie zum Beispiel in Fragen der Gewinnverteilung durchaus **nicht aus**.⁴

- 3 Aufsichtsratsmitglieder sollen Interessenkonflikte möglichst vermeiden und unvermeidliche Interessenkonflikte entsprechend ihrer **vorrangigen Verpflichtung gegenüber dem Unternehmensinteresse** lösen.⁵ Das Vorliegen eines Interessenkonflikts im Aufsichtsrat ist nicht auf jene Fälle beschränkt, bei denen das Organmitglied ein "eigenes Interesse" an der konkreten Angelegenheit hat.⁶ Ein Interessenkonflikt liegt vielmehr bereits dann vor, wenn eine **nicht offengelegte persönliche Interessenlage geeignet** ist, sich **nachteilig** auf das Unternehmen auszuwirken.⁷

- 4 Wer **mehrfachen Pflichtenbindungen** unterliegt, hat sich stets vor Augen zu halten, dass Pflichterfüllung gegenüber einer Seite nicht die Verletzung anderweitig bestehender Pflichten rechtfertigen kann.⁸

⁴ F.Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), 121, 361.

⁵ Hoffmann-Becking, MünchHB GesR IV² § 33 Rz 48.

⁶ P.Doralt/W.Doralt, Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung, FS Koziol, 579.

⁷ Wells/Kopetzky, Wirtschaftskriminalität in Unternehmen² (2012), 296.

⁸ BGH 21.12.1979, II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629 – "Schaffgotsch".

Besteht von vornherein ein **dauernder Interessenkonflikt**,⁵ darf die betroffene Person nicht zum Aufsichtsratsmitglied gewählt werden, beziehungsweise diese Wahl nicht annehmen, da sie in ihrer Funktion **nicht tätig werden** könnte. Tritt ein Interessenkonflikt erst später auf oder weitet sich aus, ist je nach Schwere des Konflikts die **Konfliktsituation unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit aufzulösen**. Dabei kann mit Offenlegung der Konfliktlage, Stimmenthaltung oder Nichtteilnahme an Sitzungen das Auslangen gefunden werden, oder es kann die Verpflichtung bestehen, das Aufsichtsratsmandat niederzulegen.⁹

In manchen Fällen, in welchen ein lediglich **temporärer**⁶ **Konflikt** vorliegt,¹⁰ der jedoch derart schwerwiegend ist, dass nachteilige Beeinflussung oder **Anfechtbarkeit der gefassten Aufsichtsratsbeschlüsse schon durch die bloße Teilnahme** des konfliktverfangenen Aufsichtsratsmitglieds an Aufsichtsratssitzungen nicht auszuschließen ist,¹¹ sind gleichwohl Abberufung oder Mandatsniederlegung des Aufsichtsratsmitglied nicht oder noch nicht sogleich möglich oder erwünscht. Nach herrschender Lehre soll in solchen Fällen der Aufsichtsrat über das

⁹ *Kalss*, D/N/K § 86 Rz 55-57.

¹⁰ *Seibt*, Interessenskonflikte im Aufsichtsrat, FS Hopt I (2010), 1382f.

¹¹ *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, FS R.Strasser, 850f.

Aufsichtsratsmitglied ein Sitzungsteilnahmeverbot (mit oder ohne Informationsbeschränkung) aussprechen dürfen,¹² obwohl dies gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist.¹³

7 **Teilnahmeverbote** sollen nur bei besonders schweren Interessenkonflikten in seltenen Ausnahmefällen ausgesprochen werden.¹⁴ An die Stelle des Aufsichtsratsmitglieds, dem die Sitzungsteilnahme verboten ist, kann ein im Firmenbuch eingetragenes "stellvertretendes Aufsichtsratsmitglied" treten.¹⁵

8 Teile der deutschen Lehre vertreten, dass – als gedankliches **Gegenstück zum Teilnahmeverbot** – Aufsichtsratsmitglieder, die aus Interessenkonflikten resultierenden Pflichtenkollisionen unterliegen, die Möglichkeit haben sollen, ihre **Mandate** auch selbst "ruhend zu stellen", das heißt aufrecht bleibende Aufsichtsratsmitgliedschaften vorübergehend derart **einzuschränken**, dass aus ihnen **keinerlei Rechte wahrgenommen werden können**.

¹² Vgl. dazu etwa *Hopt/M.Roth*, GroßKomm AktG IV⁴ § 109 Rn 17ff.

¹³ *St.Frotz/Schörghofer*, Interessenskonflikte im Aufsichtsrat, HB AR, 681ff.

¹⁴ *Fida/Fölls*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – ein Überblick in Fragen und Antworten, AR aktuell 4/2010, 10.

¹⁵ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/537f, 3/556.

Es soll im Folgenden untersucht werden, unter welchen 9
Umständen das Mandatsruhendstellen ein **adäquates Mittel zur
Auflösung** eines Interessenkonflikts im Aufsichtsrat ist. Obwohl
konfligierende Pflichten aus Mehrfachfunktionen innerhalb
der gesamten Rechtsordnung begegnen,¹⁶ sollen ähnliche Probleme
des öffentlichen Rechts schon aufgrund dessen Sonderfragen hier
außer Acht bleiben. Die Untersuchung soll auf **Privatrecht
beziehungsweise Unternehmensrecht** fokussieren, welche
immerhin einige **Anknüpfungspunkte** zur Einschätzung des
Ruhendstellens bieten:

- § 90 AktG sieht das **"Ruhen" des
Aufsichtsratsmandats** bei Vertretung eines
verhinderten Vorstandsmitglieds vor.¹⁷
- § 125 AktG normiert das **Verbot des Richtens in
eigener Sache**.¹⁸
- Aus § 1009 ABGB wird abgeleitet, dass Organwalter
ihnen übertragene Aufgaben unbefangen zu besorgen
haben.¹⁹

¹⁶ Beispiel: Gem § 7 Abs 1 Z 3 AVG haben sich Verwaltungsorgane in solchen Sachen der Ausübung ihres Amtes wegen Befangenheit zu enthalten und ihre Vertretung zu veranlassen, in denen sie als Bevollmächtigte einer Partei bestellt waren oder sind Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 7 Rz 11.

¹⁷ R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ § 90 Rz 17.

¹⁸ S.Bydlinski/Potyka, Jabornegg/Strasser II⁵ § 125 Rz 1.

¹⁹ Riss, ecolex 2010, 160.

- Auch nach dem Recht der (vertraglichen, gesetzlichen, organschaftlichen) Stellvertretung, insbesondere in Zusammenhang mit **Insichgeschäft und Doppelvertretung** kann der Stellvertreter einem Interessenkonflikt unterliegen, und diesen zum Anlass nehmen, eine oder mehrere seiner Rechtspositionen "ruhend zu stellen", da er sich aufgrund einer dieser Positionen in einer anderen Position nicht mehr objektiv verhalten kann.

10 Etwaigen potentiellen Auswirkungen des Ruhendstellens eines Aufsichtsratsmandats auf Entgeltansprüche des Aufsichtsratsmitglieds für seine Tätigkeit soll in dieser Arbeit nicht nachgegangen werden.

II. Grundlegendes zum Aufsichtsrat

A. Aufgaben des Aufsichtsrats

Von Bedeutung ist der Aufsichtsrat, der **vom** operativ 11
tätigen **Geschäftsführungsorgan unabhängig**²⁰ ist und dieses
überwacht²¹ **und kontrolliert**, vor allem in Österreich und
Deutschland (sowie in einigen Ländern Mittel- und Osteuropas), in
anderen Rechtsordnungen, insbesondere im angloamerikanischen
Rechtskreis, herrscht meist Unternehmensführung durch
einheitliche Leitungsorgane vor.²² Der Aufsichtsrat kommt **vor**
allem bei Aktiengesellschaften vor, deren gesetzliches
Pflichtorgan er ist,²³ doch gibt es auch zahlreiche Gesellschaften
mit beschränkter Haftung, und einige Vereine, Genossenschaften
und Privatstiftungen mit Aufsichtsrat.²⁴

²⁰ Zum Grundsatz der Funktionstrennung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand und Unterschieden zum angloamerikanischen Board-System vgl etwa *Hüffer*, AktG⁸ (2008) § 105 Rz 1ff mwN.

²¹ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/454: "Überwachung bedeutet nicht bloß nachfolgende Kontrolle; die Überwachung der Geschäftsleitung ist selbst unternehmerische Tätigkeit".

²² *Pastner*, Corporate Governance und Wirtschaftskriminalität (2005), 52.

²³ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/454.

²⁴ Für weiterführende Informationen betreffend SE, Gen und Aufsichtsorgane bei Personengesellschaften vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005), 163ff. Zu Privatstiftungen, von denen nur etwas mehr als 1% einen Aufsichtsrat eingerichtet haben, vgl *J. Gruber*, Die Organe der Privatstiftung, AR aktuell 4/2009, 31f.

12 Die Ausführungen in vorliegendem Text sind vor allem auf österreichische Aktiengesellschaften gemünzt, behandeln jedoch auch deutsche Sachverhalte und deutsche Lehre und gelten grundsätzlich mutatis mutandis auch für andere Körperschaften mit Aufsichtsrat.

13 Der Aufsichtsrat hat gemäß § 75 AktG²⁵ die **Personalhoheit über den Vorstand**, schlägt der Hauptversammlung gemäß § 108 Abschlussprüfer zur Bestellung vor und berät den Vorstand, welcher ihm gemäß § 81 quartalsweise und jährlich Berichte zu **Geschäftspolitik** und Finanzlage zu erstatten hat, in **strategischen Fragen**.²⁶

14 In Durchbrechung des Vertretungsmonopols des Vorstands ist der Aufsichtsrat alleinig dafür zuständig, die Gesellschaft bei der Vornahme von **Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern** zu vertreten und gegen diese Rechtsstreitigkeiten zu führen. Durch diese Regelung soll die abstrakte Gefährdung von Gesellschaftsinteressen infolge auftretender Interessenkonflikte im Vorstand vermieden werden.²⁷

²⁵ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind stets solche des österreichischen Aktiengesetzes.

²⁶ G. Nowotny, Gesellschaftsrecht² (2005), 108f.

²⁷ Kalls, K/N/S, Rz 3/528.

Gemäß §§ 95f kommen dem Aufsichtsrat 15
Bucheinsichtsrechte zu und ist seine **Zustimmung zur Vornahme bestimmter Geschäfte** einzuholen, er billigt den **Jahresabschluss** und erstattet der Hauptversammlung Bericht;²⁸ gemeinsam mit dem Vorstand kann er der Hauptversammlung Beschlussvorschläge zu bestimmten Fragen vorlegen.²⁹

Die erwähnten Befugnisse kommen nicht den einzelnen 16
Aufsichtsratsmitgliedern, sondern dem Aufsichtsrat als **Kollegialorgan** zu,³⁰ welches seine **Willensbildung durch Mehrheitsbeschlüsse** in Sitzungen, ausnahmsweise im Umlaufweg, erreicht.³¹

B. Vergleich des Aufsichtsrats mit dem Board-System

In Österreich waren und sind seit dem IRÄG 1997 17
beziehungsweise im Zuge der Entstehung des Österreichischen Corporate-Governance-Kodex seitens des Gesetzgebers Bemühungen bemerkbar, die Effektivität des Aufsichtsrats zu

²⁸ Vgl die Textbeispiele bei Brix, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft (2009), 239.

²⁹ Wandl, Rechte und Pflichten in der Hauptversammlung – Aktionäre, Vorstand, Aufsichtsrat und Außenstehende, in Abram/Oberlechner/Stelzger (Hg), Handbuch Hauptversammlung (2010), 257.

³⁰ Gagawzuk et alii, Der Aufsichtsrat (2004), 111.

³¹ Kalss, K/N/S, Rz 3/556, 3/563.

stärken; gravierende Bilanzskandale hatten die **Verantwortung des Aufsichtsrats** hinsichtlich Prävention und Überwachung problematischen Handelns des Vorstands in den Fokus der Aufmerksamkeit auch der Gerichte gerückt. Insbesondere nehmen Diskussionen über die **Miteinbeziehung des Aufsichtsrats in die Unternehmensleitung** zu, auch weil das deutsche und österreichische Spezifikum der Gewaltentrennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat – "**Two Tier System**" – international weitgehend ungebräuchlich ist.³²

18 Faktisch hat der Aufsichtsrat bereits **an Bedeutung gewonnen**, die Zeiten seltener Aufsichtsratssitzungen und des Verständnisses des Aufsichtsratsmandats als "Ehrenamt" sind vorbei. Dennoch spart die gesetzliche Regelung nach wie vor praktisch wichtige Konfliktherde thematisch aus – insbesondere die Behandlung von Interessenkonflikten, denen Aufsichtsratsmitglieder unterliegen. Das weltweit bedeutendere "**Board-System**" ist allerdings in gewisser Weise noch anfälliger für die Gefahr von Interessenkonflikten.³³

³² *Pastner*, Wirtschaftskriminalität, 52f.

³³ *Pastner*, Wirtschaftskriminalität, 52f.

In Rechtsordnungen, welche das Board-System vorsehen, 19
werden meist **einzelne Board-Mitglieder exekutiv tätig**,
während die restlichen jene kontrollierenden Aufgaben
wahrnehmen, welche in Deutschland und Österreich den
Aufsichtsratsmitgliedern zukommen.³⁴ Die Gründer einer
österreichischen Societas Europaea dürfen frei zwischen dem
dualistischen System mit Vorstand und Aufsichtsrat und dem
monistischen System mit **einheitlichem Verwaltungsorgan**
("board") wählen.³⁵

Da ausländische Regelungen über Interessenkonflikte 20
regelmäßig für das **board of directors in seiner Gesamtheit**
gelten und dessen Funktion – unbeschadet gleichzeitiger
Mitgliedschaft auch der executive directors – eindeutig eher der
des **Aufsichtsrats** als des Vorstands **entspricht**, ist es zulässig,
auch im Wege der Rechtsvergleichung Erkenntnisse zur
Lückenfüllung hinsichtlich der angezeigten Vorgangsweise beim
Umgang mit Interessenkonflikten im Aufsichtsrat zu gewinnen.³⁶

³⁴ G.Nowotny, GesR², 109.

³⁵ Vgl dazu Barnert/Doležel/Egermann/Illigasch, Societas Europaea (2005), 79ff.

³⁶ P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 579.

21 In Großbritannien normiert der Companies Act 2006 folgende **Pflichten für directors**:

- "duty to act within powers" (Section 171),
- "duty to promote the **success of the company**" (Section 172),
- "duty to exercise independent judgement" (Section 173),
- "duty to exercise **reasonable care**, skill and diligence" (Section 174),
- "duty to **avoid conflicts of interests**" (Section 175),
- "duty not to accept benefits from third parties" (Section 176),
- "duty to **declare interest** in proposed transaction or arrangement" (Section 177).³⁷

22 Section 171 umfasst verschuldensunabhängige Haftung auf Schadenersatz für Fälle, in denen die directors ihre ihnen an sich zustehenden **Befugnisse außerhalb** des Rahmens ausüben, der durch die **constitution** der Gesellschaft gesteckt wird (der Begriff der constitution geht über jenen der Satzung hinaus und umfasst etwa auch Hauptversammlungs-Beschlüsse), sowie die Pflicht,

³⁷ P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 567-572.

Befugnisse nur für jene Zwecke, für deren Verfolgung sie eingeräumt wurden, auszuüben (**Missbrauchskontrolle**). Gegen Section 171 wird immer dann verstoßen, wenn directors eigene oder **gesellschaftsfremde Sonderinteressen** verfolgen. Unter diesem Gesichtspunkt problematisch war die Delegation der Geschäftsführung von auf Jersey ansässigen Meinel-Gesellschaften gegen **überhöhtes Entgelt** auf von der Meinel Bank abhängige Tochtergesellschaften.³⁸

Section 172 normiert die Pflicht zum Handeln im **Interesse** 23 **der Gesellschaft**. Dabei sind folgende Faktoren mit zu berücksichtigen: (i) langfristige Auswirkungen von Entscheidungen, (ii) Interessen der Arbeitnehmer, (iii) Geschäftsbeziehungen mit Zulieferern und Kunden, (iv) Einfluss der Gesellschaft auf Umgebung und Umwelt, (v) Reputation der Gesellschaft und (vi) faire gegenseitige Behandlung der Gesellschafter.³⁹

³⁸ P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 569f.

³⁹ P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 571.

- Section 173 ordnet an, dass die directors **unbefangen** vorzugehen sich insbesondere nicht an den Interessen der Entsendungsberechtigten auszurichten haben.
- Section 174 hat eine allgemeine **Sorgfaltspflicht** zum Inhalt, die bei konkret vorliegenden gesteigerten Fähigkeiten weiter verschärft wird.
- Section 175 verlangt, bereits Situationen, in denen auch nur potentiell ein **Interessenkonflikt** droht, zu **vermeiden**.
- Section 176 verbietet **Vorteilsannahme von Dritten** für Handlungen oder Unterlassungen in der Funktion als director.
- Section 177 verpflichtet zur Information der anderen directors über (auch indirekte) **Eigeninteressen** an Geschäften.⁴⁰

In den USA ist die Frage, ob ein Board-Mitglied befangen agiert hat, vor allem deswegen von Bedeutung, weil nach US-amerikanischem Recht Entscheidungen, die der Gesellschaft im Nachhinein betrachtet wirtschaftlich nachteilig sind, dann keiner

⁴⁰ P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 572ff.

gerichtlichen Überprüfung unterliegen, wenn (neben anderen Voraussetzungen) die Entscheidungsträger **frei von Eigeninteressen** gehandelt haben (business judgement rule).⁴¹

Die **business judgement rule** hat im Wege eines 26 sogenannten legal transplant Eingang ins deutsche Aktienrecht genommen, allerdings ist ihr Anwendungsbereich **in Deutschland** weiter – sie soll nur bei **Interessenkonflikten** keine Anwendung finden, nicht bereits bei bloßen Eigeninteressen. Österreichische Gerichte könnten die Mitwirkung des Aufsichtsrats an der Durchführung **zustimmungspflichtiger Geschäfte in Zusammenhang mit Unternehmenskäufen und Übernahmeangeboten** nach der business judgement rule beurteilen.⁴²

Nicht jeder Interessenkonflikt geht auch mit 27 Pflichtverletzungen einher. **Entfällt** das Haftungsprivileg der **business judgement rule** aufgrund eines Interessenkonflikts, so kann sich das betroffene Organmitglied vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit mit dem **Entlastungsbeweis** freibeweisen, dass die durch den Konflikt gegebene konkrete Gefährdung des

⁴¹ P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 574ff.

⁴² P.Doralt/W.Doralt, FS Koziol, 577f, 584.

Unternehmensinteresses sich deswegen nicht zu dessen Verletzung verdichtet hat, weil das Organmitglied dem Unternehmensinteresse Vorrang gegeben hat.⁴³

- 28 Hat das konfliktverfangene Aufsichtsratsmitglied den Interessenkonflikt gegenüber dem Gesamtgremium nicht offengelegt, oder zwar offengelegt, aber dennoch mitgestimmt, sich an der Beratung beteiligt, oder die Entscheidungsfindung anderweitig beeinflusst, so erfasst der **Verlust des Haftungsprivilegs** auch alle anderen Mitglieder des Aufsichtsrats.⁴⁴

C. Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat

- 29 Die **primäre Verantwortung für die Kontrolle** des Unternehmens trägt der **Vorstand**. Im Vergleich zu dieser Vorstandskontrolle ist für die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats geringere Informationsdichte erforderlich, die **Aufsichtsratsüberwachung** ist von **geringerer Kontrollintensität** und weist einen herabgesetzten Kontrollumfang auf. Der Aufsichtsrat hat vor allem jene

⁴³ Scholderer, NZG 2012, 175.

⁴⁴ Scholderer, NZG 2012, 175.

Führungsentscheidungen des Vorstands zu kontrollieren, welche sich maßgeblich auf Rentabilität und Liquidität des Unternehmens auswirken und deshalb **von erheblicher Bedeutung** sind (**Grundsatz der Wesentlichkeit**), etwa in Zusammenhang mit Geschäftsgebarung und Unternehmensentwicklung.⁴⁵

Der Aufsichtsrat informiert sich auch aus **Jahresabschluss**, 30 **Lagebericht** oder **Prüfbericht** des Abschlussprüfers; dabei ist er kaum Herr der eigenen Informationsversorgung, sondern vielmehr in hohem Maße darauf angewiesen, vom Vorstand mit Informationen versorgt zu werden, welcher ihm allerdings keine für die Wahrnehmung seines Überwachungsauftrags wesentlichen Informationen vorenthalten darf.⁴⁶ Auf die vom Vorstand zusammengestellten Unterlagen darf sich der Aufsichtsrat nicht blind verlassen, doch hat er ihnen auch nicht durchgängig zu misstrauen. Das Ausmaß seiner gebotenen **Kontrolltätigkeit hängt von der Lage der Gesellschaft und der konkreten Berichtssituation ab (gestufte Pflichtenlage)**.⁴⁷

⁴⁵ *Kalss*, Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand, AR aktuell 4/2011, 5f.

⁴⁶ *Kalss*, AR aktuell 4/2011, 6.

⁴⁷ *Kalss*, AR aktuell 4/2011, 5-7.

31 Solange **keine Anzeichen** für (i) **Fehlverhalten** des Vorstands (zum Beispiel Erteilung falscher, unvollständiger oder irreführender Auskünfte), (ii) **Krisensituation** (vor allem, aber nicht nur: Unternehmenskrise), oder (iii) besonders **riskante Geschäftstätigkeit** vorliegen, und sich aus den vom Vorstand erteilten Informationen ein zur Entscheidungsfindung geeignetes vollständiges Bild ergibt, darf und muss der Aufsichtsrat sich damit begnügen, den ein bestimmtes Vorhaben betreffenden Bericht des Vorstands **auf Plausibilität zu prüfen**, das heißt in einzelnen Angelegenheiten gezielt nachzufragen oder die Spezifizierung bestimmter Aussagen zu begehren; Zusatzinformationen hat er nicht anzufordern, weitere Nachforschungen nicht anzustellen.⁴⁸ Liegen Anzeichen auf eine dieser drei **Sondersituationen** vor, dann besteht neben **gesteigerter Überprüfungspflicht** auch eine eigene **Nachforschungspflicht** des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat ist dann zur Ausübung seines Rechts auf Augenschein und zur Einholung eigenständiger Informationen, eventuell auch fachkundigen Rats berechtigt und verpflichtet (zum Beispiel Befragung von Mitarbeitern, Beiziehung von Sachverständigen).⁴⁹

⁴⁸ *Kalss*, AR aktuell 4/2011, 5-7.

⁴⁹ *Kalss*, AR aktuell 4/2011, 5-7.

An Mitteln der Überwachung stehen dem Aufsichtsrat zur 32

Verfügung:

- (in der Regel schriftliche) Vorstands**berichte**, nämlich
 - Pflichtbericht gemäß § 81,
 - Vorlagebericht gemäß § 95 Abs 5, sowie
 - Anforderungsbericht;
- **Einsichtsrechte**
 - in Bücher und Schriften,
 - hinsichtlich Vermögensgegenstände und Schulden,
 - unter Beiziehung eines Sachverständigen zur Untersuchung bestimmter Vorfälle (Sonderprüfung);
- Einberufung der **Hauptversammlung**, wenn das Wohl der Gesellschaft dies verlangt
 - etwa bei einem geplanten Kapitalschnitt,
 - oder in Zusammenhang mit einem geplanten Misstrauensvotum im Sinne des § 75 Abs 4;
- Normierung von **Zustimmungsvorbehalten** hinsichtlich bestimmter Geschäftsarten.⁵⁰

⁵⁰ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/517-519.

33 Man unterscheidet **unterstützende Überwachung** (zum Beispiel Anordnung von Genehmigungsvorbehalten) **und gestaltende Überwachung** (zum Beispiel Wahrnehmung von Zustimmungswerten, Wahrnehmung der Personalkompetenz in Bezug auf den Vorstand). Die notwendige Ausgestaltung der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats ist **abhängig von der Lage der Gesellschaft**. Je krisenhafter die wirtschaftliche Situation des Unternehmens, desto intensiver hat der Aufsichtsrat tätig zu werden, das heißt manchmal kann mit bloßen **Tatsachenfeststellungen** das Auslangen gefunden werden, mal ist notwendig, dass sich der Aufsichtsrat ein **Urteil über eine Sachlage** bildet, mal ist direkte **Einwirkung** auf den Vorstand vonnöten.⁵¹

34 Der Aufsichtsrat hat nicht jede Tätigkeit des Managements, insbesondere nicht das Tagesgeschäft zu **überwachen**, sondern die Ausübung der **unternehmerischen Führungsfunktionen** Unternehmensplanung, Unternehmenskoordinierung und Unternehmenskontrolle auf Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu kontrollieren.⁵²

⁵¹ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/515.

⁵² *Kalss*, K/N/S, Rz 3/515f.

Der Aufsichtsrat ist **kein Supergeschäftsführungsorgan** 35
und auch nicht Vorgesetzter der Geschäftsführung.⁵³ Allenfalls
kann formuliert werden, dass der Aufsichtsrat in Erfüllung seiner
Überwachungs-, Erörterungs- und Beratungsaufgaben
beziehungsweise durch Erteilung oder Versagung seiner
Zustimmung "**mitgeschäftsführend**" tätig werden darf.⁵⁴

Dem Aufsichtsrat kommen gegenüber dem Vorstand **keine** 36
Anleitungs-, Weisungs- oder Initiativrechte zu; er hat ihm
vorgelegte Vorhaben kritisch zu prüfen, gegebenenfalls eigene
Überlegungen beizusteuern und im Dialog mit dem Vorstand zu
versuchen, Einfluss auf die künftige Geschäftspolitik zu nehmen.
Trifft der Vorstand eine vertretbare Entscheidung innerhalb seines
Ermessensspielraums, darf der Aufsichtsrat seine Genehmigung
nicht bereits deswegen verweigern – er hat den Vorstand erst bei
eklatanter Überschreitung dieses Spielraums zur Ordnung zu
rufen.⁵⁵

⁵³ OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k = GesRZ 2002, 86.

⁵⁴ R. Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 98, 99 Rz 32.

⁵⁵ Kalss, K/N/S, Rz 3/514ff.

D. Zustimmung des Aufsichtsrats zu bestimmten Geschäften

37 Seit dem GesRÄG 1982 bedürfen in Österreich eine Reihe taxativ aufgezählter **Geschäfte und Maßnahmen** von Gesetzes wegen der **Zustimmung des Aufsichtsrates** (etwa Erwerb von Beteiligungen oder Liegenschaften), weitere Arten von Geschäften können dann von Hauptversammlung oder Aufsichtsrat ebenfalls Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats unterworfen werden, wenn dies zur Wahrnehmung seines Überwachungsauftrags notwendig erscheint.⁵⁶

38 In Deutschland müssen Aufsichtsrat oder Hauptversammlung im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht in Zusammenhang mit Entscheidungen oder Maßnahmen, die geeignet sind, die **Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage des Unternehmens** grundlegend zu verändern, Zustimmungsvorbehalte setzen.⁵⁷ **Jedes Aufsichtsratsmitglied muss** in der Lage sein, zu **erkennen, welche Entscheidungen** so bedeutsam für das Unternehmen sind, dass sie **nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats** getroffen werden dürfen.⁵⁸

⁵⁶ Semler, Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Überwachung durch den Aufsichtsrat, FS P.Doralt, 611.

⁵⁷ Semler, FS P.Doralt, 610f.

⁵⁸ BGH 15.11. 1982, II ZR 27/82 = BGHZ 85, 293 = AG 1983, 133 – "Hertie".

Semler bejaht die Pflicht zur Normierung von 39
Zustimmungsvorbehalten etwa in Fällen von

- langfristigen Finanzierungen,
- Erschließung neuer Tätigkeitsfelder,
- Einstellung leitender Angestellter,
- Beratungsverträge über einem bestimmten Volumen,
- außertariflichen Leistungen an Arbeitnehmer.⁵⁹

Zustimmungsvorbehalte beschränken lediglich die 40
Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands, **nicht** seine
Vertretungsbefugnis; sie haben klare Bezeichnungen aufzuweisen
– Vorbehalte für alle "wichtigen" oder "außergewöhnlichen"
Geschäfte sind unzureichend formuliert und deshalb unwirksam.
Alle Beschlüsse, die Zustimmungsvorbehalte festlegen, haben
hinreichend dokumentiert zu werden. Die **Beschränkung der
Geschäftsführungsbefugnis** des Vorstands ist **nur innerhalb
gewisser Grenzen** zulässig – Zustimmungsvorbehalte dürfen
nicht so weit gespannt werden, dass im Ergebnis die
Geschäftsführungsbefugnis auf den Aufsichtsrat übertragen würde.
Auch wenn bestimmte Geschäfte nur mit Zustimmung des
Aufsichtsrats durchgeführt werden dürfen, kommt dem

⁵⁹ *Semler*, FS P.Doralt, 619f.

Aufsichtsrat dennoch auch in diesen Bereichen niemals ein Initiativrecht zu – dieses gebührt stets dem Vorstand.⁶⁰

41 Zustimmungsvorbehalte sind weder dafür da, den Einfluss des Staates, eines Konzerns oder einer Familie sicherzustellen, noch haben sie den Zweck, den Aufsichtsrat an der Geschäftsführung mitwirken zu lassen – es handelt sich schließlich um ein Instrument zu deren Überwachung, das unter Anderem sicherstellt, dass der Vorstand den Aufsichtsrat in den betroffenen Geschäftsfeldern stets informiert und sich auf diese Informationserteilungen ausreichend vorbereitet, das heißt der Vorstand wird zur **verstärkten Eigenkontrolle** angehalten.⁶¹

42 Im Rahmen der Entscheidung über Geschäfte, die Zustimmungsvorbehalten unterliegen, sind Vorstand und Aufsichtsrat gleichberechtigt, das heißt obwohl der Aufsichtsrat an der eigentlichen Geschäftsführung nicht mitwirkt, wirkt er dennoch an unternehmerischen Entscheidungen mit, was zu **erweiterten Zuständigkeiten und Sorgfaltspflichten** führt.⁶²

⁶⁰ Semler, FS P.Doralt, 613, 617, 620.

⁶¹ Semler, FS P.Doralt, 616, 620f.

⁶² Semler, FS P.Doralt, 616, 620f.

Schlägt der Vorstand ein zustimmungspflichtiges Geschäft 43 vor, hat der Aufsichtsrat zunächst diesen Vorschlag auf **Ordnungsmäßigkeit** und **Rechtmäßigkeit**, sodann auch auf **Zweckmäßigkeit** und **Wirtschaftlichkeit** zu prüfen (diese Prüfung fällt dann oberflächlicher aus, wenn das beabsichtige Vorhaben ohnehin Deckung in der festgelegten Unternehmensplanung findet). Dem Aufsichtsrat kommt bei Vornahme dieser unternehmerischen Mitentscheidung derselbe weite **Ermessensspielraum** zu, der sonst dem Vorstand zukommt, insbesondere haftet der Aufsichtsrat nicht für den Erfolg des Unterfangens sondern lediglich für die Einhaltung der gebotene **Sorgfaltspflicht** – das kann unter Umständen aber auch bedeuten, dass der Aufsichtsrat dafür haftet, dass er ein vorteilhaftes Geschäft pflichtwidrig ablehnt und dadurch die Gesellschaft schädigt.⁶³

E. Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat setzt sich aus gemäß §§ 87f von der 44 Hauptversammlung gewählten, von entsendungsberechtigten Gesellschaftern entsandten oder ausnahmsweise gerichtlich bestellten **Vertretern der Gesellschafter** bzw allenfalls auch

⁶³ Semler, FS P.Doralt, 621f.

gemäß § 110 ArbVG entsandten **Vertretern der Arbeitnehmer** zusammen. Er wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und kann zur Aufteilung der anfallenden Arbeit Ausschüsse bilden.⁶⁴

45 Aufsichtsratsmitglieder sind dies regelmäßig im **Nebenberuf**⁶⁵ und haben ihre Aufgaben persönlich zu erfüllen;⁶⁶ sie können gemäß § 86 AktG den Aufsichtsräten von insgesamt bis zu 10 Gesellschaften beziehungsweise bis zu 8 börsennotierten Gesellschaften angehören und gemäß § 98 Abs 1 durch Satzung oder Hauptversammlungs-Beschluss festzulegende Vergütungen für die Erfüllung ihrer Pflichten erhalten, zu denen **Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen** und **Beteiligung an Aufsichtsratsbeschlüssen** zählen.⁶⁷

46 Daneben können noch nach Maßgabe des § 86 bis zu **zehn weitere Aufsichtsratsmandate** zur Interessewahrung von Gesellschaftern mit wesentlichen Beteiligungen oder Gebietskörperschaften übernommen werden ("**Öffnungsklausel**").⁶⁸

⁶⁴ Kals, K/N/S, Rz 3/457, 3/477, 3/484, 3/486, 3/506f, 3/532, 3/539.

⁶⁵ Hoffmann-Becking, MünchHB GesR IV²§ 33 Rz 48.

⁶⁶ Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht²¹ (2008) § 28 Rz 35.

⁶⁷ Kals, K/N/S, Rz 3/496, 3/545, 3/557.

⁶⁸ Kals, K/N/S, Rz 3/463.

Die **Gründe für die** Nominierung und **Bestellung als** 47
Aufsichtsratsmitglied sind vielfältig: Einerseits soll die
Gesellschaft, insbesondere der Vorstand, von der Beratung durch
die Aufsichtsratsmitglieder, das heißt von deren eingebrachten
Wissen und Erfahrungswerten, profitieren, andererseits existiert
auch eine politische Dimension der Besetzung des Aufsichtsrats:
Würden dessen Mitglieder lediglich aufgrund ihrer Fähigkeiten
ausgewählt werden, gäbe es die dicht verflochtenen **Netzwerke** in
der Wirtschaft nicht.⁶⁹

Selbstverständlich haben Vertreter von **Banken** und 48
Lieferanten, Vorstandsmitglieder von **Konkurrenzunternehmen**
oder **ehemalige Vorstandsmitglieder der Gesellschaft**
regelmäßig exzellente Branchenkenntnis – doch spielt daneben
etwa auch eine Rolle, dass

- es im Interesse der Bank liegt, **Einfluss auf das Unternehmen**, welches sie mit Fremdkapital ausstattet, nehmen zu können und es im Interesse des Unternehmens liegt, durch die Etablierung einer engen Beziehung sicherzustellen, dass auf die **Unterstützung der Bank** auch in schlechten Zeiten Verlass ist,

⁶⁹ Oberhofer, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008), 98f.

- manche Aufsichtsratsmandate vor allem aus **Traditionsgründen** an bestimmte Personen vergeben werden,
- manche Aufsichtsratsmitglieder vor allem aufgrund ihrer **repräsentativen Qualitäten** ausgewählt werden – insbesondere Vorstandsvorsitzende großer Branchenkonkurrenten im Aufsichtsrat indizieren Reputation, Leistungsfähigkeit und Bonität der Gesellschaft,
- der Aufbau eines **Vertrauensverhältnisses zu anderen Unternehmen** durch gegenseitige Verpflichtungen und Dankbarkeiten dazu beiträgt, die natürlichen mit jeder Geschäftsbeziehung einhergehenden **Risiken zu minimieren**.⁷⁰

⁷⁰ *Oberhofer*, Unabhängigkeit, 98f.

III. Grundlegendes zum Aufsichtsratsmitglied

A. Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft

Zwischen den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern und der 49 Gesellschaft besteht nach **österreichischem Rechtsverständnis** in Gesamtbetrachtung ein Rechtsverhältnis sui generis, bestehend aus zwei **parallel laufenden Rechtsbeziehungen**, nämlich einem **Verbandsrechtlichen** Verhältnis (mit Annahme der Bestellung entstehen Rechte und Pflichten aus der Organträgerstellung) und einem **schuldrechtlichen** Pflichtenband (dieses ist vom Auftragsrecht geprägt und enthält Elemente des freien Dienstvertrags).⁷¹

Nach **deutschem Rechtsverständnis** besteht kein 50 Vertragsverhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft, vielmehr liegt ein sogenanntes "**privates Amtsverhältnis**" vor.⁷²

⁷¹ Kalss, K/N/S, Rz 3/493.

⁷² Lutter, Corporate Governance in Österreich und in Deutschland, FS P.Doralt, 381.

*B. Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zu Belegschaft und
Aktionären*

51 Obwohl die Institution des Aufsichtsrats nicht zu diesem Zweck eingerichtet wurde, versuchen herrschende **Gesellschafter** sehr häufig, **über** von ihnen gestellte **Aufsichtsratsmitglieder Einfluss auf die Gesellschaft** zu nehmen. Dabei fällt es regelmäßig schwer, auszumachen, welche Entscheidungen das Aufsichtsratsmitglied selbst getroffen hat und welche in erster Linie zur Umsetzung von Interessen des Gesellschafters dienen. Als Faustregel kann dann **Veranlassung durch den Gesellschafter** angenommen werden, **wenn** der Vorschlag des dem Gesellschafter zuzurechnenden Aufsichtsratsmitglieds bereits **vorher** im Geschäftsführungs- oder Kontrollorgan des Gesellschafters **besprochen** wurde.⁷³

52 Der Aufsichtsrat soll seine Geschäfte gegebenenfalls auch gegen den Willen einer Mehrheit der Anteilseigner oder der Belegschaft selbständig und Weisungsfrei zum **langfristigen Nutzen der Gesellschaft** führen – da dies letzten Endes den Aktionären und den Arbeitnehmern am meisten nützt. Das

⁷³ *Semler*, Rechtsvorgabe und Realität der Organzusammenarbeit in der Aktiengesellschaft, FS Lutter, 724.

Gesamtinteresse des Unternehmens steht über den Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer. Im Übrigen haben verschiedene **Aktionärsgruppen** häufig **unterschiedliche Interessen** – manche wünschen häufige Ausschüttungen, andere sind am Kurs der Aktien, wieder andere an der Bildung von Eigenkapital interessiert.⁷⁴

Im Aufsichtsrat sollen sämtliche Aufgaben vorbehaltlos und 53 unvoreingenommen diskutiert werden können und gegensätzliche Auffassungen offen ausgetragen werden können – dies macht den Aufsichtsrat jedoch zu **keinem unternehmenspolitischen Entscheidungsorgan zur Austragung kollektiver Interessenkonflikte** durch die Vertreter verschiedener Interessengruppen. Die Bezeichnung "Vertreter" bezieht sich nur auf den Bestellungsverfahren, Aufsichtsratsmitglieder sind **keine** gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten oder **Beauftragte** ihrer Wähler oder Entsender⁷⁵ und insbesondere **nicht an deren Weisungen gebunden.**⁷⁶

⁷⁴ Hengeler, Zum Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, FS Schilling, 190ff.

⁷⁵ Hengeler, FS Schilling, 187, 191, 195f.

⁷⁶ Koziol, Pflichtenkollisionen im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, FS G.Frotz, 352.

54 Obwohl (insbesondere entsandte) Aufsichtsratsmitglieder sich häufig "ihrem" Aktionär verantwortlich fühlen, sind sie nicht berechtigt, dessen Fragen zu **vertraulichen Informationen aus dem Aufsichtsrat** zu beantworten (der Aktionär unterliegt schließlich keiner Verschwiegenheitspflicht und dürfte sich als Zeuge vor Gericht nicht der Aussage entziehen). Aufsichtsratsmitglieder verweisen ratsuchende Aktionäre am besten stets auf deren **Fragerecht in der Hauptversammlung**.⁷⁷

55 **Aufsichtsratsmitglieder werden nicht gewählt, um einem Informationsbedürfnis ihrer Wähler Genüge zu tun:** Zwischen Arbeitnehmervertretern und **Belegschaft** beziehungsweise Betriebsrat besteht kein Abhängigkeits- oder gar Haftungsverhältnis, insbesondere keine Pflicht zur Informationsweitergabe, vielmehr gilt die **Verschwiegenheitspflicht**. Verschwiegenheit ist **auch gegenüber Aktionären** zu wahren, seien sie auch Entsendungsberechtigte, Groß- oder Mehrheitsaktionäre. Jede Unterrichtung der Aktionäre und Belegschaft hat durch den Vorstand zu erfolgen.⁷⁸ Insbesondere **Informationserteilung** hinsichtlich Umsatzziffern, Kosten, Preisen, Personalstand,

⁷⁷ Nitsche, FS Krejci I, 761.

⁷⁸ Hengeler, FS Schilling, 195f, 199.

vereinbarten Konditionen oder Gehältern ist **Sache des Vorstands.**⁷⁹

Um dem **natürlichen Informationsinteresse der Belegschaft** und der **betriebsverfassungsrechtlichen Informationspflicht des Arbeitgebers** zu entsprechen, ist in einigen Gesellschaften ein Verfahren üblich, bei dem **Aufsichtsrat und Vorstand gemeinsam darüber entscheiden, welche Informationen** aus Aufsichtsratssitzungen gegenüber dem Betriebsrat **offengelegt werden dürfen**, und dies ausdrücklich feststellen.⁸⁰

C. Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstand

Bei begründeter Beanstandung kann und muss der Aufsichtsrat für Fehlentwicklungen verantwortliche Vorstandsmitglieder abberufen, wodurch die Notwendigkeit ausreichender **Unabhängigkeit** seiner Mitglieder **vom Vorstand** deutlich wird.⁸¹

⁷⁹ Nitsche, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, FS Krejci I, 762.

⁸⁰ Hengeler, FS Schilling, 203, 205.

⁸¹ Kübler, Gesellschaftsrecht⁴ (1994), 185.

58 Distanz zum Vorstand muss auch **aus**
Haftungsminimierungserwägungen gehalten werden, etwa für
den Fall, dass der Vorstand im Rahmen seiner Geschäftsführung
ein Strafdelikt verwirklicht. Besteht ein zu amikales, das heißt zu
wenig sachliches und zu wenig objektives Verhältnis zum Vorstand
oder wirkt der Aufsichtsrat zu eng an der Tätigkeit des Vorstands
mit, anstatt sich auf seine Kernaufgaben zu konzentrieren, dann
entsteht bei den ermittelnden Behörden leicht der Eindruck, dass
auch Erhebungen gegen den Aufsichtsrat anzustellen sind.
Anzuraten ist in diesem Zusammenhang penible **Dokumentation**
(allenfalls Aktenvermerke) **der Entscheidungsvorgänge** im
Aufsichtsrat beziehungsweise der Zustimmung oder Ablehnung
einzelner Aufsichtsratsmitglieder.⁸²

59 Theoretisch sind alle Aufsichtsratsmitglieder immer
unabhängig, da keinerlei Aufträgen verpflichtet. **Rechte und**
Pflichten aus ihren Mandaten sind **höchstpersönlich** und
kommen nur ihnen zu, nicht jedoch den Organisationen, Familien
oder Unternehmen, aus denen sie kommen.⁸³ Praktisch bestehen
Aufsichtsräte häufig aus Seilschaften von mehr oder weniger
befeundeten Vorständen, die jeweils im Aufsichtsrat der anderen

⁸² Brandstetter, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, HB AR Rn 96ff.

⁸³ Lutter, Bankenvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 1981, 226 zit nach Kozjol, FS G.Frotz, 353.

sitzen. **Kritisches Hinterfragen der Vorstandstätigkeit** wird dabei oftmals vernachlässigt, wie mehrere Wirtschaftsskandale gezeigt haben.⁸⁴ Besonders die praktisch häufige Bestellung von ehemaligen Vorstandsmitgliedern zu Aufsichtsratsmitgliedern wird vielfach kritisiert. Das **ehemalige Vorstandsmitglied** könne Projekte, die von ihm begonnen wurden, **nicht objektiv** überwachen, Managementfehler der Vergangenheit nicht kritisch untersuchen. Es bestehe Vertuschungsgefahr.⁸⁵

In Österreich ist seit dem 2. Stabilitätsgesetz 2012 jeder 60 Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat einer börsennotierten Aktiengesellschaft innerhalb von zwei Jahren unzulässig. Nach der vergleichbaren Bestimmung in Deutschland kann dann auf die Anwendung der Cooling-off-Periode verzichtet werden, wenn **25%** der Aktionäre dem zustimmen. Um dieses "**Vertrauensvotum**" wollte sich *Josef Ackermann* nicht bemühen, welcher plangemäß eigentlich direkt vom Vorstand der Deutschen Bank in deren Aufsichtsrat wechseln hätte sollen.⁸⁶

⁸⁴ [Http://diepresse.com/home/meinung/kommentare/wirtschaftskommentare/737297/Hilfts-nicht-schadets-nicht?direct=737259&_vl_backlink=/home/wirtschaft/international/737259/index.do&selChannel=](http://diepresse.com/home/meinung/kommentare/wirtschaftskommentare/737297/Hilfts-nicht-schadets-nicht?direct=737259&_vl_backlink=/home/wirtschaft/international/737259/index.do&selChannel=).

⁸⁵ [Http://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft--Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat](http://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft--Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat).

⁸⁶ [Http://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft--Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat](http://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft--Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat).

61 Im Aufsichtsrat von Volkswagen besteht nicht nur die Problematik, dass neun von zehn Kapitalvertretern den Großaktionären (Familien Porsche und Piëch, Staatsfonds von Katar und Land Niedersachsen) nahestehen – hinzu kommt, dass das OLG Stuttgart dem Aufsichtsratsvorsitzenden *Ferdinand Piëch* in der Vergangenheit bereits wörtlich vorgeworfen hat, bei der **Kontrolle der** seinerzeitigen **Geschäftsführung** unter *Wendelin Wiedeking* in Zusammenhang mit Optionsgeschäften "Kardinalpflichten als Mitglied des Aufsichtsrats" verletzt zu haben.⁸⁷

62 Die **Europäische Kommission empfiehlt**, dass bei Gesellschaften, deren Anteile sich zu mehr als 20% im **Streubesitz** befinden mindestens einer beziehungsweise bei Gesellschaften mit mehr als 50% Streubesitz mindestens zwei der **Kapitalvertreter** im Aufsichtsrat

- selbst zu weniger als 10% an der Gesellschaft beteiligt sein,
- nicht die Interessen von Anteilseignern mit einer Beteiligung über 10% vertreten und

⁸⁷ [Http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2012-04/Piech-VW](http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2012-04/Piech-VW).

- **unabhängig** sein sollen; das heißt diese Aufsichtsratsmitglieder sollen in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu Gesellschaft oder Vorstand stehen, welche einen materiellen Interessenkonflikt begründet und geeignet ist, ihr Verhalten zu beeinflussen.⁸⁸

Anders als den Mitgliedern des Vorstands obliegt jenen des Aufsichtsrats **nicht die Leitung der Gesellschaft sondern vielmehr die Überwachung** dieser Leitung. Insbesondere in diesem besonders wesentlichen Aufgabenbereich des Aufsichtsrats kommen Haftungsfälle in Betracht.⁸⁹ Trotz des dualistischen Systems mit Trennung der Funktionen von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan in Österreich und Deutschland begegnet insbesondere bei sogenannten Familiengesellschaften nicht nur die Praxis, Vorstands- und Aufsichtsratsmandate zwischen Familienangehörigen aufzuteilen, **oftmals verschmelzen die Organe Vorstand, Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung** zu gemeinsam tagenden Kollegien.⁹⁰

⁸⁸ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/475.

⁸⁹ *Hoffmann-Becking*, MünchHB GesR IV² § 33 Rn 45, 47.

⁹⁰ *Kastner*, FS R.Strasser 847.

64 Auch außerhalb von Familiengesellschaften entsteht bisweilen de facto im – den Funktionstrennungsgrundsatz unterlaufenden – engen Zusammenwirken des Vorstandsvorsitzenden mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden eine **gesetzlich nicht vorgesehene einheitliche Leitungsinstitution**; ein Beispiel hierfür waren die sog "Chefbesprechungen" von AEG und Telefunken, in deren Rahmen sämtliche wichtigen Entscheidungen der Geschäftspolitik getroffen wurden.⁹¹ Sollte ein Aufsichtsratsmitglied die **Geschäfte tatsächlich selbst führen** und dabei das formell bestellte Handlungsorgan weitgehend verdrängen, kann es nach den Regeln der Vorstandshaftung haftbar gemacht werden ("**faktisches Organ**").⁹²

D. Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds

65 Im Vordergrund der Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder steht die Überwachungspflicht, welche die **Treuepflicht** und die **Verschwiegenheitspflicht** umfasst. War **schuldhaft**e Verletzung einer dieser Sorgfaltspflichten **kausal** für einen Schaden, dann haftet jedes Aufsichtsratsmitglied, welches sich nicht persönlich exkulpieren kann, das heißt welches **nicht**

⁹¹ Semler, FS Lutter, 730.

⁹² Schauer, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, HB AR, 1087.

auf den Pflichtverstoß **hingewiesen** hat *und* es **verabsäumt** hat, alles in seiner Macht stehende und zumutbare zu unternehmen, um den drohenden Schaden **abzuwenden**.⁹³

Seine Treuepflicht verbietet dem Aufsichtsratsmitglied, 66 jegliche Tätigkeit zu übernehmen, die geeignet ist, seine **Loyalität** zu beeinträchtigen oder den **Interessen der Gesellschaft** zu schaden.⁹⁴ Aus der Treuepflicht entstehen sowohl aktive Handlungspflichten als auch passive Unterlassungspflichten.⁹⁵

Die Einhaltung der Treuepflicht bereitet dann Probleme, 67 wenn ein Aufsichtsratsmitglied, welches diese Funktion ja regelmäßig als bloße **Nebentätigkeit** ausübt,⁹⁶ etwa als Vertreter von Anteilseignern oder Arbeitnehmern einem Interessenkonflikt unterliegt. In solchen Fällen hat nach herrschender Meinung grundsätzlich das **Unternehmensinteresse Vorrang**.⁹⁷

⁹³ HB AktR⁷ § 19 Rz 680f.

⁹⁴ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/573.

⁹⁵ *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 19.

⁹⁶ *Nitsche*, FS Krejci I, 768: "Die Angemessenheitsgrenze für die Entlohnung sowie die Beschränkung auf zehn Aufsichtsratsmandate schließen im Regelfall aus, dass die Aufsichtsratsfunktion ein Hauptberuf sein kann".

⁹⁷ HB AktR⁷ § 19 Rz 680f.

68 Auch ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied wird bei Pflichtenkollisionen nicht schon deswegen von der **Beachtung des Unternehmensinteresses** exkulpiert, weil ihm der Entsendungsberechtigte eine Weisung erteilt hat.⁹⁸

69 Eine abweichende **Meinung**, wie sie etwa *Hueck/Windbichler* vertreten, besagt, dass das Aufsichtsratsmitglied zwar Interessenkollisionen nicht zur Lasten des Unternehmensinteresses lösen darf, allerdings muss es auch **nicht immer den Interessen des Unternehmens Vorzug** vor den eigenen Interessen geben.⁹⁹

70 Unter Anschluss an *Krejci* weist *Nitsche* nach, dass die **Pflichten** der Mitglieder der Organe von Kapitalgesellschaften – und da besonders der Mitglieder des Aufsichtsrats – **zu relativieren** sind. Schon das Gesetz setzt der Ausübung solcher Funktionen sinnvolle Grenzen, darüber hinaus müssen die Anforderungen an die Aufsichtsrats-Tätigkeit der Realität Rechnung tragen. Nicht jedes Aufsichtsratsmitglied muss auch immer in jedem einzelnen Fall an Sitzungen und Beschlussfassungen des Kollegialorgans mitwirken; regelmäßig **reicht es aus, wenn** die notwendige **Funktionsausübung des**

⁹⁸ *Hopt/M.Roth*, GroßKomm AktG IV⁴ § 116 Rz 188.

⁹⁹ *Hueck/Windbichler*, GesR²¹ § 28 Rz 36.

Gesamtaufsichtsrats sichergestellt ist. Geht es um eigene Angelegenheiten des Aufsichtsratsmitglieds, entfällt sein Stimm- und Teilnahmerecht ohnehin; unterschiedslos kann das Aufsichtsratsmitglied von der Teilnahme entbunden werden, wenn es persönlich einer Interessenkollision unterliegt.¹⁰⁰

So soll nach *Nitsche* ein Steuerberater, welcher als 71 Aufsichtsratsmitglied über Kreditgewährung an seinen eigenen Klienten mitentscheiden müsste, um dessen Insolvenzgefahr er weiß, weder dafür noch dagegen stimmen, sondern prinzipiell an allen Beschlüssen über Kreditanträge seiner Klienten nicht teilnehmen. **Erst bei** mit Erwartung **regelmäßig wiederkehrender Interessenkollisionen** einhergehender Häufung solcher Befangenheitsfälle soll der Steuerberater in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied als derart beeinträchtigt anzusehen sein, dass er sein **Mandat zurücklegen** muss.¹⁰¹

Die einzige Schwäche dieser Meinung *Nitsches* liegt meines 72 Erachtens darin, dass sie jene Szenarien vernachlässigt, in denen die Teilnahme oder **Nichtteilnahme** des befangenen Aufsichtsratsmitglieds die **Stimmverhältnisse** im Aufsichtsrat

¹⁰⁰ *Nitsche*, FS Krejci I, 768f.

¹⁰¹ *Nitsche*, FS Krejci I, 768f.

wesentlich **verändert**: Insbesondere dann, wenn Arbeitnehmervertreter dem Aufsichtsrat angehören, ist bei Nichtabgabe der Stimme eines Kapitalvertreters die leichte Stimmenmehrheit der Anteilseigner in Gefahr;¹⁰² es ist in diesem Zusammenhang aber etwa auch an Fälle zu denken, in denen einander ähnlich starke verfeindete Gruppen unter den Kapitalvertretern gegenüberstehen.

E. Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds

73 Die österreichische gesetzliche Regelung über die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, welche grundsätzlich jener der Vorstandsmitglieder entsprechen soll, ist nach Ansicht des **OGH** unzulänglich.¹⁰³

74 Geheimzuhalten sind nach der Judikatur

- sämtliche Tatsachen und Erkenntnisse,
- die nur einem überschaubaren und zur Geheimhaltung verpflichteten Personenkreis bekannt,
- jedoch anderen Personen nur **schwer zugänglich** sind,¹⁰⁴

¹⁰² E.Vetter, Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds, HB börsenAG § 29 Rz 27.

¹⁰³ OGH 18.6.1970, JBl 1971, 205.

¹⁰⁴ OGH 2.12.1948, EvBl 1949/430.

- und sich auf den produktionstechnischen oder **wirtschaftlichen Bereich** beziehen,
- wobei ein **objektives Interesse an ihrer Geheimhaltung** besteht.¹⁰⁵

Nur der Vorstand kann beurteilen, welche Tatsachen 75 geheim zu halten sind. **Auch immaterielle Werte** wie Ruf und Ansehen des Unternehmens oder Ordnung und Friede im Betrieb können schutzwürdig sein. Im Übrigen kann aus der Verletzung immaterieller Interessen auch die Verletzung wirtschaftlicher Interessen des Unternehmens resultieren.¹⁰⁶

Ein Indiz für Geheimhaltungspflicht besteht im Hinweis 76 seitens des Vorstands, dass eine Angabe "**vertraulich**" oder hinsichtlich bestimmter Daten "Diskretion" angebracht sei. Im Zweifel ist von Geheimhaltungspflicht auszugehen. Beschlussfassung im Aufsichtsrat darüber, ob im Einzelfall Geheimhaltungspflicht besteht ist zulässig, dann aber auch bindend.¹⁰⁷

¹⁰⁵ OGH 12.10.1971, ÖBl 1972, 72.

¹⁰⁶ Hengeler, FS Schilling, 180.

¹⁰⁷ Nitsche, FS Krejci I, 756.

77 Die **Verschwiegenheitspflicht** der Aufsichtsratsmitglieder besteht **gegenüber jedermann**, das heißt etwa auch gegenüber dem Betriebsrat oder Gesellschaftern: Aufsichtsratsmitglieder haben **jedenfalls** hinsichtlich solcher **vertraulicher Angaben** und **Geschäftsgeheimnissen** der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren, welche ihnen durch ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied bekannt geworden sind (das heißt die **Organmitgliedschaft** war **ursächlich für die Erlangung der Information**, Behandlung in einer Aufsichtsratssitzung ist nicht erforderlich), **im Einzelfall** gilt das Stillschweigegebot als Ausfluss der Treuepflicht jedoch **auch** für **Geheimnisse** und **vertrauliche Informationen**, die **privat erlangt** wurden, soweit das Unternehmensinteresse dies verlangt.¹⁰⁸

78 Geheimnisse sind

- nicht offenkundige Tatsachen, welche
- nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind,
- nach dem (auch nur mutmaßlichen!) Willen der Gesellschaft geheim bleiben sollen und
- an deren Geheimhaltung ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht;

¹⁰⁸ *Krieger*, Organpflichten und Haftung in der AG, HB MH² § 3 Rn 34-36.

- davon sind **jedenfalls**, aber nicht ausschließlich, **Betriebsgeheimnisse** (zum Beispiel technische Informationen wie Herstellungsverfahren)
- und **Geschäftsgeheimnisse** (zum Beispiel Unternehmensplanung) erfasst.¹⁰⁹

Vertrauliche Angelegenheiten sind alle Informationen, an 79 deren **Nichtweitergabe** die Gesellschaft interessiert ist, wobei dieses **Interesse der Gesellschaft** auch aus Interessen Dritter (etwa Kunden) resultieren kann; weder Geheimniseigenschaft noch ausdrückliche Kennzeichnung als "vertraulich" sind für die Qualifikation als "vertrauliche Angelegenheit" erforderlich.¹¹⁰

Vertrauliche Informationen dürfen nur **ausnahmsweise** 80 **weitergegeben** werden, nämlich **zur Abwendung eines größeren Schadens**, der durch Geheimhaltung entstehen würde; zum Beispiel wenn in der Belegschaft die Gefahr spontaner Streiks besteht oder wenn ein öffentlich unzumutbar angegriffenes Aufsichtsratsmitglied sich nicht anders helfen kann, als sich ebenfalls mit Informationen an die Öffentlichkeit zu wenden.¹¹¹

¹⁰⁹ *Krieger*, HB MH² § 3 Rn 34-36.

¹¹⁰ *Krieger*, HB MH² § 3 Rn 34-36.

¹¹¹ *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 34.

*F. Beachtung des Unternehmensinteresses durch das
Aufsichtsratsmitglied*

81 Aufsichtsratsmitglieder haben sich in einer der Verkehrsauffassung objektiv entsprechenden Weise zu bemühen, ihre **gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen** (insbesondere Vorsorge für eine geeignete Unternehmensführung, Kontrolle der Verwaltung der Gesellschaft auf Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit). Dabei haben sie den Unternehmensverlauf unter Heranziehung aller zur Verfügung stehender Informationsquellen im Auge zu behalten und alles vorzukehren, was vom Aufsichtsrat einerseits **zum Wohl des Unternehmens** und andererseits **gegen dessen Absinken** getan werden kann.¹¹²

82 **Grundsätzlich** ist davon auszugehen, dass das Unternehmensinteresse **auch** von solchen Aufsichtsratsmitgliedern **sachgerecht** (das heißt vorrangig) **wahrgenommen** werden kann, welche gleichzeitig **anderen Verpflichtungen** unterliegen.¹¹³

¹¹² R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ (2010) §§ 98, 99 Rz 33, 35.

¹¹³ Marsch-Barner, ArbHB ARM § 12 Rn 95.

Gerade Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat unterliegen 83
stets und unausweichlich einem (dem Kapitalismus
systemimmanenten) sogenannten **"natürlichen
Interessengegensatz"**;¹¹⁴ dies bedeutet nicht, dass damit auch
immer Interessenkonflikte einhergehen: Dass in das Unternehmen
investiert sowie seine innere Substanz und nachhaltige
Wertschöpfung erhalten wird, liegt im **Interesse der
Arbeitnehmer**; hingegen liegen **Interessenkonflikte** vor, wenn
Personal abgebaut oder Betriebsstätten **geschlossen** werden
sollen.¹¹⁵

Die Frage, wie das Unternehmensinteresse konkret zu 84
bestimmen ist, ist praktisch noch nicht restlos gelöst,¹¹⁶ den
stärksten Anhaltspunkt liefert die Formulierung der
Geschäftspolitik durch den Vorstand. Das
Unternehmensinteresse ist darauf gerichtet, **Erfolg am Markt**,
innere **Stabilität** und **Selbsterhaltung** des Unternehmens zu
sichern, doch was dies genau bedeutet, lässt sich weder abstrakt
noch für den Einzelfall mit letzter Sicherheit festlegen.¹¹⁷

¹¹⁴ *Semler*, MünchKommAktG III² § 100 Rn 148.

¹¹⁵ *Scholderer*, Unabhängigkeit und Interessenkonflikte der Aufsichtsratsmitglieder, NZG 2012, 173.

¹¹⁶ *Kremer* in *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex² (2005) Rz 1095.

¹¹⁷ *Marsch-Barner*, ArbHB ARM § 12 Rn 91ff.

85 Der **Vorrang des Unternehmensinteresses vor anderen** persönlichen oder beruflichen **Interessen** des Aufsichtsratsmitglieds gilt **nur** dann, **wenn** die Gesellschaft von der konkreten **Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied** beziehungsweise vom Ausnutzen der mit dieser Stellung verbundenen Einflussnahmemöglichkeiten **betroffen** ist.¹¹⁸

86 Die eigentliche Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats hat zwar Vorrang vor Pflichten aus der hauptberuflichen Tätigkeit beziehungsweise vor Privatinteressen, doch **außerhalb der Organfunktion** dürfen Aufsichtsratsmitglieder **grundsätzlich gesellschaftsfremde Interessen verfolgen**, dabei **aber** dennoch **keine durch die Aufsichtsrats Tätigkeit erworbenen Kenntnisse zum Nachteil der Gesellschaft verwerten**.¹¹⁹

87 Zur Einschätzung des Spannungsverhältnisses zwischen gesellschaftsfremden Interessen und jenen des Unternehmens kann ein dreistufiges Modell herangezogen werden:

- **Abstrakte Gefährdung** des Unternehmensinteresses liegt bei mangelnder Unabhängigkeit eines

¹¹⁸ *Ballof et alii*, Gesellschaftsrecht für die Praxis 2009 (2009), Rn 32.570.

¹¹⁹ *Kübler*, GesR⁴ 184.

Aufsichtsratsmitglieds vor, das heißt dann, wenn anderweitige Interessen des Aufsichtsratsmitglieds potentiell (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) mit dem Unternehmensinteresse konfligieren könnten;

- **konkret gefährdet** ist das Unternehmensinteresse dann, wenn ein Aufsichtsratsmitglied in Zusammenhang mit einem Beschluss- oder Beratungsgegenstand dem Unternehmensinteresse aktuell gegenüberstehende anderweitige Interessen hat;
- erst dann, wenn das Aufsichtsratsmitglied solchen anderweitigen Interessen auch tatsächlich Vorrang vor jenen des Unternehmens gibt, liegt eine **Verletzung** des Unternehmensinteresses vor, die damit einhergeht, dass das Aufsichtsratsmitglied gegen seine Sorgfaltspflicht verstößt und bei Eintritt eines daraus resultierenden Schadens persönlich haftet.¹²⁰

¹²⁰ Scholderer, NZG 2012, 171.

88 Nach herrschender Ansicht ist Arbeitnehmervertretern die schlichte Teilnahme an Arbeitskämpfen zu gestatten, jedoch nicht in Zusammenhang mit **Ausnutzen ihrer Stellung** als Aufsichtsratsmitglieder.¹²¹

89 Ein Aufsichtsratsmitglied, welches gleichzeitig Gesellschafter oder Geschäftsführer eines Wettbewerbers ist, **darf** nach herrschender Meinung weiterhin im Wirtschaftsleben mit der Gesellschaft **konkurrieren** – **untersagt** ist ihm jedoch beispielsweise, den Vorstand der Gesellschaft zu solchen Rechtsgeschäften zu veranlassen, die **der Gesellschaft nachteilig**, seinem eigenen Unternehmen jedoch von Vorteil sind.¹²²

90 Geschäftschancen, die sich unabhängig vom Aufsichtsratsmandat bieten, dürfen auch dann ergriffen werden, wenn die Gesellschaft selbst an deren Realisierung interessiert ist – **unzulässig** wäre jedoch, dabei **auf vertrauliche Informationen** aus dem Aufsichtsrat **zurückzugreifen**.¹²³

¹²¹ Vgl. HB AktR⁷ § 19 Rz 683 FN 837 mwN.

¹²² *Ballof et alii*, GesR 2009, Rn 32.570.

¹²³ *E.Vetter*, HB börsenAG § 29 Rz 29.

IV. Konflikt des Aufsichtsratsmitglieds mit dem Unternehmensinteresse

A. Eigeninteressen nebenberuflicher Aufsichtsratsmitglieder

In der Praxis begegnen zahlreiche Situationen, in denen 91
multiple **parallel zu beachtende**, wenn nicht konfligierende oder
kollidierende **Rechtspflichten** ein Aufsichtsratsmitglied nahezu
unvermeidlich in ein **Spannungsfeld** versetzen. Häufig wurde
bewusst eine Vielzahl unterschiedlicher Persönlichkeiten für die
Tätigkeit im Kontrollorgan ausgewählt; dies bedingt, dass diese
unterschiedliche Tätigkeiten und Interessen verfolgen und wird
grundsätzlich bis zu einem gewissen Grad in Kauf genommen –
umso mehr als es sich um eine Nebentätigkeit handelt.

Insbesondere in Fällen von Arbeitskampf,¹²⁴ Verhandlungen 92
über eine mögliche Übernahme,¹²⁵ Management Buy Out¹²⁶ oder
Refinanzierung kann ein Aufsichtsratsmitglied als
Gewerkschaftsfunktionär, Übernahmeinteressent oder
Fremdkapitalgeber (beziehungsweise als Angestellter,

¹²⁴ Vgl dazu HB AktR⁷ § 19 Rz 680 FN 811 mwN.

¹²⁵ *Bücker/v.Bülow*, Risikobereich und Haftung: M&A-Transaktionen, HB MH² § 25 Rz 39.

¹²⁶ *Enzinger*, Interessenkonflikt und Organpflichten am Beispiel des Management Buy-out (2005), 66ff.

Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglied oder Berater eines solchen) Interessen verfolgen und Pflichten unterliegen, welche sich nicht mit dem Unternehmensinteresse decken oder diesem sogar zuwiderlaufen.

93 Eine systematische Analyse der **Aufsichtsratsberichte** der **DAX 30**-, **MDAX**- und **TecDAX**-Unternehmen aus 2007 und 2008 ergab Hinweise auf **Interessenskonflikte** in nicht weniger als jedem zehnten Bericht.¹²⁷ Sitzen **Wettbewerber** im Aufsichtsrat, kann es etwa dann zu Interessenkonflikten kommen, wenn über die **Strategie** des Unternehmens beraten wird; geht es um **Finanzierungsfragen** besteht eine ähnliche Problematik hinsichtlich Vertretern von **Kreditgebern**, bei Zustimmung zu Geschäften mit mehr oder weniger großer **Marge** können Vertreter von **Kunden oder Lieferanten** befangen sein.¹²⁸

94 Die angemessene **Reaktion** der Aufsichtsratsmitglieder **auf Interessenskonflikte** sind in Österreich von der Literatur **kaum** und von der Judikatur bisher gar nicht **behandelt** worden.¹²⁹ Regeln über **Befangenheit** bei Interessenkollisionen von

¹²⁷ *Seibt*, FS Hopt I, 1367.

¹²⁸ *Scholderer*, NZG 2012, 173.

¹²⁹ *M.Strasser*, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft (1998), 1.

Aufsichtsratsmitgliedern kennt das Aktiengesetz nicht,¹³⁰ auf die Frage nach der **Nichtigkeit von Beschlüssen**, an denen ein einem Konflikt unterliegendes Aufsichtsratsmitglied mitgewirkt hat, gibt das Gesetz keine Antwort.¹³¹

Der Gesetzgeber rechnet offensichtlich schon durch die 95
Ausgestaltung des Amts als Nebenbeschäftigung für im
Wirtschaftsleben tätige Personen damit, dass
Aufsichtsratsmitglieder aufgrund des Beziehungsgeflechts, in dem
sie sich befinden häufig unterschiedlich schweren
Interessenkonflikten unterliegen; solange diese das
Unternehmensinteresse nicht in unzulässiger Art und Weise
behindern, sind sie **grundsätzlich in Kauf zu nehmen**.¹³²

B. Wahrung wirtschaftlicher Interessen Dritter durch das Aufsichtsratsmitglied

Die Öffnungsklausel des § 86 Abs 3 AktG erwähnt solche 96
Aufsichtsratsmitglieder, welche gewählt oder entsandt wurden, um
die **wirtschaftlichen Interessen** des **Bundes**, eines **Landes**, eines
Gemeindeverbandes oder einer **Gemeinde**, oder eines mit der

¹³⁰ Prändl, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, in *Prändl et alii*, ÖCGK, 45.

¹³¹ *Ginhör/Barnert*, AR, 39, 69.

¹³² *St.Frotz/Schörghofer*, HB AR, 680.

Gesellschaft **konzernmäßig** verbundenen oder an ihr unternehmerisch **beteiligten** Unternehmens zu wahren. Damit erkennt der Gesetzgeber an, dass das Aufsichtsratsmitglied neben dem Gesellschaftsinteresse legitimer Weise auch staatliche, Konzern- oder Aktionärsinteressen wahrnehmen darf. Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots des § 47a ist dies in erweiternder Auslegung **auch von anderen Aktionären** außerhalb des explizit genannten Personenkreises **gewählten oder entsandten** Aufsichtsratsmitgliedern zuzugestehen.¹³³

- 97 Das **historische Vorbild** jener Norm, welche bestimmten Aufsichtsratsmitgliedern die Befugnis zur Interessewahrung Dritter einräumt, stammt aus der Zeit des Nationalsozialismus, es zielte ursprünglich darauf ab, die ausreichende **Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange des Deutschen Reichs** in wichtigen Unternehmen sicherzustellen.¹³⁴ Für vom Staat entsandte Aufsichtsratsmitglieder gilt in Deutschland **gelockerte Verschwiegenheitspflicht** zu Gunsten der entsendenden staatlichen Stelle oder Gebietskörperschaft.¹³⁵

¹³³ *Nitsche*, FS Krejci I, 753.

¹³⁴ Vgl. *Schlegelberger et alii* (Hg), Aktiengesetz² (1937) § 86 Rz 10ff, *C.Nowotny*, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 283ff, beide zit nach *Nitsche*, FS Krejci I, 753.

¹³⁵ *Hengeler*, FS Schilling, 193. Vgl. <http://dejure.org/gesetze/AktG/394.html>.

*C. Bandbreite möglicher Interessengegensätze eines
Aufsichtsratsmitglieds*

Es besteht ein Spektrum dem Unternehmensinteresse 98
unterschiedlich stark abträglicher Interessengegensätze, die bei
einem Aufsichtsratsmitglied vorliegen können, das von den
harmlosen bloßen Interessengegensätzen bis hin zu den
schwerwiegenden dauerhaften Pflichtenkollisionen reicht.
Während bloße **Interessengegensätze hingenommen** werden,
verhindern dauerhafte Pflichtenkollisionen die pflichtgemäße
Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats und zwingen zum
Fernbleiben von Aufsichtsratssitzungen.¹³⁶ Erweisen sich
widerstreitende Rechtspflichten aus zwei Funktionen als derart
unvereinbar, dass die **Erfüllung einer Pflicht** zum **Verstoß**
gegen die andere führt, muss das Aufsichtsratsmitglied eine
seiner Funktionen aufgeben.¹³⁷

Ein Beispiel für die **Kollision zwischen** parallel 99
wahrzunehmenden **Gesellschafts- und Aktionärsinteressen** bot
das Verhalten von AUA-Vorstandsmitgliedern, die **im**
Aufsichtsrat der Lauda Air **die Interessen der** Lauda Air-

¹³⁶ Semler, MünchKommAktG III² § 100 Rz 160f, § 116 Rz 217.

¹³⁷ Verse, Risikobereich und Haftung: Wettbewerbsverbote und Ansichziehen von Corporate Opportunities, HB MH² § 22 Rz 67.

Aktionärin AUA zu vertreten hatten und ein ihnen in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder der Lauda Air bekannt gewordene Ergebnis eines Sonderprüfungsgutachtens zum Vorteil der AUA und Nachteil der Lauda Air an die Presse weitergeleitet hatten.¹³⁸ Hier konterkarierte die Realität die Unterstellung *Hengeler*s, wonach meist die Arbeitnehmervertreter Informationen aus dem Aufsichtsrat in die **Öffentlichkeit** tragen.¹³⁹ *Lege artis* informiert eine Kapitalgesellschaft die Presse derart, dass zunächst ein gemeinsames **Kommunique von Vorstand und Aufsichtsrat** erstellt sowie beschlussmäßig abgesegnet und dann durch den Aufsichtsratsvorsitzenden an die Presse weitergegeben wird.¹⁴⁰

¹³⁸ *Nitsche*, FS Krejci I, 753.

¹³⁹ Vgl. *Hengeler*, FS Schilling, 194 mwN.

¹⁴⁰ *Nitsche*, FS Krejci I, 762.

V. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds

A. Privatrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds

Die **Verantwortung für Unternehmenskrisen** wird 100 zunehmend nicht länger nur beim Vorstand, sondern auch beim Aufsichtsrat verortet.¹⁴¹ In spektakulären wirtschaftlichen Problemfällen wie Coop, Bremer Vulkan, Schneider-Gruppe, Balsam AG, Sachsenmilch AG, oder Philipp Holzmann wurde stets die **mangelhafte Wahrnehmung der Überwachung der Geschäftsführung** durch den Aufsichtsrat moniert.¹⁴²

Den Aufsichtsratsmitgliedern ist ihr Haftungsrisiko **wegen** 101 **Verletzung von Überwachungspflichten** stärker bewusst geworden.¹⁴³ Organmitglieder von Kapitalgesellschaften unterliegen regelmäßig **gegenüber der Gesellschaft** schadenersatzrechtlicher Verhaltenshaftung für eigenes pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten. Unter Umständen kommt auch direkte **Außenhaftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern** in Frage, insbesondere in Fällen von

¹⁴¹ A.Jäger, Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der KGaA (2004) § 22 Rn 128.

¹⁴² Nitsche, FS Krejci I, 751f mwN, insb Verweis auf *Kau/Kukat*, Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzungen nach dem Aktiengesetz, BB 2000, 1045ff.

¹⁴³ Hoffmann-Becking, MünchHB GesR IV² § 33 Rz 44.

Schutzgesetz- und Schutzpflichtverletzungen, beispielsweise bei Konkursverschleppung.¹⁴⁴

102 In den Fällen der Außenhaftung werden die Interessen der Gläubiger (oder auch der Gesellschafter) nicht als bloßer Reflex der Schädigung der Gesellschaft, sondern unmittelbar beeinträchtigt. Die Rechtsgrundlagen der **Außenhaftung von Aufsichtsratsmitgliedern** sind zersplittert, es besteht **kein geschlossenes System**.¹⁴⁵

103 Sind mehrere Aufsichtsratsmitglieder für den Schaden verantwortlich, haften sie gesamtschuldnerisch. Der **Anspruch der Gesellschaft** ist regelmäßig durch den Vorstand geltend zu machen. **Gläubiger** der Gesellschaft können, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, bei der Aufsichtsrats-Haftung ihre Schadenersatzansprüche **auch im eigenen Namen** geltend machen.¹⁴⁶

¹⁴⁴ F.Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), 477.

¹⁴⁵ Schauer, HB AR, 1044f.

¹⁴⁶ Ballof et alii, GesR 2009, Rn 32.620, 32.625.

Das haftungsbegründende Rechtsverhältnis beginnt mit **Annahme der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied** und endet mit dem Erlöschen der Organfunktion, wobei ausreicht, dass das pflichtwidrige Verhalten in diese Periode fällt, mag auch der eigentliche Schaden erst später eintreten.¹⁴⁷ Die Entlastung durch die Hauptversammlung enthält keinen Verzicht auf etwaige Ersatzansprüche.¹⁴⁸ 104

In Österreich ist es zwar bisher noch nicht zur tatsächlichen Haftung eines Aufsichtsratsmitglieds gekommen und haben sich bislang nur wenige vereinzelte Judikate mit der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern beschäftigt, doch in Deutschland gibt es bereits eine **Reihe von Entscheidungen** zur Aufsichtsrats-Haftung.¹⁴⁹ 105

Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern für die schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten wurde in der Vergangenheit etwa bejaht in Fällen von 106

¹⁴⁷ *Schauer*, HB AR, 1046.

¹⁴⁸ HB AktR⁷ § 19 Rn 683.

¹⁴⁹ *J. Gruber*, Haftung des Aufsichtsrats gegenüber Anlegern, AR aktuell 1/2009, 31.

- Duldung eines **hinausgezögerten Insolvenzantrags** trotz Überschuldung der Gesellschaft,¹⁵⁰
- schädigender **Einflussnahme auf den Vorstand** der Gesellschaft,¹⁵¹
- **unterlassenem Einschreiten** gegen leichtfertige Maßnahmen des Vorstands,¹⁵²
- **mangelhafter Kenntnis** der (überwiegend im Ausland stattfindenden) Geschäftstätigkeit der Gesellschaft,¹⁵³
- **unterlassener** Setzung eines Zustimmungsvorbehalts zur **Verhinderung gesetzwidriger Geschäftsführungsmaßnahmen** des Vorstands,¹⁵⁴
- **unterlassener Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen** der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern,¹⁵⁵
- **Gewährung kompensationsloser Anerkennungsprämien** für Vorstandsmitglieder (in diesem Fall kommt auch strafrechtliche Haftung wegen Untreue in Betracht).¹⁵⁶

¹⁵⁰ BGH 9.7.1979, II ZR 118/77.

¹⁵¹ BGH 21.12.1979, II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629 – "Schaffgotsch".

¹⁵² BGH 4.7.1977, II ZR 150/75.

¹⁵³ OLG Düsseldorf 8.3.1984, 6 U 75/83.

¹⁵⁴ BGH 15.11.1993, II ZR 235/92.

¹⁵⁵ BGH 21.4.1997, II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – "ARAG/Garmenbeck".

¹⁵⁶ BGH 21.12.2005, 3 StR 470/04 – "Mannesmann".

*B. Ausgewählte Beispiele privatrechtlicher Haftung des
Aufsichtsratsmitglieds*

1. Insichgeschäft

Das Zivilrecht ordnet an, dass jeder Machthaber die **Interessen des Machtgebers vor seine eigenen** zu stellen¹⁵⁷ und mehrere **Auftraggeber mit gleicher Sorgfalt zu behandeln** hat;¹⁵⁸ er unterliegt gegenüber jedem Machtgeber einer Treuepflicht, welche die **Vermeidung von Interessenkollisionen** beinhaltet.¹⁵⁹ Im Fall eines nachträglich entstehenden und nicht auflösbaren Interessenkonflikts zweier Auftraggeber kann und soll der Beauftragte von der Möglichkeit der **Kündigung des Auftrags** nach § 1021 ABGB Gebrauch machen.¹⁶⁰ Regelmäßig werden die **Organfunktionen unterschiedlicher Gesellschaften** – oft aber nicht nur im Konzern – **von denselben Personen wahrgenommen**. In diesem Zusammenhang stellen sich unter Umständen Rechtsfragen zum Insichgeschäft.¹⁶¹

¹⁵⁷ OGH 2 Ob 5/98v = MietSlg 50.105.

¹⁵⁸ OGH 20.10.1961, JBl 1962, 322 = SZ 34/153.

¹⁵⁹ OGH 13.2.1991, EvBl 1991/107 = JBl 1991, 520.

¹⁶⁰ Rubin, ABGB-ON § 1021 Rz 9.

¹⁶¹ Knöchlein, Stellvertretung und Insichgeschäft (1994), 55.

108 Unter dem Begriff "Insichgeschäft" werden zusammengefasst das sogenannte "**Selbstkontrahieren**" und die sogenannte "Doppel-" bzw. "**Mehrfachvertretung**".¹⁶² Beide **Ausprägungen** des Insichgeschäfts sind **grundsätzlich unzulässig**, nur ausnahmsweise erlaubt.¹⁶³

109 Im Rahmen des Selbstkontrahierens **schließt** ein Vertreter ein Geschäft für den Vertretenen **mit sich selbst ab** (das heißt dieselbe Person handelt in Zusammenhang mit demselben Rechtsgeschäft simultan einerseits als Vertreter, andererseits im eigenen Namen).¹⁶⁴ Im Rahmen der Mehrfachvertretung **schließt** ein Vertreter **für mehrere Vertretene** ein Geschäft **ab** (das heißt er vertritt mehrere, unter Umständen sämtliche, Vertragsparteien).¹⁶⁵

110 § 271 ABGB normiert, dass in Fällen, in denen die Interessen eines Minderjährigen und dessen gesetzlichen Vertreters widerstreiten, ein **Kollisionskurator** zu bestellen ist. Diese Bestimmung ist analog auch auf andere Kollisionsfälle (zum

¹⁶² K/W I¹³, 215.

¹⁶³ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁸ (1997) §46 Rn 121.

¹⁶⁴ OGH 15.12.1982, EvBl 1983/39.

¹⁶⁵ OGH 9.1.1985, EvBl 1986/86.

Beispiel Nachlasskurator, GmbH-Geschäftsführer) anzuwenden.¹⁶⁶ Geschäfte, die trotz Vorliegens eines Interessenwiderstreits ohne Einschaltung eines Kollisionskurators vorgenommen wurden, sind ungültig.¹⁶⁷ Ein Kollisionskurator ist zu bestellen, wenn zur **Kollision im formellen Sinn** (Vertreter hat in einer bestimmten Angelegenheit auch im eigenen Namen oder Namen eines Dritten zu handeln) eine **Kollision im materiellen Sinn**, ein Interessenwiderspruch, hinzutritt¹⁶⁸ beziehungsweise zu befürchten ist.¹⁶⁹

Eine Interessenkollision ist nicht erst dann anzunehmen, 111 wenn durch das Insichgeschäft die Interessen des Vertretenen tatsächlich verletzt werden, sondern **bereits** dann, **wenn** deren **Verletzung wahrscheinlich** ist.¹⁷⁰ Tritt eine Interessenkollision erst **im Nachhinein** auf, hat der Geschäftsbesorger seinen Auftrag zurückzulegen und darf nicht mehr von seiner Vollmacht Gebrauch machen.¹⁷¹

¹⁶⁶ StRsp seit OGH 30.5.1933, SZ 15/100.

¹⁶⁷ Schwimann I⁴ § 272 Rz 12.

¹⁶⁸ LGZ Wien 48R 144/03m = EFSlg 107.942.

¹⁶⁹ OGH 22.12.1965, EvBl 1966/152.

¹⁷⁰ OGH 9.4.1981, GesRZ 1981, 174 = EvBl 1981/190 = SZ 54/57.

¹⁷¹ OGH 1 Ob 64/00v = EvBl 2001/118, 509; weitere Nachweise bei Kapfer I³⁷ § 1009. Bei Vorliegen eines Insichgeschäfts können sich im Übrigen ebenso strafrechtliche Fragen stellen. Zur Abgrenzung zwischen Betrug und Untreue in einem komplizierten Fall der Doppelvertretung im Rahmen eines Insichgeschäfts vgl OGH SSt 60/19.

112 Nach ganz überwiegender Ansicht (wenn auch in Abkehr von älterer Judikatur) kann der Vertreter dem Interessenzwiespalt nicht schon dadurch ausreichend begegnen, indem er sich eines Untervertreeters bedient, da dies ein **unzulässiger Umgehungsversuch** wäre.¹⁷²

113 Bei Gefahr einer Interessenkollision muss das Insichgeschäft von dem gefährdeten Machtgeber durch **Einwilligung oder Genehmigung** gedeckt sein,¹⁷³ welche auch konkludent erteilt werden kann.¹⁷⁴ Wer sich auf die **Gültigkeit** eines Insichgeschäfts infolge Gestattung oder Ungefährlichkeit für den Vertretenen beruft, hat das Vorliegen solcher Umstände zu **beweisen**.¹⁷⁵

114 Ein Interessenwiderspruch kann sich auch aus den Interessen anderer Personen als des Vertretungsbefugten ergeben.¹⁷⁶ Zur Annahme einer Interessenkollision genügt ein **objektiver Tatbestand**, subjektive Gründe in der Person des Vertreters sind nicht erforderlich.¹⁷⁷

¹⁷² So bereits *Lehmann*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches¹⁵ (1966), 315f und zahlreiche andere.

¹⁷³ OGH 15.12.1982, EvBl 1983/39.

¹⁷⁴ *Heinrichs*, Palandt⁶⁸ § 181 Rn 17.

¹⁷⁵ *Bub*, KommBGB I² § 181 Rn 47.

¹⁷⁶ OGH 9.1.1996, EFSlg 81.268.

¹⁷⁷ OGH 7.9.1978, EFSlg 31.417.

Insbesondere ist für die Annahme einer Interessenkollision 115
ausreichend, dass eine **Gefährdung der Interessen des**
Vertretenen möglich ist,¹⁷⁸ das heißt etwa die Gefahr der
Benachteiligung nicht ausgeschlossen werden kann,¹⁷⁹ oder die
Unbefangenheit des Vertreters aufgrund eigener Beteiligung am
Geschäft¹⁸⁰ oder **Nahebeziehung zu einer beteiligten Person**
zweifelhaft erscheint.¹⁸¹

Nur wenn es **gestattet** wurde, **oder** ausgeschlossen ist, dass 116
es den Vertretenen gefährdet, ist Selbstkontrahieren
ausnahmsweise zulässig.¹⁸² **Keine Gefahr der Schädigung des**
Vertretenen besteht etwa dann,

- wenn es um Waren oder Dienstleistungen geht, welche
einen Markt- oder Börsenpreis haben,¹⁸³
- wenn lediglich eine Rechtspflicht erfüllt wird
(Vermögensverwalter zahlt eigene Schuld in durch ihn
selbst verwahrte Kasse des Gläubigers ein)
- oder das Geschäft lediglich einen Vorteil bringt
(Eltern beschenken ihre minderjährigen Kinder).¹⁸⁴

¹⁷⁸ OGH 2 Ob 102/97g = EFSlg 84.268.

¹⁷⁹ OGH 16.12.1976, EFSlg 27.052.

¹⁸⁰ OGH 1 Ob 2410/96k = EFSlg 84.266.

¹⁸¹ OGH 4 Ob 174/99p = EvBl 2000/2, 25; weitere Nachweise bei Kapfer I³⁷ § 271.

¹⁸² *Knöchlein*, *Insichgeschäft* 57.

¹⁸³ K/W I¹³, 216.

117 Bei **Immobilienmaklern, Rechtsanwälten und Notaren** ist Doppelvertretung häufig und regelmäßig unproblematisch.¹⁸⁵ Auch kommt es häufig vor, dass ein und dieselbe Person mit der **Vertretung der Mutter- und der Tochtergesellschaft** betraut werden; geschieht dies mit Billigung der zuständigen Organe (Aufsichtsrat beziehungsweise Gesellschafterversammlung), ist nichts dagegen einzuwenden, dass in weiterer Folge ein solcher Mehrfachvertreter "alleine" Geschäfte zwischen Mutter und Tochter durchführt.¹⁸⁶

118 Der Doppelvertreter unterliegt hohen Anforderungen. Er hat die **Interessen beider Vertragsparteien** zu wahren und beide mit gleicher Sorgfalt vor Nachteilen zu schützen. **Benachteiligt** er lediglich **einen** der beiden **Machtgeber**, dann ist das vorgenommene Geschäft grundsätzlich im Außenverhältnis wirksam und der Benachteiligte hat **Schadenersatzansprüche**.¹⁸⁷

¹⁸⁴ *Larenz/Wolf*, AT⁸ § 46 Rn 128, 133.

¹⁸⁵ *R.Strasser*, Rummel I³ § 1009 Rz 22.

¹⁸⁶ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II³ (1979), 821.

¹⁸⁷ *Knöchlein*, Insichgeschäft 56f.

Bei (i) **sittenwidrigem Mitwirken** des anderen 119
Machtgebers, der bevorzugt wurde (Kollusion) und (ii)
Missbrauch von Vertretungsmacht ist das Insichgeschäft
unzulässig und **unwirksam**.¹⁸⁸

2. Missbrauch von Vertretungsmacht

Der Umfang von Vertretungsmacht beurteilt sich nach 120
Vollmacht, Satzung oder Gesetz.¹⁸⁹ Verletzt der Vertreter lediglich
seine Pflicht aus dem **Innenverhältnis**, handelt jedoch innerhalb
der Vollmacht, ist das Rechtsgeschäft **grundsätzlich gültig**, das
Risiko aus missbräuchlichem Handeln trifft den Vertretenen.
Anderes gilt außer in Fällen der Kollusion dann, wenn der
Missbrauch offensichtlich ist.¹⁹⁰ Während Kollusion stets
sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB ist, kommt es beim
Missbrauch darauf an, **Vertrauens- und Verkehrsschutz**
gegeneinander abzuwägen: Vertretungshandlungen sollen dann
ungültig sein, wenn dem Dritten ihre Pflichtwidrigkeit erkennbar
war (auf Schädigungsvorsatz kommt es nicht an).¹⁹¹

¹⁸⁸ *Knöchlein*, Insichgeschäft 56f.

¹⁸⁹ *Lehmann*, AT¹⁵, 314.

¹⁹⁰ *Heinrichs*, Palandt⁶⁸ § 164 Rn 13f.

¹⁹¹ *Perner*, ABGB-ON § 1017 Rn 11.

121 Auch die **Abstraktheit gesetzlicher Formalvollmachten** kann im Einzelfall **durchbrochen** werden. *P.Bydlinski* weist nach, dass das Verhalten eines Organmitglieds einer Kapitalgesellschaft dann keine Bindungswirkungen entfaltet, **wenn der Dritte Kenntnis** davon hat, dass der Vertreter dabei interne **Beschränkungen verletzt**. Das Interesse des Dritten am Abschluss des Geschäfts ist nämlich dann nicht mehr schutzwürdig, wenn er **nicht mehr darauf vertrauen darf**, dass der Vertreter im **Interesse des Vertretenen** (regelmäßig: der Gesellschaft) handelt.¹⁹²

122 Der BGH nimmt insbesondere dann sich dem Dritten "aufdrängenden Missbrauch" der Vertretungsmacht der Organe einer Kapitalgesellschaft an, wenn die **Vertragskonditionen** für die Gesellschaft **grob nachteilig** sind, oder die Gesellschaft die Bestimmung der **Vergütung weitgehend dem Vertragspartner überlässt**.¹⁹³

¹⁹² Vgl. *P.Bydlinski*, Der sogenannte "Missbrauch" unbeschränkbarer Vertretungsmacht, FS F.Bydlinski, passim, insb 20f, 44.

¹⁹³ BGH 13.11.1995, II ZR 113/94 = NJW 1996, 589.

3. Rechtsmissbrauch

Rechtsmissbrauch ist ein **Sammelbegriff** für 123
unterschiedliche Korrekturinstrumentarien.¹⁹⁴ Die Rechtsfolgen
reichen bis zu Ansprüchen auf Beseitigung, Unterlassung
(inklusive Einstweiliger Verfügungen) und **Schadenersatz**.¹⁹⁵ Im
Exekutionsverfahren kann Rechtsmissbrauch mittels
Oppositionsklage geltend gemacht werden.¹⁹⁶

"Rechtsmissbrauch" bezeichnet die **Ausübung eines nur** 124
scheinbar zustehenden subjektiven Rechts: Manche Rechte
können unter bestimmten Umständen nicht ausgeübt werden.
Eine **zweistufige Prüfung** ergibt dann zunächst, dass eine – im
"Normalfall" ausreichende – Berechtigung vorliegt, doch zeigt der
zweite Prüfungsschritt, dass das Eingreifen eines
Missbrauchsverbots im konkreten Fall die Rechtsverfolgung
verunmöglicht, dass das Recht also im Ergebnis doch nicht
besteht. Zum Beispiel stehen Unterhaltsansprüche dann nicht zu,
wenn ihre Geltendmachung "ein Missbrauch des Rechts wäre"
(§ 94 Abs 2 ABGB) – etwa dann nicht, wenn der
haushaltsführende Ehegatte zu einem neuen Partner zieht und

¹⁹⁴ Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994), 321f.

¹⁹⁵ F.Bydlinski, Skizzen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, FS Krejci II, 1089ff.

¹⁹⁶ OGH 28.03.1990, 3 Ob 7/90 = SZ 63/49.

fortan dort gegen Unterhalt den Haushalt führt (grundsätzlich zustehendes **Recht besteht bei Einzelfallbetrachtung doch nicht**).¹⁹⁷

125 § 1295 ABGB verbietet die Verfolgung eines an sich zustehenden Rechtsanspruchs in der Absicht, durch diese – auf den ersten Blick zulässige – Rechtsverfolgung einen Dritten zu schädigen ("**Schikaneverbot**" – Verbot des schädigenden Rechtsmissbrauchs). Darüber hinaus ist jede Rechtsausübung verboten, die gegen die **guten Sitten** verstößt (dies ist besonders dann relevant, wenn Schädigungsvorsatz nicht nachgewiesen werden kann). Sittenwidriger Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn zwischen den Interessen des Rechtsausübenden und des negativ Betroffenen ein offenkundiges und ganz **krasses Missverhältnis** besteht – ein Beispiel hierfür ist die Geltendmachung von Informationsrechten eines Gesellschafters zur Erleichterung vertrags- und treuwidriger Tätigkeit.¹⁹⁸

¹⁹⁷ F.Bydlinski, FS Krejci II, 1080-1082.

¹⁹⁸ F.Bydlinski FS Krejci II, 1089ff.

Aus dem (im ABGB in § 484 angesiedelten) Grundsatz **servitus est civiliter exercenda** wird ein allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot abgeleitet: Rechtsausübung, welche die Interessen anderer übermäßig beeinträchtigt, ist unzulässig (**Grundsatz der verhältnismäßigen Rechtsanwendung**). Nach Ansicht mancher ist auch der sogenannte "**rücksichtslose Eigennutz**" verboten: Bei dieser Ausprägung des Rechtsmissbrauchs besteht zwar ein geringeres Interessenmissverhältnis, doch bleibt dem Missbraucher vorwerfbar, dass er seine Interessen auch alternativ zur gewählten Vorgehensweise in einer zumutbaren Art und Weise verfolgen könnte, welche die Interessen anderer deutlich weniger belasten würde.¹⁹⁹

Rechtsmissbrauch soll nach der Judikatur dann vorliegen, wenn das **unlautere Motiv** der Rechtsausübung die **lauteren Motive** eindeutig **überwiegt**.²⁰⁰ Wann ein relevantes Interessenmissverhältnis vorliegt, kann nur kasuistisch beantwortet werden.²⁰¹

¹⁹⁹ Mader, Rechtsmißbrauch, 225-235.

²⁰⁰ Karner, KBB³ § 1295 Rz 22 mwN.

²⁰¹ Mader, Rechtsmißbrauch, 225ff.

Das Rechtsmissbrauchsverbot greift zum Beispiel bei

- Bestehen auf Vertragserfüllung im Fall **unvorhergesehener Wertentwicklungen**;²⁰²
- **Verweigerung der Anpassung eines Vertrags an** neue Steuergesetze;²⁰³
- **Missbräuchlicher Ausübung des** **Gesellschafterstimmrechts** in Zusammenhang mit Beschlussfassung über Bezugsrechtsschluss bei Stammkapitalerhöhung.²⁰⁴

4. § 99 AktG

Die – im Gesetz weitgehend unbestimmt formulierten – **haftungsrelevanten Aufsichtsrats-Pflichten** werden eingeteilt in

- anlassbezogene **Wahrnehmung der** **Verbandsinteressen**
bei internen Interessenkollisionen (zum Beispiel Zustimmung zu mandatsfernen Verträgen zwischen Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern),

²⁰² OGH SZ 6/172; OGH JBl 1915,444.

²⁰³ OGH 25.03.1987, 1 Ob 716/86 = SZ 60/50 = JBl 1987,782.

²⁰⁴ OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80 = SZ 53/172 = JBl 1981,545 = GesRZ 1981,44.

- **Überwachung** der Geschäftsführung (zum Beispiel Prüfung des Jahresabschlusses),
- strategische **Planung** (zum Beispiel Krisenintervention),
- und **prozedurale Pflichten** (zum Beispiel eine Sitzung pro Quartal).²⁰⁵

Zumindest die **Mehrzahl der Aufsichtsratsmitglieder** 130 muss im Zusammenwirken sämtliche Kenntnisse und Fähigkeiten aufweisen, welche die Judikatur²⁰⁶ bei einem **ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter** im Sinne des § 84 AktG voraussetzt, nämlich (i) überdurchschnittliche geschäftliche und finanzielle Erfahrung sowie (ii) die Fähigkeit, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und zu beurteilen.²⁰⁷

Dem **Prüfungsausschuss** des Aufsichtsrats muss zudem 131 mindestens eine Person angehören, welche über besondere Kenntnisse und praktische Erfahrungen im Bereich Finanz- und Rechnungswesen verfügt (**Finanzexperte**), wobei es ausreicht,

²⁰⁵ *Schauer*, HB AR, 1050f.

²⁰⁶ Leading case hierzu ist OGH 31.5.1977 EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158.

²⁰⁷ *R.Strasser*, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 98, 99 Rz 33.

wenn diese Erfordernisse von mehreren Personen zusammen erfüllt werden.²⁰⁸ Mitglieder von Bankaufsichtsräten haften dafür, dass sie Großkredite auf Deckung prüfen können oder dafür Sachverständige hinzuziehen.²⁰⁹

132 Aufsichtsratsmitglieder haften gemäß § 99 AktG bereits für der Gesellschaft **leicht fahrlässig zugefügte Schäden**.²¹⁰ § 99 verweist zwar auf die Haftungsbestimmungen für den Vorstand (§ 84), doch sind diese lediglich sinngemäß anwendbar. Ansprüche der Gesellschaft für grob fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzungen können unter Umständen auch von Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden (§ 99 iVm § 84 Abs 5). Ersatzansprüche nach § 99 verjähren innerhalb von fünf Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger.²¹¹

133 Bei der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 99 trifft die Gesellschaft die **Beweislast** für Schaden, Höhe und Kausalität, hinsichtlich der Rechtswidrigkeit besteht bei Aktiengesellschaften Beweislastumkehr, das heißt das Aufsichtsratsmitglied muss den Entlastungsbeweis führen, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen

²⁰⁸ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/541.

²⁰⁹ HB GesR, Rz 30695.

²¹⁰ R.*Strasser*, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 98, 99 Rz 44.

²¹¹ *Schauer*, HB AR, 1047, 1077.

und gewissenhaften Organmitglieds aufgewendet hat. Zu dieser Verschiebung der Beweislast auf den Schädiger kommt es, sobald die Gesellschaft Tatsachen nachweisen kann, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens gezogen werden kann.²¹²

Fehlen die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten, kommt 134 nicht nur Haftung der ungeeigneten Aufsichtsratsmitglieder sondern daneben **auch** Haftung allfälliger Entsendungsberechtigter in Frage (**culpa in eligendo**).²¹³

5. §§ 100f AktG

§§ 100f normieren einen speziellen **deliktsrechtlichen** 135 **Haftungstatbestand**, der ähnlich aufgebaut ist wie ein Straftatbestand. Die – aufgrund von Beweisschwierigkeiten selten angewendeten – Bestimmungen richten sich vor allem gegen dominante Großaktionäre, die Druck auf die Verwaltungsorgane der Gesellschaft ausüben. Die Parallelbestimmung im deutschen Recht ist § 117 dAktG.²¹⁴

²¹² *Schauer*, HB AR, 1074f.

²¹³ *R.Strasser*, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 98, 99 Rz 34.

²¹⁴ *Kalss*, D/N/K §§ 100, 101 Rz 1, 3, 5.

136 Im Unterschied zu § 99 sind Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 100f nicht nur der Gesellschaft, sondern unmittelbar auch den Gesellschaftern verantwortlich.²¹⁵

137 Nach §§ 100f haftet jeder Dritte (zum Beispiel auch ein Gesellschafter oder Gläubiger), der seinen Einfluss auf die Gesellschaft dahingehend ausnutzt, ein Organmitglied dazu zu bestimmen, zur **Erzielung eines gesellschaftsfremden Sondervorteils** pflichtwidrig zum Nachteil der Gesellschaft zu handeln, gesamtschuldnerisch mit dem korrumpierten Organmitglied (**Einflusshaftung**).²¹⁶

138 Ein gesellschaftsfremder Sondervorteil ist eine **Begünstigung, auf die der Dritte keinen Anspruch hat** und die **mit den Interessen der Gesellschaft in keinem Zusammenhang** steht. §§ 100f sind nicht anwendbar, wenn der Einfluss durch Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung erfolgt oder der Vorteil schutzwürdigen Interessen dient.²¹⁷

²¹⁵ *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 44.

²¹⁶ *Schauer*, HB AR, 1086.

²¹⁷ *Schauer*, HB AR, 1086.

Schutzwürdige Interessen liegen nicht immer bereits deswegen vor, weil Konzerninteressen verfolgt werden.²¹⁸

Täter kann jede natürliche oder juristische Person sein, der es aufgrund ihres Einflusses möglich ist, das Organmitglied zum verpönten Verhalten zu bewegen; dieser **Einfluss** kann zum Beispiel ausgeübt werden durch Beteiligungen, Kredit- oder Geschäftsbeziehungen, politische Vernetzung, persönliche Verhältnisse, Verwandtschaftsbeziehungen. Der Einfluss muss **zur Deliktsverwirklichung ausgenutzt** werden, das heißt ein nicht einwandfreies, missbräuchliches, anstößiges oder unehrenhaftes Verhalten muss gesetzt werden, Sittenwidrigkeit ist jedoch nicht gefordert.²¹⁹ 139

Soll der Sondervorteil nicht dem Einflussnehmer sondern einem Dritten zu Gute kommen, so haftet der Dritte dann mit dem Aufsichtsratsmitglied und dem Einflussnehmer, wenn er die Beeinflussung vorsätzlich veranlasst hat und fahrlässig die Schädigungseignung dieser Beeinflussung verkannt hat. Damit die Schadenersatzpflicht der §§ 100f, die **auch immaterielle Schäden** 140

²¹⁸ St.Frotz/Schörghofer, Schadenersatzrechtliche Zurechnung bei Multiorganmitgliedschaften, GesRZ 2011, 336.

²¹⁹ Kalls, D/N/K §§ 100, 101 Rz 7f.

erfasst, gegenüber dem Einflussnehmer greift, muss der Kläger (Gesellschaft, Gesellschafter oder Gesellschaftsgläubiger) beweisen, dass das rechtswidrige Handeln des Einflussnehmers ursächlich für eine Vermögensminderung bei der Gesellschaft oder den Gesellschaftern war und dass der Einflussnehmer mit bedingtem Schädigungsvorsatz vorgegangen ist. Organmitglieder haften dann neben dem Täter, wenn sie pflichtwidrig gehandelt haben, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt.²²⁰

6. Verbot der Einlagenrückgewähr

141 Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr und damit im Fall von Verstößen haftbar sind in erster Linie Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, Gesellschafter und diesen nahestehende Personen. Unter Umständen können **auch Dritte betroffen** sein – nämlich in Fällen der Kollusion und dann, wenn der Dritte von der **Missbräuchlichkeit** des Vorgehens des Gesellschafters oder Organmitglieds weiß oder aus den Umständen **wissen müsste**. Besteht beim Dritten ein Verdacht auf Missbräuchlichkeit, ist er zur Anstellung von diesbezüglichen Nachforschungen verpflichtet.²²¹

²²⁰ *Kalss*, D/N/K §§ 100, 101 Rz 1, 11-19.

²²¹ *Reich-Rohrnig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004), 168f.

Österreichische Kapitalgesellschaften dürfen – abgesehen 142
von Gewinnausschüttungen – **nur dann Leistungen an ihre Gesellschafterinnen** (beziehungsweise nach der Judikatur auch an andere Konzerngesellschaften) erbringen, **wenn** sie dafür eine **angemessene Gegenleistung** erhalten (Verbot der Einlagenrückgewähr; sedis materiae ist § 52 AktG). Das heißt im Wesentlichen, dass die Leistungsbeziehungen einem **Fremdvergleich** standhalten müssen. Die Frage, die man sich hierbei stellen muss, lautet: Hätte ein sorgfältiges Management ein solches Rechtsgeschäft unter identen Bedingungen auch mit einem konzernfremden Dritten abgeschlossen (war das Rechtsgeschäft "betrieblich gerechtfertigt"), oder ist dies (allenfalls nur zum Teil) aufgrund der Konzernzugehörigkeit des Leistungsempfängers geschehen? Bei mangelnder betrieblicher Rechtfertigung kommt es zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und zu Haftungsfolgen für das Management der leistenden Gesellschaft. Ob bei der Begründung betrieblicher Rechtfertigung auch Interessen des Gesamtkonzerns berücksichtigt werden dürfen, ist strittig. Jedenfalls muss daneben ein **Einzelinteresse der Gesellschaft** dargelegt werden können.²²²

²²² *Kremslehner/Polster*, Rechtliche Aspekte von Cash Pooling Systemen in Österreich, in *Polster-Grüll et alii*, Cash Pooling², 152ff.

143 Bei Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot, welches sowohl offene als auch verdeckte Verstöße umfasst, besteht **Rückerstattungs- und Schadenersatzpflicht**. Nach Ansicht mancher kommen der Gesellschaft daneben auch Bereicherungsansprüche zu.²²³ Zu den **verdeckten Verstößen** zählen etwa

- besonders günstige Darlehen,
- Übernahme von Privatausgaben,
- überhöhte Sitzungsgelder,
- Aktienruckerwerb zu überhöhten Preisen,
- Weitergabe vermögenswerter Informationen.²²⁴

144 Verstöße gegen das Einlagenrückgewährverbot unterfallen der **Haftungsnorm des § 84 Abs 3 AktG**. Die Regelung enthält Sonderhaftungstatbestände für den Vorstand, deren Zweck die Sicherung der Kapitalerhaltung der Gesellschaft ist, und die unter Umständen auch auf Aufsichtsratsmitglieder Anwendung finden können.²²⁵

²²³ *St.Frotz/Schörghofer*, GesRZ 2011, 336f.

²²⁴ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/869, 3/874f.

²²⁵ *Schauer*, HB AR, 1083f.

Zu den haftungsauslösenden Verhaltensweisen zählen neben 145
der **Rückgewähr von Einlagen** die **Zeichnung eigener Aktien**
oder **verbotene Kreditgewährung**. Aufsichtsratsmitglieder
können in diesem Zusammenhang haftbar werden, wenn der
Aufsichtsrat solchen Handlungen **zugestimmt** hat, obwohl er
deren Rechtswidrigkeit hätte erkennen können, oder **unterlassen**
hat, solche vom Vorstand vorgenommene Handlungen
abzuwenden, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen
wäre.²²⁶

7. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds bei der Gründung einer Aktiengesellschaft

§§ 41, 47 AktG normieren haftungsbewehrte 146
Sorgfaltspflichten der Aufsichtsratsmitglieder in Zusammenhang
mit Gründung respektive Nachgründung der Gesellschaft. Es
handelt sich hierbei vor allem um **Kontrollpflichten** bei der
Durchführung der Gründungsprüfung beziehungsweise bei der
Erstellung des Nachgründungsberichts. Die Kontrolle durch die
Aufsichtsratsmitglieder ist im Wesentlichen auf die Vornahme
einer Plausibilitätskontrolle beschränkt.²²⁷

²²⁶ Schauer, HB AR, 1083f.

²²⁷ Schauer, HB AR, 1084f.

8. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds bei Verschmelzungen

147 Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats der übertragenden Gesellschaft haften gemäß §§ 227ff AktG für der Gesellschaft, deren Aktionären und Gläubigern entstandene Schäden, wenn **Pflichten in Zusammenhang mit der Verschmelzung missachtet** wurden, etwa Vereinbarung eines ungünstigen Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsvertrag – auch, wenn die Hauptversammlung die Verschmelzung beschlossen hat.²²⁸ **Haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzungen** können etwa sein: unsachgemäße Due-Diligence; Verletzung von Form- oder Verfahrensvorschriften, insbesondere Berichtspflichten; unter Umständen auch zeitlich nach Vertragsabschluss gesetztes Fehlverhalten.²²⁹ Ansprüche nach §§ 227ff sind durch den auf Antrag eines Gesellschafters oder Gesellschaftsgläubigers gerichtlich bestellten sogenannten "**besonderen Vertreter**" in einem speziellen Verfahren geltend zu machen.²³⁰

²²⁸ *Schauer*, HB AR, 1085f.

²²⁹ *Szep*, Jabornegg/Strasser II⁵ § 227 Rz 11.

²³⁰ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 228 AktG Rz 5ff.

9. Prospekthaftung

Man unterscheidet mehrere Anspruchsgrundlagen der 148
Prospekthaftung. Das KMG erfasst Aufsichtsratsmitglieder nicht
unmittelbar; der spezialgesetzliche Prospekthaftungstatbestand des
§ 80 BörseG kommt nur in Frage, wenn ein Aufsichtsratsmitglied
als verantwortliche Person an der Gestaltung eines Prospekts
mitgewirkt hat. Generell einzubeziehen sind
Aufsichtsratsmitglieder in die allgemeine **zivilrechtliche
Prospekthaftung**.²³¹

Zivilrechtliche Prospekthaftung besteht, wenn 149
Aufsichtsratsmitglieder (i) in besonderem Maße **auf die
Gestaltung des Prospekts Einfluss** nehmen und (ii) hohes
persönliches Vertrauen in Anspruch nehmen, dabei aber (iii)
fehlerhafte oder unvollständige **Darstellungen** veranlassen, weil
sie (iv) **eigene wirtschaftliche Interessen** verfolgen.²³²

Bei der allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung handelt 150
es sich um eine Weiterentwicklung der Lehre von der culpa in

²³¹ *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 43.

²³² *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 43.

contrahendo.²³³ Anwendungsfälle in Zusammenhang mit Aufsichtsratsmitgliedern wären etwa denkbar in den Bereichen **privater Pakettransaktionen** oder **übernahmerechtlicher Kaufangebote**.²³⁴

10. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds nach Unternehmensreorganisationsgesetz

151 Vorstandsmitglieder haften dafür, dass ein Reorganisationsverfahren eingeleitet wird, falls **Reorganisationsbedarf der Gesellschaft** vermutet wird. Ist zu dieser Einleitung jedoch die **Zustimmung des Aufsichtsrats** vonnöten und wird diese nicht erteilt, so werden die Vorstandsmitglieder von der Haftung frei; stattdessen haften gemäß § 25 URG alle Aufsichtsratsmitglieder, die gegen die Einleitung gestimmt, beziehungsweise die Durchführung einer Abstimmung überhaupt unterlassen haben.²³⁵

²³³ OGH 21.5.1997, ÖBA 1998, 51 ff.

²³⁴ *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 43.

²³⁵ *Schauer*, HB AR, 1088f.

*C. Exkurs: Strafrechtliche Verantwortlichkeit des
Aufsichtsratsmitglieds*

**1. Allgemeines zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des
Aufsichtsratsmitglieds**

Obwohl im Bereich der Wirtschaftskriminalität eine 152
vergleichsweise geringe Anzeigebereitschaft der Geschädigten –
zumal, wenn es um Mitglieder eigener Gesellschaftsorgane geht –
besteht, hat die strafrechtliche **Verantwortlichkeit von
Aufsichtsratsmitgliedern** an praktischer **Bedeutung
zugenommen**.²³⁶ Ein wichtiger Aspekt **strafrechtlicher
Verurteilungen** besteht darin, dass sie regelmäßig
**Anknüpfungspunkte für zivilrechtliche Haftungsansprüche ex
delicto** bieten.²³⁷ Mangels Nennung in der taxativen Aufzählung in
§ 1 Abs 2 VbVG kann der **Aufsichtsrat als Kollegialorgan nicht
bestraft** werden – dem Strafrecht unterliegen nur seine einzelnen
Mitglieder sowie die Gesellschaft (letztere kann unter Umständen
auch für ein lediglich von einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied
begangenes Delikt haftbar gemacht werden).

²³⁶ Vgl Kienapfel BT II § 153 Rz 10, 20.

²³⁷ Hoffmann-Becking, MünchHB GesR IV² § 33 Rz 44.

153 Das Risiko, sich als **unmittelbarer Täter** strafbar zu machen, besteht vor allem wenn der Aufsichtsrat **ausnahmsweise** exekutiv tätig wird (zum Beispiel bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern), aber auch in Zusammenhang mit Kontrollaufgaben.²³⁸

154 Daneben besteht das Risiko der Strafbarkeit wegen **Beteiligung an Delikten des Vorstands**, etwa wenn der Vorstand zur eigenen Absicherung die Zustimmung des Aufsichtsrats zu geplanten Vorhaben auch dann einholt, wenn dies nicht gesetzlich vorgeschrieben ist.²³⁹

155 Aufsichtsratsmitglieder gelten als **"Bedienstete oder Beauftragte** eines Unternehmens" im Sinne des § 168c StGB sowie als **"leitende Angestellte"** im Sinne des § 74 Abs 3 leg cit,²⁴⁰ und zwar auch dann, wenn sie faktisch in der Unternehmensleitung keinen großen Einfluss haben.²⁴¹

²³⁸ Brandstetter, HB AR, Rn 2, 10ff, 73.

²³⁹ Brandstetter, HB AR, Rn 2, 10ff, 73.

²⁴⁰ Brandstetter, HB AR, Rn 3, 16, 95.

²⁴¹ Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁹ (2006) § 161 Rn 2.

2. Betrug

Bei Vornahme eines Betrugs (§ 146 StGB) **täuscht** der Täter, 156
der sich oder andere ungerechtfertigt bereichern will, **über**
Tatsachen und ruft dadurch beim Opfer einen **Irrtum** hervor,
welcher das Opfer dazu verleitet, sich oder andere am
Vermögen zu schädigen. Einen solchen Irrtum kann der Täter
durch **falsche Behauptungen**, die Vorlage **unwahrer**
Bestätigungen, gefälschter oder verfälschter Urkunden oder
falscher Beweismittel, aber auch durch **schlüssiges Verhalten**
hervorrufen, etwa dann, wenn er einen Vertrag schließt, obwohl er
diesen nicht halten kann oder will. Wird entgegen einer
bestehenden Aufklärungspflicht eine unrichtige Vorstellung nicht
aufgeklärt, kommt Betrug durch **Unterlassen** in Frage.²⁴²

Die Heranziehung falscher oder verfälschter Urkunden, 157
Daten oder ähnlicher Beweismittel, bestimmte Wertgrenzen
übersteigende Schadensverursachung und gewerbsmäßige
Begehung begründen **Qualifikationen**. Betrug zur Erlangung von
Sachen zum eigenen Gebrauch und von Dienstleistungen sowie

²⁴² Bertel/Schwaighofer, BT I⁹ § 146 Rz 1-6, 13.

Betrug eines Angestellten zum Vorteil des Unternehmens begründen keine Gewerbsmäßigkeit.²⁴³

158 Übersteigt der Schaden EUR 40.000,--, und ist dies Ausmaß zumindest vom bedingten Vorsatz des Täters umfasst, wird der Betrug zu einem Verbrechen. Täuschungshandlungen im Rahmen betrügerischer Krida (§ 156 StGB) sind nicht gesondert als Betrug strafbar. **Abgabenhinterziehung ist nie Betrug** (§ 22 Abs 2 FinStrG).²⁴⁴

159 **Setzt der Aufsichtsrat** in Fällen, in denen er zur Vertretung der Gesellschaft nach außen tätig wird, **selbst eine Täuschungshandlung**, kommt Strafbarkeit als **unmittelbarer Täter** in Betracht. Stimmt der Aufsichtsrat wissentlich zum Beispiel einer vom Vorstand vorbereiteten Unternehmenstransaktion zu, deren Kaufpreisgestaltung auf einer unzutreffenden Bewertung beruht, kommt je nach Lage des Falles sowohl Mittäterschaft mit dem Vorstand (unmittelbare Tatbegehung) oder Beteiligung am Betrug in Betracht.²⁴⁵

²⁴³ Bertel/Schwaighofer, BT I⁹ § 147 Rn 1,9 § 148 Rn 1.

²⁴⁴ Kienapfel BT II § 146 Rn 29, 262, § 147 Rn 84.

²⁴⁵ Brandstetter, HB AR, Rn 20f.

Beteiligung liegt etwa dann vor, wenn ein 160
Aufsichtsratsmitglied bei einem Vorstandsmitglied **anregt**, dem
potentiellen Vertragspartner wichtige **Informationen**
vorzuenthalten ("**Bestimmungstäter**") oder den von einem
Vorstandsmitglied **geplanten Betrug** dadurch **unterstützt**, dass es
ihm Unterlagen zur Verfügung stellt, die das Opfer in seinem
Irrtum noch bestärkt ("**Beitragstäter**"). Möglich ist natürlich auch,
dass ein Aufsichtsratsmitglied einen **Betrug an der Gesellschaft**,
deren Aufsichtsgremium es angehört, begeht.²⁴⁶

Im Wirtschaftsleben von Informationsvorsprüngen zu 161
profitieren, das heißt **unter Umständen auch ausdrückliche**
Täuschungen vorzunehmen, ist im Rahmen des Verkehrsüblichen
zulässig. Täuschungen über Verität und Bonität von Forderungen
oder Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit von Personen sind
stets heikel. Bloß weil das Opfer eine Entscheidung trotz
bestehenden Zweifels trifft, scheidet Betrug noch nicht aus. Je
höher das dem Gegenüber bekannte mit einem Geschäft
verbundene Risiko, desto weniger kann von verbotener Täuschung
die Rede sein. Treten jedoch besondere **Vertrauenselemente**
hinzu (zum Beispiel aufgrund von langjähriger Geschäftsbeziehung

²⁴⁶ Brandstetter, HB AR, Rn 78f.

oder aufgrund erteilter Beratung), so schrumpft der Ermessensspielraum bei Abwägung der Schutzwürdigkeit des Gegenübers mit Vertrags- und Handlungsfreiheit. Mit einem solchen – etwa gesellschaftsvertraglich begründeten – Vertrauensverhältnis geht stets **Garantenstellung** im Sinne des § 2 StGB einher, wodurch Tatbegehung durch Unterlassen möglich wird.²⁴⁷

3. Untreue

162 Während Betrug ein Selbstschädigungsdelikt ist, handelt es sich bei Untreue (§ 153 StGB) um ein Fremdschädigungsdelikt.²⁴⁸ Untreue ist ein Sonderdelikt, welches ausschließlich durch sogenannte "**Machthaber**" begangen werden kann, das sind Personen mit der durch Gesetz, Behörde oder Rechtsgeschäft eingeräumten **Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen**. Aufsichtsratsmitglieder sind stets Machthaber (aufgrund Rechtsgeschäfts).²⁴⁹

²⁴⁷ Kienapfel BT II § 146 Rn 28, 37, 74f, 87-89, 100.

²⁴⁸ Kienapfel BT II § 153 Rn 140.

²⁴⁹ Bertel/Schwaighofer, BT I⁹ § 153 Rn 1f, 12.

Tathandlung der Untreue ist der **nachteilige Missbrauch** 163
solcher Befugnis; bewirkt der Befugnismissbrauch sowohl Vorteile
als auch Nachteile, sind diese gegeneinander aufzurechnen.²⁵⁰ Das
bedeutet nicht, dass Vor- und Nachteile der gesamten Tätigkeit des
Machthabers gegeneinander aufzuwiegen sind.²⁵¹

Wenn der Machthaber keine anderen Direktiven hat, ist er 164
dazu verpflichtet, jene Rechtshandlungen zu setzen, die dem
Machtgeber maximalen **Nutzen bei minimalem Risiko**
versprechen und sämtliche Rechtshandlungen zu unterlassen, die
diesem Ziel zuwiderlaufen.²⁵²

Bei der Untreue macht der Machthaber von seiner Befugnis 165
wirksam nach außen Gebrauch, **verstößt** dabei **aber gegen**
interne Vorgaben für die Befugnisausübung, die sich aus (i)
Gesetz, (ii) Vertrag, (iii) Satzung, (iv) Einzelweisungen oder (v)
den Grundsätzen redlicher und verantwortungsbewusster
Geschäftsführung ergeben können.²⁵³

²⁵⁰ Bertel/Schwaighofer, BT I⁹ § 153 Rn 1f, 12.

²⁵¹ OGH SSSt 62/10.

²⁵² Bertel/Schwaighofer, BT I⁹ § 153 Rn 4.

²⁵³ Kienapfel BT II § 153 Rn 60.

166 Nach der **Judikatur** kann bereits das Eingehen einer Verbindlichkeit sowie bloßer Gewinnentgang (strittig) einen im Rahmen der Untreue strafbaren **Vermögensschaden** begründen;²⁵⁴ auch ein bloß vorübergehender Vermögensschaden soll zur Strafbarkeit ausreichen.²⁵⁵

167 Untreue wurde bejaht in Fällen

- **unangemessen hoher Honorierung** von Leistungen (etwa bei Gutachtern, Konsulenten et cetera);²⁵⁶
- **missbräuchlicher Darlehensvergabe** an einen Kreditunwürdigen;²⁵⁷
- **Verjährenlassen einer Forderung**;²⁵⁸
- **Verzögerung rechtzeitiger Rechnungslegung**;²⁵⁹
- **Einstellung gebotener Kontrollmaßnahmen**.²⁶⁰

168 Hinsichtlich des Untreuetatbestands bestehen deutliche **Unterschiede zwischen der österreichischen und deutschen Rechtsordnung**; so ist in Deutschland versuchte Untreue nicht

²⁵⁴ Kienapfel BT II § 153 Rn 81.

²⁵⁵ OGH JUS 1995/6/1891.

²⁵⁶ Kienapfel BT II § 153 Rn 82.

²⁵⁷ OGH EvBl 1974/35.

²⁵⁸ OGH EvBl 1973/23.

²⁵⁹ OGH EvBl 1984/128.

²⁶⁰ OGH SSt 50/6.

strafbar. In Deutschland wird nur auf einzelne durch den Täter vorgenommene rechtswirksame Verfügungen und Verpflichtungen abgestellt, während der **weitere Anwendungsbereich in Österreich** die gesamte missbräuchliche Tätigkeit erfasst, sofern sie mit einer Rechtshandlung verbunden ist, das heißt, dass in Österreich zum Beispiel auch das unterlassene Abführen für einen Vertragsabschluss empfangener Provision Untreue sein kann,²⁶¹ weil der OGH daran die Vermutung knüpft, dass die Provision den Vertrag zum Nachteil des Machtgebers beeinflusst hat.²⁶²

Insbesondere enthält die österreichische Untreue keinen 169
Treubruchtatbestand, das heißt es kommt nicht darauf an, ob zwischen Machthaber und Machtgeber ein **besonderes Treueverhältnis** besteht.²⁶³ Die hier getätigten Ausführungen beziehen sich stets auf das österreichische Strafrecht. Gefordert wird ein eindeutiger Verstoß gegen bestehende Pflichten; die Ausübung eines Ermessensspielraums kann keinen Missbrauch begründen. Auch in Grenzbereichen der Ermessensübung, vor allem bei Entscheidungen unter Zeitdruck, darf die **Strafbarkeit nicht überdehnt** werden – Missbrauch ist nur in Fällen rechtlich

²⁶¹ *Schramm*, Die deutsche (Banken-)Untreue im Lichte des *Landowsky*-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AnwBl 2012, 133f

²⁶² OGH SS 54/42.

²⁶³ Kienapfel BT II § 153 Rn 7.

unvertretbaren Fehlgebrauchs anzunehmen. Als subjektives Korrektiv gegenüber den umfassenden Pflichtenanforderungen ist **Wissentlichkeit hinsichtlich der Missbräuchlichkeit** sowie **bedingter Schädigungsvorsatz** gefordert – ansonsten bestünde die Gefahr, dass unternehmerischer Wagemut und Innovationsfreude verkümmerten.²⁶⁴

170 Handeln mit **Genehmigung** des Machthabers ist nie Missbrauch, wird die Genehmigung jedoch bloß nachträglich erteilt, ändert sich an der Tatbestandsverwirklichung nichts. **Branchenübliche** Spekulationsgeschäfte werden erst dann missbräuchlich wenn bei ex-ante-Betrachtung Risikogrenzen eindeutig überschritten wurden – dies ist in der Regel dann nicht der Fall, wenn das riskante Geschäft dem mutmaßlichen Willen des Machtgebers entspricht, mag es sich auch im Nachhinein als verlustreich herausstellen.²⁶⁵

²⁶⁴ Kienapfel BT II § 153 Rn 2, 4, 13, 61.

²⁶⁵ Kienapfel BT II § 153 Rn 65, 70f.

- Verschwendung von Mitteln der Gesellschaft zur Finanzierung von Vergnügungsreisen Betriebsangehöriger²⁶⁶ (Beteiligung durch Unterlassen).²⁶⁷
- Gewährung **unbegründeter Vergünstigungen** an ein Vorstandsmitglied aus unsachlichen Motiven (Übernahme von Rechtsvertretungskosten, Geldstrafen);
- Herbeiführung eines Schadens für die Gesellschaft durch **Verschweigen von Informationen** gegenüber den Gesellschaftern (Begehung durch Unterlassen; hier kommt auch Strafbarkeit nach § 255 AktG in Betracht);
- Drängen auf Durchführung eines ex-ante betrachtet **unüblich riskanten Geschäfts** gegenüber dem Vorstand (Bestimmungstäterschaft, allenfalls Bestimmung zum Versuch im unwahrscheinlichen Erfolgsfall);

²⁶⁶ OGH JBl 1986, 397.

²⁶⁷ Vgl Kienapfel BT II § 153 Rn 106, 128.

- Beauftragung persönlich bekannter Spaltungsprüfer, Sachverständiger oder Investmentbanken die nicht Bestbieter sind;
- Zustimmung zu unzulässig riskantem Geschäft des Vorstands im Wissen um dessen Missbräuchlichkeit und unter Inkaufnehmen der Möglichkeit eines Vermögensschadens (Beitragstäterschaft);²⁶⁸

172 Selbst bei missbräuchlichem Vorgehen mangelt es regelmäßig an der Nachweisbarkeit des Schädigungsvorsatzes. Wer sich insbesondere bei riskanten Geschäften über die Grenzen seines Dürfens hinwegsetzt, dabei aber doch **darauf vertraut, dass das Geschäft dem Machthaber Vorteile** bringt, handelt nicht vorsätzlich.²⁶⁹

173 Wer auf den Machthaber in verkehrsadäquater Weise einwirkt (etwa als Gegner im Rahmen von Vertragsverhandlungen) ist bloß deswegen noch kein Beitragstäter. Die Grenze der **Verkehrsadäquanz** liegt erst im kollusiven Zusammenwirken mit dem Machthaber. **Bei Nichtigkeit** wegen rechtsmissbräuchlicher

²⁶⁸ Brandstetter, HB AR, Rn 26-29.

²⁶⁹ Vgl OGH JBl 1991, 465 (Veranlassung einer Kapitalaufstockung unter bewusster Täuschung des Aufsichtsrats).

Kollusion mit einem Dritten ist die **Anwendung** des § 153 StGB **nicht gehindert**, da ansonsten gerade die krassen Fälle des Vollmachtsmissbrauchs straffrei wären.²⁷⁰ In der Regel ändert die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nichts an der Verwirklichung des § 153 StGB.²⁷¹

4. Geschenkkannahme durch Machthaber

"Geschenkkannahme durch Machthaber" (§ 153a StGB) ist 174 gegenüber der Untreue lediglich ein **subsidiärer Auffangtatbestand**; es handelt sich um ein echtes Unterlassungsdelikt. Pönalisiert ist das pflichtwidrige **Nicht-Abführen** für die Ausübung der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, **erhaltener Vorteile** – führt die Tat zu einem Vermögensnachteil beim Machthaber, ist § 153 StGB verwirklicht, der Geschenkkannahmetatbestand tritt zurück.²⁷²

§ 153a StGB wird kaum angewandt, weil der OGH die 175 Annahme unerlaubter Provisionen regelmäßig als Untreue behandelt. Anderes könnte dann gelten, wenn der Täter die **Provision von einem Dritten, oder** zwar vom Geschäftspartner,

²⁷⁰ Kienapfel BT II § 153 Rn 53, 114.

²⁷¹ OGH NRsp 1988/96.

²⁷² Kienapfel BT II § 153 Rn 145, § 153a.

jedoch erst **nach Vertragsschluss** erhält (ohne dass dem eine dementsprechende Vereinbarung vorangegangen wäre).²⁷³

176 Aufsichtsratsmitglieder können sich nach § 153a StGB strafbar machen, wenn sie für die konkrete Befugnis, einem Geschäft des Vorstands zuzustimmen, geldwerte Vorteile **von einem Dritten** erhalten. Der erhaltene Vorteil muss über EUR 100,-- wert sein, es muss sich jedoch nicht um Bargeld handeln, etwa die Einladung zu einer Reise kann erfasst sein. Wann die Pflicht besteht, einen solchen Vorteil abzuführen, ergibt sich aus dem Zivilrecht (Vertrag oder Gesetz, insbesondere § 1009 ABGB, wonach den Machthaber die Pflicht trifft, sämtliche aus einem Geschäft entspringenden **Vorteile dem Machtgeber zukommen** zu lassen.²⁷⁴

5. Kridadelikte

177 Die **Kridadelikte** (Betrügerische Krida – § 156 StGB, Schädigung fremder Gläubiger – § 157 StGB, Begünstigung eines Gläubigers – § 158 StGB sowie Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen – § 159 StGB) sollen hier nur

²⁷³ Bertel/ Schwaighofer, BT I⁹ § 153a Rn 6.

²⁷⁴ Brandstetter, HB AR, Rn 32.

überblicksweise, vor allem der Vollständigkeit halber, behandelt werden; schließlich kommt die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern auch in diesen Bereichen in Betracht.

Betrügerische Krida ist ein Sonderdelikt. Sie kann nur durch 178
einen **Gemeinschuldner** oder einen seiner leitenden Angestellten verwirklicht werden.²⁷⁵ Der Straftatbestand verbietet, das **Vermögen vorsätzlich zu verringern** (zum Beispiel durch Anerkennung und Befriedigung nicht bestehender Forderungen²⁷⁶) und dadurch die Befriedigung der Gläubiger zu vereiteln oder zu schmälern. Ein praktisches Beispiel wäre die Zustimmung des Aufsichtsrats zum Verkauf einer Liegenschaft der Gesellschaft weit unter Wert mit der Wirkung der Verletzung von Gläubigerrechten.²⁷⁷

§ 157 StGB sanktioniert zwar dieselben Tathandlungen wie 179
die betrügerische Krida, doch stellt diese praktisch kaum relevante Bestimmung darauf ab, dass Außenstehende **ohne Einverständnis des Schuldners** in dessen Vermögen eingreifen. § 158 StGB verbietet – wie der Name der Regelung schon sagt – jede

²⁷⁵ Bertel/Schwaighofer, BT I⁹ § 156 Rn 1.

²⁷⁶ OGH 8.11.1984, 13 Os 195/83.

²⁷⁷ Brandstetter, HB AR, Rn 37.

Besserstellung eines Gläubigers, welche einen anderen Gläubiger benachteiligt.²⁷⁸ § 159 StGB ist das einzige Fahrlässigkeitsdelikt im Vermögensstrafrecht.²⁷⁹ Es handelt sich um die Nachfolgebestimmung der fahrlässigen Krida und sanktioniert im Unterschied zur als zu weitgehend aufgefassten Vorgängerbestimmung ausschließlich grob fahrlässiges das heißt auffallend sorgloses Verhalten. Verboten ist das **grob fahrlässige Herbeiführen von Zahlungsunfähigkeit** durch eine kridaträchtige Handlung. Die Bestimmung dient in der Praxis vor allem als Auffangbestimmung für Betrug.²⁸⁰

6. Unrichtige Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft

180 Das **unrichtige Darstellen der Verhältnisse der Gesellschaft** durch unrichtiges Wiedergeben, Verschleiern und Verschweigen ist unter bestimmten Umständen mit Haftung bedroht. Die wichtigste diesbezügliche Vorschrift ist die des § 255 AktG,²⁸¹ welche unwahre Darstellungen der Verhältnisse der Gesellschaft und falsche Angaben über bestimmte Tatsachen oder das Verschweigen erheblicher Umstände, etwa im

²⁷⁸ Brandstetter, HB AR, Rn 38ff.

²⁷⁹ Kienapfel BT II § 159.

²⁸⁰ Brandstetter, HB AR, Rn 43ff.

²⁸¹ Brandstetter, HB AR, Rn 48, 54f.

Geschäftsbericht,²⁸² sanktioniert, wenn bedingter Vorsatz auf Falschinformation beziehungsweise Unterlassung einer gebotenen Information (zum Beispiel **Ad-hoc-Publizitätsmitteilung**) nachweisbar ist.²⁸³

§ 255 AktG, die dieser Norm inhaltlich weitgehend 181
entsprechenden §§ 122 GmbHG, 41 PSG, 89 GenG, 114 VAG
sowie die verwandten §§ 15 KMG (öffentlicher Prospekt) und 18
SpaltG schützen neben bestehenden und künftigen
Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern der **Gesellschaft**
auch die Gesellschaft selbst sowie sämtliche **mit ihr in**
Geschäftsverkehr stehende Personen. Als Tathandlungen in
Betracht kommen sämtliche **schriftlichen und mündlichen**
Darstellungen an Gesellschafter oder Öffentlichkeit, mögen diese
in Erfüllung gesetzlicher Äußerungspflichten ergehen oder
freiwillig erfolgen (zum Beispiel informelle Äußerungen in
Interviews); Bezug zur finanziellen Situation der Gesellschaft ist
hiebei nicht erforderlich.²⁸⁴

²⁸² OGH 13.12.1996, 15 Os 113/96.

²⁸³ OGH 27.6.2006, 3 Ob 75/06k = ecolex 2007/7 (*Wilhelm*).

²⁸⁴ *Brandstetter*, HB AR, Rn 49f.

182 Stellt der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats im Nachhinein fest, dass der Vorstand ex ante betrachtet unzulässig riskante Geschäfte getätigt hat, wodurch ein Vermögensschaden bei der Gesellschaft eingetreten ist (sohin Untreue vollendet wurde) und legt der Aufsichtsrat dem **Abschlussprüfer** diese Geschäfte nicht offen, um den Vorstand zu decken, kommt aufgrund der abgeschlossenen Tathandlung zwar keine Beteiligung an der Untreue, jedoch Strafbarkeit nach § 255 AktG in Betracht. Unterstützen Aufsichtsratsmitglieder Vorstandsmitglieder physisch oder psychisch beim Verschleiern von solchen Informationen oder stiften sie diese dazu an, kann dies ein Fall der strafbaren **Beteiligung** an § 255 AktG sein.²⁸⁵

183 § 255 AktG ist ein **Schutzgesetz** zugunsten der Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger, sodass diesem Personenkreis bei Verletzung ein **Schadenersatzanspruch** zukommt.²⁸⁶ Kann lediglich **Fahrlässigkeit** bewiesen werden, kommt bei börsennotierten Gesellschaften der subsidiäre Tatbestand der **Marktmanipulation** gemäß § 48a Abs 1 Z 2 lit c BörseG iVm § 48c BörseG in Betracht.²⁸⁷

²⁸⁵ Brandstetter, HB AR, Rn 52f, 93.

²⁸⁶ Kalss, D/N/K § 99 Rz 42.

²⁸⁷ Brandstetter, HB AR, Rn 50, FN 42.

7. Insiderrecht

Das Insiderrecht hat zum Ziel, den Finanzmarkt zu 184
schützen. Qua expliziter Nennung in der Legaldefinition des § 48b
Abs 4 BörseG sind Aufsichtsratsmitglieder stets Insider, dh
Personen, die **Zugang zu Insider-Informationen** haben.²⁸⁸

§ 48d BörseG verpflichtet Organmitglieder dazu, 185
Insiderinformationen, die sie unmittelbar betreffen, unverzüglich
der Öffentlichkeit bekannt zu geben.²⁸⁹ Insider-Informationen sind
(i) der Öffentlichkeit über die üblichen Wege (zum Beispiel
Zeitung, Internet) **nicht zugänglich**; erfassen (ii) entweder
bereits vorhandene Tatsachen und Ereignisse **oder** solche, von
deren künftigen Eintreten mit hinreichender **Wahrscheinlichkeit**
ausgegangen werden kann; sind (iii) bestimmt genug, einen Schluss
auf mögliche **Auswirkungen auf die Kursentwicklung** von
Finanzinstrumenten zuzulassen, **betreffen** (iv) direkt oder indirekt
einen oder mehrere **Emittenten** von Finanzinstrumenten und sind
(v) **geeignet**, den Kurs dieser **Finanzinstrumente zu**
beeinflussen.²⁹⁰

²⁸⁸ Brandstetter, HB AR, Rn 57.

²⁸⁹ Dubsy, Ausgewählte rechtliche Aspekte bei Private-Equity-Transaktionen, HB M&A, 679.

²⁹⁰ Brandstetter, HB AR, Rn 57-63.

§ 48b Abs 1 Z 1 BörseG pönalisiert die **vorsätzliche Verwertung von Insider-Informationen** in Zusammenhang mit Kauf und Verkauf der betroffenen Finanzinstrumente oder Anbieten und Empfehlen derselben an Dritte mit Bereicherungsvorsatz ("Insiderhandel"), Abs 3 leg cit bestraft die **grob fahrlässige Verwirklichung** des gleichen Tatbilds ohne Bereicherungsvorsatz, Abs 1 Z 2 leg cit erfasst Fälle, in denen Insider ohne dazu verhalten zu sein solche **Informationen Dritten zugänglich** machen. **Beispiel** für Insiderhandel: Ein Aufsichtsratsmitglied weiß bereits, dass Unternehmensinterne Forschungen erfolgreich waren und kauft sogleich Aktien der Gesellschaft, die es nach Bekanntwerden des Erfolgs in der Öffentlichkeit zu deutlich gesteigertem Kurs wieder verkauft.²⁹¹

Die Bundes-Wertpapieraufsicht hat eine Verordnung "über Grundsätze für die Informationsweitergabe im Unternehmen sowie betreffend organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Insiderinformationsmissbrauch für Emittenten" (**Emittenten-Compliance-Verordnung**) erlassen, welche nur **für börsennotierte Gesellschaften** gilt und Regelungen über die Einrichtung von Vertraulichkeitsbereichen, Sperrfristen und Handelsverbote

²⁹¹ Brandstetter, HB AR, Rn 64-70.

enthält, sowie die Vorschriften über Weitergabe von Insiderinformationen näher konkretisiert. Es wird empfohlen, dass Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Gesellschaften sich schriftlich ausdrücklich der Anwendung der Emittenten-Compliance-Verordnung unterwerfen und deren Regelungen anerkennen.²⁹²

8. Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses

Das Privatanklagedelikt des **§ 122 StGB** schützt die **wirtschaftliche Geheimsphäre**. Wer wirtschaftliche Geheimnisse verrät oder verwertet (Geschäftsgeheimnisse: Tatsachen und Erkenntnisse vor allem kommerzieller Art, die sich nur dem mit dem inneren Geschäftsgang Bekannten erschließen; Betriebsgeheimnisse: Wissen um die technischen Einrichtungen), ohne dies durch ein öffentliches oder berechtigtes eigenes Interesse rechtfertigen zu können,²⁹³ ist dann zu bestrafen, wenn er dies unter **Verletzung einer ausdrücklichen gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht** tut.²⁹⁴ Eine solche

²⁹² Prändl, Aufsichtsrat, in *Prändl et alii*, ÖCGK, 49.

²⁹³ Fabrizy⁹ § 122 Rz 1ff.

²⁹⁴ *Bachner-Foregger*, StGB¹⁹ (2005), 137.

Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder normiert § 99 AktG.²⁹⁵

189 Verwertet ein Aufsichtsratsmitglied Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die es kraft seiner Tätigkeit in Erfahrung gebracht hat, vorsätzlich **zu Zwecken des Wettbewerbs**, so kommt die wettbewerbsrechtliche Strafbestimmung des **§ 11 UWG** in Betracht. Auch diese Bestimmung ist ein Privatanklagedelikt. §§ 13ff UWG gewähren Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Straftäter.²⁹⁶

²⁹⁵ *Koziol*, FS G.Frotz, 360.

²⁹⁶ *Kalss*, D/N/K § 99 Rz 35f.

VI. Typische Interessenkonflikte im Aufsichtsrat

A. Mehrfache Beauftragung

Mit doppelter Interessewahrungspflicht einhergehende 190
doppelte Vertretung oder Beauftragung ist grundsätzlich zulässig,
wenn die Interessen beider Teile gleichgerichtet sind und
entsprechend gewahrt werden und wird **unzulässig, wenn** eine
Interessenkollision zu befürchten ist.²⁹⁷

Ein echter Interessenkonflikt liegt jedenfalls dann vor, wenn 191
ein Aufsichtsratsmitglied berechnete eigene **Ansprüche** gegen die
Gesellschaft **nicht durchsetzen** oder unberechtigte Ansprüche der
Gesellschaft nicht abwehren kann, **ohne** dabei ein **Internum** der
Gesellschaft **preiszugeben**.²⁹⁸

Falls ein Aufsichtsratsmitglied aufgrund seiner 192
Fachkenntnisse zusätzlich vom Vorstand mit Beratungstätigkeiten
außerhalb der Aufsichtsrats-Funktion betraut wird, mag bereits
deswegen die unabhängige Kontrolle der Vorstandstätigkeit wegen
Verlust der kritischen Distanz beeinträchtigt sein. Es droht das

²⁹⁷ Nitsche, FS Krejci I, 766.

²⁹⁸ Hengeler, FS Schilling, 198.

Entstehen eines **"verkehrten" Abhängigkeitsgefälles** zwischen Geschäfts- und Aufsichtsorgan; das Aufsichtsratsmitglied wirkt durch seine Beratungstätigkeit an der Geschäftsführung mit, die es überwachen soll.²⁹⁹

193 Problematisch sind auch solche Fälle, in denen Aufsichtsratsmitglieder über zustimmungspflichtige **Geschäfte mit eigenen Klienten** oder Geschäftspartnern entscheiden sollen. Wie soll sich ein Steuerberater, der als Aufsichtsratsmitglied eines Kreditinstituts über den Kreditantrag eines Klienten entscheiden muss, verhalten – soll er im Fall unzureichender Bonität des Kreditwerbers sein gesamtes Wissen über den Klienten offenlegen oder ist er in erster Linie zur Interessenwahrung des Klienten verpflichtet?³⁰⁰

194 Steuerberater, Rechtsanwälte, Techniker oder sonstige **Spezialisten** werden oft neben ihrer hauptberuflichen Tätigkeit aufgrund ihres gefragten Wissens in **zahlreiche unterschiedliche Aufsichtsräte** berufen. Damit dies problematisch wird, müssen nicht einmal im eigentlichen Sinn inhaltlich kollidierende Interessen vorliegen – es reicht aus, dass diese vielbeschäftigten

²⁹⁹ *Nitsche*, FS Krejci I, 754, 763.

³⁰⁰ *Nitsche*, FS Krejci I, 754.

Fachleute mit ihren bestehenden Aufgaben derart ausgelastet, wenn nicht **überlastet** sind, dass sie regelmäßig nicht ausreichend vorbereitet in Aufsichtsratssitzungen kommen oder diese überhaupt verpassen. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat solche überlasteten Aufsichtsratsmitglieder zunächst im Rahmen seiner Leitungsbefugnis abzumahnern und, wenn dies nicht hilft, zum Rücktritt aufzufordern, beziehungsweise eine Hauptversammlung mit der **Abberufung** des Aufsichtsratsmitglieds als Tagesordnungspunkt einzuberufen.³⁰¹

B. Multiorganmitgliedschaft

Hat eine natürliche Person **in mehreren Gesellschaften** 195 **Organfunktionen** inne, spricht man von der sogenannten "Multiorganmitgliedschaft". Diese ist bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen, insbesondere bei Gesellschaftern, die zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern berechtigt sind, besonders häufig (zum Beispiel gleichzeitige Mitgliedschaft in Vorstand der Mutter und Aufsichtsrat der Tochter), doch sind solche Fälle nicht auf Konzerne beschränkt.³⁰²

³⁰¹ R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 98, 99 Rz 38.

³⁰² St.Frotz/Schörghofer, GesRZ 2011, 334f.

196 Wer **kollidierende Rechtspflichten** übernimmt und eine Pflicht nicht erfüllen kann, ohne die andere zu verletzen, haftet nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bei Schuldhaftigkeit auf **Schadenersatz wegen Nichterfüllung** (Beispiel: Doppelverkauf einer Speziessache). Würde die Berufung auf eine widerstreitende Pflicht stets exkulpieren, so könnte jeder leistungsunwillige Schuldner seine Ersatzpflicht durch Eingehen einer seiner ersten Verpflichtung widerstreitenden Pflicht abwehren.³⁰³

197 Im Rahmen der Verschuldensprüfung ist für die Bejahung oder Verneinung von Schadenersatzpflicht entscheidend, ob das Multiorganmitglied in dem **Zeitpunkt**, in dem ihm bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt **erkennbar** war oder wurde, dass es zu einem **Pflichtenkonflikt** kommen kann, versucht hat, diesen Konflikt und die damit verbundene Pflichtverletzung **abzuwenden**.³⁰⁴

³⁰³ *Riss*, ecolex 2010, 157.

³⁰⁴ *Riss*, ecolex 2010, 157.

War die Möglichkeit eines Pflichtenkonflikts bereits bei 198
Annahme der zweiten Organmitgliedschaft erkennbar, ist bereits
diese **Annahme** der Bestellung und die Unterlassung der
Aufklärung der Gesellschaft über den möglichen Konflikt
vorwerfbar. Wird der Konflikt erst nach Übernahme der
Organwalterstellung erkennbar, so trifft den Organwalter ab
diesem Zeitpunkt die Pflicht, den **Grundkonflikt zu beseitigen**,
etwa indem er sich um ausreichende Entbindung von einer der
widerstreitenden Pflichten bemüht oder eine der beiden
Rechtsbeziehungen überhaupt beendet.³⁰⁵

Sind die Interessen der Gesellschaften, bei denen 199
Multiorganmitgliedschaft vorliegt, gleichgerichtet, so kann das
Multiorganmitglied problemlos sämtliche Funktionen pflichtgemäß
wahrnehmen. Bestehen jedoch **widerstreitende Interessen**, ist zu
differenzieren (der Einfachheit halber wird im Folgenden von
zweifacher Organmitgliedschaft ausgegangen): Können beide
Pflichten zur Wahrung der jeweiligen Unternehmensinteressen
gewahrt werden, dann schlägt der Konflikt nicht auf die
Pflichtenebene durch und der Organwalter kann seiner
Treubindung gegenüber beiden Gesellschaften gerecht werden.

³⁰⁵ *Riss*, *ecolex* 2010, 157f.

Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Konflikt entschärft werden kann, wie zum Beispiel durch Offenlegung, Mandatsbeendigung oder Inhaltliche Modifizierung der Handlungspflichten ohne Aufgabe ihres Zwecks. Bestehen jedoch **miteinander unvereinbare Handlungspflichten**, stellt sich die Frage nach der **schadenersatzrechtlichen Verantwortung** des Multiorganmitglieds.³⁰⁶

200 Abzulehnen sind jene Literaturmeinungen, welche besagen, dass stets die Möglichkeit bestünde, anhand bestimmter **Vorrangregeln** zu ermitteln, welche der widerstreitenden Pflichten "automatisch" derart zu reduzieren sei, dass ihre Nichterfüllung keine Sanktionen nach sich zieht. Dass dafür angeführte Argument, dem Multiorganmitglied stünde keine rechtmäßige Handlungsalternative offen und die Rechtsordnung dürfe nichts Unmögliches verlangen, geht deswegen fehl, da der Organwalter seine **Pflichten** ja **privatautonom übernommen** hat – die widerstreitenden Aufgaben waren ihm nicht unausweichlich vorgegeben.³⁰⁷

³⁰⁶ *Riss*, *ecolex* 2010, 156.

³⁰⁷ *Riss*, *ecolex* 2010, 157.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob auch 201
die Gesellschaften für das Verhalten jener natürlichen Personen
einzustehen haben, die zugleich bei ihnen und anderen
Gesellschaften Organfunktionen bekleiden ("**Machthaber- oder
Repräsentantenhaftung**"). Während das BGB die
Repräsentantenhaftung in § 31 ausdrücklich regelt, beruht diese im
österreichischen Recht auf einer analogen Anwendung von § 337
ABGB. Die Reichweite der Repräsentantenhaftung ist strittig.
Bereits 1929 war *v.Hofmannsthal* der Meinung, dass zumindest
Entsendungsberechtigte stets für die von ihnen entsandten
Aufsichtsratsmitglieder zu haften haben. Nach *Reich-Rohrwig* ist die
schädigende Handlung des entsandten Aufsichtsratsmitglieds dann
dem Entsendungsberechtigten zuzurechnen, wenn es in dessen
Interesse gehandelt hat. *Kalss/Eckert* lehnen die
Repräsentantenhaftung ab, da jedes Organmitglied eine
höchstpersönlich wahrzunehmende, unabhängige und
eigenverantwortliche Stellung innehat.³⁰⁸

Ein Teil der Lehre bejaht Repräsentantenhaftung dann, wenn 202
das entsandte Organmitglied die **Interessen** der abordnenden
Körperschaft jenen der aufnehmenden Körperschaft **überordnet**

³⁰⁸ *St.Frotz/Schörghofer*, GesRZ 2011, 334-338.

und dabei deren **Schädigung in Kauf nimmt**. Daran anschließend vertreten *Frotz/Schörghofer*, dass das Verhalten des entsendeten Multiorganmitglieds immer dann der entsendenden Gesellschaft zuzurechnen ist, wenn es einen Konflikt zwischen den Interessen der aufnehmenden und der entsendeten Gesellschaft gibt und das Multiorganmitglied letzteren den Vorzug einräumt.³⁰⁹

203 Bei **Unvorhersehbarkeit des Konflikts** hat ein und dieselbe Person widerstreitende Handlungspflichten übernommen, ohne sich dadurch einer Sorgfaltspflichtverletzung schuldig gemacht zu haben – sie hat unvermeidlich gegen eine der beiden Pflichten zu verstoßen und ist bloß deswegen **grundsätzlich nicht haftbar**. Allerdings ist ihr die Entscheidung darüber, welche der beiden Pflichten sie vernachlässigt nicht völlig freigestellt, das heißt unter Umständen haftet sie dafür, der "falschen" Pflicht den Vorrang gegeben zu haben. In diesem Zusammenhang werden unterschiedliche **Kollisionsregeln** diskutiert:

- Bei **teilbaren Handlungspflichten** sollen beide Pflichten anteilig erfüllt werden (**Repartierungspflicht**).

³⁰⁹ *St.Frotz/Schörghofer*, GesRZ 2011, 339.

- Bei **unteilbaren Pflichten** ist Gleichbehandlung durch quotenmäßige Erfüllung nicht möglich, eine der beiden Pflichten muss vernachlässigt werden. In diesem Fall sind im Rahmen einer Interessenabwägung Rettung und Verletzung der beiden Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen.
 - Bei **gleichrangigen Interessen** ist die angezeigte Vorgehensweise strittig. In der Literatur wird dazu unter Anderem vertreten:
 - Entscheidung durch Los,
 - Vorrang für das ältere Rechtsverhältnis, (Prioritätsgrundsatz),
 - Vorrang für die Seite, die die Leistung als erste einfordert (Präventionsprinzip).
 - Bei **ungleichrangigen Interessen** ist bei sonstiger Haftung jene Handlungsalternative zu wählen, welche die **höherwertigen Interessen** schützt.
 - Die **Verletzung höherwertiger Interessen kann dann entschuldigt sein**,
 - wenn der herbeigeführte Nachteil nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt

- und diese Verletzung (etwa aufgrund drohender persönlicher Konsequenzen) zu erwarten war.³¹⁰

C. Geschäfte mit der Gesellschaft

204 Bei der Vornahme von Geschäften, an denen **Organmitglieder** der Gesellschaft **direkt oder indirekt interessiert** sind, kann so einiges schief gehen. *Wells/Kopetzky* nennen mehrere Fälle, in denen die **Gesellschaft** (i) durch nachteilige Preisgestaltung bei Kaufverträgen oder dadurch, dass (ii) unbare Vermögenswerte zweckentfremdet oder (iii) Kunden abgeworben werden, **geschädigt** wird:

- Einkäufe werden zu **überhöhten Preisen** beim Unternehmen der Gattin des Organmitglieds, das von dessen Bruder geleitet wird, getätigt.
- Vorgeschriebene **Ausschreibungen** oder Rotationen im Lieferantenbereich werden zugunsten des Unternehmens, an dem eine versteckte Beteiligung des Organmitglieds besteht, ignoriert.

³¹⁰ *Riss*, *ecolex* 2010, 158f.

- Nach Kenntnis der Angebote der anderen Ausschreibungsteilnehmer wird das Angebot des eigenen Unternehmens exakt auf die Ausschreibung der Gesellschaft zurechtgezimmert.
- Ein Organmitglied eines Versorgungsunternehmens handelt Verträge zur Aufstellung von Strommasten mit Grundeigentümern aus. Unter diesen Grundeigentümern ist die Schwiegermutter des Organmitglieds; sie erhält ungewöhnlich günstige Konditionen.
- Der CEO und ein weiterer Mitarbeiter wissen davon, dass die Gesellschaft beabsichtigt, ein Bürohaus zu kaufen. So kommt es dann auch, allerdings erwirbt die Gesellschaft das Haus von eben diesem Mitarbeiter, und zwar einen Tag nach dem dieser es um einem um EUR 1,2 Mio geringeren Preis erworben hatte.
- Vermögensgegenstände des Unternehmens werden unter Marktwert Käufern überlassen, an denen Organmitglieder ein verstecktes finanzielles Interesse haben.

- **Forderungen** gegen das eigene Unternehmen werden ohne Not **abgeschrieben** oder gegen eigens ausgestellte Gutschriften verbucht.
- Rechnungen an das eigene Unternehmen werden derart zeitverzögert ausgestellt, dass im Ergebnis die **Zwischenfinanzierung** der bei Rechnungserhalt längst weiterverkauften Ware **der Gesellschaft aufgebürdet** wird.
- Im Rahmen des Auftretens als Repräsentant der Gesellschaft **wirbt** das Organmitglied **Kunden** für sein eigenes neugegründetes Unternehmen **ab**.³¹¹

205 Auch wenn die Konditionen einem Drittvergleich standhalten oder für die Gesellschaft günstig sind, entspricht es nicht guter Corporate Governance, Verträge mit Unternehmen abzuschließen, an denen Angehörige eines Organmitglieds beteiligt sind. *Runggaldier/Schima* empfehlen, vorab vertraglich festzuhalten, ob und unter welchen Umständen Manager überhaupt zur Mitwirkung an Abschlüssen sogenannter **related party transactions** berechtigt sind.³¹²

³¹¹ *Wells/Kopetzky*, Wirtschaftskriminalität², 297-302.

³¹² *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³ (2006), 93f.

Zur **Verhinderung** des Entstehens des Anscheins von **Befangenheit** beziehungsweise der Beeinträchtigung der kollektiven Willensbildung im Aufsichtsrat und damit zum **Schutz der Organisationsverfassung** der Aktiengesellschaft wurde die Regelung über sog Organgeschäfte geschaffen, die in **§ 95 Abs 5 Z 12** angesiedelt ist. Man unterscheidet direkte und indirekte Organgeschäfte:

- **Direkte Organgeschäfte** sind Verträge, durch die sich ein Aufsichtsratsmitglied gegenüber der Gesellschaft gegen ein **nicht bloß geringfügiges Entgelt** (in der Regel über EUR 5.000) zu solchen Leistungen verpflichtet, die **außerhalb seiner organschaftlichen Leistungspflichten** liegen (dabei kommt es auf den dem konkreten Aufsichtsratsmitglied zugeteilten Aufgabenbereich an, nicht auf die Intensität der Leistung). Erfasst sind Beratungs- und sonstige Dienstleistungs- sowie Kauf- und Lieferverträge. Erbringt die Gesellschaft solche Leistungen an das Aufsichtsratsmitglied, ist die Regelung analog anzuwenden, da eine parallele Konfliktsituation droht.

- **Indirekte Organgeschäfte** sind Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein **erhebliches wirtschaftliches Interesse** hat, weil es etwa als Gesellschafter oder Organmitglied dieses Unternehmens weitreichende **Führungskompetenz** innehat oder mittelbar **oder** unmittelbar **von dem Vorteil** aus dem Geschäft **profitiert**.³¹³

207 Organgeschäfte bedürfen der **beschlussmäßigen Zustimmung** des Aufsichtsrats ohne befangenes Mitglied oder eines Ausschusses des Aufsichtsrats; der Aufsichtsrat muss sich ein eigenes **Urteil über das konkrete Geschäft**, insbesondere über die Entgeltberechnung, bilden können. Auch nachträgliche Genehmigung oder die Fassung von Rahmen- beziehungsweise Vorratsbeschlüssen über mehrere geplante genehmigungspflichtige Organgeschäfte ist zulässig. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn die Vereinbarung **im Interesse der Gesellschaft** liegt.³¹⁴

³¹³ *Kalss*, Interessenkonflikte bei Geschäften von Aufsichtsratsmitgliedern mit ihrer Gesellschaft, *ecolex* 2009, 924.

³¹⁴ *Kalss*, *ecolex* 2009, 925.

Direkte Organgeschäfte sind ohne Genehmigung stets 208 unwirksam (Vollmachtsmissbrauch – Kennen oder Kennenmüssen interner Beschränkung); solche indirekten Organgeschäfte, in deren Durchführung das erheblich wirtschaftlich interessierte Aufsichtsratsmitglied in keiner Weise eingebunden war, kommen zwar gültig zustande, doch können Schadenersatzansprüche entstehen.³¹⁵

D. Management Buy-Out

Übernimmt das **bestehende Management** die Anteile an 209 der Gesellschaft, um nach der Transaktion die Geschäfte als Eigentümer weiterzuführen, spricht man vom **Management Buy-Out**; beim sogenannten **Management Buy-In** erwirbt ein **außenstehendes Management** das Unternehmen. Die Mehrzahl solcher Transaktionen findet mit Unterstützung eigenkapitalfinanzierender Finanzinvestoren (Private-Equity-Häuser) und fremdkapitalgebender Banken statt; bei **Fremdkapitalanteil über 50%** spricht man auch vom **Leverage-Buy-Out**.³¹⁶

³¹⁵ *Kalss*, *ecolex* 2009, 925.

³¹⁶ *Hurek*, Beteiligung des Managements in MBO-Prozessen, HB M&A, 796.

210 In der Regel handelt es sich bei den Protagonisten eines Management Buy-Outs um Vorstandsmitglieder (Management Buy-out im klassischen Sinn), doch bei **Aufsichtsratsmitgliedern als Kaufinteressenten** ergeben sich vergleichbare Konfliktlagen.³¹⁷

211 Im Rahmen eines Management Buy-Outs befinden sich die Mitglieder des Managements regelmäßig in einem **Interessenkonflikt mit den bisherigen Gesellschaftern**: Einerseits sollen sie den für das Unternehmen und damit auch für die Anteilseigner bestmöglichen **Verkaufspreis** erzielen, andererseits sind sie selbst als Kaufinteressenten an einem günstigen Preis interessiert. Organmitglieder verfügen meist über Informationen über das Entwicklungspotential des Unternehmens, die für die Festsetzung eines angemessenen Kaufpreises bedeutsam sind (zum Beispiel bevorstehende Großaufträge, zukünftige Erwerbschancen); bei Management Buy-Outs besteht die Gefahr, dass dieses **Sonderwissen** den Anteilseignern vorenthalten wird,³¹⁸ was zu Verstimmungen führen kann, an denen die geplante Transaktion scheitert.³¹⁹

³¹⁷ *Enzinger*, Management Buy-out, 66.

³¹⁸ *Dubsky*, HB M&A, 675.

³¹⁹ *Hurek*, HB M&A, 808f.

Auch in der Beziehung zwischen kaufwilligem Management 212
und dem **Finanzinvestor** können aus **unterschiedlichen
Interessenlagen** herrührende Unstimmigkeiten entstehen:
Während die Manager regelmäßig das Unternehmen erhalten
wollen, sind Finanzinvestoren per definitionem daran interessiert,
für den Zeitpunkt ihres fix geplanten zukünftigen Wiederausstiegs
aus der Beteiligung die erzielbare Rendite zu maximieren.³²⁰

Oft wissen die Kaufinteressenten aus ihrer Tätigkeit als 213
Organmitglieder von stillen Reserven, noch ungenützten
Geschäftschancen, Entwicklungspotentialen, aber auch von nicht
betriebsnotwendigen Aktiva, für die ihrerseits interessierte Käufer
bereitstehen oder von dritten Interessenten am Erwerb von
Anteilen an der Gesellschaft und verschweigen dies, wie sie auch
dazu tendieren, die Altgesellschafter so spät wie möglich vom
geplanten Management Buy-Out zu informieren. Manchmal
ermöglicht ihr Wissen den Managern, **Gruppen von
Gesellschaftern gegeneinander auszuspielen** oder unbemerkt
nach und nach von veräußerungsbereiten Gesellschaftern eine
Anteilsmehrheit zusammenzukaufen.³²¹

³²⁰ Hurek, HB M&A, 809.

³²¹ Janeba-Hirtl, Management-Buy-out (2005), 45.

214 Das Ausspielen von Sonderwissen des Managements bleibt riskant und kann auch nach hinten losgehen: Im Herbst 1988 legte das Managementteam von RJR Nabisco ein Angebot für ein Management Buy-Out mit einem Preis von USD 75 pro Aktie. Andere Kaufinteressenten hielten einen höheren Preis für angemessen. Der Private Equity-Investor Kohlberg Kravis Roberts & Co begann sein Gegenangebot bei USD 90 pro Aktie. Damit begann eine Bieterschlacht, im Zuge derer das kaufwillige Management indirekt zugeben musste, ursprünglich **aus Kalkül einen zu niedrigen Preis geboten** zu haben – obwohl das letzte Angebot des Managements bei USD 112 lag, wurde schließlich jenes von Kohlberg Kravis Roberts & Co angenommen, welches mit USD 109 um USD 3 niedriger war – die **Glaubwürdigkeit des Managements** war einfach zu stark **beeinträchtigt** worden.³²²

E. Bankenvertreter im Aufsichtsrat

215 Bankenvertreter im Aufsichtsrat können Interessenkonflikten unterliegen, welche sich in vier Gruppen einteilen lassen: (i) **Pflichten** gegenüber der Bank und gegenüber der Gesellschaft können **kollidieren**, (ii) Gefahr der **Haftung gegenüber Bankkunden** besteht, falls Informationen deswegen

³²² Janeba-Hirtl, MBO, 46.

nicht an Bankkunden weitergegeben werden, weil Pflichten aus dem Aufsichtsratsmandat dem entgegenstehen, (iii) **Verdacht des Insiderhandels** kann die Bank treffen, wenn sie an Geschäften über Aktien der Gesellschaft mitwirkt, über deren wirtschaftliche Lage das Aufsichtsratsmitglied besondere Kenntnisse hat, (iv) **Anleger** können gegenüber der Bank den Vorwurf erheben, dass die Bank ihnen **Informationen vorenthält**, die dem Aufsichtsratsmitglied zur Verfügung stehen.³²³

Genau genommen, gibt es keine "Bankenvertreter" im 216 Aufsichtsrat, da Aufsichtsratsmandate höchstpersönlich und ihre Träger an keinerlei Weisungen gebunden sind; allenfalls kann man von Bankmitarbeitern im Aufsichtsrat sprechen. Dennoch werden zahlreiche **Aufsichtsratsmitglieder** eben wegen des Umstands ausgewählt, dass sie in einem **Kreditunternehmen** tätig sind, welches in wichtigen **Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft** steht. Die Gesellschaft erwartet sich dadurch regelmäßig Vorteile, doch darf sie nicht übersehen, dass in solchen Fällen Interessenkonflikte geradezu vorprogrammiert sind.³²⁴

³²³ *Koziol*, FS G.Frotz, 352.

³²⁴ *Koziol*, FS G.Frotz, 352f.

217 Bankenmitarbeiter dürfen ausschließlich mit Zustimmung der Bank ein Aufsichtsratsmandat annehmen. Solch Zustimmung impliziert nach herrschender Meinung, dass **Sorgfalts- und Treuepflichten gegenüber der Bank reduziert** werden, da die Bank nicht verlangen werde, dass sich ihr Mitarbeiter zur Wahrung ihrer Interessen gegenüber der Gesellschaft, in deren Aufsichtsrat er sitzt, schadenersatzpflichtig machen werde. Allerdings ist der Bankenmitarbeiter zu Stimmenthaltung im Aufsichtsrat oder zur Mandatsniederlegung verpflichtet, wenn er dadurch Interessenkonflikte, die die Gefahr der Schädigung der Bank in sich tragen, vermeiden kann.³²⁵

218 Im Fall einer geplanten **Übernahme** muss ein Aufsichtsratsmitglied, das gleichzeitig ein Vorstandsmandat in jener Bank innehat, welche den potentiellen Übernehmer berät oder als Investmentbank unterstützt, sowohl die Interessen der Gesellschaft als auch seine Vorstandspflichten gegenüber der Bank und allenfalls mit dem Übernahmeinteressenten vertraglich vereinbarte Pflichten wahrnehmen. Selbst wenn sämtliche Beteiligten die Übernahme begrüßen, ja selbst wenn der **Bankenvertreter** aus seiner Tätigkeit **im Aufsichtsrat** keinen

³²⁵ *Koziol*, FS G.Frotz, 354.

nennenswerten Wissensvorsprung generiert, da die Bank ohnehin ihre eigene Analyse und Recherche durchgeführt hat, entsteht zumindest ein schiefes Bild in der öffentlichen Wahrnehmung – es **wirkt, als hätte die Bank den Verlauf der Transaktion steuern können.**³²⁶

Koziol nennt folgende Fallgruppen in Zusammenhang mit 219 Wertpapiergeschäften, in denen die **Interessen** der Gesellschaft und der Bank **gegenläufig** sind und deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass sich die **Gesellschaft in einer Krise** befindet:

- Die Gesellschaft möchte Anteile emittieren und wünscht, dass die Bank diese übernimmt. Die Bank befürchtet, die Wertpapiere nicht weiterverkaufen zu können, und möchte nicht an deren Ausgabe teilnehmen. In dieser Situation kollidieren die gegenüber der Gesellschaft und der Bank bestehenden Pflichten des Bankenvertreters im Aufsichtsrat.
- Die Gesellschaft will nicht, dass ihre Krise bekannt wird. Die Bank hält Anteile an der börsennotierten Gesellschaft und will diese abstoßen – tut sie dies, vergrößert sie das Risiko des Bekanntwerdens der

³²⁶ A.Jäger, AG § 22 Rn 127.

Krise der Gesellschaft und setzt sich dem Verdacht auf **Insidergeschäfte** aus.

- Das Aufsichtsratsmitglied, das Mitarbeiter der Bank ist, kann kaum noch seriöse Beratungen über An- oder Verkauf von Anteilen der Gesellschaft durchführen, ohne seine haftungsbewehrten Pflichten gegenüber der Gesellschaft oder dem Kunden zu verletzen. Doch selbst wenn es solche Beratungen nicht persönlich durchführt, könnten Bankkunden den Vorwurf erheben, die Bank habe **Warn- und Beratungspflichten** verletzt, indem sie auf erwartete negative Wertentwicklung (zum Beispiel Kursverfall bei Aktien) nicht hingewiesen hat.³²⁷

³²⁷ *Koziol*, FS G.Frotz, 351f.

VII. Mögliche Lösungen von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat

A. Grundlegendes zu Reaktionen auf Interessenkonflikte

Auf Interessenkonflikte kann in Abhängigkeit von ihrer 220
Intensität **unterschiedlich reagiert** werden. Die am wenigsten
schwerwiegende Reaktion ist die bloße **Offenlegung des**
Konflikts, wie sie der ÖCGK vorsieht. Nach herrschender Lehre
besteht die Verpflichtung zur Offenlegung als Ausfluss der
Sorgfaltspflicht auch für Aufsichtsratsmitglieder von
Gesellschaften, die sich nicht freiwillig dem Corporate Governance
Kodex unterworfen haben.³²⁸

Bei schwereren Interessenkonflikten (insbesondere 221
Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Aufsichtsratsmitglied,
Entscheidung darüber, ob nachteilige Maßnahmen gegen das
Aufsichtsratsmitglied gesetzt werden sollen) kann der
Aufsichtsratsvorsitzende nach herrschender Meinung feststellen,
dass das Aufsichtsratsmitglied einem **Stimmverbot** unterliegt
beziehungsweise der Aufsichtsrat als Gesamtplenum

³²⁸ *Oberhofer*, Unabhängigkeit, 99-102.

Teilnahmeverbote hinsichtlich einer oder mehrerer Tagesordnungspunkte oder Aufsichtsratssitzungen aussprechen, obwohl **Stimm- und Teilnahmeverbote gesetzlich nicht vorgesehen** sind. Bei Interessenskonflikten, die eine Mandatsausübung dauerhaft behindern (etwa Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen), kann das betroffene Aufsichtsratsmitglied sein **Mandat niederlegen**. Verfolgt ein Aufsichtsratsmitglied seine eigenen Interessen zum Schaden der Gesellschaft, etwa durch Ausnutzen von Geschäftsgeheimnissen, kommt **schadenersatzrechtliche Haftung** in Frage.³²⁹

222 Verfolgt das Aufsichtsratsmitglied potentiell **mit dem Unternehmenswohl kollidierende Partikularinteressen**, ist danach zu differenzieren, ob ein "bloßer Interessensgegensatz" oder eine "echte Pflichtenkollision" vorliegt.

- Zunächst sind solche Partikularinteressen sämtlich **offenzulegen** und mit den anderen Aufsichtsratsmitgliedern in Hinblick auf mögliche Vereinbarkeit mit dem Unternehmensinteresse zu diskutieren.

³²⁹ *Oberhofer*, Unabhängigkeit, 99-102.

- Handelt es sich um einen sogenannten "unauflösbaren Interessenkonflikt", das heißt führt die korrekte Beachtung einer Pflicht zwingend zur schadenersatzpflichtigen Missachtung der anderen, kollidierenden, Pflicht, dann unterliegt das betroffene Aufsichtsratsmitglied einem **Stimmverbot** im Aufsichtsrat. Solch Stimmverbot ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet, doch sind nach herrschender Meinung § 125 AktG respektive § 39 GmbHG analog anzuwenden.
- Da Aufsichtsratsmitglieder oftmals selbst zu beurteilen haben, ob sie einem Stimmverbot unterliegen, kommt in Zweifelsfällen auch eine freiwillige **Stimmenthaltung** in Frage, wie sie etwa der österreichische Corporate-Governance-Kodex nahelegt.³³⁰ Der **ÖCGK**³³¹ ist **nicht verbindlich**; lediglich börsennotierte Aktiengesellschaften müssen sich (im Rahmen des für sie verpflichtenden Corporate-Governance-Berichts) überhaupt dazu äußern, ob sie sich an ihn halten, oder nicht.³³²

³³⁰ *St.Frotz/Schörghofer*, HB AR, 678ff.

³³¹ Der ÖCGK hat übrigens 2012 einige Neuerungen erfahren.

³³² *Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht für die Praxis (2008), 120.

B. Offenlegung des Interessenkonflikts im Aufsichtsrat

223 Offenlegung ist die **häufigste Reaktionsform** bei Bestehen eines Interessenkonflikts und besonders für **intensitätsschwache und temporäre Interessenkonflikte** geeignet, die noch kein Stimmverbot auslösen – regelmäßig ist Offenlegung dann geboten, wenn zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gegenseite personelle Nähe besteht (insbesondere Ehe und Verwandtschaft).³³³ Unterlässt es ein Aufsichtsratsmitglied, alle Befangenheiten und möglichen Interessenkonflikte ausreichend offenzulegen, führt dieses Verhalten alleine noch nicht zur Haftung: Seine Offenlegungspflichten sind keine Schutzgesetze – auch ein befangenes Aufsichtsratsmitglied kann sich im Einzelfall pflichtgemäß verhalten. Allerdings muss sich das konfliktverfangene Aufsichtsratsmitglied bei Eintritt eines Schadens infolge Beweislastumkehr vom Vorwurf freibeweisen, dass sein Interessenkonflikt kausal für den Schadenseintritt war.³³⁴

224 Der BGH wertete die **mangelnde Offenlegung** eines Interessenkonflikts des Aufsichtsratsmitglieds bei der Axel Springer Verlag AG *Brian M. Powers* als **relevante**

³³³ *Seibt*, FS Hopt, 1374, 1377.

³³⁴ *Schauer*, HB AR, 1066.

Informationspflichtverletzung: Die Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG, an der Hellman & Friedman LLC beteiligt war, war erwogen worden; *Powers* war auch Organmitglied bei Hellman & Friedman LLC.³³⁵

Der Corporate-Governance-Kodex empfiehlt die 225 Ausgestaltung der Offenlegung von Interessenkonflikten in Form einer jährlichen Befragung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, wobei die Antworten im Sitzungsprotokoll des Aufsichtsrats festgehalten werden.³³⁶ Die Offenlegung dient dazu, die Gefahr der **Beeinflussung der anderen Aufsichtsratsmitglieder zu vermeiden** und ihnen die Möglichkeit zu geben, über **Maßnahmen** zur Überwindung des Interessenkonflikts zu **beraten**.³³⁷ Unterlassene Offenlegung kann die restlichen Mitglieder des Gremiums mit dem Konflikt "infizieren".³³⁸ Besonders informative Offenlegung ist in Zusammenhang mit Organgeschäften im Sinne des § 95 Abs 5 Z 12 AktG, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, gefordert.³³⁹

³³⁵ *Seibt*, FS Hopt, 1368.

³³⁶ *Prändl*, Aufsichtsrat, in *Prändl et alii*, ÖCGK, 46f.

³³⁷ *E. Vetter*, HB börsenAG, 1035.

³³⁸ *Scholderer*, NZG 2012, 175.

³³⁹ *Kals*, ecolex 2009, 924.

226 Aufsichtsratsmitglieder sollen alle Interessenkonflikte – sowohl kurzfristig einzelfallbezogene als auch dauerhaft wirkende – in Abstimmung mit dem Vorsitzenden dem Aufsichtsrat offenlegen und zwar spätestens dann, wenn sie Auswirkungen auf die Beratungen im Aufsichtsrat zeitigen würden. **Auf Grundlage des offengelegten Sachverhalts** hat sodann der Aufsichtsratsvorsitzende als Sitzungsleiter zu **prüfen, welche Maßnahmen zur Lösung** des Konflikts zu diskutieren sind; in Frage kommen nach *Kremer* Stimmenthaltung, Nichtteilnahme des befangenen Aufsichtsratsmitglieds an der Beratung, "Ruhen des Mandates für die Dauer des Konflikts" und Mandatsbeendigung.³⁴⁰

C. Freiwillige Stimmenthaltung des Aufsichtsratsmitglieds

227 Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bedienen sich regelmäßig dann der Stimmenthaltung, wenn sie für die Arbeitnehmer unpopulären Maßnahmen aus optischen Gründen nicht zustimmen wollen.³⁴¹ Manche Syndikats- und **Gesellschaftsverträge** sehen die Verpflichtung zur Stimmenthaltung einzelner Aufsichtsratsmitglieder in bestimmten Sachfragen vor. In der Vergangenheit wurden Stimmenthaltungen

³⁴⁰ *Kremer*, DCGK, Rz 1110, 1121.

³⁴¹ *Kastner*, FS R.Strasser, 852.

jedoch teilweise als **Pflichtverstöße** für unzulässig erachtet.³⁴²

Andere nehmen unter gewissen Umständen sogar eine Pflicht zur Stimmenthaltung an;³⁴³ etwa dann, wenn ansonsten wegen eines Stimmverbots die Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats droht.³⁴⁴

Grundsätzlich trifft das Aufsichtsratsmitglied die Pflicht, 228
von seinem Stimmrecht im Aufsichtsrat Gebrauch zu machen.
Insbesondere Kapitalvertreter können durch Nichtabgabe ihrer
Stimmen die Stimmenmehrheit der Anteilseignerseite gegenüber
der Arbeitnehmerseite in Gefahr bringen. Trägt ein
Aufsichtsratsmitglied durch Nichtabgabe der Stimme dazu bei,
dass der Aufsichtsrat einen Beschluss fasst, welcher gegen das
Unternehmensinteresse verstößt, kommen
Schadenersatzansprüche in Betracht.³⁴⁵

Grundsätzlich besteht die Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds, 229
sich an den Abstimmungen zu beteiligen; das muss nicht immer
bedeuten, eine explizit positive oder negative Stellungnahme
abzugeben. Werden die im konkreten Fall gültigen
Mehrheitserfordernisse miteinbezogen, zeigt sich, dass manche

³⁴² *Gagawzyuk et alii*, AR, 166f.

³⁴³ Vgl. *Marsch-Barner*, ArbHB ARM § 12 Rz 102 mwN.

³⁴⁴ *Hopt/M.Roth*, GroßKomm AktG IV⁴ § 116 Rz 189.

³⁴⁵ *E. Vetter*, HB börsenAG, 1035.

Stimmenthaltungen im Ergebnis einer Ja- oder Nein-Stimme gleichkommen. Solche Stimmenthaltungen sind stets zulässig; "echte" Stimmenthaltungen können hingegen im Einzelfall dem unentschuldigten Fernbleiben von einer Aufsichtsratssitzung gleichgehalten werden. Nicht nur zulässig sondern geboten ist **echte Stimmenthaltung** jedoch bei Befangenheit und Kollisionsgefahr – das heißt dann, wenn bereits ein Stimmverbot zu beachten ist.³⁴⁶

D. Verbot der Abstimmung im Aufsichtsrat

230 In manchen Fällen von Interessenkonflikten dürfen Aufsichtsratsmitglieder bei Beschlussfassungen nicht abstimmen – zum Beispiel über Rechtsstreitigkeiten oder **Rechtsgeschäfte mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst oder mit einer Gesellschaft**, an der das Aufsichtsratsmitglied direkt oder indirekt beteiligt ist beziehungsweise **bei der es eine einflussreiche Stellung hat**. Der Vorsitzende und die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats haben dieses Stimmverbot bei sonstiger Haftung durchzusetzen.³⁴⁷

³⁴⁶ R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 92-94 Rz 60, 66.

³⁴⁷ HB ARM, 178f.

Solche Stimmverbote ergeben sich aus den gegen Insichgeschäfte und gegen das "Richten in eigener Sache" gerichteten Verboten.³⁴⁸

Stimmverbote erfassen insbesondere Entscheidungen 231 darüber, die Ausübung von Rechten des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds zu beschränken. Es besteht **kein numerus clausus der Stimmverbotstatbestände**. Stimmverbote greifen, wenn (i) bei abstrakter Betrachtungsweise **eine unbefangene Willensbildung nicht erwartet** werden kann und (ii) die bloße **Offenlegung** des Konflikts aus Sicht der Stakeholder des Unternehmens **nicht ausreicht**.³⁴⁹

Grundsätzlich muss das betroffene Aufsichtsratsmitglied 232 selbst auf Stimmverbote achten, doch verstößt es gegen diese Pflicht, so darf der Aufsichtsratsvorsitzende seine **Stimme nicht mitzählen** und hat den Stimmrechtsausschluss niederschriftlich festzuhalten.³⁵⁰

Kastner berichtet, dass 1965 anlässlich des Aktiengesetz- 233 Entwurfes im Justizausschuss darüber diskutiert wurde, eine

³⁴⁸ *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002), 835.

³⁴⁹ *Seibt*, FS Hopt, 1378f.

³⁵⁰ *St.Frotz/Schörghofer*, HB AR, 681.

Bestimmung in den Gesetzestext aufzunehmen, die für den Fall von Interessenkollisionen explizit den Wegfall von Stimm- und Teilnahmerechten im Aufsichtsrat angeordnet hätte – obwohl dieses Vorhaben aufgegeben wurde, bestand im Justizausschuss Einvernehmen darüber, dass solche **Stimm- und Teilnahmeverbote** aus grundsätzlichen Erwägungen **auch ohne** dezidierte **gesetzliche Vorschrift** greifen sollen.³⁵¹

E. Verbot der Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen

234 Auch Stimmrechtsausschlüssen unterliegende Aufsichtsratsmitglieder behalten grundsätzlich ihre Rechte auf Sitzungsteilnahme. Anderes soll dann gelten, wenn die Teilnahme des befangenen Aufsichtsratsmitglieds die **Unbefangenheit** auch der **anderen Aufsichtsratsmitglieder gefährden** würde. Wirkt ein solches Aufsichtsratsmitglied an einer Abstimmung mit, führt dies zur Fehlerhaftigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses und das betreffende Aufsichtsratsmitglied, gegebenenfalls auch die anderen Mitglieder und der Vorsitzende des Aufsichtsrats, haften für allfällige der Gesellschaft dadurch entstandene Schäden. Diesem Risiko kann durch den Ausspruch eines **Teilnahmeverbots** –

³⁵¹ *Kastner*, FS R.Strasser, 851.

eventuell lediglich hinsichtlich einzelner Tagesordnungspunkte –
entgegengewirkt werden.³⁵²

Der Aufsichtsratsvorsitzende kann Aufsichtsratsmitglieder 235
von der Teilnahme **ausschließen, wenn der Ablauf der Sitzung
gestört wird**, insbesondere dann, wenn wichtige Belange der
Gesellschaft konkret gefährdet werden.³⁵³ Auch an
Konkurrenzunternehmen in bedeutendem Umfang beteiligte
Aufsichtsratsmitglieder können von der Sitzungsteilnahme
ausgeschlossen werden.³⁵⁴ Nimmt ein Aufsichtsratsmitglied an
einer Sitzung nicht teil, so steht ihm das Recht zu, eine schriftliche
Stellungnahme abzugeben.³⁵⁵

Die Akzeptanz, die die Praxis dem Sitzungsteilnahmeverbot 236
für befangene Aufsichtsratsmitglieder entgegenbringt, kann sich
nicht mehr auf gesetzliche Vorgaben stützen, da die als
Analogiebasis herangezogenen §§ 125 AktG, 39 GmbHG zwar
Stimm- aber keine Teilnahmeverbote kennen. Auch das
Aufsichtsratsmitglied, das nicht mitstimmen darf, soll
grundsätzlich seine **Sicht der Dinge darlegen** können, bevor

³⁵² HB ARM, 178f.

³⁵³ Mertens, KölnKomm AktG II² § 109 Rz 8.

³⁵⁴ Hopt/M.Roth, GroßKomm AktG IV⁴ § 109 Rz 20.

³⁵⁵ Kals, D/N/K § 93 Rz 18.

abgestimmt wird. Falls jedoch die **konkrete Gefahr** (abstrakte Gefährdung ist nicht ausreichend) besteht, dass das Aufsichtsratsmitglied vertrauliche **Informationen missbraucht**, oder – was im Einzelfall zu beurteilen ist – unbefangene **Willensbildung** im Aufsichtsrat **beeinträchtigt**, können die gesetzlichen Regelungen über den Aufsichtsrat nicht beachtet werden, ohne das Unternehmensinteresse zu beeinträchtigen – ein Dilemma, das faktisch dazu zwingt, das Teilnahmeverbot ins Handlungsrepertoire der Aufsichtsratsmitglieder aufzunehmen. Der Aufsichtsrat hat in solchen Fällen als Gesamtorgan (ohne betroffenes Mitglied) darüber zu entscheiden, einem seiner Mitglieder nicht nur die Abstimmung, sondern auch die Teilnahme an der Beratung zu verbieten. Mit dieser Entscheidung kann nach überwiegender Meinung auch eine **Informationsbeschränkung** ausgesprochen werden.³⁵⁶ Reicht dieses Instrumentarium zur Bewältigung des Interessenskonflikts nicht aus, ist das befangene Aufsichtsratsmitglied bei sonstiger Haftung zur **Mandatsniederlegung** verpflichtet; ist das Aufsichtsratsmitglied mit seiner Mandatsniederlegung säumig, können die Gesellschafter zur **Abberufung** des befangenen Aufsichtsratsmitglieds schreiten.³⁵⁷

³⁵⁶ *St.Frotz/Schörghofer*, HB AR, 681ff

³⁵⁷ Vgl. *St.Frotz/Schörghofer*, HB AR, 681ff mwN.

F. Schlichte Nichtteilnahme an Aufsichtsratssitzungen

Grundsätzlich begründet bereits die dem 237
Aufsichtsratsmitglied zugegangene Einladung die **Verpflichtung zur Sitzungsteilnahme**.³⁵⁸ Aufsichtsratsmitglieder müssen sich stets in besonderer Weise um die Teilnahme an Sitzungen bemühen – daraus wird die Pflicht abgeleitet, bei Terminkollisionen andere Aufgaben, die einen Aufschub dulden, zu verschieben, beziehungsweise – wenn dies die Satzung zulässt – seine Stimme schriftlich abzugeben oder eine **Ersatzperson** zur Teilnahme zu berechtigen. Sohin besteht das Risiko, dass im Einzelfall die Nichtteilnahme an Sitzungen oder einzelnen Beschlüssen als Pflichtverstoß gewertet wird.³⁵⁹

Es könnten allerdings eine Mehrheit der 238
Aufsichtsratsmitglieder beziehungsweise der Vorsitzende des Aufsichtsrats dem befangenen Aufsichtsratsmitglied empfehlen, von sich aus an bestimmten Beratungen und Beschlussfassungen nicht teilzunehmen;³⁶⁰ wird dieser Erwartungshaltung entsprochen, so dürfte kaum ein Pflichtverstoß vorliegen. Zur Bewältigung von Interessenkonflikten rät *Kalss* zu "Abstandnahme der Ausübung

³⁵⁸ R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 92-94 Rz 28.

³⁵⁹ Schauer, HB AR, 1071.

³⁶⁰ Marsch-Barner, ArbHB ARM § 12 Rz 165.

von Rechten"³⁶¹ und "Nichtteilnahme an einer einzigen Sitzung",³⁶² *Enzinger* empfiehlt "bloße Nichtteilnahme an der Willensbildung des Aufsichtsrats",³⁶³ *Hopt/M.Roth* empfehlen "**Nichtausübung des Aufsichtsratsmandats**".³⁶⁴

239 *Seibt* berichtet, dass in der Unternehmenspraxis bei Auftreten eines Interessenkonflikts regelmäßig das **befangene Aufsichtsratsmitglied von sich aus auf Informationsversorgung, Teilnahme** an bestimmten Gremiensitzungen und Stimmabgaben **verzichtet**. *Seibt* gibt folgendes Formulierungsbeispiel aus dem Geschäftsbericht der Deutsche Telekom AG 2008 wieder: "Um ... auszuschließen, dass es im Zusammenhang mit [einem anhängigen Verfahren] zu einem Interessenkonflikt kommen könnte, erklärte [ein Aufsichtsratsmitglied mit Naheverhältnis zum Verfahrensgegner] gegenüber dem Aufsichtsrat, dass er ... darauf verzichte, Berichte oder Informationen zu erhalten, an Beschlüssen mitzuwirken und an Aufsichtsrats- und Ausschusssitzungen teilzunehmen, sobald Sachverhalte [betroffen sind, die mit dem Verfahren zusammenhängen]". *Seibt* bezeichnet dies als zulässig und sieht darin eine "**verbindliche**

³⁶¹ *Kalss*, *ecolex* 2009, 925.

³⁶² *Kalss*, D/N/K § 86 Rz 57.

³⁶³ *Enzinger*, *Management Buy-out*, 67.

³⁶⁴ *Hopt/M.Roth*, *GroßKomm AktG IV*⁴ § 116 Rz 204.

Rechtebeschränkung zu Lasten des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds".³⁶⁵ Bei diesem Verzicht auf Rechteaübung handelt es sich um das sogenannte **"Ruhendstellen von Aufsichtsratsmandaten"**.

G. Ruhendstellen des Aufsichtsratsmandats

1. Akademische Diskussion des Mandatsruhendstellens

In Deutschland werden **unterschiedliche Modelle** 240 möglicher Reaktionen auf Interessenkonflikte im Aufsichtsrat diskutiert. *Vetter* beispielsweise vertritt ein lediglich **dreistufiges Modell** bestehend aus (i) Offenlegung als mildestes Mittel, (ii) Nicht-Abstimmen oder Stimmenthaltung für den Fall vorübergehender Konflikte und (iii) Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat bei dauerhaften oder wiederkehrenden Konfliktfällen.³⁶⁶

In der von *Vetter* vertretenen Linie kann eine Nachwirkung 241 der **älteren Lehre** beobachtet werden, die ein **Sitzungsteilnahmeverbot** für Aufsichtsratsmitglieder rundweg

³⁶⁵ *Seibt*, FS Hopt, 1385.

³⁶⁶ *E. Vetter*, HB börsenAG, 1035.

abgelehnt hat: "Allenfalls, wenn [...] gegen ein Aufsichtsratsmitglied Ansprüche geltend gemacht werden sollen, ein Vertrag mit ihm abgeschlossen werden soll [...] ihm Kredit gewährt werden soll [...], kann das Aufsichtsratsmitglied von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Sonst darf ihm nichts vorenthalten werden. Dann hätte er nicht zum Aufsichtsratsmitglied bestellt werden sollen" schrieb *Geßler* in den 1970er-Jahren.³⁶⁷

242 *Marsch-Barner* nennt neben den oben erwähnten drei Reaktionsmöglichkeiten noch (iv) das Teilnahmeverbot und (v) "die **Pflicht**, bestimmten Beratungen und Beschlussfassungen **fernzubleiben**, das Amt also zeitweise ruhen zu lassen".³⁶⁸ Ähnlich äußern sich *Lutter/Krieger*: Bevor die "Ultima Ratio" der Mandatsniederlegung ergriffen werden muss, sind als gelindere Mittel von Intensität und Dauer des Konflikts abhängige **Mitwirkungsbeschränkungen** unterschiedlichen Ausmaßes möglich. Ist abzusehen, dass der Interessenskonflikt beendet und danach vertrauensvolle Zusammenarbeit erneut ermöglicht wird, "ist ein Ruhenlassen des Mandates für die Dauer des Konfliktes ausreichend". Für *Lutter/Krieger* bedeutet Ruhenlassen, dass das

³⁶⁷ *Geßler* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz II (1974) § 109 Rz 9.

³⁶⁸ *Marsch-Barner*, ArbHB ARM § 12 Rz 102.

Aufsichtsratsmitglied vorübergehend **kein Stimmrecht** hat und während dieser Zeit den Aufsichtsratssitzungen fernbleiben muss.³⁶⁹

Praktisch besonders bedeutsam sind Interessenskonflikte in 243 Zusammenhang mit geplanten Übernahmen, insbesondere wenn Vertreter des Bieters einen Sitz im Aufsichtsrat der Zielgesellschaft innehaben (oder umgekehrt), beziehungsweise wenn dies auf Vertreter einer involvierten Bank zutrifft. Schon die geringsten Anzeichen darauf, dass die Übernahme nicht im Interesse der Gesellschaft liegen könnte, sollen das betroffene Aufsichtsratsmitglied zum Ruhenlassen seines Mandats oder – "**fraglos besser**" – zum **Ausscheiden** aus dem Aufsichtsrat verpflichten.³⁷⁰

Bisweilen steht die fraglos bessere Option jedoch nicht 244 offen, vielmehr "**muss es ... genügen, wenn das Aufsichtsratsmitglied** an den Sitzungen ... nicht mehr teilnimmt, **seine Mitgliedschaft ... also 'ruhen' lässt**"; dies ist namentlich dann der Fall, wenn sofortige Mandatsniederlegung als Hinweis auf die bevorstehende Übernahme zu deuten sein kann und dieselbe

³⁶⁹ Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁵ (2008) § 12 Rz 901.

³⁷⁰ Lutter/Krieger, AR⁵ § 12 Rz 901, 919.

durch ihr (gerüchteweises) Bekanntwerden gefährdet. Nach offizieller Bekanntgabe der Übernahmeabsicht kann die Mandatsniederlegung erklärt werden, sollte dies dann noch nötig sein.³⁷¹

245 *Seibt* hat einen **fünfstufigen Mechanismus** zur Reaktion auf Interessenskonflikte entwickelt, der zwischen Teilnahmeverbot ("Sitzungsausschluss") und Ruhenlassen unterscheidet.

- Außergewöhnliche Konfliktlagen, welche die **Aufgabenerfüllung** eines Aufsichtsratsmitglieds **dauerhaft verunmöglichen** und die **Funktionsfähigkeit** des Aufsichtsrats **gefährden**, begründen nach *Seibt* die Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds zur **Mandatsniederlegung**.
- Ist ein solcher Interessenskonflikt hingegen zwar **gravierend doch bloß temporärer Natur**, kommt nach *Seibt* **Ruhenlassen des Mandats** in Betracht – vor allem für die Dauer einer **zeitlich begrenzten Sondersituation** von maßgeblicher Bedeutung für das

³⁷¹ *Marsch-Barner*, ArbHB ARM § 12 Rz 170f.

Unternehmen wie etwa Übernahme, Refinanzierung oder strategische Umstrukturierung.³⁷²

Die Praxisbeispiele, die *Seibt* bringt, haben stets den 246 Wortlaut, das konfliktverfangene Aufsichtsratsmitglied **"verzichte" auf die Teilnahme** an Sitzungen und Beschlüssen des Aufsichtsrats zu bestimmten Themen. Ruhenlassen kann nach *Seibt* **entweder** durch eine einseitige empfangsbedürftige **Erklärung des Aufsichtsratsmitglieds**, auf die Ausübung seiner organschaftlichen Rechte zu verzichten, erreicht werden, **oder** aber durch einen **Beschluss des Aufsichtsrats** als Gesamtgremium.³⁷³

2. Abgrenzung vom Ruhen wegen Vertretung eines Vorstandsmitglieds

Zu unterscheiden ist das zeitweise "Ruhen" eines Mandats 247 infolge des gesellschaftsrechtlichen **Funktionstrennungsgrundsatzes** einerseits vom "Ruhendstellen" eines Mandats als Reaktion auf in Ausübung des Mandats auftretende Interessenskonflikte andererseits. Lediglich für die

³⁷² *Seibt*, FS Hopt, 1368.

³⁷³ *Seibt*, FS Hopt, 1383ff.

zweite Gruppe ist die Bezeichnung "Ruhendstellen" auch wirklich angebracht.

248 Mitglieder des Aufsichtsorgans dürfen keinem Organ, welches Gegenstand ihrer Aufsicht ist, angehören.³⁷⁴ Gleichzeitige **Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand** ist grundsätzlich **unzulässig**. § 90 Abs 2 AktG³⁷⁵ respektive § 30 e Abs 2 GmbHG³⁷⁶ eröffnen eine **Ausnahme** von dieser Regel: Für einen begrenzten Zeitraum darf ein Aufsichtsratsmitglied ein an der Ausübung seiner Funktion "verhindertes" Vorstandsmitglied ersetzen.³⁷⁷ Das Aufsichtsratsmitglied, das vorübergehend ein Vorstandsmitglied vertritt, ist während dieses Zeitraums sowohl Vorstandsmitglied als auch nach wie vor Mitglied des Aufsichtsrats, darf (besser: kann) jedoch in letzterer Eigenschaft keine Tätigkeit ausüben.³⁷⁸ Man sagt, "seine **Tätigkeit im Aufsichtsrat ruht**."³⁷⁹

³⁷⁴ Mit Ausnahme der vereinsrechtlichen Besonderheit der bei jedem Vereinsmitglied gegebenen Mitgliedschaft in der Mitgliederversammlung. Vgl. *Krejci/S.Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 5 Rz 41.

³⁷⁵ Entspricht §105 Abs 2 dAktG.

³⁷⁶ Entspricht § 52 dGmbHG iVm §105 Abs 2 dAktG. In Einzelheiten bestehen inhaltlich unterschiedliche Ausformungen der Rechtslage in Österreich und Deutschland, die jedoch für die hier interessierenden Fragestellungen irrelevant sind.

³⁷⁷ Vgl. dazu *Aburumieh*, Interimistische Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied, AR aktuell 3/2010, 9-11.

³⁷⁸ *R.Strasser*, Jabornegg/Strasser II⁵ § 90 Rz 15-17; *Straube/Ranter*, Straube II § 30e Rz 26ff.

³⁷⁹ *Umfahrer*⁶ Rn 380.

- *Michael Kaschke* wird vorübergehend Vorstandsvorsitzender der Carl Zeiss Meditec AG, sein Aufsichtsratsmandat ruht während- (und aufgrund) dessen.³⁸⁰
- *Mark Williams'* Aufsichtsratsmandat bei der Premiere AG ruht während seiner interimistischen Ausübung der Funktion des Vorstandsvorsitzenden.³⁸¹
- *Herbert Kaufmann* wird vorzeitig aus dem Vorstand des Flughafens Wien abberufen, *Christoph Herbst* ersetzt ihn vorübergehend, wodurch dessen Aufsichtsratsmandat ruht.³⁸²

Die ersatzweise zeitlich begrenzte Ausübung einer 250
Vorstandsfunktion ist zwar der **einzige Fall, für den das Gesetz eindeutig die Möglichkeit des Ruhens eines Aufsichtsratsmandats erwähnt** – das Ruhen ist in diesem Zusammenhang jedoch eben kein "Ruhenlassen" oder

³⁸⁰ [Http://www.boerse-frankfurt.de/DE/index.aspx?pageID=41&NewsID=18678](http://www.boerse-frankfurt.de/DE/index.aspx?pageID=41&NewsID=18678).

³⁸¹ [Http://www.financial.de/news/agenturmeldungen/dj-update-neuer-premiere-ceo-nur-bergangsweise-im-amt/](http://www.financial.de/news/agenturmeldungen/dj-update-neuer-premiere-ceo-nur-bergangsweise-im-amt/).

³⁸² Ob eine Abberufung, wie die *Kaufmanns*, jedenfalls als Verhinderungsfall des § 90 Abs 2 GmbHG zu werten ist, ist str. *Christian Nowotny* bejaht dies unter Verweis auf eine ähnliche Vorgehensweise im Fall der Austria Tabak. Vgl http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636068/Flughafen-Wien_Halte-diese-Loesung-fuer-zulaessig. Zustimmend auch Koppensteiner/Rüffler³ § 30 e Rz 4: "Behinderung umfasst auch ... Abberufung".

"Ruhendstellen", sondern vielmehr **automatische Rechtsfolge** der interimistischen Mitgliedschaft im Vorstand, über welche nicht disponiert werden kann. Die im Zusammenhang mit dem Flughafen Wien in der Berichterstattung einer Qualitätszeitung gewählte Formulierung, wonach *Herbst* sein Mandat "gemäß §90/2 Aktiengesetz ruhend stellte"³⁸³ ist demnach grob irreführend: Es liegt nicht in *Herbsts* Macht, das Ruhendstellen aktiv herbeizuführen, vielmehr ruht sein Mandat **ipso iure** ab dem Moment seiner Bestellung zum Vorstandsmitglied.

3. Abgrenzung vom "faktischen" Ruhen (Verhinderung an der Teilnahme)

251 Ein Aufsichtsratsmitglied, das aufgrund nachhaltiger, dauerhafter Konflikte ständig Sitzungen fernbleiben muss, ist mit einem chronisch erkrankten Aufsichtsratsmitglied zu vergleichen, sein Mandat ruht faktisch, das heißt es kann seine **Funktion** nicht pflichtgemäß ausüben und hat diese deshalb früher oder später **zurückzulegen**. Faktisches Ruhen ist kein angestrebter Zustand sondern ergibt sich aus Teilnahmeverboten, ja es indiziert, dass **Teilnahmeverbote** – eine normalerweise vorübergehende

³⁸³ [Http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636481/Flughafen_Aufsichtsrat-behandelt-Kuer-von-Herbst](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636481/Flughafen_Aufsichtsrat-behandelt-Kuer-von-Herbst).

Maßnahme – zur Auflösung des Interessenkonflikts auf absehbare Zeit eben **nicht mehr ausreichen**.³⁸⁴

4. Mandatsruhendstellen in der Praxis

Ein **Aufsichtsratsmitglied**, welches in Wahrnehmung seiner 252
Funktion einander widersprechende Interessen berücksichtigen
müsste, tritt regelmäßig nicht sogleich zurück, sondern **verzichtet**
lediglich für eine gewisse Zeitspanne (womöglich nur für die
Dauer einer einzigen Sitzung) **auf die Ausübung seines Amtes**
bei formal ungebrochener Innehabung desselben.

Beispiele:

253

- Die Gewerkschaftsfunktionäre und
Aufsichtsratsmitglieder *Margrit Wendt* (Deutsche Post
World Net AG) und *Michael Sommer* (Postbank AG)
lassen ihre Mandate ruhen, während die BHW Holding
von der Gewerkschaft an den Post-Konzern verkauft
werden soll.³⁸⁵

³⁸⁴ *Martinek*, Wettbewerbliche Interessenkonflikte von

AG-Aufsichtsräten im Licht der deutschen Corporate Governance-Debatte, WRP 2008/1, 51 – 67, zit nach <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=622>.

³⁸⁵ *Seibt*, FS Hopt, 1366.

- *Roland Berger* lässt sein Aufsichtsratsmandat bei Fiat ruhen, während er die deutsche Bundesregierung in Sachen Opel berät.³⁸⁶
- Das ehemalige Vorstandsmitglied der German Hardcopy AG *Tom Schröder* muss sein bereits angetretenes Aufsichtsratsmandat beim Branchenkonkurrenten KMP ruhen lassen, bis sein seinerzeit vereinbartes Konkurrenzverbot endet.³⁸⁷
- Ein Gutachten empfiehlt Gewerkschaftsfunktionären, ihre Aufsichtsratsmandate als Arbeitnehmervertreter im Fall eines Streiks ruhen zu lassen.³⁸⁸
- Falls und solange sich maßgebliche Gesellschafter in einem Konflikt befinden, sollen deren Kapitalvertreter ihre Mandate ruhen lassen.³⁸⁹

254 Insbesondere in **sensiblen Branchen** oder in Fällen politischer Postenvergaben in **staatsnahen Unternehmen** sind Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig öffentlichkeitswirksam

³⁸⁶ [Http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/auto-experte-kalmbach-es-wird-noch-einen-richtigen-schlag-geben-1.82394-2](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/auto-experte-kalmbach-es-wird-noch-einen-richtigen-schlag-geben-1.82394-2).

³⁸⁷ [Http://www.tintenalarm.de/Druckerpatronen-Toner-blog/kmp-aufsichtsrat-tom-schr%C3%B6der-muss-sein-mandat-ruhen-lassen](http://www.tintenalarm.de/Druckerpatronen-Toner-blog/kmp-aufsichtsrat-tom-schr%C3%B6der-muss-sein-mandat-ruhen-lassen).

³⁸⁸ [Http://www.ag-mav.de/cweb/cgi-bin-noauth/cache/VAL_BLOB/9419/9419/7229/2008_08_13_ig_metall.pdf](http://www.ag-mav.de/cweb/cgi-bin-noauth/cache/VAL_BLOB/9419/9419/7229/2008_08_13_ig_metall.pdf).

³⁸⁹ [Http://www.bccg.tu-berlin.de/main/publikationen/Anforderungen%20an%20Aufsichtsratsmitglieder%20und%20ihre%20Nominierung.pdf](http://www.bccg.tu-berlin.de/main/publikationen/Anforderungen%20an%20Aufsichtsratsmitglieder%20und%20ihre%20Nominierung.pdf).

geäußelter Kritik von Gegnern und Konkurrenten ausgesetzt. Solche Kritik verbindet sich oft mit Forderungen, das Engagement im Aufsichtsrat bis zur Klärung der Kritikpunkte aussetzen. Manchmal wird zur Vermeidung schlechter Optik solchen Aufforderungen selbst in Fällen, in denen das Ausmaß (potentieller) Interessenskonflikte nicht die nötige Schwere erreicht, um die Ausübung des Mandats zu beeinträchtigen nachgekommen, manchmal erfolgt eine Entscheidung zum Ruhendstellen, um schädliche Publicity zu vermeiden, manchmal wird diese Möglichkeit ergriffen, um eine baldige **Mandatsniederlegung** geräuscharm **vorzubereiten**.

Beispiele:

255

- *Rolf Schnellecke* (CDU) lässt sein Aufsichtsratsmandat bei den Wolfsburger Stadtwerken bis zur Klärung strafrechtlicher Verdachtslagen ruhen.³⁹⁰
- *Katharina Reiche* (CDU) fordert, dass *Jann Jakobs* (SPD) seine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat der Potsdamer Stadtwerke ruhen lässt, bis gegen ihn erhobene Vorwürfe geklärt sind.³⁹¹

³⁹⁰ [Http://www.firmenpresse.de/pressinfo265704.html](http://www.firmenpresse.de/pressinfo265704.html).

³⁹¹ [Http://europa-ticker.de/news/111/news3.php3?nummer=3134](http://europa-ticker.de/news/111/news3.php3?nummer=3134).

- *Reinhard Robr* (SPÖ) äußert gegenüber *Josef Martinz* (ÖVP) eine ähnliche Anregung hinsichtlich der Kärntner Landesholding.³⁹²
- *Gerald Grosz* (BZÖ) kritisiert, dass *Hella Ranner* (ÖVP) ihr Aufsichtsratsmandat bei der Grazer Messe lediglich ruhend gestellt hat und fordert ihre Abberufung.³⁹³
- *Karl Büche* will sein ÖIAG-Aufsichtsratsmandat ruhend stellen, sollte ein Verfahren wegen Unregelmäßigkeiten beim Brau Union-Verkauf gegen ihn eingeleitet werden.³⁹⁴
- Die Aufsichtsratsvorsitzende der DRK Kliniken Berlin *Heidi Schäfer-Frischmann* will ihr Mandat bis zur Einstellung der gegen sie laufenden Ermittlungen ruhen lassen.³⁹⁵
- *Hans Reischl* erblickt in strafrechtlichen Vorwürfen keinen Grund, sein Aufsichtsratsmandat bei KarstadtQuelle ruhen zu lassen.³⁹⁶
- *Hermann-Josef Lamberti*, Mitglied des Vorstands der Deutschen Bank und des Aufsichtsrats von Schering

³⁹² [Http://www.mein-klagenfurt.at/aktuelle-pressemeldungen/pressemeldungen-mai-2010/verdacht-der-falschaussage-gegen-martinz](http://www.mein-klagenfurt.at/aktuelle-pressemeldungen/pressemeldungen-mai-2010/verdacht-der-falschaussage-gegen-martinz).

³⁹³ [Http://www.bzoe-steiermark.at/aktuelle_themen/2011_04_15_ranner/index.htm](http://www.bzoe-steiermark.at/aktuelle_themen/2011_04_15_ranner/index.htm).

³⁹⁴ [Http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/unternehmen/brau-union-verkauf-insider-affaere-schaeumt-ueber-33827/print.do](http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/unternehmen/brau-union-verkauf-insider-affaere-schaeumt-ueber-33827/print.do).

³⁹⁵ [Http://www.berliner-aerzte.net/pdf/bae1011_012.pdf](http://www.berliner-aerzte.net/pdf/bae1011_012.pdf).

³⁹⁶ [Http://www.welt.de/wirtschaft/article155737/Ex_Chef_von_Rewe_unter_Verdacht.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article155737/Ex_Chef_von_Rewe_unter_Verdacht.html).

lässt seine letztgenannte Funktion zunächst ruhen, als die Deutsche Bank den Schering-Konkurrenten und Übernahmeinteressenten Merck berät,³⁹⁷ bald darauf legt er sie komplett nieder.³⁹⁸

- Die Staatsanwaltschaft ermittelt gegen *Hanspeter Zobl*, in Reaktion darauf stellt er sein Mandat im Aufsichtsrat der Tiroler Lebenshilfe zunächst ruhend, bald darauf legt er es nieder.³⁹⁹

Da kaum einmal Streitigkeiten der betroffenen Akteure in 256
Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung des Mandatsruhendstellens aufzutreten oder zumindest bekannt zu werden scheinen, liegt der Schluss nahe, dass ein solches **Ruhendstellen ohne Einvernehmen** der Gesellschafter und der Aufsichtsratsmitglieder **schwer möglich** ist. Hier kann allerdings nur gemutmaßt werden. *G.Frotz*⁴⁰⁰ hat bereits in den 1970er-Jahren den Mangel an empirischen Erkenntnissen über die Arbeitsweise der Aufsichtsräte kritisiert und auf das "gesammelte Schweigen der Aufsichtsratsmitglieder" zurückgeführt.

³⁹⁷ [Http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/deutsche-bank-geraet-bei-schering-in-interessenkonflikt/2629776.html](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/deutsche-bank-geraet-bei-schering-in-interessenkonflikt/2629776.html).

³⁹⁸ [Http://www.spiegel.de/wirtschaft/a-407067.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/a-407067.html).

³⁹⁹ <http://tirol.orf.at/stories/496402>

⁴⁰⁰ zit nach *Kastner*, FS R.Strasser, 869.

H. Beendigung des Mandats

257 Der Aufsichtsrat selbst hat in Österreich kein "Selbstreinigungsrecht".⁴⁰¹ Das von einem Interessenkonflikt betroffene Aufsichtsratsmitglied ist dann, wenn andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen oder nicht ausreichen, bei sonstigem Schadenersatz zur Zurücklegung seines Mandats verpflichtet.⁴⁰²

258 Der **Rücktritt** des Aufsichtsratsmitglieds muss sich zur Konfliktbereinigung eignen und **darf die Gesellschaft nicht schädigen**,⁴⁰³ insbesondere nicht zur Unzeit erfolgen. Unzeit liegt dann vor, wenn weder ein wichtiger Grund zum Rücktritt besteht, noch der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben wird, rechtzeitig für adäquaten Ersatz zu sorgen – das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Insolvenzverfahren droht.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ *Kalss*, Das österreichische Gesellschaftsrecht im Spiegel der Entwicklung des deutschen Rechts, NZG 2012, 161-167 (166).

⁴⁰² *Enzinger*, Management Buy-out, 68.

⁴⁰³ *Kalss*, D/N/K § 86 Rz 54.

⁴⁰⁴ *Schauer*, HB AR, 1087f.

In der Praxis sind für Rücktritte zumeist Fristen einzuhalten. 259
Der **Entsendungsberechtigte** kann entsandte
Aufsichtsratsmitglieder jederzeit grundlos entfernen, die
Hauptversammlung kann mit $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen
gewählte Aufsichtsratsmitglieder grundlos vorzeitig **abberufen**.⁴⁰⁵

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, das heißt dann, 260
wenn die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat
unzumutbar geworden ist, wird es einerseits möglich, dass das
Aufsichtsratsmitglied fristlos kündigt, andererseits kann eine
Gesellschafterminderheit, die zu zumindest 10% am Grundkapital
beteiligt ist, die **gerichtliche Abberufung** des
Aufsichtsratsmitglieds verlangen.⁴⁰⁶

Ein solcher **wichtiger Grund** liegt insbesondere dann vor, 261
wenn sich eine **dauerhafte Pflichtenkollision** breitflächig auf
weite Teile der Organtätigkeit auswirkt.⁴⁰⁷ Ein derart **befangenes**
Aufsichtsratsmitglied müsste sich permanent der Stimme
enthalten und kann sohin nicht mehr sinnvoll tätig sein.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (2008), 310.

⁴⁰⁶ Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (2008), 310.

⁴⁰⁷ BGH 16.02.2009, II ZR 185/07 = BGHZ 180,9 = NZG 2009, 342.

⁴⁰⁸ Scholderer, NZG 2012, 176.

262 Das OLG Hamburg bejahte einen wichtigen Abberufungsgrund hinsichtlich eines Aufsichtsratsmitglieds eines Atomkraftwerksbetreibers, der sich als Politiker als Atomkraftgegner positioniert hatte.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ OLG Hamburg, 23.1.1990, 11 W 92/89 = DB 1990, 415 = ZIP 1990, 311.

VIII. Zum Ruhendstellen des Aufsichtsratsmandats

A. Grundlegendes zum Mandatsruhendstellen

1. Relativität der Sorgfaltspflichten des Aufsichtsratsmitglieds

Krejci, Nitsche und andere haben bewiesen, dass der 263
prinzipielle Vorrang der Wahrnehmung von **Sorgfaltspflichten**
des Aufsichtsratsmitglieds vor Dritt- und Eigeninteressen im
Einzelfall **relativiert** wird. Dies gebietet eine lebensnahe
Betrachtung der Wirtschaft. Angehörige bestimmter
Berufsgruppen wie Steuerberater dürften ansonsten regelmäßig
überhaupt nicht in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt werden,
wo deren Wissen allerdings – nicht zuletzt auch aufgrund
gesetzlicher Vorschriften – benötigt wird.⁴¹⁰

Die **Anforderungen an** das nebenberuflich tätige 264
Aufsichtsratsmitglied dürfen **nicht überspannt** werden.⁴¹¹
Vielfach wurde es wegen seines spezifischen beruflichen

⁴¹⁰ *Nitsche*, FS *Krejci*, 769.

⁴¹¹ *Kals*, K/N/S, Rz 3/569.

Hintergrunds und damit einhergehender Expertise bestellt, und ist in Verwaltungsorganen anderer Gesellschaften tätig. Dass ein solches Aufsichtsratsmitglied **regelmäßig mehrfachen** nicht kongruenten, manchmal nicht einmal richtungsgleichen **Pflichtenbindungen** unterliegt, ist der vom Gesetzgeber tolerierte Normalfall, den die Ausgestaltung als Nebentätigkeit mit sich bringt.⁴¹²

2. Multiple Pflichtenbindungen beim Aufsichtsratsmitglied

265 In der Literatur wird vielfach betont, dass **Kapital- und Arbeitnehmervertreter** nicht in erster Linie im Interesse der Aktionäre beziehungsweise der Belegschaft, sondern vielmehr stets im **Interesse des Unternehmens** handeln sollen.⁴¹³ In der Praxis vertreten Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig die **Interessen** der öffentlichen Hand, verschiedener **Gewerkschaftsfraktionen** oder Betriebsratswahllisten und **Anlegergruppen**.⁴¹⁴ Dabei unterliegt das Aufsichtsratsmitglied bisweilen unausweichlich **"natürlichen" Gegensätzen zum Interesse der Gesellschaft**.⁴¹⁵

⁴¹² St.Frotz/Schörghofer, HB AR, 680.

⁴¹³ Hengeler, FS Schilling, 190ff. Vgl insb auch den Wortlaut des § 70 AktG.

⁴¹⁴ Vgl Semler, FS Lutter, 724.

⁴¹⁵ Semler, MünchKommAktG III² § 100 Rn 148.

Die Lehre von der Doppelvertretung besagt, dass ein und 266 dieselbe Person grundsätzlich rechtsgeschäftlich zur Erfüllung **separater Pflichten** verpflichtet werden und beide **parallel erfüllen** darf, **solange** (was sie unter Einräumung eines Ermessensspielraums selbst zu beurteilen hat) die **Erfüllung einer Pflicht nicht zum Verstoß gegen die andere führt**.⁴¹⁶ Ist dies der Fall, muss sie die Interessenkollision auflösen.⁴¹⁷ Unterlässt sie dies, kann in weiterer Folge ihr Handeln (unter anderem wegen Rechtsmissbrauchs) verboten sein und unterschiedliche Haftungsfolgen nach sich ziehen.

3. In der Literatur entwickeltes abgestuftes Konfliktlösungsmodell

In Abhängigkeit vom Ausmaß der Interessenkonflikte, 267 denen Aufsichtsratsmitglieder unterliegen, ist die passende aus einer Reihe aufeinander aufbauender **Reaktionsmöglichkeiten** zu ergreifen.

⁴¹⁶ *Knöchlein*, *Insichgeschäft*, 56f.

⁴¹⁷ *Rubin*, ABGB-ON § 1021 Rz 9.

Es kann **je nach Schwere** des Interessenkonflikts oder der Pflichtenkollision zur Bewältigung ausreichen,

- den Konflikt anzusprechen,
- sich der Stimme zu enthalten,
- die Sitzung (eventuell bloß vorübergehend)
 - freiwillig zu verlassen beziehungsweise
 - vom Aufsichtsratsvorsitzenden zum Verlassen aufgefordert zu werden,
- einzelnen oder mehreren Aufsichtsratssitzungen
 - freiwillig beziehungsweise
 - aufgrund selbst zu beachtenden oder
 - förmlich festgestellten Teilnahmeverbots(gänzlich oder teilweise) fern zu bleiben (und dabei Informationsbeschränkungen zu erleiden).
- Unter Umständen besteht die Pflicht, das Mandat zurückzulegen.
- Im schlimmsten Fall kann das Aufsichtsratsmitglied
 - abberufen oder
 - gerichtlich entfernt werden.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Vgl. *Oberhofer*, Unabhängigkeit, 99ff.

4. Mandatsruhendstellen als Reaktion auf Interessenkonflikte

Meines Erachtens spricht nichts gegen die **Zulässigkeit des** 269
Mandatsruhendstellens, unter anderem auch deswegen, weil die
Gesellschaft (i) mittels des – ebenfalls nicht im Gesetz normierten
– Teilnahmeverbots ein befangenes Aufsichtsratsmitglied in einen
rechtlich vergleichbaren Zustand versetzen darf und (ii) mit der
Möglichkeit der Abberufung und etwaigen Haftungsansprüchen
Instrumentarien zur Verfügung hat, um ein unerwünschtes
Ruhendstellen zu verhindern oder zu sanktionieren.

Unter Umständen **kann das Aufsichtsratsmandat** 270
temporär nicht ausgeübt werden – das Gesetz sieht dies explizit
dann vor, wenn ein Aufsichtsratsmitglied vorübergehend ein
verhindertes Mitglied des Vorstands in dessen Funktion vertritt
(ipso iure eintretendes **Ruhen des Mandats**).⁴¹⁹ Manche erkennen
in längerdauernder Verhinderung aufgrund von Krankheit oder
intensiverer Interessenkollision eine ähnliche Lage (**faktisches**
Ruhen).⁴²⁰ Diesen beiden Ausprägungen des Ruhens des
Aufsichtsratsmandats ist gemein, dass es aufgrund äußerer

⁴¹⁹ R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ § 90 Rz 15ff.

⁴²⁰ Martinek, WRP 2000, 51ff.

Umstände automatisch eintritt, das heißt, dass sein Eintreten lediglich passiv zur Kenntnis genommen werden kann. Es kann sohin festgehalten werden, dass dem **Aktienrecht** das Konzept einer **ruhenden**, gleichwohl aufrechten, **Mitgliedschaft im Aufsichtsrat nicht fremd** ist. Ruht sein Mandat, dann kann das Aufsichtsratsmitglied vorübergehend keine Rechte aus seiner Funktion wahrnehmen und nimmt an einer oder mehreren Aufsichtsratssitzung(en) nicht teil.

271 Im **Normalfall** nimmt ein Aufsichtsratsmitglied an sämtlichen **Aufsichtsratssitzungen** teil, **bis** es entweder durch Abberufung oder durch Niederlegung sein **Mandat verliert**, aus dem Aufsichtsrat ausscheidet und demzufolge nicht mehr an Sitzungen teilnimmt. Verstößt das Aufsichtsratsmitglied gegen seine **Pflicht zur Sitzungsteilnahme**, muss es mit Sanktionen wie Schadenersatzforderungen, Verweigerung der Entlastung oder seiner Abberufung rechnen, es sei denn, seine Abwesenheit ist – etwa durch Erkrankung – entschuldigt. In **Ausnahmefällen** hingegen würde *gerade* die Teilnahme bestimmter Mitglieder an Aufsichtsratssitzungen zu Haftungen oder auch zu anfechtbaren Beschlüssen führen.⁴²¹ Soll es nach Beendigung der

⁴²¹ *Kastner*, FS R.Strasser, 851.

Ausnahmesituation seine Funktion ohnehin wieder aufnehmen,⁴²² ist es meist unerwünscht, das Aufsichtsratsmitglied abzurufen, bloß um es nach einiger Zeit erneut zu bestellen.

Im vierstufigen Modell der Reaktionen auf 272
Interessenkonflikte (Offenlegung – Stimmverbot –
Teilnahmeverbot – Mandatsniederlegung) handelt es sich beim
"Ruhendstellen" nicht um eine "fünfte" Möglichkeit sondern
bloß um einen weiteren **Anwendungsfall des Teilnahmeverbots**.

Sämtliche angesprochene **Reaktionsmöglichkeiten** 273
existieren in **"aktiver" und "passiver" Ausgestaltung**:

- Der "aktiven" Mandatsniederlegung entspricht die "passive" Abberufung.
- Falls das befangene Aufsichtsratsmitglied pflichtwidrig verabsäumt, seine Befangenheit offenzulegen, kann auch ein anderes Aufsichtsratsmitglied, das von der Befangenheit Kenntnis hat, diese zum Wohl des Unternehmens in der Aufsichtsratssitzung thematisieren.
- Entscheidet sich das befangene Aufsichtsratsmitglied dagegen, ein Stimmverbot eigenverantwortlich von selbst

⁴²² *Seibt*, FS Hopt, 1368.

("aktiv") zu beachten, wäre es problematisch, sollten die anderen Aufsichtsratsmitglieder die potentielle Anfechtbarkeit⁴²³ ihres gemeinsamen Beschlusses hilflos dulden müssen, weshalb ihnen wohl zu gestatten ist, auch selbst ein solches Stimmverbot auszusprechen.

274 Der Aufsichtsrat als Kollegialorgan soll nach herrschender Lehre einem seiner Mitglieder **verbieten** können, an einer oder mehreren Sitzungen **teilzunehmen**, ohne jedoch dessen Rechtsstellung als Aufsichtsratsmitglied aufzuheben.⁴²⁴ Soll es umgekehrt dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied, das ein wahrscheinliches Teilnahmeverbot antizipiert, verwehrt sein, dem "passiven" Erleiden eines solchen zuvorzukommen, in dem es eine äquivalente Entscheidung, sein Mandat "ruhend zu stellen" aktiv selbst trifft? Dies wäre zumindest inkonsequent und begründungsbedürftig. Es drängt sich der Schluss auf: "**Wenn** in Österreich **Teilnahmeverbote akzeptiert** werden, muss **auch** das **Ruhendstellen** erlaubt sein".

⁴²³ Vgl. *Saurer*, D/N/K §§ 100, 101 Rz 22: Verfolgt ein Aufsichtsratsmitglied durch sein Stimmverhalten gesellschaftsfremde Sondervorteile, ist der Beschluss, an dem es mitgewirkt hat, anfechtbar. AA jedoch *Hueck/Windbichler*, GesR²¹ § 28 Rz 36 mwN unter Anschluss an deutsche Judikatur: Zwar sei einem überstimmten Aufsichtsratsmitglied zuzugestehen, mittels Klage die Rechtswidrigkeit und damit Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses gerichtlich feststellen zu lassen (vgl. insb. BGH 21.4.1997, II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – "ARAG/Garmenbeck"), doch sei Anfechtbarkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen entgegen Meinungen in der Literatur zu verneinen (vgl. insb. BGH 17.05.1993, II ZR 89/92 = BGHZ 122, 342 = NJW 1993, 2307).

⁴²⁴ *St.Frotz/Schörghofer*, HB AR, 681ff.

In der Praxis bedienen sich zahlreiche 275 Aufsichtsratsmitglieder zur Auflösung von Interessenkollisionen eines im Gesetz nicht vorgesehenen Instruments, nämlich des sogenannten **"Ruhendstellens" des Mandats**. "Ruhendstellen" des Aufsichtsratsmandats bezeichnet die Ankündigung, an einzelnen oder mehreren **Aufsichtsratssitzungen** aufgrund eines Interessenskonflikts **nicht teilzunehmen**. Ein Aufsichtsratsmitglied, das sein Aufsichtsratsmandat ruhendstellt, erklärt – regelmäßig im Einvernehmen mit seinen Wählern oder Entsendungsberechtigten sowie den anderen Mitgliedern der Verwaltungsorgane der Gesellschaft – , dass es sein **Mandat temporär nicht ausüben** und keine damit zusammenhängenden Rechte wahrnehmen, gleichwohl **nicht aus dem Aufsichtsrat ausscheiden** wird. Bloßes Fernbleiben von Aufsichtsratssitzungen und Erleiden eines Teilnahmeverbots sollen zur Vermeidung von Begriffsverwirrung nicht als Ruhendstellen angesprochen werden.

5. Spannungsverhältnis des Mandatsruhendstellens zur Sitzungsteilnahmepflicht

276 Das Aufsichtsratsmitglied ist zur Sitzungsteilnahme verpflichtet,⁴²⁵ doch sein Fernbleiben bleibt regelmäßig sanktionslos. Allerdings kann seine Abwesenheit heikle Balancen in den Stimmverhältnissen stören.⁴²⁶ Umgekehrt kann die **Teilnahme eines befangenen Aufsichtsratsmitglieds** (unter Umständen bereits dessen bloße physische Anwesenheit in der Sitzung) **Aufsichtsratsbeschlüsse** mit **Nichtigkeit** bedrohen – mit zahlreichen möglichen Haftungsfolgen. Aufsichtsratsmitglieder dürfen nicht an Beschlüssen mitwirken, die ihre persönlichen Angelegenheiten betreffen (**Verbot des Richtens in eigener Sache**).⁴²⁷ Es ist möglich, für den Fall der Verhinderung die Vertretung durch andere Aufsichtsratsmitglieder vorzusehen⁴²⁸ (diese können im Einzelfall jedoch dem identen Interessenkonflikt wie das aufgrund Befangenheit verhinderten Aufsichtsratsmitglieds unterliegen).

⁴²⁵ Vgl. *Kalss*, D/N/K § 93 Rz 4: Die Teilnahme kann nur bei begründeten Verhinderungen unterbleiben.

⁴²⁶ *Scholderer*, NZG 2012, 176.

⁴²⁷ *S.Bydlinski/Potyka*, Jabornegg/Strasser II⁵ § 125 Rz 1.

⁴²⁸ *Kastner*, FS R.Strasser, 852.

Bereits eine Stimmenthaltung kann als (potentiell 277 haftungsauslösendes) "unentschuldigtes Fernbleiben von der Aufsichtsratsitzung" gewertet werden;⁴²⁹ *argumento minorem ad maius* kommt dies umso mehr für Abwesenheiten und Mandatsruhendstellungen in Betracht. **Nachteilige Folgen des Fernbleibens** von Aufsichtsratssitzungen können dann eintreten, **wenn nicht** dargetan werden kann, dass der Konflikt **ausreichende Schwere** erreicht hat.

6. Spannungsverhältnis des Mandatsruhendstellens zur Mandatsbeendigungspflicht

Manche vertreten, dass in bestimmten Situationen 278 nachhaltiger Interessenskollisionen eine **Pflicht zur Mandatsniederlegung** besteht, da die Beibehaltung des Aufsichtsratsmandats als Treupflichtverletzung zu werten ist, etwa wenn nur mit derart massiven Einschränkungen im Aufsichtsrat mitgewirkt werden kann, dass dies die Arbeit in unverantwortlicher Art und Weise belastet, oder wenn sich das Aufsichtsratsmitglied außerstande sieht, sich vom Unternehmensinteresse leiten zu

⁴²⁹ R.Strasser, Jabornegg/Strasser II⁵ §§ 92-94 Rz 66.

lassen und trotz Nichtteilnahme an der Abstimmung den Ausgang der Beschlussfassung maßgeblich beeinflussen kann.⁴³⁰

279 Unter Umständen kann es also dazu kommen, dass ein konfliktverfanges Aufsichtsratsmitglied glaubt, durch das Ruhenlassen seines Mandats seinem Konflikt Rechnung zu tragen und tatsächlich wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Mandatsniederlegung haftbar bleibt. Hinzu kommt, dass in Fällen, in denen konfliktbelastete Aufsichtsratsmitglieder unterlassen, ihr Amt niederzulegen, die übrigen **Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichtet sind, die gerichtliche Abberufung des problematischen Aufsichtsratsmitglieds zu betreiben**; unterlassen sie dies, weil sie etwa die Situation verkennen, verstoßen sie gegen ihre Sorgfaltspflicht.⁴³¹ Sohin kann ein leichtfertiges Ruhendstellen im worst case ganze Aufsichtsrats-Gremien kompromittieren.

⁴³⁰ *Mertens*, KölnKomm AktG II² § 116 Rz 32.

⁴³¹ *Semler*, MünchKommAktG III² § 116 Rz 225f.

B. Eigene Ansicht zum Mandatsruhendstellen

1. Empfohlene Begleitmaßnahmen für Ruhendstellensvorgänge

Aus Gründen der Planbarkeit und Rechtssicherheit sollte 280
meines Erachtens das Ruhendstellen von Aufsichtsratsmandaten
nur nach Maßgabe **flankierender Maßnahmen** durchgeführt
werden. Die Erfahrung legt nahe, die **Einvernehmlichkeit als
Tatbestandsmerkmal gültigen Ruhendstellens** anzusehen. Im
Gegensatz zur Mandatsniederlegung bedarf das Ruhendstellen
aufgrund schwerer abzuschätzender Konsequenzen der
Koordination mit der Gesellschaft. Wer die mit einem Mandat
verbundene Rechtsstellung nicht mehr innehaben will, kann dazu
nicht verhalten werden (allenfalls dafür haften, falls die
Niederlegung zur Unzeit⁴³² erfolgen würde) – doch der
Ruhendstellenswillige möchte ja etwas von der Gesellschaft: Er
möchte seine **Stellung als Aufsichtsratsmitglied behalten** und
erwartet dabei regelmäßig, dass die Gesellschaft damit
zusammenhängende (allenfalls potentielle) Nachteile in Kauf
nimmt. Nimmt er umgekehrt auf Wunsch der Gesellschaft von der
Alternative der Mandatsniederlegung Abstand oder besteht gar

⁴³² *Schauer*, HB AR, 1087f.

eine Pflicht zum Ruhendstellen des Mandats, ist der Bedarf nach Koordination regelmäßig vergleichbar dimensioniert – gilt es doch etwa in Hinblick auf mögliche Eindrücke in der Öffentlichkeit **konzertiert vorzugehen**; eine eigenmächtige einseitige Wahl des Zeitpunkts des Ruhendstellens wäre dabei kontraproduktiv.

281 Aufgrund der tiefgreifenden Abkehr von der gesellschaftsrechtlichen Normalität, die das Aufsichtsratsmandatsruhendstellen mit sich bringt, soll das **Ruhendstellen nur durch einen contrarius actus aufgehoben** werden können. Es wäre problematisch, sollte das Aufsichtsratsmitglied eigenmächtig zum Schluss kommen dürfen, es wäre nicht mehr befangen, um dann die Teilnahme an einer Aufsichtsratssitzung zu begehren.

282 In diesem Zusammenhang scheint es angezeigt, festzuhalten, dass der Bezeichnung "**Ruhendstellen**" **gegenüber** der offenbar synonym vielfach in der Literatur begegnenden Bezeichnung "**Ruhenlassen**"⁴³³ unbedingt der **Vorzug** gebührt – Ruhendstellen bezeichnet ein aktives Tun, angestrebt wird der nicht ohne weiteres wieder aufzuhebende Sonderzustand des Ruhens,

⁴³³ Vgl. *Seibt*, FS Hopt, 1383; *Lutter/Krieger*, AR⁵ § 12 Rz 901.

Ruhenlassen indiziert hingegen irreführenderweise ein Unterlassen und eine gewisse jederzeit revidierbare Vorläufigkeit.

Das **Ruhendstellen** ist ein schwerwiegender Schritt, der das 283
Vorliegen eines **schwerwiegenden Konflikts** indiziert;⁴³⁴ es soll
kein Instrument der routinemäßigen
Abwesenheitsrechtfertigung werden, sondern Ausnahme
bleiben. Insbesondere "Verpflichtungen" in Zusammenhang mit
Familienleben oder Freizeitgestaltung begründen in aller Regel
keine ausreichend schwere Pflichtenkollision.

Bevor Mandatsruhendstellen erwogen wird, muss eine 284
Abwägung der Pflichten aus dem Aufsichtsratsmandat mit den
Pflichten aus dem konfligierenden Rechtsverhältnis, insbesondere
eine **Abwägung der jeweiligen Verschwiegenheitspflichten**
und der Schutzwürdigkeit der betroffenen Informationen
vorgenommen werden. Man darf nicht aus den Augen verlieren,
dass manchmal nicht das Aufsichtsratsmandat sondern vielmehr
die **anderweitige Verpflichtung beendet** oder – soweit möglich
– ruhend gestellt werden muss.

⁴³⁴ *Seibt*, FS Hopt, 1383.

285 Von der Verpflichtung zur Niederlegung des Aufsichtsratsmandats unterscheidet sich die Situation, in der nur noch mit dessen Ruhendstellen, jedoch mit keinem gelinderen Mittel das Auslangen gefunden werden kann, lediglich dadurch, dass **vorübergehende Natur des Konflikts** angenommen wird.⁴³⁵ Bestehen bei Vornahme einer Abwägung **schutzwürdige Gesellschaftsinteressen gegen die Mandatsniederlegung** (beziehungsweise eventuell lediglich gegen die sofort erfolgende Mandatsniederlegung), ist zu prüfen, ob das befangene Aufsichtsratsmitglied sogar eine Pflicht zum Ruhendstellen trifft.⁴³⁶

286 Nicht nur die Unterlassung des Ruhendstellens, auch das Ruhendstellen selbst kann die Gesellschaft schädigen. Droht der Gesellschaft potentieller Schaden, etwa durch Verschiebung der Stimmverhältnisse infolge Abwesenheit,⁴³⁷ dann trifft das ruhendstellenswillige Aufsichtsratsmitglied unter Umständen im Vorfeld die **Schadensminderungsobliegenheit, für ein brauchbares Ersatzmitglied zu sorgen** – so dies nach der Lage des Falles möglich ist. Unter Umständen ergibt die objektive Betrachtung sämtlicher Einzelfallparameter, dass in casu ein

⁴³⁵ Lutter/Krieger, AR⁵ § 12 Rz 901.

⁴³⁶ Vgl. Semler, MünchKommAktG III² § 100 Rz 192.

⁴³⁷ Vgl. E. Vetter, HB börsenAG, 1035.

Mandatsruhendstellen zur Konfliktbewältigung erkennbar nicht ausreicht, nicht ausgereicht hat oder zu früh beendet wurde. Die Koordination mit der Gesellschaft **schützt** in solchen Fällen das **Aufsichtsratsmitglied**, da es beweisen kann, dass die **Gesellschaft die gemeinsame Vorgehensweise gebilligt**, sohin ebenfalls subjektiv vorwerfbar gehandelt hat und deswegen allenfalls mit haftet.

Rechtssicherheitserwägungen gebieten, dass das 287
Ruhendstellen unabhängig davon, ob es sich objektiv um das gelindeste Mittel zur Auflösung des Konflikts handelt, gültig sein muss. Dennoch befreit ein gültig erklärtes Ruhendstellen nicht automatisch von jeglicher Haftung. Haftung kommt etwa bei mangelnder Schwere⁴³⁸ des Interessenkonflikts oder bei Ruhendstellen zur Unzeit in Betracht.

2. Umfassendes Ruhen sämtlicher Rechte aus dem Mandat

Rechtssicherheitserwägungen gebieten ebenfalls, dass ein 288
Aufsichtsratsmitglied, welches sein Aufsichtsratsmandat wirksam ruhend gestellt hat, auch vollumfänglich sofort **sämtliche Rechte**

⁴³⁸ *Seibt*, FS Hopt, 1383.

aus dem Mandat (vorübergehend) **verliert**⁴³⁹ – damit ist auch eine **Warnfunktion** gegeben, die verhüten soll, dass sich des Ruhendstellens leichtfertig bedient wird.

289 Hat ein Aufsichtsratsmitglied lediglich vorgehabt, einer Sitzung fern zu bleiben⁴⁴⁰ und dies entweder im Vorfeld gar nicht angekündigt oder zwar angekündigt, jedoch nicht als Auffassung, einem Teilnahmeverbot zu unterliegen beziehungsweise nicht explizit als "Ruhendstellen" bezeichnet, und erscheint ein solches Aufsichtsratsmitglied dennoch bei der Sitzung, bestehen **zahlreiche Unklarheiten.**

290 Besteht überhaupt ein Konflikt ausreichender Schwere, welcher das Fernbleiben gerechtfertigt hätte und nun ein Verweigern des Zugangs rechtfertigt? Verstößt das Aufsichtsratsmitglied nun mit seiner Sitzungsteilnahme gegen das Rechtsmissbrauchsverbot? Ist ein Beschluss, an dem es mitwirkt, nichtig? Bei Vorliegen des Ruhendstellens stellen sich all diese Fragen nicht. Ein **Aufsichtsratsmitglied, das sein Mandat ruhendgestellt hat** und dennoch bei einer Aufsichtsratssitzung auftaucht hat genauso **kein Teilnahme-, insbesondere kein**

⁴³⁹ Vgl. *Seibt*, FS Hopt, 1382ff; *Marsch-Barner*, ArbHB ARM § 12 Rz 171.

⁴⁴⁰ Vgl. *Kalss*, D/N/K § 86 Rz 57.

Stimmrecht, wie eine beliebige Person von der Straße und ist schon deswegen umgehend zu entfernen.

3. Ruhen nur der konfliktbetroffenen Pflichten

Hinsichtlich der Frage, ob mit einem ruhendgestellten 291 Mandat auch der vorübergehende Verlust sämtlicher **Pflichten** des Aufsichtsratsmitglieds einhergeht, ist eine **differenzierte Betrachtungsweise** angezeigt: Die **Pflichten zur Beteiligung an Sitzungen und Beschlussfassungen** müssen naturgemäß **erlöschen**, da sie gar nicht ausgeübt werden können und die Rechtsordnung nichts Unmögliches verlangen darf. **Manche Schutz- und Sorgfaltspflichten** müssen ebenfalls **verschwinden oder gemildert werden**,⁴⁴¹ da das **Ruhendstellen** sonst **keinen Vorteil gegenüber der Mandatsniederlegung hätte**. Wenn das Ruhendstellen gewählt wurde, um gerade nicht gegen die Pflicht zu verstoßen, das Interesse der Gesellschaft gegenüber dem Interesse des Mandanten, Kunden, Arbeitgebers et cetera höher zu bewerten, wäre es unsinnig, wollte man bejahen, dass diese Pflicht in vollem Ausmaß weiterbestünde.

⁴⁴¹ Vgl. *Marsch-Barner*, ArbHB ARM § 12 Rz 163.

292 Der **Berater eines Übernahmeinteressenten**, der sich außerstande sieht, während der laufenden Beratungstätigkeit sein Aufsichtsratsmandat bei der Zielgesellschaft ausreichend wahrzunehmen, der jedoch nicht aus dem Aufsichtsrat ausscheiden soll, weil die Gesellschaft etwa auf seine Branchenkenntnis mittelfristig nicht verzichten will, **darf** selbstverständlich **nach** erfolgtem **Ruhendstellen** seines Aufsichtsratsmandats **den Interessen des Übernahmeinteressenten bestmöglich entsprechen** – das war ja der Zweck der Maßnahme.

293 **Auch nach Ruhendstellen** behält der Befangene seinen Status als Aufsichtsratsmitglied und damit eine (wenn auch reduzierte) **Treubindung zur Gesellschaft**.⁴⁴² Nicht einzusehen wäre es, sollte es eine Klasse von Aufsichtsratsmitgliedern geben, welchen erlaubt wäre, nach Mandatsruhendstellung rücksichtslos gegen sämtliche Interessen der Gesellschaft zu handeln, wie dies etwa Konkurrenten ohne Verbindung zur Gesellschaft dürfen.

294 Zusammenfassend lässt sich die These aufstellen, dass sämtliche **Pflichten erlöschen** sollen, **die** nach dem gemeinsamen Willen und Verständnis des Erklärenden (des befangenen

⁴⁴² Diese besteht sogar noch nach Mandatsbeendigung, argumento maiorem ad minus umso mehr nach Ruhendstellen. Vgl. *Hopt/M.Roth*, GroßKomm AktG IV⁴ § 116 Rz 214.

Aufsichtsratsmitglieds) und des Annehmenden der Ruhendstellenserklärung (der Gesellschaft) **vom auslösenden Interessenkonflikt betroffen sind.**

Restliche Pflichten bleiben im Zweifel aufrecht. Dies kann 295 nur im **Einzelfall** beurteilt werden. Es **empfiehlt sich**, die hinfälligen und nach wie vor zu beachtenden Pflichten in einem gemeinsamen **schriftlichen Dokument** festzuhalten. Im Rahmen einer solchen schriftlichen Vereinbarung können etwa auch die Fragen danach behandelt werden, ob der Entgeltanspruch des Aufsichtsratsmitglieds während des Ruhendstellens ebenfalls ruhen soll und ob trotz erklärten Ruhendstellens das Aufsichtsratsmandat unter bestimmten Umständen dann wieder aufleben soll, wenn es infolge einer Abwägung zur Abwendung schwerer Schäden von der Gesellschaft geboten ist.

Das im Einvernehmen mit der Gesellschaft vorgenommene 296 Ruhendstellen sollte immer mit **gemeinsamem Antizipieren** möglicher **nachteiliger Folgen** einhergehen. Zumindest im Rahmen dieses gemeinsamen worts-case-Szenarios begibt sich die Gesellschaft durch Dulden des Ruhendstellens möglicher späterer Ansprüche gegen das Aufsichtsratsmitglied für eintretende Schäden. Einvernehmen ist natürlich auch mit einem etwaigen

Entsendungsberechtigten zu suchen; dieses wird regelmäßig unproblematisch zur Erlangen sein, sind es doch oft dessen Interessen, die das Aufsichtsratsmitglied derart intensiv verfolgt, dass es die Tätigkeit für die Gesellschaft ruhen lassen muss.

297 Praktisch wichtig ist die Frage, ob dem Unternehmen durch die Abwesenheit des oder der befangenen Aufsichtsratsmitglieder – auch aber nicht nur in Zusammenhang mit deren Stimmrecht bei Aufsichtsratssitzungen oder aufgrund ihres Wissens – ein konkreter **wirtschaftlicher Nachteil** droht. Es sollte Verständigung darüber erzielt werden, welche Maßnahmen ergriffen werden und durch wen diese einzuleiten sind, wenn sich nachträglich herausstellt, dass mit dem Ruhendstellen kein Auslangen mehr gefunden werden kann, etwa weil die vereinbarte Höchstdauer dieses Zustandes überschritten wurde oder davon auszugehen ist, dass sich die Konfliktsituation verfestigt hat.

298 Fühlt sich ein Aufsichtsratsmitglied aufgrund eines Interessenkonflikts "innerlich nicht frei" zur Ausübung seines Mandats, so soll ihm grundsätzlich die Mandatsniederlegung ohne nähere Prüfung des Vorliegens eines ausreichend wichtigen

Grundes gestattet werden.⁴⁴³ In Fällen, in denen keine Pflicht zur Mandatsniederlegung besteht, kommt dem konfliktverfangenen Aufsichtsratsmitglied sohin **grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen Ruhendstellen und Niederlegung** des Aufsichtsratsmandats zu. Anderes gilt, **wenn Mandatsniederlegen im Einzelfall pflichtwidrig** wäre⁴⁴⁴ – dann und nur dann besteht ausnahmsweise **Pflicht zum Ruhendstellen** des Aufsichtsratsmandats.

⁴⁴³ Hüffer, AktG⁸ § 103 Rz 17.

⁴⁴⁴ Semler, MünchKommAktG III² § 100 Rz 192.

C. Prüfschemata für das Mandatsruhendstellen

1. Prüfschema Zulässigkeit

1. Unterliegt das Aufsichtsratsmitglied einem **Interessenkonflikt**?
2. Ist dieser Konflikt **geeignet**, die sachgerechte Wahrnehmung des **Aufsichtsratsmandats** zu **beeinträchtigen**?
3. Ist das Ruhendstellen zur Konfliktauflösung **geeignet**?
4. Kann der Konflikt mit **keinem gelinderen Mittel** als dem Ruhendstellen aufgelöst werden?
5. Besteht **keine Pflicht zur Mandatsniederlegung**?
6. Ist die Gesellschaft mit dem Ruhendstellen **einverstanden**?

Können diese sechs **Fragen** sämtlich **bejaht** werden, dann kann die **Zulässigkeit** des Ruhendstellens eines Aufsichtsratsmandats im Einzelfall angenommen werden.

7. Verstößt die **Mandatsniederlegung** im Einzelfall **gegen** schutzwürdige **Interessen der Gesellschaft** (etwa Unzeit)?

Kann zusätzlich auch noch die siebente Frage bejaht werden, dann besteht **Pflicht zum Ruhendstellen**; ist die nicht der Fall, kann das vom Konflikt betroffene Aufsichtsratsmitglied zwischen den Reaktionsmöglichkeiten Ruhendstellen und Mandatsniederlegung wählen.

2. Prüfschema Haftungsrisiken

Folgende Überlegungen sollten angestellt werden, um **Haftungsrisiken** in Zusammenhang mit dem Ruhendstellen eines Aufsichtsratsmandats zu **identifizieren** und weitgehend auszuschließen:

- (i) Haben sich Gesellschaft und Aufsichtsratsmitglied über mögliche Haftungsfolgen des Ruhendstellens informiert?
- (ii) Haben sich Gesellschaft und Aufsichtsratsmitglied eines fairen und transparenten Mechanismus in Zusammenhang mit dem Ruhendstellen bedient?
- (iii) Besteht Einvernehmen mit der Gesellschaft darüber, welche Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds erlöschen und welche aufrecht bleiben?
- (iv) Kann ein Ersatzmitglied des Aufsichtsrats bestellt werden?
- (v) Besteht Einvernehmen über die voraussichtliche Dauer des Ruhendstellens?
- (vi) Soll das Ruhendstellen mit Aufleben des Mandats oder mit dessen Niederlegung enden?
- (vii) Soll das Ruhendstellen nach außen kommuniziert werden?
Wenn ja, wie, wann und durch wen? Gibt es eine Sprachregelung?

Schlussbemerkung

Aufsichtsräte sind **Kollegialorgane**, die ihren Willen nach dem Mehrheitsprinzip bilden; sie **überwachen die Geschäftsführung von Kapitalgesellschaften**, wirken an bestimmten Rechtsgeschäften mit und haben in Unternehmenskrisen gesteigerte Anforderungen zu bewältigen.

Ihre **nebenberuflichen Mitglieder** sind zwar unabhängig, doch fühlen sie sich faktisch regelmäßig einem Gesellschafter oder der Belegschaft verpflichtet. Aufsichtsratsmitglieder sind oft Politiker, Freiberufler oder bei Banken, Kunden, Lieferanten oder Branchenkonkurrenten tätig, das heißt sie **müssen** zwar die **Interessen der Gesellschaft beachten**, doch **haben** selbst oftmals **abweichende Eigeninteressen**.

Aufsichtsratsmitglieder **dürfen** keine Geschäftsgeheimnisse verraten oder ausnutzen, nicht bestechlich sein, die Verhältnisse der Gesellschaft nicht unrichtig darstellen, allgemein ihre Befugnisse nicht missbrauchen und **die Gesellschaft nicht schädigen** und sie haben bis zu einem gewissen Grad auch zu verhindern, dass die Mitglieder des Vorstands solche Handlungen setzen; andernfalls setzen sie sich Haftungsrisiken aus.

Bei mehrfacher Beauftragung oder Organmitgliedschaft bei mehreren Gesellschaften oder als Geschäftspartner oder Bankberater der Gesellschaft entstehen bei Aufsichtsratsmitgliedern bald Zustandsbilder verschiedener Schattierungen von **Befangenheit, die pflichtgemäßes Wahrnehmen ihrer Aufgaben erschwert** oder beeinträchtigt und Haftungsfolgen befürchten lässt. Auf solche Konfliktlagen muss reagiert werden.

Die gesetzlich angeordneten **Pflichten** des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder sind weitgehend **unbestimmt**.⁴⁴⁵ Die Konkretisierung insbesondere der Vorstands- und Aufsichtsratspflichten bei Interessenkonflikten wäre wünschenswert: "Manches davon", schreiben *P.Doralt/W.Doralt*, "findet sich zwar versteckt in Lehrbüchern und Kommentaren, zum Teil sogar im österreichischen Corporate-Governance-Kodex, **nicht aber in den Köpfen** und im Gewissen **aller österreichischen Organwalter**".⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ *Schauer*, HB AR, 1051.

⁴⁴⁶ *P.Doralt/W.Doralt*, FS Koziol, 588.

Da auch die Merkmale der Interessenkollision unbestimmt und oft auch unerkennbar sind, fehlt es an einem generell-abstrakt fassbaren, vom konkreten Einzelfall abstrahierbaren Begriff der Interessenkollision.⁴⁴⁷ Das Gesetz geht auf die Frage möglicher Interessenkonflikte nur punktuell ein.⁴⁴⁸

Die ältere Interessenjurisprudenz fasste die Aufgabe von Rechtsnormen dahingehend auf, dass sie anhand **übergeordneter Gemeinschaftsinteressen** darüber entscheiden sollen, ob und inwieweit ein kollidierendes Interesse auf Kosten des anderen durchzusetzen sei. Die Lehre vom kausalen Rechtsdenken nahm die Ergänzung vor, zusätzlich auch fallspezifische **Macht- und Vertrauenslagen** zu berücksichtigen. Die heute vorherrschende Wertungsjurisprudenz konzentriert sich nicht nur auf den Aspekt der Auflösung widerstreitender Interessen, sondern gesteht dem Gesetzgeber daneben auch eine **wertende Stellungnahme** zu.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ *Schramm*, MünchKommBGB I/1⁵ § 171 Rn 9, 12.

⁴⁴⁸ *Kals*, K/N/S, Rz 3/574.

⁴⁴⁹ *F.Bydlinski*, Rechtsbegriff, 114-125.

Auftragnehmer haben die Interessen aller Auftraggeber gleichermaßen zu beachten und dürfen einseitige, einem anderen Auftraggeber nachteilige Weisungen nicht befolgen.⁴⁵⁰ "[V]on einem Selbstbeteiligten ebenso wie von einem Diener zweier Herren mit **konkurrierenden Interessen** [kann] Objektivität nicht erwartet werden".⁴⁵¹ Dennoch kann der durch eine Interessenkollision des Machthabers gefährdete Machtgeber durch **Einwilligung oder Genehmigung** sogar Insichgeschäften seine Zustimmung geben,⁴⁵² welche auch konkludent erteilt werden kann.⁴⁵³

Aufsichtsratsmitglieder unterliegen **außerhalb des Aufsichtsrats** nach herrschender Meinung lediglich einer stark **relativierten Loyalitätspflicht**, die in der Regel nicht auf die hauptberufliche Tätigkeit durchschlägt;⁴⁵⁴ insbesondere die Aufgabe des Hauptberufs kann nicht verlangt werden. Die "sauberste Lösung" bestünde wohl darin, vollständigen Personenkreisen – wie zum Beispiel Vorstandsmitgliedern von Banken – die Annahme von Aufsichtsratsmandaten zu

⁴⁵⁰ P.Bydlinski, KBB³ § 1009 Rz 3 mwN.

⁴⁵¹ Steffen, RGRK I¹² § 181 Rn 1.

⁴⁵² OGH 15.12.1982, EvBl 1983/39.

⁴⁵³ Heinrichs, Palandt⁶⁸ § 181 Rn 17.

⁴⁵⁴ Marsch-Barner, ArbHB ARM § 12 Rz 167.

untersagen.⁴⁵⁵ Dass dies unrealistisch und vor allem von den unmittelbar Betroffenen unerwünscht ist, zeigt sich zum Beispiel auch daran, dass die Einführung des im Gesetzesentwurf zum GesRÄG 2005 noch enthaltenen **Konkurrenzverbots** für Aufsichtsratsmitglieder in letzter Minute aufgrund des Widerstands einflussreicher Gruppen **nicht realisiert** wurde.⁴⁵⁶

Jedenfalls sind Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichtet, bei Verfolgung berechtigter Eigen- oder Drittinteressen das **Interesse der Gesellschaft nicht ohne Not und nicht stärker als unvermeidlich zu beeinträchtigen**.⁴⁵⁷ Meist reicht es aus, dem Aufsichtsrat vom Interessenkonflikt zu berichten. Viele Aufsichtsratsmitglieder enthalten sich in Konfliktfällen der Stimme oder bleiben Abstimmungen oder Aufsichtsratssitzungen fern – ob und unter welchen Umständen sie dies dürfen oder sogar müssen, darüber sind sich die juristischen Autoren uneinig. Besteht ein schwerwiegender dauerhafter Interessenkonflikt auf unabsehbare Zeit, dann kann das Aufsichtsratsmitglied seine Funktion nicht mehr wahrnehmen und muss aus dem Aufsichtsrat ausscheiden.

⁴⁵⁵ *Semler*, MünchKommAktG III² § 100 Rz 192, 197.

⁴⁵⁶ *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³, 93.

⁴⁵⁷ *Mertens*, KölnKomm AktG II² § 116 Rz 29.

Grundsätzlich müssen sich Aufsichtsratsmitglieder an Sitzungen und Abstimmungen beteiligen. Stimmenhaltung ist dann eine zulässige Form der Beteiligung an der Entscheidungsfindung wenn nicht im Einzelfall eine Rechtspflicht zur Stimmabgabe besteht. Bei Nicht-Beteiligung an der Abstimmung wird das Aufsichtsratsmitglied bei Ermittlung der Beschlussfähigkeit nicht mitgezählt, bei Stimmenthaltung wird es zur Berechnung der Beschlussfähigkeit, nicht jedoch der Beschlussmehrheit mitgezählt.⁴⁵⁸

Wer in Konfliktfällen den Sitzungen fernbleibt, hat nach herrschender Meinung meist nicht einmal mit finanziellen Konsequenzen zu rechnen.⁴⁵⁹ Schließlich gibt es Situationen, in denen es **legitim** ist, den **anderen Aufsichtsratsmitgliedern die Entscheidungsfindung zu überlassen**.⁴⁶⁰

Nimmt ein Aufsichtsratsmitglied an einer Sitzung überhaupt nicht teil, kann die Satzung folgende Instrumentarien vorsehen: (i) im Firmenbuch eingetragene "stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder" nehmen mit allen Rechten und Pflichten

⁴⁵⁸ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/566.

⁴⁵⁹ *Hopt/M.Roth*, GroßKomm AktG IV⁴ § 109 Rz 16.

⁴⁶⁰ *Nitsche*, FS Krejci, 769.

die Stelle des verhinderten Aufsichtsratsmitglieds ein (nicht zu verwechseln mit "Ersatzmitgliedern", welche für ausscheidende Aufsichtsratsmitglieder nachrücken), (ii) das nicht anwesende Aufsichtsratsmitglied betraut ein anderes Aufsichtsratsmitglied schriftlich mit seiner Vertretung, (iii) das Aufsichtsratsmitglied ermächtigt einen Dritten zur Teilnahme, der auch als Stimmbote fungieren kann. **Aufsichtsratsmitglieder, die sich vertreten lassen**, werden zur Feststellung der Beschlussfähigkeit nicht mitgezählt.⁴⁶¹

Mit der Stimmabgabe im Aufsichtsrat sind immer Risiken verbunden, dies gilt umso mehr für interessenkonfliktverfangene Abstimmende. Einerseits gibt es Situationen, in denen weder die Befürworter noch die Gegner eines Beschlusses sorgfaltswidrig handeln, andererseits kann unter Umständen sogar ein überstimmter Gegner eines Beschlusses dann mit dessen Befürwortern mithaften, wenn er keine Anstrengungen unternommen hat, künftige aus diesem Beschluss resultierende Nachteile abzuwenden ("Interventionspflicht").⁴⁶²

⁴⁶¹ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/537f, 3/556.

⁴⁶² *Schauer*, HB AR, 1059, 1065.

Rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig abgegebene Stimmen sind unwirksam,⁴⁶³ doch auch **fahrlässige Interessenverletzungen** sind möglich ("disclosure which is accidental, inadvertent or negligent").⁴⁶⁴ Eine Lösung für Interessenkonflikte besteht in der Einrichtung eines Aufsichtsratsausschusses, dem das betroffene Aufsichtsratsmitglied nicht angehört.⁴⁶⁵

Marsch-Barner, Lutter/Krieger, Seibt und andere vertreten, dass befangenen Aufsichtsratsmitgliedern, die ihre Mandate nicht niederlegen wollen oder sollen, die Möglichkeit zukommt, ihre Mandate "ruhend zu stellen", das heißt **auf Rechte aus ihrem Mandat temporär zu verzichten**. Aus der unter anderem von *Semler* vertretenen Position, dass Mandatsniederlegen im Einzelfall pflichtwidrig sein kann (weil es etwa in der Öffentlichkeit Aufsehen erregen könnte) ergibt sich bei ausreichend starkem Interessenkonflikt eine Verpflichtung zum Ruhendstellen.

⁴⁶³ *Kalss*, K/N/S, Rz 3/561.

⁴⁶⁴ *Hopt*, FS P.Doralt, 218.

⁴⁶⁵ *Seibt*, FS Hopt, 1389.

Ruhendstellen ist mehr, als bloße kommentarlose – regelmäßig konsequenzlose – Nichtteilnahme – ein Publizitätsakt ist notwendig. Bei Nichtteilnahme werden Pflichten bewusst vernachlässigt, bei Ruhendstellen bestehen temporär nur **reduzierte Pflichten** gegenüber der Gesellschaft ("verbindliche Rechtebeschränkung").⁴⁶⁶ Ruhendstellen des Mandats ist aktive Rechtsgestaltung, es tritt nicht ipso iure ein – Formulierungen wie die, dass "aufgrund eines Arbeitskampfes das Aufsichtsratsmandat von Arbeitnehmervertretern ruhen soll"⁴⁶⁷ sind als irreführend abzulehnen.

Rechtliche Strukturen sind an der Rechtswirklichkeit zu messen und gegebenenfalls fortzuentwickeln.⁴⁶⁸ Das **Ruhendstellen** von Mandaten im Aufsichtsrat wird in der Wirtschaft praktiziert; in vorliegender Arbeit werden etwa ein Dutzend Praxisbeispiele erwähnt. Ruhendstellen muss als **zulässig** bezeichnet werden: "Was allgemein als Rechtens anerkannt ist und entsprechend geübt wird, dafür bedarf es keines Gesetzes".⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Vgl. *Seibt*, FS Hopt, 1385-1387.

⁴⁶⁷ Vgl. HB AktR⁷ § 19 Rz 683 FN 837 mwN.

⁴⁶⁸ *St.Frotz/Schörghofer*, GesRZ 2011, 339.

⁴⁶⁹ *Flume*, AT II³, 822.

Literatur

- *Abram/Oberlechner/Stelzel (Hg)*, Handbuch Hauptversammlung (2010).
- *Aburumieb*, Interimistische Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied, AR aktuell 3/2010, 9-11.
- *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft (2004).
- *Bachner-Foregger*, StGB¹⁹ (2005).
- *Ballof et alii*, Gesellschaftsrecht für die Praxis 2009 (2009).
- *Barnert/Dolezel/Egermann/Illigasch*, Societas Europaea (2005).
- *Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje*, Leitfaden für den Aufsichtsrat. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit (2005).
- *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁹ (2006).
- *Beurskens*, Gesellschaftsrecht (2010).
- *Birkner/Löffler*, Corporate Governance in Österreich (2004).
- *Brandstetter*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, HB AR, 1093-1111.
- *Brix*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft (2009).
- *Büchele et alii*, Corporate Governance in Deutschland und Österreich (2006).

- *Bücker/v.Bülow*, Risikobereich und Haftung: M&A-Transaktionen, HB MH², 719-749.
- *F.Bydlinski*, Altruistische Vorsatzdelikte eines Multiorgans und die Schadenshaftung der juristischen Person, in VersR Jubiläumsheft 25 Jahre Karlsruher Forum (1983), 9ff.
- *F.Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982).
- *F.Bydlinski*, Skizzen zum Verbot des Rechtsmißbrauchs im österreichischen Privatrecht, FS Krejci II, 1079-1098.
- *F.Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996).
- *P.Bydlinski*, Der sogenannte "Missbrauch" unbeschränkbarer Vertretungsmacht, FS F.Bydlinski, 19-45.
- *Dahnz/Grimminger*, Manager und ihr Berufsrisiko. Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern² (2007).
- *Diederichs/Kißler*, Aufsichtsratsreporting. Corporate Governance, Compliance und Controlling (2008).
- *E.Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2007).
- *P.Doralt/W.Doralt*, Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung, FS Koziol, 565-589.

- *W.Doralt*, Transparenz und Kontrolle bei related party transactions: Verträge der Gesellschaft mit ihrem Aufsichtsratsmitglied, JBl 2008, 759ff, 772ff.
- *Dreher*, Das Ermessen des Aufsichtsrats, ZHR 1994, 614ff.
- *Dreher*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften, JZ 1990, 896ff.
- *Dubsky*, Ausgewählte rechtliche Aspekte bei Private-Equity-Transaktionen, HB M&A, 661-682.
- *Ek*, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat² (2010).
- *Enzinger*, Interessenkonflikt und Organpflichten am Beispiel des Management Buy-out (2005).
- *Eutebach*, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft (1969).
- *Feil*, Unvereinbarkeit als Aufsichtsrat, GesRZ 2003, XIff.
- *Feltl*, Rechtsberatung einer AG durch ihre Aufsichtsratsmitglieder, AR aktuell 1/2009, 13-15.
- *Feltl/Kraus*, Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder, wbl 2011, 61ff.
- *Fida/Fölbs*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – ein Überblick in Fragen und Antworten, AR aktuell 4/2010, 7-11.
- *Fida/Hofmann*, Die neue Offenlegungspflicht vor der Aufsichtsratswahl, GesRZ 2005, 273ff.

- *Fida/Steindl*, Konkurrenten im Aufsichtsrat, GeS 2005, 356ff.
- *K.Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht für die Praxis (2008).
- *Fleck*, Eigengeschäfte des Aufsichtsrates, FS Heinsius, 89ff.
- *Fleischer*, Rechtsrat und Organwalterhaftung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, FS Hüffer, 187ff.
- *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II³ (1979).
- *Forstinger/Jenatschek*, Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes von Organwaltern durch den Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2003, 139ff.
- *G.Frotz*, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44ff.
- *G.Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 98ff.
- *G.Frotz*, Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, FS K.Wagner, 137ff.
- *St.Frotz/Schörghofer*, Interessenskonflikte im Aufsichtsrat, HB AR, 219-240.
- *St.Frotz/Schörghofer*, Schadenersatzrechtliche Zurechnung bei Multiorganmitgliedschaften, GesRZ 2011, 334-340.

- *Gagawzuk et alii*, Der Aufsichtsrat (2004).
- *Gellis*, GmbH-Gesetz⁵ (2003).
- *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz II (1974).
- *Ginthör/Barnert*, Der Aufsichtsrat (2005).
- *J.Gruber*, Haftung des Aufsichtsrats gegenüber Anlegern, AR aktuell 1/2009, 31f.
- *J.Gruber*, Die Organe der Privatstiftung, AR aktuell 4/2009, 31f.
- *Grunewald*, Gesellschaftsrecht⁷ (2008).
- *Habersack*, Die Teilhabe des Aufsichtsrats an der Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, dargestellt am Beispiel der Unternehmensplanung, FS Hüffer, 259ff.
- *Happ (Hg)*, Aktienrecht³ (2007).
- *M.Heidinger/A.Schneider*, Aktiengesetz (2007).
- *v.Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008).
- *Hengstschläger/Lieb*, AVG (2004).
- *M.Hempel/Wiemken*, Managerhaftung im Wandel. Sarbanes-Oxley und Corporate Governance in Deutschland (2006).
- *Hengeler*, Zum Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, FS Schilling, 175-205.
- *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht (2010).

- *Henze*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209ff.
- *Henze*, Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, NJW 1998, 3309ff.
- *Hirsch*, Der Strafrechtsschutz und die strafrechtliche Haftung der Arbeitnehmervertreter im AR der AG (1966).
- *Hoening/Stingl*, Geschäftschancen – Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, GesRZ 2007, 23ff.
- *v.Hofmannsthal*, Haftung der Banken für die von ihnen entsandten Aufsichtsräte, LZ 1929, Sp 1233ff.
- *D.Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat. Ein Leitfaden für Aufsichtsräte⁵ (2002).
- *Holzer/Makowski*, Corporate Governance und der Aufsichtsrat, RWZ 1996, 182.
- *Honsell*, Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung, JBl 1987, 146ff.
- *Hopt*, Prävention und Repression von Interessenkonflikten, FS P.Doralt, 213-234.
- *Hörlsberger/Schröckenfuchs*, Können strafrechtliche Konsequenzen "zu hoher" Prämien an den Vorstand vermieden werden? ecolex 2004, 373ff.

- *N.Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften. Eine Analyse der Strafbestimmung des § 153 StGB (2010).
- *U.Hübner*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977).
- *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht²¹ (2008).
- *Hüffer*, Aktiengesetz⁸ (2008).
- *Hüffer*, Gesellschaftsrecht⁷ (2007).
- *Hurek*, Beteiligung des Managements in MBO-Prozessen, HB M&A, 793-812.
- *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt (2001).
- *Janeba-Hirtl*, Management-Buy-out (2005).
- *A.Jäger*, Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der KGaA (2004).
- *W.Jud*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, GesRZ 1982, 111ff.
- *Jüngst*, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht (1981).
- *Kalss*, Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften, ZSR 2005, 643ff.
- *Kalss*, Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand, AR aktuell 4/2011, 5-7.

- *Kalss*, Interessenkonflikte bei Geschäften von Aufsichtsratsmitgliedern mit ihrer Gesellschaft, *ecolex* 2009, 923-926.
- *Kalss*, Das österreichische Gesellschaftsrecht im Spiegel der Entwicklung des deutschen Rechts, *NZG* 2012, 161-167.
- *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010).
- *Kalss (Hg)*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat. *GesRZ-Sonderheft* (2005).
- *Kalss/Schörghofer*, Corporate Compliance und Gesellschaftsrecht, in *Lucius/Oppitz/Pachinger (Hg)*, Compliance, 12ff.
- *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, *FS R.Strasser*, 843-869.
- *Kau/Kukat*, Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzungen nach dem Aktiengesetz, *BB* 2000, 1045ff.
- *Kellenter*, Risikobereich und Haftung: Schutzrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße, *HB MH*², 677-689.
- *Kittel*, Die Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft² (2004).
- *Knöchlein*, Stellvertretung und Insichgeschäft (1994).
- *Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, *RdW* 1983, 34ff, 66ff.

- *Koziol*, Pflichtenkollisionen im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, FS G.Frotz, 351-366.
- *Koziol*, Risikoverteilung bei auftragswidrigem Handeln des Bevollmächtigten, FS Rey, 427ff.
- *Kraßnig*, Grundlagen der Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer. Gesetzlicher Anspruch vs. gelebte Wirklichkeit (2010).
- *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft (2002).
- *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005).
- *Krejci/S.Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz² (2009).
- *Kremslehner/Polster*, Rechtliche Aspekte von Cash Pooling Systemen in Österreich, in *Polster-Grüll et alii*, Cash Pooling², 125-173.
- *Krieger*, Organpflichten und Haftung in der AG, HB MH², 41-74.
- *Krieger*, Der Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat, FS Hüffer, 521ff.
- *Krömker*, Die Due Diligence im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Aktionärsinteressen (2002).
- *Kübler*, Gesellschaftsrecht⁴ (1994).
- *Kuck*, Aufsichtsräte und Beiräte in Deutschland (2006).

- *Langenbacher (Hg)*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat (2005).
- *Langer*, Die Strafbestimmungen in Aktiengesetz und GmbH-Gesetz (1994).
- *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁸ (1997).
- *Lehmann*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches¹⁵ (1966).
- *Leyens*, Information des Aufsichtsrats. Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtsvergleich zum englischen Board (2006).
- *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern (2003).
- *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen. Zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat (2005).
- *Lucius/Oppitz/Pachinger (Hg)*, Compliance im Finanzdienstleistungsbereich (2010).
- *Lutter*, Bankenvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 1981, 224ff.
- *Lutter*, Corporate Governance in Österreich und in Deutschland, FS P.Doralt, 377-389.
- *Lutter*, Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlußprüfern und Aktionären, ZSR 2005, 415ff.

- *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat³ (2006).
- *Lutter*, Interessenkonflikt durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat, RdW 1987, 314ff.
- *Lutter*, Interessenkonflikte und Business Judgement Rule, FS Canaris II, 245-256.
- *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁵ (2008).
- *Mader*, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994).
- *Manz et alii*, Die Aktiengesellschaft⁶ (2010).
- *Marsch-Barner*, Schutz der Gesellschaft und der Anteilseigner, ArbHB ARM, 707-788.
- *Marhold*, Aufsichtsratsstätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985).
- *Martinek*, Wettbewerbliche Interessenkonflikte von AG-Aufsichtsräten im Licht der deutschen Corporate Governance-Debatte, WRP 2008/1, 51 – 67.
- *Mertens*, Zur Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat, AG 1980, 67ff.
- *Metten*, Corporate Governance. Eine aktienrechtliche und institutionenökonomische Analyse der Leitungsmaxime von Aktiengesellschaften (2010).

- *Müller/Wabnitz*, Wirtschaftskriminalität³ (1993).
- *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991).
- *Nitsche*, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, FS Krejci I, 751-769.
- *Novacek*, Nochmals: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder für fahrlässige Konkursverzögerung? RdW 1992, 395ff.
- *Novacek*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder für fahrlässige Konkursverzögerung? RdW 1992, 166ff.
- *C.Nowotny*, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 283ff.
- *C.Nowotny*, Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, RdW 1987, 35ff.
- *G.Nowotny*, Gesellschaftsrecht² (2005).
- *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008).
- *Pastner*, Corporate Governance und Wirtschaftskriminalität (2005).
- *Pichler/Weninger*, Aktienrecht in der Managerpraxis (2002).
- *Platzgummer*, Unternehmerrisiko und Strafrecht, JBl 1987, 757ff.
- *Polster-Grüll et alii*, Cash Pooling. Modernes Liquiditätsmanagement aus finanzwirtschaftlicher, rechtlicher und steuerlicher Sicht² (2004).

- *Prändl*, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, in *Prändl et alii*, ÖCGK, 35-72.
- *Prändl/Geppert/Göth* (Hg), Corporate Governance Kodex Praxishandbuch (2003).
- *Putzer*, Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat (2005).
- *Raschig*, Corporate Governance in nicht börsennotierten Gesellschaften. Gestaltungsmöglichkeiten für AG, GmbH, OHG und KG auf Grundlage des deutschen und des österreichischen Corporate Governance-Kodex (2004).
- *Rauter*, Zu Pflichten und Sorgfalt des Aufsichtsrates. Oder: Auch Sekundenschlaf kann tödlich sein, JAP 2006/2007, 40ff.
- *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht I² (1997).
- *Reich-Robrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004).
- *Reich-Robrwig*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern? wbl 1987, 229ff.
- *Reischauer*, Zur Vertretung eines verhinderten Aufsichtsratsmitglieds einer AG (§ 95 Abs 6 AktG), ÖJZ 1990, 450ff.
- *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht (2008).

- *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex² (2005).
- *Riss*, Doppelorganschaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, *ecolx* 2010, 156-160.
- *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten. Haftungsfragen bei Kollision organschaftlicher Treuepflichten infolge mehrfacher Organstellung (2008).
- *Roth*, Geheimnisschutz im Gesellschaftsrecht, in *Ruppe*, Geheimnisschutz, 69ff.
- *Rubm*, Haftung des Aufsichtsrats einer AG bei pflichtwidriger Weitergabe von Geschäftsinformationen, *RdW* 2005, 736ff.
- *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge³ (2006).
- *Ruppe (Hg)*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980).
- *Schärf*, Das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu den Aktionären während eines Takeovers, *GesRZ* 1993, 156ff.
- *Schärf*, Die strafrechtliche Verantwortung der Mitglieder des Aufsichtsrats – BGH im Fall "Mannesmann", *RdW* 2006, 329ff.
- *Schauer*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, *HB AR*, 1041-1092.

- *Schick*, Die strafrechtliche Verantwortung von zur Vertretung berufenen sowie der "faktischen" Organe von Handelsgesellschaften, LJZ 1993, 14ff.
- *Schilha*, Die Aufsichtsrats Tätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung (2008).
- *Schima*, Krida(-haftung) durch Aufsichtsratsmitglieder, RdW 1992, 294ff.
- *Schinko*, Handbuch für Verwaltungs- und Aufsichtsrat. Das monistische und dualistische System der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Vergleich zum österreichischen Aufsichtsrat (2009).
- *Schlegelberger et alii* (Hg), Aktiengesetz² (1937).
- *Schmoller*, Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises, ZStW 1991, 92ff.
- *Scholderer*, Unabhängigkeit und Interessenkonflikte der Aufsichtsratsmitglieder, NZG 2012, 168-176.
- *Schopper*, Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds im Konzern, FS Kalus, 477ff.
- *Schörghofer*, Überlegungen zu den Auswirkungen des VbVG auf die Deliktshaftung juristischer Personen, ÖJZ 2011, 53ff.
- *Schott*, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171, 385ff.

- *Schramm*, Die deutsche (Banken-)Untreue im Lichte des *Landowsky*-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AnwBl 2012, 133-140.
- *Schwintowski*, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrates, NJW 1990, 1009ff.
- *Seibt*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, FS Hopt I, 1363-1390.
- *Semler*, Rechtsvorgabe und Realität der Organzusammenarbeit in der Aktiengesellschaft, FS Lutter, 721-734.
- *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002).
- *Schima*, Krida(-haftung) durch Aufsichtsratsmitglieder, RdW 1992, 294ff.
- *U.Schneider*, Aufsichtsratshaftung im Konzern, HB MH², 260-284.
- *O.Schön*, Die Haftung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder in Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2004).
- *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft² (1996).
- *Semler*, Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Überwachung durch den Aufsichtsrat, FS P.Doralt, 609-623.

- *v.Stebut*, Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht (1972).
- *Steiner*, Zur Haftung des Aufsichtsrats, GesRZ 1997, 248ff.
- *Spindler/Stilz*, AktG² (2010).
- *Stölzle*, Die Haftung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats einer AG, GesRZ 1979, 22ff.
- *M.Strasser*, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft (1998).
- *Temmel/Lang*, Die "neue" Haftung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder – Haftungsverschärfung, Haftungserleichterung oder Haftungspräzisierung? – Änderung von Haftungsbestimmungen im AktG und GmbHG, SWK 2002, W 81.
- *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000).
- *Thümmel*, Haftung des Aufsichtsrats wegen Verletzung von Kontrollpflichten, BB 1999, 2633ff.
- *Torggler*, Business Judgement Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133ff.
- *Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei "materiellen Insihgeschäften", ecolex 2009, 920ff.
- *Ulmer*, Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, FS Stimpel, 705ff.

- *Verse*, Risikobereich und Haftung: Wettbewerbsverbote und Ansichziehen von Corporate Opportunities, HB MH², 640-676.
- *E.Vetter*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds, HB börsenAG, 1021-1064.
- *Wandl*, Rechte und Pflichten in der Hauptversammlung – Aktionäre, Vorstand, Aufsichtsrat und Außenstehende, in *Abram/Oberlechner/Stelzel (Hg)*, HB HV, 201-264.
- *Weilinger (Hg)*, US-Board und Aufsichtsrat (1999).
- *Wellhöfer/Peltzer/W.Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer (2008).
- *Wells/Kopetzky*, Wirtschaftskriminalität in Unternehmen² (2012).
- *Wenger*, Zu Interessenkonflikten der Aufsichtsratsmitglieder und zur Inkompatibilität von Ämtern, RWZ 2002/1, 1.
- *Wiedermann*, Die Haftung des Aufsichtsrats bei unangemessenen Prüfungshonoraren, RdW 2004, 322ff.
- *Wieltsch*, Aufsichtsrat in Österreich, AR aktuell 6/2010, 5-7.
- *Wilhelm*, Zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für Personalentscheidungen, wbl 1988, 65ff.
- *Wilhelm*, Der Vollmachtsmißbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449ff.

- *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für "Corporate Compliance", FS Hüffer, 1103ff.
- *Zempelin*, Fragen der Aufsichtsratshaftung, AcP 1965, 209ff.
- *Zirngibl*, Die Due Diligence bei der GmbH und der Aktiengesellschaft. Die Geschäftsführungorgane im Konflikt zwischen Geheimhaltung und Informationsoffenlegung (2003).

Internetadressen

- [Http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=622.](http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=622)
- [http://dejure.org/gesetze/AktG/394.html.](http://dejure.org/gesetze/AktG/394.html)
- [Http://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft--Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat.](http://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft--Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat)
- [Http://diepresse.com/home/meinung/kommentare/wirtschaftskommentare/737297/Hilfts-nicht-schadets-nicht?direct=737259&_vl_backlink=/home/wirtschaft/international/737259/index.do&selChannel=.](http://diepresse.com/home/meinung/kommentare/wirtschaftskommentare/737297/Hilfts-nicht-schadets-nicht?direct=737259&_vl_backlink=/home/wirtschaft/international/737259/index.do&selChannel=)
- [Http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636068/Flughafen-Wien_Halte-diese-Loesung-fuer-zulaessig.](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636068/Flughafen-Wien_Halte-diese-Loesung-fuer-zulaessig)
- [Http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636481/Flughafen_Aufsichtsrat-behandelt-Kuer-von-Herbst.](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/636481/Flughafen_Aufsichtsrat-behandelt-Kuer-von-Herbst)
- [Http://europa-ticker.de/news/111/news3.php3?nummer=3134.](http://europa-ticker.de/news/111/news3.php3?nummer=3134)
- [Http://tirol.orf.at/stories/496402.](http://tirol.orf.at/stories/496402)
- [Http://www.ag-mav.de/cweb/cgi-bin-noauth/cache/VAL_BLOB/9419/9419/7229/2008_08_13_ig_metall.pdf.](http://www.ag-mav.de/cweb/cgi-bin-noauth/cache/VAL_BLOB/9419/9419/7229/2008_08_13_ig_metall.pdf)
- [Http://www.bccg.tu-berlin.de/main/publikationen/Anforderungen%20an%20Aufsichtsratsmitglieder%20und%20ihre%20Nominierung.pdf.](http://www.bccg.tu-berlin.de/main/publikationen/Anforderungen%20an%20Aufsichtsratsmitglieder%20und%20ihre%20Nominierung.pdf)

- [Http://www.berliner-aerzte.net/pdf/bae1011_012.pdf](http://www.berliner-aerzte.net/pdf/bae1011_012.pdf).
- [Http://www.boerse-frankfurt.de/DE/index.aspx?pageID=41&NewsID=18678](http://www.boerse-frankfurt.de/DE/index.aspx?pageID=41&NewsID=18678).
- [Http://www.bzoe-steiermark.at/aktuelle_themen/2011_04_15_ranner/index.htm](http://www.bzoe-steiermark.at/aktuelle_themen/2011_04_15_ranner/index.htm).
- [Http://www.financial.de/news/agenturmeldungen/dj-update-neuer-premiere-ceo-nur-bergangsweise-im-amt/](http://www.financial.de/news/agenturmeldungen/dj-update-neuer-premiere-ceo-nur-bergangsweise-im-amt/).
- [Http://www.firmenpresse.de/pressinfo265704.html](http://www.firmenpresse.de/pressinfo265704.html).
- [Http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/deutsche-bank-geraet-bei-schering-in-interessenkonflikt/2629776.html](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/deutsche-bank-geraet-bei-schering-in-interessenkonflikt/2629776.html).
- [Http://www.mein-klagenfurt.at/aktuelle-pressemeldungen/pressemeldungen-mai-2010/verdacht-der-falschaussage-gegen-martinz](http://www.mein-klagenfurt.at/aktuelle-pressemeldungen/pressemeldungen-mai-2010/verdacht-der-falschaussage-gegen-martinz).
- [Http://www.spiegel.de/wirtschaft/a-407067.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/a-407067.html).
- [Http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/auto-experte-kalmbach-es-wird-noch-einen-richtigen-schlag-geben-1.82394-2](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/auto-experte-kalmbach-es-wird-noch-einen-richtigen-schlag-geben-1.82394-2).
- [Http://www.tintenalarm.de/Druckerpatronen-Toner-blog/kmp-aufsichtsrat-tom-schr%C3%B6der-muss-sein-mandat-ruhen-lassen](http://www.tintenalarm.de/Druckerpatronen-Toner-blog/kmp-aufsichtsrat-tom-schr%C3%B6der-muss-sein-mandat-ruhen-lassen).

- [Http://www.welt.de/wirtschaft/article155737/Ex_Chef_von_Rewe_unter_Verdacht.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article155737/Ex_Chef_von_Rewe_unter_Verdacht.html).
- [Http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/unternehmen/brauunion-verkauf-insider-affaere-schaeumt-ueber-33827/print.do](http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/unternehmen/brauunion-verkauf-insider-affaere-schaeumt-ueber-33827/print.do).
- [Http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2012-04/Piech-VW](http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2012-04/Piech-VW).

Judikatur

- OGH JBl 1915,444.
- OGH SZ 6/172.
- OGH 30.5.1933, SZ 15/100.
- OGH 2.12.1948, EvBl 1949/430.
- OGH 20.10.1961, JBl 1962, 322 = SZ 34/153.
- OGH 22.12.1965, EvBl 1966/152.
- OGH 18.6.1970, JBl 1971, 205.
- OGH 12.10.1971, ÖBl 1972, 72.
- OGH EvBl 1973/23.
- OGH EvBl 1974/35.
- OGH 16.12.1976, EFSlg 27.052.
- OGH 31.5.1977, EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158.
- BGH 4.7.1977, II ZR 150/75.
- OGH 14.7.1978, SZ 51/115 = MietSlg XXX/30.
- OGH 7.9.1978, EFSlg 31.417.
- BGH 9.7.1979, II ZR 118/77.
- BGH 21.12.1979, II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629 – "Schaffgotsch".
- OGH SSt 50/6.
- OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80 = SZ 53/172 = JBl 1981,545 = GesRZ 1981,44.

- OGH 9.4.1981, GesRZ 1981, 174 = EvBl 1981/190 = SZ 54/57.
- BGH 15.11. 1982, II ZR 27/82 = BGHZ 85, 293 = AG 1983, 133 – "Hertie".
- OGH 15.12.1982, EvBl 1983/39.
- OGH SSt 54/42.
- OLG Düsseldorf 8.3.1984, 6 U 75/83.
- OGH 8.11.1984, 13 Os 195/83.
- OGH EvBl 1984/128.
- OGH 9.1.1985, EvBl 1986/86.
- OGH JBl 1986, 397.
- OGH 25.03.1987, 1 Ob 716/86 = SZ 60/50 = JBl 1987,782.
- OGH NRsp 1988/96.
- OGH SSt 60/19.
- OLG Hamburg, 23.1.1990, 11 W 92/89 = DB 1990, 415 = ZIP 1990, 311.
- OGH 28.03.1990, 3 Ob 7/90 = SZ 63/49.
- OGH 13.2.1991, EvBl 1991/107 = JBl 1991, 520.
- OGH JBl 1991, 465.
- OGH SSt 62/10.
- BGH 17.05.1993, II ZR 89/92 = BGHZ 122, 342 = NJW 1993, 2307.

- BGH 13.11.1995, II ZR 113/94 = NJW 1996, 589.
- BGH 15.11.1993, II ZR 235/92.
- OGH JUS 1995/6/1891.
- OGH 9.1.1996, EFSlg 81.268.
- OGH 13.12.1996, 15 Os 113/96.
- OGH 1 Ob 2410/96k = EFSlg 84.266.
- BGH 21.4.1997, II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – "ARAG/Garmenbeck".
- OGH 21.5.1997, ÖBA 1998, 51ff.
- OGH 2 Ob 102/97g = EFSlg 84.268.
- OGH 2 Ob 5/98v = MietSlg 50.105.
- OGH 4 Ob 174/99p = EvBl 2000/2, 25.
- OGH 1 Ob 64/00v = EvBl 2001/118, 509.
- OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k = GesRZ 2002, 86.
- LG Salzburg 21 R 516/02g = EFSlg 104.680.
- LGZ Wien 48R 144/03m = EFSlg 107.942.
- BGH 21.12.2005, 3 StR 470/04 – "Mannesmann".
- OGH 27.6.2006, 3 Ob 75/06k = ecolex 2007/7 (*Wilhelm*).
- BGH 16.02.2009, II ZR 185/07 = BGHZ 180,9 = NZG 2009, 342.

Zusammenfassung

Aufsichtsratsmitglieder sind meist nebenberuflich tätig, deswegen haben sie oft Eigeninteressen, die mit dem Interesse der Gesellschaft in Widerspruch stehen können. Bloße Gegensätze zwischen dem Unternehmensinteresse und dem Interesse eines Aufsichtsratsmitglieds (oder seines Arbeitgebers, Kunden, etc) sind tolerabel, Konflikten mittlerer Intensität kann zum Beispiel begegnet werden, in dem sich das befangene Aufsichtsratsmitglied bezüglich einzelne Punkte nicht an Beratungen und Abstimmungen beteiligt, dauerhafte Interessenkonflikte führen dazu, dass die Aufsichtsratsfunktion zurückgelegt werden muss. Unter bestimmten Umständen – nämlich bei intensiven, aber vorübergehenden Konflikten – kann ein Aufsichtsratsmandat auch ruhend gestellt werden, das heißt, die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat bleibt zwar aufrecht, doch können aus dieser Mitgliedschaft temporär keine Rechte wahrgenommen werden.

Lebenslauf des Dissertanten

- 2012 Rechtsanwaltsprüfung, OLG Wien
- 2010 Publikation: Anteilsübertragung und Notariatsaktpflicht, ecolex 2010, 1069-1072.
- 2009 Mag.iur., JKU Linz
- 2008 Publikation: Polizei und ihr Handeln im Spiegel der Fachdisziplinen, SIAK-Journal 4/2008, 4-9.
- 2004 Mag.phil., Universität Wien