



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht im
Aufsichtsrat“

verfasst von / submitted by

Liliia May BA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien, 2022 / Vienna 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von / Supervisor:

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser

Danksagung

„Der Anfang ist die Hälfte vom Ganzen“

Aristoteles

Diese Masterarbeit wäre ohne Hilfe von bestimmten Menschen nicht zustande gekommen. Hiermit bedanke ich mich bei allen, die mich beim Verfassen meiner Masterarbeit unterstützt haben.

Dabei gilt meine Dankbarkeit besonders meiner Betreuerin Fr. Hon.-Prof. Dr. Irene Welser, die mir bei der Themenfindung und Literaturrecherche geholfen hat. Vielen Dank für die Möglichkeit, diese Arbeit bei Ihnen zu verfassen. Ihre wertvollen Hinweise und Anmerkungen haben mir geholfen, diese Masterarbeit zu verwirklichen.

Ein großer herzlicher Dank geht an meinen Mann, der in den schwierigen Momenten meines Studiums seine Liebe und Geduld bewiesen hat.

Ich danke Gabriela, Florian und Bumi.

Inhalt

1. Einleitung	1
2. Bestellung, Abberufung und Überwachung der Aufsichtsratsmitglieder.....	3
2.1. Gewählte Mitglieder	3
2.2. Entsandte Mitglieder.....	5
2.3. Arbeitnehmervertreter.....	7
2.4. Überwachung des Aufsichtsrats.....	9
3. Funktion des Aufsichtsrates	11
3.1. Überwachung der Geschäftsführung	11
3.1.1. Beratung	12
3.1.2. Informationsfluss.....	14
3.1.3. Eingriffsrechte.....	17
3.2. Prüfungspflicht.....	19
3.2.1. Business Judgment Rule	19
3.2.2. Plausibilitätsprüfung.....	23
3.3. Schutz der Aktiengesellschaft.....	24
3.3.1. Interessenskonflikte.....	24
3.3.2. Geheimhaltung und Vertraulichkeit.....	27
4. Pflichten des Aufsichtsrates	29
4.1. Sorgfaltspflicht.....	29
4.2. Treuepflicht.....	30
4.3. Verschwiegenheitspflicht.....	33
4.4. Sanktionen und Haftung	34
4.4.1. Innenhaftung.....	35
4.4.2. Strafrechtliche Haftung	37

4.4.3. Abberufung.....	38
5. Verschwiegenheitspflichten allgemein.....	41
5.1. Gesetzliche Grundlagen.....	41
5.2. Meinungsfreiheit.....	43
5.3. Entscheidung über Offenlegung – Meinungsstand.....	44
5.4. Dauer der Verschwiegenheitspflicht.....	49
6. Umfang der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht.....	51
6.1. Vertrauliche Angaben.....	51
6.2. Geheimnis.....	52
6.2.1. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.....	53
6.2.2. Beratungsgeheimnis.....	53
6.3. Insiderinformationen.....	54
6.4. Ad-hoc-Publizität.....	56
6.5. Wissenszurechnung.....	60
6.6. Wettbewerb.....	63
6.6.1. Aktienrechtliches Wettbewerbsverbot.....	63
6.6.2. Wettbewerbsrecht.....	66
6.7. Verletzung der Verschwiegenheitspflicht.....	68
6.7.1. Freiheits- und Geldstrafe.....	68
6.7.2. Abberufung.....	72
7. Akzeptierte Durchbrechung der Verschwiegenheitspflichten.....	73
7.1. Konzern.....	73
7.1.1. Informationsweitergabe.....	73
7.1.2. Auskunftsanspruch und -recht.....	77
7.1.3. Entsandte Mitglieder.....	78

7.1.4. Nominierte Mitglieder.....	79
7.2. Arbeitnehmersvertreter.....	80
7.3. Aktionäre	82
7.4. Informationsweitergabe an Abschlussprüfer	84
7.5. Informationsweitergabe an Sachverständige	85
8. Entbindung im Zuge eines Zivilverfahrens	87
8.1. Aufsichtsrat als Zeuge.....	87
8.2. Aufsichtsrat als Partei	91
9. Verschwiegenheitspflicht der Rechtsanwälte als Aufsichtsratsmitglieder.....	95
9.1. Verschwiegenheitspflicht als Merkmal des Berufs	95
9.2. Interessenskonflikte	96
9.3. Entbindung.....	97
9.4. Zeugnisverweigerungsrecht	99
10. Zusammenfassung	101
11. Literaturverzeichnis	103
12. Abkürzungsverzeichnis	113

1. Einleitung

Die Frage der rechtlichen Behandlung der Verschwiegenheitspflicht im Aufsichtsrat nimmt in der Literatur eine wichtige Rolle ein. Immer wieder geraten Aufsichtsratsmitglieder in die öffentliche Kritik. Immer wieder müssen sie eine Entscheidung treffen, ob Informationen weitergegeben werden sollen oder nicht.

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft hat viele unterschiedlichen Aufgaben. Neben der Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung hat er das Management zu überwachen, zu beraten und zu begleiten. Die Aufsichtsratsmitglieder müssen dafür alle ihnen zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente, wie z.B. Prüfungsrechte und -pflichten im Rahmen der zustimmungspflichtigen Geschäfte, nutzen.

Interessenskollisionen sind bei dieser Tätigkeit vorprogrammiert. Einerseits haben die entsandten Aufsichtsräte die Interessen der Berechtigten zu vertreten. Andererseits haben sie das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft zu beachten. Die Frage des Geheimnis- und Informationsschutzes wird dabei in Konzernkonstellationen noch komplexer.

Die Aufsichtsratsmitglieder haben grds nicht nur die Vorschriften des Insiderrechts zu beachten, sondern müssen auch darauf achten, in welchen Fällen sie die Ad-hoc-Meldepflicht übernehmen sollen und wann es zur Wissenszurechnung an die Gesellschaft kommt. Obwohl Aufsichtsratsmitglieder keinem aktienrechtlichen Wettbewerbsverbot unterliegen, können gewisse Sanktionen vorgesehen werden. Zusätzlich müssen Sanktionen bei Pflichtverletzung, sprich Treue-, Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht, beachtet werden.

Die Verschwiegenheitspflicht hat keine absolute Wirkung. In bestimmten Fällen dürfen Aufsichtsratsmitglieder Informationen ohne Entbindung weitergeben. Je nach Konstellation unterscheiden sich der Umfang der Offenlegung und der Kreis der Empfänger. In jedem Fall stellt sich die Frage, welche Interessen Vorrang haben.

Aufsichtsratsmitglieder können in Zivilverfahren als Zeuge oder Partei einvernommen werden. Sowohl der Partei als auch dem Zeugen steht ein Recht zur Aussageverweigerung zu. Die zentrale Frage hierbei ist die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht – wem diese zugeordnet wird und wie der Aufsichtsrat in einem Zivilverfahren entbunden werden kann.

Im Abschluss dieser Arbeit wird ein Fall behandelt, in dem ein Aufsichtsrat zugleich ein Rechtsanwalt ist. Erörtert sind dort besonders die Auswirkungen der Verschwiegenheitspflicht, die Entbindung und die Interessenskollisionen.

2. Bestellung, Abberufung und Überwachung der Aufsichtsratsmitglieder

Die Zentralnormen für das Verfahren zur Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder sind in § 87 und § 88 AktG zu finden. Insgesamt kann zwischen drei Bestellungsformen unterschieden werden: Bestellung durch die Hauptversammlung, Entsendung und gerichtliche Bestellung gem. § 89¹. Im folgenden Kapitel werden nur die ersten zwei Formen, welche die im Rahmen dieser Arbeit relevanten sind, behandelt.

2.1. Gewählte Mitglieder

Die im § 87 AktG beschriebene Norm regelt die Bestellung der Kapitalvertreter durch die Hauptversammlung. Grds bestimmt die Satzung das Wahlverfahren. Für den Fall, dass keine solche Regelung in der Satzung vorgeschrieben wurde, gilt das Verfahren gem. § 87 Abs 1 und 2 AktG².

Die Wahl erfolgt mit einfacher Mehrheit, solange nichts anderes von der Satzung der Gesellschaft festgelegt wurde. Die Minderheitserfordernisse können durch die Satzung verschärft werden, z.B. durch größere Mehrheit oder andere Bestimmungen, wie beispielsweise ein Präsenzquorum bzw. eine relative Mehrheit gem. § 121 Abs 2 AktG³.

Bei dem Wahlvorschlag dürfen sowohl die Aktionäre als auch die entsandten Arbeitnehmervertreter mitwirken⁴. Der Vorstand hat aber kein eigenes Recht auf einen Vorschlag. Auf diese Weise soll ein möglicher Versuch des Vorstands, einen Kontrolleur in den Aufsichtsrat zu setzen, verhindert werden⁵.

Die Kandidaten werden von allen Aktionären gewählt, d.h. eine Berechtigung zum Wahleintritt haben Aktionäre unabhängig davon, ob sie stimmberechtigt sind oder nicht⁶. Die Kandidaten, die zur Wahl vorgeschlagen wurden, haben ihre fachlichen, beruflichen

¹ Vgl. *Eckert / Schopper*, AktG II⁶ § 87 Rz 4

² Vgl. *Kittel* (2016), S. 57

³ Vgl. *Kittel* (2016), S. 58

⁴ Vgl. *Eckert / Schopper*, AktG II⁶ § 87 Rz 6 und 10

⁵ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 21

⁶ Vgl. *Kittel* (2016), S. 57

oder vergleichbaren Qualifikationen nachzuweisen. Zusätzlich müssen alle Umstände dargelegt werden, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten⁷. Diese Verpflichtung gilt nach hL nur für gewählte Aufsichtsratsmitglieder, da Abs 2 ausdrücklich „vor der Wahl“ spezifiziert, und bezieht sich nicht auf die entsandten Mitglieder, da diese nicht gewählt werden⁸.

Die fachlichen Qualifikationen sind insoweit wichtig, da ein Aufsichtsratsmandatar die Sorgfaltspflicht verletzen könnte, wenn die erforderlichen Kompetenzen nicht vorliegen. Als Konsequenz der Unfähigkeit des Mandatars könnte ein Schaden für das Unternehmen entstehen. Dadurch kann eine entsprechende Verpflichtung zum Schadenersatz begründet werden⁹.

Nach der Bestellung und Annahme des Aufsichtsratsamts besteht ein verbandsrechtliches Rechtsverhältnis und ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied¹⁰. Des Weiteren sind mit der Bestellung auch gewisse Pflichten verbunden. Aus diesen Gründen muss der Kandidat nach hM die Wahl ausdrücklich annehmen, um die Bestellung zum Mitglied wirksam zu machen¹¹.

Die Höchstdauer einer Amtsperiode beträgt grds rund fünf Jahre und wird bei der Wahl oder in der Satzung festgelegt¹². Die Satzung oder der Bestellungsbeschluss können auch eine kürzere Dauer bestimmen¹³. Somit endet die Bestellung also spätestens durch den Entlastungsbeschluss nach dem vierten Geschäftsjahr, da das Geschäftsjahr, in dem die Wahl stattgefunden hat, nicht mitgezählt wird¹⁴. Diese Höchstdauer gilt nur für gewählte Aufsichtsratsmitglieder¹⁵.

Die Aufsichtsratsmitglieder können vorzeitig von der Hauptversammlung abberufen werden. Soweit die Satzung nichts anderes bestimmt, kann ein Mitglied mit 2/3 Mehrheit abberufen werden¹⁶. Die sachliche Rechtfertigung stellt dabei keine Voraussetzung dar¹⁷.

⁷ Vgl. § 87 Abs 2 AktG; L-44 ÖCGK

⁸ Vgl. Kalss, AktG § 87 Rz 14; Rauter, WK GmbHG § 30b Rz 19

⁹ Vgl. Semler (1999), Rz A 217

¹⁰ Vgl. Eckert / Schopper, AktG II⁶ § 87 Rz 3

¹¹ Vgl. Kittel (2016), S. 59; vgl. Rauter, WK GmbHG § 30b Rz 37; vgl. Stein (2016), S.96

¹² Vgl. Semler (1999), A Rz 17

¹³ Vgl. Duursma / Duursma-Kepplinger / Roth (2007), Rz 3966

¹⁴ Vgl. Eckert / Schopper, AktG II⁶ § 87 Rz 24

¹⁵ Vgl. Kalss, AktG § 87 Rz 43

¹⁶ Vgl. Duursma / Duursma-Kepplinger / Roth (2007), Rz 3970

¹⁷ Vgl. Kalss, AktG § 87 Rz 47

Durch die Abberufung verliert das Aufsichtsratsmitglied alle Rechte und Pflichten mit Ausnahme von Verschwiegenheits- und anderen Pflichten, die eine Nachwirkung haben, wie z.B. die Treuepflicht¹⁸.

2.2. Entsandte Mitglieder

Bestimmten Aktionären kann das Recht eingeräumt werden, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden¹⁹. Es handelt sich dabei um ein Sonderrecht²⁰, das individuell-konkret und somit höchstpersönlich ist²¹. Ein Entsendungsrecht muss in der Satzung eingeräumt werden und ist gemäß § 88 Abs 2 AktG nur bei Inhabern solcher Aktien möglich, die auf Namen lauten und deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist²². Sobald das Entsendungsrecht eingeräumt wurde, kann es nur durch Änderung der Satzung und nur mit der Zustimmung des Entsendungsberechtigten entzogen werden²³. Es besteht keine Pflicht zur Entsendung²⁴, auch wenn das entsprechende Mitglied für die Beschlussfähigkeit erforderlich ist. Wird das Recht zur Entsendung nicht ausgeübt, kann es nicht auf die Hauptversammlung übertragen werden. Das Mandat kann jedoch durch gerichtliche Bestellung gem. § 89 AktG besetzt werden. Der Entsendungsberechtigte hat die Möglichkeit, einmal oder auch gänzlich auf das Entsendungsrecht zu verzichten. Erst dadurch geht das Recht zur Bestellung eines entsandten Aufsichtsratsmitglieds auf die Hauptversammlung über²⁵.

Die Höchstgrenze der entsandten Aufsichtsratsmitglieder ist die Hälfte aller Kapitalvertreter in einer nicht-börsennotierten bzw. ein Drittel in einer börsennotierten Gesellschaft. Die Arbeitnehmervertreter werden dabei nicht mitberücksichtigt²⁶. Grds legen die Satzung oder das Gesetz die Gesamtzahl fest. Ausschlaggebend ist dabei die Höchstzahl der

¹⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 87 Rz 55

¹⁹ Vgl. § 88 Abs 1 AktG

²⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 8

²¹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 17

²² Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 8; *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 14

²³ Vgl. *Stein* (2016), S.97

²⁴ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 20

²⁵ Vgl. *Kittel* (2016), S. 60; vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 23

²⁶ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 16

Kapitalvertreter, da vermieden werden soll, dass eine Minderheit zu viel Einfluss auf andere Gruppen erlangt²⁷.

Wie das gewählte Mitglied die Wahl, so muss das entsandte Mitglied die Entsendung annehmen, um die Eigenschaft als Aufsichtsrat zu begründen²⁸. Dies ist eine Voraussetzung, da sowohl Annahme als auch Ernennung körperschaftsrechtliche Rechtsakte sind. Diese Willenserklärungen begründen aber keinen schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem entsandten Aufsichtsratsmitglied und dem Entsendungsberechtigten²⁹.

Es gibt keine gesetzliche aktienrechtliche Befristung für die Bestelldauer wie bei gewählten Aufsichtsräten. Die Dauer des Mandats kann aber vom Entsendungsberechtigten festgelegt werden³⁰. Ein Mitglied kann sowohl auf bestimmte als auch auf unbestimmte Dauer entsandt werden³¹. Im Fall einer bestimmten Dauer liegt die Höchstbestellungsdauer für entsandte Mitglieder bei fünf Jahren. Es ist aber auch zulässig, dass das entsandte Mitglied nach Vereinbarung mit dem Entsender sein Mandat lebenslang beibehält³².

Der Entsendungsberechtigte kann das Aufsichtsratsmitglied jederzeit abberufen und ersetzen³³, wobei dafür keine Angabe von Gründen notwendig ist³⁴. Fallen die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts zur Entsendung weg, so kann das entsandte Mitglied von der Hauptversammlung abberufen werden. Die Hauptversammlung benötigt hierfür keine sachliche Rechtfertigung³⁵.

Das entsandte Aufsichtsratsmitglied hat dieselbe Rechtsstellung wie ein gewähltes Mitglied³⁶. Die von Aufsichtsräten zu erfüllenden Aufgaben unterscheiden sich nicht danach, ob die Mitglieder entsandt oder gewählt wurden³⁷. Nach hA besteht zwischen dem Entsandten und dem Entsendungsberechtigten ein Weisungsrecht³⁸. Die bloße vertragliche Weisungsbindung an die Interessen des Aktionärs entspricht aber nicht den Grundsätzen des

²⁷ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 17

²⁸ Vgl. *Stein* (2016), S.96; *Kittel* (2016), S. 61

²⁹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 14

³⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 25

³¹ Vgl. *Eckert / Schopper*, AktG II⁶ § 88 Rz 21; Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 52

³² Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 31

³³ Vgl. § 88 Abs 4 AktG

³⁴ Vgl. *Eckert / Schopper*, AktG II⁶ § 88 Rz 21

³⁵ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 39

³⁶ Vgl. *Kittel* (2016), S. 61; Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 25; Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 22

³⁷ Vgl. *Semler* (1999) Rz A 26

³⁸ Vgl. *Eckert / Schopper*, AktG II⁶ § 88 Rz 19

Aktienrechts. D.h. jedes Mitglied ist dem Interesse des Unternehmens verpflichtet, wenngleich der Entsandte die Interessen des Entsendungsberechtigten im Aufsichtsrat äußern darf³⁹. Jedes Mitglied muss ebenso jederzeit nachweisen, dass es sorgfältig und gewissenhaft gehandelt hat⁴⁰.

Gem. dem österreichischen Corporate Governance Kodex muss die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder weisungsfrei sein⁴¹. Die Unabhängigkeit bezieht sich allerdings auf den Vorstand der Aktiengesellschaft und nicht auf bestimmte Anteilseigner⁴². In der deutschen Literatur spiegelt sich auch die Meinung wider, dass die entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht gegenüber dem Entsendungsberechtigten weisungsgebunden sind⁴³. Die einzige Möglichkeit für den Entsendungsberechtigten, auf das entsandte Mandat Einfluss zu nehmen, ist also die Abberufung⁴⁴.

2.3. Arbeitnehmervertreter

Arbeitnehmervertreter stammen aus dem Kreis der aktiven Betriebsratsmitglieder, die ein Wahlrecht zum Betriebsrat haben. Sie müssen Arbeitnehmer im Betriebsrat sein⁴⁵. Das Belegschaftsorgan, das zur Entsendung berechtigt ist, unterscheidet sich nach der Sachlage des Unternehmens: Zentralbetriebsrat, Betriebsausschuss oder Betriebsrat⁴⁶. Die Entsendung eines Arbeitnehmervertreters ist lediglich ein Recht, d.h. die Entsendung kann nicht erzwungen werden. Wird das Entsendungsrecht nicht wahrgenommen, kann weder die Hauptversammlung diese Sitze belegen, noch kann eine gerichtliche Bestellung vorgenommen werden⁴⁷.

In einem Konzern gelten Sonderregeln gem. § 110 Abs 6 und 6a ArbVG, wonach die Konzernvertretung, sofern diese vorhanden ist, die Arbeitnehmervertreter in den

³⁹ Vgl. *Nowotny*, RdW 1999, 286

⁴⁰ Vgl. *Semler* (1999) Rz A 27

⁴¹ Vgl. C-53 ÖCGK

⁴² Vgl. *Kalss*, AktG § 86 Rz 68

⁴³ Vgl. *Stein* (2016), S.96; *Habersack*, MüKoAktG² § 101 Rz 51

⁴⁴ Vgl. *Koch*, AktG¹³ § 101 Rz 12

⁴⁵ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 105

⁴⁶ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 34; *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 108

⁴⁷ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 35

Aufsichtsrat der Muttergesellschaft entsendet. Wurde dagegen keine Konzernvertretung errichtet, ist der Zentralbetriebsrat zur Entsendung berechtigt⁴⁸.

Der Arbeitnehmervertreter wird erst durch die Mitteilung der Entsendung an den Aufsichtsratsvorsitzenden vollständiges Mitglied des Aufsichtsrates⁴⁹. Scheidet ein Arbeitnehmervertreter aus dem Betriebsrat aus, endet auch seine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat. Genauso wie die entsandten Mitglieder können auch Arbeitnehmervertreter vom entsendenden Organ abberufen werden⁵⁰. Die Höchstbestellungsdauer gilt grds für Arbeitnehmervertreter nicht⁵¹. In bestimmten Konstellationen in einem Konzern können Ausnahmen zur Befristung des Amts zulässig sein. Die Funktionsperiode beträgt in diesem Fall vier Jahre⁵².

Sowohl Arbeitnehmervertretern als auch Kapitalvertretern werden gleiche Befugnisse eingeräumt⁵³. Die Arbeitnehmervertreter werden allerdings aus der Anwendung von einigen Bestimmungen des Aktiengesetzes ausgenommen. Beispielsweise gilt für die Arbeitnehmervertreter das Arbeitsverfassungsgesetz in Fragen der Bestellung und Abberufung⁵⁴. Eine weitere nennenswerte Ausnahme ist die Ehrenamtlichkeit der Aufsichtsratsfunktion gem. § 110 Abs 3 Satz 1 ArbVG⁵⁵. Der Vergütungsanspruch steht nur den Kapitalvertretern zu. Die Arbeitnehmervertreter müssen von der Gesellschaft unabhängig bleiben, um ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat wahrzunehmen⁵⁶. Die Arbeitnehmervertreter erhalten also keine Vergütung, haben aber einen Anspruch auf Ersatz der angemessenen Barauslagen⁵⁷. Die Arbeitnehmervertreter erhalten ein Entgelt, das auch in Form von Aktienoptionen vorkommen kann, nur für ihre allgemeine sonstige Leistung, nicht aber für die Tätigkeitsausübung im Aufsichtsrat⁵⁸.

Die Ehrenamtlichkeit widerspricht also einer gesonderten Vergütung für die Aufsichtsrats Tätigkeit. Alle sonstigen Vereinbarungen zu Sondervergütungen der

⁴⁸ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 111

⁴⁹ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 129

⁵⁰ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 133

⁵¹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 54

⁵² Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 55

⁵³ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 26; *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 217

⁵⁴ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 218

⁵⁵ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 220

⁵⁶ Vgl. *Kalss*, AktG § 98 Rz 5

⁵⁷ Vgl. *Karollus / Karollus*, DRdA 2003, S. 107f

⁵⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 98 Rz 5

Aufsichtsratsmitglieder, die Arbeitnehmervertreter sind, gelten als gesetzwidrig und nichtig⁵⁹. Werden unzulässige Vergütungen gewährt, müssen diese an die Gesellschaft zurückgezahlt werden. Dies gilt auch bei Vergütungen an Kapitalvertreter⁶⁰.

Die geltende Rechtslage ist insoweit für die Arbeitnehmervertreter im Vergleich zu sonstigen Aufsichtsratsmitgliedern benachteiligend, da die Arbeitnehmervertreter genauso wie Kapitalvertreter das Unternehmensinteresse schützen müssen, der Sorgfalt verpflichtet sind und strengen Haftungsvorschriften gem. § 84 AktG unterworfen sind. Allerdings werden den Arbeitnehmervertretern das Haftungsrisiko und die Pflichtübernahme nicht abgegolten⁶¹. Der Arbeitgeber kann allerdings den Mitgliedern des Betriebsrats, die gleichzeitig Aufsichtsratsmitglieder sind, ein höheres Entgelt auszahlen⁶².

2.4. Überwachung des Aufsichtsrats

Grds gilt, dass das Organ, das die Aufsichtsratsmitglieder bestellt, diese auch überwacht. Die Hauptversammlung kann beurteilen, ob der Aufsichtsrat seinen Pflichten nachkommt, indem der Bericht des Aufsichtsrats und, falls vorhanden, der Corporate Governance Bericht der Hauptversammlung vorgelegt wird. Überwacht werden nicht nur die von der Hauptversammlung gewählten Mitglieder, sondern auch die entsandten Personen. Beispielsweise kann eine Minderheit von 10 % eine gerichtliche Abberufung eines entsandten Mitglieds beantragen. Die der Hauptversammlung zur Verfügung gestellten Interventionen reichen aber für eine laufende Überwachung nach hM nicht aus. Diese Ansicht kann auch dadurch gestützt werden, dass die Hauptversammlung die vorgelegten Berichte extern nicht überprüfen muss⁶³.

Andererseits kann der Vorstand bestmöglich beurteilen, ob und in welchem Ausmaß der Aufsichtsrat seine Pflichten wahrnimmt. Der Vorstand hat insbesondere darauf zu achten, dass die Organe innerhalb der Gesellschaft ordnungsgemäß zusammenwirken. Missachtet der Aufsichtsrat seine gesetzlichen Pflichten, so muss der Vorstand eingreifen. Dabei handelt

⁵⁹ Vgl. *Jabornegg*, ArbVG § 110 Rz 221

⁶⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 98 Rz 5

⁶¹ Vgl. *Karollus / Karollus*, DRdA 2003, S. 107f

⁶² Vgl. *Kalss* (2016), § 50 Rz 7

⁶³ Vgl. *Nowotny*, GesRZ 2019, S. 88; Vgl. *Kalss*, AktG § 98 Rz 5

es sich aber um keine Oberaufsicht, sondern vielmehr um einen Handlungszwang bei Normverstößen. Es ist also nicht so, dass der Vorstand den Aufsichtsrat als Oberorgan überwacht. Dies würde sich widersprechen und dazu führen, dass der Vorstand sich selbst überwacht⁶⁴.

Der Abschlussprüfer hat gem. § 273 Abs 2 UGB eine Redepflicht. Werden Sachverhalte festgestellt, die die Gesellschaft in Gefahr bringen, so hat er darüber unverzüglich zu berichten. Solch eine Redepflicht kann der Sache nach auch zu einer externen Überwachung des Aufsichtsrats führen. Der Abschlussprüfer hat zwar nicht die Tätigkeit des Aufsichtsrats zu kontrollieren, muss aber etwaige Gesetzesverletzungen im Auge behalten. IZm der Abschlussprüfung kann auch die Abschlussprüferaufsichtsbehörde (APAB) erwähnt werden. Hier wurde 2018 ein Fragebogen entwickelt, der auf die Qualität der Kooperation des Prüfungsausschusses mit dem Abschlussprüfer eingehen soll⁶⁵.

⁶⁴ Vgl. *Nowotny*, GesRZ 2019, S. 89

⁶⁵ Vgl. *Nowotny*, GesRZ 2019, S.89f

3. Funktion des Aufsichtsrates

Der Aufsichtsrat hat vielfältige Aufgaben in einer Gesellschaft. Als Hauptfunktion gelten die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsleitung und der Schutz der Gesellschaft. Der Aufsichtsrat trägt Mitverantwortung für die Corporate Governance des Unternehmens, wie aus § 243b UGB ersichtlich ist⁶⁶. Im folgenden Kapitel werden die Aufgaben des Gesamtaufichtsrats und der einzelnen Mitglieder dargestellt.

3.1. Überwachung der Geschäftsführung

Überwachung des Vorstands bedeutet eine argumentative Begleitung in allen Vorhaben⁶⁷. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats erstreckt sich auf alle geschäftsführungsrelevanten Verhaltensweisen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Personen, die de facto die Geschäfte führen, eine formelle Organstellung als Vorstandsmitglieder haben. Sowohl die Tätigkeit der Geschäftsleitung als auch die eines beauftragten Beraters kann zum Gegenstand der Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsrates werden. Anzumerken ist allerdings, dass der Aufsichtsrat keinen direkten Kontakt zu diesen externen Personen aufnehmen darf. Die Geschäftsleitung stellt in solchen Fällen den Ansprechpartner dar⁶⁸. Die Überwachungstätigkeit kann in drei Kontrollarten unterteilt werden. Die gleichzeitige Kontrolle bedeutet, dass der Aufsichtsrat sein Vetorecht vorbeugend und parallel nutzt. Unter der vorausschauenden Kontrolle versteht man Gesprächsführung und Beratung der Geschäftsleitung bezüglich Planungen. Die nachträgliche Kontrolle beschreibt die Prüfung von Lageberichten, Jahresabschlüssen und weiteren gesetzlich vorgeschriebenen Berichten. Es ist die Aufgabe des Aufsichtsrates, die planmäßige Realisierung und allfällige Abweichungen von Vorhaben der Geschäftsleitung im Rahmen der nachträglichen Kontrolle festzustellen⁶⁹.

⁶⁶ Vgl. *Lutter*, GesRZ 2011, Rz 4

⁶⁷ Vgl. *Lutter*, RdW 1987, S. 316

⁶⁸ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 8

⁶⁹ Vgl. *Kittner / Köstler / Zachert* (1995), Rz 528

3.1.1. Beratung

Unter Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder fällt nicht nur die Überwachung des Vorstands, sondern auch seine Beratung⁷⁰. Im deutschen Aktiengesetz ist die Beratung als Teil der Überwachungspflicht explizit definiert, wobei sie keine Zusatzleistung ist, die auf der Basis von Freiwilligkeit ausgeübt werden kann⁷¹. Es geht vielmehr darum, dass der Aufsichtsrat bei Zielen nachträglich, aber auch prophylaktisch die Rolle eines Beraters übernimmt. Nicht zu vergessen ist allerdings, dass es sich bei einer Aufsichtsrats Tätigkeit um ein Nebenamt handelt. Die Aufsichtsratsmitglieder müssen zwar gewisse berufliche Voraussetzungen erfüllen, sind aber nicht dazu verpflichtet, ihre Expertise der Geschäftsführung aktiv anzubieten. Um Beratung auf Basis von spezifischem Know-how von Aufsichtsratsmitgliedern verlangen zu können, muss ein besonderer Vertrag abgeschlossen werden⁷².

Der Aufsichtsrat hat gem. § 95 Abs 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Nach hM erstreckt sich aber die Aufgabe der Überwachung nicht nur auf die vergangenen, sondern auch auf die zukünftigen Handlungen. Ausführlich wird dies im Katalog der genehmigungspflichtigen Geschäfte gem. § 95 Abs 5 AktG dargestellt. Da die aufgezählten Geschäfte sich auf die Zukunft beziehen, wird die ex ante Zustimmungspflicht durch den Aufsichtsrat festgestellt. Um sorgfältig handeln zu können, muss der Aufsichtsrat nicht nur die Argumente des Vorstands anhören, um eine positive bzw. negative Entscheidung treffen zu können, sondern vielmehr Argumente austauschen und ein sachverständiges Ergebnis ermitteln. Dieser Austausch von Informationen zwischen dem Aufsichtsrat und dem Vorstand stellt nichts anderes als eine Beratung dar⁷³.

Durch Zustimmungsvorbehalt nimmt der Aufsichtsrat am Diskurs teil und kann somit die künftige Geschäftspolitik beeinflussen. Engagieren sich die beiden Organe in einem Diskurs, so kann die Gesellschaft von der Expertise und den Erfahrungen der Aufsichtsräte nur profitieren⁷⁴. Einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats dürfen zusätzliche Tätigkeiten,

⁷⁰ Vgl. *Semler* (1999) A Rz 21

⁷¹ Vgl. *Semler* (1999) A Rz 175

⁷² Vgl. *Martens / Cahn*, AktG II³ § 111 Rz 40

⁷³ Vgl. *Hügel*, GesRZ 1996, S. 215

⁷⁴ Vgl. v. *Schenck* (1999), E Rz 77

beispielsweise als Rechtsanwälte oder Steuerberater, übernehmen. Ein solcher Beratungsvertrag bedarf der Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats⁷⁵. Die Genehmigung ist deswegen notwendig, da die Gefahr besteht, dass durch den Beratungsvertrag die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds beeinträchtigt wird⁷⁶.

Interessant ist idZ die Frage der Vergütung von Beratungstätigkeiten. Gem. § 98 darf nur die Erfüllung von Aufsichtsratsaufgaben entlohnt werden. Sonstige Leistungen, die nicht im Rahmen der Aufsichtsrats Tätigkeit erbracht werden, dürfen gesondert gem. § 95 Abs 5 Z 12 abgegolten werden⁷⁷. Hier stellen sich allerdings zwei Fragen: Was ist, wenn der Beratungsvertrag ohne Zustimmung des Aufsichtsrats abgeschlossen wurde? Und wie unterscheiden sich Beratungsaufgaben innerhalb und außerhalb des Aufsichtsratsamts?

Hier kann eine Parallele zu Insichgeschäften gezogen werden. Ein Insichgeschäft muss vom Aufsichtsrat genehmigt werden, um zivilrechtlich gültig zu sein. D.h. ein Insichgeschäft ist ohne Genehmigung unzulässig und nichtig. Ein Beratungsvertrag dagegen bleibt auch ohne Zustimmung aufrecht. Es kann also angenommen werden, dass der Vorstand in dem Fall, wo keine Genehmigung eingeholt wurde, pflichtwidrig handelt und zur Verantwortung gezogen werden könnte. Solche unzulässigen Beratungsverträge sollen daher nichtig sein⁷⁸. Ein Beratungsvertrag, der ohne Zustimmung des Gesamtaufichtsrats abgeschlossen wurde, verlangt die Rückzahlung der Vergütung⁷⁹.

Die Beratung bezieht sich dabei in der Regel auf eine Sonderexpertise, über die ein Mitglied verfügt. Die gewöhnliche Überwachungsaufgabe eines Aufsichtsrates betrifft die Gesellschaftsleitung, diesbezügliche Maßnahmen und wesentliche Geschäftsvorgänge. Im Rahmen eines Beratungsvertrags können dagegen Fragen des operativen Tagesgeschäfts und seine Umsetzung betroffen sein, die außerhalb der gewöhnlichen Tätigkeit liegen⁸⁰. Die strategischen Fragen dürfen auch als Beratungsleistungen Gegenstand des Vertrags sein⁸¹.

⁷⁵ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014) § 12 Rz 858; *Schimka*, AR aktuell 2012, S.10

⁷⁶ Vgl. *Schimka*, AR aktuell 2012, S.12; *Kalss* (2016), § 13 Rz 8ff

⁷⁷ Vgl. *Kalss* (2016), § 50 Rz 38

⁷⁸ Vgl. *Schimka*, AR aktuell 2012, S.11f

⁷⁹ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014) § 12 Rz 859

⁸⁰ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014) § 12 Rz 859; *Martens / Cahn*, AktG II³ § 114 Rz 7

⁸¹ Vgl. *Martens / Cahn*, AktG II³ § 114 Rz 7

3.1.2. Informationsfluss

Die umfassenden Informationsrechte des Aufsichtsrats stellen eine wichtige Grundlage für die Überwachung der Geschäftsführung dar. Der Aufsichtsratsvorsitzende übernimmt die Rolle des Ansprechpartners für den Aufsichtsrat als Organ⁸². In der Regel fließen Informationen vom Vorstand an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, wobei der Aufsichtsrat zusätzlich jederzeit alle entscheidungsrelevanten Unterlagen vom Vorstand nachfordern kann⁸³.

Als Schranke des Informationsrechts gilt der Unternehmensbezug. Haben die angeforderten Informationen keinen Zusammenhang mit der Gesellschaft, kann der Vorstand verweigern, diese Auskünfte zu erteilen. Als unternehmensbezogen gelten dabei alle Informationen, die für die Überwachungstätigkeit relevant sind. Somit besteht das Einsichtsrecht immer dann und nur dann, wenn sich die Informationen auf die Entscheidungsgrundlagen und Vorgänge der Unternehmensführung beziehen⁸⁴.

Ab dem Moment, in dem der Aufsichtsratsvorsitzende Informationen vom Vorstand bekommen hat, kann dieses Wissen dem gesamten Aufsichtsrat zugerechnet werden. Obwohl der Vorsitzende die Rolle des Vermittlers übernimmt und das Wissen dem Gesamtorgan zugerechnet wird, kann der Aufsichtsratsvorsitzende im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens entscheiden, etwa im Falle eines Sonderberichts, ob diese Informationen vor dem gesamten Aufsichtsrat zurückzuhalten sind oder diesem mitgeteilt werden sollen. Die Informationsweitergabe an das Gesamtgremium ist der Regelfall; sie hat immer dann zu erfolgen, wenn dadurch die Wahrung der Unternehmensinteressen am besten gewährleistet werden kann. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats muss also abwägen, ob durch mangelnde Information Schaden an der Gesellschaft verursacht werden kann, weil der Aufsichtsrat seinen direkten Überwachungs- und Beratungsaufgaben nicht vollständig nachkommen kann⁸⁵.

Prüfungs- und Einsichtsrechte gemäß § 95 Abs 2 und 3 AktG stellen eine Möglichkeit des Aufsichtsrates dar, Informationen zu beschaffen. Neben diesen Pflichten und Rechten steht

⁸² Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 112

⁸³ Vgl. *Kittel*, GRAU 2021, S. 41

⁸⁴ Vgl. *Kittel* (2016), S. 270

⁸⁵ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 113ff

die nicht gesetzlich verankerte Möglichkeit, leitende Angestellte außerhalb von Sitzungen zu befragen, um Informationen zu beschaffen. Dieses Fragerecht sollte allerdings mit besonderer Sorgfalt genutzt werden, da es zu erheblichem Misstrauen zwischen Aufsichtsrat und Geschäftsleitung führen könnte⁸⁶.

Die Aufsichtsratsmitglieder haben gem. § 81 Abs 1 AktG ein Einsichtsrecht in die Vermögenssphäre des Unternehmens. Indem der Vorstand zur periodischen Berichtserstattung verpflichtet ist, kann die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats effizient gewährleistet werden. Somit erlangen die Aufsichtsratsmitglieder wichtige Informationen über die Geschäftspolitik der Gesellschaft und über die Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage⁸⁷. Der Gesamtaufsichtsrat kann in die Bücher, Vermögensgegenstände und Schriften Einsicht nehmen⁸⁸. Das Recht zur Einsicht steht dabei nur dem Gesamtaufsichtsrat als Organ zu und kann nicht von einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied durchgesetzt werden⁸⁹. Ein Augenschein ermöglicht allerdings immer nur einen punktuellen Einblick und kann somit Berichte nicht ersetzen⁹⁰.

Der Vorstand ist verpflichtet, dem Aufsichtsrat periodisch über die Entwicklung des Unternehmens und über sämtliche Anlässe, die nicht von untergeordneter Bedeutung sind, zu berichten⁹¹. Diese Berichte bilden die Grundlage der Überwachung des Vorstands⁹². Zu nennen sind vor allem Jahres-, Quartals- und Sonderberichte. Der Jahresbericht behandelt in erster Linie die künftige Geschäftspolitik des Unternehmens und die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage. Ein Quartalsbericht befasst sich mit der Entwicklung der Geschäfte und der Lage des Unternehmens alle drei Monate. Die beiden Berichte sind vom Vorstand als Gesamtorgan zu erstellen und idR in den Aufsichtsratssitzungen in mündlicher Form zu erklären. Stehen Anlässe bevor, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, hat der Vorstand über Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft in Form eines Sonderberichts zu berichten. Der Sonderbericht kann auch mündlich gestaltet werden, sofern er viele sensible Informationen abdeckt⁹³.

⁸⁶ Vgl. *Zollner* (2016), § 22 Rz 70

⁸⁷ Vgl. *Mitterlehner*, wbl 2017, S. 669

⁸⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 60

⁸⁹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 28; *Kalss*, AktG § 95 Rz 60

⁹⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 60

⁹¹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 20

⁹² Vgl. *Martens / Cahn*, AktG II³ § 111 Rz 18

⁹³ Vgl. *Kittel*, GRAU 2021, S. 42; *Kittel* (2016), S. 269ff

Diese Pflicht zur Berichterstattung wird durch den Vorlagebericht gem. § 95 Abs 5⁹⁴ und den Anforderungsbericht gem. § 95 Abs 2 AktG erweitert. Bei einem Anforderungsbericht handelt es sich um einen speziell vom Aufsichtsrat verlangten Bericht, der sich mit allen Angelegenheiten der Gesellschaft inklusive der Beziehungen zu einer Konzerngesellschaft befassen kann⁹⁵. Ein Vorlagebericht wird im Zusammenhang mit zustimmungsbedürftigen Geschäften erstattet. Des Weiteren setzen sich die Aufsichtsratsmitglieder mit Informationen aus dem Prüfungsbericht gem. § 273 Abs 4 UGB auseinander⁹⁶.

Der Vorstand darf nur in Ausnahmefällen und jedenfalls nur für kurze Zeit bestimmte Informationen vor dem Aufsichtsrat zurückhalten. Abgesehen von Sonderfällen gilt die Geheimhaltungsklausel hier nicht, weil der Aufsichtsrat den internen Informationsfluss braucht, um seiner Überwachungspflicht nachzukommen⁹⁷. Der Bericht des Vorstandes gem. § 95 Abs 2 AktG, sprich Vorlagebericht, kann gem. § 258 Abs 1 AktG durch gerichtlich festzusetzende Zwangsstrafen erzwungen werden⁹⁸. Wird ein solcher Bericht nicht erstattet, kann der Vorstand, sofern durch diese Nichterbringung ein Schaden entsteht, schadenersatzpflichtig gemacht werden⁹⁹.

In einem Konzern erstreckt sich der Anforderungsbericht auf die Geschäftslage des gesamten Konzerns. Dieser Bericht wird vom Vorstand der Muttergesellschaft erstattet¹⁰⁰. Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft kann aber keine Berichte vom Vorstand der Tochtergesellschaft verlangen. In der Praxis wird der Bericht vom Konzernvorstand, der konzernrechtlich befugt ist, die benötigten Informationen von Untergesellschaften zu erlangen, erstellt und an den Aufsichtsrat weitergeleitet¹⁰¹. Der Aufsichtsrat hat das Recht und gleichzeitig eine Pflicht, Berichte der verbundenen Unternehmen zu verlangen, falls die Informationen, die der Vorstand zur Verfügung gestellt hat, für eine lückenfreie und vernünftige Urteilsbildung nicht ausreichen¹⁰².

⁹⁴ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 20

⁹⁵ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 40; *Kittel* (2016), S. 270

⁹⁶ Vgl. *Nowotny*, AktG § 81 Rz 2

⁹⁷ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 44

⁹⁸ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 296

⁹⁹ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 53

¹⁰⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 57

¹⁰¹ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 141; *Kalss*, AktG § 95 Rz 59

¹⁰² Vgl. *Thümmel* (1998), Rz 207

Die Sorgfaltspflicht besagt, dass der Aufsichtsrat die Berichte und Beratungsunterlagen, die ihm vom Vorstand zur Verfügung gestellt werden, sorgfältig durchzuarbeiten hat. Ein Mandat soll also imstande sein, eine kritische Grundhaltung zu wahren. Es muss überprüft werden, ob die Unterlagen Fragen, Bedenken oder Zweifel begründen oder hervorbringen können¹⁰³.

Erhält der Aufsichtsrat keine ausreichenden Informationen, um eine gut begründete Entscheidung treffen zu können, hat er im Rahmen der Berichtspflicht des Vorstands gem. § 81 AktG ein ergänzendes Fragerecht. Das Fragerecht steht jedem Aufsichtsratsmitglied zu, wenn es zusätzliche Fragen zur künftigen Geschäftspolitik oder zum Jahresbericht hat¹⁰⁴. Zu beachten ist, dass das Fragerecht nach § 81 AktG nicht unmittelbar gesetzlich verankert ist, sondern aus der Berichtspflicht des Vorstands abgeleitet wird¹⁰⁵. Der Vorstand ist verpflichtet, die Fragen des Aufsichtsrats zu beantworten. Dabei ist es geboten, die Fragen vollständig und wahrheitsgetreu zu beantworten. Ein Verweigerungsrecht iZm der Berichterstattung an den Aufsichtsrat steht dem Vorstand nicht zu¹⁰⁶.

Die aktienrechtliche Corporate Governance sieht auch vor, dass der Vorstand seiner Berichtspflicht nachkommen muss¹⁰⁷. Der Informationsfluss zwischen dem Aufsichtsrat und dem Vorstand muss möglichst zeitnah erfolgen, da bei fehlerhaftem Handeln des Vorstands die möglichen Ersatzansprüche zu verjähren beginnen¹⁰⁸.

3.1.3. Eingriffsrechte

Die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung gehören zu den Hauptpflichten des Aufsichtsrats. Die Aufsichtsratsmitglieder müssen überprüfen, ob die Geschäftsleitung ihre gesetzlichen Aufgaben wirtschaftlich, zweckmäßig, ordnungsgemäß und rechtsgemäß erfüllt. Der Aufsichtsrat kann zwar nicht als Ersatzvorstand definiert werden, er könnte allerdings als ein strategisches Kontrollorgan bezeichnet werden¹⁰⁹. "Die Pflicht zur

¹⁰³ Vgl. v. *Schenck* (1999), E Rz 102

¹⁰⁴ Vgl. *Reicht-Rohrwig / Grossmayer* AktG II⁶ § 81 Rz 55

¹⁰⁵ Vgl. *Miksch* (2019), S. 35

¹⁰⁶ Vgl. *Miksch* (2019), S. 35

¹⁰⁷ Vgl. L 9 ÖCGK

¹⁰⁸ Vgl. *Reicht-Rohrwig / Grossmayer* AktG II⁶ § 81 Rz 11

¹⁰⁹ Vgl. *Thümmel* (1998) Rz 198;

Überwachung” heißt, dass ein Aufsichtsratsmitglied bei jedem Fehlverhalten oder bei Pflichtverletzung des Vorstands andere Mitglieder des Aufsichtsrats oder den Vorsitzenden darüber informieren muss. Um das Vertrauensverhältnis zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat aufrecht zu halten, wird in der Praxis oft nur der Vorsitzende des Aufsichtsrats über die Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds informiert¹¹⁰.

Es gilt das aktienrechtliche Gewaltentrennungsprinzip. Die Geschäftsführung kann weder durch den Vorstand oder die Satzung noch durch eine Beschlussfassung der Hauptversammlung auf den Aufsichtsrat übertragen werden¹¹¹, da der Aufsichtsrat sowohl kein Recht auf eigene Geschäftsführung¹¹², als auch kein verbindliches Weisungsrecht hat¹¹³. Die genehmigungspflichtigen Geschäfte gem. § 95 Abs 5 AktG gelten als eine Ausnahme¹¹⁴.

§ 95 Abs 5 Z 12 führt aus, dass gewisse Verträge und Geschäfte mit einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern nur mit der Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats abgeschlossen werden dürfen. Diese Norm stellt einen Schutz der Gesellschaft dar, die mögliche Interessenskollisionen bewältigen soll¹¹⁵. Werden allfällige Verträge ohne Zustimmung abgeschlossen, können sie zwar zur Schadenersatzpflicht des Vorstands führen, sind aber wirksam¹¹⁶. Das Erfordernis der Genehmigung ist eine interne Schranke, die sich keinerlei auf die zivilrechtliche Wirksamkeit bezieht¹¹⁷. Ein typisches Beispiel aus der Praxis wäre ein Aufsichtsratsmitglied, das auch als anwaltlicher Berater vom Vorstand beauftragt wird¹¹⁸. Obwohl die genehmigungspflichtigen Geschäfte auch ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats wirksam sind, stellen sie eine Art von Eingriff in das Führungsmonopol des Vorstands dar.

Das subsidiäre Recht und die Pflicht, die Hauptversammlung einzuberufen, fällt dem Aufsichtsrat zu, wenn das Gesellschaftswohl gefährdet ist. Eine Einberufung ist auch

¹¹⁰ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014) § 12 Rz 892

¹¹¹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 18; *Kalss*, AktG § 95 Rz 39

¹¹² Vgl. *Martens / Cahn*, AktG II³ § 111 Rz 77

¹¹³ Vgl. OGH, 26.02.2002, 1Ob144/01k; *Kalss*, AktG § 95 Rz 114

¹¹⁴ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 18

¹¹⁵ Vgl. *Schimka*, AR aktuell 2012, S.10

¹¹⁶ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 96; *Schimka*, AR aktuell 2012, S.11

¹¹⁷ Vgl. *Schimka*, AR aktuell 2012, S.11

¹¹⁸ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 16

möglich, wenn ein Misstrauensvotum gegen ein Vorstandsmitglied gem. § 75 Abs 4 beschlossen wurde¹¹⁹.

3.2. Prüfungspflicht

Um effektiv zusammenarbeiten zu können, muss eine gewisse Vertrauensbasis zwischen dem Aufsichtsrat und dem Vorstand bestehen. Der Aufsichtsrat kann sich zwar idR auf die vorgelegten Informationen verlassen, muss aber Möglichkeiten haben, Auskünfte einzuholen, um diese zu überprüfen. Die Prüfungspflicht bezieht sich auf die Plausibilitätsprüfung und das unternehmerische Ermessen, das jedem Aufsichtsratsmitglied obliegt.

3.2.1. Business Judgment Rule

Handelt es sich um einen Fall, in dem die Business Judgment Rule angewendet werden kann, kommt für den Aufsichtsrat zur generellen Überwachungsflcht auch noch eine aktive Nachforschungspflicht. Das geht so weit, dass im Fall einer Klage die Beweislast dafür, dass es sorgfältig gehandelt hat, beim jeweiligen Aufsichtsratsmitglied liegt.¹²⁰

Die Business Judgment Rule kommt aus dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, wo sie teilweise gesetzlich verankert ist. Es handelt sich um eine Prüfung der Sorgfalt bei unternehmerischen Entscheidungen. Die Kernidee der Business Judgment Rule ist, dass die Geschäftsleitung für ex post unrichtige Entscheidungen nicht haftet, solange sie pflichtgemäß gehandelt hat. Um von der Haftung befreit zu werden, müssen gewisse Voraussetzungen bezüglich der Entscheidung nachgewiesen werden. Die Entscheidung muss interessenskonfliktfrei und in gutem Glauben getroffen worden sein. Des Weiteren muss eine ausreichende Informationsbasis für diese Entscheidung vorgelegen haben. Wie alle Entscheidungen in einer Gesellschaft muss diese schließlich die Interessen des Unternehmens verfolgen¹²¹.

¹¹⁹ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 75

¹²⁰ Vgl. *Muhri* (2019), S. 49

¹²¹ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016, S. 5

Die Business Judgment Rule wurde im April 2015 als Gesetzesvorschlag im Parlament eingebracht und ist seit Jänner 2016 iRd § 84 AktG gesetzlich verankert¹²². Während in Deutschland diese Norm schon seit 2005 gilt¹²³, war die Meinung der Experten zu diesem Thema in Österreich bis zur Verankerung 2016 strittig.

Die Bestimmung im Aktiengesetz über die Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung wurde im Abs 1a ergänzt, der besagt, dass Vorstandsmitglieder jedenfalls dann im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters handeln, wenn ihre unternehmerische Entscheidung von keinen sachfremden Interessen geleitet wird, auf angemessenen Informationen basiert und zum Wohl der Gesellschaft getroffen wird¹²⁴ (in good faith)¹²⁵. Anzumerken ist, dass das Kriterium des Handelns trotz Interessenskonflikt in der Literatur unterschiedlich betrachtet wird. *Lutter*¹²⁶ behauptet, dass das Handeln trotz Interessenskonflikt an sich nicht pflichtwidrig sei. Die Hauptsache sei, dass zwar eine Kollision vorliegt, das wohlverstandene Interesse des Unternehmens aber an der ersten Stelle steht. Im Gegenteil dazu interpretiert *Schima*¹²⁷ die Gesetzeslage wie folgt: Ob das Verhalten pflichtwidrig sei, solle nicht davon abhängen, ob ein Schaden eintritt. Die Entscheidung darf des Weiteren mit keinen Risiken, die die Gesellschaftsexistenz bedrohen oder Unsicherheit mit sich bringen, verbunden sein¹²⁸.

Die erste Entscheidung zur Business Judgment Rule gab es in Österreich schon 2016 und sie eröffnete eine große Diskussion¹²⁹. Die Entscheidung befasste sich mit der Abberufung des Vorstandsmitglieds einer Privatstiftung. Der OGH verwies dazu auf das Gesetz und interpretierte dieses so, dass für die Berufung auf die Business Judgment Rule fünf Voraussetzungen erfüllt sein müssen: unternehmerische Entscheidung, keine sachfremden Interessen, offenkundig zum Gesellschaftswohl, ex ante Betrachtung, vernünftige Annahme des Handelns zum Gesellschaftswohl¹³⁰. Die Tatsache, dass die Business Judgment Rule

¹²² Vgl. *Schima / Toscani* (2020), S. 87f

¹²³ Vgl. *Schima / Toscani* (2020), S. 87f

¹²⁴ Vgl. § 84 Abs 1a AktG

¹²⁵ Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, S. 87

¹²⁶ Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, S. 86; *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 29

¹²⁷ Vgl. *Schima*, GesRZ 2007, S. 96

¹²⁸ Vgl. *Muhri* (2019), S. 21

¹²⁹ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016; *Gruber*, AR aktuell 2016; *Karollus*, ZfS 2016; *Konwitschka*, GesRZ 2016

¹³⁰ Vgl. OGH 23.2.2016, 6 Ob 169/15w

nicht im Privatstiftungsgesetz verankert ist, sondern sich nur im Aktien- und im GmbH-Gesetz findet, hindert nicht daran, dass sie für alle juristischen Personen gilt und sich somit auf alle Organe erstreckt¹³¹. Die Business Judgment Rule Regelung ist also rechtsformübergreifend¹³².

Während die hL die Verankerung der Business Judgment Rule im Gesetz begrüßt¹³³, betrachtet *Gruber*¹³⁴ diese Ausführungen skeptisch und findet die Regelung der Business Judgment Rule redundant. Es sei selbstverständlich, dass die Organe von keinen sachfremden Interessen geleitet werden sollen. Die Voraussetzungen bezüglich der Entscheidung zum Wohl der Gesellschaft, sprich „vernünftigerweise annehmen“ und „offenkundig“, seien widersprüchlich. In der Praxis sei zum Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung getroffen werden muss, noch unklar, ob diese offenkundig dem Wohl des Unternehmens diene¹³⁵.

Die Business Judgment Rule ist eine „safe-harbour-rule“. Geht ein Organmitglied über die gezogenen Grenzen nicht hinaus, so bleibt es haftungsfrei. Agiert es außerhalb des Bereichs der Business Judgment Rule, kann es jedoch einer Haftung unterworfen sein¹³⁶. Allerdings handelt es sich nicht um eine strafrechtliche, sondern um eine zivilrechtliche Verantwortung¹³⁷. Anzumerken ist, dass die zivilrechtliche Haftung nicht automatisch eintritt, sondern im Verhältnis zur Sorgfaltswidrigkeit überprüft werden muss¹³⁸. Werden die Voraussetzungen, die die Business Judgment Rule vorsieht, eingehalten, liegt keine Rechtswidrigkeit vor. Beim Ausfall des „safe-harbour“-Effekts muss die Rechtswidrigkeit überprüft werden, denn ohne Rechtswidrigkeit kann kein Schadenersatzanspruch begründet werden¹³⁹.

Diese Regelung ist insoweit für Aufsichtsratsmitglieder relevant, da sie dazu verpflichtet werden, ihre Organfunktion sorgfältig wahrzunehmen¹⁴⁰. Die Pflichten gem. § 99, der auf

¹³¹ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016, S. 5

¹³² Vgl. *Schima / Toscani* (2020), S. 87; *Schima*, GesRZ 2015, S. 293

¹³³ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016; *Konwitschka*, GesRZ 2016; *Reich-Rohrwig / Zimmermann*, ecolex 2015;

¹³⁴ Vgl. *Gruber*, AR aktuell 2016, S. 35; *Zehenter*, Compliance-Berater 2016, S. 226

¹³⁵ Vgl. *Gruber*, AR aktuell 2016, S. 35

¹³⁶ Vgl. *Arnold / Ludwig* (2013), S. 319; *Welser* (2019) S. 180

¹³⁷ Vgl. *Schima* (2016), S. 73

¹³⁸ Vgl. *Arnold / Ludwig* (2013), S. 319; *Schima*, GesRZ 2015, S. 290

¹³⁹ Vgl. *Schima* (2016), S. 74

¹⁴⁰ Vgl. *Kalss* AktG § 99 Rz 5

eine sinngemäße Anwendung des § 84 AktG verweist, gelten für alle Aufsichtsratsmitglieder, unabhängig davon, ob diese gewählt oder von einem Betriebsrat oder Kapitalvertreter entsendet wurden¹⁴¹. Müssen Aufsichtsratsmitglieder unternehmerische Entscheidungen treffen, so werden sie bei ihren Kontrollpflichten der Business Judgment Rule unterworfen¹⁴². In der Praxis stellt sich allerdings heraus, dass ein unternehmerisches Handeln unter Aufsichtsratsmitgliedern eher selten vorkommt, weil der Aufsichtsrat in erster Linie ein Kontrollorgan ist¹⁴³.

Trotzdem lassen sich einige Beispiele finden. Zum einen gilt die Business Judgment Rule, wenn der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertreten muss¹⁴⁴. Bestellt der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder, führt ein neues System der Vergütung an oder schließt Verträge mit dem Vorstand, so liegt eine unternehmerische Entscheidung vor. Der Aufsichtsrat muss aber nicht nur in diesem Fall, sondern immer sorgfältig handeln¹⁴⁵. Wird eine Entscheidung nicht sorgfältig vorbereitet und getroffen, können Schadenersatzansprüche gegen das Mitglied des Aufsichtsrates entstehen. Ein weiteres Beispiel befasst sich mit den zustimmungspflichtigen Geschäften, genauer gesagt, jenen, in denen der Aufsichtsrat Entscheidungen genehmigen muss. Die Zustimmungspflicht sieht eine unternehmerische Beteiligung an einer Entscheidung vor. Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, die Grundlage für die Entscheidung und die Entscheidung selbst zu kontrollieren. Die Plausibilität der Entscheidung muss auch überprüft werden¹⁴⁶. Nimmt der Aufsichtsrat diese Prüfungspflicht nicht wahr und genehmigt eine risikofreudige Maßnahme, kann er für diese Pflichtwidrigkeit zur Haftung herangezogen werden, wenn daraus ein Schaden entsteht¹⁴⁷.

Daraus kann abgeleitet werden, dass die Business Judgment Rule gewisse Kriterien vorsieht. Grundsätzlich muss ein Spielraum vorliegen, in dem der Aufsichtsrat mehrere Optionen hat und sich für die beste Alternative im Rahmen des Gesellschaftswohls entscheiden kann¹⁴⁸. Die rechtlich vorgeschriebenen Entscheidungen, wie z.B. in der Satzung, die keinen Ermessensspielraum lassen, oder jene Entscheidungen, die keine unternehmerischen

¹⁴¹ Vgl. *Kalss* AktG § 99 Rz 3

¹⁴² Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016, S. 7

¹⁴³ Vgl. *Welser* (2018), S. 176; *Strasser*, AktG II⁴ § 99 Rz 32

¹⁴⁴ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016, S. 7

¹⁴⁵ Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, S. 87

¹⁴⁶ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016, S. 7

¹⁴⁷ Vgl. *Welser* (2018), S. 177

¹⁴⁸ Vgl. *Schrank / Kollar*, AR aktuell 2016, S. 7

Entscheidungen sind, werden von der Business Judgment Rule nicht gedeckt¹⁴⁹. Ein Beispiel dafür sind die gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflichten gegenüber dem Kapitalmarkt. In diesem Fall gibt es keinen Spielraum für das unternehmerische Ermessen¹⁵⁰.

Die Anwendung der Business Judgment Rule muss für jedes einzelne Mitglied des Organs überprüft werden. Allerdings gilt das Kontaminierungsprinzip nicht, d.h. befindet sich ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied im Interessenskonflikt, können sich weiterhin alle anderen Organmitglieder auf die Business Judgment Rule berufen¹⁵¹.

3.2.2. Plausibilitätsprüfung

Der Aufsichtsrat ist nicht verpflichtet und muss auch nicht in der Lage sein, die Tätigkeit des Vorstands zu übernehmen. Seine Aufgaben beziehen sich vielmehr auf Begleitung. Der Aufsichtsrat muss aber imstande sein, die Angaben des Vorstands auf Plausibilität zu prüfen¹⁵².

Diese Plausibilitätsprüfung ist regelmäßig durchzuführen. Der Aufsichtsrat muss davon überzeugt sein, dass die bestehenden Aufsichtsratsausschüsse ihre Aufgaben pflichtgemäß ausüben¹⁵³. Der Vorstand muss seinerseits dem Aufsichtsrat alle notwendigen Unterlagen vorlegen, um diesen zu überzeugen, dass keine Pflichtverletzung vorliegt. Der Aufsichtsrat darf im Rahmen der Plausibilitätsprüfung dafür erforderliche Informationen für eine bestimmte Entscheidungsfindung verlangen. Es ist allerdings nicht vorgesehen, dass der Aufsichtsrat das gesamte Vertragswerk einsieht¹⁵⁴.

Handelt es sich um Sachverhalte aus dem Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften gem. § 95 Abs 5 AktG, so hat der Aufsichtsrat eine Plausibilitätsprüfung durchzuführen¹⁵⁵. Dabei hat der Aufsichtsrat den Vorstand zu beraten und zu entscheiden, ob das Geschäft angenommen oder abgelehnt wird. Die Prüfung bezieht sich dabei auf die Beurteilung, ob

¹⁴⁹ Vgl. *Schima / Toscani* (2020), S. 89; *Lutter*, GesRZ 2007, S. 82

¹⁵⁰ Vgl. *Lutter*, GesRZ 2007, S. 82

¹⁵¹ Vgl. *Schima* (2016), S. 73

¹⁵² Vgl. *Kalss*, AktG § 86 Rz 53

¹⁵³ Vgl. *Kalss*, AktG § 92 Rz 178

¹⁵⁴ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 93

¹⁵⁵ Vgl. *Schima*, GesRZ 2012, S. 36

der Vorstand im Rahmen des unternehmerischen Ermessens handelt und ob das Geschäft überhaupt zweckmäßig ist¹⁵⁶. Glaubt der Aufsichtsrat nach seiner wirtschaftlichen Bewertung, dass die Genehmigung abgelehnt werden soll, und lehnt er diese ab, muss das Geschäft unterbleiben¹⁵⁷.

Grds gibt es eine angemessene Frist, innerhalb derer der Aufsichtsrat die Plausibilitätsprüfung durchführen und eine Entscheidung treffen soll. Nichthandeln ist idZ zwar zulässig, kann allerdings Haftung zur Folge haben, weil der Aufsichtsrat seinen Überwachungsaufgaben nicht nachgekommen ist und diese durch das Verweigern der Tätigkeit verletzt hat¹⁵⁸.

3.3. Schutz der Aktiengesellschaft

Der Vorstand hat den Aufsichtsrat umfassend zu informieren. Diese Informationspflicht unterliegt dem Grundsatz, dass der Aufsichtsrat alles wissen darf, was das Geschäftsführungsorgan weiß¹⁵⁹. Aufgrund von hohem Informationsaustausch innerhalb der Organe muss dabei sichergestellt werden, dass die Gesellschaft vor Schaden geschützt werden kann. IdZ behandelt dieses Unterkapitel Fragen der Geheimhaltung und Interessenskollisionen.

3.3.1. Interessenskonflikte

Die Aufsichtsrats Tätigkeit kann als ein fremdnütziges Amt bezeichnet werden. D.h., um die geforderte Sorgfalt nachzuweisen, darf der Aufsichtsrat sich nicht eigennützig verhalten. Hat das Aufsichtsratsmitglied an einer Angelegenheit persönliches Interesse, so muss es die gebotene Sorgfaltspflicht mit besonderer Vorsicht beachten und sich gegebenenfalls bei dieser Angelegenheit der Stimme enthalten¹⁶⁰. Nicht zu vergessen ist allerdings, dass ein

¹⁵⁶ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 101

¹⁵⁷ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 102

¹⁵⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 101

¹⁵⁹ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 177

¹⁶⁰ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 178

Aufsichtsratsmandat ein Nebenamt ist, d.h. in der Praxis können und werden Aufsichtsratsmitglieder auch andere Interessen haben¹⁶¹.

Es gilt jedenfalls, dass die Interessen der Gesellschaft stets vorrangig verfolgt werden müssen. Der Vorrang ergibt sich aus dem Aktiengesetz, das Aufsichtsratsmitglieder zur Sorgfalt und auch zur Wahrung des Unternehmensinteresses verpflichtet. Jegliche Maßnahmen, die diesem widersprechen, sind unzulässig. Der Begriff des Unternehmensinteresses ist allerdings sehr abstrakt. Grds kann es als innere Stabilität, Erfolg und Selbsterhaltung definiert werden¹⁶². Das Unternehmensinteresse steht für die Gesellschaftsorgane jederzeit im Mittelpunkt. Dabei sind allerdings entsandte Aufsichtsratsmitglieder, Arbeitnehmervertreter und Mitglieder, die in unterschiedlichen Unternehmen Organfunktionen ausüben, des Öfteren von Interessenkollisionen betroffen¹⁶³. Besteht ein Interessenswiderstreit, nämlich ein Konflikt eigener Interessen des Mitglieds mit den Unternehmensinteressen, muss das Mitglied von seiner Mitwirkung am konkreten Beschlussgegenstand Abstand nehmen¹⁶⁴. Die Aufsichtsräte müssen, wie bereits zuvor erwähnt, die Unternehmensinteressen verfolgen, aber auch die anderen Interessen, die in der Gesellschaft vertreten werden, beachten¹⁶⁵. Ein Aufsichtsratsmitglied darf also auch Interessen von Anteilseignern repräsentieren und ebenso andere Interessen, die in der Gesellschaft vertreten werden, bei der Entscheidung miteinbeziehen. Außerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsrat dürfen auch Interessen der Arbeitnehmer und Aktionäre verfolgt werden¹⁶⁶.

Die Bestimmungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten kommen in unterschiedlichen (gesetzlichen) Grundlagen vor. Der ÖCGK stellt beispielsweise den Leitfaden für die Führung einer börsennotierten Aktiengesellschaft dar¹⁶⁷. In den Regeln von L-44 bis C-49 werden Interessenskonflikte des Aufsichtsrats ausdrücklich geregelt¹⁶⁸. Der Kodex besagt, dass der Aufsichtsrat unabhängig Entscheidungen treffen kann, um seine Überwachungsfunktion wahrnehmen zu können. In Situationen, die zu einer Kollision der

¹⁶¹ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 12 Rz 894

¹⁶² Vgl. *Marsch-Barner* (1999), J Rz 91ff

¹⁶³ Vgl. *Frotz / Schörghofer* (2016), § 25 Rz 3

¹⁶⁴ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 179

¹⁶⁵ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 12 Rz 894; *Semler* (1999), A Rz 181

¹⁶⁶ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 1821ff

¹⁶⁷ Vgl. *Hlawati / Wilfling* (2016), § 32 Rz 2

¹⁶⁸ Vgl. *Hlawati / Wilfling* (2016), § 32 Rz 12

eigenen Interessen mit den Unternehmensinteressen führen können, dürfen Aufsichtsräte nicht tätig werden¹⁶⁹. Im Rahmen des Kodex bedeutet Unabhängigkeit das Verbot jedweder persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zum Vorstand oder zur Gesellschaft, die zu materiellen Interessenskollisionen führen kann. Solche Beziehungen dürfen das Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds nicht beeinflussen¹⁷⁰.

Auch im Aktiengesetz sind Regeln zur Inkompatibilität vorgesehen. Gem. § 90 Abs 1 AktG sind – was sich ohnehin von selbst versteht – gleichzeitige Mitgliedschaften in beiden Organen einer Gesellschaft, sprich Aufsichtsrat und Vorstand, unzulässig¹⁷¹. Diese Unvereinbarkeit findet vor allem in Konzernkonstellationen Anwendung. Ein Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft darf nicht das Mandat eines Vorstands der Untergesellschaft übernehmen. Ein Vorstandsmitglied der Untergesellschaft darf auch kein Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft sein¹⁷². Dieselbe Norm wird im ÖCGK vorgeschrieben¹⁷³. Diese Bestimmung ist allerdings nicht auf Arbeitnehmervertreter anwendbar. Arbeitnehmervertreter dürfen also zugleich als Kapitalvertreter in einem Unternehmen agieren¹⁷⁴.

Doppelmandate sind de facto erlaubt, obwohl dies nicht ausdrücklich im AktG geregelt ist¹⁷⁵. Eine Person darf sowohl im Aufsichtsrat der Ober- als auch der Untergesellschaften sitzen. Problematisch wäre die Möglichkeit der sogenannten Selbstüberwachung, welche unzulässig ist. Zusätzlich besteht die Gefahr der Befangenheit als Vertreter der beiden Gesellschaften, was negative Auswirkungen auf die Tätigkeitsausübung haben kann¹⁷⁶.

Überkreuzverflechtung gem. § 86 AktG beschreibt die Grenze an übernommenen Mandaten für Aufsichtsratsmitglieder in Kapitalgesellschaften. Eine Person darf maximal zehn Mandate wahrnehmen. Kein Vorstand eines Tochterunternehmens kann die Tätigkeit des Aufsichtsrats im Mutterunternehmen übernehmen. Aufsichtsrat kann auch keine Person sein, welche im Vorstand einer anderen Kapitalgesellschaft sitzt, deren Aufsichtsrat ein

¹⁶⁹ Vgl. *Hlawati / Wilfling* (2016), § 32 Rz 14

¹⁷⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 86 Rz 68; *Hlawati / Wilfling* (2016), § 32 Rz 15; C-53 ÖCGK

¹⁷¹ Vgl. *Kalss*, AktG § 90 Rz 3

¹⁷² Vgl. *Kalss /Schimka* (2016), § 2 Rz 54

¹⁷³ Vgl. L-44 ÖCGK

¹⁷⁴ Vgl. *Kalss /Schimka* (2016), § 2 Rz 55

¹⁷⁵ Vgl. *Kalss*, AktG § 86 Rz 73

¹⁷⁶ Vgl. *Kalss /Schimka* (2016), § 2 Rz 57

Mitglied des Vorstands des Unternehmens angehört¹⁷⁷. Ausnahmen sind nur bei Gleichordnungskonzernen oder Schwestergesellschaften vorstellbar. Die Unternehmen dürfen also konzernmäßig verbunden sein, allerdings ohne Mutter-Tochter-Verhältnis¹⁷⁸. Diese Inkompatibilitäten werden auch im § 189a UGB geregelt¹⁷⁹.

IdR bestehen keine speziellen Vorschriften – anders als § 125 AktG – die einen Stimmrechtsausschluss eines Aufsichtsratsmitglieds vorsehen. D.h., dass Aufsichtsräte immer mitstimmen dürfen. Bei Vorliegen von Befangenheit ist jedoch von einem Ausschluss vom Stimmrecht auszugehen, auch wenn dies im Gesetz nicht speziell geregelt wird. Das Verbot bedeutet aber nicht unmittelbar ein Teilnahmeverbot. Dieses kann erst bei schwerwiegenden Kollisionen begründet werden, wie z.B. um Missbrauch auszuschließen, wie etwa in Konkurrenzsituationen. Im Fall von langfristigen Interessenskollisionen ist eine Amtsniederlegung vorgesehen. Ein Interessenskonflikt ist des Weiteren ein wichtiger Grund für eine Abberufung¹⁸⁰. Der Kodex sieht Stimmenenthaltung für Arbeitnehmer- und Kapitalvertreter vor¹⁸¹.

3.3.2. Geheimhaltung und Vertraulichkeit

Informationen, die der Aufsichtsrat vom Vorstand erhält, unterliegen strikter Vertraulichkeit und Geheimhaltung¹⁸². Wird die Vertraulichkeit nicht ausreichend gewahrt, so könnte das dazu führen, dass der Vorstand die Informationsweitergabe gelegentlich beschränkt. Aus der rechtlichen Sicht ist dies unzulässig, weil durch eine derartige Beschränkung von Informationen das Aufsichtsorgan seine Pflichten nicht ausreichend wahrnehmen kann. Zur Sicherung der Geheimhaltung und Vertraulichkeit all dieser Informationen muss vom Vorstand und vom Aufsichtsratsvorsitzenden ein passendes Konzept ausgearbeitet werden¹⁸³.

¹⁷⁷ Vgl. *Frotz / Schörghofer* (2016), § 25 Rz 16

¹⁷⁸ Vgl. *Kalss /Schimka* (2016), § 2 Rz 56

¹⁷⁹ Vgl. *Frotz / Schörghofer* (2016), § 25 Rz 16

¹⁸⁰ Vgl. *Kalss*, AktG § 92 Rz 88ff

¹⁸¹ Vgl. L-59 ÖCGK

¹⁸² Vgl. *Semler* (1999), A Rz 183

¹⁸³ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 184

Nach *Lutter* ist ein Aufsichtsrat ein Innenorgan, das die Gesellschaft nach außen nicht vertreten kann. Die Weitergabe von Informationen hingegen ist Teil der Leitungstätigkeit und obliegt grundsätzlich dem Vorstand. Nur wenn die Offenlegung einen wesentlichen Nachteil beseitigen kann, können der Gesamtaufsichtsrat oder einzelne Mitglieder eine eigenständige Entscheidung über die Offenlegung treffen¹⁸⁴. Grds liegt es im Ermessen des jeweiligen Vorstands, ob ein Geheimhaltungsinteresse vorliegt, da er als Leitungsorgan der Gesellschaft auch für den Umgang mit Informationen zuständig ist¹⁸⁵. Über bestimmte Informationen, bei denen ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht, muss jedenfalls geschwiegen werden¹⁸⁶.

Eine detaillierte Antwort auf die Frage, ob Aufsichtsratsmitglieder selbst Entscheidungen über Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen treffen dürfen, finden Sie in Kap. 5.3.

¹⁸⁴ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 284

¹⁸⁵ Vgl. *Torggler* (2013), S. 1217; *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 261

¹⁸⁶ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 287

4. Pflichten des Aufsichtsrates

Jedes Aufsichtsratsmitglied ist zur Sorgfalt und Verantwortlichkeit verpflichtet. Die sinnngemäße Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen des § 84 AktG für den Vorstand bezieht sich vor allem auf die Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflichten bei der Wahrnehmung seiner Überwachungstätigkeit. In diesem Kapitel werden die aufsichtsrätlichen Pflichten gegenüber der Gesellschaft behandelt. Des Weiteren werden die Sanktionen bei Verletzung dieser Pflichten dargestellt.

4.1. Sorgfaltspflicht

Die Sorgfaltspflicht besagt, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Pflichten sorgfältig wahrnehmen müssen, schulden aber in diesem Zusammenhang keinen Erfolg¹⁸⁷. § 99 AktG gilt für alle Aufsichtsratsmitglieder ohne Rücksicht darauf, wie sie zum Amt gekommen sind¹⁸⁸. Diese sind verpflichtet, ihre Aufgaben und Funktion sorgfältig wahrzunehmen¹⁸⁹. Grds entspricht die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder jener der Vorstandsmitglieder. Die Kernaussage bezieht sich auf die Beachtung des Unternehmenswohls, wobei die unterschiedlichen Interessen der Anteilseigner, Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit gleichermaßen berücksichtigt werden müssen. Aufsichtsratsmitglieder unterliegen einem objektiven Sorgfaltsmaßstab, laut welchem sie die nebenamtliche Überwachungsfunktion ordentlich und gewissenhaft ausüben¹⁹⁰. Ein Mitglied des Aufsichtsrates muss daher mit den Angelegenheiten der Gesellschaft vertraut sein, Unterlagen kritisch und sorgfältig prüfen und seine Meinung vertreten. Im Mittelpunkt der Amtsausübung stehen das Unternehmensinteresse und die Treue zur Gesellschaft¹⁹¹. Um sorgfältig handeln zu können, muss ein Aufsichtsratsmitglied nach hL¹⁹² fähig sein, ohne die Hilfe von Sachverständigen Berichte des Vorstands und Vorgänge im Unternehmen

¹⁸⁷ Vgl. *Schauer* (2016), Rz 13

¹⁸⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 3

¹⁸⁹ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 5

¹⁹⁰ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3890

¹⁹¹ Vgl. *Semler* (1999), Rz A 207

¹⁹² Vgl. *Schauer* (2016), § 45 Rz 20ff; vgl. *Kalss*, AktG § 96 Rz 42

sachgerecht zu beurteilen. Nach einer strengeren Auffassung muss ein Aufsichtsratsmitglied daher sogar mehr Wissen und Erfahrung nachweisen können als ein durchschnittlicher Kaufmann. Des Weiteren wird erwartet, dass ein Aufsichtsrat fähig ist, schwierige betriebswirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen, zu verstehen und ihre Auswirkung auf das Unternehmen zu beurteilen¹⁹³. Die Sorgfaltsanforderungen gelten als erfüllt, wenn ein Aufsichtsratsmitglied bestimmte Grundkenntnisse aus der Betriebswirtschaft, den sogenannten Common body of knowledge¹⁹⁴, wie z.B. Analyse von Bilanzen, nachweisen kann¹⁹⁵. Als weitere Beispiele können ein Verständnis von Marktmechanismen und das Erkennen der Notwendigkeit, einen Sachverständigen beizuziehen, genannt werden¹⁹⁶. Auch juristisches Wissen ist von Vorteil, um regelkonform wirken zu können. Es wird daher erwartet, dass jedes Aufsichtsratsmitglied über rechtliches Grundwissen verfügt, wobei allerdings das juristische Know-how eines Rechtsanwalts nicht erforderlich ist¹⁹⁷.

Weitere Anforderungen sind unternehmensspezifisch und hängen von der Art der Tätigkeit und der Unternehmensgröße ab. Ein Mangel an bestimmten Qualifikationen kann nicht von einer allfälligen Haftung befreien¹⁹⁸.

4.2. Treuepflicht

Die Aufsichtsratsmitglieder sind grds in der Wahrnehmung ihrer Pflichten zur Treue verpflichtet. Treuepflicht bedeutet die Wahrung der Unternehmensinteressen¹⁹⁹. Zu unterscheiden ist dabei allerdings, ob diese Treuepflicht inner- oder außerhalb der Funktion wahrgenommen wird²⁰⁰.

Werden Interessenskonflikte nicht beachtet oder agiert ein Mitglied im Eigeninteresse und verletzt damit das Gesamtinteresse des Unternehmens, so liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht vor²⁰¹. Die Interessen Dritter, die sich aus vertraglichen Pflichten oder auf

¹⁹³ Vgl. OGH, 26.02.2002, 1 Ob 144/01k

¹⁹⁴ Vgl. *Kalss / Schimka* (2016), § 2 Rz 4

¹⁹⁵ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3891; *Lutter*, RdW 1987, S. 315

¹⁹⁶ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 6

¹⁹⁷ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 2

¹⁹⁸ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3891

¹⁹⁹ Vgl. *Schauer* (2016), § 45 Rz 13

²⁰⁰ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 24

²⁰¹ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3030

Grund von beruflicher Stellung ergeben, sind dabei von untergeordneter Bedeutung. Ein Aufsichtsratsmitglied kann darauf eine eigene Interessenskollision nicht entlastet werden²⁰². Gehört es den Organen von zwei Unternehmen an, beispielsweise in einem Konzern, kann die Pflichterfüllung gegenüber einer Gesellschaft eine Pflichtverletzung gegenüber der anderen nicht rechtfertigen²⁰³.

Die Aufsichtsratsmitglieder sind gegenüber der Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet. Anzumerken ist, dass es sich beim Gesellschaftswohl um keinen festgelegten Maßstab handelt, sondern um einen Leitfaden, der einen gewissen Spielraum für Entscheidungen zulässt. Im Sinne des Unternehmenswohls müssen unterschiedliche Interessen gegeneinander abgewogen und optimiert werden. D.h., dass unterschiedliche mit der Gesellschaft verbundene Interessen vom Aufsichtsrat berücksichtigt werden dürfen und sollen. Eine Unterstützung von Partikularinteressen bei der Entscheidungsfindung ist per se nicht jedenfalls ein Verstoß gegen die Treuepflicht²⁰⁴. Ein Verstoß beginnt erst dort, wo ein Partikularinteresse keinen Bezug zum Unternehmenswohl hat bzw. diesem entgegensteht. Schadet das Partikularinteresse der Gesellschaft, liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht vor²⁰⁵.

Wird eine Interessenskollision vermutet, so ist es möglich, dass das Aufsichtsratsmitglied von der Entscheidung oder sogar bereits von der Entscheidungsfindung Abstand nehmen muss²⁰⁶. In einer solchen Situation kann geboten sein, dass ein Mitglied von den Beratungen ausgeschlossen wird²⁰⁷. In Sonderfällen kann die Treuepflicht sogar verlangen, dass das Mitglied sein Mandat niederlegt²⁰⁸ oder gar nicht wahrnimmt²⁰⁹. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Stimmenthaltung bei der Entscheidung keine zufriedenstellende Lösung des Interessenskonflikts ermöglicht²¹⁰. Besteht beispielsweise eine dauerhafte Interessenskollision, muss das Mitglied von den Sitzungen ausgeschlossen werden. Dies

²⁰² Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 25

²⁰³ Vgl. *Doralt* (1999), M Rz 34

²⁰⁴ Vgl. *Anders* in *Schima*, GesRZ 2007, S. 96

²⁰⁵ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 29

²⁰⁶ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3030

²⁰⁷ Vgl. *Doralt* (1999), M Rz 36

²⁰⁸ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3030; *Doralt* (1999), M Rz 36; *Semler* (1999), B Rz 88

²⁰⁹ Vgl. *Lutter*, RdW 1987, S. 318; *Kunz* (2016), § 4 Rz 88ff

²¹⁰ Vgl. *Doralt* (1999), M Rz 36

widerspricht der Treuepflicht, weil das Mandat nicht mehr pflichtgemäß ausgeübt werden kann²¹¹.

Als Beispiel der Verletzung der Treuepflicht kann insbesondere die Stimmabgabe in einer Sitzung genannt werden, wenn dadurch ein Beschluss zustande kommt, der der Gesellschaft schaden kann. Schadenersatzpflichtig sind nicht nur jene Mitglieder, die für einen gesellschaftsschädigenden Beschluss gestimmt haben²¹².

Es gibt grds kein Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder²¹³. Die allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Gesellschaftswohl ist mit der Interessensverfolgung Dritter idR kompatibel²¹⁴. Die Aufsichtsratsmitglieder dürfen Geschäftschancen nutzen, sofern diese nicht mit dem Amt verbunden sind²¹⁵. Stimmt eine persönliche Geschäftschance für das Aufsichtsratsmitglied mit den Unternehmensinteressen überein, ist das Mitglied berechtigt, von dieser Chance Gebrauch zu machen²¹⁶.

Es ist dabei allerdings verboten, Informationen, die die Mitglieder im Rahmen ihrer Amtstätigkeit erhalten, für Eigeninteresse oder Interessen Dritter zu Lasten der Gesellschaft zu nutzen. Die Nutzung von Insiderinformationen im Eigeninteresse ist treuepflichtwidrig, wenn dadurch ideelle Unternehmensinteressen beeinträchtigt werden, z.B. könnte die Öffentlichkeit dadurch ihr Vertrauen in das Unternehmen verlieren. Insidergeschäfte sind daher immer treuepflichtwidrig²¹⁷.

Aufsichtsratsmitglieder dürfen ihre Organstellung nicht zum Schaden der Gesellschaft ausnutzen. Dies ist auch dann anzuwenden, wenn ein Mitglied vertraglich gegenüber einem Dritten verpflichtet ist – sprich bei Entsendung. Ein Vorbehalt ist aber bei der Wahrung von Konzerninteressen zu machen. Ist die Muttergesellschaft berechtigt, die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft zu beeinflussen, kann auch das entsandte Aufsichtsratsmitglied von seiner Amtsposition zugunsten der Muttergesellschaft Gebrauch machen. Im faktischen Konzern ist dies allerdings nur unter Nachteilsausgleich möglich²¹⁸. Unter Nachteilsausgleich versteht man, dass eine nachteilige Maßnahme durchgeführt werden

²¹¹ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 100 Rz 22

²¹² Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3031

²¹³ Vgl. *Doralt* (1999), M Rz 37; *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 31

²¹⁴ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 26

²¹⁵ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 31; *Kalss*, AktG § 99 Rz 20

²¹⁶ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 20

²¹⁷ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 21

²¹⁸ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 32

darf, wenn das übergeordnete Unternehmen die Nachteile, die aus dieser Maßnahme resultieren, dem abhängigen Tochterunternehmen unverzüglich und vollständig ausgleicht²¹⁹.

4.3. Verschwiegenheitspflicht

Die gesetzlich vorgesehene Verschwiegenheitspflicht ist die Grundsäule des vertrauensvollen Informationsaustausches innerhalb einer Gesellschaft²²⁰. Die Pflicht zum Schweigen stellt ein typisches Merkmal der Treuepflicht dar. Dies gilt auch dann, wenn die Verschwiegenheitspflicht nur implizit im Vertrag geregelt ist²²¹. Die Verschwiegenheitspflicht betrifft vor allem das Tätigwerden außerhalb der Organfunktion²²². Sie gilt jedenfalls nicht gegenüber dem Vorstand und anderen Aufsichtsratsmitgliedern²²³. Sie gilt außerdem für alle Aufsichtsratsmitglieder im gleichen Ausmaß²²⁴.

Ein Aufsichtsratsmitglied ist grds hinsichtlich vertraulicher Angaben des Unternehmens gem. § 84 Abs 1 AktG gleichermaßen wie der Vorstand zur Verschwiegenheit verpflichtet. Unter diese Angaben fallen alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wobei die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zur Haftung oder auch zur Abberufung führen können²²⁵. Die Informationen, die außerhalb der Organausübung erlangt wurden, unterliegen zwar keiner Verschwiegenheitspflicht, können aber bei unsachgemäßer Verwendung oder Offenlegung als Verstoß gegen die Treuepflicht eingestuft werden²²⁶.

Die Verschwiegenheitspflicht ist nicht absolut. In bestimmten Situationen kann sie begrenzt werden, beispielsweise durch das Interesse des Unternehmens und durch Gesichtspunkte der Zumutbarkeit²²⁷. Hier gelten dieselben Regelungen wie für den Vorstand, die sich aus § 84 AktG ergeben. Die Beachtung der Verschwiegenheitspflicht kann unter bestimmten

²¹⁹ Vgl. *Doralt / Dierger* AktG³ § 15 Rz 80

²²⁰ Vgl. *Miksch* (2019), S. 4

²²¹ Vgl. *Engelbrecht / Horak*, *ecolx* 2019, S.527

²²² Vgl. *Habersack*, *MüchKomAktG* § 116 Rz 53

²²³ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3029

²²⁴ Vgl. *Mertens / Cahn*, *AktG II*³ § 116 Rz 39

²²⁵ Vgl. *Fritz* (2007), Rz 3797

²²⁶ Vgl. *Habersack*, *MüchKomAktG* § 116 Rz 53

²²⁷ Vgl. *Mertens / Cahn*, *AktG II*³ § 116 Rz 41

Umständen auch unzumutbar sein. Ein Beispiel dazu ist die Situation, wenn das Aufsichtsratsmitglied sich auf keine andere Weise vor Abberufung oder gegen persönliche Schadenersatzansprüche wehren kann²²⁸. Zu beachten ist dabei allerdings, dass die umfassende und allgemeine Verpflichtung, Schaden vom Unternehmen abzuwenden, nicht den Aufsichtsratsmitgliedern obliegt. Erst wenn alle angemessenen, gesellschaftsinternen Einwirkungsmöglichkeiten ausgeschöpft wurden, darf der Aufsichtsrat die Verschwiegenheitspflicht durchbrechen und geschützte Informationen an die Öffentlichkeit weitergeben, um diesen schweren Schaden vom Unternehmen abzuwenden²²⁹.

Gelockert wird die Verschwiegenheitspflicht auch im Konzerninteresse: In einem Vertragskonzern können Aufsichtsratsmitglieder von der Verschwiegenheitspflicht entbunden werden, wenn sie zugleich Vorstandsmitglieder der Muttergesellschaft und für die einheitliche Leitung der Tochtergesellschaft verantwortlich sind. Sofern die Informationsweitergabe der einheitlichen Leitung dient, dürfen alle hierfür notwendige Informationen an die Muttergesellschaft weitergegeben werden. Die Lage in einem faktischen Konzern ist allerdings strittig. Die Begrenzung der Verschwiegenheitspflicht muss bejaht werden, weil die einheitliche Leitung auch in einem faktischen Konzern zulässig ist²³⁰.

4.4. Sanktionen und Haftung

Werden die Pflichten fahrlässig oder vorsätzlich vernachlässigt, müssen Sanktionen verhängt werden. Neben der Abberufung und Schadenersatzforderungen können Aufsichtsratsmitglieder nach StGB auch mit einer Freiheitsstrafe bestraft werden. Im folgenden Unterkapitel werden mögliche Sanktionen iZm der Verletzung der Treue-, Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht dargestellt.

²²⁸ Vgl. *Fleischer*, Grosskommentar § 93 Rz 206

²²⁹ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 17

²³⁰ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 42

4.4.1. Innenhaftung

Grds kann der Aufsichtsrat zu Innen- oder zu Außenhaftung herangezogen werden²³¹. Gem. § 84 Abs 2 AktG ist ein Aufsichtsratsmitglied, das vorsätzlich oder fahrlässig die Verschwiegenheitspflicht verletzt, dem Unternehmen zum Schadenersatz verpflichtet. Gibt es einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht, geht die Vertrauensgrundlage zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied verloren. In diesem Sinne ist auch die weitere Kooperation mit diesem Mitglied unzumutbar²³². Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder wird nur mittelbar im Aktiengesetz geregelt. Die Bestimmungen des § 84 AktG regeln die Haftung des Vorstands und finden gemäß § 99 AktG für den Aufsichtsrat nur sinngemäße Anwendung, weil sich die Pflichten dieser zwei Organe unterscheiden²³³.

Die Aufsichtsratsmitgliederhaftung kann weder beschränkt noch im vertraglichen Wege ausgeschlossen werden. Die Haftung bezieht sich nicht auf Erfolg, sondern auf Verschulden²³⁴. Im Falle eines pflichtwidrigen Verhaltens haftet ein Aufsichtsratsmitglied ohne Rücksicht darauf, ob es im obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat sitzt²³⁵. Es spielt auch keine Rolle, ob es sich um ein gewähltes oder entsandtes Mitglied handelt²³⁶. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften gegenüber der Gesellschaft solidarisch. Ein Regressanspruch gegenüber den anderen zur Haftung verpflichteten Mitgliedern des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung besteht im Innenverhältnis²³⁷.

Verletzt ein Aufsichtsratsmitglied seine Pflichten und verursacht dadurch einen bloßen Vermögensschaden der Gesellschaft, ist dieses Mitglied zu Schadenersatz verpflichtet. Obwohl die Gesamtschuldnerschaft gilt, kann idR keine kollektive Verantwortung allen Aufsichtsratsmitgliedern vorgeschrieben werden²³⁸. Die Gesellschaft muss ihrerseits einen Schadensnachweis, die Höhe des Schadens und einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verhalten des Mitglieds vorlegen. Das Aufsichtsratsmitglied muss

²³¹ Vgl. *Schauer* (2016), § 45 Rz 3

²³² Vgl. *Miksch* (2019), S. 6

²³³ Vgl. *Schauer* (2016), § 45 Rz 8f

²³⁴ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 5; *Schauer* (2016), § 45 Rz 3f

²³⁵ Vgl. OGH, 26.2.2002 1 Ob 144/01k

²³⁶ Vgl. *Muhri* (2019), S. 48

²³⁷ Vgl. *Muhri* (2019), S. 49

²³⁸ Vgl. *Kittner / Köstler / Zachert* (1995), Rz 698

gegenteilig nachweisen, dass es sorgfältig gehandelt hat²³⁹. Ein immaterieller Schaden kann beispielsweise iZm § 16 Abs 2 UWG eintreten, wie es im Falle der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen ist²⁴⁰. Ein immaterieller Schaden kann hierbei nicht nur bei direkter Weitergabe, sondern auch allein durch das Risiko des Schadenseintritts entstehen²⁴¹.

Rechtswidrigkeit liegt bei Pflichtverletzung vor. Die Aufsichtsratsmitglieder können insbesondere durch ihr Mitwirken iZm genehmigungspflichtigen Geschäfte gem. § 95 zur Haftung herangezogen werden. Die Überwachung und Kontrolle iZm Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung stellen eine weitere wichtige Pflicht dar²⁴². Interessanterweise beschloss der OGH²⁴³, dass, obwohl der Aufsichtsrat auch die Bilanzpolitik bzw. die Geschäftsführungsmaßnahmen zu überprüfen hat, der Bericht über die Abschlussprüfung die wichtigste Grundlage für die Beurteilung der Bilanzpolitik des Vorstands darstellt. Gibt es unbedenkliche Prüfergebnisse, wie z.B. einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk, gibt es keine Handlungspflicht. Erst bei offensichtlich wahrheitswidrigen und widersprüchlichen Angaben sei der Aufsichtsrat verpflichtet, der Sache nachzugehen und sie aufzuklären²⁴⁴. *Strasser*²⁴⁵ lehnt diese Auffassung ab. Der Aufsichtsrat dürfe sich bei der Feststellung des Jahresabschlusses ohne Nachprüfung auf die Abschlussprüfung nicht verlassen. Der Aufsichtsrat braucht zwar die Abschlussprüfung nicht zu wiederholen, muss aber die Ordnungsmäßigkeit und Unbedenklichkeit des Abschlusses selbst beurteilen können²⁴⁶. Das Gericht urteilte allerdings, dass der Aufsichtsrat nicht pflichtwidrig gehandelt habe; es sah keine grobe Fehlbeurteilung und somit keine Haftung²⁴⁷.

Die weiteren Pflichten, die bei Verletzung eine Haftung auslösen können, sind etwa die Einhaltung der Geschäftsordnung, das Einwirkung auf den Vorstand, sachgerechte

²³⁹ Vgl. *Kittner / Köstler / Zachert* (1995), Rz 701

²⁴⁰ Vgl. *Schauer* (2016), § 45 Rz 11

²⁴¹ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 260

²⁴² Vgl. *Muhri* (2019), S. 49; *Fritz* (2007), Rz 3890

²⁴³ Vgl. OGH, 22.05.2003, 8 Ob 262/02s

²⁴⁴ Vgl. OGH, 22.05.2003 8 Ob 262/02s; auch *Welser* (2018), S. 180; *Hartig* (2019), S. 825

²⁴⁵ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 99 Rz 35

²⁴⁶ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 95 Rz 55

²⁴⁷ Vgl. OGH, 22.05.2003, 8 Ob 262/02s

Entscheidungen, Abberufung und Bestellung von Vorstandsmitgliedern und ausnahmsweise Pflichten bezüglich der Vertretung des Unternehmens²⁴⁸.

Ein Aufsichtsratsmitglied muss selbst beweisen, dass es seine Pflichten ordentlich und gewissenhaft erfüllt hat. Es muss einen Beweis vorlegen, dass kein Verschulden vorliegt bzw. dass der Aufsichtsrat seine Pflichten vollständig erfüllt hat. Die Beweisvorlage ist insbesondere schwierig, wenn der Vorwurf einer pflichtwidrigen Unterlassung erhoben wird²⁴⁹.

4.4.2. Strafrechtliche Haftung

Gem. § 153 StGB wird Untreue pönalisiert. Untreue ist definiert als wissentliche Vermögensschädigung durch Machtmissbrauch²⁵⁰. Missbrauch bedeutet befugte Hinwegsetzung über Begrenzungen und Regelverstoß, bei dem das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten gefährdet wird²⁵¹. Für den Aufsichtsrat ist diese Norm insoweit wichtig, weil die Mitglieder nur dann direkte Täter der Untreue sein können, wenn der Aufsichtsrat die Gesellschaft nach außen hin vertritt. Die Kompetenz zur Vertretung ist gesetzlich im § 97 AktG eingeräumt, wonach der Aufsichtsrat befugt ist, Rechtsgeschäfte mit Mitgliedern des Vorstands zu führen. Eine derartige Befugnis kann auch im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Daraus folgt, dass die bloße Befugnis zur Überwachung gem. § 95 Abs 1 AktG oder Zustimmungsbefugnis gem. § 95 Abs 5 AktG keine unmittelbare Täterschaft der Untreue aufweisen kann²⁵².

Der Missbrauch kann auch dann vorliegen, wenn die Handlung unterlassen wurde²⁵³. Die Organstellung begründet die Garantenstellung. Daraus kann eine Obhutsgarantie abgeleitet werden, die den Aufsichtsrat zur Handlung verpflichtet²⁵⁴. Daher übernehmen Aufsichtsratsmitglieder eine Obhutsgarantenstellung zum Vermögensschutz der

²⁴⁸ Vgl. *Muhri* (2019), S. 49

²⁴⁹ Vgl. *Muhri* (2019), S. 49

²⁵⁰ Vgl. *Kirchbacher / Sadoghi*, WK² StGB § 153 Rz 2/6

²⁵¹ Vgl. *Kirchbacher / Sadoghi*, WK² StGB § 153 Rz 28

²⁵² Vgl. *Koukol*, GRAU 2021, S. 81

²⁵³ Vgl. *Kirchbacher / Sadoghi*, WK² StGB § 153 Rz 30

²⁵⁴ Vgl. *Hartig* (2019), S. 817

Gesellschaft²⁵⁵. Aufsichtsratsmitglieder können auf diese Weise für Untreue durch Unterlassen gem. § 153 StGB bestraft werden²⁵⁶.

In der österreichischen Judikatur können die strafrechtlichen Risiken gem. § 153 StGB mit den Sorgfaltspflichten gem. § 84 AktG anhand des Falls *BAWAG*²⁵⁷ veranschaulicht werden. In der Entscheidung handelt es sich um die Strafbarkeit eines Vorstandsmitglieds, das ohne ausreichende Überlegung einen Kredit gewährt hat. Das Urteil wurde allerdings auch kritisiert: Es wird bestritten, dass eine Kreditvergabe an einen finanzschwachen, aber nicht insolventen Schuldner keine Untreue begründe, auch wenn das Verlustrisiko wesentlich ist. Die Untreue solle kein Vermögensgefährdungsdelikt sein, sondern ist ein Schädigungsdelikt. Der vorliegende Fall erfülle des Weiteren die Voraussetzung des Eventualvorsatzes nicht²⁵⁸.

Für den Aufsichtsrat ist diese Entscheidung insoweit wichtig, weil für ihn dieselbe Sorgfaltspflichten gelten wie für den Vorstand. Die Aufgaben, die im § 92 AktG vorgeschrieben sind, sprich Überwachung des internen Kontrollsystems, Risikomanagement usw., bringen somit ein großes Haftungspotenzial mit sich. Stellt ein Aufsichtsratsmitglied fest, dass diese Systeme nicht vorhanden oder nicht funktionsfähig sind, kann es zur Haftung herangezogen werden, wenn es keine entsprechende Handlung setzt²⁵⁹.

Zu den Sanktionen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht siehe Kap. 6.

4.4.3. Abberufung

Eine weitere Sanktionsmöglichkeit bei pflichtwidrigem Handeln ist eine gerichtliche Abberufung gem. § 87 Abs 10 AktG²⁶⁰. Gerichtlich können nur solche Aufsichtsratsmitglieder abberufen werden, die durch einen einfachen Beschluss der Generalversammlung gewählt wurden²⁶¹. Die Abberufung bedarf wiederum eines wichtigen Grundes²⁶².

²⁵⁵ Vgl. *Kirchbacher / Sadoghi*, WK² StGB § 153 Rz 89

²⁵⁶ Vgl. *Koukol*, GRAU 2021, S. 83; anders in *Ruhm*, RdW 2005, S. 813

²⁵⁷ Vgl. OGH, 23.12.2010, 14 Os 143/09z

²⁵⁸ Vgl. *Lewisch*, AnwBl 2012, S. 142ff

²⁵⁹ Vgl. *Hartig* (2019), S. 820

²⁶⁰ Vgl. *Welser* (2018), S. 184

²⁶¹ Vgl. *Kalss*, AktG § 87 Rz 69

²⁶² Vgl. *Kalss*, AktG § 87 Rz 68

Bei Pflichtverletzung hat die Minderheit der Hauptversammlung, die 10vH Anteile des Grundkapitals ausmacht, den Antrag beim Gericht zu stellen. Die Möglichkeit zur Antragstellung für eine gerichtlichen Abberufung steht nur den Aktionären zur Verfügung. Der Aufsichtsrat selbst hat keine Kompetenz dazu²⁶³. Nach dem Deutschen Aktiengesetz hingegen darf auch der Aufsichtsrat selbst einschreiten. Es ist zulässig, dass der Aufsichtsrat den Antrag beim Gericht selbst stellt, wenn ein Aufsichtsratsmitglied beispielsweise die Verschwiegenheitspflicht verletzt²⁶⁴.

²⁶³ Vgl. *Doralt* (2016), § 8 Rz 157

²⁶⁴ Vgl. *Marsch -Barner* (1999), J Rz 21

5. Verschwiegenheitspflichten allgemein

Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder steht im engen Zusammenhang mit den umfangreichen Informationsrechten des Aufsichtsrats. Da der Informationsfluss für die Wahrnehmung der Tätigkeit unvermeidbar ist, sind Aufsichtsratsmitglieder zur Vertraulichkeit und Geheimhaltung verpflichtet. In diesem Kapitel werden sowohl die Grundlagen der Verschwiegenheitspflicht als auch ihr Zusammenhang mit der Offenlegung dargestellt.

5.1. Gesetzliche Grundlagen

Das Aktiengesetz räumt Aufsichtsratsmitgliedern Rechte ein, die ihnen erlauben, Berichterstattung über die Gesellschaftsangelegenheiten inklusive der Ebenen des Konzerns zu verlangen. Zusätzlich sind ihnen Einsichts- und Prüfungsrechte bezüglich der Bücher, Vermögensgegenstände und Schriften des Unternehmens eingeräumt²⁶⁵. Im Licht solcher umfassenden und sensitiven Informationen ist es auch nicht überraschend, dass der Aufsichtsrat die Interessen des Unternehmens schützen muss²⁶⁶. Die Verschwiegenheitspflicht ist daher nicht nur im Aktiengesetz, sondern auch im UWG und StGB ausdrücklich geregelt²⁶⁷.

§ 84 Abs 1 Satz 2 iVm § 99 AktG verpflichtet Aufsichtsratsmitglieder zur Wahrung von vertraulichen Angaben und Geschäftsgeheimnissen²⁶⁸. Diese Norm ist ein Pendant zu den umfangreichen Informationsrechten des Aufsichtsrats²⁶⁹. Die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht gegenüber Dritten, Aktionären und dem Betriebsrat, allerdings nicht gegenüber den anderen Mitgliedern des Aufsichtsrates und jenen des Vorstands²⁷⁰.

Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht gilt für alle Mitglieder des Aufsichtsrates, egal ob sie Arbeitnehmervertreter oder Kapitalvertreter sind, da Arbeitnehmervertreter

²⁶⁵ Vgl. *Mitterlehner*, wbl 1997, S. 669

²⁶⁶ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 254; *Welser* (2012), S. 168

²⁶⁷ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 10

²⁶⁸ Vgl. § 84 AktG

²⁶⁹ Vgl. *Eckert / Schopper* AktG II⁶ § 99 Rz 30

²⁷⁰ Vgl. *Doralt* (1999), M Rz 30

dieselben Rechte und Pflichten haben und den Kapitalvertretern gleichgestellt sind²⁷¹. Die besondere Verschwiegenheitspflicht nach Arbeitsverfassungsgesetz gilt auch für Aufsichtsratsmitglieder, die vom Betriebsrat entsandt werden²⁷². IdR gilt, dass Arbeitnehmervertreter keine Berechtigung haben, dem Betriebsrat vertrauliche Angaben weiterzugeben, solange sie diese im Rahmen der Tätigkeitsausübung im Aufsichtsrat erlangt haben²⁷³. Allerdings kann die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht in gewissen Ausnahmefällen berechtigt sein²⁷⁴.

Die Auffassung, die früher in der Literatur vertreten wurde, dass Arbeitnehmervertreter einen anderen Umfang hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht haben, widerspricht dem heutigen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder. Die Geheimhaltung der Informationen, die den Organmitgliedern anvertraut wurden, gehört zu den unabdingbaren Voraussetzungen für Zusammenarbeit im Interesse der Gesellschaft. Nur wenn die Vertraulichkeit gewahrt werden kann, kann der Vorstand den Aufsichtsrat zur Entscheidungsfindung oder Problemlösung frühzeitig miteinbeziehen²⁷⁵.

Aufgrund von solchen Begrenzungen der Informationsweitergabe geraten Aufsichtsratsmitglieder oft in einen Interessenskonflikt und können von dem Entsender unter Druck gesetzt werden. Das Ziel der Entsendung ist es, Einblick in die Unternehmenslage zu gewinnen und die Interessen des Entsendungsberechtigten zu vertreten. Eine Bank entsendet beispielsweise einen Angestellten in den Aufsichtsrat eines Kreditunternehmens. Der Hauptgrund dieser Entsendung ist die Absicherung der Investition und des Informationsflusses über die Wirtschaftslage der Gesellschaft. Allerdings darf das Aufsichtsratsmitglied aufgrund der Verschwiegenheitspflicht keine solchen Informationen weitergeben. In der Praxis stellt sich allerdings heraus, dass der Entsandte fast immer die Interessen der Berechtigten vertritt²⁷⁶.

Die Verschwiegenheitspflicht kann als Ausfluss der aktienrechtlichen Treuepflicht angesehen werden²⁷⁷. Sie gilt entsprechend über die Amtszeit hinaus. Dabei ist es

²⁷¹ Vgl. Kalss (2016), § 26 Rz 18; Jabornegg, ArbVG § 110 Rz 265

²⁷² Vgl. Jabornegg, ArbVG § 110 Rz 262

²⁷³ Vgl. Kalss (2016), § 26 Rz 18; Kittel (2016), S. 104

²⁷⁴ Vgl. Jabornegg, ArbVG § 110 Rz 268

²⁷⁵ Vgl. Mertens / Cahn, AktG II³ § 116 Rz 39

²⁷⁶ Vgl. Kittel (2016), S. 104

²⁷⁷ Vgl. Welser (2012), S. 747; Gruber / Auer, GesRZ 2013, S. 173; Kalss (2016), § 26 Rz 13

unerheblich, auf welche Art die Informationen erworben wurden: Sowohl Abstimmungen als auch Beratungen und Protokolle sind idR geheim zu halten²⁷⁸.

Auch gem. ÖCGK sind alle Organmitglieder und involvierten Mitarbeiter verpflichtet, Vertraulichkeit zu bewahren²⁷⁹. Der ÖCGK beinhaltet einen Leitfaden für gute Unternehmensführung und ist somit für die österreichischen Aktiengesellschaften von großer Bedeutung. Der Zweck dieser Standards ist Transparenz und Sicherstellung einer nachhaltigen und verantwortlichen Leitung und Kontrolle von börsennotierten Aktiengesellschaften²⁸⁰.

Der Kodex wurde 2002 in Österreich erlassen. Die ersten Änderungen wurden 2015 vorgenommen, wodurch auch zusätzliche Regelungen zur Zusammenarbeit von Abschlussprüfer und Aufsichtsrat geschaffen wurden²⁸¹.

Die Verschwiegenheitspflicht schützt das Unternehmen vor wirtschaftlichen Nachteilen und ermöglicht eine effektive Überwachung durch den Aufsichtsrat. Bestehen Zweifel an der Vertraulichkeit, die der Hauptbestandteil der guten Corporate Governance ist, wird die Überwachungstätigkeit gefährdet. Das Aktiengesetz sowie ÖCGK stellen die Vertraulichkeit in den Vordergrund der Überwachungstätigkeit²⁸².

5.2. Meinungsfreiheit

Im deutschen Raum wurde der Gedanke entwickelt, dass die Verschwiegenheitspflicht am Grundrecht der individuellen Meinungsfreiheit gemessen werde. Dies würde dazu führen, dass die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht einschränkend zu interpretieren ist²⁸³, weil sie verfassungswidrig sei²⁸⁴. Die Meinungsfreiheit in Österreich wird durch Art 10 EMRK und Art 13 StGG geschützt und hat Verfassungsrang. Die Schweigepflicht hat dagegen das einfache Aktiengesetz und das einfachrechtliche Treuegebot gegenüber der

²⁷⁸ Vgl. Kittel (2016), S. 107

²⁷⁹ Vgl. ÖCGK L-9; Reicht-Rohrwig / Grossmayer, AktG II⁶ § 84 Rz 256

²⁸⁰ Vgl. Kittel (2016), S. 25

²⁸¹ Vgl. Kittel (2016), S. 25

²⁸² Vgl. Cervellini (2012), S. 163

²⁸³ Vgl. Marsch-Barner (1999), J Rz 5

²⁸⁴ Vgl. Kittner / Köstler / Zachert (1995), Rz 484

Gesellschaft als Grundlage²⁸⁵. D.h., dass die Verschwiegenheitspflicht wie jede gesetzlich vorgeschriebene Norm darauf überprüft werden muss, ob sie mit geltenden Grundrechten vereinbar ist²⁸⁶.

Diese Betrachtung findet aber wenig Unterstützung in der Literatur. Staatsbürger dürfen zwar ihre Meinungen äußern und bekannte Informationen verwenden, Aufsichtsratsmitglieder sind aber Organwalter, die einen rechtlichen Anspruch auf Informationen haben. D.h., dass sich die Aufsichtsratsmitglieder nicht auf eine subjektiv-eigene Meinungsfreiheit berufen können²⁸⁷.

Gesetzlich besteht ein Gebot der Amtsverschwiegenheit, d.h. die anerkannte Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Unternehmen, die im § 84 AktG steht und gem. § 99 AktG auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt. Bei der Gesetzesauslegung ist wiederum auf das Gesellschaftsinteresse Rücksicht zu nehmen. Dabei ist auch zu beachten, dass die Aufsichtsratsmitglieder freiwillig in den Interessensbereich des Unternehmens eintreten, die Gesellschaft ihrerseits die Aufsichtsratsmitglieder aber nicht ablehnen kann. Es handelt sich also nicht um persönliche Interessen einzelner Mitglieder, sondern um Interessen der Gesellschaft, die durch strenge Pflicht zur Verschwiegenheit geschützt werden sollen²⁸⁸. Es handelt sich, wie schon ausgeführt wurde, um fremdnützige Amtsausübung²⁸⁹.

5.3. Entscheidung über Offenlegung – Meinungsstand

Der Vorstand ist jenes Organ, das sowohl die Unternehmensinteressen als auch die Schadensgefahr am besten ermessen kann²⁹⁰. Im Falle einer Aktiengesellschaft wird auf die Willensbildung des Vorstands gezählt²⁹¹, da weder bestimmte Mitglieder noch der Gesamtaufsichtsrat für die Informationspolitik der Gesellschaft verantwortlich sind²⁹².

²⁸⁵ Vgl. Säcker (1979), S. 60

²⁸⁶ Vgl. Kittner / Köstler / Zachert (1995), Rz 485

²⁸⁷ Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 257

²⁸⁸ Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 258

²⁸⁹ Vgl. Marsch-Barner (1999), J Rz 5

²⁹⁰ Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 261

²⁹¹ Vgl. Kalss (2016), § 26 Rz 10

²⁹² Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 287

Ein besonderer Wille zur Geheimhaltung der Informationen des Vorstands ist nicht erforderlich. Der Vorstand kann Tatsachen selbst bekanntmachen oder den Aufsichtsrat ermächtigen, diese weiterzugeben²⁹³. Der Vorstand entscheidet also, ob ein Geheimnis an den Aufsichtsrat und seine Mitglieder oder an Dritte weitergegeben werden kann²⁹⁴. Objektive Betrachtung ist maßgeblich. Der Aufsichtsrat kann der Entscheidung über Geheimhaltung oder Offenlegung vertrauen²⁹⁵.

Bei einer Entscheidung über die Offenlegung befindet sich der Aufsichtsrat nicht selten im Interessenskonflikt. Einerseits steht er in Pflichtenkollision, nämlich zwischen der Pflicht, die Gesellschaftsinteressen zu vertreten und der Verschwiegenheitspflicht. Andererseits müssen das Verteidigungsrecht und die Verschwiegenheitspflicht betrachtet werden. Ein weiterer Konflikt entsteht im Rahmen eines zivil- oder strafrechtlichen Prozesses²⁹⁶.

In vielen Quellen wird der Vorstand des Unternehmens als Herr der Gesellschaftsgeheimnisse definiert²⁹⁷. Allgemein anerkannte Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht sind allerdings zulässig²⁹⁸.

Liegt die Offenlegung im objektiven Interesse der Gesellschaft, kann sich ein Aufsichtsratsmitglied selbst von der Verschwiegenheit entbinden, solange sich die Offenlegung auf ein Beratungsgeheimnis bezieht. Allerdings bleibt auch in diesem Fall der Vorstand Herr der Geheimnisse, da der Aufsichtsrat keine Vertretungsbefugnis hat, so *Koch*²⁹⁹.

Nach *Lutter*³⁰⁰ kann eine Information ausnahmsweise in Konfliktsituationen als äußerste Grenze weitergeben werden. Ein betroffenes Aufsichtsratsmitglied darf die Vertraulichkeitspflicht brechen, wenn die Verschwiegenheit unzumutbar ist. Kann beispielsweise die Weitergabe einen erheblichen Nachteil von der Gesellschaft abwenden, darf die Information selektiv und nur in geringem Ausmaß offengelegt werden. Der Aufsichtsrat darf selbst entscheiden, ob eine Information im Ausnahmefall offenbart werden

²⁹³ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 262

²⁹⁴ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 262; *Kalss* (2016), § 26 Rz 11

²⁹⁵ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 47; *Kalss* (2016), § 26 Rz 11

²⁹⁶ Vgl. *Welser* (2012), S. 167

²⁹⁷ Vgl. *Kalss* (2016) § 26 Rz 11; *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 259; *Hopt / Roth*, AktG Sonderausgabe § 116 Rz 225

²⁹⁸ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 11; *Welser* (2012), S. 173

²⁹⁹ Vgl. *Koch*, AktG¹⁵ § 116 Rz 10

³⁰⁰ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 283

darf. Ist ein anderer Aufsichtsrat oder auch ein anderes Organ der Meinung, dass Geheimhaltung geboten ist, muss er jedoch höchst sorgfältig vorgehen, wenn er seine Entscheidung abwägt. Ein Aufsichtsrat muss also an erster Stelle erklären können, warum eine Information an die Öffentlichkeit weitergegeben werden soll³⁰¹.

*Habersack*³⁰² sieht die Informationspolitik grds als Aufgabe des Vorstands, der nach Interessensabwägung Geheimnisse offenlegen darf. Den Aufsichtsratsmitgliedern ist es aber auch erlaubt, Informationen weiterzugeben. Diese dürfen im Allgemeinen aber keine unter die Verschwiegenheitspflicht fallenden Mitteilungen sein. Die Offenlegung von sensiblem, unternehmensbezogenem Wissen an Dritte, welches im Rahmen der Organstellung erworben wurde, ist verboten, wobei auch Aktionäre Dritte sind. Allerdings gem. Z 5.2. des Deutschen Corporate Governance Kodex darf der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit Investoren tätigkeitsspezifische Themen behandeln. Diese Kompetenz zur Kommunikation auf dem Kapitalmarkt kann die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht begründen. Die Entscheidung bezüglich der Offenlegung bedarf allerdings einer Ermächtigung durch den Gesamtaufsichtsrat.

Das österreichische Aktiengesetz bleibt bei uns allerdings die einzige rechtliche Grundlage für Aufsichtsratskommunikation. Somit muss der Investorendialog, der allerdings einen speziellen Sonderfall darstellt, gem. Z 5.2. wie er im deutschen Corporate Governance Kodex steht, mit Vorsicht ausgelegt werden. Der Gesamtaufsichtsrat kann allerdings die Vorschriften bezüglich der Verschwiegenheitspflicht in der Satzung des Aufsichtsrats gemeinsam mit dem Vorsitzenden adaptieren, um den Investorendialog sicherzustellen³⁰³.

Nach *Mertens / Cahn*³⁰⁴ ist der Vorstand für Informationspolitik zuständig, allerdings ist er kein Herr seiner eigenen Verschwiegenheit, da die Verschwiegenheitspflicht nicht nur durch Organe definiert werden kann. Jedes Aufsichtsratsmitglied kann eigene Entscheidungen nach sorgfältiger Interessensabwägung treffen. Im Rahmen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums können die Aufsichtsratsmitglieder die Interessen der Gesellschaft abwägen und eine Verlautbarung anregen. Die öffentliche Weitergabe von Informationen durch ein Aufsichtsratsmitglied ist allerdings als Pflichtverletzung anzusehen, wenn sie ohne

³⁰¹ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 287

³⁰² Vgl. *Habersack*, MünchKommAktG³ § 116 Rz 53ff

³⁰³ Vgl. *Krumpel*, AR aktuell 2019, S. 13ff

³⁰⁴ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 47ff – 44 letzter Satz

Abstimmung mit dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand erfolgt. Betrifft die Information einen Gegenstand, für den der Aufsichtsrat keine Kompetenz hat, handelt das Aufsichtsratsmitglied jedenfalls pflichtwidrig.

Für *Spindler*³⁰⁵ kann die Verschwiegenheitspflicht nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden. Kommt der Vorstand seinen Ad-hoc-Publizitätspflichten nicht nach, darf der Aufsichtsrat die Informationen offenlegen. Die Entbindung im Rahmen von strafrechtlichen Handlungen ist ebenfalls zulässig. Das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens ist primär. Die persönlichen Interessen des Aufsichtsratsmitglieds haben dabei keinen Vorrang. Die Pflichtenkollision ist keine sachliche Rechtfertigung für eine Durchbrechung. Unzumutbarkeit der Geheimhaltung kann allerdings im Falle der Rechtswahrung vorliegen: Muss das Aufsichtsratsmitglied sich gegen Abberufung oder rechtliche Vorwürfe wehren, darf es die Verschwiegenheitspflicht verletzen.

Nach *Welser*³⁰⁶ ist die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats Sache jedes einzelnen Mitglieds des Aufsichtsrats. Das Aufsichtsratsmitglied muss dabei eine Interessensabwägung durchführen und entscheiden, welche Informationen es weitergeben und in welchem Ausmaß die Verschwiegenheitspflicht verletzt werden darf. Hier müssen die jeweiligen Vor- und Nachteile berücksichtigt werden, die mit der Offenlegung verbunden sind. Die Gesellschaftsinteressen stehen an erster Stelle, es ist aber zulässig das Eigeninteresse des Aufsichtsrats zu berücksichtigen.

Obwohl eine Besprechung über die Entbindung mit dem Gesamtorgan hilfreich sein kann, bleibt die Verantwortung über eine Offenlegung beim einzelnen Mitglied. Die Grenzen der Geheimhaltung dürften jedenfalls dann überschritten werden, wenn die Geheimhaltung unzumutbar ist³⁰⁷.

Eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht kann nach *Strasser*³⁰⁸ zulässig sein, wenn der Aufsichtsrat persönlich erheblich betroffen ist. Die Geheimhaltung muss dabei auch nach sorgfältiger Interessensabwägung unzumutbar sein.

³⁰⁵ Vgl. *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 110ff

³⁰⁶ Vgl. *Welser* (2012), S. 170f; *Welser* (2012), S. 758

³⁰⁷ Vgl. *Welser* (2012), S. 172

³⁰⁸ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 84 Rz 95

Nach *Kalss*³⁰⁹ hat die Verschwiegenheitspflicht keine absolute, sondern nur eine relative Wirkung. In Ausnahmefällen ist die Offenlegung von Informationen zulässig, wie etwa um einen schweren Schaden an der Gesellschaft abzuwenden. Strategisch relevante Daten dürfen auch selektiv offengelegt werden, falls die Bekanntgabe im Unternehmensinteresse ist. In dieser Betrachtung ähnelt diese Aussage der von *Lutter* vertretenen Meinung. Andererseits verweist *Kalss* auf die Auffassung von *Welser*, dass Aufsichtsratsmitglieder sich selbst von der Verschwiegenheit entbinden können, wenn sie Informationen an Dritte offenlegen wollen. In einer älteren Ausgabe³¹⁰ lehnte sich *Kalss* stark an die Meinung, dass der Vorstand der „Herr der Geheimnisse“ sei. *Kalss* schrieb 2010: „*Der Vorstand der Gesellschaft ist der Souverän der Gesellschaftsgeheimnisse; Zugleich hat [der Aufsichtsrat] sich [der Entscheidung des Vorstands] aber auch zu unterwerfen*“. Wie *Welser*³¹¹ schon 2012 richtigerweise betont hat, gibt es keine Rechtfertigung für diese Meinung, weil in gewissen Fällen die beiden Organe entscheiden sollen, welche Informationen offengelegt werden dürfen. Steht beispielsweise der Vorstand unter Verdacht, darf er die Grenzen der Verschwiegenheit für den Aufsichtsrat nicht festsetzen. Darüber hinaus gelten dieselben aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflichten für beide Organe. Hat der Vorstand das Recht, sich selbst von der Verschwiegenheit zu entbinden, muss dieses Recht auch dem Aufsichtsrat zustehen.

Auch *Kunz*³¹² ist der Rechtsansicht, dass sich Aufsichtsratsmitglieder selbst von der Verschwiegenheitspflicht entbinden können, wenn die Weitergabe von Informationen im Gesellschaftsinteresse liegt. Er führt aus, dass die Durchbrechung der Schweigepflicht nicht nur in einer Konzernkonstellation zulässig ist, sondern auch für einen entsendungsberechtigten Aktionär. Des Weiteren ist die Offenlegung durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder berechtigt, wenn dadurch ein größerer Schaden abgewendet wird oder im Falle der Unzumutbarkeit der Geheimhaltung.

Nach *Kittel*³¹³ hat die Verschwiegenheitspflicht auch keine absolute Geltung. Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ist zulässig, wenn die Weitergabe im

³⁰⁹ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 23ff

³¹⁰ Vgl. *Kalss* (2010), § 19 Rz 11

³¹¹ Vgl. *Welser* (2012), S. 169

³¹² Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 13

³¹³ Vgl. *Kittel*, GRAU 2021, S. 46

Unternehmensinteresse ist oder wenn die Geheimhaltung unzumutbar ist. Vertrauliche Informationen dürfen von Aufsichtsratsmitgliedern weitergegeben werden, wenn sie beispielsweise im Zusammenhang mit diesen Informationen öffentlich bzw. persönlich angegriffen werden. Die Offenlegung ist aber nur im äußersten Notfall erlaubt.

Auch *Marsch-Barner*³¹⁴ weist auf die Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht hin, die nur zur Abwendung eines erheblichen Nachteils zulässig sind. Die Offenlegung ist auch dann erlaubt, wenn ein Aufsichtsratsmitglied sich gegen Kritik wehren muss und wenn die Geheimhaltung unzumutbar ist.

5.4. Dauer der Verschwiegenheitspflicht

Die Dauer der Verschwiegenheitspflicht ist von mehreren Umständen abhängig. Zweifellos endet sie spätestens dann, wenn eine zuvor geheime Tatsache öffentlich bekannt gemacht wird oder wenn der Vorstand festgestellt hat, dass kein weiteres Geheimhaltungsinteresse besteht³¹⁵.

Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht geht über die Amtszeit hinaus. Da die Treuepflicht eine Nachwirkung hat, ist das ehemalige Aufsichtsratsmitglied dazu verpflichtet, über Geheimnisse des Unternehmens zu schweigen, solange ein Geheimhaltungsinteresse besteht³¹⁶. Eine derartige Nachwirkung der Verschwiegenheitspflicht gilt idR bis zu dem Zeitpunkt, an dem das Interesse nicht mehr besteht³¹⁷.

Auch ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder dürfen daher die Verschwiegenheitspflicht nicht verletzen. Sie können sich auf § 321 Abs 1 ZPO stützen und die Aussage verweigern, wenn sich eine gerichtliche Vernehmung auf Informationen bezieht, die dem Aufsichtsratsmitglied unter der Prämisse der Verschwiegenheit anvertraut wurden³¹⁸.

³¹⁴ Vgl. *Marsch -Barner* (1999), J Rz 21

³¹⁵ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 285

³¹⁶ Vgl. *Hopt / Roth*, AktG⁴ § 116 Rz 225; *Hopt / Roth*, AktG Sonderausgabe § 116 Rz 170

³¹⁷ Vgl. *Marsch-Barner* (1999), J Rz 69

³¹⁸ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 285

6. Umfang der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht

Die Verschwiegenheitspflicht schützt die Gesellschaft und mittelbar auch ihre Aktionäre³¹⁹. Anders als nach UWG und Arbeitsrecht geht die Verschwiegenheitspflicht nach dem Aktiengesetz über die Amtszeit hinaus³²⁰. Die Verschwiegenheitspflicht gem. § 84 iVm § 99 AktG muss idR gegenüber jedermann bewahrt werden. Nichtsdestotrotz bestehen gewisse Ausnahmen, die aus dem Gesetz stammen und gewisse Grenzen, sprich die Interessen der Gesellschaft, nicht überschreiten dürfen³²¹. Im folgenden Kapitel werden unterschiedliche Arten von sensiblen Informationen, der Umgang damit und mögliche Auswirkungen auf die Aufsichtsratsstätigkeit behandelt. Abschließend werden Folgen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht dargestellt.

6.1. Vertrauliche Angaben

Als vertrauliche Angaben werden Informationen bezeichnet, die intern bekannt sind, aber im Unternehmensinteresse geheim gehalten werden³²². Die Unterscheidung zwischen den vertraulichen Angaben und Geschäftsgeheimnissen ist in Deutschland insoweit wichtig, weil strafrechtliche Konsequenzen gem. § 404 dAktG bestehen, nämlich bis zu einem bzw. zwei Jahren Freiheitsstrafe bei unbefugter Offenbarung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen³²³. Im österreichischen AktG werden vertrauliche Angaben und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gleichbehandelt³²⁴.

Die vertraulichen Angaben umfassen schwebende Geschäfte, Forschungsinformationen sowie Beratungsgeheimnisse im Personalbereich³²⁵. Sie umfassen also breitere Aspekte als Geheimnisse und beziehen sich auf Tatsachen, die im Rahmen der Funktion als ein Organ bekannt wurden. Miteinbezogen sind nicht nur objektive Tatsachen, sondern auch subjektive Daten wie Meinungen, beispielsweise Einschätzungen über die finanzielle Lage eines

³¹⁹ Vgl. *Nowotny*, AktG § 84 Rz 16;

³²⁰ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 16

³²¹ Vgl. *Reicht-Rohrwig / Grossmayer* AktG II⁶ § 84 AktG Rz 263

³²² Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 264

³²³ Vgl. § 404 Abs 1 dAktG

³²⁴ Vgl. *Mitterlehner*, wbl 2017, S. 670

³²⁵ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 14; *Gruber / Auer* GesRZ 2013, S.173

untergeordneten Unternehmens. Alle solchen vertraulichen Informationen fallen unter den Schutzbereich der Schweigepflicht. Erlangt ein Aufsichtsratsmitglied zufällig Wissen darüber außerhalb seiner Organfunktion, gelten die bekannt gewordenen Tatsachen nicht als vertrauliche Angaben³²⁶.

Die Verschwiegenheitspflicht erfasst keine öffentlich bekannten Daten. Bereits veröffentlichte Informationen, d.h. Tatsachen, die bereits bekannt gegeben wurden, was nicht unbedingt mittels Medien erfolgen muss, sind nicht geschützt³²⁷. Gerüchte, die in Umlauf gesetzt wurden, entbinden dagegen die Aufsichtsratsmitglieder nicht von der Verschwiegenheitspflicht³²⁸. Unter gewissen Umständen müssen Aufsichtsräte Informationen Dritter geheim halten. Die Verschwiegenheitspflicht betrifft aber die Gesellschaft als Schutzobjekt. D.h. die Interessen der Gesellschaft haben Vorrang vor den Interessen Dritter³²⁹.

6.2. Geheimnis

Ein Geheimnis ist eine relativ unbekannte Tatsache, deren Weitergabe Schaden an der Gesellschaft verursachen könnte. Unter einer Tatsache sind nicht nur objektive Sachverhalte, sondern auch eine subjektiv zum Ausdruck gebrachte Absicht oder Stellungnahme zu verstehen. Gibt ein Aufsichtsrat beispielsweise einen Hinweis auf eine bevorstehende Abberufung eines Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieds, so liegt eine Tatsache vor³³⁰. D.h. z.B. sowohl der Plan, ein neues Produkt zu entwickeln, als auch die Schätzung der zukünftigen Absätze aus diesem Produkt sind ein Geheimnis³³¹.

Relativ unbekannt heißt idZ, dass das Wissen um die Tatsache über eine beschränkte Personengruppe nicht hinausgeht³³². Ist die Tatsache gesellschaftsweit bekannt oder wurde sie bekannt gemacht, wie z.B. durch Veröffentlichung, so liegt ein Geheimnis nicht vor³³³.

³²⁶ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 14

³²⁷ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 15

³²⁸ Vgl. *Kittel* (2016), S 106

³²⁹ Vgl. *Welser* (2012), S. 172

³³⁰ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 259

³³¹ Vgl. *Marsch-Barner* (1999), J Rz 7

³³² Vgl. v. *Stebut* (1972), S. 9ff

³³³ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 259

Die Offenlegung eines Geheimnisses muss mit einem möglichen Schaden einhergehen. Allerdings genügt es, wenn nur ein Risiko für einen Schaden besteht³³⁴.

6.2.1. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

Es ist von Gesellschaft zu Gesellschaft unterschiedlich, was genau unter ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis fällt. Geht die Veröffentlichung des Geheimnisses mit einem möglichen Schadenseintritt einher, so muss diese Information durch die Organe der Gesellschaft geschützt werden³³⁵.

Betriebsgeheimnisse sind Geheimnisse technischer Natur. Die Geschäftsgeheimnisse beziehen sich dagegen auf kaufmännisch-geschäftliche Tatsachen³³⁶. Sie umfassen alle Tatsachen kommerzieller Art, die nur dem inneren Geschäftsgang bekannt sind³³⁷. Zu den typischen Beispielen zählen Auskünfte über unternehmerische Entscheidungen, Finanzierung oder IT-Programme³³⁸. Informationen bezüglich der strategischen Ausrichtung oder Planungsdaten des Unternehmens sind ebenso Geheimnisse³³⁹.

6.2.2. Beratungsgeheimnis

Diskussionen und Meinungsäußerungen im Rahmen einer Sitzung fallen unter Beratungsgeheimnisse³⁴⁰. Die Beratungsaufgaben können aus dem § 95 Abs 5 AktG abgeleitet werden. Liegen beispielsweise Gründe vor, um die Zustimmung abzuwägen, fällt ein dazugehöriger Beschluss unter die Kategorie der Beratungsgeheimnisse³⁴¹. Die Informationen und Meinungen, die auf Aufsichtsratssitzungen mitgeteilt werden, fallen unter die Verschwiegenheitspflicht. Die Frage, ob Protokolle und Berichte, über die

³³⁴ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 260

³³⁵ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 262

³³⁶ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 10

³³⁷ Vgl. *Ruhm*, RdW 2005, S. 813

³³⁸ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 10

³³⁹ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 25

³⁴⁰ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 266

³⁴¹ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 17

selbstverständlich prinzipielle Geheimhaltung zu wahren ist, nach Interessensabwägung offengelegt werden dürfen, ist umstritten³⁴².

Aufsichtsratsprotokolle sind Schriftstücke, die als Beweismittel verwendet werden können. Die Offenlegung eines Protokolls darf unter besonderer Sorgfalt nur in dem Fall zulässig sein, wenn sie der Gesellschaft mehr Nutzen als Risiken mit sich bringt³⁴³. Unter Umständen veröffentlicht die Gesellschaft gekürzte Protokolle, die dadurch ein verzerrtes Bild über die Gesamtlage weitergeben. Der Aufsichtsrat kann nach Interessensabwägung entscheiden, ob die Weitergabe des Gesamtprotokolls für die Gesellschaft vorteilhaft sein kann³⁴⁴.

Nach *Kalss*³⁴⁵, die auf *Veil*³⁴⁶ verweist, dürfen Beratungsgeheimnisse nur unter außergewöhnlichen Bedingungen offengelegt werden. Dies ist dann der Fall, wenn das Unternehmen vor einem schweren Schaden steht und nur die Weitergabe der Information diesen Schaden abwenden kann.

6.3. Insiderinformationen

Die Marktmissbrauchsverordnung ist seit 2016 in allen EU-Mitgliedstaaten anwendbar. Diese ersetzt die Bestimmungen, die früher im BörseG geregelt wurden. Die wesentlichen Normen betreffen das Verbot von Insidergeschäften und von Marktmanipulation, Verpflichtung zur Ad-hoc-Publizität, Führen von Insiderlisten und Meldepflicht von directors' dealings. Diese Verordnung gilt auch für Gesellschaften, deren Wertpapiere auf keinem geregelten Markt zugelassen werden³⁴⁷.

Das Insiderrecht wirkt nicht nur auf börsennotierte Gesellschaften und deren Aufsichtsratsmitglieder, sondern auch auf nicht börsennotierte Tochtergesellschaften, die gewisse Insiderinformationen erhalten. Der Aufsichtsrat einer Obergesellschaft, die nicht an der Börse ist, kann ein ebensolcher Insider sein. Alle Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft und eines Konzerns sind ebenso davon betroffen³⁴⁸.

³⁴² Vgl. *Welser* (2012), S. 749

³⁴³ Vgl. *Welser* (2012), S. 172

³⁴⁴ Vgl. *Welser* (2012), S. 750

³⁴⁵ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 24

³⁴⁶ Vgl. *Veil* (2008), ZHR 2008, S. 246

³⁴⁷ Vgl. *Wifling*, AR aktuell 2017, S. 16

³⁴⁸ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 292

Finanzinstrumente, die zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, bergen besondere Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder bei M&A Transaktionen³⁴⁹, weil alle Wertpapiere dem Insiderhandelsverbot unterliegen. Als Insider gilt jede Person, die als ein Organmitglied oder aufgrund von Beteiligung, Aufgaben oder Tätigkeiten über Insiderinformationen verfügt. Somit ist ein Aufsichtsratsmitglied ein Insider³⁵⁰.

Als Insidergeschäft wird jegliche Verwertung von Insiderinformationen durch einen Insider bezeichnet³⁵¹. Insiderinformationen sind die auf ein Unternehmen bezogenen, öffentlich unbekannten Tatsachen, die bei Bekanntgabe dazu in der Lage sind, den Kurswert der Aktie nicht unerheblich zu beeinflussen³⁵².

Emittiert ein Unternehmen Insiderpapiere, wird jedes Aufsichtsratsmitglied dieses Unternehmens als Primärinsider bezeichnet³⁵³. Die Primärinsider unterliegen gewissen Verboten, falls sie über eine Insidertatsache Kenntnis erlangt haben³⁵⁴. Sekundärinsider sind Personen, für welche Insiderinformationen verfügbar sind, beispielsweise eine persönlich nahestehende Person des Aufsichtsratsmitglieds³⁵⁵.

Als Insiderpapiere werden Wertpapiere, Rechte und Kontrakte, die sich auf Wertpapiere beziehen, verstanden, die an einer inländischen Börse zum Handel zugelassen sind. Im österreichischen Kontext handelt es sich um die Wiener Börse³⁵⁶.

Es gelten drei Verbote gem. Art 8 der Marktmissbrauchsverordnung für Primär-³⁵⁷ und Sekundärinsider³⁵⁸. Zum einen dürfen sie bestimmte Insiderpapiere weder für eigene noch für fremde Rechnung kaufen oder verkaufen, d.h. es gilt ein Handelsverbot. Zweitens gilt ein Empfehlungsverbot: Insider dürfen Dritten nicht empfehlen, bestimmte Insiderpapiere zu veräußern oder zu erwerben. Drittens dürfen sie keine Insidertatsachen unbefugt weitergeben, dies ist das sogenannte Weitergabeverbot³⁵⁹.

³⁴⁹ Vgl. Hödl (2016), § 33 Rz 51

³⁵⁰ Vgl. Kalss (2019), S. 33

³⁵¹ Vgl. Kalss (2019), S. 33

³⁵² Vgl. Hödl (2016), § 33 Rz 54; Semler (1999), A Rz 187

³⁵³ Vgl. Semler (1999), A Rz 185; Hödl (2016), § 33 Rz 52; Thümmel (1998), Rz 328

³⁵⁴ Vgl. Semler (1999), A Rz 185

³⁵⁵ Vgl. Hödl (2016), § 33 Rz 52

³⁵⁶ Vgl. Semler (1999), A Rz 186

³⁵⁷ Vgl. Semler (1999), A Rz 189

³⁵⁸ Vgl. Hödl (2016), § 33 Rz 52

³⁵⁹ Vgl. Semler (1999), A Rz 189; Hödl (2016), § 33 Rz 51; Kalss (2019), S. 33

Sanktionen bei Verletzung des Insiderhandelsverbots unterscheiden sich je nach Grad des Verstoßes. Für einfache Verstöße sind verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen gem. § 154 BörseG vorgesehen, während schwerwiegende Verletzungen gerichtliche Straftatbestände gem. § 163 BörseG darstellen. Geschäfte, die ein Volumen von mehr als einer Million Euro haben, werden mit einer Freiheitsstrafe bedroht. Ist das Volumen geringer, gilt die Verletzung als Verwaltungsübertretung. Bei einer Empfehlung auf Basis von Insiderinformationen gilt eine Fünftagesfrist. Verändert sich der Kurswert von betroffenen Wertpapieren erheblich in den nächsten fünf Tagen ab der Empfehlung auf Basis von Insiderinformation, wird der Täter bestraft³⁶⁰. Der Versuch ist nicht strafbar³⁶¹.

Da die Regeln sehr streng sind, ergibt sich die Notwendigkeit, die Verschwiegenheitspflichten in der Praxis zu sichern³⁶². Das Börsengesetz sieht in diesem Zusammenhang Compliance-Einrichtungen gem. § 119 Abs 4 vor, die die strafrechtlichen Normen ergänzen und die Imminenzen zur Hintanhaltung von Insidergeschäften verpflichten. Erstens müssen Insider über das Missbrauchsverbot eingeschult werden. Zweitens müssen interne Compliance Regelungen etabliert und überwacht werden. Drittens sind Maßnahmen zur Verhinderung der Weitergabe oder Verwendung einzurichten³⁶³. Die Errichtung einer Compliance-Abteilung, die sich mit der Ausgabe von internen Vertraulichkeitsvorschriften, Leitfaden und Insiderverzeichnis beschäftigt, ist daher in einer Gesellschaft willkommen³⁶⁴.

6.4. Ad-hoc-Publizität

Die Verhaltenspflichten auf dem Kapitalmarkt sind seit dem 3. Juli 2016 einheitlich geregelt. Die Marktmissbrauchsverordnung sieht gewisse Pflichten und Verbote zur Publizität vor. Die Zielsetzungen der Verordnung sind die Bekämpfung von Marktmissbrauch, der Schutz

³⁶⁰ Vgl. Kalss (2019), S. 34

³⁶¹ Vgl. § 163 Abs 2 BörsG 2018

³⁶² Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 303

³⁶³ Vgl. Kalss (2019), S. 34

³⁶⁴ Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 303

der Finanzmärkte, eine Stärkung des Anlegervertrauens und Chancengleichheit für alle Anleger³⁶⁵.

Die allgemeine Ad-hoc-Publizitätspflicht hat die oben genannte Marktmissbrauchsverordnung als Grundlage und verpflichtet alle Unternehmen, Insiderinformationen unverzüglich zu veröffentlichen. Diese Meldepflicht erstreckt sich auch auf Emittenten, die mit Wertpapieren auf dem unregulierten Dritten Markt tätig sind³⁶⁶. Die Veröffentlichungspflicht soll einerseits präventive Wirkung haben; andererseits dient sie dazu, dass alle Investoren gleichzeitig wesentliche Informationen erhalten, die für ihre Entscheidungen relevant sind³⁶⁷.

Die Ad-hoc-Meldepflicht betrifft gleichzeitig drei Emittenten, wenn Papiere veräußert werden. Unmittelbar werden nicht nur der Verkäufer und der Erwerbsinteressent, sondern auch die Zielgesellschaft zur Veröffentlichung verpflichtet. Die Offenlegung erfolgt allerdings nicht von allen Gesellschaften. Grds übernimmt der Vorstand die Aufgabe der Ad-hoc-Publizität³⁶⁸. Der Aufsichtsrat ist nur indirekt von der Meldepflicht betroffen, da er den Vorstand im Rahmen der Überwachungspflicht darauf hinzuweisen hat, dass die Veröffentlichungspflicht vorliegt³⁶⁹. Prüft der Aufsichtsrat nicht sorgfältig, ob die Anmeldeerfordernisse vorliegen, kann er zur Haftung herangezogen werden³⁷⁰.

Durch die Einführung des Verbots der Weitergabe von Insiderinformationen wird die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte verschärft. Andererseits ist klar feststellbar, wann die Verschwiegenheitspflicht endet, nämlich mit der Veröffentlichung³⁷¹. Auch hier wird empfohlen, eine Compliance-Abteilung in der Gesellschaft einzuführen, die über die Insiderbestimmungen informieren kann. Die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht ist nur in äußersten Grenzen zulässig. Die Unterlagen müssen für Dritte unzugänglich sein³⁷².

³⁶⁵ Vgl. Gruber, ZFR 2021, S. 316; EuGH 23. 12. 2009, C-45/08, *Spector*, Rz 47

³⁶⁶ Vgl. Kalss (2019), S. 30; Art 17 Abs 1 MAR

³⁶⁷ Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 306

³⁶⁸ Vgl. Hödl (2016), § 33 Rz 58; Mülbert / Sajnovits, NJW 2016, S. 2541; Kittel (2016), S. 107

³⁶⁹ Vgl. Stein (2016), S. 104; Hödl (2016), § 33 Rz 69

³⁷⁰ Vgl. Hödl (2016), § 33 Rz 69

³⁷¹ Vgl. auch Kalss, AktG § 93 Rz 50

³⁷² Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014), § 6 Rz 308ff

*Kalss*³⁷³ argumentiert, dass bei Überwachungsaufgaben eine Annexkompetenz des Aufsichtsrats zur Ad-hoc-Mitteilung liegt. Die Zuständigkeit für Publizität wird nicht in der Marktmissbrauchsverordnung als Sonderregelung dargestellt, sondern muss aus dem Gesellschaftsrecht abgeleitet werden. Es gilt grds, dass der Vorstand als Leitungsorgan Vertretungsmonopol hat und somit auch für Mitteilungen zuständig ist³⁷⁴. Andererseits hat auch der Aufsichtsrat eine Vertretungsbefugnis nach außen. Gem. § 75 Abs 1 und § 97 AktG darf der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertreten. Es handelt sich um eine organschaftliche Befugnis, die unmittelbar mit der Funktionsausübung verlinkt ist³⁷⁵. Eine der Kernaufgaben des Aufsichtsrats ist die Abberufung, Suspendierung und Bestellung der Vorstandsmitglieder. Die daran anhängende Annexkompetenz verpflichtet daher den Aufsichtsrat zur Ad-hoc-Mitteilung gegenüber den Behörden³⁷⁶. Das Vertretungsmonopol des Vorstands wird auch dann durchbrochen, wenn der Vorstand durch diese Aktivität überwacht wird. Als Beispiel kann die Beauftragung der Sachverständigen gem. § 95 Abs 3 AktG genannt werden. Eine Befugnis zur derartigen Kontrollsicherung wird auch gem. § 270 UGB eingeräumt, der den Aufsichtsrat befugt, einen Abschlussprüfer für die Gesellschaft zu beauftragen³⁷⁷.

Die Ad-hoc-Meldepflicht ist vor allem in Konzernkonstellationen bezüglich der Doppelmandate im Aufsichtsrat von großer Bedeutung. Die Bekanntmachung von Informationen aus einer Gesellschaft könnte die Interessen der anderen Gesellschaft beeinträchtigen. Die Aufsichtsratsmitglieder unterliegen der Schweigepflicht gem. § 84 iVm § 99 AktG einerseits und der Ad-hoc-Publizität gem. Art 17 MAR andererseits. In diesem Zusammenhang muss überprüft werden, welche Auswirkungen die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht und die Offenlegung aufeinander haben³⁷⁸.

Aus der Rechtsprechung³⁷⁹ kann festgehalten werden, dass die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht der Offenlegungspflicht vorrangig ist. Die Verschwiegenheitspflicht besteht gegenüber allen Personen, die nicht zu Organen eines

³⁷³ Vgl. *Kalss* (2016), § 23 Rz 61; *Kalss*, GesRZ 2021, S. 62

³⁷⁴ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014), § 6 Rz 284; *Nowotny*, AktG § 71 Rz 4

³⁷⁵ Vgl. *Kalss* (2016), § 23 Rz 56

³⁷⁶ Vgl. *Kalss* (2016), § 23 Rz 54; *Kalss*, GesRZ 2021, S. 62; *Kalss*, AktG § 97 Rz 11

³⁷⁷ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2021, S. 62; *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 112 Rz 28

³⁷⁸ Vgl. *Gruber*, ZFR 2021, S. 318

³⁷⁹ Vgl. BGH, 26. 4. 2016, XI ZR 108/15, *ecolex* 2016, S. 800;

Unternehmens gehören. Einerseits drohen bei einer Vertraulichkeitsverletzung strafrechtliche Folgen gem. § 11 UWG, die allerdings mit Vorsicht zu betrachten sind, da hier ein Wettbewerbsvorsatz vorausgesetzt wird³⁸⁰. Andererseits wird die Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert³⁸¹.

Im Strafrecht gilt, dass, wenn eine gesetzliche Regelung in einem Bereich eine Verhaltensweise gestattet, sich diese Erlaubniswirkung auch auf das Strafrecht erstreckt. Dieser Erlaubnistatbestand gilt als Rechtfertigungsgrund³⁸². Das aktienrechtliche Verschwiegenheitsgebot stellt daher einen Rechtfertigungsgrund dar und befreit gegen Bestrafung bei Verletzung des Art 17 Abs 1 MAR. Daher ist das Wissen, das aus einer anderen Gesellschaft stammt und über welches Schweigegebot gilt, der zweiten Gesellschaft nicht zurechenbar³⁸³.

Besteht eine Veröffentlichungspflicht, so besteht auch die direkte Anwendbarkeit der MAR. Bei der Kollision dieser muss das Prinzip des Anwendungsvorrangs beachtet werden. Die EU-Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden, wobei das nationale Recht die Anwendung nicht beeinträchtigen darf. Kann die Anwendung des Unionsrechts nicht sichergestellt werden, könnte die entgegenstehende Regelung des nationalen Rechts unangewendet bleiben³⁸⁴. Unionsrechtlich gesehen müssen Anleger unverzüglich über Insiderinformationen informiert werden, so Art 17 MAR. Dieses Recht wäre allerdings durch die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht beschränkt. Durch diese Einschränkung der Veröffentlichung kann das Ziel des Marktmissbrauchsrechts deutlich gefährdet sein. Nicht zu vergessen ist, dass MAR ein zwingendes Recht ist und daher durch Satzung oder Vertrag nicht eingeschränkt werden kann³⁸⁵.

Die Verschwiegenheitspflicht kann also durchbrochen werden, sofern aufsichtsrechtliche Pflichten zur Offenbarung vorliegen. Ist es gesetzlich vorgesehen, dass die jeweilige Behörde über Insidergeschäfte informiert werden muss, kann die Verschwiegenheitspflicht aufgehoben werden. Es wird allerdings keinesfalls erwartet, dass Aufsichtsratsmitglieder

³⁸⁰ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 54; auch Gruber, ZFR 2021, S. 318

³⁸¹ Vgl. Gruber, ZFR 2021, S. 318

³⁸² Vgl. Lewisch, WK² StGB Nach § 3 Rz 10

³⁸³ Vgl. Gruber, ZFR 2021, S. 318ff

³⁸⁴ Vgl. VwGH 10. 10. 2018, Ra 2017/03/0108 Rz 20; auch in Gruber, ZFR 2021, S. 319

³⁸⁵ Vgl. Gruber, ZFR 2021, S. 319

Geheimnisse an ausgewählte Dritte – Arbeitgeber oder im Rahmen anderer Organstellungen – weitergeben³⁸⁶.

Kommt der Vorstand seiner Ad-hoc-Meldepflicht nicht nach, ist der Aufsichtsrat verpflichtet, diese Aufgabe wahrzunehmen³⁸⁷.

6.5. Wissenszurechnung

Das Wissen kann dem Gremium Aufsichtsrat zugerechnet werden, sobald der Vorsitzende die Informationen vom Vorstand erhält. Es reicht grds aus, dass nur ein Mitglied das Wissen erlangt³⁸⁸. Ob das Wissen einzelner Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft zugerechnet werden kann, war bisher fraglich. Gegen die Zurechnung kann vorgebracht werden, dass die Gesellschaft bei der Geltendmachung eines Anspruchs gegen das haftpflichtige Aufsichtsratsmitglied keine Vertretungsbefugnis hat. Als ein Argument für die Wissenszurechnung gilt die Treuepflicht, aus der erwartet werden kann, dass ein Aufsichtsratsmitglied die Informationen an die Geschäftsleitung weitergeben wird³⁸⁹.

Das Wissen eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds bedeutet allerdings nicht, dass dieses Wissen dem Vorstand oder dem Unternehmen zugerechnet werden kann. D.h. rein persönliches Wissen darf nicht zurechnet werden³⁹⁰.

Das Problem der Wissenszurechnung von Aufsichtsratswissen ist schon seit langem bekannt. Große Bedeutung hat diese Problematik aber erst mit der Pflicht zur Ad-hoc-Mitteilung nach Art 17 MAR bekommen. Bis zur deutschen Entscheidung aus 2016, wo die Verschwiegenheitspflicht als Zurechnungsschranke in einer Aktiengesellschaft anerkannt wurde, wurde diese Frage allerdings kaum in der Rechtsprechung beleuchtet³⁹¹.

Wissenszurechnung kann mit unterschiedlichen Rechtsfolgen verknüpft werden. Zum einen handelt es sich um Redlichkeitsfragen und bereicherungsrechtliche Ansprüche, zum anderen muss die rechtliche Seite, sprich Zivil-, Kapitalmarkt- und Strafrecht, betrachtet werden.

³⁸⁶ Vgl. *Mülbert / Sajnovits*, NJW 2016, S. 2541

³⁸⁷ Vgl. *Kalss* (2016), § 23 Rz 54

³⁸⁸ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 113

³⁸⁹ Vgl. *Schauer* (2016), § 45 Rz 70

³⁹⁰ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 113

³⁹¹ Vgl. *Nietsch*, ZGR 2020, S. 925ff.

Somit ist die oben erwähnte Rechtsprechung von großer Bedeutung. In der Entscheidung geht es darum, ob einer Bank das Wissen ihres Prokuristen, der gleichzeitig im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft sitzt und Wissen aus dieser Tätigkeit erwirbt, zugerechnet werden kann oder nicht. Ein Anleger der Bank begehrte Schadenersatz mit der Begründung, dass das Wissen über die fehlerhafte Anlageberatung der Bank zuzurechnen sei. Da das Aufsichtsratsmitglied der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegt, kann es aber ohne Entbindung über diese Informationen nicht reden. Die Direktbank hat eine Warnpflicht gegenüber ihrem Klienten, wenn sie von der Fehlberatung weiß oder einen entsprechenden Verdacht hat. Ob die Direktbank über die Fehlberatung informiert ist, hängt nun davon ab, ob ihr das Wissen des Prokuristen, der Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft ist und dabei der Verschwiegenheitspflicht unterliegt, zugerechnet werden kann³⁹².

Ob es zur Wissenszurechnung kommt, hängt auch von der Funktion der Organstellung innerhalb der Gesellschaft ab. Die Voraussetzungen für eine Wissenszurechnung von Aufsichtsratswissen unterscheiden sich von denen des Vorstands. Die Zurechnung von Aufsichtsratswissen muss gerechtfertigt werden. Erlangt beispielsweise ein Aufsichtsratsmitglied Insiderinformationen innerhalb der Gesellschaft, muss dieses Wissen dem Unternehmen zugerechnet werden³⁹³.

Für einen Aufsichtsrat ist relevant, dass er die Informationen im Rahmen der Funktionsausübung erhalten hat, weil er der Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Würde man die Zurechnung des aus der aufsichtsrätlichen Tätigkeit erworbenen Wissens bejahen, würde das das Aufsichtsratsmitglied in einen Rechtskonflikt bringen. Auf der einen Seite muss es der Offenlegungspflicht – in der Position des Prokuristen in einer Bank – nachkommen; auf der anderen Seite unterliegt es der Verschwiegenheitspflicht³⁹⁴. Die Verschwiegenheitspflicht darf nicht willkürlich durchbrochen werden, weil sie nicht nur dem Schutz der Gesellschaft, sondern auch der Sicherung von vertrauensvoller Mitwirkung im Aufsichtsrat selbst und in der Gesellschaft allgemein dient³⁹⁵. Wissen, das keinen

³⁹² Vgl. *Barth*, *GesRZ* 2016, 319; BGH 26. 4. 2016, XI ZR 108/15, *ecolex* 2016, S. 800

³⁹³ Vgl. *Barth*, *GesRZ* 2016, 320

³⁹⁴ Vgl. *Barth*, *GesRZ* 2016, 321

³⁹⁵ Vgl. *Mülbert / Sajnovits*, *NJW* 2016, S. 2541

funktionalen Bezug zur Aufsichtsrats Tätigkeit hat, schadet nicht³⁹⁶. Ist das Wissen von der Verschwiegenheitspflicht erfasst, kann es nicht zugerechnet werden. Der Zurechnung unterliegen nur solche Kenntnisse, für die keine Geheimhaltungspflicht gilt³⁹⁷.

Die Verschwiegenheitspflicht hat Vorrang, auch wenn das Wissen für eine andere Gesellschaft von großer Bedeutung ist, da die Relevanz dabei keine Rolle spielt. Überlegt ein Aufsichtsratsmitglied, ob es Insiderinformationen offenlegen soll oder nicht, muss es bei der Entscheidung auch daran denken, welche möglichen Rechtsfolgen es gibt. Der Umstand, dass das Wissen anderswo benötigt wird, ist kein Rechtfertigungsgrund für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht³⁹⁸.

In Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung können gewisse Fragen zu Interessenskonflikten beantwortet werden. Die Aufsichtsrats Tätigkeit ist einerseits eine gesetzlich vorgeschriebene Tätigkeit. Andererseits ist sie ein Nebenamt, neben dem die Haupttätigkeit bei einem anderen Unternehmen weiter ausgeübt werden kann. Auf diese Weise sind Interessenskollisionen im Beruf vorprogrammiert³⁹⁹.

Bei Kollision von organschaftlichen und vertraglichen Offenbarungspflichten kann die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht nicht durchbrochen werden, da die vertraglichen Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds keine Offenlegung rechtfertigen. Die Entbindung eines Aufsichtsratsmitglieds von der Verschwiegenheitspflicht kann im Gesellschaftsinteresse ex-post durch einen Beschluss oder durch Interessensabwägung eines Organmitglieds erfolgen. Wird ein Aufsichtsratsmitglied von der Schweigepflicht entbunden, steht der Wissenszurechnung nichts mehr im Weg. Zu unterscheiden ist allerdings das Nachkommen der Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht⁴⁰⁰.

Die Wissenszurechnung im Konzern im Fall eines Doppelmandats stellt ein weiteres Problem dar. Ist ein Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft auch ein Vorstandsmitglied der Untergesellschaft, hat es Verschwiegenheitspflichten zu wahren. Dies ist vor allem wichtig, wenn das Tochterunternehmen eine börsennotierte Gesellschaft ist und ihrer Ad-

³⁹⁶ Vgl. Kalss, AktG § 99 Rz 23

³⁹⁷ Vgl. Koziol (1993), S. 361; Mülberr / Sajnovits, NJW 2016, S. 2542

³⁹⁸ Vgl. Barth, GesRZ 2016, 321

³⁹⁹ Vgl. Koziol (1993), S. 353

⁴⁰⁰ Vgl. Mülberr / Sajnovits, NJW 2016, S. 2542

hoc-Mitteilungspflicht nachkommen muss. Ein Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft darf dagegen Informationen an die Muttergesellschaft offenlegen⁴⁰¹. Dies wird aus einer weiteren deutschen Rechtsprechung⁴⁰² ersichtlich. Die Wissenszurechnung bei Doppelmandaten im Konzern findet nicht statt, weil das Aufsichtsratswissen nicht als Gesellschaftswissen gilt. Des Weiteren wird das Wissen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft nicht zugerechnet. Geht man von der doppelten Organzugehörigkeit aus, scheidet die Wissenszurechnung ebenso aus, weil ein Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft die Informationen geheim halten muss⁴⁰³.

6.6. Wettbewerb

Obwohl Aufsichtsratsmitglieder keinem Wettbewerbsverbot nach AktG unterliegen, gelten doch gewisse Begrenzungen, die im Zusammenhang mit Interessenskonflikten vorkommen. Abgesehen vom Aktiengesetz ist Wettbewerb auch im UWG geregelt.

6.6.1. Aktienrechtliches Wettbewerbsverbot

Das Wettbewerbsverbot gem. § 79 AktG gilt nicht für Aufsichtsratsmitglieder⁴⁰⁴. Stattdessen muss das Aufsichtsratsmitglied beim Wahlvorschlag mitteilen, dass es schon in anderen Unternehmen eine Aufsichtsrats Tätigkeit ausübt. In Ausnahmefällen kann die Zugehörigkeit zu Organen konkurrierender Unternehmen für die Gesellschaft sogar vorteilhaft sein. Zum Beispiel können Erfahrungen oder Beziehungen, die sich aus der Tätigkeit beim Konkurrenzunternehmen ergeben, im Interesse des Unternehmens liegen. Es ist auch zulässig, Aktien eines Mitbewerbers zu kaufen⁴⁰⁵.

Andererseits wird diskutiert, dass Aufsichtsratsmitglieder, die ein weiteres Mandat bei einem Konkurrenzunternehmen übernehmen, ihr Amt nicht ordnungsgemäß ausüben

⁴⁰¹ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 109

⁴⁰² Vgl. OLG Frankfurt, 04.09.2019, 13 U 136/18

⁴⁰³ Vgl. *Reichert* (2020), S. 669

⁴⁰⁴ Vgl. *Kalss*, AktG § 90 Rz 20; *Strasser*, AktG II⁴ § 79 Rz 68

⁴⁰⁵ Vgl. *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 94; *Kunz* (2016), § 4 Rz 84ff

können und die Zusammenarbeit im gesamten Aufsichtsrat schwerwiegend beeinträchtigen⁴⁰⁶.

In der Literatur sind unterschiedliche Meinungen zu diesem Thema zu finden. In der hL wird zugestimmt, dass es keine Mandatsunfähigkeit gibt. Andererseits wird argumentiert, dass bei Konkurrenz eine Unvereinbarkeit besteht. Nach *Koch*⁴⁰⁷ ist der hL zuzustimmen. Der Grund für die Zulassung solcher Interessenkonflikte ist aus dem Gesetz ersichtlich, spricht einer Vielzahl von Mandaten gem. § 86 AktG. Aufsichtsratsmitglieder dürfen erst dann abberufen werden, wenn die Interessenskonflikte konkret das Unternehmenswohl beeinträchtigen können.

*Lutter*⁴⁰⁸ führt aus, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das ein Mandat in einem Konkurrenzunternehmen übernimmt, amtsunfähig ist. Es wird dabei bestritten, dass das Wohl der zwei zueinander in Konkurrenz stehenden Gesellschaften im Rahmen der ordnungsgemäßen Amtsführung in gleicher Weise gefördert werden kann. Das Aufsichtsratsmitglied, welches das Amt in einem Konkurrenzunternehmen übernimmt, muss entweder das erste Mandat niederlegen oder das zweite überhaupt erst nicht annehmen.

Die Aufsichtsratsmitglieder werden aus dem Wettbewerbsverbot nach Aktienrecht ausgenommen, da ihre Tätigkeit im Vergleich zu Vorstandsmitgliedern eher kurzfristig ist. Zusätzlich wäre es bei einem strengen Wettbewerbsverbot problematisch, qualifizierte Personen für dieses vorübergehende Amt zu finden⁴⁰⁹. Ein Aufsichtsratsmitglied darf somit auch im Aufsichtsrat eines zweiten Unternehmens, das in Konkurrenz zum ersten steht, sitzen⁴¹⁰. Widersprüchlich dazu besagt der ÖCGK, dass Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen in anderen Gesellschaften ausüben dürfen, sofern diese mit der Gesellschaft in Wettbewerb stehen⁴¹¹. Anzumerken ist allerdings, dass es sich dabei nur um eine Empfehlung handelt. In Deutschland ist diese Regelung strenger, wobei nach dem Wortlaut die Aufsichtsräte keine Organfunktionen in konkurrierenden Unternehmen annehmen sollen⁴¹². In der C-Regel 45 verbietet der ÖCGK den Aufsichtsratsmitgliedern,

⁴⁰⁶ Vgl. *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 94

⁴⁰⁷ Vgl. *Koch*, AktG¹⁵ § 103 Rz 13b;

⁴⁰⁸ Vgl. *Lutter / Krieger / Verse* (2014) § 1 Rz 22ff

⁴⁰⁹ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 79 Rz 68

⁴¹⁰ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 100 Rz 14; *Felzl / Kraus*, wbl 2011, S. 63

⁴¹¹ Vgl. C-45 ÖCGK

⁴¹² Vgl. *Felzl / Kraus*, wbl 2011, S. 63; 5.4.2. dCGK

eine Tätigkeit in im Wettbewerb stehenden Gesellschaften anzunehmen. Die Mandatsausübung in einem Konkurrenzunternehmen, also in einem Unternehmen mit gleicher Ausrichtung, bringt offenkundig latente Interessenskollisionen. Die ordnungsmäßige Ausübung der Tätigkeit wäre in diesem Fall unmöglich, wobei die Annahme unzulässig, allerdings nicht unwirksam, ist⁴¹³.

Das österreichische Aktiengesetz beinhaltet keine Regelung dazu, ob Aufsichtsräte als Organwalter ihre Tätigkeit gleichzeitig in zwei Unternehmen, die zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, wahrnehmen dürfen. Stattdessen enthält das Gesetz unterschiedliche Bestellungsverbote⁴¹⁴. Zu nennen sind beispielsweise das Verbot der Überkreuzverflechtung gem. § 86 Abs 2 Z 3 AktG, das besagt, dass Personen einander nicht wechselweise überwachen dürfen⁴¹⁵. Ein Organ darf sich nach § 90 Abs 1 AktG auch nicht selbst überwachen⁴¹⁶. Die Unvereinbarkeit der gleichzeitigen Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat und Vorstand einer Gesellschaft gilt wechselseitig⁴¹⁷.

Ergibt sich ein Interessenskonflikt daraus, dass ein Aufsichtsrat in einer konkurrierenden Gesellschaft dieselbe Tätigkeit wahrnimmt, muss man mögliche Rechtsfolgen nach der Schwere des Konflikts unterscheiden⁴¹⁸. Eine der angemessensten Möglichkeiten, solche Konflikte zu lösen, ist das Stimmverbot⁴¹⁹. Im schlimmsten Fall kann das Aufsichtsratsmitglied aber aus einem wichtigen Grund auch abberufen und zur Haftung herangezogen werden⁴²⁰.

Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, das Wohl der Gesellschaft zu wahren, und unterliegen der umfassenden Treuepflicht. Sie unterliegen also dem Loyalitätsprinzip, sollen keine Gesellschaftsinteressen gefährden und die Interessen Dritter nicht an die oberste Stelle stellen⁴²¹. Die Nachwirkung der Treuepflicht greift vor allem dann, wenn ein ausscheidendes

⁴¹³ Vgl. *Kalss*, AktG § 86 Rz 66

⁴¹⁴ Vgl. *Feltl / Kraus*, wbl 2011, S. 64

⁴¹⁵ Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 86 Rz 10

⁴¹⁶ Vgl. *Feltl / Kraus*, wbl 2011, S. 65

⁴¹⁷ Vgl. *Kalss*, AktG § 90 Rz 3

⁴¹⁸ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 100 Rz 14

⁴¹⁹ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 100 Rz 20

⁴²⁰ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 100 Rz 14

⁴²¹ Vgl. *Kittel* (2016), S. 117; *Kalss*, AktG § 90 Rz 19; *Strasser*, AktG II⁴ § 90 Rz 16

Mitglied in den Aufsichtsrat eines im direkten Wettbewerb stehenden Unternehmens wechselt. Das Aktiengesetz verbietet einen derartigen Wechsel nicht ausdrücklich⁴²².

Ein Aufsichtsratsmitglied hat die Interessen des Unternehmens zu verfolgen, in das es gewählt bzw. in das es entsendet wurde. Es muss über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und sonstige Informationen Verschwiegenheit bewahren. Bei Pflichtenkollisionen ist davon auszugehen, dass das Aufsichtsratsmitglied die besonderen Umstände offenlegt und bei Bedarf von der Teilnahme an einer Abstimmung Abstand nimmt. Dauerhafte Konkurrenzkonflikte, die die Tätigkeitsausübung und den Kernbereich der Gesellschaft beeinträchtigen, führen dazu, dass die Tätigkeit nicht mehr ordnungsgemäß ausgeübt werden kann. In so einem Fall ist das Aufsichtsratsmitglied verpflichtet, sein Amt niederzulegen. Dies ist immer dann der Fall, wenn das Aufsichtsratsmitglied nicht mehr sinnvoll an den Sitzungen mitwirken kann, weil die Vertraulichkeit in Frage steht. Kann das Mitglied bei der überwiegenden Zahl der Beratungen und Abstimmungen nicht teilnehmen, liegt eine schwerwiegende dauerhafte Interessenskollision vor. Ist dies bereits beim Wahlvorschlag vorsehbar, darf dieser Kandidat nicht vorgeschlagen werden⁴²³.

6.6.2. Wettbewerbsrecht

Werden Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut wurden, zu Zwecken des Wettbewerbs mitgeteilt, greift die Bestimmung gem. § 11 UWG ein⁴²⁴. Diese bietet Individualrechtsschutz, wobei der Inhaber des Geheimnisses, das kann sowohl eine juristische als auch eine natürliche Person sein, ein Mittel erhält, um sich strafrechtlich gegen Untreue zu wehren⁴²⁵. Mitteilen heißt idZ Zugänglichmachen. Verwerten bedeutet die Ausnutzung eines Geheimnisses. Sowohl eine Mitteilung als auch eine Verwertung können unbefugt sein. Eine Mitteilung ist dann unbefugt, wenn sie keine Erlaubnis als Rechtfertigung im Hintergrund hat und wenn sie den Geheimhaltungsinteressen widerspricht. Eine unbefugte Verwertung bezieht sich auf die

⁴²² Vgl. *Kalss*, AktG § 86 Rz 66

⁴²³ Vgl. *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 95

⁴²⁴ Vgl. UWG § 11 Abs 1

⁴²⁵ Vgl. *Kraft / Steinmair*, UWG² § 11 Rz 1

Nutzung zu Eigen- oder Fremdzwecken ohne eine entsprechende Genehmigung. Jede Verwendung von Informationen zum Zweck des Wettbewerbs gilt als unbefugt⁴²⁶.

Ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis ist im Sinne des UWG stets ein Wirtschaftsgeheimnis⁴²⁷. Es handelt sich um ein Geheimnis, das Kraft des Dienstverhältnisses gewahrt werden muss, der Person im Zuge ihrer Tätigkeit zugänglich gemacht oder anvertraut wurde, und dessen Weitergabe das Gesellschaftsinteresse beeinträchtigen könnte⁴²⁸. Es ist irrelevant, ob ein Geheimnis bei der Wahrnehmung der Tätigkeit oder durch Möglichkeiten, die diese Tätigkeit eröffnet hat, bekannt wurde. Sobald die Kenntnis, auch zufälligerweise, einen Dienstvertrag im Hintergrund hat, gilt die Verschwiegenheitspflicht⁴²⁹. Um die Verletzung des Geheimhaltungsinteresses zu begründen, reicht es, dass die Verwertung oder Offenbarung geeignet ist, der Gesellschaft zu schaden. Diese Eignung muss schon zum Zeitpunkt der Mitteilung bestehen⁴³⁰.

Die Deliktstruktur gem. § 11 UWG weist drei Fälle auf, die weitgehend Privatanklagedelikte sind⁴³¹. Im § 11 Abs 1 wird die unbefugte Mitteilung von Geheimnissen während des Dienstverhältnisses kategorisiert. Es handelt sich um ein unrechtsrelevantes Sonderdelikt. Die anvertrauten Informationen, sprich ein Geheimnis, wurden im Rahmen der Tätigkeitsausübung bekannt⁴³². Das Delikt gem. § 11 Abs 2 ist Betriebsspionage⁴³³. Geheimnishehlerei, also sittenwidriges Auskundschaften und Verwerten der Geheimnisse durch Bedienstete oder Dritte stellt den dritten Deliktsfall dar⁴³⁴. Eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Verletzung eines Wirtschaftsgeheimnisses ist ein Wettbewerbsvorsatz⁴³⁵. Der Vorsatz auf Verwertung zu Zwecken des Wettbewerbs beschränkt die Pönalisierung des Geheimnisverrats gem. § 11 UWG erheblich⁴³⁶ (siehe Kap. 6.6.1.)

⁴²⁶ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 49ff

⁴²⁷ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 25

⁴²⁸ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 24

⁴²⁹ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 37; Lewisch, WK² StGB § 122 Rz 5

⁴³⁰ Vgl. Lewisch, WK² StGB § 122 Rz 15

⁴³¹ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 10

⁴³² Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 67

⁴³³ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 11

⁴³⁴ Vgl. Kuchar, ipCompetence 2019, S. 40

⁴³⁵ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 12

⁴³⁶ Vgl. Thiele, UWG² § 11 Rz 54

6.7. Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Die aktienrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit zählt zu den Hauptvoraussetzungen einer guten Unternehmensführung. Die Pflicht, über Geheimnisse des Unternehmens Schweigen zu bewahren, gilt nicht nur zum Schutz der Gesellschaft gegenüber Dritten, wie etwa Wettbewerbsunternehmen, sondern auch für eine reibungslose Kommunikation der Organmitglieder untereinander⁴³⁷. In diesem Zusammenhang werden im folgenden Unterkapitel mögliche Sanktionen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht beleuchtet.

6.7.1. Freiheits- und Geldstrafe

In Deutschland kann ein Aufsichtsratsmitglied gem. § 344 dAktG mit einer Geld- bzw. Freiheitsstrafe bedacht werden, wenn es iZm Kapitalmaßnahmen in einer Aktiengesellschaft über nicht unerhebliche Umstände schweigt oder falsche Angaben macht⁴³⁸. Strafrechtlich gesehen unterliegt die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch ein Aufsichtsratsmitglied nach dem österreichischen Aktiengesetz keiner Strafandrohung. Es gibt aber wettbewerbsrechtliche Strafbestimmungen gem. § 11 UWG bzw. § 122 StGB⁴³⁹. Diese bestrafen die unbefugte Weitergabe von Geheimnissen zu Zwecken des Wettbewerbs und ihre Verwertung⁴⁴⁰. Gem. § 123 StGB wird das Auskundschaften von Geheimnissen pönalisiert⁴⁴¹. Möglich sind auch Verfolgungen des Aufsichtsratsmitglieds aufgrund von Untreue gem. § 153 StGB oder Veruntreuung gem. § 133 StGB⁴⁴².

Der Missbrauch der anvertrauten Vorlagen gem. § 11 Abs 1 UWG besagt, dass die Person, die Geheimnisse zu Zwecken des Wettbewerbes mitteilt, mit einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten pönalisiert werden kann⁴⁴³. Dieser

⁴³⁷ Vgl. *Oetker* (2010), S. 1092

⁴³⁸ Vgl. *Semler* (1999), A Rz 219

⁴³⁹ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 21

⁴⁴⁰ Vgl. *Lewis*, WK² StGB § 122 Rz 2

⁴⁴¹ Vgl. *Koukol*, GRAU 2021, S. 78

⁴⁴² Vgl. *Ruhm*, RdW 2005, S. 813

⁴⁴³ Vgl. § 11 Abs 1 UWG

Vorschrift kommt allerdings sehr wenig Bedeutung im Rahmen der Aufsichtsratshaftung zu, weil es zu § 11 UWG kaum Gerichtsentscheidungen gibt⁴⁴⁴.

Zur Anwendung von § 11 UWG kommt es nämlich nur im Falle eines aufrechten Dienstverhältnisses. Der Aufsichtsrat als Gesellschaftsorgan ist aus der Pönalisierung nach dieser Bestimmung grds ausgeschlossen. Eine Haftung ist aber nicht undenkbar. Liegt irgendein Dienstverhältnis mit der Gesellschaft vor, kann ein Aufsichtsratsmitglied bei Offenlegung von Geheimnissen auch nach dem UWG bestraft werden⁴⁴⁵.

Je nach Sachverhalt können andere Strafordnungen bei Verstößen gegen die Geheimhaltungspflicht greifen. § 101 Abs 1 BWG und § 63 DSG sind beispielsweise leges speciales und haben nach dem Grundsatz der Spezialität Vorrang. Die Bestimmungen des Bankwesengesetzes gelten für Kreditinstitute, wobei Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht in Idealkonkurrenz zur Anwendung kommen. D.h. eignet sich ein Arbeitnehmer Kundeninformationen an mit der Absicht, diese für eigenes Interesse zu nutzen oder an Dritten zu verwerten, ist dieser Vorgang sowohl nach DSG als auch nach UWG strafbar⁴⁴⁶.

In der Praxis ergeben sich sowohl allgemeine als auch besondere Gründe zur Rechtfertigung von Verletzungen von Wirtschaftsgeheimnissen. Allgemein anerkannte Rechtfertigungsgründe kommen beispielsweise iZm Rechtspflichtausübung vor, da die gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten mit Offenbarungsbefugnissen kollidieren können, was die Verletzung rechtfertigen kann⁴⁴⁷.

Die Verjährungsfrist gem. § 11 UWG beginnt mit dem Zeitpunkt, an dem die pönalisierte Tätigkeit bzw. das Verhalten abgeschlossen ist, und dauert ein Jahr. Erwirbt also ein Aufsichtsrat ein Geheimnis und verhandelt mit einem Käufer über diese Informationen, hat die Frist noch nicht begonnen⁴⁴⁸.

§ 122 Abs 4 StGB regelt den Grund, der eine Weiterleitung von Geheimnissen rechtfertigen kann. Diese Rechtfertigung bezieht sich auf das öffentliche oder berechtigte private Interesse. Unter Berufung auf diese Norm muss allerdings eine Interessensabwägung

⁴⁴⁴ Vgl. *Welser* (2012), S. 752; *Thiele*, UWG² § 11 Rz 7

⁴⁴⁵ Vgl. *Ruhm*, RdW 2005, S. 813

⁴⁴⁶ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 122 Rz 19; *Thiele*, UWG² § 11 Rz 72ff

⁴⁴⁷ Vgl. *Thiele*, UWG² § 11 Rz 55

⁴⁴⁸ Vgl. *Thiele*, UWG² § 11 Rz 82

vorliegen⁴⁴⁹. Beim Übertragen dieser Begutachtung auf den Anwendungsbereich des § 11 UWG wird ein Aufsichtsratsmitglied nicht pönalisiert, sofern die Offenlegung oder Verwertung des Geheimnisses durch ein solches Interesse gerechtfertigt werden kann. Die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht ist also erlaubt, Vorsichtigkeit ist aber geboten. Beispielsweise kann man sich nicht auf das öffentliche Interesse berufen, wenn man ein Geheimnis an die Presse offengelegt hat mit der Absicht, eine Verfehlung aufzudecken⁴⁵⁰.

Wer sich ein ihm anvertrautes Gut vorsätzlich aneignet, um sich oder Dritte zu bereichern, ist gem. § 133 StGB wegen Veruntreuung zu bestrafen. Die Bezeichnung Gut bezieht sich dabei auf eine bewegliche Sache, die nicht komplett wertlos ist. Geschäftsinformationen, sowohl mündlich als auch schriftlich, wie z.B. ein Aufsichtsratsprotokoll, sind iSd Gesetzes keine unbeweglichen Güter, obwohl sie wertvoll sind. Beweise für eine Bereicherung und einen Vorsatz wären allerdings nicht einfach zu erbringen. Als Folge wird die Verantwortung gem. § 133 StGB entfallen⁴⁵¹.

Strafrechtlich gesehen sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschützt. § 122 StGB sieht Privatanklagedelikte gegen jene vor, die solche Geheimnisse verletzen⁴⁵². Diese Bestimmung bestraft sowohl die Verwertung als auch die Offenbarung von Geheimnissen. Täter sind jene Personen, die diese Geheimnisse durch gesetzlich vorgeschriebene Tätigkeit zur Aufsicht, Erhebung oder Prüfung erlangen und dazu verpflichtet sind, diese Geheimnisse zu bewahren. Die Weitergabe von Informationen muss geeignet sein, die Gesellschaftsinteressen zu verletzen⁴⁵³. Ein übliches Beispiel für mögliche Täter sind Wirtschaftsprüfer, die gesetzlich bedingt die Jahresabschlüsse prüfen müssen⁴⁵⁴. Dieses Delikt wird nur dann verfolgt, wenn die Gesellschaft die Verfolgung gegen den Täter begehrt. Das heißt, dass Aufsichtsräte komplett von Bestrafungsrisiken gem. § 122 StGB nicht ausgeschlossen werden können, wenn sie Geheimnisse offenbaren. Sollte die

⁴⁴⁹ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 122 Rz 18

⁴⁵⁰ Vgl. *Thiele*, UWG² § 11 Rz 59f

⁴⁵¹ Vgl. *Ruhm*, RdW 2005, S. 813

⁴⁵² Vgl. *Koukol*, GRAU 2021, S. 78

⁴⁵³ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 122 Rz 1

⁴⁵⁴ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 122 Rz 6

Verfolgung gewünscht sein, muss ein Ersuchen bei der Staatsanwaltschaft gestellt werden⁴⁵⁵.

Gem. § 123 StGB wird dagegen nicht eine bloße Weitergabe, sondern das bewusste Auskundschaften von Geheimnissen pönalisiert⁴⁵⁶. Täter dieses Privatdelikts kann jeder sein, d.h. bei diesem Hintergrund sind Aufsichtsratsmitglieder inbegriffen⁴⁵⁷. Auskundschaften bedeutet iSd Strafgesetzes eine rechtswidrige Erkundungstätigkeit eines Geheimnisses, also Wirtschaftsspionage. Bei dieser Bestimmung fällt die Voraussetzung des Wettbewerbsverhältnisses im Vergleich zu UWG weg⁴⁵⁸.

Die Mitteilung von bekannten Informationen ist nicht tatbildlich⁴⁵⁹. Bestraft wird nur das Auskundschaften, d.h. jedwede Vorbereitungen, wie beispielsweise Verhandlungen oder die Einreise ins Hotel vor Ort, bleiben nicht pönalisiert⁴⁶⁰.

Die bloße schriftliche Fixierung von bekannten Geheimnissen fällt nicht unter § 123 StGB, allerdings kann das vorsätzliche Auskundschaften nachgewiesen werden, sobald Untersuchungshandlungen vorliegen⁴⁶¹. Ebenso ist die bloße Preisgabe von Geheimnissen vom Tatbestand ausgeschlossen⁴⁶². Das Auskundschaften sieht also aktive Erkundigungen vor. Werden Geheimnisse auf einem rechtskonformen Weg bekannt, kann diese Norm nicht angewendet werden⁴⁶³. Für Aufsichtsratsmitglieder heißt das, dass sie unter § 123 StGB nicht pönalisiert werden, obwohl eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vorliegt. Die Begründung dafür ist das Vorliegen von Informationsrechten, wobei jeweilige Wirtschaftsgeheimnisse auf rechtlich zulässigem Wege zur Verfügung stehen⁴⁶⁴. Zum Zeitpunkt des Auskundschaftens muss der erweiterte Vorsatz vorliegen⁴⁶⁵.

⁴⁵⁵ Vgl. *Koukol*, GRAU 2021, S. 79; *Ruhm*, RdW 2005, S. 813

⁴⁵⁶ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 2

⁴⁵⁷ Vgl. *Koukol*, GRAU 2021, S. 79

⁴⁵⁸ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 4

⁴⁵⁹ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 6

⁴⁶⁰ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 9

⁴⁶¹ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 7

⁴⁶² Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 6

⁴⁶³ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 10

⁴⁶⁴ Vgl. *Welser* (2012), S. 753

⁴⁶⁵ Vgl. *Lewisch*, WK² StGB § 123 Rz 12

Strafrechtlich gesehen findet diese Bestimmung für Aufsichtsratsmitglieder nur wenig Anwendung, da die Strafbarkeit sich auf das Auskundschaften bezieht. Darüber hinaus stehen nur wenige Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema zur Verfügung⁴⁶⁶.

6.7.2. Abberufung

Das Verletzen der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht ist ein wichtiger Grund, um ein Mitglied des Aufsichtsrats vorzeitig abzurufen⁴⁶⁷. Ein wichtiger Grund bedeutet, dass das Unternehmenswohl aufgrund von Interessenskonflikten beeinträchtigt wird. Das Handeln im Eigeninteresse ist hingegen gänzlich untersagt, d.h. ein Aufsichtsratsmitglied kann in diesem Fall abgerufen werden, auch wenn keine Beeinträchtigung des Unternehmenswohls nachgewiesen wird⁴⁶⁸.

Ein weiteres Kriterium dabei ist die Unzumutbarkeit der Fortführung des Amtes⁴⁶⁹. Unzumutbarkeit kann aus dem Verhalten eines Mitglieds entnommen werden. Gefährdet das Verhalten einzelner Mitglieder die Funktion des Organs oder das Wohl des Unternehmens, ist eine Amtsfortsetzung unzumutbar⁴⁷⁰.

Ein Antrag auf Abberufung kann von einer Minderheit, die mindestens 10 % des Grundkapitals erreicht, gestellt werden⁴⁷¹. Die Hauptversammlung bedarf der qualifizierten Stimmenmehrheit für eine gültige Abberufung. Handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, ist die Hauptversammlung berechtigt, durch das Erreichen der qualifizierten Mehrheit ein Aufsichtsratsmitglied auch ohne wichtigen Grund abzurufen⁴⁷².

⁴⁶⁶ Vgl. *Welser* (2012), S. 753

⁴⁶⁷ Vgl. *Kalss* (2016), § 24 Rz 22

⁴⁶⁸ Vgl. *Welser* (2018), S. 184

⁴⁶⁹ Vgl. *Kalss*, AktG § 87 Rz 68

⁴⁷⁰ Vgl. *Welser* (2018), S. 185

⁴⁷¹ Vgl. *Welser* (2018), S. 184; *Kalss*, AktG § 87 Rz 67

⁴⁷² Vgl. *Kalss* (2016), § 24 Rz 22

7. Akzeptierte Durchbrechung der Verschwiegenheitspflichten

Nicht in jeder Situation hat die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder eine absolute Wirkung. Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ist in bestimmten Fällen zulässig und anerkannt. Maßgeblich ist das Unternehmensinteresse. Im Folgenden werden unterschiedliche Konstellationen dargestellt, in denen Aufsichtsratsmitglieder zur Informationsweitergabe berechtigt sind.

7.1. Konzern

Die Informationsweitergabe und somit die Verschwiegenheitspflicht innerhalb eines Konzerns ist in gewissem Maß gelockert⁴⁷³. Es ist allerdings anzumerken, dass nicht alle vertraulichen Informationen weitergegeben werden dürfen⁴⁷⁴. Unter die zulässige Übermittlung fallen etwa Informationen, die für die einheitliche Konzernleitung erforderlich sind⁴⁷⁵.

7.1.1. Informationsweitergabe

In einem Konzern gibt es keinen Konzernaufsichtsrat. Der Konzern ist keine Rechtsform, sondern eine Wirtschaftseinheit, daher gibt es keine eigenständigen Organe⁴⁷⁶. Der Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft überwacht nur diese Gesellschaft und nicht den gesamten Konzern. Als Unternehmensinteresse gilt dabei das Interesse der Muttergesellschaft. Der Begriff des Konzerninteresses ist unkonkret, da nur die Interessen solcher Gesellschaften gewahrt werden, die je nach Einfügung im Konzern zu gewichten sind. Der Aufsichtsrat überwacht nur das Interesse der Muttergesellschaft an einer Nutzung der Wirtschaftskraft, die im Gesamtkonzern zusammengefasst ist⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 34; *Kalss* (2016), § 26 Rz 23

⁴⁷⁴ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 141; *Kalss* in AktG § 99 Rz 27

⁴⁷⁵ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 140

⁴⁷⁶ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 6

⁴⁷⁷ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 33

Der Aufsichtsrat hat allerdings durchaus Überwachungsaufgaben, die sich auf den gesamten Konzern beziehen. Er muss verfolgen, wie sich die Untergesellschaften entwickeln, wenn es sich um Aktivitäten handelt, die für die Muttergesellschaft relevant sind⁴⁷⁸. Die Erweiterung der Überwachungsaufgaben eines Aufsichtsrats des Mutterunternehmens auf die Überwachung der für den Konzern erheblichen Angelegenheiten ist deswegen nötig, da Sachverhalte in einem Konzern immer komplexer werden. Auf der einen Seite unterliegen alle Gesellschaften eigenem Recht. Auf der anderen Seite wird dadurch der unternehmerische Handlungsspielraum des Vorstands der Muttergesellschaft erweitert. Die einheitliche Leitung bedeutet also nicht nur die Leitung der eigenen Gesellschaft, sondern auch die von Tochtergesellschaften. Da der Aufsichtsrat die gesamte Geschäftsführung zu überwachen hat, hat er auch die Pflicht, die konzernleitenden Maßnahmen seiner Geschäftsleitung zu überwachen⁴⁷⁹. Die Überwachung hat also zwei Richtungen: die Überwachung der Leitungstätigkeit des Vorstands der Muttergesellschaft einerseits und die Überwachung der Leitungstätigkeit des Vorstands in der Konzerndimension⁴⁸⁰.

Die genehmigungspflichtigen Geschäfte nach § 95 Abs 5 AktG, die sich auf den Gesamtkonzern beziehen, stellen einen weiteren interessanten Punkt dar. Es darf nicht angenommen werden, dass der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft nur für diese zuständig ist und die Maßnahmen der Tochter- bzw. Beteiligungsgesellschaften außer Acht gelassen werden dürfen. Wie auch der ÖCGK⁴⁸¹ besagt, hat der Aufsichtsrat die zustimmungspflichtigen Geschäfte zu konkretisieren, wobei dies auch für die wesentlichen konzernrelevanten Geschäfte der beherrschten Unternehmen gilt. Nicht nur der Aufsichtsrat der jeweiligen Konzerngesellschaft muss sich mit der Frage der Zustimmungsvorbehalts beschäftigen, sondern auch der Aufsichtsrat der Obergesellschaft muss diese Maßnahmen kontrollieren. Das Mutterunternehmen hat immer die Interessen des Gesamtkonzerns an erster Stelle zu halten⁴⁸². Daher ist eine weitere Aufgabe des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft zu beachten, dass nur solche Maßnahmen und Geschäfte in den Katalog

⁴⁷⁸ Vgl. Kalss / Enzinger (2016), § 31 Rz 34

⁴⁷⁹ Vgl. Lutter / Krieger / Verse (2014) § 4 Rz 142

⁴⁸⁰ Vgl. Kalss / Enzinger (2016), § 31 Rz 3

⁴⁸¹ Vgl. L 36 ÖCGK

⁴⁸² Vgl. Kalss / Enzinger (2016), § 31 Rz 63ff

aufgenommen werden, die tatsächlich für die Überwachung der Konzernleitung erforderlich sind⁴⁸³.

Der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft hat die Überwachungsaufgaben einer konzernfreien Gesellschaft. Allerdings bestehen hier gewisse Besonderheiten. Der Aufsichtsrat konzentriert sich auf die Überprüfung, ob die Geschäftsleitung des Tochterunternehmens den Weisungen der Obergesellschaft Folge leistet oder nicht und aus welchem Grund. Der Vorstand muss seinerseits erläutern, warum eine Weisung befolgt wird⁴⁸⁴.

Es ist in der Tat zu unterscheiden, ob ein Aufsichtsratsmitglied eine Pflicht zur Weitergabe von Informationen oder eine Berechtigung dazu hat. Der Vorstand der Muttergesellschaft hat eine Pflicht, den Konzern einheitlich zu leiten. Er ist also berechtigt, die Informationen, die einen funktionalen Bezug auf die Konzernleitung haben, zu verlangen. Daher ist der Aufsichtsrat zur Informationsweitergabe verpflichtet⁴⁸⁵.

In einem Konzern besteht ein asymmetrischer Informationszufluss. Die unabhängige Gesellschaft, sprich Muttergesellschaft, muss imstande sein, alle notwendigen Informationen zu beschaffen, um diese Asymmetrie auszugleichen. Es ist für die gesetzlichen Vertreter der Tochtergesellschaft zulässig, den Vorstand der Muttergesellschaft mit diesen Informationen zu versorgen. Die Grenze dafür ist aber das Interesse der Tochtergesellschaft, wobei die Konzerninteressen miteinbezogen werden dürfen. Sind Auskünfte für die Wahrnehmung der Konzernleitung erforderlich, so ist der Vorstand verpflichtet diese Auskünfte weiterzugeben, solange dem Tochterunternehmen keine Nachteile zufügt werden⁴⁸⁶. Die Informationsweitergabe benötigt also einen funktionalen Bezug, um gerechtfertigt zu werden. Es handelt sich nicht nur um eine inhaltliche Abgrenzung der Informationen, sondern auch um ihr Ausmaß⁴⁸⁷. Die Weitergabe von Informationen ist daher erlaubt, wenn es sich um die Konzernleitung handelt, sprich das Sicherstellen der Konzernüberwachung, die Ausübung von Sonderrechten und die Etablierung der Aufgaben- und Arbeitsleitung auf dem Konzernniveau⁴⁸⁸.

⁴⁸³ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 134

⁴⁸⁴ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 101ff

⁴⁸⁵ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 41

⁴⁸⁶ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 140

⁴⁸⁷ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 26

⁴⁸⁸ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 35

In welchem Ausmaß die Informationen weitergegeben werden, ist von der Art der Leitung des Konzerns abhängig⁴⁸⁹.

In einem Vertragskonzern dürfen Informationen jederzeit an die Muttergesellschaft weitergegeben werden, weil diese aufgrund vom Beherrschungsvertrag ein umfassendes Weisungsrecht hat. Der Austausch von Informationen dient in diesem Fall der Wahrnehmung der Konzernleitung⁴⁹⁰.

Grds hat das Konzerninteresse Vorrang in einem Vertragskonzern, was im faktischen Konzern strittig ist. Aufgrund der Sorgfalts- und Treuepflichten kann das Aufsichtsratsmitglied die Interessen der Tochtergesellschaft nicht ignorieren und ohne Weiteres die Interessen der Muttergesellschaft verfolgen. Die Interessen beider Gesellschaften müssen berücksichtigt werden. Auch Doppelmandatare müssen gleichzeitig die Interessen der Tochtergesellschaft wahrnehmen und die Interessen der entsendungsberechtigten Muttergesellschaft vertreten. Dadurch befinden sich die Organmitglieder im faktischen Konzern oft in Interessenkollisionen, sodass sie in bestimmten Fällen das Amt niederlegen müssen⁴⁹¹. Die Pflicht zur Weitergabe von Informationen fällt grds auf den Vorstand der Tochtergesellschaft⁴⁹². Solch eine starre Bindung an die Kompetenzordnung ist allerdings bei Doppelmandatsträgern sehr schwer umzusetzen. In der Praxis löst sich ein solcher Interessenskonflikt dadurch, dass der Vorstand der Tochtergesellschaft explizit oder konkludent erklärt, dass er einverstanden ist, dass ein Aufsichtsratsmitglied Informationen an die Muttergesellschaft weitergibt⁴⁹³. D.h., dass die Verschwiegenheitspflicht in einer Konzerngesellschaft weit gelockert ist.

Das Ausmaß der Informationsweitergabe in einem faktischen Konzern richtet sich an der Erforderlichkeit der Informationen aus. Die Grenze der Weitergabe von Auskünften verschiebt sich von einer Gesellschaft auf den Konzern als Einheit. Der Konzern ist also nicht nur eine wirtschaftliche Einheit, sondern eine Interessenseinheit⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 140

⁴⁹⁰ Vgl. *Bosse*, BOARD 2012, S. 67; *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 103; Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 42

⁴⁹¹ *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 103

⁴⁹² Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 140; Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 42

⁴⁹³ *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 103

⁴⁹⁴ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 36

Der Aufsichtsrat sowie der Vorstand haben hier keine absolute Pflicht zur Verschwiegenheit⁴⁹⁵. In bestimmten Situationen, die in weiterer Folge in diesem Kapitel dargestellt werden, ist es notwendig und zulässig, dass der Aufsichtsrat Informationen auch an Nichtmitglieder weitergibt⁴⁹⁶.

7.1.2. Auskunftsanspruch und -recht

Über die Lage des Konzerns und die in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen muss die Hauptversammlung der Muttergesellschaft informiert werden⁴⁹⁷. Das Auskunftsrecht gegenüber dem Vorstand gem. § 118 Abs 1 Satz 3 AktG ist kein Individualrecht eines Aktionärs, sondern steht nur der Hauptversammlung zu, wo alle Aktionäre gleichbehandelt werden. Die Grenze dieses Rechts ist allerdings der Zusammenhang mit einem Tagesordnungspunkt und die Nachteiligkeit der Weitergabe gem. § 118 Abs 3 Z 1 AktG. Kann die Weitergabe der Gesellschaft einen erheblichen Nachteil zufügen, so ist die Geheimhaltung berechtigt und die Auskunft darf verweigert werden⁴⁹⁸. Aus diesem Auskunftsanspruch wird das allgemeine Recht der Konzernobergesellschaft auf Informationen gegenüber der Untergesellschaft abgeleitet⁴⁹⁹.

Es ist zunächst zu überprüfen, ob ein solches Recht auf Information auch gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern oder dem Gesamtaufsichtsrat besteht. Das Auskunftsrecht richtet sich nach hL an den Vorstand, aber auch an den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Kompetenz gegenüber der beherrschten Gesellschaft. Im österreichischen Recht besteht ein Weisungsrecht des Leitungsorgans der beherrschenden Gesellschaft gegenüber dem Leitungsorgan der beherrschten Gesellschaft. Dieses Weisungsrecht richtet sich allerdings nur an den Vorstand. Ob es sinnvoll ist, das Auskunftsrecht bzw. eine Auskunftsberechtigung des Aufsichtsrats über Informationen, die tatsächlich vorhanden und für die Leitung des Konzerns erforderlich sind, abzulehnen, ist zu bezweifeln⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 141

⁴⁹⁶ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 28

⁴⁹⁷ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 139

⁴⁹⁸ Vgl. § 118 AktG; *Torggler* (2013), S. 1221

⁴⁹⁹ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 42

⁵⁰⁰ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 42

7.1.3. Entsandte Mitglieder

Steht der Entsandte in einem Rechtsverhältnis, sprich arbeitsrechtlich oder organschaftlich, zum Entsender, kann dieses Verhältnis dazu führen, dass der Entsandte die Interessen seines Entsenders im Aufsichtsrat vertreten soll⁵⁰¹. Das entsandte Aufsichtsratsmitglied muss allerdings aufgrund der Treuepflicht im Kollisionsfall natürlich das Unternehmensinteresse verfolgen⁵⁰². Wie § 70 Abs 1 AktG besagt, der auch für Aufsichtsräte anwendbar ist, steht dabei das Wohl der Gesellschaft im Vordergrund⁵⁰³.

Ist der Aktionär die herrschende Muttergesellschaft, darf ein Aufsichtsratsmitglied die Informationen weitergeben. Für den Fall und nur für diesen Fall, dass die Weitergabe für die Konzernleitung nötig ist, kann ein Aufsichtsratsmitglied des Tochterunternehmens an die Muttergesellschaft berichten⁵⁰⁴. Die Entsenderinteressen dürfen verhältnismäßig berücksichtigt werden, wobei das Unternehmenswohl bereits bei der Interessensabwägung berücksichtigt werden muss. Das entsandte Aufsichtsratsmitglied darf Informationen im Interesse seines Entsenders weitergeben, wobei ein Interesse der Tochtergesellschaft nicht immer erforderlich ist⁵⁰⁵. Entsendet die Muttergesellschaft ein Mitglied in den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, ist der Entsandte verpflichtet, die Interessen der Konzernmutter zu vertreten. Die Interessen der Muttergesellschaft spielen dabei eine wichtige Rolle in der Entscheidungsfindung auf der Ebene der Tochtergesellschaft. Schranken für die Informationsweiterleitung sind allerdings auch hier vorhanden, sprich ein Verbot der Nachteilzufügung und ein Gebot der Gleichbehandlung der abhängigen Gesellschaft⁵⁰⁶. An erster Stelle stehen daher die Interessen der Tochtergesellschaft. Bei Interessenskonflikten muss das Aufsichtsratsmitglied sich der Abstimmung enthalten oder unter Umständen das Amt niederlegen⁵⁰⁷.

Bei den Zustimmungsvorbehalten ist es wichtig zu erwähnen, dass Beschlüsse des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft nicht immer bindend sind. Ob die

⁵⁰¹ Vgl. *Torggler* (2013), S. 1215

⁵⁰² Vgl. § 99 Rz 19 AktG; *Torggler* (2013), S.1216; Vgl. *Strasser*, AktG II⁴ § 88 Rz 22

⁵⁰³ Vgl. *Torggler* (2013), S. 1216

⁵⁰⁴ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 35

⁵⁰⁵ Vgl. *Torggler* (2013), S. 1224

⁵⁰⁶ Vgl. *Arlt*, GesRZ 2019, S. 261

⁵⁰⁷ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 104

Aufsichtsratsmitglieder der Tochtergesellschaft an die Weisungen des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft gebunden sind, hängt davon ab, ob es sich um Doppelmandate handelt. Die Organträger der Obergesellschaft, die gleichzeitig zum Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft gehören, sind grds weisungsfrei und unterliegen der höchstpersönlichen Amtsausführung⁵⁰⁸. Es ist in der Lehre anerkannt, dass die Aufsichtsratsmitglieder, die von einer Muttergesellschaft entsandt oder auch nominiert werden, an Weisungen der Muttergesellschaft gebunden sind. Sie haben daher die Interessen der Obergesellschaft zu vertreten, solange dadurch keine Nachteilszufügung besteht⁵⁰⁹.

Auch ein Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft ist zur Verschwiegenheit verpflichtet in dem Sinn, dass vom Aufsichtsrat der Obergesellschaft an die Tochtergesellschaft kein Informationsfluss stattfindet. Das persönliche Wissen eines Mitglieds des Aufsichtsrats darf der Gesellschaft auch nicht zugerechnet werden. Eine Weitergabe von Information kann nur auf Basis eines besonderen Rechtfertigungsgrunds stattfinden. Daher erfolgt auch die Wissenszurechnung ausnahmsweise von unten nach oben.⁵¹⁰

7.1.4. Nominierte Mitglieder

Es besteht eine schuldvertragliche Pflicht zur Weitergabe der Informationen zwischen dem Entsandten und dem Entsendungsberechtigten. Genauso, obwohl die nominierten Mitglieder nicht formal gem. § 88 AktG entsandt werden, ist es auch vorstellbar, dass ein derartiger Vertrag auch für den Nominierten und Nominierungsberechtigten gelten kann⁵¹¹.

Die Weitergabe von Informationen durch nominierte Aufsichtsratsmitglieder an die Muttergesellschaft ist also vorstellbar, wenn die Obergesellschaft einen leitenden Angestellten in den Aufsichtsrat der Untergesellschaft sendet. Es ist dann zulässig eine vertragliche Vereinbarung für die Bekanntmachung der Informationen abzuschließen. Besteht eine berechtigte Weitergabe von Information, kann davon ausgegangen werden, dass die Informationsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Vorstand der Tochtergesellschaft und auch eine direkte Verpflichtung gegenüber der Obergesellschaft

⁵⁰⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 132

⁵⁰⁹ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 94

⁵¹⁰ Vgl. *Kalss / Enzinger* (2016), § 31 Rz 109

⁵¹¹ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 144

vereinbart werden kann. Somit kann auch die Verpflichtung zur Informationsweitergabe durch ein Auftragsverhältnis begründet werden. Die Schranke der Informationsweitergabe sind wiederum das Unternehmenswohl und eine Nachteilszufügung der Untergesellschaft⁵¹².

7.2. Arbeitnehmervertreter

Wie alle anderen Aufsichtsratsmitglieder sind auch Arbeitnehmervertreter zur Loyalität verpflichtet. Die Arbeitnehmervertreter vertreten dabei allerdings andere Interessensgruppen, wobei die Interessen von diesen auch von großer Bedeutung sind⁵¹³. Nichtsdestotrotz besteht das Gebot zur Vertraulichkeit auch gegenüber den Gewerkschaften und der Belegschaft des Aufsichtsrats. Wurden allerdings Mitglieder durch eine Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt, haben sie eine Berechtigung, ihren Vorgesetzten zu berichten⁵¹⁴.

Vor allem in Konzerngesellschaften können sich komplizierte Konstellationen bezüglich der Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ergeben. Sitzt beispielsweise ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft, wobei dieser Vertreter gleichzeitig ein Arbeitnehmervertreter und ein Betriebsratsvorsitzender der Untergesellschaft ist, so stellt sich die Frage, welche Informationen an den Aufsichtsrat und an den Betriebsrat der Tochtergesellschaft weitergegeben werden dürfen⁵¹⁵.

Gem. § 110 Abs 3 ArbVG haben die Arbeitnehmervertreter gleiche Rechte und Pflichten wie die durch die Hauptversammlung gewählten oder von den Aktionären entsandten Aufsichtsratsmitglieder. Die Betriebsratsmitglieder, die als Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat entsandt werden, haben also die Verschwiegenheitspflicht zu wahren. Die Frage ist, wie können die Mitglieder diese Verschwiegenheit betreffend gleichbehandelt werden, wenn die Arbeitnehmervertreter auch ihre Pflichten gem. § 38 ArbVG (Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb) wahren müssen. Nicht zu vergessen ist, dass man, um in den Aufsichtsrat entsendet zu werden, ein Betriebsratsmitglied sein muss⁵¹⁶.

⁵¹² Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 144

⁵¹³ Vgl. *Keilich / Brummer*, BB 2012, S. 897

⁵¹⁴ Vgl. *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 56ff

⁵¹⁵ Vgl. *Jabornegg*, DRdA 2004, S. 107

⁵¹⁶ Vgl. *Jabornegg*, DRdA 2004, S. 107

In der Literatur werden unterschiedliche Meinungen vertreten. *Cerny*⁵¹⁷ geht davon aus, dass Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in erster Linie dem Betriebsrat gegenüber Verantwortung tragen. D.h. die Interessenvertretungsaufgabe hat vor der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht Vorrang. *Kalss*⁵¹⁸ stellt die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter jener der anderen Aufsichtsratsmitglieder auf einer Ebene, wonach keine Durchbrechungen akzeptiert werden. Nach *Kittel*⁵¹⁹ stellt die Weitergabe von Informationen an den Betriebsrat eine schwere Pflichtverletzung dar. Bei der Weitergabe von Geheimnissen an den Betriebsrat haften die Arbeitnehmervertreter persönlich aufgrund der Verschwiegenheitspflichtverletzung.

Die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht ist eigenständig im § 115 Abs 4 ArbVG geregelt. Arbeitnehmervertreter, die ihre Aufsichtsratsfunktion ausüben, haben also zwei gesetzlichen Grundlagen für die Wahrung der Verschwiegenheitspflicht⁵²⁰. Nach dem Aktiengesetz gilt, dass die Verschwiegenheitspflicht sich auf die vertraulichen Angaben ausweitete, wobei nach dem Arbeitsverfassungsgesetz Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geheim gehalten werden müssen. Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht geht also über die betriebsverfassungsrechtliche hinaus⁵²¹. Man kann davon ausgehen, dass eine weitgehende Pflicht zur Verschwiegenheit für die Arbeitnehmervertreter angewendet werden muss. Andererseits muss bei den Durchbrechungen die Verschwiegenheitspflicht gem. § 115 Abs 4 ArbVG mindestens berücksichtigt werden⁵²².

Ein Arbeitnehmervertreter hat also einerseits die organschaftliche Treuepflicht zu bewahren, andererseits ist er seinen Wählern gegenüber verpflichtet, ihnen Informationen weiterzuleiten⁵²³. In solchen Situationen, wo die Verschwiegenheitspflicht und die Interessenvertretungsaufgabe kollidieren, muss der Arbeitnehmervertreter die Interessen sorgfältig abwägen⁵²⁴. Das ist eine verbreitete Meinung. Überwiegen die Interessenvertretungsaufgaben, kann eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht

⁵¹⁷ Vgl. *Cerny*, DRdA 1968, S. 77

⁵¹⁸ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 21

⁵¹⁹ Vgl. *Kittel*, GRAU 2021, S. 46

⁵²⁰ Vgl. *Jabornegg*, DRdA 2004, S. 109

⁵²¹ Vgl. *Geppert / Mortiz* (1979), S. 431; *Cerny*, DRdA (1968) S. 77

⁵²² Vgl. *Jabornegg*, DRdA 2004, S. 109

⁵²³ Vgl. *Keilich / Brummer*, BB 2012, S. 897

⁵²⁴ Vgl. *Jabornegg*, DRdA 2004, S. 109

begründet werden, solange der Arbeitnehmervertreter dem Betriebsrat so berichtet, dass er damit die Interessenvertretungsaufgaben erfüllt⁵²⁵.

Die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ist gesetzlich verankert – sie ist Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Mandatsausübung. Es ist unzulässig, die Interessenvertretungsaufgaben gem. § 38 ArbVG zu ignorieren. Geht man davon aus, dass die Geheimhaltungspflicht gem. § 115 Abs 4 ArbVG enger gefasst ist als die Verschwiegenheitspflicht gem. § 84 AktG, muss der Arbeitnehmervertreter der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht folgen. Das heißt aber nicht, dass die primär geltende Geheimhaltungspflicht überhaupt nicht berücksichtigt werden muss. Kollidieren diese zwei ist selbstverantwortlich eine Abwägung durchzuführen, wobei die Geheimhaltungspflicht im gewissen Maß als durchbrochen anzusehen ist⁵²⁶.

7.3. Aktionäre

Bestimmten Aktionären kann das Recht eingeräumt werden, Aufsichtsratsmitglieder gem. § 88 AktG zu entsenden⁵²⁷. In einer börsennotierten Gesellschaft dürfen bis zu einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder von einzelnen Kapitalvertretern entsandt werden. Die Anzahl der nicht von der Hauptversammlung gewählten Mitglieder in einer nicht börsennotierten Gesellschaft darf höchstens die Hälfte ausmachen⁵²⁸.

Ein solches Aufsichtsratsmitglied steht damit in einer Rechtsbeziehung zu der Gesellschaft einerseits, andererseits steht es auch in einer Rechtsbeziehung zu dem Entsendungsberechtigten. Die Bindung ergibt sich aus der Mandatsübernahme⁵²⁹. Das entsandte Aufsichtsratsmitglied und der Entsender können grds interne Informations- und Konsultationspflichten vereinbaren, sofern kein Verschwiegenheitsgebot gilt.⁵³⁰ Da die Interessen des entsendungsberechtigten Aktionärs gesetzlich anerkannt sind, ist die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Entsendeten gelockert⁵³¹. Informationen

⁵²⁵ Vgl. *Jabornegg*, § 110 ArbVG Rz 267; *Geppert / Moritz* (1979), S. 437

⁵²⁶ Vgl. *Jabornegg*, § 110 ArbVG Rz 268; *Jabornegg*, DRdA 2004, S. 109

⁵²⁷ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 16

⁵²⁸ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 143

⁵²⁹ Vgl. *Kalss*, AktG § 88 Rz 27

⁵³⁰ Vgl. *Eckert / Schopper* AktG II⁶ § 88 Rz 19

⁵³¹ Vgl. *Torggler* (2013), S. 1225

dürfen im Rahmen der Rechenschaftspflichten in dem Ausmaß weitergegeben werden, in dem die Interessen des Entsendungsberechtigten im Aufsichtsrat vertreten werden⁵³².

Nach hL sind Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Aktionären zur Verschwiegenheit verpflichtet⁵³³. Obwohl das Aktiengesetz den Aktionären ein Auskunftsrecht gem. § 118 AktG einräumt, ist dieses nicht geeignet, um an vertrauliche Angaben zu gelangen⁵³⁴.

In bestimmten Fällen kann allerdings die Weitergabe an Aktionäre erlaubt sein. Handelt es sich beispielsweise um eine Konzernkonstellation, gilt es als zulässig, die Informationen an den nominierenden Konzern weiterzugeben, solange ein funktionaler Bezug zur einheitlichen Konzernleitung besteht. Darüber hinaus ist die Weitergabe von Informationen an Anteilseigner bei direktem Erfordernis der Amtsausübung erlaubt. Die Befugnis, Informationen weiterzugeben, steht nicht nur den entsandten Mitgliedern und Mitgliedern, die von einem konzernverbundenen Aktionär entsandt werden, sondern auch den Aufsichtsratsmitgliedern zu, die nominiert wurden⁵³⁵. Unter nominierten Mitgliedern werden auch solche Mitglieder verstanden, die aufgrund eines Syndikatsvertrags oder einer informellen Nominierung das Amt übernehmen⁵³⁶.

Das entsandte Mitglied ist nur insoweit weisungsgebunden, solange das Interesse der Gesellschaft nicht missachtet wird. Überschreiten die Interessen des Entsenders die Grenze des Unternehmensinteresses, so kann das Aufsichtsratsmitglied von der Weisung entbunden werden⁵³⁷. Der Entsendungsberechtigte kann vertraglich vereinbaren, dass das entsandte Aufsichtsratsmitglied dem betroffenen Shareholder die Informationen weitergibt⁵³⁸. Das entsandte Aufsichtsratsmitglied ist daher berechtigt, im Rahmen seiner sorgfältigen Amtsausübung dem Entsender Informationen aus seiner Tätigkeit weiterzugeben, solange diese Informationen für die Wahrnehmung des Mandates, sprich, Vertretung des anerkannten Interesses des Entsendungsberechtigten, nötig sind. Die Informationszugänge müssen sachlich gerechtfertigt werden⁵³⁹. Dies gilt dann, wenn die Interessen der Entsendungsberechtigten anders nicht vorgetragen werden können. Wie schon erwähnt, sind

⁵³² Vgl. *Eckert / Schopper* AktG II⁶ § 88 Rz 20

⁵³³ Vgl. *Eckert / Schopper*, AktG II⁶ § 99 Rz 32; *Mertens / Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 56

⁵³⁴ Vgl. *Mitterlehner*, wbl 2017, S. 670

⁵³⁵ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 26ff

⁵³⁶ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 45

⁵³⁷ Vgl. *Kalss*, AktG² § 88 Rz 28

⁵³⁸ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 44

⁵³⁹ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2010, S. 143; *Kalss*, AktG § 88 Rz 29

die Grenzen für eine solche Weitergabe das Verbot der Nachteilszufügung und das Gleichbehandlungsgebot gegenüber der Untergesellschaft. Die Aufsichtsratsmitglieder dürfen dem Unternehmen dadurch keine Nachteile zufügen. Wird das Verfolgen des Gesellschaftsinteresses durch vertragliche Vereinbarungen zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und dem Aktionär verhindert, gelten diese als nichtig⁵⁴⁰.

In Einzelfällen ist es zulässig, die Informationen über Konzernkonstellationen hinaus an kontrollierende Beteiligungen weiterzugeben. Auch hier ist das Unternehmensinteresse die Grenze der Weitergabe. Als zulässig gilt beispielsweise eine Weitergabe von ausgewählten Informationen an Gesellschafter im Falle der Abklärung von strategischen Entscheidungen, welche sich direkt auf Aktionäre beziehen. In solchen Sondersituationen, wie bei einer Due Diligence Prüfung, dürfen Aufsichtsratsmitglieder daher unter Berücksichtigung des Gesellschaftswohls, sofern die Weitergabe unumgänglich ist, die Informationen weitergeben⁵⁴¹.

7.4. Informationsweitergabe an Abschlussprüfer

Im Rahmen des § 272 Abs 2 UGB besteht keine Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Abschlussprüfer, solange die Weitergabe von Informationen für die Prüfungstätigkeit von entsprechender Bedeutung ist⁵⁴². Der Aufsichtsrat hat also eine Befugnis, die Insiderinformationen an Abschlussprüfer weiterzugeben, solange diese für die Jahresabschlussbeurteilung wesentlich sind⁵⁴³.

Die Zusammenarbeit des Abschlussprüfers und des Aufsichtsrates wird gesetzlich geregelt. Im Rahmen der Jahresabschlussprüfung prüft der Abschlussprüfer die vom Vorstand aufgestellten Unterlagen, sprich Jahresabschluss, Lagebericht, Vorschlag für die Verwendung des Jahresergebnisses und Corporate Governance Bericht. Diese Tätigkeit kann als Unterstützung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats angesehen werden⁵⁴⁴. Der Abschlussprüfer beschäftigt sich mit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der

⁵⁴⁰ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 44

⁵⁴¹ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 49ff

⁵⁴² Vgl. *Kalss* (2016), § 31 Rz 30; *Kalss*, AktG § 99 Rz 24

⁵⁴³ Vgl. *Marsch -Barner* (1999), J Rz 199

⁵⁴⁴ Vgl. *Milla / Rödler / Köll* (2016), § 21 Rz 115; *Hartig* (2019), S. 814

Rechnungslegung. Der Aufsichtsrat hat zu überprüfen, ob die Geschäftsführung wirtschaftlich und zweckmäßig handelt⁵⁴⁵. Die Abschlussprüfung ist daher nur ein Teilaspekt der Überwachung und kann die tatsächliche Überwachung des Aufsichtsrats nicht ersetzen⁵⁴⁶.

Der Aufsichtsrat hat zwei Pflichten, die sich im Rahmen des Jahresabschlusses aufspalten lassen. Einerseits muss er die Unterlagen auf Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit überprüfen; andererseits muss er einen Bericht über diese Überwachungstätigkeit der Hauptversammlung vorlegen⁵⁴⁷. Der Vorstand ist gem. § 272 UGB verpflichtet, dem Abschlussprüfer unverzüglich nach der Aufstellung den Jahresabschluss und den Lagebericht vorzulegen. D.h. der Abschlussprüfer ist berechtigt, in die sensiblen Informationen Einsicht zu nehmen und sie zu überprüfen. Unter dieses Auskunftsrecht fallen alle relevanten Unterlagen, die ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft liefern können. Das Recht zur Einsicht kann weder vom Aufsichtsrat noch vom Vorstand abgelehnt werden⁵⁴⁸. Der Abschlussprüfer selbst ist der Verschwiegenheitspflicht unterworfen⁵⁴⁹.

7.5. Informationsweitergabe an Sachverständige

Ausnahmsweise kann es zur Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht gegenüber Dritten kommen, wenn ein Sachverständiger beigezogen wird, um den Aufsichtsrat in einzelnen Fragen zu beraten⁵⁵⁰. Dementsprechend kann ein Rechtsberater beauftragt werden, wie beispielsweise bei zustimmungspflichtigen Geschäften⁵⁵¹.

Grds erfolgt die Beauftragung eines externen Sachverständigen durch das Gesamtgremium. Einzelne Mitglieder haben idR keinen Anspruch darauf. In Ausnahmefällen kann auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied Sachverständige hinzuziehen, wenn die Möglichkeiten zur Beratung, die im Aufsichtsrat angeboten werden, nicht ausreichen oder pflichtwidrig

⁵⁴⁵ Vgl. *Hartig* (2019), S. 814

⁵⁴⁶ Vgl. *Hartig* (2019), S. 814

⁵⁴⁷ Vgl. *Gruber/Gruber*, AktG § 96 Rz 2

⁵⁴⁸ Vgl. *Milla/Rödler/Köll* (2016), § 21 Rz 116

⁵⁴⁹ Vgl. *Kalss* (2016), § 26 Rz 30

⁵⁵⁰ Vgl. *Mertens/Cahn*, AktG II³ § 116 Rz 54

⁵⁵¹ Vgl. *Marsch-Barner* (1999), J Rz 200

verweigert werden. Der Aufsichtsrat wird bei der Bestellung durch den Vorsitzenden vertreten. Der Vorsitzende ist ermächtigt, einen Sachverständigen durch einen Beschluss zu bestellen. Der Vertrag mit dem Sachverständigen ist allerdings auch ohne Beschluss gültig⁵⁵².

Ein einzelnes Mitglied darf auch einen Sachverständigen beziehen, wenn dies für die Beratung oder Meinungsbildung des Aufsichtsratsmitglieds relevant ist. Zulässig ist eine solche Beiziehung nur, soweit die Geheimhaltungspflichten sichergestellt werden⁵⁵³. Wird beispielsweise ein externer Sachverständiger, der einer berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht, beispielsweise als Rechtsanwalt, unterliegt, beauftragt, wird die Schweigepflicht des Aufsichtsratsmitglieds nicht verletzt⁵⁵⁴.

⁵⁵² Vgl. *Kittel* (2016), S. 273; *Kalss*, AktG § 95 Rz 66ff

⁵⁵³ Vgl. *Kalss*, AktG § 95 Rz 69

⁵⁵⁴ Vgl. *Kalss*, AktG § 99 Rz 25

8. Entbindung im Zuge eines Zivilverfahrens

Aufsichtsratsmitglieder können sowohl als Zeugen als auch als Haftungspflichtige in einem Verfahren auftreten. In beiden Fällen bestehen gesetzliche Pflichten, relevante Informationen vor Gericht mitzuteilen. Angesichts der Geheimnisse, über die Aufsichtsräte im Rahmen der Tätigkeitsausübung Kenntnis bekommen, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ihnen ein Aussageverweigerungsrecht zusteht.

8.1. Aufsichtsrat als Zeuge

Gem. § 321 ZPO kann ein Zeuge im Zivilprozess sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Auch ein Aufsichtsratsmitglied, das vom Gericht geladen wurde, kann die Beantwortung von gewissen Fragen verweigern. Einschlägig ist Z 5, wonach solche Fragen unbeantwortet bleiben können, welche nur durch Offenbarung von Kunst- und Geschäftsgeheimnissen zu erklären wären⁵⁵⁵. Geschützt werden nicht nur die eigenen Geheimnisse des Zeugen, sondern auch die Geheimnisse anderer Personen oder von Dritten⁵⁵⁶. Die Aussage kann allerdings nicht allgemein verweigert werden, sondern nur bezüglich bestimmter Einzelfragen⁵⁵⁷.

Die Bestimmung des § 321 Abs 1 Z 5 ZPO entbindet den Zeugen nicht von der Verschwiegenheitspflicht. Demgegenüber beschreibt § 321 Abs 1 Z 3 ZPO eine dem Zeugen obliegende staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht, von der er gültig entbunden werden muss. Ein Nachweis der Verschwiegenheitspflicht ist allerdings keine Voraussetzung für Entschlagung nach Abs 1 Z 5⁵⁵⁸. Dies ist insoweit wichtig anzumerken, weil Aufsichtsratsmitglieder der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Diese zusätzlichen Sonderregelungen zur Verschwiegenheit gelten auch für Arbeitnehmervertreter. Gem. § 115 Abs 4 ArbVG müssen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie Informationen über persönliche Beziehungen oder

⁵⁵⁵ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 48

⁵⁵⁶ Vgl. *Schumacher*, ÖJZ 1987, S. 675; *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 51

⁵⁵⁷ Vgl. *Klauser / Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 321 Rz E 1

⁵⁵⁸ Vgl. *Schumacher*, ÖJZ 1987, S. 676

Angelegenheiten der Arbeitnehmer geheim gehalten werden. Beruft sich ein Aufsichtsratsmitglied auf das Geheimnis einer anderen Person, muss die Verschwiegenheitspflicht nicht offenbart werden⁵⁵⁹. In diesem Fall konkurriert der Entschlagungsgrund (Z 3) mit dem Zeugnisentschlagungsgrund (Z 5)⁵⁶⁰. Solange Aufsichtsratsmitglieder der staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht unterliegen, stehen die Regelungen in echter Konkurrenz⁵⁶¹.

Unter Kunstgeheimnissen sind solche Geheimnisse zu verstehen, die sich auf bestimmte Fähigkeiten, auf die Anwendung bestimmter Methoden oder auf Handfertigkeiten beziehen. Diese werden hauptsächlich als wirtschaftliche Geheimnisse angesehen⁵⁶², weil ihnen ein Herstellungs- bzw. Produktionsverfahren zugrunde liegt⁵⁶³. Ein Geschäftsgeheimnis umfasst kommerzielle Tatsachen, die sich auf Unternehmen beziehen und deren Nichtoffenlegung im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft liegt. Das Interesse besteht darin, dass die Offenbarung die geschäftliche Position im wirtschaftlichen Konkurrenzzumfeld verschlechtern kann⁵⁶⁴.

Eine Aussage kann auch gem. § 321 Abs 1 Z 2 ZPO verweigert werden. Diese Regelung ist dann anwendbar, wenn dem Zeugen ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Nachteil droht, der durch die Aussage selbst eintritt. Dem Aufsichtsratsmitglied muss also Schaden drohen. Ein Vermögensnachteil, der den Zeugen berechtigt, die Aussage zu verweigern, liegt dann vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied durch seine Aussage eine Haftung – z.B. als (Mit-)Schuldner, Bürge, Regressschuldner – begründet. Des Weiteren ist dies auch der Fall, wenn die Durchsetzung einer bestehenden Schuldverpflichtung durch das Beweismittel der Aussage erleichtert werden könnte⁵⁶⁵. In diesem Fall wäre es dem Vorstand zu empfehlen, dem Aufsichtsratsmitglied den Streit zu verkünden⁵⁶⁶.

Die Einschränkung der Aussagepflicht entfällt, sobald der Inhaber des Geheimnisses mit dessen Offenbarung einverstanden ist. Der Zeuge wird daher von der Verschwiegenheitspflicht entbunden. Liegt eine staatlich anerkannte

⁵⁵⁹ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 41; *Schumacher*, ÖJZ 1987, S. 676

⁵⁶⁰ Vgl. *Schumacher*, ÖJZ 1987, S. 676

⁵⁶¹ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 48

⁵⁶² Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 49

⁵⁶³ Vgl. *Schumacher*, ÖJZ 1987, S. 673

⁵⁶⁴ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 50

⁵⁶⁵ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 13

⁵⁶⁶ Vgl. *Welser* (2012), S. 765

Verschwiegenheitspflicht vor und entfällt die Entbindung, muss der Zeuge die Aussage verweigern⁵⁶⁷.

Die Verschwiegenheitspflicht schützt diejenigen, deren Angelegenheiten vertraulich bleiben sollen. Aus diesem Grund ist eine wirksame Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht erforderlich. Eine Aussageverweigerungspflicht liegt nur dann vor, wenn keine gültige Entbindung des Zeugen gegeben ist. Es spielt dabei keine Rolle, ob die Umstände, die von der Verschwiegenheitspflicht betroffen sind, bekannt sind. Ist der Zeuge gültig von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, gibt es keine Rechtfertigung zur Aussageverweigerung. Die Interessen des Betroffenen entfallen. Falls die Verschwiegenheitspflicht dem Schutz mehrerer Betroffener dient, müssen alle diese Personen den Zeugen wirksam entbinden. Gibt es einen gemeinsamen Zweck, müssen nicht alle, sondern nur einer der Berechtigten den Zeugen entbinden⁵⁶⁸.

Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ist eine Erklärung privatrechtlicher Natur. Der Umfang der Entbindung richtet sich nach dem Wissen der geschützten Person, sprich der Gesellschaft. Die Entbindung ist höchstpersönlich. Daher kann sie weder vom Vertreter noch vom Gericht erteilt werden⁵⁶⁹.

Daraus folgt, dass ein Aufsichtsrat als Zeuge in einem Zivilverfahren sich auf das Geschäftsgeheimnis berufen kann. Wird ein Aufsichtsratsmitglied von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, ist es zur Aussage auch gegen seinen Willen verpflichtet.

In der Judikatur gibt es kaum Rechtsprechungen zur Frage, ob die Aufsichtsratsmitglieder sich auf Verschwiegenheitspflicht berufen können, soweit davon Informationen erfasst sind, die über Geheimnisse hinausgehen⁵⁷⁰.

Zur Frage der Entbindung wurde in dieser Arbeit bereits dargestellt, dass die Gesellschaft, die vom Vorstand geführt wird, den Aufsichtsrat nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbinden kann. Sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat stellen einen Schutzberechtigten dar. Auch hier kommt es auf die Interessensabwägung einzelner

⁵⁶⁷ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 52

⁵⁶⁸ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 18

⁵⁶⁹ Vgl. Vgl. *Klauser / Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 321 Rz E 6; *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 19

⁵⁷⁰ Vgl. *Welser* (2012), S. 764

Aufsichtsratsmitglieder an, die im Unternehmensinteresse agieren. Auch *Welser*⁵⁷¹ führt aus, dass die Entbindung durch die Gesellschaft weder möglich noch erforderlich ist. Steht das Wohl der Gesellschaft in Gefahr, muss es zulässig sein, dass Aufsichtsratsmitglieder sich auf die Aussageverweigerung stützen und keine Informationen offenlegen. Die Aussage kann allerdings nur bezüglich bestimmter Angelegenheiten verweigert werden. Ein Recht auf Zeugnisverweigerung wird beispielsweise dann nicht begründet, wenn das Aufsichtsratsmitglied vor finanzbehördlicher, verwaltungsrechtlicher oder disziplinarer Verfolgung in Gefahr steht⁵⁷².

In der Entscheidung vom 2016⁵⁷³ führt der OGH aus, dass die Aufsichtsratsmitglieder ohne Entbindung durch den Vorstand die Aussage nicht nur verweigern dürfen, sondern auch müssen. Es handelt sich um eine Beschlussfassung, die in den Bereich der Abstimmungs- und Beratungsgeheimnisse fällt. Das Aussageverweigerungsrecht wurde aus der staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit abgeleitet. Da die Aufsichtsratsmitglieder einer objektiv normierten Sorgfaltspflicht unterliegen, hätten sie ohne Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht die Aussage verweigern müssen. Diese Rechtsprechung verursachte richtigerweise Kritik in der Literatur.

Zum einen soll die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht nicht vom Vorstand bestimmt werden, weil er für die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht nicht zuständig ist. Kritisiert wurde auch die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht bezüglich des Gesellschaftsinteresses. In dem vorliegenden Fall ist kein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung anzunehmen⁵⁷⁴.

Als Unterstützung für die eigene Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht kann ausgeführt werden, dass sich in Deutschland Aufsichtsratsmitglieder selbst von der Verschwiegenheitspflicht im Falle von Beratungsgeheimnissen entbinden können⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Vgl. *Welser* (2012), S. 764

⁵⁷² Vgl. *Klauser / Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 321 Rz E 4

⁵⁷³ Vgl. OGH, 25. 5. 2016, 2 Ob 35/16k; *Kriwanek / Tuma*, RdW 2016, S. 752

⁵⁷⁴ Vgl. *Wenger*, RWZ 2016, 228

⁵⁷⁵ Vgl. *Koch*, AktG¹⁵ § 116 Rz 10

8.2. Aufsichtsrat als Partei

Die erste Befragung der Parteien in einem Zivilverfahren erfolgt gem. § 376 ZPO unbeeidet. Das Aufsichtsratsmitglied ist vor der unbeeideten Parteienvernehmung aber darauf zu hinweisen, dass die Aussage unter Umständen beeidet werden muss. Die beeidete Vernehmung kann danach stattfinden⁵⁷⁶. In Praxis findet diese Regelung nur kaum Anwendung. Die beeidete Vernehmung wird nur dann angeordnet, wenn die unbeeidete nach der Gerichtsbeurteilung nicht ausreichen ist⁵⁷⁷.

In der Regel sind beide Parteien zu vernehmen⁵⁷⁸. Die Reihenfolge wird nach dem Ermessen des Gerichts bestimmt. Darf die andere Partei gem. § 372 ZPO nicht vernommen werden, ist es zulässig, nur eine Partei einzuvernehmen. Wird eine Partei präkludiert oder verweigert sie die Aussage, wird nur eine Partei einvernommen⁵⁷⁹. Verzichtet eine Partei auf ihre Vernehmung, spielt es für das Gericht keine Rolle. Dieser Verzicht bedeutet nur, dass die Partei sich nicht beschwert⁵⁸⁰.

Anders als ein Zeuge in Zivilverfahren kann die Partei weder zum Erscheinen noch zur Aussage gezwungen werden⁵⁸¹. In solch einem Fall wird es der freien Beweiswürdigung des Gerichts überlassen, Schlüsse aus der unbegründeten Aussageverweigerung oder dem Nichterscheinen zu ziehen⁵⁸².

Die Parteien haben unter Wahrheitspflicht auszusagen. Gerichtlich strafbar ist allerdings nur die falsche Beweisaussage unter Eid⁵⁸³. Hier wird die eidliche Falschaussage mit einer Freiheitsstrafe gem. § 288 Abs 2 StGB pönalisiert⁵⁸⁴. Die unbeeidete Falschaussage kann gem. § 288 Abs 1 StGB bestraft werden. Die unbeeidete bewusste Falschaussage kann allerdings unter bestimmten Voraussetzungen auch gerichtlich strafbar sein. Liegen

⁵⁷⁶ Vgl. *Spenling*, ZPO § 376 Rz 1

⁵⁷⁷ Vgl. *Spenling*, ZPO § 377 Rz 1

⁵⁷⁸ Vgl. *Klauser / Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 376 Rz E 1

⁵⁷⁹ Vgl. *Rechberger / Klicka* ZPO⁵ § 380 Rz 3; *Spenling*, ZPO § 377 Rz 2

⁵⁸⁰ Vgl. *Spenling*, § 377 ZPO Rz 3

⁵⁸¹ Vgl. *Rechberger / Klicka*, ZPO⁵ § 380 Rz 2

⁵⁸² Vgl. *Rechberger / Klicka*, ZPO⁵ § 381 Rz 1

⁵⁸³ Vgl. *Spenling*, ZPO § 371 Rz 5

⁵⁸⁴ Vgl. § 288 Abs 2 StGB

beispielsweise ein Prozessbetrug oder eine Bereicherungsabsicht vor, kommt es zur Strafbarkeit gem. § 146 StGB⁵⁸⁵.

Das Recht zur Aussageverweigerung der Partei unterscheidet sich von dem des Zeugen. Die Wahrheitspflicht entspricht aber der Wahrheitspflicht des Zeugen. Grds sind die Bestimmungen über die Zeugenvernehmung auch für eine Parteienvernehmung anwendbar, obwohl die Abweichungen, die in den §§ 371 bis 383 ZPO explizit geregelt sind, zu beachten sind⁵⁸⁶.

Es ist vorgeschrieben, dass den Parteien nach § 380 ZPO kein Recht zur Aussageverweigerung wegen unmittelbarer vermögensrechtlicher Nachteile gem. § 321 Z 2 ZPO zusteht. Diese Beschränkung spielt allerdings keine große Rolle, da eine Partei nicht zur Aussage gezwungen werden kann. Alle anderen Verweigerungsgründe sind anwendbar⁵⁸⁷.

Für Aufsichtsratsmitglieder bedeutet es, dass sie die Aussage verweigern dürfen, wenn es sich um Geheimnisse handelt und wenn eine Entbindung gegeben ist (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO). Aufsichtsräte müssen gar nicht aussagen. Des Weiteren sollte es auch möglich sein, sich auf die staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht (§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO) zu berufen. D.h. die Aufsichtsräte dürfen aussagen, um sich z.B. selbst zu entlasten⁵⁸⁸.

Zur Frage der Entbindung von der aufsichtsrätlichen Verschwiegenheitspflicht als Partei ist wieder darauf zu hinweisen, dass der Aufsichtsrat sich selbst entbinden kann. Hier sollen ähnliche Regelungen wie für den Vorstand gelten.

Wird ein Vorstandsmitglied als eine Partei in einem Zivilverfahren eingeladen, kann es die Aussage verweigern, wenn die Offenlegung ein Geschäftsgeheimnis verletzt. Die Verweigerung wird bei der Beweiswürdigung berücksichtigt. Die Beweislast steht also im Mittelpunkt. Die Aussageverweigerung muss gut begründet sein, um dem Gericht zu erlauben, den dahinerliegenden Zweck in der Beweiswürdigung nachzuvollziehen. Es ist abzuwägen, ob das Unternehmen Interesse an der Preisgabe oder Geheimhaltung hat⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Vgl. *Spenling*, ZPO § 371 Rz 5; *Spenling*, ZPO § 377 Rz 5

⁵⁸⁶ Vgl. *Spenling*, ZPO § 380 Rz 1

⁵⁸⁷ Vgl. *Rechberger / Klicka*, ZPO⁵ § 380 Rz 1ff

⁵⁸⁸ Vgl. *Welser* (2012), S. 766

⁵⁸⁹ Vgl. *Arlt* (2017), § 43 Rz 116

Dementsprechend kann auch davon ausgegangen werden, dass Aufsichtsratsmitglieder genauso behandelt werden.

Inwiefern ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied die Unternehmensinteressen zu berücksichtigen hat, hängt allerdings davon ab, ob die Weitergabe von Informationen zwingend notwendig ist. Wehrt sich ein Aufsichtsrat gegen Haftungsansprüche oder muss er eigene Ansprüche durchsetzen, muss die Offenlegung erlaubt sein⁵⁹⁰.

Grundsätzlich besteht eine Mitwirkungspflicht der Parteien, wenn Beweise aufgenommen werden⁵⁹¹. Der Gegner kann durch gerichtliche Anordnung Einsicht in Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheingegegenstände aufgetragen werden⁵⁹². Beruft sich eine Partei auf Verweigerung, da sie die Geheimnisse der Gesellschaft schützen will, muss das Gericht eine Beweislastentscheidung treffen, obwohl Beweismittel gegeben sind. Die Partei, bei der die Beweislast liegt, muss daher entscheiden, ob sie den Prozess lieber verliert oder stattdessen Geheimnisse preisgegeben werden. Um dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, kann ein sogenanntes In-Camera-Verfahren zur Anwendung kommen⁵⁹³.

Die Know-how-Richtlinie wurde 2016 im UWG umgesetzt. Die Umsetzung im § 26h UWG sieht das In-Camera-Verfahren vor, das Geheimnisse vor der Parteiöffentlichkeit schützt⁵⁹⁴. Dabei handelt es sich um ein Verfahren, bei dem ein Geschäftsgeheimnis aufgenommen wird, die Gegenpartei dies aber nicht erfährt. Die Gegenpartei wird aus der Verhandlung teilweise ausgeschlossen⁵⁹⁵. Die Beurteilung erfolgt durch eine umfangreiche Interessensabwägung. Dieses einseitige Verfahren ist europarechtlich anerkannt und bietet sowohl das rechtliche Gehör als auch den Geheimnisschutz.⁵⁹⁶

⁵⁹⁰ Vgl. *Welser* (2012), S. 767

⁵⁹¹ Vgl. *Rechberger / Klicka*, ZPO⁵ § 359 Rz 3

⁵⁹² Vgl. *Schneider*, ÖJZ 2013, S. 4

⁵⁹³ Vgl. *Schneider*, ÖJZ 2013, S. 5ff

⁵⁹⁴ Vgl. *Schumacher*, RdW 2020, 238ff

⁵⁹⁵ Vgl. *Schneider*, ÖJZ 2013, S. 5ff

⁵⁹⁶ Vgl. *Schumacher*, RdW 2020, 238ff

9. Verschwiegenheitspflicht der Rechtsanwälte als Aufsichtsratsmitglieder

Sowohl Aufsichtsräte als auch Rechtsanwälte unterliegen gesondert der Verschwiegenheitspflicht. In welchem Verhältnis die zwei Pflichten zueinander stehen und welche Auswirkungen sie auf die Aufsichtsrats Tätigkeit, sprich im Konkurrenzfall, haben, wird in diesem Kapitel dargestellt.

9.1. Verschwiegenheitspflicht als Merkmal des Berufs

Jedes Aufsichtsratsmitglied muss über Grundwissen über die rechtlichen Zusammenhänge verfügen. Grds ist es ausreichend, wenn der Aufsichtsrat das juristische Know-how hat und beurteilen kann, ob die vorhandene Expertise genügt oder ob ein Sachverständiger beauftragt werden muss. Rechtskenntnisse sind immer von Vorteil, wenn man zum Mitglied gewählt wird. Mit der Mandatsübernahme kommen allerdings gewisse Konstellationen ins Spiel, die sowohl negative als auch positive Auswirkungen auf die Amtsausübung haben können⁵⁹⁷.

Rechtsanwälte unterliegen per se einer strengen Verschwiegenheitspflicht. Einerseits gilt das Schweigegebot nach Aktiengesetz andererseits nach Rechtsanwaltsordnung⁵⁹⁸. Nach § 9 Abs 2 RAO ist ein Rechtsanwalt verpflichtet, über alle anvertrauten Angelegenheiten und andere Tatsachen, die ihm im Rahmen der beruflichen Tätigkeit bekannt geworden sind und deren Geheimhaltung im Parteiinteresse liegt, Schweigen zu behalten⁵⁹⁹.

Es gilt, dass, solange ein Rechtsanwalt in einem Unternehmen nur als Aufsichtsratsmitglied tätig ist, nur die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht gem. § 99 iVm § 84 AktG zur Anwendung kommt. Die Geltung der anwaltlichen Schweigepflicht fällt aus⁶⁰⁰. Werden beide Tätigkeiten ausgeübt, sprich Aufsichtsrat und anwaltlicher Berater gem. § 95 Abs 5 Z 12 AktG, wird das Mitglied beiden Regelungen unterworfen⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 2

⁵⁹⁸ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 11

⁵⁹⁹ Vgl. *Welser* (2012), S. 758

⁶⁰⁰ Vgl. *Welser* (2012), S. 758; *Kunz* (2016), § 4 Rz 12

⁶⁰¹ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 15

Zu der zweiten Konstellation muss noch die Frage der Informationsweitergabe erläutert werden. Darf ein Rechtsanwalt die Informationen aus der Beratungstätigkeit der Gesellschaft an den Gesamtaufsichtsrat weitergeben? Eine Entbindung des Vorstands ist nicht erforderlich, da der Vertrag im Namen der Gesellschaft mit der Zustimmung des Aufsichtsrats erteilt wird und die Verschwiegenheitspflicht zwischen den zwei Organen nicht gilt. Jeweilige Zweifelsfragen, etwa eine Entbindung im Unternehmensinteresse bei zeitverzögerter Weitergabe durch den Vorstand, können bei der Beauftragung durch konkludente Entbindung von der Schweigepflicht gelöst werden⁶⁰².

Ein Aufsichtsratsmitglied, das ein Rechtsanwalt ist, ist den anderen Mitgliedern gleichgestellt. Jedes Aufsichtsratsmitglied darf nach hA entscheiden, ob die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht im Gesellschaftsinteresse liegt und in welchem Ausmaß die Informationen an Dritte weitergegeben werden können. Eine Entbindung durch den Vorstand ist dabei nicht erforderlich⁶⁰³.

9.2. Interessenskonflikte

Wird ein Rechtsanwalt aufgrund eines Geschäftsbesorgungsauftrags in den Aufsichtsrat entsendet, muss er explizit erklären, dass die Gesellschaftsinteressen Vorrang haben⁶⁰⁴. Dies gilt auch für Aufsichtsratsmitglieder, die vom Aktionär nominiert werden⁶⁰⁵. Die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht wird nicht durch die Pflichtenkollision gerechtfertigt. Rechtsanwälte, die als Aufsichtsratsmitglieder tätig sind, dürfen daher keine Informationen an ihren Mandanten weitergeben, auch wenn dies aufgrund der Entsendung vertraglich geboten wäre⁶⁰⁶.

Beratungsverträge, die mit einem Aufsichtsratsmitglied geschlossen werden, das zugleich ein Rechtsanwalt ist, können gewisse Kollisionen der Interessen mit sich bringen. Als Rechtsanwalt muss man die Gesellschaft beraten bzw. vertreten. Als Aufsichtsrat muss man die Geschäftsleitung kontrollieren. Einen Konflikt kann es auch geben, wenn das

⁶⁰² Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 16ff

⁶⁰³ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 20

⁶⁰⁴ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 69

⁶⁰⁵ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 119

⁶⁰⁶ Vgl. *Spindler*, Grosskommentar § 116 Rz 124

Aufsichtsratsmitglied (Rechtsanwalt) in einem Konkurrenzunternehmen als Berater tätig ist. Aufgrund der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht in der Konkurrenzgesellschaft und der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht im Unternehmen, wo die aufsichtsrätliche Tätigkeit ausgeübt wird, kommt es zu keiner Wissenszurechnung⁶⁰⁷. Das Mandat kann allerdings auf so eine Konstellation verzichten und den Rechtsanwalt, der bei seinem Konkurrenten im Aufsichtsrat sitzt, nicht beauftragen. Zu überprüfen ist, ob die Übernahme eines Mandats bei einem Konkurrenzunternehmen gem. § 10 RAO überhaupt zulässig ist⁶⁰⁸.

Nach § 10 RAO dürfen Anwälte konkurrierende Parteien in der gleichen Sache nicht beraten bzw. vertreten. Ebenso ist es unzulässig, zuerst eine Partei und dann eine andere zu vertreten. Eine derartige Vertretung wird als unzulässige Doppelvertretung bezeichnet. Für einen Rechtsanwalt, der in einer Gesellschaft Aufsichtsratsmitglied ist, bedeutet diese Regelung, dass er kein Mandat gegen seine Gesellschaft vertreten oder beraten darf. Dies gilt auch nachwirkend, indem eine cooling-off Zeit vorgesehen wird. Will ein Rechtsanwalt das Mandat im Aufsichtsrat übernehmen, während er die andere Gesellschaft gegen die erste vertritt, muss das bestehende Mandat gekündigt und die angemessene Frist abgewartet werden⁶⁰⁹.

9.3. Entbindung

Wer den Rechtsanwalt von der Verschwiegenheitspflicht entbindet, hängt davon ab, ob er nur als Aufsichtsrat tätig ist oder auch als anwaltlicher Berater. Wird nur die Tätigkeit im Aufsichtsrat ausgeübt, entscheidet der Rechtsanwalt selbst, wann und in welchem Ausmaß die aktienrechtliche Geheimhaltung durchbrochen wird⁶¹⁰.

Die Frage der Entbindung von Angehörigen der freien Berufe wurde vor kurzem im Fall *Wirecard*⁶¹¹ beleuchtet. Im vorliegenden Fall wurde der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater

⁶⁰⁷ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 32ff

⁶⁰⁸ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 84ff

⁶⁰⁹ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 88ff

⁶¹⁰ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 14

⁶¹¹ Vgl. BGH, 27. 1. 2021, StB 48/20

sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Aufsichtsrat und Vorstand von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Aktiengesellschaft entbunden.

Im Rahmen einer Beauftragung von juristischen Personen muss auf die Organwalter abgestellt werden, die zur Vertretung berechtigt sind. Liegt ein Insolvenzverfahren vor, hat der Insolvenzverwalter Vertretungsberechtigung. Weder gegenwärtige noch ehemalige Organe müssen eine zusätzliche Entbindung gewähren. Es wurde ausgeführt, dass nur die Organe, die den Auftrag erteilt haben, einen Angehörigen der freien Berufe von der Verschwiegenheitspflicht entbinden können. Da das Aussageverweigerungsrecht eines Zeugen sich mit dem berufsbezogenen Vertrauensverhältnis berührt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass bei Fehlverhalten des Vorstands eine Entbindung durch ihn zulässig ist. Die Aufklärung der Situation soll nicht dadurch behindert werden, dass ein Organ die Entbindungserklärung verweigert⁶¹².

Grds steht die Entbindung nur dem Auftraggeber zu⁶¹³. Der OGH⁶¹⁴ sprach aus, dass nur die interessierte Person selbst von der Verschwiegenheitspflicht entbunden werden kann. In einer anderen Entscheidung wurde davon ausgegangen, dass die Verschwiegenheitspflicht eines Rechtsanwalts nur gegenüber einem Klienten aus einem bestimmten Mandat besteht. Aus *Wirecard* ergibt sich, dass bei einer juristischen Person nur das zum Zeitpunkt der Aussage vertretungsberechtigte Organ einen Zeugen von der Aussageverweigerung entbindet kann. Diese Aussage des Gerichts kann auch in Sonderkonstellationen zur Anwendung kommen. Bei Doppelmandaten kann daher die Entbindung nicht nur von einem berechtigten Organ (Insolvenzverwalter), sondern auch zusätzlich von Dritten (früherer Organwalter) notwendig sein. In diesem Sonderfall müssen zwei Vertrauensverhältnisse gewahrt werden. Daher ist die zweifache Entbindung erforderlich⁶¹⁵.

⁶¹² Vgl. *Schumacher*, RdW 2021, S. 472

⁶¹³ Vgl. *Schumacher*, RdW 2021, S. 473

⁶¹⁴ Vgl. OGH, 28.10.1960, 2 Ob 370/60

⁶¹⁵ Vgl. *Schumacher*, RdW 2021, S. 473ff

9.4. Zeugnisverweigerungsrecht

Wird ein Rechtsanwalt in einem Verfahren einvernommen, darf er sich auf die Verschwiegenheit berufen. In der Praxis bedeutet es, dass bei Befragung durch Dritte der Rechtsanwalt nur dann Informationen offenlegen darf, wenn er von seiner Partei entbunden wurde. D.h. solange ein Rechtsanwalt keine wirksame Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht hat, muss er das Recht auf Aussageverweigerung ausüben⁶¹⁶. Andererseits kann ein Rechtsanwalt, der eine wirksame Entbindung hat, dennoch darauf bestehen, seine Verschwiegenheit zu bewahren⁶¹⁷, wie es im Fall *Wirecard* war⁶¹⁸.

§ 321 Abs 1 Z 3, 4 und 4a ZPO beschreiben Aussageverweigerungsrechte der staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten. Grundlage der Regelung ist die Annahme, dass bestimmte freie Berufe nicht ausgeübt werden können, wenn es keine Vertrauensbasis zwischen der Person, die die Informationen erteilt, und der Person, die den Dienst ausübt, gäbe. Dies ist der Fall, da die Voraussetzung für sinnvolle und kunstgerechte Berufsausübung ein umfassendes Vertrauen ist⁶¹⁹.

Der Anspruch auf Zeugnisverweigerung steht auf einer anderen Stufe als die Pflicht zur Verschwiegenheit. Die Situation, in der die Verschwiegenheitspflicht zur Anwendung kommt, unterscheidet sich von der Lage, in der das Recht auf Zeugnisverweigerung zugewiesen wird. Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht schützt die vertraulichen Angaben, die keinem Dritten offenlegt werden dürfen, soweit die Partei nichts anders bekannt gibt. Die Zeugnisverweigerung wirkt gegen die Wahrheitsermittlung. Die Zeugenaussagepflicht geht der Verschwiegenheitspflicht vor. Das Recht, die Aussage zu verweigern, begrenzt also die Wahrheitsermittlung⁶²⁰. Der Rechtsanwalt ist berechtigt, die Aussage zu verweigern, wenn sie sich auf Fragen bezieht, die dem Rechtsanwalt im Rahmen seiner Tätigkeit anvertraut wurden. Die Geheimhaltung der Informationen muss im Interesse der Partei sein⁶²¹. Die Dauer der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht geht über die

⁶¹⁶ Vgl. *Welser* (2012), S. 758

⁶¹⁷ Vgl. *Kunz* (2016), § 4 Rz 19

⁶¹⁸ Vgl. BGH, 27. 1. 2021, StB 48/20

⁶¹⁹ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 16

⁶²⁰ Vgl. *Ehrenberg* (2012), S.226

⁶²¹ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 21

Mandatsdauer hinaus. Sie ist zeitlich unbefristet⁶²². Diese Verschwiegenheitspflicht stellt eine erheblich weitgehende, staatlich anerkannte Pflicht dar⁶²³.

Eine Tatsache ist anvertraut, wenn sie bewusst offengelegt wurde, um die Hilfe des Rechtsanwalts in Anspruch zu nehmen. Dabei ist irrelevant, ob die Vertretung zustande kommt. Strittig ist, ob dazu alle Informationen, die im Rahmen des Mandats bekannt geworden sind, oder bloße Informationen fallen⁶²⁴. Nach älterer Ansicht fallen nur die Informationen, die dem Rechtsanwalt anvertraut wurden, unter die Verschwiegenheitspflicht⁶²⁵. Übereinstimmend wird in einer jüngeren Rechtsprechung ausgeführt, dass der Rechtsanwalt kein hinausgehendes Aussageverweigerungsrecht hat, da die Informationen in seiner Abwesenheit diskutiert wurden, sprich nicht persönlich anvertraut, und sie begründen daher kein Erfordernis der Entbindung⁶²⁶. Die Ansicht ist allerdings falsch, da, auch wenn die Angelegenheiten nicht anvertraut sind, sie dem Rechtsanwalt bekannt sind und der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, wenn dies im Geheimhaltungsinteresse der Partei ist⁶²⁷.

⁶²² Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 22

⁶²³ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 21

⁶²⁴ Vgl. LGZ Wien 3.3.1992, 41 R 120/92

⁶²⁵ Vgl. *Arnold*, ÖJZ 1982, S. 1

⁶²⁶ Vgl. LGZ Wien 3.3.1992, 41 R 120/92

⁶²⁷ Vgl. *Frauenberger*, ZPO § 321 Rz 22

10. Zusammenfassung

Aufgrund von umfassenden Einsichtsrechten der Aufsichtsratsmitglieder in die sensiblen Informationen der Gesellschaft haben sie ihre Überwachungsfunktion sorgfältig auszuüben. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder wird aus der aktienrechtlichen Treuepflicht abgeleitet. Ein Aufsichtsratsmitglied, unabhängig davon, ob es bestellt oder entsandt wurde, ist verpflichtet nach § 84 Abs 1 Satz 2 iVm § 99 AktG vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft geheim zu halten. Aus dem Geltungsbereich sind übrige Aufsichtsratsmitglieder und der Vorstand ausgenommen. Die umfassenden Schweigepflichten gelten gegenüber Dritten, wobei Ausnahmen vorgesehen sind.

Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder besagt, dass bei allen Entscheidungen das Unternehmenswohl vorrangig berücksichtigt werden muss. Beeinträchtigt ein Aufsichtsrat die Gesellschaftsinteressen, kann er zur Haftung herangezogen werden. Bei einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht können unterschiedliche Sanktionen sowohl nach Aktiengesetz als auch nach UWG, StGB, BWG und DSG in Frage kommen. Obwohl zur aufsichtsrätlichen Verschwiegenheitspflicht kaum Gerichtsentscheidungen vorhanden sind, kann eine Haftung nicht ausgeschlossen werden. Daher ist bei jeder Entscheidung zu beachten, dass auch Nichthandeln eine Haftung zur Folge haben kann.

Die Verschwiegenheitspflicht ist nicht absolut. Zu einer der nennenswerten Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht zählt die Informationsweitergabe in einer Konzerngesellschaft. Grds ist eine Tochtergesellschaft verpflichtet, Informationen an die Muttergesellschaft weiterzuleiten, solange diese für eine einheitliche Leitung erforderlich sind. Auch Doppelmandate sind von dieser Bestimmung umfasst. Die Weitergabe von Informationen an Aktionäre und Belegschaftsorgane, sprich im Falle der Arbeitnehmervertreter, ist grds untersagt, obwohl auch hier die sachlich gerechtfertigte Weitergabe zulässig ist. Abschlussprüfer und Sachverständige sind ebenfalls aus der aufsichtsrätlichen Verschwiegenheit ausgenommen. Alle in dieser Arbeit dargestellten Durchbrechungen der Schweigepflicht haben eine gemeinsame Voraussetzung: Sie erfolgen unter strenger Interessensabwägung einzelner Aufsichtsratsmitglieder. Erachtet es ein Mitglied als notwendig, Informationen weiterzuleiten, darf es die Auskünfte ohne eine Entbindung durch den Vorstand erteilen. Die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht

ist ebenfalls in Konfliktsituationen erlaubt, wenn die Geheimhaltung für das Aufsichtsratsmitglied unzumutbar ist oder wenn es sich gegen Angriffe wehren muss. Die Offenlegung kann auch nach sorgfältiger Interessensabwägung in solchen Fällen berechtigt sein, wenn dadurch ein großer Schaden für die Gesellschaft abgewendet werden kann.

Im Rahmen eines Zivilverfahrens schützt das Aussageverweigerungsrecht gem. § 321 ZPO nicht nur die Geschäftsgeheimnisse, sondern auch Geheimnisse Dritter. Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht bedeutet allerdings nicht, dass das Gericht oder der Vorstand oder ein Dritter dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, das als Zeuge oder Partei in einem Verfahren einvernommen wurde, erlaubt, die Verschwiegenheitspflicht zu durchbrechen. Vielmehr handelt es sich um die persönliche Entscheidung des Aufsichtsratsmitglieds, welches die Interessen abzuwägen hat.

Ein Rechtsanwalt, der zugleich ein Aufsichtsratsmitglied ist, hat ebenso die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht zu wahren. Der Rechtsanwalt ist allen anderen Aufsichtsratsmitgliedern gleichgestellt. Auch hier ist keine Entbindung durch den Vorstand erforderlich. Wird zusätzlich eine Beratungstätigkeit in der Gesellschaft ausgeübt, können die Informationen aus dieser Tätigkeit an den Gesamtaufsichtsrat weitergegeben werden. Im Rahmen eines Verfahrens ist festzustellen, in welcher Rolle der Rechtsanwalt eintritt. Ist er ein Aufsichtsratsmitglied, dann gelten die oben beschriebenen Bestimmungen der Interessensabwägung. Wird er in der Tätigkeit des Rechtsanwalts eingeladen, bedarf er der Entbindung durch den Vorstand, um Auskunft zu erteilen.

Es gilt, dass, solange die Argumente für eine Offenlegung überwiegen, das einzelne Aufsichtsratsmitglied die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheit durchbrechen darf. Auch im Rahmen der Ad-hoc-Publizität kann es notwendig sein, Insiderinformationen an die Behörde mitzuteilen. Das Wohl der Gesellschaft muss bei allen Entscheidungen möglichst gut berücksichtigt werden.

11. Literaturverzeichnis

Monografien/Sammelwerke/Bücher

- Albiez*: Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht und deren Ausnahmen, in *Albiez / Hartl* (Hrsg.), Industriespionage, LexisNexis 2019, 198
- Arlt*: Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands, in *Kalss / Frotz / Schörghofer* (Hrsg.), Vorstand: Handbuch für den Vorstand, LexisNexis 2017, § 43
- Arnold / Ludwig* (Hrsg.): Stiftungshandbuch, in Linde 2013
- Cervellini* (Hrsg.): 2. Gegenstände der Verschwiegenheitspflicht, in Der Bericht des Aufsichtsrats – Element guter Corporate Governance, Nomos Verlag 2012, 147
- Doralt*: Haftung und Schadenersatz, in *Semler* (Hrsg.), Arbeitsbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Beck Verlag 1999, M
- Duursma / Duursma-Kepplinger / Roth* (Hrsg.): Handbuch zum Gesellschaftsrecht, in LexisNexis 2007
- Ehrenberg* (Hrsg.): Die Verschwiegenheitspflicht der Angehörigen rechtsberatender, steuerberatender und wirtschaftsprüfender Berufe, Nomos Verlag 2012
- Fritz* (Hrsg.): Gesellschafts- und Unternehmensformen, Linde 2007
- Frotz / Schörghofer*: Interessenskonflikte im Aufsichtsrat in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 25
- Geppert / Moritz* (Hrsg.): Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte: ein Handbuch für die Praxis, Verlag des Österr. Gewerkschaftsbundes, 1979
- Hartig*: Strafrechtliche Verantwortung des Aufsichtsrates in *Mair / Petsche* (Hrsg.), Compliance: Handbuch, LexisNexis 2019, 801
- Hlawati / Wilfling*: Besonderheiten des Aufsichtsrats in der börsennotierten Gesellschaft, in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 32
- Hödl*: Der Aufsichtsrat bei Unternehmensübernahmen und Anteilerwerben an der Gesellschaft in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, §33
- Kalss / Schimka*: Qualifikationsanforderungen der AR-Mitglieder in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 2

Kalss: Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft, in *Kalss/Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2010, § 13

Kalss: Informationsregime des Aufsichtsrats in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 26

Kalss: Informationsregime des Aufsichtsrats in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2010, § 19

Kalss: Kapitalmarktrecht in *Holoubek / Potacs* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Verlag 2019

Kalss: Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern, in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 50

Kalss: Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats und die Beiziehung eines Sachverständigen in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 23

Kittel (Hrsg.): Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Verlag Österreich 2016

Kittner / Köstler / Zachert (Hrsg.): Aufsichtsratspraxis: Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, Bund-Verlag 1995

Koziol: Pflichtenkollisionen im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, in *Enziger / Hügel / Dillenz* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts: FS Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag, Manz 1993, 351

Kunz: Der Rechtsanwalt im Aufsichtsrat, in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat 2016, § 4

Lutter / Krieger / Verse (Hrsg.): Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, in Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Otto Schmidt 2014, § 6

Lutter / Krieger / Verse (Hrsg.): Rechte und Pflichten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder; Vergütung, in Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Otto Schmidt 2014, § 12

Lutter / Krieger / Verse (Hrsg.): Übersicht, in Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Otto Schmidt 2014, § 1

Lutter / Krieger / Verse (Hrsg.): Überwachung im Konzern, in Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Otto Schmidt 2014, § 4

Marsch-Barner: Schutz der Gesellschaft, der Anteilseigner und der Anleger, in *Semler* (Hrsg.), Arbeitsbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Beck Verlag, 1999, J

Miksch (Hrsg.): Informationsmöglichkeiten des Aufsichtsrates, Linde 2019

Milla / Rödler / Köll: Auswahl und Beauftragung des Abschlussprüfers, in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 21

Muhri in *Ertl / Gerlach / Griesmayr / Muhri* (Hrsg.): Persönliche Haftung der Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte, Linde Verlag 2019

Oetker (Hrsg.): Aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder öffentlicher Unternehmen und freier Zugang zu Informationen, in Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, De Gruyter 2010, 1091

Reichert: Wissenszurechnung im faktischen Konzern und Verschwiegenheitspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern bei Doppelmandaten, in *Gebauer / Klötzel / Schütze* (Hrsg.), FS für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag, Ge Gruyter 2020, 657

Säcker (Hrsg.): Informationsrechte der Betriebs- und Aufsichtsratsmitglieder, Verlagsgesellschaft Rech und Wirtschaft 1979

Schauer: Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats in *Kalss/Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Facultas 2016, § 45

Schima / Toscani (Hrsg.): Handbuch GmbH-Geschäftsführer, Linde Verlag 2020

Schima: Die Business Judgment Rule in *Bertl et al.* (Hrsg.), Fehler und Fehlverhalten in Bilanz- und Steuerrecht, Linde 2016, 65

Semler: Die Kompetenzen des Aufsichtsrats, in *Semler* (Hrsg.), Arbeitsbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Beck Verlag, 1999, A

Semler: Vorschlags- und Wahlverfahren, Entsendung, Ausscheiden, in *Semler* (Hrsg.), Arbeitsbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Beck Verlag, 1999, B

Stein (Hrsg.): Die Aktiengesellschaft. Gründung, Organisation, Finanzverfassung, Springer 2016

Thümmel (Hrsg.): Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten. Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D & O Versicherung, Richard Boorberg Verlag 1998

Torggler: Zur Verschwiegenheitspflicht entsendeter Aufsichtsratsmitglieder in *Hanns et al.* (Hrsg.): Festschrift für Hellwig Torggler, Verlag Österreich 2013, 1215

v. *Schenk*: Die Überwachung der Geschäftsführung, in *Semler* (Hrsg.), Arbeitsbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Beck Verlag, 1999, E

v. *Stebut* (Hrsg.): Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, in Heymann 1972

Welser: Aktuelles zur Aufsichtsratshaftung *Lewisch* (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2018, 175

Welser: Aufsichtsräte im Spannungsfeld von Verschwiegenheits- und Offenlegungspflichten, in *Grünwald / Schummer / Zollner* (Hrsg.), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis, Linde 2012, 745

Welser: Aufsichtsratsverschwiegenheit und Haftung, in *Lewisch* (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2012, 165

Zollner: Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats, in *Kalss / Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat (2016), § 22

Aufsätze in Zeitschriften

Arlt: Verwaltungs- und Aufsichtsrechte im Konzern (Corporate Governance), *GesRZ* 2019, 259

Arnold: Einschränkungen des Berufsgeheimnisses - Ausnahmen vom Geheimnisschutz, *ÖJZ* 1982, 1

Barth: Zur Wissenszurechnung von Aufsichtsratswissen, *GesRZ* 2016, 319

Bosse: die Verschwiegenheit von Aufsichtsratsmitgliedern in der Unternehmenspraxis, *BOARD* 2012, 65

Cerny: Die Verschwiegenheitspflicht der Betriebsratsmitglieder, *DRdA* 1968, 73

Engelbrecht / Horak: Geschäftsgeheimnisse im Arbeitsverhältnis, *ecolex* 2019, 527

Feltl / Kraus: Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder, *wbl* 2011, 61

Gercke / Laschet / Schweinsberg: Der Aufsichtsrat, die Öffentlichkeit und das Geheimhaltungsgebot, *BOARD* 2013, 67

Gruber / Auer: Die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer nicht börsennotierten AG, *GesRZ* 2013, 173

Gruber: Haftung für unternehmerische Fehlentscheidungen (Business Judgment Rule), *Aufsichtsrat Aktuell* 2016, 33

Gruber: Vorstandsdoublemandate und Ad-hoc-Publizitätspflicht im Konzern: ein Beitrag zur Wissenszurechnung iSd Art 17 MAR, ZFR 2021, 131

Hahn: Whistleblowing - Zustimmung des Betriebsrates per se erforderlich?, ARD 2016, 5

Hügel: Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, GesRZ 1996, 213

Jabornegg: Zur Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, DRdA 2004, 107

Kalss: Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137

Karollus: Zur Anwendung der Business Judgment Rule auf Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung, OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w, ZFS 2016, 58

Keilich / Brunner: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Geheimhaltungspflichten auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, BB 2012, 897

Kittel: Informationspflichten und Verschwiegenheit im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, GRAU 2021, 41

Konwitschka: Business Judgment Rule – Unmittelbare Geltung und analoge Anwendung oder anerkannter Rechtsgrundsatz?, GesRZ 206, 113

Korenjak: Neue Anforderungen an den Geheimnisschutz im Arbeitsrecht, ZAS 2017, 56

Koukol: Strafrechtliche Haftungsrisiken im Hinblick auf den Umgang mit Informationen, GRAU 2021, 78

Kriwanek / Tuma: Aufsichtsrat: Kenntnis von beabsichtigtem Umlaufbeschluss – Beweislast, RdW 2016, 751

Krumpel: Aufsichtsräte als Kommunikatoren?, AR aktuell 2019, 13

Kuchar: Strafrechtlicher Geheimnisschutz nach UWG und StGB, ipCompetence, 40

Lewisch: Untreue als Vermögensgefährdungsdelikt?, AnwBL 2012, 142

Lutter: Interessenkonflikte durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat, RdW 1987, 314

Mitterlehner: Zur Verschwiegenheitspflicht entsandter Aufsichtsratsmitglieder (§88 AktG) unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, wbl 2017, 669

Mülbert / Sajnovits : Verschwiegenheitspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern als Schranken der Wissenszurechnung, NJW 2019, 2529

Nietsch: Die Zurechnung von Aufsichtsratswissen, ZGR 2020, 923

Reich-Rohrwig / Zimmermann: Strafrechtsänderungsgesetz 2015 setzt die Business Judgment Rule um, *ecolex* 2015, 677

Ruhm: Haftung des Aufsichtsrates einer AG bei pflichtwidriger Weitergabe von Geschäftsinformationen, *RdW* 2005, 813

Schima: Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, *GesRZ* 2015, 286

Schimka: Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, *AR Aktuell* 2012, 10;

Schneider: Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch?, *ÖJZ* 2013, 149

Schrank / Kollar: Business Judgment Rule – der (neue) Sorgfaltsmaßstab auch für Aufsichtsratsmitglieder, *AR Aktuell* 2016, 5

Schumacher: Der Schutz des Geschäftsgeheimnisses im staatlichen und im Schiedsverfahren, *RdW* 2020, 237

Schumacher: Wer entbindet vom Berufsgeheimnis?, *RdW* 2021, 474

Schumacher: Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO), *ÖJZ* 1987, 673

Veil: Weitergabe von Informationen durch den Aufsichtsrat an Aktionäre und Dritte. Ein Lehrstück zum Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, *ZHR* 2008, 239

Wenger: Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, *RWZ* 2016, 226

Wifling: Directors' Dealings: Welche Pflichten Aufsichtsräte treffen, *AR aktuell* 2017, 16

Zehetner: Länderreport Österreich: Business Judgment Rule und Untreue – Klare Rahmenbedingungen für unternehmerische Entscheidungen, *Compliance-Berater* 2016, 225

Kommentare

Adensamer in Napokoj / Foglar-Deinhardstein / Pelinka (Hrsg.), *AktG: Praxiskommentar*, § 84 AktG

Doralt / Dregger in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), *AktG*³ § 15

Eckert / Schopper in Artmann / Karollus (Hrsg.), *AktG II*⁶ § 87

Eckert / Schopper in Artmann / Karollus (Hrsg.), *AktG II*⁶ § 88

Fleischer in Spindler / Stilz (Hrsg.), *Grosskommentar AktG* § 93

Frauenberger in Fasching / Konecny (Hrsg.), *ZPO*³ III/1 § 321

Gruber / Gruber in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 96

Habersack in Goette / Habersack / Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz⁵ § 116

Hopt / Roth (Hrsg.), Aktiengesetz Großkommentar⁴ § 116

Hopt / Roth (Hrsg.), Der Aufsichtsrat: Aktienrecht und Corporate Governance. Sonderausgabe aus dem Großkommentar zum Aktiengesetz §§ 95 bis 116 AktG, § 116

Jabornegg in Strasser / Jabornegg / Resch (Hrsg.), ArbVG § 110

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 86

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 87

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 88

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 90

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 92

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 95

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 96

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 98

Kalss in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG § 99

Kirchbacher / Sadoghi in Höpfel / Ratz (Hrsg.), WK² StGB § 153

Klauser / Kodek (Hrsg.), JN – ZPO¹⁸ § 321

Klauser / Kodek, (Hrsg.), JN – ZPO¹⁸ § 376

Koch in Hüffner / Koch (Hrsg.), AktG¹⁵ § 101

Koch in Hüffner / Koch (Hrsg.), AktG¹⁵ § 103

Koch in Hüffner / Koch (Hrsg.), AktG¹⁵ § 116

Kraft / Steinmair: UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Praxiskommentar, in: Lexis Nexis 2019, § 11

Lewisch in Höpfel / Ratz (Hrsg.), WK² StGB Nach § 3

Lewisch in Höpfel / Ratz (Hrsg.), WK² StGB § 122

Lewisch in Höpfel / Ratz (Hrsg.), WK² StGB § 123

Lewisch in Höpfel / Ratz (Hrsg.), WK² StGB § 124

Mertens / Cahn in Zöllner / Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz³ § 100

Mertens / Cahn in Zöllner / Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz³ § 112

Mertens / Cahn in Zöllner / Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz³ § 116

Nowotny in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG, § 71
Nowotny in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG, § 81
Nowotny in Doralt / Nowotny / Kalss (Hrsg.), AktG, § 84
Rauter in Straube / Ratka / Rauter (Hrsg.), WK GmbHG § 30b
Rechberger / Klicka (Hrsg.), ZPO⁵ § 359
Rechberger / Klicka (Hrsg.), ZPO⁵ § 380
Reich-Rohrwig / Grossmayer in Artmann / Karollus (Hrsg.), AktG II⁶ § 81
Reich-Rohrwig / Grossmayer in Artmann / Karollus (Hrsg.), AktG II⁶ Anhang zu § 84
Spenling in Fasching / Konecny (Hrsg.) ZPO III/1³ § 376
Spenling in Fasching / Konecny (Hrsg.) ZPO III/1³ § 377
Spenling in Fasching / Konecny (Hrsg.) ZPO III/1³ § 380
Spindler in Spindler / Stilz (Hrsg.), Beck Online Grosskommentar Akt I⁴, § 116
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 79
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 84
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 86
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 88
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 90
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 95
Strasser in Strasser / Jabornegg (Hrsg.), AktG II⁴ § 99
Thiele in Wiebe / Kodek (Hrsg.), UWG² § 11

Judikatur

OGH, 28.10.1960, 2 Ob 370/60
 LGZ Wien, 3.3.1992, 41 R 120/92
 OGH, 26.2.2002, 1 Ob 144/01k
 OGH, 22.05.2003, 8 Ob 262/02s
 EuGH 23. 12. 2009, C-45/08, *Spector*
 OGH, 23.12.2010, 14 Os 143/09z
 OGH, 23.2.2016, 6 Ob 169/15w
 BGH, 26.04.2016, XI ZR 108/15; in: exolex 2016, 800

OGH, 25.05.2016, 2 Ob 35/16k
OLG Frankfurt, 04.09.2019, 13 U 136/18
BGH, 27. 1. 2021, StB 48/20
VwGH, 10. 10. 2018, Ra 2017/03/0108

Gesetze

dAktG, Aktiengesetz Deutschland idF BGBl II 322/2021
AktG, Aktiengesetz idF BGBl Nr. 86/2021
ArbVG, Arbeitsverfassungsgesetz idF BGBl I Nr. 61/2021
BörseG, Börsengesetz 2018 idF BGBl I Nr. 190/2021
BWG, Bankwesengesetz idF BGBl I Nr. 98/2021
DCGK, Deutscher Corporate Governance Kodex idF vom Dezember 2019
DSG, Datenschutzgesetz idF BGBl I Nr. 14/2019
GmbHG, GmbH-Gesetz idF BGBl I Nr. 86/2021
MAR, Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch
ÖCGK, Österreichischer Corporate Governance Kodex idF vom Jänner 2021
RAO, Rechtsanwaltsordnung idF BGBl I Nr. 106/2021
StGB, Strafgesetzbuch idF BGBl I Nr. 159/2021
UGB, Unternehmensgesetzbuch idF BGBl I Nr. 86/2021
UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 idF BGBl I Nr. 104/2019
ZPO, Zivilprozessordnung idF BGBl I Nr. 109/2018

12. Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
APAB	Abschlussprüferaufsichtsbehörde
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
Art	Artikel
BB	Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BörseG	Börsegesetz
BWG	Bankwesengesetz
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
dAktG	deutsches Aktiengesetz
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DRdA	Das Recht der Arbeit
DSG	Datenschutzgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
ff	fortfolgend
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRAU	Grauzonen – Unternehmen im Recht
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Auffassung
hL	herrschende Lehre

hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
iHv	in Höhe von
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iZm	in Zusammenhang mit
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
MAR	Marktmissbrauchsverordnung
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WK	Wiener Kommentar
Z	Zeile
z.B.	zum Beispiel
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ZFS	Zeitschrift für Stiftungswesen

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

Abstract

Aufsichtsratsmitglieder finden sich immer öfter im Mittelpunkt der Öffentlichkeit. Sie selbst oder ihre Tätigkeit wird oftmals anerkannt oder auch kritisiert. IdZ mit ihrem öffentlichen Auftreten oder auch im Rahmen eines Zivilverfahrens geraten Aufsichtsratsmitglieder aber nicht selten in Interessenskonflikte. Einerseits muss die Verschwiegenheitspflicht gewahrt werden, andererseits kann es notwendig sein, im Rahmen der Tätigkeit erhaltene Informationen weiterzugeben oder sich in einem Verfahren gegen Anklagen zu wehren. Angesichts solcher Rahmenbedingungen stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß, von wem und unter welchen Voraussetzungen der Aufsichtsrat von der Verschwiegenheitspflicht entbunden werden kann.

Im Rahmen dieser Arbeit werden unterschiedliche österreichische und deutsche Rechtsquellen und Auffassungen zu dem Thema der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht analysiert und gegenübergestellt. Aus der Auswertung von Literaturquellen ergibt sich, dass es anerkannte Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht gibt. Des Weiteren dürfen Aufsichtsratsmitglieder nach sorgfältiger Interessensabwägung und in Eigenverantwortung selbst von der Verschwiegenheitspflicht entbinden, solange die Offenlegung im Interesse der Aktiengesellschaft liegt.