

Susanne Kalss, Stephan Frotz,
Paul Schörghofer (Hg.)

Handbuch für den Vorstand

Sonderdruck

Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte

von

Peter Kunz und
Daniel Liemberger

facultas

Zitiervorschlag:

Autor in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz ../...

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG

facultas Universitätsverlag, 1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Wandl Multimedia-Agentur

Druck: Ueberreuter Print

Printed in Austria

ISBN 978-3-7089-1364-3

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Autorenverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	31
Allgemeine Literatur	41

I. Der Vorstand – eine erste Einordnung

1. Was ist eine gute Führungskraft? <i>Gerhard Speckbacher</i>	47
2. Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschen Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit <i>Peter Doralt/Maria Doralt</i>	55

II. Mitglieder und Zusammensetzung

3. Zusammensetzung des Vorstands und Anforderungen an seine Mitglieder <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i>	81
4. Vorstände und Headhunter – eine Win-win-Symbiose? <i>Hans Jorda</i>	91
5. Diversität im Vorstand <i>Heike Mensi-Klarbach</i>	101

III. Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft

6. Bestellung und Abberufung des Vorstands <i>Bernhard Rieder/Miriam Lehner</i>	113
7. Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds <i>Felix Schörghofer/Andreas Tinhofer</i>	153
8. Das gefallene Vorstandsmitglied <i>Georg Schima</i>	187
9. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern <i>Susanne Kalss</i>	211
10. Wettbewerbsverbot <i>Matthias Schimka/Alexander Leonhartsberger</i>	241

11.	Rechtsgeschäfte mit und Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder <i>Julia Kusternigg/Rainer Werdnik</i>	293
-----	--	-----

IV. Aufgaben des Vorstands

12.	Leitung der Gesellschaft <i>Susanne Kalss</i>	307
13.	Compliance für den Vorstand <i>Elke Napokoj</i>	351
14.	Handlungspflichten des Vorstands bei Compliance-Verstößen <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer/Ines Krausler</i>	375
15.	Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte <i>Peter Kunz/Daniel Liemberger</i>	391

V. Organisation des Vorstands

16.	Organisationsverfassung des Vorstands <i>Clemens Spitznagel</i>	459
17.	Der Vorstandsvorsitzende <i>Clemens Hasenauer/Lorenz Pracht</i>	481
18.	Paperwork für den Vorstand <i>Ulrich Tauböck</i>	501
19.	Das Informationsregime im Vorstand <i>Georg Durstberger/Susanne Kalss</i>	535

VI. Der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen

20.	Das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat <i>Helge Schäfer/Jonas Wittgens</i>	557
21.	Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung <i>Christoph Diregger</i>	585
22.	Vorstand und Hauptversammlung <i>Susanne Kalss/Georg Riedl</i>	619
23.	Das Verhältnis von Vorstand und Abschlussprüfer <i>Thomas Wenger</i>	665

VII. Der Vorstand in besonderen Situationen

24.	Der Vorstand im Konzern <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i>	685
25.	Der Vorstand in der Unternehmenskrise <i>Florian Linder</i>	707
26.	Der Vorstand in der Insolvenz <i>Ulla Reisch</i>	727
27.	Besonderheiten des Vorstands in börsennotierten Gesellschaften <i>Michael Kutschera</i>	787
28.	Best Practice der Corporate Governance für den Vorstand – die Sicht des ÖCGK <i>Anne d’Arcy</i>	805
29.	Der Vorstand bei M&A-Transaktionen <i>Gerhard Hermann/Wendelin Ettmayer</i>	815
30.	Der Vorstand der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren <i>Ulrich Edelmann</i>	841
31.	Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i>	877
32.	Der Vorstand beim Management Buy-Out (MBO) <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i>	947
33.	Vorstand und Schiedsverfahren <i>Nikolaus Pitkowitz</i>	957

VIII. Der Vorstand in besonderen Unternehmenstypen

34.	Der Vorstand im Familienunternehmen <i>Stephan Probst</i>	999
35.	Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staats- unternehmens <i>Katharina Schelberger/Susanne Semtner</i>	1023
36.	Besonderheiten des Vorstands in Kreditinstituten <i>Robert Schmidbauer</i>	1073
37.	Besonderheiten des Vorstands eines Versicherungs- unternehmens <i>Manuel Schalk</i>	1139

IX. Der Vorstand in unterschiedlichen Rechtsträgern

38.	Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer <i>Julia Nicolussi</i>	1157
39.	Der Verwaltungsrat der SE <i>Peter Huber/Clemens Grossmayer</i>	1193
40.	Der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung. Ein Vergleich zum Vorstand der Aktiengesellschaft <i>Nikolaus Arnold</i>	1221

X. Verantwortlichkeit des Vorstands

41.	Business Judgment Rule <i>Martin Winner</i>	1239
42.	Beziehung von Sachverständigen <i>Alexander Schopper/Mathias Walch</i>	1253
43.	Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands <i>Marie-Agnes Arlt</i>	1303
44.	Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht <i>Andreas Kletečka/Christoph Kronthaler</i>	1341
45.	Die Entlastung des Vorstands <i>Philip Aumüller/Alfred Heiter</i>	1363
46.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Norbert Wess</i>	1383
47.	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Martin Oppitz</i>	1425
48.	D&O-Versicherung – Überblick über die wichtigsten Versicherungsbedingungen und Praxishinweise <i>Michael Walbert</i>	1449

XI. Vergleich zum deutschen Recht

49.	Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG <i>Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert</i>	1473
	Stichwortverzeichnis	1497

Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte

Peter Kunz/Daniel Liemberger

Literatur

Ö: Aicher/Kalss/Oppitz, Grundfragen des neuen Börserechts (1998); Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Dilligence, Band I² (2015); Arnold, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz³ (2013); Assmann, Interessenkonflikte und „Inducements“ im Lichte der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) und der MiFID-Durchführungsrichtlinie, ÖBA 2007, 40; Brändle/Rein, Das österreichische Vereinsrecht⁵ (2015); Briem, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60; Briem, Zustimmungspflichtige Geschäfte in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016); Chini/Oppitz, BWG (2011); Csoklich/Scheuba, Standesrecht der Rechtsanwälte² (2014); Dellinger, Bankwesengesetz (2016); Diregger/Kalss/Winner, Das österreichische Übernahmerecht (2003); Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012); Enzinger, Interessenkonflikt und Organpflichten: Am Beispiel des Management Buy-out (2005); Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2015); Frotz/Schörghofer, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016); Gall, Neue RL über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, ecolex 2003, 560; Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz (2010); Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990); Hausmaninger, Insider Trading – Eine systemvergleichende Untersuchung amerikanischer, europäischer und österreichischer Regelungen (1997); Hausmaninger/Gratzl/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012); Höhnel/Jöchll/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine⁴ (2013); Huber, Übernahmegesetz (2007); Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2010); Kalss, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat, GesRZ 2010, 137; Kalss, Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016); Kalss, Das Informationsregime des Aufsichtsrats, in Kalss/Kunz Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016); Kalss, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecolex 2014, 496; Kalss, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sichgeschäfte eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung gem § 17 Abs 5 PSG, Kathrein & Co. Stiftungsletter 2009, Ausgabe 13, 4; Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² (2015); Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013); Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr, Beiträge zum 2. Wiener Unternehmensrechtstag 2013 (2014); Karolus, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgement Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG, ÖBA 2016, 252; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007); Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005); Krejci/S. Bydlinki/Weber-Schallauer, Vereinsgesetz 2002² (2009); Kunz, Rahmenvereinbarungen für anwaltliche Beratung durch den Stiftungsvorstand, in Eiselsberg, Stiftungsrecht Jahrbuch 2007, 120; Kunz, Der Rechtsanwalt als Aufsichtsrat in Kalss/Kunz Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016); Lauss/Langeder, Foundation Governance: Ein Vorschlag für eine moderne Organisation und Überwachung von Privatstiftungen, ZFS 2015, 153; Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung² (2014); Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, Kommentar zum Investmentfondsgesetz² (2014); Mohr, IO¹¹ (2012); Papst, Übersicht über die Neuerungen des Rechnungslegungsänderungsgesetzes 2014 Teil 2, ÖStZ 2015,161; Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011); Rüffler, Zwei Ungereimtheiten des GesRÄG 2005, wbl 2006, 14; Runggaldier/G. Schima, Die Rechtstellung von Führungskräften (1991); Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge⁴ (2014); Schereda, In-sichgeschäfte des Stiftungsvorstands, RWZ 2015, 73; G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); G. Schima, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in Hainz/Krejci, FS Reich-Rohrwig (2014); G. Schima, Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 455; G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer (2015); G. Schima/Toscani, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand, JBl 2012, 482; Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar⁴; Straube, UGB I⁴ (2014); Straube/Ratka/Rauter, GmbHG¹ (2013); Temmel, Börsegesetz – Praxiskommentar (2011);

Thiele, Gleichzeitige Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand verbundener Aktiengesellschaften, RdW 2002, 66; *U. Torggler*, GmbHG (2014); *Walch*, Stimmrechtsverbot bei Entlastungsbeschluss, NZ 2014, 27; *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insihgeschäften“, *ecolex* 2009, 920; *Zöllner/Dollenz*, Related Party Transaction – alte und neue Anforderungen an den Aufsichtsrat, Aufsichtsratsaktuell 2016 H 2, 6.

D: *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment I (2016); *Berg*, Der Direktanspruch des Veräußerers gegen den Geschäftsführer im Rahmen von M&A-Transaktionen, NZG 2008, 641; *Diekann/Fleischmann*, Umgang mit Interessenkonflikten in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, AG 2013, 141; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁵ (2008); *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁸ (2010); *Fleischer*, Gelöste und unge löste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre, NZG 2003, 985; *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Fleischer*, Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 22/2003, 1045; *Goette/Habersack/Kalss*, MünchKomm, AktG⁴ (2015); *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt² (2008); *Hirte/Mülbert/Roth*, GroßKomm AktG⁵ (2015); *Hoffmann-Becking*, Vorstands-Doppelmandate im Konzern, ZHR 150 (1986), 570; *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016); *Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs⁴ (1996); *Hopt*, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, ZGR 1/2004, 1; *Hopt/Wiedemann*, AktG⁴ (2015); *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz¹¹ (2014); *Kort*, Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG, ZIP 16/2008, 717; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183 (2014); *Merkt*, Unternehmensleitung und Interessenkollision, ZHR 159 (1995), 423; *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013); *Passarge*, Vorstands-Doppelmandate – ein nach wie vor aktuelles Thema!, NZG 12/2007, 441; *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung⁴ (2013); *Priester/Mayer/Wicke*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band III: GmbH⁴ (2012); *Säcker*, Zur Problematik von Mehrfachfunktionen im Konzern, ZHR 151 (1987), 59; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³ (1997); *K. Schmidt/Lutter*, AktG³ (2015); *Scholz*, GmbH-Gesetz¹⁰ (2010); *Seibt/Wunsch*, Managementgarantien bei M&A-Transaktionen, ZIP 2008, 1093; *Spindler/Stilz*, AktG³ (2015); *Weber*, Transaktionsboni für Vorstandmitglieder: Zwischen Gewinnchance und Interessenkonflikt (2006); *Weihe*, Interessenkonflikte zwischen Unternehmensverkäufer und Management (2003); *Weiß*, Vorstandsdoublemandate im faktischen Konzern: Voraussetzungen, Interessenkonflikte, Anstellungsvertrag und Haftung, Compliance-Berater 4/2014, 97; *Zöllner*, KölnKomm AktG³ (2009).

CH: *Tschäni/Diem* in Tschäni, Mergers&Acquisitions XVIII (2016).

Gliederung	Rz
I. Einleitung	1–12
II. Handlungsmaximen für den Vorstand	13–18
A. Sorgfaltspflicht (duty of care)	13–14
B. Die organschaftliche Treuepflicht (fiduciary duty)	15–18
III. Grundlagen für die Interessenwahrungspflicht des Vorstands	19–107
A. Gesetzliche Grundlagen	21–99
1. Die Unvereinbarkeit von Geschäftsführer-/ Vorstandsfunktion mit Aufsichtsratsfunktion	21–25
2. Wettbewerbsverbot	26–34
a) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	30–33
b) Unterschied im GmbH-Recht	34
3. Corporate Opportunities (Geschäftschancenlehre)	35–48
a) Vorliegen/Zuordnung einer Geschäftschance	36–40
aa) Konkrete Geschäftschancen	36–40
b) Bemühungspflicht des Vorstands	41–42
c) Einwilligung des Aufsichtsrats	43–48
4. Vorstandsvergütung	49–51

5.	Mandatsbeschränkungen im Konzern	52–61
a)	Überkreuzverflechtungen	54–61
6.	Weitere Mandatsbeschränkungen	62–67
a)	Börsennotierte Unternehmen	62
b)	Kreditinstitute	63–66
c)	Österreichische Corporate Governance Kodex	67
7.	Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Vorstand/Geschäftsführer	68–72
8.	Regelungen zu Interessenswahrungspflicht im Vorstands-Anstellungsvertrag	73–74
9.	Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder	75–80
10.	Insichgeschäfte auf Gesellschafterebene im GmbH-Recht	81–87
a)	Alleingesellschafter-Geschäftsführer	81–83
b)	Fremdgeschäftsführer in der GmbH	84–87
11.	Rechtsgeschäfte zwischen dem Kreditinstitut und deren Geschäftsleitern	88
12.	Börsennotierte Unternehmen	89–96
a)	Insiderhandel	90–93
b)	Ad-hoc Publizität	94–96
13.	Umgang mit Interessenkonflikten in Verwaltungs- gesellschaften gemäß §§ 22,23 InvFG, §§ 10, 12 AIFMG ...	97
14.	Umgang mit Interessenkonflikten in Kreditinstituten und Wertpapierfirmen gemäß §§ 34 und 35 WAG	98–99
B.	Verhaltenskodizes	100–107
1.	Behandlung von Interessenkonflikten im Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK)	100–104
2.	Der Bundes-Public Corporate Governance Kodex (B-PCGK) für Öffentliche Unternehmen	105–107
IV.	Interessenkonflikte anhand von Praxisbeispielen	108–175
A.	Interessenkonflikte im Konzern	109–141
1.	Doppelmandate im Konzern – Allgemeines	109–123
a)	Verbot der Nachteilszufügung	112–113
b)	Beispiele für nachteilige Weisungen	114–123
2.	Doppelmandate im Konzern – Informations- weitergabe	124–126
3.	Doppelmandate im Konzern – Stimmverbot?	127–141
a)	Kein generelles Stimmverbot in Vorstandssitzungen	127
b)	Gesetzliche Stimmverbote	128
c)	Stimmverbot bei der Entscheidung über die eigene Entlastung	129–141
aa)	AG-Konzern	130–132
bb)	Erteilung der Entlastung durch nicht betroffene Vorstandsmitglieder	133–134
cc)	Eskalation der Entscheidung an die (oberste) Gesellschafterebene	135
dd)	Rechtswirksamkeit des Entlastungsbeschlusses trotz Verletzung von § 125 AktG	136
ee)	GmbH-Konzern – Stimmverbot	137–141
B.	Interessenkonflikte im Zusammenhang mit der Aktionärs- bzw. Gesellschafterstellung	142–147
C.	Typische Interessenkonfliktsituationen bei ausgewählten Transaktionen	148–175
1.	Transaktionen mit Geschäftsleitern	148–149

2.	Leveraged Buyout bzw Management Buyout	150–151
3.	Transaktionen im Bereich des Übernahmerechts	152–158
4.	Verschmelzungen und Spaltungen	159–163
5.	Transaktionsbezogene Vergütungen für den Vorstand	164–167
6.	Representation Letter/Management Letter	168–175
	a) Representation Letter	170–171
	b) Management Letter	172–175
V.	Exkurs: Umgang mit Interessenkonflikten im Privatstiftungsrecht und Vereinsrecht	176–190
	A. Privatstiftungsrecht	177–185
	B. Vereinsrecht	186–190
VI.	Überblick der Vorgehensweise bei Insichgeschäften der Leitungsorgane	191–197
VII.	Umgang mit Interessenkonflikten	198–210
	A. Offenlegung des Konflikts	199
	B. Stimmverbote/Teilnahmeverbote/Informations- beschränkungen	200–204
	1. Stimmverbot	200
	2. Stimmenthaltung und Teilnahmeverbot	201–203
	3. Informationsbeschränkung	204
	C. Ablehnung der Bestellung bzw Amtsniederlegung	205–206
	D. Abberufung	207
	E. Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats	208
	F. Exkurs: Umgang mit Interessenkonflikten durch die „Zustimmungsberechtigten“	209–210

I. Einleitung

- 1 Interessenkonflikte können dann entstehen, wenn die **Eigeninteressen** von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft mit der aus der Organfunktion resultierenden **Fremdinteressenwahrungspflicht** kollidieren. Vorstandsmitglieder sind bereits aufgrund ihrer Leitungsfunktion zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet.¹ Die Interessenswahrungspflicht von Vorstandsmitgliedern wird dabei aus deren organschaftlichen Sorgfalts- und Treuepflicht abgeleitet.² Neben der vorrangigen Verfolgung der Unternehmensinteressen hat der Vorstand auch die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie das öffentliche Interesse zu berücksichtigen. Die Interessenwahrungspflicht soll aber nicht nur primär die Gesellschaft bzw deren Aktionäre schützen, sondern auch den unverfälschten Wettbewerb und die Funktionsfähigkeit des Marktes gewährleisten.³
- 2 In diesem Zusammenhang nehmen Fälle von sogenannten „Insichgeschäften“ (durch Selbstkontrahieren oder Doppelvertretung) eine besonders prominente Rolle ein: Wenn ein Vorstandsmitglied der von ihm vertretenen Gesellschaft zB

¹ Vgl § 70 AktG

² Die Sorgfaltspflicht von Vorstandsmitgliedern wird explizit in § 74 Abs 1 AktG angeführt, die organschaftliche Treuepflicht hingegen konkretisiert sich im Aktiengesetz nur im Wettbewerbsverbot (§ 79 AktG) und der Verschwiegenheitspflicht des Vorstands (§ 84 Abs 1 Satz 2 AktG). *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/388; *Kalss* in *Münch Komm, AktG*³ § 93 Rz 299, 205; *Spindler* in *Münch Komm, AktG*³ § 93 Rz 21f; *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, *AktG*⁴ § 93 Rz 92; *Fleischer*, *WM* 2003, 1045; *Hopt*, *ZGR*1/2004,5.

³ *Hopt*, *ZGR* 1/2004,6 mwN.

eine Liegenschaft, die in seinem Eigentum steht, verkaufen will, dann liegt die Interessenkollision klar auf der Hand. Einerseits muss es aufgrund seiner Stellung als Vorstandsmitglied versuchen, einen möglichst niedrigen Preis für die Gesellschaft zu erreichen, andererseits wird es als Verkäufer ein hohes Eigeninteresse an der Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises verfolgen.

Fungiert in diesem **Liegenschaftsverkauf** Beispiel das Vorstandsmitglied zB auch als Organträger der verkaufenden Eigentümerin (zB Vorstand oder Geschäftsführer), spricht man von einer sogenannten Pflichtenkollision: das Vorstandsmitglied bzw der Geschäftsführer agiert zur gleichen Zeit für zwei oder mehr Geschäftsherren (er muss somit zwei widerstreitende Interessen wahren) und diese beiden Fremdinteressen stehen sich diametral gegenüber. In einem derartigen Fall ist das Vorstandsmitglied dazu verpflichtet, für jeweils beide Gesellschaften ein möglichst optimales Ergebnis zu erzielen. 3

Bei der **Vorstandsvergütung** können neben dem klassischen Interessenkonflikt zweier gegenüberstehender Vertragsparteien insbesondere bei der Frage der erfolgsabhängigen Vergütung Interessenkonflikte auftreten, wenn die Erreichung der Erfolgsparameter, die zur Zahlung des erfolgsabhängigen Teils der Entlohnung führt, nicht (zur Gänze) deckungsgleich mit dem Unternehmenswohl ist. Diese Diskrepanz kann vor allem dann auftreten, wenn die Erfolgsparameter derart festgelegt sind, dass sie nur den kurzfristigen Erfolg honorieren und nicht auf die Nachhaltigkeit des Unternehmenserfolgs abstellen. Vor allem bei größeren (börsennotierten) Gesellschaften ist die Festlegung der erfolgsabhängigen Entlohnungsbestandteile für den Aufsichtsrat zu einer sehr herausfordernden Angelegenheit geworden. 4

Interessenkonfliktsituationen können ua auch bei **Umgründungs-** und Umstrukturierungsmaßnahmen auftreten. Dies betrifft insbesondere solche Konstellationen, in denen Personenidentität auf Organebene oder auf Organ- und Eigentümerebene bei den von den gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen betroffenen Unternehmen besteht. 5

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten sehen die aus den gesetzlichen Bestimmungen sowie der Lehre und Rechtsprechung abzuleitenden Regelungen vor, derartige Geschäfte oder Maßnahmen so transparent wie möglich (vgl Rz 199) und Gegenleistungen so objektivierbar wie möglich zu gestalten (zB durch Einholung einer fairness opinion; vgl zB Rz 152 f) sowie – um jeglichen negativ behafteten Anschein zu vermeiden – die Vertretung der Gesellschaft seinen Vorstandskollegen zu überlassen (vgl Rz 68 f), den Aufsichtsrat über das Vorhaben zu informieren und dessen Zustimmung einholen (vgl Rz 68 f) oder – je nach Bedeutung im Einzelfall – die Zustimmung der Eigentümerseite einholen. Vorstandsmitglieder sind gut beraten, den Regelungen zum Umgang mit derartigen Interessens- bzw Pflichtenkollisionen die notwendige Aufmerksamkeit zu widmen, widrigenfalls zivilrechtliche Haftungsansprüche der Gesellschaften gegenüber dem Vorstandsmitglied (vgl *Kletečka/Kronthaler* Rz 44/11 ff) oder in extremis straf- bzw verwaltungsrechtliche Sanktionen (vgl *Wess* Rz 46/22 ff und *Oppitz* Rz 47/15 ff) drohen. 6

Der Gesetzgeber sieht bestimmte Interessenkonflikte als derart gravierend an, dass er versucht, diese bereits im Vorhinein abzustellen, indem er Tätigkeitsverbote 7

oder strikte Handlungsanweisungen vorgibt. Derartige Interessenkonflikte werden auch Inkompatibilitäten oder vor allem in Deutschland auch Inhabilitäten⁴ genannt. Inkompatibilität beschreibt grundsätzlich das Verbot, zwei Funktionen auszuüben bzw. in zwei Organen vertreten zu sein. Niemand darf zB in einer Gesellschaft zugleich Vorstands- (bzw. Geschäftsführungs-) und Aufsichtsratsmitglied sein oder als Vorstandsmitglied/Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ein Aufsichtsratsmandat in der Muttergesellschaft ausüben. Inkompatibilitätsbestimmungen versuchen, darüber hinaus Insichgeschäfte bzw. ein „Richten in eigener Sache“ zu vermeiden.

8 Zudem gibt es eine Reihe von **Interessenkonfliktszenarien**, die zwar nicht gesetzlich geregelt sind, aber unzweifelhaft ebenfalls entsprechende Handlungspflichten der involvierten Organträger auslösen. Im Aktiengesetz befindet sich (mit einer Ausnahme⁵) zB keine Regelung darüber, dass ein Geschäft mit einem Familienangehörigen eines Vorstandmitgliedes einen Interessenkonflikt darstellt und wie damit umzugehen ist; es kann aber keinen Zweifel daran geben, dass hier ebenfalls ein Interessenkonflikt vorliegt und die oben aufgezeigten Maßnahmen zu setzen sind.

9 **Gesetzliche Regelungen** zur Bewältigung von Interessenkonflikten finden sich im Aktiengesetz (zB § 97 AktG) und im GmbHG (zB § 25 Abs 4 GmbHG). Detaillierte Regelungen finden Sie auch im Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK). Lehre und Rechtsprechung haben auf Grundlage und in Ergänzung der gesetzlichen Regelungen ein System zur Bewältigung von Interessenkonflikten entwickelt (Offenlegung, Stimmverbot, Informationsbeschränkungen, Zustimmungserfordernisse, Abberufungsgründe).

10 Insbesondere auch in Familienunternehmen sind aufgrund von verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Gesellschaftern, Leitungsorganen und Aufsichtsräten Interessenkonflikte oft vorprogrammiert.⁶

11 Um Organmitgliedern eine klare Anleitung vorzugeben, wie mit Interessenkonflikten umzugehen ist, sollten Geschäftsordnungen entsprechende Regelungen beinhalten. Insbesondere sollte in Geschäftsordnungen für sämtliche Geschäfte des Vorstands mit Familienangehörigen eine Zustimmungspflicht durch den Aufsichtsrat vorgesehen werden.

12 Der vorliegende Beitrag behandelt Interessenkonflikte des Vorstands einer Aktiengesellschaft (sowie punktuell auch die der Geschäftsführung einer GmbH) und soll ein Problembewusstsein im Umgang mit Interessenkonflikten schaffen. Zunächst werden die rechtlichen Grundlagen zur Vermeidung von Interessenkonflikten dargelegt. In weiterer Folge wird versucht, anhand von in der Praxis häufig vorkommenden Fallkonstellationen potenzielle Lösungsansätze aufzuzeigen. In

⁴ In der deutschen Lehre wird als Synonym für Inkompatibilitäten auch Inhabilität (die rechtliche Unfähigkeit einer Person zu bestimmten Handlungen oder zum Erwerb bestimmter Rechte und Ämter) verwendet. So etwa *Löhnig*, Treuhand Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Jus Privatum 109, 431.

⁵ § 80 Abs 3 AktG (betreffend Kreditgewährung an Ehegatten oder minderjährige Kinder von Vorstandmitgliedern).

⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/107 ff.

Grundzügen werden auch Interessenkonflikte des Vorstands einer Privatstiftung und des Vorstands eines Vereins behandelt.

II. Handlungsmaximen für den Vorstand

A. Sorgfaltspflicht (duty of care)

Bei der Geschäftsführung haben Vorstandsmitglieder zwingend die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 84 Abs 1 AktG). Bei der Handlungsmaxime der Sorgfaltspflicht ist ein objektiver Maßstab anzusetzen, demzufolge die Vorstandsmitglieder für die nötigen Fähigkeiten und Kenntnisse für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung einzustehen haben.⁷ An diesem objektiven Maßstab richtet sich die Sorgfalt eines fähigen, kompetenten und redlichen Vorstandsmitglieds aus. Eine ordnungsgemäße Geschäftsführung – in Bezug auf die konkrete Geschäftsführungsmaßnahme – basiert somit auf

- a) ausreichender Information,
- b) Hintanhalten eigener Interessen (kein Interessenkonflikt, keine private Wahrnehmung von Corporate Opportunities) und
- c) nachvollziehbarem Handeln im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln glaubt.⁸

Die hier angeführten Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung entsprechen im Wesentlichen den Erfordernissen der nunmehr in § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG kodifizierten Business Judgement Rule (BJR): Handeln zum Wohle der Gesellschaft/Handeln auf Grundlage angemessener Information/Keine Verfolgung sachfremden Interesses (vgl *Winner* Rz 41/9 ff). Die in diesem Beitrag behandelte Thematik des Umganges mit Interessenkonflikten – insbesondere aufgrund von Insich-Geschäften (Fälle des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung) – spielt bei der Beurteilung des Vorliegens von „sachfremden Interessen“ iZm der Anwendbarkeit der BJR eine entscheidende Rolle. Der nicht ordnungsgemäße Umgang mit Interessenkonfliktsituationen führt zur Nichtanwendbarkeit⁹ des sogenannten „safe harbour“ der Business Judgement Rule und kann damit zur (sowohl zivil- als auch strafrechtlichen) Haftung des Organs führen, weil das Organ „sachfremde Interessen“ verfolgt. Die den Vorstand parallel zur Sorgfaltspflicht treffende organschaftliche Treuepflicht (Fiduciary Duty) wird aus der Stellung des Vorstandsmitglieds als Verwalter fremden Vermögens (Treuhandverhältnis) abgeleitet.¹⁰

⁷ *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/389; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 84 Rz 2 ff; *Kalss* in Münch Komm, AktG³ § 93 Rz 300.

⁸ *Kalss* in Münch Komm AktG³ § 93 Rz 304, OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/389.

⁹ *Karollus*, ÖBA 2016, 252 mwN.

¹⁰ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 77-84 Rz 67, 86; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 3/390; *Hopt* in Hopt/Wiedemann, AktG⁴ § 93 Rz 144; *Mertens* in Köln Komm AktG² § 93 Rz 57; *Fleischer*, WM 2003, 1045 mwN.

B. Die organschaftliche Treuepflicht (fiduciary duty)

- 15 Interessenwahrungs- bzw Treuepflichten bilden einen „wesentlichen Teil der ungeschriebenen Legalordnung des Gesellschaftsrechts“.¹¹ Die Treuepflicht von Vorstandsmitgliedern ist von der mitgliedschaftlichen Treuepflicht für das Verhältnis zwischen Mitgesellschaftern bei Personengesellschaften und Gesellschaftern einer GmbH sowie von Mehrheitsaktionären gegenüber den Minderheitsaktionären zu unterscheiden (die mitgliedschaftliche Treuepflicht wurzelt im Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft). Aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergibt sich die Verpflichtung, diese sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch den Mitgesellschaftern einzuhalten und insbesondere die Gesellschaftsinteressen zu fördern und sämtliche Maßnahmen zu unterlassen, die mit dem Gesellschaftszweck nicht vereinbar sind.¹²
- 16 Die **organschaftliche Treuepflicht** wird aus dem Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft abgeleitet.¹³ Die Befugnis des Vorstands zur Geschäftsführung und rechtlichen Vertretung der Gesellschaft nach außen ermöglicht es ihm, die Interessen der Gesellschaft umfänglich zu beeinflussen, wobei er weisungsfrei handelt. Der Vorstand hat aufgrund der organschaftlichen Treuepflicht die ihm übertragenen Aufgaben ausschließlich am Interesse der Gesellschaft auszurichten und hat gleichzeitig alles zu unterlassen, was sich auf das Unternehmen nachteilig auswirken könnte.¹⁴ Die organschaftlichen Treuepflichten der Organmitglieder gelten jedoch nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber auch im Verhältnis zu den einzelnen Aktionären.¹⁵ Ziel der organschaftlichen Treuepflicht ist es, mögliche Interessenkonflikte der Vorstandsmitglieder hintanzuhalten.¹⁶ Das Gesellschaftsinteresse genießt nicht nur Vorrang vor den Eigeninteressen des Geschäftsleiters. Je erheblicher die Gefahr und die Auswirkungen eines Interessenkonfliktes sind, desto höher ist auch der Maßstab der Treuepflicht.¹⁷ Eigeninteressen von Vorstandsmitgliedern sind daher gegenüber den Gesellschaftsinteressen hintanzustellen; jeglicher Anschein eines Interessenkonfliktes muss vermieden werden.¹⁸ Dieser Grundsatz zeigt sich zum Beispiel im Wettbewerbsverbot gemäß § 79 AktG, in den gesellschaftsinternen Kontrollmechanismen für die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder gemäß § 80 Abs 1 und 2 AktG oder in der Verlagerung der organschaftlichen Zuständigkeit für bestimmte Geschäfte auf den Aufsichtsrat gemäß § 94 Abs 1 AktG.

¹¹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ § 20 Rz 588.

¹² Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 114.; Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 13; vgl auch Fleischer WM 2003, 1045, 1047.

¹³ Hopt in Hopt/Wiedemann, AktG⁴ § 93 Rz 144; Hüffer, Aktiengesetz § 84 Rz 8, Mertens/Cahn in Köln Komm AktG³ (2010) § 93 Rz 95; Schwindler in Münch Komm Aktiengesetz § 93 Rz 92; Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 1.

¹⁴ Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 115 mwN.

¹⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/391 mwN.

¹⁶ Fleischer, WM 2003, 1049; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/392.

¹⁷ Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 117 mwN.

¹⁸ Hopt in Hopt/Wiedemann, AktG⁴ § 93 Rz 145.

Aus der Treuepflicht wird auch das allgemeine Verbot abgeleitet, die Organstellung im eigenen Interesse auszunützen.¹⁹ Die Vorstandsmitglieder trifft eine Verpflichtung zur Auflösung von Interessenkonflikten.²⁰ 17

Die den Vorstand treffende Treuepflicht verbietet es daher dem Vorstandsmitglied, der Gesellschaft zustehende Geschäftschancen für sich zu verwerten (Geschäftschancen siehe Rz 35 f) oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse an Dritte weiterzugeben.²¹ Als weitere Ausflüsse der Treuepflicht sind das Verbot der treuwidrigen²² Annahme von Zuwendungen (Provisionen) von Dritten, das Verbot der Ausnutzung von Insiderinformationen (siehe Rz 90) bzw besondere Treuepflichten in Übernahmesituationen (siehe Rz 152 ff) zu nennen. Zum einen müssen Vorstandsmitglieder Interessenkonflikte möglichst vermeiden bzw wenn sie unvermeidbar sind, zumindest offenlegen.²³ Andererseits beinhaltet die Offenlegungspflicht, angemessene Kontrollen durch den Aufsichtsrat zu ermöglichen; etwa durch Vorlage von Aufzeichnungen und Belegen.²⁴ Kein Vorstandsmitglied darf aus seiner Stellung persönliche Vorteile ziehen, sofern ihm das nicht ausdrücklich gestattet ist.²⁵ 18

III. Grundlagen für die Interessenwahrungspflicht des Vorstands

Als Grundlage für die Interessenwahrungspflicht des Vorstands sind primär drei Rechtsquellen zu nennen: 19

Die organschaftliche Interessenwahrungs- und Treuepflicht des Vorstands ergibt sich aus dem Gesetz (§ 84 Abs 1 AktG und Rz 26 f zu § 79 AktG) sowie aus Lehre und Rechtsprechung. Für die Begründung und Reichweite der Interessenwahrung ist andererseits auch auf die vertragliche Beziehung zwischen Vorstand und Aktiengesellschaft, also dem Anstellungsvertrag des Vorstands, abzustellen. Als dritte Quelle sind noch Verhaltenskodizes, hier insbesondere der Corporate Governance Kodex zu nennen²⁶ (um eine Rechtsquelle im eigenen Sinn handelt es sich beim Corporate Governance Kodex zwar nicht, aber um sogenanntes soft law²⁷). 20

¹⁹ *Scholz/Schneider*, GmbH-Gesetz¹⁰ § 43 Rz 198ff.

²⁰ *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, AktG⁴ § 93 Rz 185, *Mertens* in *Köln Komm AktG*² § 93 Rz 72, *Fleischer*, WM 2003, 1050.

²¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/395; *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, AktG⁴ § 93 Rz 166; *Mertens* in *Köln Komm AktG*² § 93 Rz 67; *Fleischer*, WM 2003, 1054 ff; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 99 Rz 20.

²² *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/389 ff.

²³ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/392 mwN; AG 2005, 737, 738.

²⁴ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrecht (2006) § 9 Rz 13; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1050; vgl auch *Reich-Rohrwig* in *Straube*, GmbHG § 25 Rz 50.

²⁵ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrecht (2006) § 9 Rz 13; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1050; vgl auch *Reich-Rohrwig* in *Straube*, GmbHG § 25 Rz 50.

²⁶ *Hopt* in *ZGR* 1/2004 15ff.

²⁷ Der österreichische Corporate Governance Kodex ist zunächst eine bloße Empfehlung einer privaten Initiative, nämlich des österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance.

A. Gesetzliche Grundlagen

1. Die Unvereinbarkeit von Geschäftsführer-/Vorstandsfunktion mit Aufsichtsratsfunktion

- 21 § 90 AktG²⁸ bzw. § 30e GmbHG²⁹ verbietet die gleichzeitige Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand in derselben Gesellschaft. Somit können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Geschäftsführer bzw. Vorstand sein und Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder dürfen nicht zugleich dem Aufsichtsrat angehören. Von dieser Regelung sind auch Stellvertreter iSd von § 85 AktG bzw. § 27 GmbHG erfasst.³⁰
- 22 Als Ausnahme von der **Unvereinbarkeitsregel** wird dem Aufsichtsrat in § 90 Abs 2 AktG das Recht eingeräumt, im Falle einer Behinderung eines Vorstandsmitglieds auf bestimmte Zeit ein Aufsichtsratsmitglied zur Überbrückung einzusetzen. Voraussetzung ist, dass das Vorstandsmitglied hinsichtlich seiner gesamten Funktionsausübung und nicht auf einzelne Verrichtungen verhindert ist. Dh auch ein ausgeschiedenes, verstorbenes oder sonst dauerhaft verhindertes Vorstandsmitglied kann vorübergehend ersetzt werden.³¹
- 23 Zu beachten ist allerdings, dass diese Ausnahmebestimmung dann nicht zur Anwendung gelangt, solange es ein Ersatzmitglied für den Vorstand gemäß § 85 AktG gibt, da noch kein Verhinderungsfall vorliegt.³²
- 24 Bei der Bestellung eines Vertreters können nur jene Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden, die Kapitalvertreter sind, da § 110 Abs 3 ArbVG Arbeitnehmervertreter ausdrücklich ausschließt. In der Aktiengesellschaft hat der Aufsichtsrat das Ersatzmitglied des Vorstands zu bestellen, in der GmbH ist ein Gesellschafterbeschluss einzuholen. Der Bestellungsbeschluss ist zu befristen. Da im Gegensatz zum deutschen Aktienrecht, welches in § 105 Abs 2 Satz 2 dAktG explizit eine Befristung von nicht mehr als einem Jahr vorsieht, im österreichischen Aktiengesetz keine gesetzliche Regelung hinsichtlich der Bestelldauer vorzufinden ist, vertritt die Lehre hinsichtlich der maximalen Bestelldauer unterschiedliche Ansichten: Teilweise wird eine Ein-Jahres-Frist als absolute Obergrenze angesehen, andere wollen eine Ein-Jahres-Frist als Richtschnur sehen, die uU auch länger sein kann.³³
- 25 Das Aufsichtsratsmitglied als Vertreter des verhinderten Vorstandsmitglieds gemäß § 90 Abs 2 AktG hat grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die anderen Vorstandsmitglieder. Das Ersatzmitglied behält weiterhin sein Auf-

Mangels gesetzlicher Verankerung ist er nicht verbindlich. Zum Teil gibt er bloß gesetzliche Vorschriften wieder (die mit „L“ für „Legal Requirement“ gekennzeichnet sind).

²⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 1; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 1.

²⁹ *Eckert/Schopper* in U. Torggler, GmbHG (2014) §30e Rz 1; *Rauter* in Straube, GmbHG¹ § 30 e Rz 10 ff.

³⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 3; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 5 ff.

³¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 14; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 8.

³² *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 14; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 5 ff.

³³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 15 ff.

sichtsratsmandat, darf dieses allerdings für die Zeit der vorübergehenden Bestellung als Vorstandsmitglied nicht ausüben. Für das bestellte Aufsichtsratsmitglied findet das Wettbewerbsverbot gemäß § 79 AktG bzw § 24 GmbHG keine Anwendung. Dennoch gelten die für das Vorstandsmitglied bzw die Geschäftsführer verankerten Sorgfaltspflichten gemäß § 70 AktG bzw § 25 GmbHG auch für das Aufsichtsratsmitglied.³⁴

2. Wettbewerbsverbot

Die Vorstandsmitglieder dürfen gemäß § 79 Abs 1 AktG ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein (fremdes) Unternehmen betreiben, noch Aufsichtsratsmandate in Unternehmen annehmen, die mit der Gesellschaft nicht konzernmäßig verbunden sind oder an denen die Gesellschaft nicht unternehmerisch beteiligt (§ 189a Z 2 UGB) ist, noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Das heißt, sie dürfen auch nicht an einer anderen unternehmerisch tätigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt sein (der Betrieb eines Unternehmens, sowie die Beteiligung an anderen unternehmerisch tätigen Gesellschaften als persönlich haftender Gesellschafter sind dem Vorstandsmitglied auch dann verboten, wenn es dadurch zu keiner Konkurrenz zur Aktiengesellschaft kommt).³⁵ Für den Fall eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot sieht das Aktiengesetz Schadenersatz, Herausgabe des aus dem verbotenen Geschäft erlangten Vorteiles oder Abtretung des Vergütungsanspruches an die Gesellschaft bzw Ermöglichung des Eintritts der Gesellschaft in das Geschäft vor (§ 79 Abs 2 AktG). Das Eintrittsrecht der Gesellschaft ist verschuldensunabhängig; die Geltendmachung des Eintrittsrechts führt nicht dazu, dass das vom Geschäftsführer abgeschlossene Rechtsgeschäft unwirksam würde; es findet auch kein Wechsel der Vertragsparteien statt (vgl *Leonhartsberger/Schimka* Rz 10/90 ff).

Weiters ergibt sich als Sanktion die Abberufung aus wichtigem Grund und die vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrages, weil es sich dabei um Verstöße gegen das gesetzlich statuierte Wettbewerbsverbot und die Verletzung von Vorstandspflichten im Sinne des § 75 Abs 4, 1. Fall AktG handelt.³⁶ In diesem Zusammenhang bezieht die hM das Wettbewerbsverbot des § 79 AktG auch auf die Übernahme von Geschäftsführungs- und Vorstandsmandate in anderen Gesellschaften, unabhängig davon, ob diese konkurrenzierend tätig sind oder nicht, mit ein.³⁷ Eine Entbindung vom gesetzlich statuierten Wettbewerbsverbot ist gemäß § 79 Abs 1 AktG möglich, weil das Wettbewerbsverbot nicht zwingend ist.³⁸ Ein

³⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 19 mwN; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 16.

³⁵ *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/397.

³⁶ vgl *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 79 Rz 9; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtstellung von Führungskräfte (1991) 154; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 77–84 Rz 79.

³⁷ Vgl *Kalss* in MünchKomm AktG⁴ § 88 Rz 69 mwN; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 218.

³⁸ OGH 28.09.2007, 9 ObA 28/07v; DRdA 2009,497/45 (Jabornegg); *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 77 bis 84 Rz 68 ff; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 79 Rz 22 ff.

Wettbewerbsverbot kann daher bereits im Vorstandsvertrag oder durch AR-Beschluss³⁹ bzw bei der GmbH mittels Gesellschafterbeschluss und bei Gesellschafter-Geschäftsführern auch im Gesellschaftsvertrag⁴⁰ aufgehoben werden.

- 28 Diese drei im Gesetz genannten Rechtsfolgen sind nicht abschließend, weil auch weitere sonstige Ansprüche wie zB auf Unterlassung und Beseitigung oder auch Auskunft und Rechnungslegung in Betracht kommen.⁴¹
- 29 In Betracht kommt auch die vertragliche Regelung einer Konventionalstrafe im Vorstands- bzw Geschäftsführervertrag, die ohne Schadensnachweis geltend gemacht werden kann. Sollte der Schaden den Betrag der Konventionalstrafen übersteigen, kann der übersteigende Betrag dennoch geltend gemacht werden.⁴²

a) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

- 30 Neben dem bereits erwähnten gesetzlich vorgesehenen Wettbewerbsverbot (siehe Rz 26 f) wird in der Praxis – um Interessenkonflikte zu vermeiden – in Vorstandsverträgen bzw Geschäftsführer-Dienstverträgen nicht selten ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vorgesehen. Dadurch soll verhindert werden, dass das Vorstandsmitglied nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen das von ihm erworbene Wissen bei einem Konkurrenzunternehmen verwerten kann und diesem Unternehmen dadurch Wettbewerbsvorteile verschafft.
- 31 Der Vorstandsvertrag kann daher vorsehen, dass das Vorstandsmitglied nach der Mandatsbeendigung für einen bestimmten Zeitraum nicht in einer gewissen Branche arbeiten darf. Die für Angestellte vorgesehenen Bestimmungen (§§ 36, 37 AngG) gelten für Vorstandsmitglieder nicht unmittelbar; auch eine analoge Anwendung wird ausgeschlossen, wohl aber können diese gesetzliche Bestimmungen als Richtschnur dienen.⁴³
- 32 Gemäß (dem auf Vorstandsmitglieder nicht anzuwendenden) § 36 AngG dürfen sich Konkurrenzklauseln nur auf Tätigkeiten im Geschäftszweig der Gesellschaft beziehen, nicht länger als ein Jahr dauern und nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten im Verhältnis zum geschäftlichen Interesse der Gesellschaft bedeuten.⁴⁴ Für Vorstandsmitglieder gilt, dass die vorgesehene Höchstdauer zulässigerweise überschritten werden darf. Nach *Schima* ist bei erheblich längeren Wettbewerbsbeschränkungen eine entsprechende Vergütung durch die Gesellschaft zu fordern, um grobe Äquivalenzstörungen zu vermeiden.⁴⁵ Weiters gilt § 37 Abs 3 AngG nicht für Vorstandsmitglieder, sodass der Vertrag kumulativ die Unterlassung konkurrenzierenden Verhaltens und Schadenersatz (in Form einer Konventionalstrafe) vorsehen kann (vgl *F Schörghofer/Tinhofer* Rz 7/107 ff).

³⁹ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 84 AktG Rz 70.

⁴⁰ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 24 Rz 21,22.

⁴¹ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 24 Rz 30 ff; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/217; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 79 Rz 6 f; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 84 AktG Rz 79 ff.

⁴² *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 84 AktG Rz 81.

⁴³ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 407 ff.

⁴⁴ *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 2.2.4.10.

⁴⁵ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 407 ff.

Geschäftsführer unterliegen den Bestimmungen des § 36 AngG nur, wenn sie als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind.⁴⁶ 33

b) Unterschied im GmbH-Recht

Gemäß § 24 GmbHG darf ein Geschäftsführer weder Geschäfte im Geschäftszweig der von ihm vertretenen Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung machen, noch sich bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweiges als persönlich haftender Gesellschafter beteiligen oder eine Stelle im Vorstand oder Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleiden. Im Gegensatz zum AktG ist das Wettbewerbsverbot auf die Entfaltung von Tätigkeiten im gleichen Geschäftszweig beschränkt.⁴⁷ 34

3. Corporate Opportunities (Geschäftschancenlehre)

Nicht explizit im Wettbewerbsverbot des § 79 AktG angesprochen, aber in der Praxis ebenso wichtig ist die „Zwillingsschwester“ des Wettbewerbsverbots – die Geschäftschancenlehre.⁴⁸ Die Geschäftschancenlehre – auch „Corporate Opportunities-Doktrin“ genannt – kommt ursprünglich aus dem US-amerikanischen Recht⁴⁹ und ist auch in der österreichischen (wie auch der deutschen) Lehre und Rechtsprechung anerkannt.⁵⁰ Danach verletzt das Vorstandsmitglied seine Pflichten, wenn es ein Geschäft, das in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fällt und für diese vorteilhaft ist und mit konkreter Aussicht auf Geschäftserfolg von ihr abgeschlossen werden kann oder ihr aufgrund bestimmter Umstände bereits zugeordnet ist, nicht mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln herbeiführt, sondern für eigene Zwecke nutzt. Das Vorstandsmitglied darf Geschäftschancen nur dann selbst nutzen, wenn diese bereits vorher von der Gesellschaft erkannt und nicht genutzt worden sind.⁵¹ In der deutschen Lehre wird in diesem Zusammenhang auch die Ansicht vertreten, dass die Gesellschaft ein begründetes Interesse an der Nichtausnutzung der Geschäftschance durch ein Vorstandsmitglied haben kann (weil sie so verhindern will, dass sich die vom Anbieter angebotenen Bedingungen durchsetzen). Der Aufsichtsrat soll aber hier dennoch seine Einwilligung

⁴⁶ Weiterführend *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 2.2.4.10.

⁴⁷ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 24 Rz 19.

⁴⁸ *Kort*, Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG, ZIP 16/2008, 717 (719); *Fleischer*, NZG 2003, 985; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1054 ff.

⁴⁹ Vgl *Merk*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ Rz 905 ff mwN.

⁵⁰ *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 78f; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 17e; *Herzer/Strobl/Taufner* in *Hausmanninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012) Der Vorstand Rz 146; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/395 mwN; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 79 Rz 146; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/395 mwN; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 79 Rz 14; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 27 ff.

⁵¹ *Kort*, Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG, ZIP 16/2008, 717; Vgl BGHZ 1985, 1484, 1485 (Druckmittel Zylinderfall – Annahme einer vom Vorstand privat erlangten und auch für die Gesellschaft vorteilhaften Geschäftschance); NJÖW 1986, 584 f (Betriebsgrundstücksfall-vorteilhafte Geschäftschancen für die Gesellschaft); NJW 1989, 2687 f, Sägewerkfall – Ausnutzung von Corporate Opportunities. Instruktiv hier *Merk*, ZHR, 159 (1995) S 425 ff.

zur Ausübung der Geschäftschance durch das Vorstandsmitglied erteilen können.⁵² Auch im Kapitalmarktrecht finden sich zB durch das Verbot des Insiderhandels (vgl Rz 90 f) oder der Veröffentlichungspflichten des Emittenten (vgl Rz 94 f) Regelungen, deren Ziel es ist, unzulässige Verwertungen von Geschäftschancen zu vermeiden (vgl *Leonhartsberger/Schimka* Rz 10/118; *F Schörghofer/Tinhofer* Rz 7/65).

a) Vorliegen/Zuordnung einer Geschäftschance

aa) Konkrete Geschäftschancen

36 Klar ist, dass eine Geschäftschance dann vorliegt, wenn die Gesellschaft bereits durch in- und/oder externe Handlungen ihr Interesse entweder an einem konkreten Geschäft oder an Geschäften dieser Art bekundet hat. Wenn also ein Vorstandsmitglied von einem von dritter Seite herangetragenen Immobilieninvestmentprojekt, das für die Gesellschaft (etwa für eine Expansion) sinnvoll wäre, Kenntnis erlangt, dann handelt es sich um eine Geschäftschance, die der Gesellschaft zuzuordnen ist. Das Vorstandsmitglied hat alles Erforderliche zu tun, damit die Gesellschaft diese Geschäftschance wahrnehmen kann und darf sie nicht selbst wahrnehmen. Ein Kauf der Immobilie durch das Vorstandsmitglied kommt in einem derartigen Fall nur dann in Frage, wenn sich bei näherer Prüfung herausstellt, dass die Immobilie zB wegen einer von der Gesellschaft benötigten Widmung doch nicht für diese verwendet werden kann und auch der geforderte Preis kein solcher ist, mit dem die Gesellschaft durch An- und Verkauf einen Nutzen ziehen könnte. Auch wenn es sich dann genau genommen um keine Geschäftschance der Gesellschaft mehr handeln würde, sollte das Vorstandsmitglied aus Transparenzgründen und zur Vermeidung von (späteren) Vorwürfen den Aufsichtsrat um Zustimmung ersuchen.⁵³

37 In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist auch anerkannt, dass der Gesellschaft solche Geschäftschancen zustehen, die im sachlichen Zusammenhang mit ihren Tätigkeitsbereichen stehen. Darunter fallen alle Erwerbsangelegenheiten des bisherigen Tätigkeitsbereichs, aber auch Geschäftschancen in angrenzenden Tätigkeitsfeldern. Strittig ist allerdings, ob der tatsächlich wahrgenommene oder der satzungsmäßige Geschäftsbereich ausschlaggebend ist. Nach *Fleischer* ist vom tatsächlichen Tätigkeitsbereich auszugehen, da je nach Ausgestaltung der Satzungsklausel diese uU eine zu enge bzw zu weite Schutzfunktion hätte. Auch sind Geschäftschancen in einem angrenzenden Tätigkeitsfeld wohl der Gesellschaft zuzuordnen, wie dies beispielsweise bei der Beteiligung an Zulieferunternehmen oder Absatzmittlern der Fall ist.⁵⁴

38 Wird im obigen Beispiel (Rz 36) dem Vorstandsmitglied die Immobilie persönlich angeboten und gibt der Verkäufer klar zu verstehen, dass er die Immobilie, zB aufgrund einer freundschaftlichen Beziehung zum Vorstandsmitglied, nur an das Vorstandsmitglied aber nicht an die Gesellschaft verkaufen würde, liegt im Grunde keine konkrete Geschäftschance der Gesellschaft vor. Das Vorstandsmit-

⁵² *Hopt/Roth* in *Hopt/Wiedemann*, AktG (2015) § 88 Rz 190 ff; aA *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 236.

⁵³ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 27 ff.

⁵⁴ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 29 mwN.

glied sollte sich aber durch entsprechende Transparenz und Dokumentation davor absichern, dass ihm später vorgeworfen wird, doch eine Geschäftschance der Gesellschaft genützt zu haben.

Sollte ein Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer in die Selbstständigkeit wechseln und dafür sein im Rahmen seiner Tätigkeit als Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer erworbenes Wissen (ua Branchenerfahrungen) nützen, finden sich dort die Grenzen des Vorliegens einer konkreten Geschäftschance.⁵⁵ Wurde hingegen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot (siehe Rz 30 f) vereinbart, kann in Abhängigkeit der konkreten Ausgestaltung dieses nach Beendigung der Tätigkeit als Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer auch Geschäftschancen der Gesellschaft umfassen. 39

Wie konkret die Geschäftschance bzw wie hoch die Wahrscheinlichkeit sein muss, damit die Gesellschaft diese realistischerweise wahrnehmen wird und ob unter Umständen nicht auch ein Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot vorliegt, ist jeweils am konkreten Einzelfall zu beurteilen. Eignet sich das Vorstandsmitglied die konkrete Geschäftschance an und ist es gleichzeitig Gesellschafter der Aktiengesellschaft (oder ist die Person, die sich die Geschäftschance aneignet im Sinne der Anwendung des §§ 52 AktG und 82 Abs 2 GmbHG wie ein Gesellschafter zu behandeln, zB ein naher Angehöriger oder Ehepartner) kann die Ausnützung einer Geschäftschance zum Vorteil des Vorstandsmitglieds und Gesellschafters auch den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllen.⁵⁶ Schließlich umfasst das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht nur aktive Vermögensverminderungen, sondern auch das Verhindern einer Vermögensvermehrung.⁵⁷ 40

b) Bemühungspflicht des Vorstands

Ein pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsleiters (Vorstandsmitglied/Geschäftsführer) liegt aufgrund der gesetzlich statuierten Verpflichtung gemäß §§ 1002 ff ABGB „das Geschäft emsig und redlich zu besorgen“ dann vor, wenn er ein aussichtsreiches/ertragreiches Geschäft für die Gesellschaft nicht abschließt bzw sich nicht um einen Abschluss bemüht. Die Bemühungspflicht des Vorstands umfasst nicht nur das bloße Anbieten der Geschäftschance, sondern hat auch die Bemühung um entsprechende Finanzierungen wie zB Kreditaufnahmen, Kapitalerhöhungen, gesellschaftsrechtliche Umgründungen oder auch die Suche nach Investoren zu beinhalten.⁵⁸ Da bereits das Unterlassen des Abschlusses eines konkreten Geschäftes für die Gesellschaft ohne nachfolgende Ausnützung der Geschäftschance zum eigenen Vorteil eine Pflichtwidrigkeit bedingt, ist in der Verwertung einer Geschäftschance (der Gesellschaft) zum eigenen Vorteil des Or- 41

⁵⁵ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 40.

⁵⁶ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 232; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 AktG Rz 31; *Bauer/Zehntner* in *Straube*, GmbHG § 82 Rz 82; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 18.

⁵⁷ Vgl *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich in Gesellschafts- und Steuerrecht in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr, Beiträge zum 2. Wiener Unternehmensrechtstag 2013 (2014) 33 ff.

⁵⁸ *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (2014) § 88 Rz 62 ff.

ganwalters erst recht eine Verletzung dessen organschaftlicher Pflichten zu erblicken.⁵⁹

- 42 Sollte die Gesellschaft die Geschäftschance trotz hinlänglicher Bemühungen des Vorstandsmitglieds beispielsweise aufgrund von Liquiditätsengpässen nicht annehmen können, kann der Vorstand die Chance selbst wahrnehmen. Auch wenn das Vorstandsmitglied der Meinung ist, dass die Gesellschaft die konkrete Geschäftschance nicht aufgreifen kann, ist es uE gut beraten, diesen Umstand dem Aufsichtsrat offen zu legen, die gesamte Transaktion entsprechend zu dokumentieren und die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen (vgl Rz 43 f).

c) Einwilligung des Aufsichtsrats

- 43 Im Zusammenhang mit der Geschäftschancenlehre stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied analog zur Regelung in § 79 Abs 1 AktG vom Wettbewerbsverbot ganz oder teilweise befreien kann, dh ob diese Befreiungsmöglichkeit auch in Bezug auf das Verbot der Ausnützung von Geschäftschancen der Gesellschaft zum eigenen Vorteil Anwendung findet.
- 44 Für den Aufsichtsrat ist bei einer derartigen Befreiung bzw Einwilligung Vorsicht geboten.⁶⁰ Einerseits ist der Aufsichtsrat bei der Befreiung vom Wettbewerbsverbot gemäß § 79 Abs 1 AktG der für ihn selbst zur Anwendung gelangenden Pflichtenbindung gegenüber der Gesellschaft unterworfen, die eine (teilweise oder gänzliche) Entbindung des Vorstandsmitgliedes vom Wettbewerbsverbot nur dann ermöglicht, wenn daraus kein Schaden für die Gesellschaft droht (weil die oberste Handlungsmaxime auch für den Aufsichtsrat stets das Unternehmenswohl ist⁶¹ und die Entscheidung nicht zuletzt auch den Anforderungen der Business Judgement Rule genügen muss). Diese kommt insbesondere deswegen in Betracht, weil es sich um eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats handelt. Insofern muss der Aufsichtsrat auf der Grundlage angemessener Information handeln, darf selbst keinem Interessenkonflikt unterliegen und muss immer das Wohl der Gesellschaft als Grundlage seiner Entscheidungsfindung heranziehen.⁶² Die vom Aufsichtsrat zu beschaffende „angemessene Informationsgrundlage“ muss ergeben, dass in der Beurteilung der konkurrenzierenden Tätigkeit des Vorstandsmitglieds bzw in der Ausnützung der Geschäftschance der Gesellschaft durch das Vorstandsmitglied kein Schaden droht.⁶³

⁵⁹ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 233 mit dem Hinweis, dass die Verpflichtung des Machtgebers zur Verschaffung des größtmöglichen Nutzens zu Gunsten des Machthabers auch der OGH in dessen strafrechtlicher Judikatur zu § 153 StGB (vgl OGH 1.3.2011, 14 Os 80/10 m, OGH 11.3.1999, 15 Os 2011/98) bejaht hat, wobei für die Verwirklichung des Straftatbestandes der Untreue durch Unterlassung auch die Kriterien des § 2 StGB erfüllt sein müssen.

⁶⁰ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 236.

⁶¹ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 221 mwN.

⁶² § 84 Abs 1a AktG.

⁶³ Vgl *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 79 Rz 5; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz II⁵ § 84 Rz 78; *Kort* in GroßKomm Aktiengesetz IV/1⁵ § 88 Rz 55ff; *Spindler* im MünchKomm Aktiengesetz II⁴ § 88 Rz 25ff; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz I³ § 88 Rz 9f; *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG³ § 88 Rz 16ff; *Fleischer* in Spindler/Stilz, Aktiengesetz I² § 88 Rz 26ff.

Damit der Vorstand die Geschäftschance nutzen kann, ist zweifelsfrei eine Einwilligung des Aufsichtsrats notwendig. Dies setzt naturgemäß voraus, dass der Vorstand dem Aufsichtsrat gegenüber alle Umstände aufzeigt, die dazu führen können, dass der Aufsichtsrat seine Einwilligung nicht erteilt.⁶⁴ Eine Einwilligung kann vom Aufsichtsrat nur dann erteilt werden, wenn die Gesellschaft die Geschäftschance auf keinen Fall selbst wahrnehmen will und die Ausnützung der Geschäftschance durch das Vorstandsmitglied zu keiner Schädigung der Gesellschaft führt.⁶⁵ Handelt es sich daher um Sachverhalte, in denen ein die Ausnützung der Geschäftschance ablehnender Gesellschaftsbeschluss ergangen ist, zur Ausnützung der Geschäftschance keine finanziellen Mittel in der Gesellschaft vorhanden sind (vgl Rz 41) oder die Geschäftsführung klar und nachvollziehbar darlegt, warum diese konkrete Geschäftschance keine Vorteile für die Gesellschaft bringt oder sie diese nicht nützen kann, wird uE eine Zustimmung durch den Aufsichtsrat erfolgen können (die Schranke des Wettbewerbsverbots gemäß § 79 Abs 1 AktG ist aber bei derartigen Konstellation weiterhin zu beachten, wobei hier ein strenger Maßstab anzusetzen ist).

G. Schima vertritt in diesem Zusammenhang, dass der Aufsichtsrat keine Zustimmung zur Ausnützung einer Geschäftschance erteilen darf, weil dies eine Schädigung der Gesellschaft zur Folge hätte.⁶⁶ Diesem Ansatz ist uE dann zuzustimmen, wenn es sich um eine konkrete Geschäftschance handelt, die von der Gesellschaft auch wahrgenommen werden kann (und aus unternehmerischer Sicht auch wahrgenommen werden sollte). Handelt es sich hingegen um Sachverhalte, wie oben unter Rz 45 beschrieben, kann uE eine Zustimmung durch den Aufsichtsrat erfolgen (wobei auch hier die Schranke des Wettbewerbsverbots gemäß § 79 Abs 1 AktG zu beachten ist).

Wenn sich die Zustimmung des Aufsichtsrats betreffend die konkrete Geschäftschance auf unzutreffende oder mangelhafte Informationen durch den Vorstand gründet, handelt das Vorstandsmitglied (vorsätzlich) pflichtwidrig und wird dadurch schadenersatzpflichtig. Vice versa gilt dies auch für den Aufsichtsrat, der sich aufgrund nicht ausreichender Informationen zu einer derartigen Zustimmung hinreißen lässt und damit wiederum seine Prüfungspflicht verletzt.⁶⁷

Ein anderer Teil der Lehre⁶⁸ geht davon aus, dass auch bei Unmöglichkeit der Gesellschaft, die Geschäftschance selbst zu nutzen, der Vorstand erst dann berechtigt ist, die Geschäftschance selbst wahrzunehmen, wenn beispielsweise aufgrund eines bestehenden Exportverbots, also aufgrund objektiven Kriterien, feststeht, dass die Gesellschaft die Geschäftschance überhaupt nicht wahrnehmen darf. Diese Ansicht ist uE zu strikt: Auf Grundlage der oben unter Rz 45 f aufgezeigten Kriterien kann die Problematik „Ausnutzung von Geschäftschancen“ angemessen gelöst werden.

⁶⁴ *Hopt/Roth* in *Hopt/Wiedemann*, AktG (2015) § 93 Rz 250 ff.

⁶⁵ *Hopt/Roth* in *Hopt/Wiedemann*, AktG (2015) § 88 Rz 190 ff.

⁶⁶ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 236.

⁶⁷ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 236.

⁶⁸ *Spindler* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (2014) § 88 Rz 62 ff; *Hopt/Roth* in *Hopt/Wiedemann*, AktG (2015) § 88 Rz 190 ff.

4. Vorstandsvergütung

- 49 Bei der Vorstandsvergütung können neben dem klassischen Interessenkonflikt zweier gegenüberstehender Vertragsparteien⁶⁹ insbesondere bei der Frage der erfolgsabhängigen Vergütung Interessenkonflikte auftreten. Für das Vorstandsmitglied kann sich bei jeder Form der erfolgsabhängigen Entlohnung ein Interessenkonflikt ergeben, wenn die Erreichung der Erfolgsparameter, die zur Zahlung des erfolgsabhängigen Teils der Entlohnung führen, nicht (zur Gänze) deckungsgleich mit dem Unternehmenswohl ist. Gemäß § 78 AktG ist grundsätzlich der Aufsichtsrat für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung zuständig. Er hat Sorge dafür zu tragen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung gesetzt werden.
- 50 Interessenkonflikte iZm der Vorstandsvergütung treten vor allem dann auf, wenn die Erfolgsparameter derart festgelegt sind, dass sie nur den kurzfristigen Erfolg honorieren und nicht auf die Nachhaltigkeit des Unternehmenserfolgs abstellen. Hier können Eigeninteressen des Vorstandsmitglieds hinsichtlich der Erreichung dieser kurzfristigen Parameter im Vordergrund stehen und das Unternehmenswohl in den Hintergrund treten. Kurzfristig bemessene Zielvorgaben können dazu führen, dass die Risikobereitschaft des Vorstandsmitglieds steigt und die aus Misserfolgen resultierenden Konsequenzen letztendlich die Aktionäre treffen. Daher ist es durchaus sinnvoll die Unternehmensziele mit der Vergütung des Vorstandsmitglieds zu verknüpfen und dadurch Anreize zu schaffen, die das Vorstandsmitglied dazu bewegen, im Interesse der Aktionäre zu handeln.
- 51 Zum Themenkomplex der Vorstandsvergütung siehe ausführlich *Kalss* Rz 9/35 ff.

5. Mandatsbeschränkungen im Konzern

- 52 Wer bereits Vorstandsmitglied oder Dienstnehmer in einer Gesellschaft ist, kann nicht zugleich Aufsichtsratsmitglied dieser Gesellschaft sein (§ 90 AktG).
- 53 Ein Vorstandsmitglied oder Dienstnehmer eines Tochterunternehmens, kann auch nicht Aufsichtsratsmitglied in dessen Muttergesellschaft sein (sogenannte Mandatsbestellung gegen das Organisationsgefälle, §§ 86 Abs 2 Z 2, 90 AktG). Damit soll vermieden werden, dass sich der Vorstand bzw Geschäftsführer des Tochterunternehmens aufgrund seines Aufsichtsratsmandates in der Muttergesellschaft selbst überwacht.⁷⁰ Die Einrichtung eines Doppelmandatsverbundes ist hingegen zulässig: Vorstandsmitglieder der Muttergesellschaft können jeweils in der Geschäftsführung bzw im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft tätig sein (*Frotz/Schörghofer* Rz 3/11 ff).⁷¹

⁶⁹ *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 24 ff.

⁷⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 4; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/460.

⁷¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 6; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30 e Rz 8; *Reich-Rohrwig* I² Rz 4/63, *Rauter* in *Straube*, GmbHG § 30 e Rz 10, 13.

a) Überkreuzverflechtungen

Zum Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft (A) darf nicht bestellt werden, wer bereits Vorstandsmitglied in einer anderen Gesellschaft (B) ist, wenn ein Aufsichtsrat der Gesellschaft (B) bereits Vorstandsmitglied in der Gesellschaft (A) ist (sogenannte Verbot der Überkreuzverflechtung § 86 Abs 3 Z 3 AktG).⁷² 54

Von dem Verbot der Überkreuzverflechtung gibt es zwei Ausnahmen: Erstens, wenn die Gesellschaften (A) und (B) konzernmäßig miteinander verbunden sind, wobei der Konzernabschluss des obersten Mutterunternehmens ausschlaggebend ist, allerdings noch nicht von einem Mutter-Tochter-Verhältnis iS von § 244 UGB auszugehen ist. Zweitens, wenn eine Gesellschaft an der anderen unternehmerisch beteiligt ist, wovon gemäß der Legaldefinition in § 189a Z 2 UGB ab einer Beteiligungshöhe von 20% auszugehen ist.⁷³ 55

*Kalss*⁷⁴ begründet in diesem Zusammenhang zutreffend die Zulässigkeit der Überkreuzverflechtung mit dem auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Interesse der verbundenen bzw beteiligten Gesellschaften an einer effizienten Überwachung. 56

Im Ergebnis ist eine Überkreuzverflechtung in Konzernen und bei Unternehmen zulässig, die mindestens zu 20% und maximal zu 50% aneinander beteiligt sind. In allen anderen Fällen ist sie verboten.⁷⁵ 57

Hingegen ist die Ausübung von Vorstands- und Aufsichtsratsfunktionen in verschiedenen Gesellschaften – die weder konzernmäßig verbunden noch unternehmerisch beteiligt sind – grundsätzlich zulässig.⁷⁶ 58

⁷² Das GmbHG enthält – wie das AktG – ein Verbot der Überkreuzverflechtung (§ 30a Abs 2 Z 3 GmbHG). Allerdings ist dieses Verbot – wie auch im AktG – insoweit eingeschränkt, als dieses nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Gesellschaften miteinander konzernmäßig verbunden sind oder eine Gesellschaft an der anderen im Sinne des § 189a Z 2 UGB unternehmerisch beteiligt ist, wovon bei Legaldefinition einer Beteiligung ab 20% auszugehen ist (*Rauter* in Straube, GmbHG § 30 a Rz 62). Dh Überkreuzverflechtungen sind dann zulässig, wenn die Gesellschaften wechselseitig unternehmerische Beteiligungen halten bzw konzernmäßig verbunden sind, ohne die Voraussetzungen für ein Mutter-Tochter-Verhältnis zu erfüllen (*Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*², Handbuch für den Aufsichtsrat § 2 Rz 56 mwN, aA *Rüffler*, Zwei Ungereimtheiten des GesRÄG 2005, wbl 2006, 14).

⁷³ *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*², Handbuch für den Aufsichtsrat § 2 Rz 56 mwN.

⁷⁴ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 86 Rz 72 mit Verweis auf *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/466 mwN; aA *Rüffler*, Zwei Ungereimtheiten des GesRÄG 2005, wbl 2006, 14.

⁷⁵ *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*², Handbuch für den Aufsichtsrat § 2 Rz 56 mwN.

⁷⁶ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 90 AktG Rz 2; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 90 Rz 6.

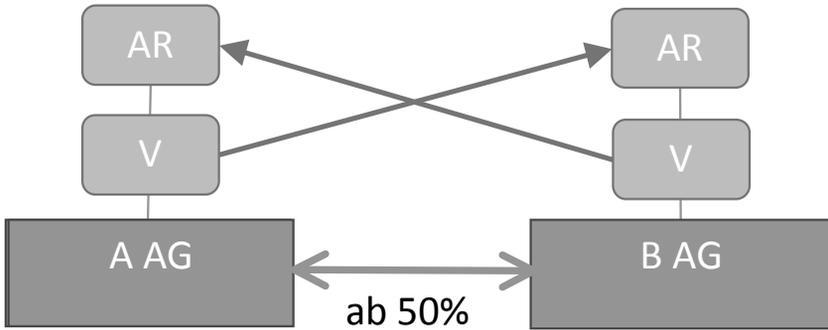
59 **Verbot der Überkreuzverflechtung:**

Abb. 1: Vorstandsmitglied der A AG ist zugleich Aufsichtsratsmitglied der B AG
Aufsichtsratsmitglied der A AG ist zugleich Vorstandsmitglied der B AG

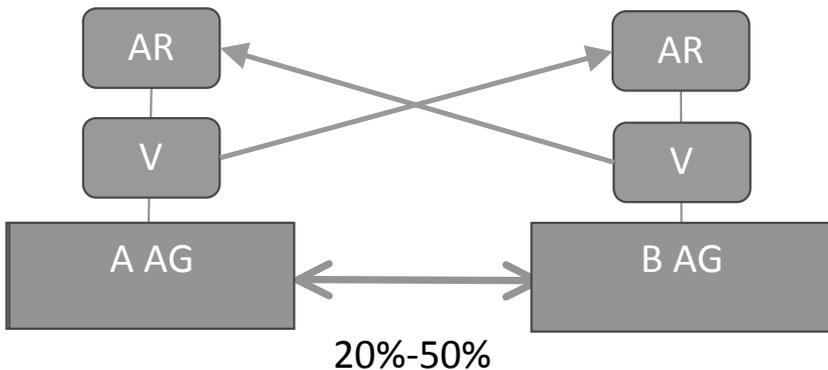
60 **Zulässige Überkreuzverflechtung:**

Abb. 2: Vorstandsmitglied der A AG ist zugleich Aufsichtsratsmitglied der B AG
Aufsichtsratsmitglied der A AG ist zugleich Vorstandsmitglied der B AG

- 61 Das GmbHG enthält – wie das AktG – ein Verbot der Überkreuzverflechtung (§ 30a Abs 2 Z 3 GmbHG). Allerdings ist dieses Verbot – wie auch im AktG – insoweit eingeschränkt, als dieses nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Gesellschaften miteinander konzernmäßig verbunden sind oder eine Gesellschaft an der anderen im Sinne des § 189a Z2 UGB unternehmerisch beteiligt ist, wovon bei Legaldefinition einer Beteiligung ab 20 % auszugehen ist. Dh Überkreuzverflechtungen sind dann zulässig, wenn die Gesellschaften wechselseitig unternehmerische Beteiligungen halten bzw konzernmäßig verbunden sind, ohne die Voraussetzungen für ein Mutter-Tochter-Verhältnis zu erfüllen.⁷⁷

⁷⁷ Kalss/Schimka in Kalss/Kunz², Handbuch für den Aufsichtsrat § 2 Rz 56 mwN, aA Ruffler, Zwei Ungereimtheiten des GesRÄG 2005, wbl 2006, 14. Rauter in Straube, GmbHG § 30a Rz 62.

6. Weitere Mandatsbeschränkungen

a) Börsennotierte Unternehmen

Gemäß § 86 Abs 4 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied einer börsennotierten Gesellschaft nicht sein, wer ua in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft war, es sei denn, seine Wahl erfolgt auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Dem Aufsichtsrat darf jedoch nicht mehr als ein ehemaliges Vorstandsmitglied angehören, für das die zweijährige Frist noch nicht abgelaufen ist. 62

b) Kreditinstitute

Gemäß § 5 Abs 1 Z 9a BWG haben die Geschäftsleiter ausreichend Zeit für die Erfüllung ihrer Aufgaben im Kreditinstitut aufzuwenden. Dieser allgemeine Grundsatz wäre bereits aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht ableitbar, wurde aber zusätzlich im BWG verankert.⁷⁸ Der Geschäftsleiter hat im Falle der Ausübung mehrerer Tätigkeiten in geschäftsführender Funktion oder als Mitglied eines Aufsichtsrates⁷⁹ die Umstände im Einzelfall und die Art, den Umfang und die Komplexität der Geschäfte des Kreditinstitutes zu berücksichtigen (*Schmidbauer Rz 36/27 ff.*)⁸⁰ 63

Darüber hinaus unterliegen Geschäftsleiter von Kreditinstituten, die von erheblicher Bedeutung sind, einer konkreten numerischen Mandatsgrenze und dürfen insgesamt nur eine Tätigkeit in geschäftsführender Funktion (als „Geschäftsleiter“ in einem Kreditinstitut oder außerhalb der Finanzbranche)⁸¹ sowie zusätzlich zwei Tätigkeiten als Mitglied eines Aufsichtsrates (Tätigkeit als Aufsichtsrat in einem Kreditinstitut und außerhalb der Finanzbranche)⁸² wahrnehmen. Ein Kreditinstitut ist gemäß § 5 Abs 4 BWG (i) von erheblicher Bedeutung, wenn die Bilanzsumme im Durchschnitt zu den jeweiligen Stichtagen der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre 5 Milliarden Euro erreicht oder überschritten hat oder (ii) von der Beschreibung in § 5 Abs 4 BWG erfasst ist, wo Kreditinstitute, die jedenfalls von erheblicher Bedeutung sind, beschrieben werden.⁸³ 64

Die Vorgaben betreffend die Mandatsbeschränkungen werden durch die Bestimmung des § 28a BWG ergänzt: Gemäß § 28a Abs 1 BWG dürfen Geschäfts- 65

⁷⁸ *Siegl* in Dellinger, Bankwesengesetz (2016) § 5 Rz 85a.

⁷⁹ Auch Aufsichtsräte haben ausreichend Zeit für die Erfüllung ihrer Aufgaben im Kreditinstitut aufzuwenden (*Seeber* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 36 Rz 30 ff).

⁸⁰ *Siegl* in Dellinger, Bankwesengesetz (2016) § 5 Rz 85b f.

⁸¹ *Siegl* in Dellinger, Bankwesengesetz (2016) § 5 Rz 85c.

⁸² *Siegl* in Dellinger, Bankwesengesetz (2016) § 5 Rz 85d.

⁸³ Solche (per Definition bedeutende Kreditinstitute) sind Kreditinstitute, die (i) gemäß Art. 6 Abs 4 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 nicht als weniger bedeutend gelten, beziehungsweise im Falle einer bedeutenden beaufsichtigten Gruppe gemäß Art. 2 Nr. 22 der Verordnung (EU) Nr. 468/2014 nur das gemäß Teil 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 konsolidierende Kreditinstitut, oder (ii) Kreditinstitute, die durch die FMA gemäß § 23b als Globales Systemrelevantes Institut oder gemäß § 23c als Systemrelevantes Institut eingestuft werden (vgl *Seeber* in Kalss/Kunz Handbuch für den Aufsichtsrat² § 36 Rz 34 mit Verweis auch *Wachter*, Der Aufsichtsrat von Kreditinstituten nach der Umsetzung der CRD IV-Richtlinie in Österreich, ÖBA 2015, 96).

leiter frühestens nach Ablauf einer Periode von zwei Jahren eine Tätigkeit als Vorsitzender des Aufsichtsrates innerhalb desselben Unternehmens aufnehmen.⁸⁴ Mit dieser Vorgabe wird der – vom Gesetzgeber offenbar kritisch gesehene – Interessenkonflikt zwischen Geschäftsleitung und Kontrollorgan für eine definierte Zeitspanne vermieden. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Interessenkonflikt durch Zeitablauf entschärft wird. Eine Missachtung dieser Bestimmung führt dazu, dass der zum Vorsitzenden des Aufsichtsrates gewählte Geschäftsleiter als „nicht zum Vorsitzenden gewählt“ gilt.⁸⁵ Der Gesetzgeber normiert, dass diese Rechtsfolge jedenfalls automatisch eintritt. In § 28a Abs 4 BWG wird eine Verständigungspflicht gegenüber der FMA normiert, sobald eine Änderung in der Person des Vorsitzenden des Aufsichtsrates eintritt. Die FMA kontrolliert, ob der Aufsichtsratsvorsitzende die in § 28a Abs 3 BWG genannten Voraussetzungen erfüllt (Fit & Proper ist). Dies wird dadurch umgesetzt, dass die FMA den Widerruf der Wahl zum Vorsitzenden bei Gericht beantragen muss, wenn sie erkennt, dass der Vorsitzende nicht Fit & Proper ist. In diesem Fall ruht die Position des Vorsitzenden bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichtes.⁸⁶

- 66 Wie den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu § 28a BWG zu entnehmen ist, sollten mit Einführung der zweijährigen „Cooling-off period“ potentielle Interessenkonflikte vermieden werden und die Regelung offenbar an die bisherigen Anforderungen des österreichischen Corporate Governance-Kodex angepasst werden.⁸⁷ In der Lehre⁸⁸ wird diese Bestimmung teils kritisiert, da sie sich (lediglich) auf den Aufsichtsratsvorsitzenden bezieht. In diesem Zusammenhang verweist *Chini* darauf, dass diese Norm durch die Funktion eines Aufsichtsratsmitgliedes oder aber auch des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden im Ergebnis umgangen werden könnte.⁸⁹

c) Österreichische Corporate Governance Kodex

- 67 Der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK) sieht in der C-Regel 26 vor, dass Vorstandsmitglieder insgesamt nicht mehr als 4 Aufsichtsratsmandate (der Vorsitz zählt doppelt) in konzernexternen AG (bei GmbH siehe dazu Rz 61) ausüben dürfen. Unternehmen, die in den Konzernabschluss einbezogen werden oder an denen eine unternehmerische Beteiligung besteht, gelten nicht als konzernexterne AG (Rz 55).

7. Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Vorstand/Geschäftsführer

- 68 Grundsätzlich liegt das Vertretungsmonopol der Gesellschaft beim Vorstand. Dieser Grundsatz wird jedoch zugunsten des Aufsichtsrats gemäß § 97 AktG – der ein Vertretungsrecht für den Aufsichtsrat statuiert – ua für die Vornahme von

⁸⁴ *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 3 Rz 51.

⁸⁵ *Dellinger/Schmatzberger* in *Dellinger*, Bankwesengesetz (2016) § 28a Rz 11.

⁸⁶ *Seeber* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 36 Rz 81.

⁸⁷ EB zu BGBl I 2007/108.

⁸⁸ *Chini* in *Chini/Oppitz*, BWG – Bankwesengesetz – Kommentar (2011) § 28a; Rz 1.

⁸⁹ *Chini* in *Chini/Oppitz*, BWG – Bankwesengesetz – Kommentar (2011) § 28a; Rz 1.

Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern durchbrochen.⁹⁰ Nach herrschender Lehre werden davon alle Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern erfasst (zB insbesondere der Abschluss und die Ausgestaltung von Vorstands-Anstellungsverträgen). Durch die Einräumung eines Vertretungsrechts des Aufsichtsrats sollen allfällige Interessenkonflikte bei Geschäften mit einem Vorstandsmitglied vermieden werden. Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, von seiner eingeräumten Vertretungsbefugnis nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch zu machen.⁹¹ § 97 AktG ist zwingend, allerdings nicht abschließend, weil dem Aufsichtsrat in diversen Bestimmungen⁹² weitere Vertretungsbefugnisse eingeräumt werden.

Nach der Rechtsprechung und hM wird dem Aufsichtsrat kein ausschließliches **Vertretungsrecht** für den Abschluss von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern eingeräumt, vielmehr tritt dieses Vertretungsrecht neben das generelle Vertretungsrecht des Vorstands. Ein weiterer Teil der Lehre leitet aus § 97 AktG eine ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats ab (dh dem Vorstand soll in den in § 97 AktG vorgesehenen Fällen keine Vertretungsbefugnis zukommen.)⁹³ Um derartige Interessenkonflikte bereits im Vorfeld zu vermeiden, empfiehlt es sich unseres Erachtens aus Gründen der guten Corporate Governance, in der Vorstands- und Aufsichtsratsgeschäftsordnung die ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats für Insichgeschäfte des Vorstands vorzusehen. **69**

In diesem Zusammenhang scheint eine Einschränkung der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats aus Praktikabilitätsgründen dahingehend angebracht, dass davon jene Rechtsgeschäfte ausgenommen werden, die keinen Nachteil für das Unternehmen nach sich ziehen können, zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zählen und zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen werden.⁹⁴ **70**

Für Fälle des **Selbstkontrahierens** (das Vorstandsmitglied wird für die Gesellschaft und sich selbst tätig) gilt Folgendes: Eine explizite Regelung im AktG in Bezug auf ein „Verbot von Insichgeschäften“ gibt es nicht. Eine Genehmigung von Insichgeschäften kann durch den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung sowohl im Vorhinein als auch im Nachhinein erfolgen. Das Insichgeschäft kann auch ohne Genehmigung durch den Aufsichtsrat zustande kommen, wenn dieses Rechtsgeschäft durch die übrigen, nicht betroffenen Vorstandsmitgliedern abge- **71**

⁹⁰ Gemäß § 97 AktG wird dem Aufsichtsrat auch hinsichtlich der Führung der von der Hauptversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder und bei Einbringung von Klagen und Führung der daraus entstehenden Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder, ein Vertretungsrecht eingeräumt.

⁹¹ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II³ § 97 AktG Rz 65; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 97 Rz 3 ff.

⁹² Wie zB §§ 75, 78, 79, 197 oder auch 205 AktG.

⁹³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 97 Rz 8 mwN.

⁹⁴ *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/383; vergleichbar auch die L-Regel 24 des ÖCGK, welche besagt, dass alle Geschäfte zwischen der Gesellschaft bzw Konzernunternehmen und Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahestehenden Personen oder Unternehmen den branchenüblichen Standards entsprechen müssen. Solche Rechtsgeschäfte und deren Konditionen müssen im Voraus durch den Aufsichtsrat genehmigt werden, ausgenommen Geschäfte des täglichen Lebens.

geschlossen wird (vgl. wird auf Fallbeispiel 1 Rz 193 f).⁹⁵ Das betroffene Vorstandsmitglied ist bei einer allfälligen Beschlussfassung über den Abschluss des Rechtsgeschäfts uE nicht stimmberechtigt.⁹⁶

72 Bei **Doppelvertretungen** (also in Fällen, in denen der Vorstand in derselben Sache zugleich einen Dritten vertritt) ist eine Gefährdung der Interessen der Gesellschaft evident. Hier verdrängt der Aufsichtsrat nicht den Vorstand in seiner Vertretung.⁹⁷ Sollten die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt sein, handelt das Vorstandsmitglied rechtswidrig.⁹⁸ Das Rechtsgeschäft kommt nur dann rechtswirksam zustande, wenn eine Genehmigung – sei es vor oder nach Abschluss des Rechtsgeschäfts – erteilt wurde. Diese Genehmigung kann von der Hauptversammlung, vom Aufsichtsrat oder einem nicht beteiligten Vorstandsmitglied erteilt werden. Aufgrund einer derartigen Genehmigung kann das betroffene Vorstandsmitglied das Rechtsgeschäft trotz Vorliegens einer Doppelvertretung im Rahmen seiner Vertretungsmacht abschließen. Gegenüber einem Dritten ist das Rechtsgeschäft gültig, außer dieser hat sittenwidrig am Abschluss des Rechtsgeschäfts mitgewirkt.⁹⁹

72a Eine Genehmigung durch die übrigen Vorstandsmitglieder (bzw. den Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung) ist auch dann einzuholen, wenn der Abschluss des Rechtsgeschäftes zumindest wirtschaftlich einem solchen mit einem Vorstandsmitglied gleichkommt.

Für die GmbH ist bereits anerkannt, dass Interessenkonflikte beim Abschluss von Insihgeschäften auch aufgrund von unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligungen des Geschäftsführers an dem potentiellen Vertragspartner entstehen können (vgl. Rz 87a).¹⁰⁰ Unseres Erachtens ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum die für die GmbH entwickelten Grundsätze zur Hintanhaltung von Interessenkonflikten aufgrund einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung eines Vorstandsmitgliedes an einem potentiellen Vertragspartner nicht auch für die AG gelten sollen.¹⁰¹ Soweit ersichtlich wird diese Frage in Bezug auf den Vorstand (und auch die Frage in Bezug auf Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit nahen Angehörigen der Vorstandsmitglieder) in der Literatur zum Aktienrecht nur vereinzelt behandelt. Nach *Briem* und *Kalss* empfiehlt es sich im Sinne einer wirksamen Corporate Governance sämtliche Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern einschließlich deren nahen Angehörigen im Sinne § 25 BAO und verbunde-

⁹⁵ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ II § 74 AktG Rz 10 ff.

⁹⁶ Zur gleich gelagerten Problematik im Aufsichtsrat vgl. *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 126.

⁹⁷ *G. Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand, JBl 2012, 482; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 71–74 Rz 10.

⁹⁸ OGH 11.09.1990, 5 Ob 70/90.

⁹⁹ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 74 AktG Rz 10 ff.; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 97 Rz 15.

¹⁰⁰ OGH 12.04.2000, 4 Ob 71/00 w mit Verweis auf *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar⁴ § 1009 Rz 14 ff.

¹⁰¹ Ebenfalls in diese Richtung argumentierend *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insihgeschäften“, *ecollex* 2009, 920. Unseres Erachtens lässt sich auch aus den den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen des ABGB zum Umgang mit Interessenkonflikten anzuwenden, wonach Insihgeschäfte unzulässig sind, soweit die Gefahr einer Interessenkollision besteht.

nen Unternehmen im Sinne des § 189a Z 8 UGB dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates zu unterwerfen.¹⁰²

8. Regelungen zu Interessenswahrungspflicht im Vorstands-Anstellungsvertrag

Grundsätzlich gehört es zu einer guten Corporate Governance eines Unternehmens, das Vorstandsmitglieder die AG nicht bei Geschäften mit (wenn auch) anderen Vorstandsmitgliedern vertreten.¹⁰³ Im Anstellungsvertrag kann der Aufsichtsrat klarstellen, dass es dem Vorstandsmitglied ausdrücklich untersagt wird, an der Vertretung der Gesellschaft bei Abschluss von Geschäften mit Vorstandsmitgliedern mitzuwirken (und zwar auch für Fälle, in denen das Geschäft ein Wirtschaftsgut betrifft, das einen festen Börsen- bzw. Marktpreis hat und damit das Geschäft an sich einem Fremdvergleich standhält). Zutreffend führt *G. Schima* hierzu aus, dass es bei der Beurteilung der Sinnhaftigkeit der Geschäfte nicht darum geht, ob nur der Preis angemessen ist, sondern vielmehr darum, ob das Geschäft per se Sinn macht und für die Gesellschaft empfehlenswert ist.¹⁰⁴ Um jeglichen Anschein von Interessenkonflikten von vornherein zu vermeiden, sollte daher von Seiten der Aktiengesellschaft keinesfalls jenes Vorstandsmitglied mitwirken, welches gleichzeitig selbst als Verkäufer auftritt. Eine weitere wichtige Fallgruppe, die geradezu einen Idealtypus eines Interessenkonflikts darstellen, begründen Fälle, in denen das Vorstandsmitglied ein Naheverhältnis zum Vertragspartner der Aktiengesellschaft hat. Fälle hierzu kommen häufig im familiären Umkreis vor, zB die Beauftragung eines Marketingunternehmens, an dem die Schwester, die Lebensgefährtin die Ehepartnerin oder die Nichte des Vorstandsmitglieds als Gesellschafter direkt oder indirekt beteiligt ist.¹⁰⁵ Es bietet sich an, für derartige Konstellationen bereits im Anstellungsvertrag eine Genehmigungspflicht durch den Aufsichtsrat vorzusehen.¹⁰⁶

Die Aufnahme einer derartigen Genehmigungspflicht im Anstellungsvertrag entspricht auch den im ÖCGK enthaltenen Regeln zum Thema Interessenkonflikte. Hier sieht die L-Regel 24 zu den Geschäften mit Angehörigen folgendes vor: *„Alle Geschäfte zwischen der Gesellschaft bzw Konzernunternehmen und Vorstandsmitgliedern so wie ihnen nahestehenden Personen oder Unternehmen müssen den branchenüblichen Standards entsprechen. Derartige Geschäfte und deren Konditionen müssen im Voraus durch den Aufsichtsrat genehmigt werden, ausgenommen*

¹⁰² *Briem* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² § 12 Rz 39; *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² § 13 Rz 40.

¹⁰³ Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ 109ff, Mustervertragsklausel. IX. Abs 5 (S 202); *G. Schima*, Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, *ecolex* 2006, 455; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 226, *Strasser* in Jabornegg/Strasser AktG⁵ §§ 77-84 Rz 83.

¹⁰⁴ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 226; *G. Schima*, *ecolex* 2006, 455.

¹⁰⁵ *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 227.

¹⁰⁶ ZB wenn das dem familiären Naheverhältnis zuzurechnenden (direkt oder indirekt) Marketingunternehmen klarer Bestbieter war, wird die Argumentation für eine Pflichtverletzung durch das Vorstandsmitglied – ohne einer im Anstellungsvertrag statuierten Genehmigungspflicht – in einem solchen Fall schwer zu führen sein (vgl *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 76; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ 110.

Geschäfte des täglichen Lebens.“ Börsennotierte wie auch uE nicht börsennotierte Unternehmen sollten demnach keine Zweifel an der Interessenswahrung zugunsten der Gesellschaft aufkommen lassen und hier eine Genehmigungspflicht durch den Aufsichtsrat vorsehen. Diese Genehmigungspflicht bzw weitere Regelungen für den Umgang mit Interessenkonflikten können im Anstellungsvertrag oder aber auch in einer Geschäftsordnung für den Vorstand verortet werden.¹⁰⁷ An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Nichteinhaltung derartiger dienstvertraglicher Regelungen bzw der nicht ordnungsgemäße Umgang mit Interessenkollisionen zu dienstrechtlichen Konsequenzen führen kann (vgl *F Schörghofer/Tinhofer* Rz 7/82 ff).

9. Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder

- 75 Gemäß § 80 AktG darf ein Kredit an Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte der Gesellschaft nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrats gewährt werden. Auch Kredite an gesetzliche Vertreter oder leitende Angestellte eines abhängigen oder herrschenden Unternehmens bedürfen der ausdrücklichen Zustimmung des Aufsichtsrats. Für Kreditinstitute gibt es hierzu Sonderregelungen in § 28 BWG (vgl Rz 88).
- 76 Zu den ebenfalls erfassten leitenden Angestellten zählen Geschäftsführer, Betriebsleiter, die zur Einstellung und Entlassung der in der Betriebsabteilung Beschäftigten berechtigt sind, sowie all jene Personen, die mit Prokura oder Generalvollmacht ausgestattet sind oder die einen Betrieb oder eine Abteilung leiten, verstanden. Mit dieser Ausdehnung auf leitende Angestellte soll vermieden werden, dass das Vorstandsmitglied durch die Kreditgewährung an leitende Angestellte Abhängigkeiten schafft und dadurch einen unzulässigen Einfluss erlangt.¹⁰⁸
- 77 Eine Kreditgewährung an einen gesetzlichen Vertreter oder leitenden Angestellten eines abhängigen Unternehmens erfasst all jene Unternehmen, die aufgrund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens stehen. Ein herrschendes Unternehmen bezeichnet ein Unternehmen, welches einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes abhängiges Unternehmen ausübt.¹⁰⁹
- 78 Diese Bestimmung gilt auch für die Kreditvergabe an nahe Angehörige (darunter fallen Ehegatten und minderjährige Kinder¹¹⁰). Zwar werden die Lebensgefährten nicht genannt, doch ist hier eine analoge Anwendung des § 80 AktG geboten. Weiters sind auch Dritte erfasst, die für Rechnung einer unter § 80 AktG fallende Person handeln, worunter Strohänner bzw verdeckte Treuhänder zu verstehen sind.¹¹¹
- 79 Der Aufsichtsratsbeschluss hat die Art der Kreditgewährung, den Betrag, die Verzinsung und die Rückzahlungsmodalitäten zu enthalten. Grundsätzlich ist es zulässig, dass die Zustimmung des Aufsichtsrats im Voraus für maximal drei Monate bezogen auf „gewisse Kreditgeschäfte oder Arten von Kreditgeschäften“ erteilt werden kann. Diese Vorausgenehmigung kann vom Aufsichtsrat verlängert

¹⁰⁷ *G. Schima* Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 229 mwN.

¹⁰⁸ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 80 Rz 4.

¹⁰⁹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 84 AktG Rz 41.

¹¹⁰ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/298.

¹¹¹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 84 AktG Rz 42, 43.

werden. Sollte eine Kreditvergabe ohne Zustimmung des Aufsichtsrats gewährt worden sein, kann diese durch nachträgliche Genehmigung des Aufsichtsrats „geheilt“ werden (§ 80 Abs 4 AktG).¹¹²

Für den Fall, dass der Kredit den Betrag eines Monatsgehalts der von § 80 AktG 80 erfassten Personen nicht übersteigt, gelangt § 80 AktG nicht zur Anwendung.

10. Insihgeschäfte auf Gesellschafterebene im GmbH-Recht

a) Alleingesellschafter-Geschäftsführer

Gemäß § 18 Abs 5 und 6 GmbHG kann auch der Alleingesellschafter-Geschäftsführer – bei Einhaltung bestimmter Formalvoraussetzungen – wirksame Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft abschließen. Die Bestimmung sieht vor, dass über Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, unverzüglich eine Urkunde zu erichten ist. Außerdem ist vorzuzorgen, dass keine nachträglichen Änderungen des Inhalts möglich und Zweifel über den Zeitpunkt des Abschlusses ausgeschlossen sind. Gemäß § 18 Abs 6 GmbHG findet dieses Formalerfordernis auf Geschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen wurden, keine Anwendung.¹¹³ 81

Somit ist ein Selbstkontrahieren zwischen dem Alleingesellschafter und der von ihm vertretenen GmbH ohne Einschaltung eines Kollisionskurators zulässig und wirksam. Die Pflicht zur Beurkundung verfolgt den Zweck, dass nicht nachträglich Geschäfte oder Geschäftsinhalte zwischen der GmbH und dem Alleingesellschafter behauptet werden, die Gläubigerinteressen beeinträchtigen können.¹¹⁴ 82

Die Dokumentation hat unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, nach Abschluss des Rechtsgeschäftes zu erfolgen. Dies kann unterbleiben, wenn der Vertrag bereits bei Abschluss schriftlich vorliegt. Die nachträgliche Dokumentation hat alle wesentlichen Punkte (Zustandekommen des Geschäfts, Art und Höhe von Leistung und Gegenleistung, Abschlusszeitpunkt) zu enthalten. Auch etwaige Nebenpflichten, die einen Vermögenswert haben und daher zu einer verdeckten Vermögensauschüttung führen könnten, sind in der Dokumentation aufzunehmen.¹¹⁵ 83

b) Fremdgeschäftsführer in der GmbH

Der Fremdgeschäftsführer kann nur dann ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft abschließen, wenn die Zustimmung sämtlicher übriger Geschäftsführer erteilt wurde (§ 25 Abs 4 GmbHG). 84

Hinsichtlich der Zustimmung sämtlicher übriger Geschäftsführer stellt sich die Frage, ob bei mehrgliedriger Geschäftsführung die übrigen – nicht betroffenen – Geschäftsführer stets alleinvertretungsbefugt sein müssen (so *Enzinger* und 85

¹¹² *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 80 Rz 11; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 84 AktG Rz 45 ff.

¹¹³ *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 18 Rz 23a.

¹¹⁴ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 18 Rz 49; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 18 Rz 23a.

¹¹⁵ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 18 Rz 55 ff; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 18 Rz 23c.

86 *Koppensteiner*¹¹⁶ oder ob auch kollektivvertretungsberechtigte Geschäftsführer (in der vorgesehenen Anzahl) die Zustimmung erteilen können. Sowohl aus der in diesem Zusammenhang zitierten OGH Entscheidung¹¹⁷ als auch aus dem Wortlaut des § 25 Abs 4 GmbHG geht hervor, dass die Kollektivvertretungsbefugnis der übrigen Geschäftsführer ausreichend ist.

Konkret bedeutet das: Die übrigen kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer können die Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft gemäß § 25 Abs 4 GmbHG erteilen.

87 Sollten andere Geschäftsführer in ausreichender vertretungsbefugter Zahl nicht verfügbar sein, dann ist die Zustimmung durch den Aufsichtsrat zu erteilen. Besteht kein Aufsichtsrat und sind zudem andere Geschäftsführer nicht in ausreichender vertretungsbefugter Zahl verfügbar, ist die Genehmigung der Gesellschafter einzuholen.¹¹⁸ Die Zustimmung zu Insichgeschäften kann bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt werden.¹¹⁹

87a Eine Zustimmung durch die übrigen Geschäftsführer (bzw allenfalls der Gesellschafter bzw des Aufsichtsrats) ist auch dann einzuholen, wenn der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit einem Geschäftsführer gleichkommt, weil die hL das Verbot des § 25 Abs 4 GmbHG auch auf derartige Fälle ausdehnt.¹²⁰ Die für Insichgeschäfte geltenden Grundsätze sind hier analog anzuwenden, weil die Gefahr einer Interessenkollision auch dann besteht, wenn der Geschäftsführer einer GmbH mit einer anderen Gesellschaft, an der er unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist und an deren Geschäftserfolg er ein Interesse hat, ein Rechtsgeschäft abschließen will.¹²¹ Ab welcher Beteiligungshöhe die Gefahr von Interessenkollisionen besteht, wird in der Literatur und der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Nach der Auffassung des OGH liegt der Fall eines Insichgeschäftes bereits dann vor, wenn der namens der GmbH agierende Geschäftsführer an der durch eine Dritten vertretenen Vertragspartnerin eine mittelbare Beteiligung in Höhe von 49% hält.¹²² Nach Teilen der Literatur (mit Verweis auf § 5 EKEG) kann bereits eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung ab einer Höhe von 25% zu einem Interessenkonflikt führen.¹²³ Ob auch Konstellationen, in denen Familienangehörige des Geschäftsführers entweder unmittelbar oder mittelbar an dem Vertragspartner beteiligt sind, als Insichgeschäfte zu bewerten und daher mit den allgemeinen Kollisionsregeln zu lösen sind, wird in der Literatur soweit er-

¹¹⁶ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 18 Rz 42; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 23 mit Verweis auf OGH 07.04.1992, 5Ob67/92.

¹¹⁷ OGH 07.04.1992, 5Ob67/92.

¹¹⁸ *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/208 mwN; *Enzinger* in Straube, GmbHG § 18 Rz 41.

¹¹⁹ Bejahend *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/208 mwN; vgl auch OGH 11.06.1992, 6 Ob 10/92 = *ecolex* 1992, 706.

¹²⁰ *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbH Gesetz § 25 Rz 1559 ff mwN.

¹²¹ OGH 12.04.2000, 4 Ob 71/00 w mit Verweis auf *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar⁴ § 1009 Rz 14 ff.

¹²² OGH 12.04.2000, 4 Ob 71/00 w; *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, *ecolex* 2009, 920.

¹²³ *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratke/Rauter, GmbH Gesetz¹ § 25 Rz 1559 ff; *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, *ecolex* 2009, 920; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz- Kommentar, 3.Auflage (2013) § 17 Rz 92a.

sichtlich nicht ausdrücklich problematisiert. Unseres Erachtens können aber auch bei der GmbH die in der Lehre ausgesprochenen Empfehlungen zu gleichgelagerten Fällen der AG (vgl Rz 72a) herangezogen werden.

Von dem in Rz 84ff dargelegten Zustimmungserfordernissen ist die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers zu unterscheiden. Sofern der betroffene Geschäftsführer demnach die Zustimmung zu dem geplanten Rechtsgeschäft eingeholt hat (auch eine nachträgliche Genehmigung ist zulässig),¹²⁴ kann er die GmbH auch bei Vorliegen eines Insihgeschäftes rechtswirksam vertreten (siehe dazu Fallbeispiel zum Selbstkontrahieren Rz 193 ff).¹²⁵

87b

11. Rechtsgeschäfte zwischen dem Kreditinstitut und deren Geschäftsleitern

Gemäß § 28 BWG darf ein Kreditinstitut Rechtsgeschäfte mit Geschäftsleitern, Vorstandsmitgliedern, Mitgliedern des Aufsichtsrates, gesetzlichen Vertretern und leitenden Angestellten in vom Kreditinstitut beherrschten und herrschenden Unternehmen, sowie Ehegatten, Lebensgefährten, Kindern oder Dritten, die für Rechnung der genannten Personen handeln, nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses¹²⁶ aller Geschäftsleiter und mit Zustimmung des Aufsichtsrates oder des sonst nach Gesetz oder Satzung zuständigen Aufsichtsorgans abschließen. Den jeweils Betroffenen steht kein Stimmrecht zu. Diese Norm umfasst – um Umgehungshandlungen zu vermeiden – sowohl direkte als auch indirekte Rechtsgeschäfte sowie Rechtsgeschäfte, die über Treuhänder abgewickelt werden. Vor ausufernder analoger Anwendung wird aber gewarnt: So werden zB gute Freunde des Organs Angehörigen nicht gleichgehalten und die Arbeitnehmerkreditregelung nicht auf Lebensgefährten von Arbeitnehmern ausgeweitet.¹²⁷ (vgl *Werdnik/Kusternigg* Rz 11/36).

88

12. Börsennotierte Unternehmen

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten bei börsennotierten Unternehmen sehen das Börsegesetz und die EU-Marktmissbrauchsverordnung¹²⁸ strenge Vorschriften in Bezug auf die Verwertung von Insiderinformationen vor. Um dies zu gewährleisten und (i) den Missbrauch von Insiderinformationen sowie (ii) Marktmanipulationen zu vermeiden, ist eine Compliance-Organisation zu installieren, die Interessenkonflikte iZm Insiderinformationen erkennt und managen kann. Ein erster Schritt ist, die Träger solcher Informationen und die Kanäle im Unternehmen zu erfassen und unnötigen Austausch von Informationen zu vermeiden. Hierfür sind ua nach Art 18 der Marktmissbrauchsverordnung verpflichtend von

89

¹²⁴ *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23 mwN.

¹²⁵ *Enzinger* in *Straube*, GmbH Gesetz § 20 Rz 44ff.

¹²⁶ In Abs 2 werden jene Rechtsgeschäfte genannt, die keiner Beschlussfassung und Zustimmung unterliegen, das sind (i) Kredite und Vorschüsse, deren Gesamtausmaß ein Viertel des Jahresbezuges nicht übersteigt; (ii) andere Rechtsgeschäfte, bei denen das angemessene Entgelt ein Viertel des Jahresbezuges nicht übersteigt oder weniger als EUR 5.000 beträgt, (iii) Dauerschuldverhältnisse, bei denen das angemessene Entgelt jährlich kapitalisiert ein Viertel des Jahresbezuges nicht übersteigt, sowie (iv) Bankgeschäfte des täglichen Lebens zu marktüblichen Bedingungen.

¹²⁷ *Dellinger/Puhm* in *Dellinger*, Bankwesengesetz § 28 Rz 5 und Rz 44.

¹²⁸ VO 2014/596/EU („market abuse regulation“, MAR).

Emittenten und in ihrem Auftrag oder für ihre Rechnung handelnden Personen Insiderlisten zu erstellen und zu führen (vgl *Kutschera* Rz 27/18 ff).

a) Insiderhandel

- 90** Insiderinformationen sind ua nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt Emittenten oder Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder damit verbundener Derivate erheblich zu beeinflussen (Art 7 Abs 1 lit a leg cit MAR).
- 91** Nach § 48m Abs 4 BörseG ist ua Insider, wer über Insiderinformationen verfügt, weil er dem Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Emittenten angehört (Z 1), am Kapital des Emittenten beteiligt ist (Z 2), aufgrund der Ausübung einer Arbeit oder eines Berufs oder der Erfüllung von Aufgaben Zugang zu den betr. Informationen hat (Z 3) oder sich die Information durch die Begehung von strafbaren Handlungen verschafft hat (Z 4). Davon erfasst werden somit insbesondere auch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG und Geschäftsführer einer GmbH.
- 92** Die Nutzung von Insiderinformationen ist mit hohen Verwaltungsstrafen bzw – in schwerwiegenden Fällen – mit gerichtlichen Freiheitsstrafen bedroht: Der Erwerb und die Veräußerung ua von Finanzinstrumenten um mehr als 1 Mio Euro unter Nutzung einer Insiderinformation ist mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren zu bestrafen.¹²⁹ Unterhalb des Schwellenwerts von 1 Mio Euro drohen sehr hohe Verwaltungsstrafen von bis zu 5 Mio EUR oder dem Dreifachen des Nutzens, bei Begehung durch Organe oder bei Überwachungs- und Kontrollmängeln können über juristische Personen Verwaltungsstrafen von bis zu 15 Mio EUR oder 15 % des Nettoumsatzes oder dem Dreifachen des Nutzens verhängt werden.¹³⁰ Auch wer über eine Insiderinformation verfügt und einem anderen eine entsprechende Empfehlung gibt oder die Information unrechtmäßig offenlegt, macht sich dann, wenn es innerhalb der fünf auf das Bekanntwerden der Insiderinformation folgenden Handelstage zu einer Kursveränderung von mind 35 % und zu einem Gesamtumsatz von 10 Mio Euro kommt, gerichtlich strafbar (§ 48m Abs 2 BörseG) und setzt sich ansonsten hohen Verwaltungsstrafen aus. Nicht nur der Insider selbst macht sich jeweils strafbar, sondern auch, wer wissentlich über eine Insiderinformation verfügt oder von einem Insider eine Empfehlung erlangt hat.
- 93** Der komplexe Bereich des Insiderhandels betrifft den Themenkomplex „Interessenkonflikte“, weil hier vielschichtige Interessen (des Unternehmens, eventueller Kunden, des Insiders und des Kapitalmarkts) zusammentreffen. Der Umgang mit Insiderinformationen ist ein Beispiel für einen Interessenkonflikt-Bereich, den der Gesetzgeber als (für den Betroffenen) nicht lösbar definiert: Der Gesetzgeber nimmt an, dass jemand, der Insiderinformationen hat, diesen Vorteil bei Vornahme entsprechender Kauf- und Verkaufsaufträge jedenfalls zu seinen Gunsten ausspielen wird; aus diesem Grund ist Insiderhandel verboten. Weiters soll durch die Vorgaben betreffend die Ad-hoc Publizität die Situation dadurch weiter entschärft werden, dass das dem Insiderhandel zugrunde liegende Informationsgefälle beseitigt wird.

¹²⁹ § 48m Abs 1 BörseG.

¹³⁰ § 48c BörseG bzw § 48e BörseG, Art 8 und 9 MAR.

b) Ad-hoc Publizität

Um Insiderhandel im Vorfeld zu erschweren, gibt es gesetzliche Veröffentlichungspflichten wie die Ad-hoc-Publizität. Der durch die Ad-hoc Publizität typisierte Anlegerschutz will Informationsdefizite der Anleger hintanhaltend und den Kapitalmarkt (und das für das Funktionieren des Kapitalmarktes notwendige Vertrauen der Anleger) schützen. Die Rechtsordnung versucht den Interessenkonflikt, der aufgrund des entstehenden Informationsgefälles entsteht, dadurch zu vermeiden, dass das Informationsgefälle ausgeglichen wird. 94

Der Themenbereich Ad-hoc Publizität zeigt auf, wie vielschichtig Interessenkonflikte sein können: Betreffend die Ad-hoc Publizität können nämlich eine Vielzahl von Interessen verschiedener „Player“ miteinander in Konflikt geraten: Das Interesse (i) der Gesellschaft, negative Informationen nicht (bzw nicht rasch) preiszugeben, (ii) der Anleger, Informationen sofort zu erlangen, (iii) von Geschäftspartnern der Gesellschaft, Informationen nicht preiszugeben, (iv) der handelnden Personen, Informationen nicht preiszugeben. Auch das Regime der Ad-hoc Publizität ist ein Beispiel für einen Bereich, den das Gesetz als nicht disziplinabel erachtet. 95

Auch um allfällige Eigeninteressen des Vorstandsmitglieds in Bezug auf das börsennotierte Unternehmen zu vermeiden, sieht Artikel 17 der Marktmissbrauchsverordnung¹³¹ eine Verpflichtung der Emittenten vor, Insiderinformationen, die sie unmittelbar betreffen, unverzüglich der Öffentlichkeit bekannt zu geben; Marktmanipulation ist verboten.¹³² Diese Regelungen versuchen Interessenkonflikte zu vermeiden, indem sichergestellt werden soll, dass (i) sämtliche für die Anlageentscheidung bedeutenden Informationen allen Marktteilnehmern dergestalt bekannt sind, dass sie entsprechend auf die Informationen reagieren können.¹³³ Darüber hinaus (ii) dient diese Regelung auch dem Funktionsschutz des Marktes, da dieser bloß dann „funktionsfähig [ist], wenn unter möglichst rascher Einbeziehung aller relevanten Informationen eine effiziente Preisbildung gefördert wird.“¹³⁴ 96

13. Umgang mit Interessenkonflikten in Verwaltungsgesellschaften gemäß §§ 22, 23 InvFG und §§ 10, 12 AIFMG

Die Prinzipien des Investmentfondsrechts, die sich insbesondere aus dem InvFG, dem AIFMG, dem WAG, der OGAW-RL¹³⁵ und MIFID ergeben, werden bei Vorliegen von Interessenkonflikten als gefährdet erachtet.¹³⁶ Aus diesem 97

¹³¹ VO 2014/596/EU („market abuse regulation“, MAR).

¹³² Art 12 und 15 MAR.

¹³³ *Klawitter* in Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung² § 32 Rz 81.

¹³⁴ Zur Vorgängerregelung § 48d Abs 1 BörseG idF vor der BörseG-Novelle 2016 *Brandl* in *Temmel*, Börsengesetz – Praxiskommentar (2011) §48d Rz 6 mVa *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 14 Rz 2; *Altendorfer/Kalss/Oppitz* in *Aicher/Kalss/Oppitz*, Grundfragen des neuen Börserechts (1998) 139; *Hausmaninger*, Insider Trading – Eine systemvergleichende Untersuchung amerikanischer, europäischer und österreichischer Regelungen (1997) 389 f; *Gall*, *ecolx* 2003, 560.

¹³⁵ Richtlinie 2009/65/EG.

¹³⁶ *Oppitz* in *Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz*, Kommentar zum Investmentfondsgesetz² Vor § 1 Rz 25.

Grund gilt, dass Interessenkonflikte möglichst gering zu halten sind. Im Sinne von § 25 Abs 2 InvFG soll die Schädigung der Interessen des OGAW ausgeschlossen werden, auch wenn ein Interessenkonflikt nicht vermieden werden kann.¹³⁷

14. Umgang mit Interessenkonflikten in Kreditinstituten und Wertpapierfirmen gemäß §§ 34 und 35 WAG

- 98 Neben den Bestimmungen im InvFG enthält auch das WAG Vorgaben, wie mit Interessenkonflikten umzugehen ist: § 34 Abs 1 WAG postuliert die grundsätzliche Verpflichtung eines Rechtsträgers¹³⁸, angemessene Vorkehrungen zur treffen, um Interessenkonflikte zu erkennen. Zur Feststellung, ob ein nachteiliger Interessenkonflikt besteht, hat der Rechtsträger zumindest zu prüfen, ob einer der in Abs 2 leg cit angeführten Sachverhalte vorliegt.
- 99 In Verbindung mit § 34 WAG setzt § 35 WAG das der MiFID¹³⁹ entstammende dreistufige Modell für das Management von Interessenkonflikten um: Erkennen, Verhindern und Offenlegen.¹⁴⁰ Die Leitlinien des § 35 WAG haben jedoch nicht den Zweck, Interessenkonflikte per se zu verhindern, sondern sollen verhindern, dass „Interessenkonflikte den Kundeninteressen schaden“.¹⁴¹

B. Verhaltenskodizes

1. Behandlung von Interessenkonflikten im Österreichischer Corporate Governance Kodex (ÖCGK)

- 100 Der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK)¹⁴² sieht für börsennotierte Unternehmen eine Reihe von Regeln für Interessenkonflikte und Eigengeschäfte des Vorstandes vor. Der ÖCGK definiert in den L-Regeln 19, 20, 22, 23, 24, 25 und C-Regeln 21 und 26 mögliche Interessenkonflikte und Eigengeschäfte von Vorstandsmitgliedern. So gibt der ÖCGK ua vor, dass Personen, die Führungsaufgaben wahrnehmen, sowie gegebenenfalls in enger Beziehung zu ihnen stehende Personen, alle von ihnen getätigten Geschäfte auf eigene Rechnung mit Wertpapieren der Gesellschaft oder mit sich darauf beziehenden Derivaten oder mit ihm verbundener Unternehmen innerhalb von fünf Arbeitstagen nach dem Tag des Abschlusses zu melden und zu veröffentlichen haben. Ausgenommen davon

¹³⁷ Oppitz in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, Kommentar zum Investmentfondsgesetz² § 22 Rz 5.

¹³⁸ Dies sind nach § 15 Abs 1 WAG Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Versicherungsunternehmen nach Maßgabe von § 2 Abs 2 sowie Zweigstellen von Wertpapierfirmen nach Maßgabe von § 12 Abs 4 und Kreditinstituten nach Maßgabe von § 9 Abs 7 BWG aus Mitgliedstaaten.

¹³⁹ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU Text von Bedeutung für den EWR. Die Richtlinie legt einen Rahmen für Wertpapierfirmen, die Dienstleistungen im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten anbieten sowie Vorschriften zum Anlegerschutz fest.

¹⁴⁰ Gruber in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz (2009) § 35 Rz 1 mit Verweis auf Assmann, ÖBA 2007, 43 f.

¹⁴¹ Gruber in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz (2009) § 35; Rz 7.

¹⁴² In der Fassung von Jänner 2015 abrufbar unter <http://www.corporate-governance.at/kodex.htm>

sind Geschäfte mit einer Abschlusssumme von weniger als EUR 5.000 innerhalb eines Jahres. Weiters besteht für die Gesellschaft eine Verpflichtung, interne Richtlinien für die Informationsweitergabe zu erlassen, die der Vermeidung von Insider-Geschäften dienen, die Einhaltung zu überwachen sowie ein Verzeichnis über jene Personen zu führen, die aufgrund eines Arbeitsvertrages regelmäßig Zugang zu Insider-Informationen haben.

Der Umgang mit Interessenkonflikten wird in den L-Regeln 22 und 23 festgelegt. Demnach hat der Vorstand seine Beschlüsse frei von Eigeninteressen und Interessen bestimmender Aktionäre, sachkundig und unter Beachtung aller relevanten Rechtsvorschriften zu fassen. Weiters sind Vorstandsmitglieder verpflichtet, wesentliche persönliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft und deren Konzernunternehmen als auch sonstige Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offen zu legen. Auch die anderen Vorstandsmitglieder sind unverzüglich darüber zu informieren. **101**

In Regel L-24 wird für den Vorstand näher definiert, dass alle zwischen der Gesellschaft bzw Konzernunternehmen und Vorstandsmitglieder sowie ihnen nahestehenden Personen oder Unternehmen abgeschlossenen Geschäfte den branchenüblichen Standards entsprechen müssen. Diese Geschäfte als auch deren Konditionen sind im Voraus durch den Aufsichtsrat zu genehmigen; ausgenommen davon sind Geschäfte des täglichen Lebens. Das gesetzlich verankerte Wettbewerbsverbot wird in der L-Regel 25 nochmals wiederholt. Diese Kodex-Bestimmungen konkretisieren somit lediglich die im Aktienrecht vorgesehenen Bestimmungen. **102**

C-Regel 26, also eine Bestimmung, die grundsätzlich eingehalten werden soll bzw deren Nichtbefolgung von der Gesellschaft begründet werden muss, sieht vor, dass Vorstandsmitglieder insgesamt nicht mehr als vier Aufsichtsratsmandate (Vorsitz zählt doppelt) in konzernexternen AG ausüben dürfen. Unternehmen, die in den Konzernabschluss einbezogen werden oder an denen eine unternehmerische Beteiligung besteht, gelten nicht als konzernexterne AG. **103**

Zusammengefasst sieht der ÖGCK bei Interessenkonflikten kein absolutes Handlungsverbot bzw ein Tätigkeitsverbot erst ab Erreichung der Mandatsgrenze vor, sondern folgt dem Transparenzgebot, in dem jedes Vorstandsmitglied Interessenkonflikte unverzüglich gegenüber dem Aufsichtsrat und anderen Vorstandsmitgliedern offenzulegen hat.¹⁴³ **104**

2. Der Bundes-Public Corporate Governance Kodex (B-PCGK) für Öffentliche Unternehmen

Der Bundes-Public Corporate Governance Kodex (B-PCGK) wurde am 30. Oktober 2012 von der Bundesregierung beschlossen. Seine Verfasser haben sich im Wesentlichen am Österreichischen Corporate Governance Kodex und den Leitsätzen zur Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen der OECD orientiert. Der Kodex gilt für Unternehmen des Bundes. Das sind **105**

¹⁴³ Vgl Bestimmungen im deutschen Corporate Governance Kodex siehe *Kort*, Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG, ZIP 16/2008, 717 (720).

- Unternehmen, an denen der Bund am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital mit mindestens 50% beteiligt ist oder
- Unternehmen, die der Bund durch finanzielle, sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht oder
- Gesellschaften, Stiftungen, Fonds und Anstalten öffentlichen Rechts und sonstige durch Bundesgesetz anders bezeichnete Rechtsträger öffentlichen Rechts, die der Rechnungshofkontrolle unterliegen.

106 Dieser B-PCGK ist nur auf Unternehmen des Bundes sowie auf deren Tochter- und Subunternehmen mit mehr als 10 Bediensteten oder EUR 300.000 Jahresumsatz anzuwenden, soweit (i) dem auf das betreffende Unternehmen zwingende gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen und (ii) das Unternehmen gemäß § 234b UGB nicht einen allgemein anerkannten Corporate Governance Kodex anzuwenden hat.

107 Im Bundes Public Corporate Governance Kodex (B-PCGK) werden unter Punkt 9.5 Interessenkonflikte der Mitglieder der Geschäftsleitung geregelt. Dabei handelt es sich um bereits gesetzlich verankerte Bestimmungen. Die Mitglieder der Geschäftsleitung unterliegen gemäß L-Regel 9.5.1. einem umfassenden Wettbewerbsverbot. Die Mitglieder dürfen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit weder für sich noch für andere Personen von Dritten Zuwendungen oder sonstige Vorteile fordern, annehmen oder Dritten ungerechtfertigte Vorteile gewähren (L-Regel 9.5.2.). Weiters darf sich das Mitglied nicht von persönlichen Interessen leiten lassen und Chancen des Unternehmens für sich nutzen (L-Regel 9.5.3.). Im Falle eines Interessenkonfliktes hat das Mitglied der Geschäftsleitung diesen dem Überwachungsorgan unverzüglich offen zu legen und auch die anderen Mitglieder der Geschäftsleitung darüber zu informieren (L-Regel 9.5.4.). Wie bereits ausgeführt, bedürfen Geschäfte zwischen Geschäftsleitung und Unternehmen der Zustimmung des Überwachungsorgans bzw des Anteilseigners. Für die Ausübung von Nebenbeschäftigungen, ua Mandate in Überwachungsorganen, ist die Zustimmung des Überwachungsorgans notwendig, ausgenommen der Anstellungsvertrag enthält eine Verpflichtung zur Übernahme von solchen Funktionen (L-Regel 9.5.6).

IV. Interessenkonflikte anhand von Praxisbeispielen

108 Die vielfältigen und immer am jeweiligen Einzelfall auszurichtenden und zu prüfenden Interessenwahrungspflichten des Vorstands können an dieser Stelle nicht gesamthaft dargelegt werden. Anhand von ausgewählten und im Unternehmensalltag häufig vorkommenden (Konzern-)Sachverhalten soll nachfolgend das Thema der Interessenkollision bzw der Interessenkonfliktvermeidung näher erläutert werden.

A. Interessenkonflikte im Konzern

1. Doppelmandate im Konzern – Allgemeines

109 In vielen Konzernen ist es üblich, dass Manager mehrere Mandate in Organen von verschiedenen Konzerngesellschaften innehaben. So sind beispielsweise Vorstandsmitglieder einer Muttergesellschaft zugleich auch als Geschäftsführer in Tochter-GmbHs tätig, als Vorstand einer Tochter-AG bestellt oder sind Mitglied

in deren Aufsichtsrat. Vergleichbares findet sich auch in Schwestergesellschaften (siehe auch Mandatsbeschränkungen Rz 52 f).

Solche Doppelmandate können für Unternehmen aus verschiedenen Gründen **110** sinnvoll sein: Unter anderem dienen sie einer effektiven Konzernorganisation, erleichtern die interne Kommunikation und helfen so nicht zuletzt strategische Entscheidungen der Muttergesellschaft in den Konzernuntergesellschaften umzusetzen. Mit anderen Worten: Vorstands Doppelmandate sind ein Instrument der Konzernsteuerung.¹⁴⁴

Problematisch wird es jedoch für die betroffenen Mandatsträger, sobald die **111** Interessen der verschiedenen Gesellschaften nicht (mehr) vollständig übereinstimmen. Denn das Organ einer Gesellschaft ist dem Interesse der jeweiligen Gesellschaft verpflichtet. Im Konzernalltag können Interessenkollisionen beispielsweise bei der Aufteilung von Märkten zwischen Schwesterngesellschaften, der Verteilung von finanziellen Ressourcen oder bei konzerninternen Rechtsgeschäften auftreten. Das doppelt mandatierte Vorstandsmitglied befindet sich aber oft in einem Interessenkonflikt (zB Investitionen bei der Tochtergesellschaft müssen unterbleiben, weil die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft hierzu keine ausreichenden Finanzmittel zur Verfügung stellt).¹⁴⁵ Derart kollidierende Interessen werden für das betreffende Vorstandsmitglied insbesondere dann problematisch, wenn die Obergesellschaft ihre eigenen Interessen durch Einflussnahme auf die abhängige Tochtergesellschaft durchsetzen will. Auch in derartigen Konzernsachverhalten leitet das Vorstandsmitglied die Tochtergesellschaft eigenverantwortlich (§ 70 AktG). Er ist nicht dazu verpflichtet, (vorteilhafte oder nachteilige) Weisungen der Obergesellschaft umzusetzen.¹⁴⁶ Derartige Weisungen oder Einflussnahme durch die Obergesellschaft sind zwar nicht per se verboten, es fehlt ihnen aufgrund der eigenverantwortlichen und weisungsfreien Leitungsverpflichtung des Vorstands aber an rechtlicher Verbindlichkeit.¹⁴⁷ Sehr wohl ist das betreffende Vorstandsmitglied aber dazu befugt, die Konzernpolitik auch in Untergesellschaften umzusetzen.¹⁴⁸ Die Grenzen dieser Umsetzungsmöglichkeit lassen sich wie folgt beschreiben:

a) Als Ausgangspunkt kann die „Schaffgotsch“-Entscheidung des BGH herangezogen werden.¹⁴⁹ Die in dieser Entscheidung wiedergegebenen Prinzipien wurden zwar für die vergleichbare Interessenlage bei Aufsichtsratsmitgliedern aufgestellt, können aber uE auch für Vorstands Doppelmandate herangezogen werden.¹⁵⁰ Daraus lässt sich folgende Handlungsempfehlung für den Vorstand mit doppeltem Mandat ableiten: Das Vorstandsmitglied darf sich ausschließ-

¹⁴⁴ *Weiß*, Vorstands Doppelmandate im faktischen Konzern: Voraussetzungen, Interessenkonflikte, Anstellungsvertrag und Haftung, *Compliance-Berater* 4/2014 (S 97).

¹⁴⁵ *Kort*, GroßKomm Aktiengesetz⁴ § 76 Rz 182.

¹⁴⁶ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/936.

¹⁴⁷ *Doralt/Diregger* in *MünchKomm Aktiengesetz*³ § 15 Rz 66; *Doralt/Diregger* in *MünchKomm Aktiengesetz*² Österr. Konz. Rz 51.

¹⁴⁸ *Doralt/Diregger* in *MünchKomm Aktiengesetz*² Österr. Konz. Rz 51; *Passarge*, Vorstands Doppelmandate – ein nach wie vor aktuelles Thema!, *NZG* 12/2007, 441; vgl auch Hoffmann-Becking, *ZHR* 150(1986), 570, 577; Säcker, *ZHR* 151 (1987), 59 (67).

¹⁴⁹ BGH, 21.12.1979 – II, Zr 244/78, *NJW* 1980, 1629.

¹⁵⁰ BGH, 9.3.2009 – II, Zr 170/107, *BB* 2009, 1834.

lich an den Interessen der Gesellschaft orientieren, für die er konkret tätig wird. Er hat insofern daher seine Entscheidungen an § 70 AktG auszurichten. Konzerninteressen können in diesem Rahmen mitberücksichtigt werden.¹⁵¹ Er darf die Interessen der anderen Gesellschaft nur dann berücksichtigen, wenn sie mit den Interessen der Gesellschaft, für die er handelt, im Einklang stehen.¹⁵²

- b) Weiteres – und in der Praxis von immanenter Wichtigkeit – ist das grundsätzliche Verbot der Nachteilszufügung im Konzern.¹⁵³ Demnach muss eine Maßnahme und die Ausübung unternehmerischen Ermessens immer am Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 47 AktG) gemessen werden. Explizite gesetzliche Regelungen fehlen an dieser Stelle, die hL geht hier von folgenden Grundsätzen aus:

a) Verbot der Nachteilszufügung

- 112 Das Verbot der Nachteilszufügung der Konzernleitung ist aus den Kapitalerhaltungsvorschriften¹⁵⁴ (Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG bzw § 82 GmbHG) und dem für das Aktienrecht geltenden Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre (§ 47a AktG) ableitbar.¹⁵⁵ Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft haben sich bei ihren Entscheidungen stets am Unternehmenswohl der abhängigen Gesellschaft zu orientieren. Nach *Doralt/Diregger*¹⁵⁶ ist ein übergeordnetes Konzerninteresse nicht als schutzwürdig zu betrachten und kann eine Schädigung einzelner Konzernunternehmen daher nicht rechtfertigen, auch dann nicht, wenn die Vorteile des Konzerns die Nachteile für das betroffene Konzernunternehmen überwiegen. Dies schließt aber die Berücksichtigung des Konzerninteresses per se noch nicht aus. Es ist durchaus üblich, dass diese offen diskutiert werden und für den Fall der Gleichwertigkeit der zur Verfügung stehenden Entscheidungen das Konzerninteresse auch vorrangig beachtet werden kann (vgl *Frotz/P Schörghofer* Rz 24/64 ff).

- 113 Zunächst trifft den Vorstand der abhängigen Gesellschaft eine Prüfpflicht dahingehend, ob die bestimmte Maßnahme in Bezug auf die abhängige Gesellschaft eine nachteilige Auswirkung hat.¹⁵⁷ Eine grundsätzliche Ablehnungspflicht kommt bei satzungs-, sitten- und gesetzeswidrigen Maßnahmen zum Tragen, egal ob diese für die Gesellschaft vorteilhaft oder nachteilig sind.¹⁵⁸ Es liegt im Ermessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, ob er eine vorteilhafte oder neutrale Maßnahme auch umsetzt.¹⁵⁹ Gelangt der Vorstand zur Ansicht, dass die Maßnahme

¹⁵¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/936.

¹⁵² *Weiß*, Compliance-Berater 4/2014 (S 99).

¹⁵³ *Doralt/Diregger* in *MünchKomm. Aktiengesetz*² Österr. Konz. Rz 72.

¹⁵⁴ *Sauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 1 ff; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 1; *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG § 82 Rz 9.

¹⁵⁵ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 75.

¹⁵⁶ *Doralt/Diregger* in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*⁴ ÖKonzernR Rz 46.

¹⁵⁷ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 18 Rz 105; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁸ § 120 III 385 *Koppensteiner* in *KölnKomm AktG*³ § 311 Rz 140.

¹⁵⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/937; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁸ § 25 III 385.

¹⁵⁹ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 18 Rz 10; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁸ § 25 III 385.

nachteilig ist, kann eine derartige (nachteilige) Maßnahme dennoch durchgeführt werden, wenn es durch die herrschende Gesellschaft zu einem Nachteilsausgleich bei der abhängigen Gesellschaft kommt. Der Nachteilsausgleich ist gleichzeitig mit der Durchführung der Maßnahme in Form einer konkreten Leistung oder allenfalls durch Begründung einer durchsetzbaren Forderung vorzunehmen.¹⁶⁰ Als Nachteilsausgleich kommt damit jeder geldwerte Vorteil in Frage, der sich dazu eignet, die durch die Maßnahmen bei der abhängigen Gesellschaft erzeugten Nachteile zu neutralisieren.¹⁶¹

b) Beispiele für nachteilige Weisungen

Die Grenzziehung zwischen nachteiligen Weisungen, die vom Vorstandsmitglied der abhängigen Gesellschaft unter Umständen vorgenommen werden dürfen und jenen Weisungen, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen und damit keinesfalls durchgeführt werden dürfen, ist im Einzelfall stets gesondert zu prüfen: **114**

Zunächst ist abzuklären, ob eine Weisung aufgrund negativer wirtschaftlicher Auswirkungen nachteilig ist: **115**

- Die Konzernspitze legt fest, dass anstelle der einzelnen lokalen Steuerberater nun eine internationale Steuerberatungskanzlei beauftragt werden soll, um ein schnelleres Reporting zu ermöglichen. Für die österreichische Tochtergesellschaft bedeutet der Wechsel einen höheren Kostenaufwand für die Steuerberatung, sie erspart sich intern jedoch eine aufwendige Erstellung von konzerninternen Berichten und erhält durch das schnellere Reporting ein effizientes Controllinginstrument.
- Die Konzernspitze möchte als familienfreundliches Unternehmen auftreten und daher werden die konzernweiten Öffnungszeiten von 9–18 Uhr festgelegt. Die österreichische Tochtergesellschaft hatte bisher Öffnungszeiten von 9–20 Uhr. Die Tochtergesellschaft hat dadurch Personalkostenvorteile. Die Stundenkürzungen führen zu Umsatzeinbußen.
- Die Konzernspitze möchte ein konzernweites einheitliches Compliance-System einführen und sieht in jeder Gesellschaft drei Compliance-Officers vor. Die österreichische Tochtergesellschaft hatte bisher lediglich einen Compliance-Officer. Durch die Verstärkung des Compliance Teams werden Verwaltungsstrafzahlungen reduziert. Die Personalaufstockung führt zu Mehrkosten.
- Die Konzernspitze möchte den Eintritt der österreichischen Tochtergesellschaft in einen geographisch günstig gelegenen Markt unterbinden, ohne diese Möglichkeit selbst zu nutzen oder diese Möglichkeit einer Schwestergesellschaft zukommen zu lassen. Der Markteintritt wäre mit signifikanten Investitionskosten bei der Tochtergesellschaft verbunden. Der Eintritt in diesen neuen Markt hätte erhebliche zusätzliche Absatzmöglichkeiten für die österreichische Tochtergesellschaft generiert.

Aus den Beispielen ist klar ersichtlich, dass der Muttergesellschaft kein messbarer geldwerter Vorteil im Zeitpunkt der Umsetzung der Maßnahme zufließt und **116**

¹⁶⁰ *Doralt/Diregger* in MünchKomm Aktiengesetz² Österr. Konz., Rz 73; Kastler/Doralt/Nowotny, GesR³, 241, 136; *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 81f.

¹⁶¹ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁵ § 311 Rz 62ff.

diese daher nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen. Liegt kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, bedeutet dies aber noch nicht, dass die Umsetzung einer Weisung deshalb per se keinen Nachteil für die Gesellschaft bedeuten kann. Die Prüfung der Nachteiligkeit einer Weisung hat sich immer am Unternehmenswohl der Gesellschaft zu orientieren:

- 117** Aus den ersten drei Beispielen ist nicht zwingend ableitbar, dass eine Umsetzung der von der herrschenden Gesellschaft geforderten Maßnahmen nachteilig sind, weil diese Maßnahmen mittelfristig zu einem Vorteil für die Untergesellschaft führen können. Im vierten Beispiel ist die Beurteilung, ob die Maßnahme letztendlich überhaupt nachteilig ist, jedenfalls nicht eindeutig bewertbar. Auch eine allfälliges übergeordnetes Konzerninteresse wäre in diesen Fällen als Rechtfertigung für die Umsetzung der Maßnahmen nicht ausreichend (vgl. Rz 111). Wenn eine Weisung tatsächlich nachteilig ist, darf der Vorstand diese Maßnahme ohne Nachteilsausgleich nicht umsetzen.
- 118** Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft sind innerhalb eines AG-Konzerns weisungsunabhängig und daher nicht verpflichtet, Weisungen der herrschenden Gesellschaft zu befolgen. Allerdings ist anerkannt, dass Weisungen, die nicht gegen das Unternehmensinteresse der abhängigen Gesellschaft verstoßen, grundsätzlich vom Vorstandsmitglied der abhängigen Gesellschaft befolgt werden können. Diesen Weisungen fehlt allerdings die rechtliche Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit.
- 119** Anders stellt sich die Situation in einem GmbH-Konzern dar: Hier sind die Geschäftsführer grundsätzlich verpflichtet, (nachteilige) Weisungen umzusetzen. Nur Weisungen, die gesetzeswidrig oder strafrechtswidrig sind, müssen vom Geschäftsführer nicht befolgt werden.
- 120** In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob ein Vorstandsmitglied bzw. Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft jegliche Weisungen erteilen darf, ohne eigene Sorgfaltspflichten verletzt zu haben.
- 121** Das Vorstandsmitglied bzw. der Geschäftsführer ist ausschließlich Organ der herrschenden Gesellschaft und daher gemäß § 70 AktG bzw. § 25 GmbHG zur Wahrung deren Interessen verpflichtet. Allerdings haben Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft im Rahmen ihrer Konzernleitungspflicht dafür zu sorgen, den gesamten Konzern zu leiten und zu überwachen.¹⁶² Dem Leitungsorgan der herrschenden Gesellschaft kommt ein unternehmerisches Ermessen gemäß § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG zu. Je nach Ausgestaltung der Konzernleitung (Höhe der Beteiligung, Unternehmensgegenstand, Ausrichtung des Konzerns, wirtschaftliche Situation der abhängigen Gesellschaften, Rechtsform der abhängigen Gesellschaften) können die Grenzen des unternehmerischen Ermessens abgesteckt werden.¹⁶³
- 122** Die Sorgfaltspflichten des Vorstandsmitglieds bzw. des Geschäftsführers des herrschenden Unternehmens umfassen daher auch den Gesamterfolg der Beteili-

¹⁶² Ausf dazu *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982) 43 ff; *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 18 Rz 18.

¹⁶³ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 60, *Kalss*, Der Konzern 3/2012, 89 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/934.

gungsunternehmen, weil diese ein Teil des Vermögens der herrschenden Gesellschaft darstellen (und das Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer zur Verwaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens verpflichtet sind).¹⁶⁴ Das bedeutet: Grundsätzlich ist bei der Konzernleitung von einem weiten Leitungsermessens des Vorstandsmitglieds bzw des Geschäftsführers auszugehen.¹⁶⁵ Das Vorstandsmitglied bzw der Geschäftsführer handelt dann sorgfaltswidrig, wenn er die abhängigen Gesellschaften schlecht überwacht.¹⁶⁶ Damit das Leitungsorgan sorgfaltsgemäß handelt, hat sich dieses am Interesse der herrschenden Gesellschaft zu orientieren, zu dem auch die Werthaltigkeit und Wertsicherung von abhängigen Gesellschaften gehört.¹⁶⁷

Grenzen der „Konzernleitungspflicht“ im Zusammenhang mit Weisungen der herrschenden Gesellschaft: **123**

- Das Vorstandsmitglied bzw der Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft darf die abhängige Gesellschaft durch eine Weisung nicht zu einer Verletzung fremder Forderungsrechte anweisen. Durch die erteilte Weisung veranlasst das Leitungsorgan der herrschenden Gesellschaft das Leitungsorgan der abhängigen Gesellschaft vorsätzlich dazu, gegen eine schuldrechtliche Verpflichtung zu verstoßen.¹⁶⁸ Hier könnte neben der Haftung des Leitungsorgans der abhängigen Gesellschaft auch eine Haftung des Leitungsorgans der herrschenden Gesellschaft argumentierbar sein, weil das Leitungsorgan der herrschenden Gesellschaft das Leitungsorgan der abhängigen Gesellschaft vorsätzlich zur Umsetzung der für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Weisung veranlasst hat.¹⁶⁹
- Die Erteilung von strafrechtswidrigen Weisungen oder Weisungen, die gegen das Einlagenrückgewährverbot verstoßen, sind unzulässig und dürfen vom Leitungsorgan der abhängigen Gesellschaft nicht befolgt werden. Auch hier handelt das Leitungsorgan der herrschenden Gesellschaft sorgfaltswidrig und außerhalb des ihm zukommenden unternehmerischen Ermessens.
- Weisungen der herrschenden Gesellschaft zu Fragen der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft, die sich in weiterer Folge als betriebswirtschaftliche Fehlentscheidung darstellen – unabhängig davon, ob diese von einem übergeordneten Konzerninteresse getragen sind – führen nur dann zu einer Haftung des Leitungsorgans des herrschenden bzw abhängigen Unternehmens, wenn dieses außerhalb des kaufmännisch vertretbaren Ermessens gehandelt hat.¹⁷⁰

¹⁶⁴ *Felzl/Milchrahm/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Hdb GF-Haftung Rz 10/42.

¹⁶⁵ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/934 mwN.

¹⁶⁶ *Felzl*, Konzernleitungspflicht, *ecolex* 2010, 358 (359).

¹⁶⁷ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 60.

¹⁶⁸ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 82.

¹⁶⁹ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 82.

¹⁷⁰ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG² § 15 Rz 81 f; *Altmeppen* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz⁴ § 317 Rz 19 ff.: Im deutschen Aktienrecht findet sich in § 317 Abs 3 dAktG eine ausdrückliche Regelung über die Haftung der Leitungsorgane der herrschenden Gesellschaft für nachteilige Weisungen.

2. Doppelmandate im Konzern – Informationsweitergabe

- 124** Durch die Übernahme von Doppelmandaten kommt es zwangsläufig zur erleichterten Informationserlangung, weil diese Personen in ihrer Funktion als Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder alle für ihre Entscheidung erforderlichen Informationen über mehrere Konzernebenen hinaus erhalten können.
- 125** In diesem Zusammenhang ist die grundsätzlich bestehende Verschwiegenheitsverpflichtung (§ 84 Abs 1 und § 99 AktG) zu nennen. Das Vorstandsmitglied hat über vertrauliche Angaben sowie über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Stillschweigen zu wahren. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 47a AktG verbietet eigentlich ein Weitergaberecht der Informationen innerhalb des Konzerns. Bei börsennotierten Unternehmen sind zusätzlich Geheimhaltungs- und Bekanntmachungspflichten zu beachten (§ 48b Abs 1 BörseG, L-Regel 17, 34 CGK, vgl für börsennotierte Unternehmen RZ 89 f).
- 126** Aufgrund der gesetzlich eingeräumten konzernbezogenen Informationsrechte (Fragerecht der Aktionäre gemäß § 118 AktG, Fragerecht des Aufsichtsrats gemäß § 95 Abs 2 AktG, Vorlagepflichten für die Erstellung des Konzernabschlusses gemäß § 248 Abs 3 UGB) bestehen nach der hA Auskunftspflichten der abhängigen Gesellschaft gegenüber der Konzernobergesellschaft.¹⁷¹ Dh eine Weitergabe der Informationen der abhängigen Gesellschaft an die herrschende Gesellschaft ist dann zulässig, wenn dies zur Wahrnehmung der Konzernleitung erforderlich ist, beispielsweise zur Sicherung der Konzernüberwachung, Herstellung der konzernmäßigen Aufgaben- und Arbeitsteilung oder zur Ausübung von besonderen Mitgliedschaftsrechten.¹⁷² Nach überwiegender Ansicht ist die Weitergabe von Informationen an die herrschenden (Mehrheits-)Gesellschafterin im Rahmen der Konzernführung zulässig, um eine Konzernkoordinierung zu ermöglichen. Letztlich hat das Vorstandsmitglied der abhängigen Gesellschaft zu entscheiden, welche Informationen weitergegeben werden.¹⁷³

3. Doppelmandate im Konzern – Stimmverbot?

a) Kein generelles Stimmverbot in Vorstandssitzungen

- 127** Bei Doppelmandatsfunktionen könnte man zur Ansicht gelangen, dass das betreffende Vorstandsmitglied sich seiner Stimme in den jeweiligen Vorstandssitzungen enthalten müsse, wenn Interessen bei der Gesellschaften berührt werden. Ein solches generelles Stimmverbot würde aber mit der Gesamtverantwortung des Vorstands unvereinbar sein und de facto auf ein Verbot von Vorstandsdoppelmandaten hinauslaufen, die jedoch als Mittel zur Konzernleitung anerkannt sind.¹⁷⁴ Ein generelles Stimmverbot¹⁷⁵ ist aber auch deswegen abzulehnen, weil dies den

¹⁷¹ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 118 Rz 58 f; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 112 Rz 4, *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/938.

¹⁷² *Kalss* in *Kalss/Kunz Handbuch für den Aufsichtsrat*² § 26 Rz 35 mwN.

¹⁷³ *Kalss*, GesRZ 2010, 131; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 15.

¹⁷⁴ *Hausmaninger/Grazil/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft, Rz 177; *Kalss*, GesRZ 2010, 141; *Weiß*, Compliance-Berater 4/2014 (S 99) mwN.

¹⁷⁵ *Schmidt/Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 125 Rz 6 mwN.

Erfordernissen der Unternehmenswirklichkeit und Konzernsachverhalten nicht gerecht wird.¹⁷⁶ Trotzdem kann es bei Insiich-Geschäften (dh in Fällen des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung), um eine gute Corporate Governance zu gewährleisten, anzuraten sein, dass sich das betroffene Vorstandsmitglied nach Offenlegung des Interessenkonfliktes, von der Teilnahme an der Beschlussfassung und unter Umständen auch von den dazugehörigen entsprechenden Beratungen fernhält, um eine unabhängige Entscheidungsfindung im Gremium (Gesamtvorstand, Geschäftsführung, Aufsichtsrat) sicherzustellen.¹⁷⁷

b) Gesetzliche Stimmverbote

Weitere Stimmverbote im Zusammenhang mit Doppelmandatskonstellationen **128** betreffen das Stimmverbot bei der Befreiung des Aktionärs von einer schuldrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Verbindlichkeit. Ein Aktionär, der zugleich Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats ist, unterliegt einem Stimmverbot bei der Beschlussfassung über (i) die Geltendmachung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen ihn (§ 125 AktG) sowie (ii) bei der Bestellung von Sonderprüfern im Rahmen der Hauptversammlung, wenn der zu prüfende Sachverhalt mit ihm zusammenhängt (§ 130 Abs 1 Satz 2 AktG). Der letztgenannte Stimmrechtsausschluss gilt auch für juristische Personen, deren Vertreter zugleich dem Vorstand oder Aufsichtsrat einer AG angehören, sofern diese Vertreter die juristische Person so vollständig beherrschen, dass die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung ihrer alleinigen Willensentschließung unterliegt.¹⁷⁸

c) Stimmverbot bei der Entscheidung über die eigene Entlastung

Besonders praxisrelevant ist die Frage der Entlastung von Vorstandsmitgliedern bzw Geschäftsführern bei Doppelmandaten innerhalb des Konzerns. **129**

aa) AG-Konzern

§ 125 AktG regelt, dass bei Beschlussfassungen in eigener Sache die Aktionäre **130** einem Stimmrechtsverbot unterliegen und zwar bei der Entlastung, bei der Befreiung von einer Verbindlichkeit und Geltendmachung eines Anspruchs. Dadurch sollen Interessenkonflikte vermieden werden, da bei diesen Beschlussfassungen potentiell die Gefahr besteht, dass gesellschaftsfremde Eigeninteressen über das Gesellschaftsinteresse gestellt werden.¹⁷⁹

Die Hauptversammlung beschließt in der Aktiengesellschaft über die Entlastung der Vorstände. In Konzernsachverhalten vertreten oft die Vorstandsmitglieder der Muttergesellschaft diese in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft. In **131**

¹⁷⁶ Hausmaninger/Graztl/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft, Rz 177; Kalss, GesRZ 2010, 141.

¹⁷⁷ Spindler in MünchKomm AktG4 § 93 Rz 61 ff mwN; nach Karollus, ÖBA 2016, 252 kann nur so der Gefahr begegnet werden, dass ein befangenes Vorstandsmitglied die gesamte Entscheidung im Gremium auch für die unbefangenen Vorstandsmitglieder „infiziert“.

¹⁷⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 118 Rz 6; OGH 31.07.2015, 6Ob196/14p; OGH 31.07.2015, 6Ob79/15h; OGH 8.05.2008, 6 Ob 28/08y, GesRZ 2008, 304.

¹⁷⁹ Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 125 Rz 1 ff.

dieser Konstellation würden Doppelmandatsträger automatisch über die eigene Entlastung entscheiden. Vor dem Hintergrund des Verbots des „Richtens in eigener Sache“ unterliegt der zu entlastende Doppelmandatsträger bei der Stimmabgabe in der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft einem Stimmverbot.¹⁸⁰

- 132** Wie bei der GmbH ist auch bei der AG eine Gesamtentlastung üblich, dh sämtliche Vorstandsmitglieder werden gleichzeitig entlastet. Im Falle einer Gesamtentlastung unterliegen Aktionäre, die Mitglieder des jeweiligen betroffenen Organs sind, einem Stimmverbot.¹⁸¹ Findet eine Einzelentlastung statt, dann hat jedenfalls das betroffene Mitglied kein Stimmrecht.¹⁸² Ob auch die anderen Organmitglieder – bei der Einzelentlastung – einem Stimmverbot unterliegen, wird nach überwiegender Lehre abgelehnt.¹⁸³ Nach *Schmidt-Pachinger* soll ein Stimmverbot auch bei Einzelentlastung bestehen, da trotz einer bestehenden Ressortverteilung eine Gesamtverantwortung bestehe und daher sehr wohl Interessen jedes einzelnen Organmitgliedes betroffen sind.¹⁸⁴

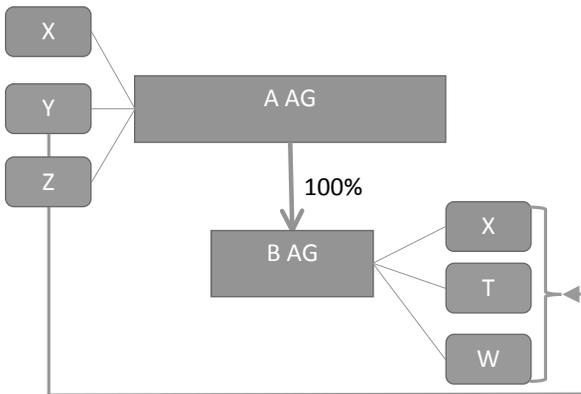


Abb. 3: X, Y und Z sind Vorstandsmitglieder der A-AG. X, T und W sind Vorstandsmitglieder der B-AG.

bb) Erteilung der Entlastung durch nicht betroffene Vorstandsmitglieder

- 133** Sollte die herrschende Gesellschaft neben dem betroffenen Vorstandsmitglied noch weitere Vorstandsmitglieder haben, welche nicht zugleich Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft und diese ohne das betroffene Vorstandsmitglied vertretungsbefugt sind, gilt für diese Vorstandsmitglieder das Stimmverbot nicht und diese können daher die Entlastung für das betroffene Vorstandsmitglied in der abhängigen Gesellschaft erteilen.
- 134** Für den Fall, dass alle Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft zugleich auch Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft sind, kann es zu keiner Gesamtentlastung des Vorstands in der abhängigen Gesellschaft kommen,

¹⁸⁰ *Diegmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 149; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/627.

¹⁸¹ *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 125 Rz 10. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser* AktG⁵ § 125 Rz 3.

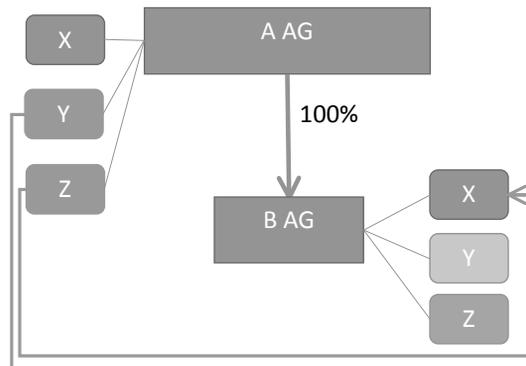
¹⁸² *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser* AktG⁵ § 125 Rz 3.

¹⁸³ *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 125 Rz 10 mwN.

¹⁸⁴ *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 125 Rz 10.

weil alle Vorstandsmitglieder von einem Stimmverbot erfasst sind. Ob in einem solchen Fall eine Einzelentlastung durch die jeweils anderen Vorstandsmitglieder möglich ist, scheint vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des OGH¹⁸⁵ zum ähnlich gelagerten Interessenkonflikt bei der GmbH uE fragwürdig zu sein bzw auf den zu entlastenden Sachverhalt anzukommen: Nach dieser Entscheidung unterliegt der Gesellschafter-Geschäftsführer dann keinem Stimmrechtsausschluss, wenn über die Entlastung eines anderen Geschäftsführers abgestimmt wird und dessen Entlastung nicht zugleich eine Billigung des Verhaltens des abstimmenden Gesellschafter-Geschäftsführers bedeutet. Bei einer gemeinschaftlichen Verantwortung soll der Gesellschafter-Geschäftsführer daher vom Stimmrecht ausgeschlossen sein. Stimmberechtigt ist der Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen, wenn über eine konkrete Maßnahme eines Geschäftsführers abgestimmt wird und diese Maßnahme sich auf keine den Gesellschafter-Geschäftsführer treffende Pflicht bezieht (zB: Überwachungspflicht; Kardinalpflichten: Führung der Bücher, Aufstellung des Jahresabschlusses).¹⁸⁶

Abb. 4: X, Y und Z sind Vorstandsmitglieder der A-AG. X, Y und Z sind ebenfalls Vorstandsmitglieder der B-AG.



cc) Eskalation der Entscheidung an die (oberste) Gesellschafterebene

Für den Fall, dass alle Mitglieder der abhängigen Gesellschaft zugleich auch Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft sind und die handelnden Personen sich – im Lichte der oben erwähnten Rechtsprechung – nicht gegenseitig entlasten können, besteht uE folgende Möglichkeit: Die Entscheidung über die Entlastung der Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft wird auf die übergeordnete bzw oberste Gesellschafterebene „eskaliert“. Die Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft (also die oberste Eigentümerebene) erteilt ihre Zustimmung zur Entlastung der handelnden Personen, sowohl für die Ebene der herrschenden, als auch für die Ebene der abhängigen Gesellschaft. Die Eskalierung der Entscheidung über die Entlastung setzt freilich voraus, dass die Vertreter der obersten Eigentümerebene nicht zugleich Vorstandsmitglieder der herrschenden bzw abhängigen Gesellschaft sind.

135

¹⁸⁵ OGH 28.08.2013, 6 Ob 88/13d.

¹⁸⁶ OGH 28.08.2013, 6 Ob 88/13d; vgl auch *Schmidt* in Scholz, GmbHG10 § 47 Rz 134. *Walch*, Stimmrechtsverbot bei Entlastungsbeschluss, NZ 2014/7 mwN.

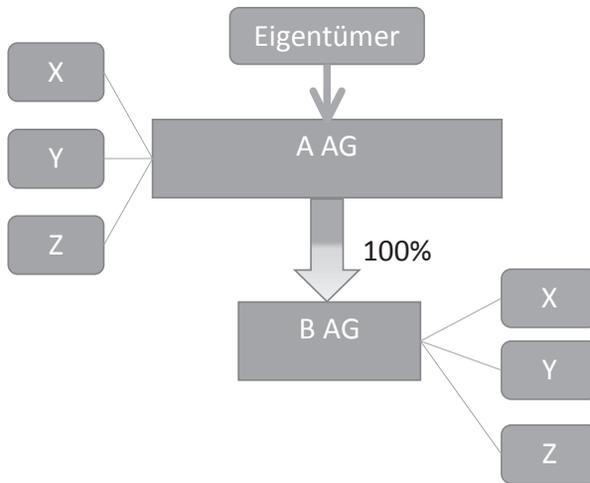


Abb. 5: X, Y und Z sind Vorstandsmitglieder der A-AG und B-AG. Eigentümer der A-AG ist eine natürliche oder juristische Person.

dd) Rechtswirksamkeit des Entlastungsbeschlusses trotz Verletzung von § 125 AktG

- 136 Gerade in jenen Konstellation, in denen die Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft ident mit den Leitungsorganen der beteiligten Gesellschaft sind, kann es vorkommen, dass eine Entlastung nicht möglich ist. Trotzdem können derartige Entlastungsbeschlüsse in der AG (auch wenn an diesen entgegen § 125 AktG der zu Entlastende selbst mitgewirkt hat) Rechtswirksamkeit erlangen, wenn auch nur mit Hilfe eines Formalarguments: Beschlüsse, die gegen § 125 AktG verstoßen, sind nicht absolut nichtig, sondern nur anfechtbar (vgl. *Aumüller/Heiler* Rz 45/50 ff).¹⁸⁷ Absolute Nichtigkeit wird im Aktienrecht bei Vorliegen von strafrechtswidrigen/sittenwidrigen Beschlüssen und bei Beschlüssen, die Gläubigerschutzvorschriften verletzen (so zB bei unzulässiger Gewinnausschüttung) angenommen.¹⁸⁸ Daher kann für diese Entlastungsbeschlüsse Rechtswirksamkeit erlangt werden, wenn der förmlich festgestellte Beschluss nicht binnen eines Monats nach Beschlussfassung angefochten wird (§ 197 Abs 2 AktG).¹⁸⁹

ee) GmbH-Konzern – Stimmverbot

- 137 § 39 Abs 4 GmbHG statuiert, dass ein Gesellschafter bei einem Gesellschafterbeschluss nicht mitstimmen darf, wenn er durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll. Dies gilt auch für den Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit der Gesellschaft. Damit soll verhindert werden, dass eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens aufgrund eines Interessenkonfliktes eintritt.¹⁹⁰ Im Vergleich zum AktG ist der Anwendungsbereich von

¹⁸⁷ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 125 AktG Rz 9; *Schmidt-Pachinger* in in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 125 Rz 28.

¹⁸⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/642.

¹⁸⁹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 197 AktG Rz 5.

¹⁹⁰ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 39 Rz 3.

§ 39 Abs 4 GmbHG weiter, als auch die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit der Gesellschaft sowie die Vorteilszuwendung genannt sind.

Das Stimmverbot gilt auch dann, wenn der Interessenkonflikt nicht beim Gesellschafter selbst, sondern bei seinem organschaftlicher Vertreter vorliegt, der seine Stimmrechte bei der Generalversammlung ausübt.¹⁹¹ Daher darf der Geschäftsführer sein Stimmrecht nicht ausüben, wenn über seine eigene Entlastung beschlossen wird. Das Stimmverbot gilt unabhängig davon, ob über eine Einzelentlastung oder eine Gesamtentlastung beschlossen werden soll.¹⁹² 138

In diesem Zusammenhang ist weiters zu beachten, dass in der GmbH – anders als in der AG – die Entlastung alle Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer ausschließt, die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung aus den von den Geschäftsführern vorgelegten Unterlagen ersichtlich sind, über die berichtet wurde oder auf andere Weise für die Gesellschafterversammlung erkennbar waren.¹⁹³ Die Entlastung hat dann keine haftungsbefreiende Wirkung, wenn die vom Geschäftsführer vorgelegten Unterlagen unvollständig und Pflichtverstöße daraus nicht erkennbar waren.¹⁹⁴ Gleiches gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer in der Berichterstattung seine Pflichtverletzungen und von ihm verursachte Schäden verschleiert.¹⁹⁵ 139

Aber auch für den GmbH-Konzern kann das bereits oben für die AG aufgezeigte „Formalargument“ fruchtbar gemacht werden: Gemäß § 41 GmbHG ist eine Anfechtungsklage binnen einem Monat vom Tage der Absendung der Kopie des Protokolls der Generalversammlung zu erheben. Mit der Anfechtungsklage können mangelhafte Beschlüsse aufgehoben werden. Absolute Nichtigkeit wird auch bei der GmbH nur bei Vorliegen von strafrechtswidrigen/sittenwidrigen Beschlüssen und bei Beschlüssen, die Gläubigerschutzvorschriften verletzen (so zB bei unzulässiger Gewinnausschüttung) angenommen.¹⁹⁶ Der Entlastungsbeschluss hat den Zweck, die Geschäftsführer von möglichen der Gesellschaft zustehenden Schadenersatzansprüchen aufgrund einer pflichtwidrigen Geschäftsführung zu befreien. Durch den Entlastungsbeschluss werden daher keine Gläubigerinteressen beeinträchtigt, da mit der Erteilung oder Nichterteilung der Entlastung ausschließlich die Individualrechte der einzelnen Gesellschafter geschützt werden. Aufgrund der gleichen Interessenlage im AG-Konzern kann von einer analogen Anwendung ausgegangen werden.¹⁹⁷ Auch der OGH bewertet die Mitwirkung ei- 140

¹⁹¹ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 39 Rz 17.

¹⁹² *Enzinger* in Straube, GmbHG § 39 Rz 95; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler GmbHG* § 39 Rz 40 mwN.

¹⁹³ *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG* § 35 Rz 19.

¹⁹⁴ OGH 04.08.2009, 9 ObA 149/08i; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 240.

¹⁹⁵ *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 240 mit Verweis auf *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/291 mwN*.

¹⁹⁶ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/305 mwN*; aA *Harrer* der alle gegen zwingendes Recht verstößende Beschlüsse für absolut nichtig hält in *Haftungsprobleme 81 ff*.

¹⁹⁷ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/305 mwN*.

nes vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafters an einer Beschlussfassung in der Generalversammlung der Gesellschaft (wenn dessen Stimme bei der Beschlussfassung mitberücksichtigt wurde) nicht als per se ungültig, sondern lässt die Anfechtung eines derartigen Beschlusses zu.¹⁹⁸

- 141 Verstreicht demnach die einmonatige Anfechtungsfrist für den Entlastungsbeschluss, kann argumentiert werden, dass selbst ein entgegen § 39 Abs 4 GmbHG gefasster Entlastungsbeschluss Rechtswirksamkeit erlangen kann.

B. Interessenkonflikte beim Abschluss von Geschäften zwischen Gesellschafter und Gesellschaft

- 142 Es gibt – mit Ausnahme der Fälle des § 125 AktG (betreffend Beschlüsse über die Entlastung, die Befreiung von Verbindlichkeiten und Geltendmachung eines Anspruches gegenüber einem Aktionär) – keine allgemeine Regelung in Bezug auf Stimmverbote für Aktionäre im Aktiengesetz.¹⁹⁹ In der Lehre wird jedoch mit Verweis auf die Wertungen der Rechtsprechung zu § 39 Abs 4 GmbHG eine analoge Anwendung des Stimmverbotes gemäß § 125 AktG in Einzelfällen anerkannt.²⁰⁰
- 143 Hingegen regelt das GmbHG in § 39 Abs 4, dass bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes zwischen Gesellschaft und Gesellschafter der betroffene Gesellschafter einem Stimmverbot unterliegt. Das Stimmverbot gilt unabhängig davon, ob der Gesellschaft ein Nachteil erwächst.²⁰¹ Das Stimmverbot gilt grundsätzlich für den unmittelbar betroffenen Gesellschafter, dieser ist von seinem Stimmrecht auch dann ausgeschlossen, wenn das Rechtsgeschäft mit einer ihm nahestehenden (juristischen) Person abgeschlossen wird.
- 144 Auf EU-Ebene ist zukünftig eine Genehmigung von „related party transaction“ im Rahmen der Aktionärsrechte-Richtlinie²⁰² geplant. Nach der Richtlinie sollen wesentliche Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen spätestens zum Zeitpunkt des Abschlusses gemeinsam mit einem Bericht, ob die Transaktion marktüblich, fair und vernünftig ist, veröffentlicht werden. Dieser Bericht ist von einem unabhängigen Dritten, dem Aufsichtsgremium oder einem Ausschuss zu erstellen.
- 145 Weiters sieht der Entwurf der Richtlinie vor, dass wesentliche Transaktionen von den Aktionären oder dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan genehmigt werden müssen. Vermutlich wird sich der österreichische Gesetzgeber in diesem Zusammenhang zu einem Stimmverbot für von derartigen Transaktionen betroffenen

¹⁹⁸ OGH 28.08.2013, 6 Ob 88/13d mwN.

¹⁹⁹ *Schmidt-Pachinger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 25 Rz 6 mwN.

²⁰⁰ *Schmidt-Pachinger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 125 Rz 6 mwN; OGH 12.10.2006, 6 Ob 139/06v.

²⁰¹ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 39 Rz 98; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 39 Rz 42.

²⁰² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, KOM (2014) 213.

Aktionären entscheiden.²⁰³ Weiters können die Mitgliedsstaaten auch entscheiden, wer die Genehmigung der Transaktion vornehmen soll. Es ist keine zwingende Zustimmungskompetenz der Hauptversammlung mehr vorgesehen.²⁰⁴ Anzunehmen ist, dass der österreichische Gesetzgeber diese Kompetenz dem Aufsichtsrat zuweisen wird, da ihm bereits gemäß § 97 AktG eine Zustimmungskompetenz bei Insihgeschäften zukommt.

Die Aktionärsrechte-Richtlinie umfasst²⁰⁵ Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder, leitende Angestellte und Prokuristen, die für die Planung, Leitung oder Überwachung zuständig sind. Ebenfalls als nahestehende juristische Personen gelten Mitglieder derselben Unternehmensgruppe (Mutter-, Tochter-, und Schwesterunternehmen), Gemeinschaftsunternehmen sowie assoziierte Unternehmen (Vermutung bei einem Stimmrechtsanteil von 20 %).²⁰⁶ **146**

Sinnvoller Weise sollte die Geschäftsordnung des Vorstandes (wie auch des Aufsichtsrates) Regelungen darüber enthalten, wie mit derartigen Interessenkonflikten (*party related transactions*) umzugehen ist.²⁰⁷ **147**

²⁰³ Artikel 9c – Punkt 2a der Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung (COM(2014)0213 – C7-0147/2014 – 2014/0121(COD)) sieht vor: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass nahe stehende Unternehmen und Personen sowie ihre Vertreter von der Erstellung des in Absatz 1 genannten Berichts und von den Abstimmungen und Entscheidungen, die gemäß Absatz 2 stattfinden, ausgeschlossen sind. Ist ein Aktionär an der Transaktion mit nahe stehenden Unternehmen und Personen beteiligt, ist er von einer etwaigen Abstimmung, die diese Transaktion betrifft, ausgeschlossen. Die Mitgliedstaaten können zulassen, dass ein Aktionär, der ein nahe stehendes Unternehmen oder eine nahestehende Person ist, an der Abstimmung teilnimmt, sofern das einzelstaatliche Recht angemessene Schutzmechanismen enthält, die während des Abstimmungsverfahrens gelten, um die Interessen der Aktionäre, die keine nahe stehenden Unternehmen oder Personen sind, einschließlich Minderheitsaktionäre, zu schützen, indem das nahestehende Unternehmen oder die nahestehende Person daran gehindert wird, die Transaktion zu genehmigen, obwohl die Mehrheit der Aktionäre, die keine nahestehenden Unternehmen oder Personen sind, und die Mehrheit der unabhängigen Mitglieder der Unternehmensleitung gegenteiliger Meinung sind.“

²⁰⁴ Zollner/Dollenz, Related Party Transaction – alte und neue Anforderungen an den Aufsichtsrat, Aufsichtsratsaktuell 2016 H 2, 6.

²⁰⁵ Die Aktionärsrechte-Richtlinie verweist hier auf die Definition in IAS 24.9, die weit gefasst ist und für nahestehenden Personen vorsieht, dass diese (i) die Gesellschaft beherrscht, (ii) an der gemeinsamen Führung beteiligt ist oder (iii) einen maßgeblichen Einfluss auf die betroffenen Parteien hat.

²⁰⁶ Zollner/Dollenz, Related Party Transaction – alte und neue Anforderungen an den Aufsichtsrat, Aufsichtsratsaktuell 2016 H 2, 6 mwN.

²⁰⁷ Vgl *Briem* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 12 Rz 50 zur Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat.

C. Typische Interessenkonfliktsituationen bei ausgewählten Transaktionen

1. Transaktionen mit Geschäftsleitern

148 Ein Paradebeispiel für einen Interessenkonflikt liegt vor, wenn die Gesellschaft mit der Geschäftsleitung (Vorstandsmitglied) eine Transaktion durchführt, zB ein Unternehmen von einem seiner Vorstandsmitglieder erwirbt oder an ein solches veräußert. Beim Share Deal ist das Organ selbst oder eine von ihm direkt oder indirekt beherrschte Gesellschaft Käuferin oder Verkäuferin, beim Asset Deal regelmäßig die vom Organ gehaltene oder eigens gegründete Käufergesellschaft. Denkbar sind aber auch Fälle, in welchen die Gesellschaft lediglich eine Minderheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft vom Organ erwirbt oder an dieses veräußert, sie eigene Aktien vom Organ zurückkauft oder an dieses veräußert. Ebenfalls hier zu nennen sind Fälle, in welchen Verschmelzungen mit Gesellschaften, die vom Organ kontrolliert werden, im Raum stehen. In all den genannten Sachverhaltskonstellationen liegt in der Regel (ein direkter oder indirekter) Interessenkonflikt vor. Ein Interessenkonflikt liegt zudem auch regelmäßig dann vor, wenn als Gegenpartei der Gesellschaft eine Person aus dem Naheverhältnis des Vorstandsmitglieds agiert (zB Ehegatte oder Verwandte in auf- oder absteigender Linie – siehe dazu bereits oben unter Rz 143 f).

149 Unter solchen Umständen soll das vom Konflikt betroffene Vorstandsmitglied bei der Beschlussfassung nicht mitwirken und jedenfalls die Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt werden.²⁰⁸ Darüber hinaus drängt sich in derartigen Konstellationen die Frage auf, ob man nicht das vom Konflikt betroffene Vorstandsmitglied ganz oder teilweise von Informationen im Zusammenhang mit der fraglichen Transaktion – zB durch sogenannte Chinese Walls – abschottet.²⁰⁹ Es würde ansonsten die Verhandlungsposition der kaufenden bzw verkaufenden Gesellschaft zB erheblich beeinträchtigen, wenn interne Bewertungsüberlegungen, Due Diligence-Berichte, Red Flag Dokumente oder Vertragsentwürfe bereits vorab der „Gegenseite“ zugänglich gemacht würden. In Transaktionen mit dem Vorstandsmitglied oder einem ihm zurechenbaren Dritten kann je nach Umständen auch empfohlen werden, eine sogenannte Fairness Opinion einzuholen oder gar zB über eine Auktion (auction sale) einen Markttest durchzuführen.

2. Leveraged Buyout bzw Management Buyout

150 Bei Leveraged Buyout-Transaktionen (LBO)²¹⁰ handelt es sich zumeist um fremdfinanzierte Unternehmenskäufe durch Private Equity-Unternehmen. Das Management und andere Schlüsselmitarbeiter verbleiben oft nach dem Vollzug der Transaktion beim erworbenen Unternehmen und der neue Gesellschafter versucht durch deren Knowhow und ihre Mitarbeit den Unternehmenswert im Hin-

²⁰⁸ G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 227; für eine ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats in derartigen Konstellationen *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 97 Rz 8 mwN.

²⁰⁹ Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 322.

²¹⁰ Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band I² 512 mit Verweis auf Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung⁴ (2013) 295 ff.

blick auf einen zukünftigen Verkauf oder anderweitig konstruierten Exit möglichst zu maximieren. Fremdfinanzierte Buyouts durch die Geschäftsleitung hingegen, an denen Finanzinvestoren nicht oder nur in einem geringeren Ausmaß beteiligt sind, werden als Management-Buyouts (MBO) bezeichnet.²¹¹ Bei einem LBO oder MBO sind die Geschäftsleitungsmitglieder nahezu zwangsläufig von einem Interessenkonflikt betroffen. Einerseits haben sie die Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre wahrzunehmen (zB entweder gar keinen Verkauf anzutreiben oder aber einen beschlossenen Verkauf abzuwickeln). Andererseits treten die Geschäftsleitungsmitglieder auch als unmittelbare Gegenpartei auf. Beim MBO verhandelt das Management demnach für sich selbst und für die Gesellschafter des Unternehmens; ein Umstand, der nachvollziehbar einen Interessenkonflikt bedeutet. Beim MBO kommt darüber hinaus noch hinzu, dass mit den finanzierenden Banken ein redlicher Austausch von vertraulichen Informationen über das Unternehmen stattfindet. Eine derartige Preisgabe von Unternehmensinformationen scheint aber bereits unter dem Gesichtspunkt der Geheimhaltungsverpflichtung des Vorstands aufgrund § 84 Abs 1 Satz 2 AktG äußerst fraglich zu sein und könnte daher zu einer Abberufung des Vorstands führen (vgl. *Foglar-Deinhardstein/Hartig Rz 32/8 ff.*).

Auch beim LBO verhält es sich letztendlich nicht anders: Im fortschreitenden Transaktionsprozess wird die Geschäftsleitung eher in Richtung der Seite des Finanzinvestors tendieren und ab einem gewissen Zeitpunkt den Anliegen des Finanzinvestors als zukünftigen Eigentümer mehr Beachtung schenken (und diesem ebenfalls geheimzuhaltende Unternehmensinformationen offenlegen). Aufgrund der speziellen Fallkonstellationen bei MBO- und LBO-Transaktionen (das Management wird de facto auf Verkäufer- und Käuferseite tätig) ist dem Management jedenfalls anzuraten, die vorherige Zustimmung bzw. Einwilligung der zu übertragenden Gesellschaft einzuholen. Die Zustimmung erfolgt hier uE durch den Aufsichtsrat gemäß § 97 Abs 1 AktG. Allenfalls wäre noch denkbar, dass die Entscheidung über die Zustimmung an die Hauptversammlung gemäß § 103 Abs 2 AktG durch den Vorstand oder den Aufsichtsrat herangetragen wird.

151

3. Transaktionen im Bereich des Übernahmerechts

Das Übernahmerecht gelangt gemäß § 2 ÜbG für öffentliche Angebote zum Erwerb von Beteiligungspapieren, die von einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ausgegeben wurden und an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, zur Anwendung. Ein öffentliches Angebot ist bei einem Kontrollwechsel den anderen Inhabern von Beteiligungspapieren zu unterbreiten.²¹² Das Übernahmerecht versucht Interessenkonflikte hintanzuhalten und sieht so in den allgemeinen Bestimmungen als auch in Bezug auf die von der Zielgesellschaft abzugebende Stellungnahme vor, dass potentielle Konflikte offengelegt werden und Eigeninteressen nicht vorrangig sein dürfen.

152

Als allgemeinen Grundsatz sieht § 3 ÜbG vor, dass Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft im Interesse aller Aktionäre und sonstigen Inhaber von Betei-

153

²¹¹ *Hölters in Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs⁴ 26 ff.

²¹² *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht (2003) Rz 37.

ligungspapieren wie auch im Interesse der Arbeitnehmer, der Gläubiger und im öffentlichen Interesse handeln müssen.

- 154** Bei freundlichen Übernahmen oder Pflichtangebotsverfahren, aber auch beim MBO (siehe Rz 150 f) können Interessenkonflikte bei Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft auftreten. Der Grund hierfür liegt darin, dass in der von der Zielgesellschaft abzugebenden Stellungnahme gemäß § 14 ÜbG der Vorstand und uU auch der Aufsichtsrat darlegen sollen, wie diese das Angebot bewerten. Das bedeutet aber auch, dass der Vorstand bzw Aufsichtsrat in der Zielgesellschaft die Annahme des Anbots bei Interessenkonflikten blockieren könnte, indem er in pflichtwidriger Weise eine von Eigeninteressen getragene Stellungnahme abgibt.
- 155** In diesem Zusammenhang sind Interessenkonflikte des Vorstandes oder des Aufsichtsrates offenzulegen. So hat das Vorstandsmitglied beispielsweise offenzulegen, welche Beteiligungspapiere und Optionen an der Zielgesellschaft selbst gehalten werden. Auch wäre offenzulegen, wenn das Vorstandsmitglied – trotz Empfehlung der Annahme des Angebotes – dieses im Hinblick auf die von ihnen gehaltenen Beteiligungspapiere nicht annimmt.²¹³
- 156** Daher ist zusätzlich für die Beurteilung des Angebots als auch für die Überprüfung der vom Vorstand bzw Aufsichtsrat abgegebenen Stellungnahme vom Aufsichtsrat ein Sachverständiger zu bestellen.²¹⁴
- 157** Sollten diese Äußerungen bzw Empfehlungen des Vorstands bzw Aufsichtsrats nicht übereinstimmen, wird grundsätzlich die Mehrheitsmeinung als auch die Minderheitsmeinung veröffentlicht. Für den Fall, dass keine mehrheitsfähige Meinung gefunden werden kann, werden die Pro und Contra Argumente jedes einzelnen Mitglieds veröffentlicht.²¹⁵
- 158** In der Praxis ist bei Vorliegen von Interessenkonflikten (Beteiligung des Vorstandsmitgliedes an der Zielgesellschaft) die Einholung einer Fairness Opinion durch das betroffene Vorstandsmitglied durchaus üblich.

4. Verschmelzungen und Spaltungen

- 159** Auch im Bereich von Verschmelzungen und Spaltungen können Interessenkonflikte auftreten. Der Verschmelzungsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung durch die Hauptversammlung der Gesellschaft (§ 221 AktG). Ist zum Beispiel Herr X in der A-AG Vorstandsmitglied, die wiederum 77 % an der B-AG innehat und deren weiteren 23 % vom Vorstandsmitglied X selbst gehalten werden, ist bereits allein aufgrund dieser Konstellation von einem Interessenkonfliktpotential auszugehen, weil sich hier gleichzeitig eine Organposition bei der übernehmenden A-AG und eine Gesellschafterposition bei der zu übertragenden B-AG gegenüber stehen. Bei derartigen Konstellationen gelangen – wie bereits unter Rz 71 aufgezeigt – die allgemeinen Grundsätze zur Lösung von Interessenkonflikten zur Anwendung, nach denen an den Beschlussfassungen in den jeweiligen

²¹³ *Huber/Trenkwalder* in Huber, Übernahmegesetz (2007) § 14 Rz 12 ff.; *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht (2003) 113 ff.

²¹⁴ *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht (2003) Rz 113 ff.

²¹⁵ *Huber/Trenkwalder* in Huber, Übernahmegesetz (2007) § 14 Rz 12 ff.

Gesellschaften bzw Organen nur konfliktfreie Vorstandsmitglieder bzw Aktionäre mitwirken sollen.

Auch bei Spaltungen sind Interessenkonfliktsituationen denkbar. Wird zum Beispiel im Zuge einer Abspaltung zur Aufnahme gemäß § 1 Abs 2 Z 2 SpaltG ein Geschäftsbereich auf eine Gesellschaft übertragen, die im Eigentum oder Einflussbereich des Vorstandes der übertragenden Gesellschaft steht, besteht auch hier aufgrund der Identität zwischen der Organfunktion in der übertragenden Gesellschaft und der Gesellschafterfunktion in der übernehmenden Gesellschaft ein Interessenkonflikt. Auch in diesem Fall empfiehlt es sich, bereits in einem frühen Stadium die Organträger zumindest so zu besetzen, dass diese sich personell eigenständig zusammensetzen, um damit zu gewährleisten, dass die entsprechenden Verträge (einschließlich allfälliger Dienstleistungsverträge zwischen den beiden Gesellschaften) zwischen voneinander unabhängigen Organen und Teams verhandelt werden können. **160**

Die bei der Verschmelzung und bei der Spaltung genannten Beispiele für Interessenkonfliktsituationen ergeben sich zumeist in Konstellationen, in denen ein Aktionär eine (bedeutende) Beteiligung an den beteiligten Gesellschaften hält und ebenso im Vorstand einer der Transaktionsparteien vertreten ist.²¹⁶ **161**

Bei der Verschmelzung sind Interessenkonflikte auch dann denkbar, wenn das Vorstandsmitglied nicht selbst eine Beteiligung an beiden bzw mehreren an der Transaktion beteiligten Gesellschaften hält, etwa wenn das Vorstandsmitglied nach Durchführung der Verschmelzung und Spaltung in der übernehmenden Gesellschaft Organmitglied wird. Auch hier kann das Vorstandsmitglied mit gegenläufigen Interessen konfrontiert sein, weil es einerseits in seiner Funktion in der zu übernehmenden Gesellschaft im Interesse der Aktionäre ein möglichst gutes Umtauschverhältnis erzielen muss, andererseits sein Interesse als zukünftiges Organmitglied wohl in einer niedrigen bzw vorsichtigen Bilanzbewertung besteht. **162**

Wie bereits ausgeführt, sind die Eigeninteressen des Vorstandsmitglieds hintanzustellen. Deshalb kann es sinnvoll sein, das vom Konflikt betroffene Vorstandsmitglied ganz oder teilweise von Informationen im Zusammenhang mit der fraglichen Transaktion und der Transaktion selbst – zB durch sogenannte Chinese Walls – abzuschotten.²¹⁷ Sollte dies nicht möglich sein (wenn das Vorstandsmitglied aufgrund einer Verschmelzung oder Spaltung in der daraus neu entstehenden Gesellschaft eine Organstellung zukommt – vgl obiges Beispiel Rz 162), hat das betroffene Vorstandsmitglied seine Eigeninteressen hintanzustellen und ausschließlich im Interesse der übertragenden Gesellschaft zu agieren, weil seine Organfunktion erst nach erfolgter Verschmelzung beginnt. Erst zu diesem Zeitpunkt hat er die Interessen der übernehmenden Gesellschaft zu wahren. Bei Verschmelzungs- und Spaltungsvorgängen kommt aber jedenfalls auch noch die inhaltliche Kontrolle durch die Prüfungs- bzw Zustimmungspflicht durch den Aufsichtsrat und die Hauptversammlung (bzw Generalversammlung) zum tragen. **163**

²¹⁶ *Tschäni/Diem* in Tschäni, Mergers & Acquisitions XVIII 118. Vorstellbar sind zB mögliche „Wertverschiebungen“, die aus der Transaktion resultieren und sich zugunsten des (Mehrheits-)Aktionärs möglicherweise zum Nachteil der beteiligten Gesellschaften oder der (Minderheits-)Aktionäre auswirken.

²¹⁷ *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 322.

5. Transaktionsbezogene Vergütungen für den Vorstand

164 Im Falle eines Verkaufs bzw der Übernahme eines Unternehmens besteht in der Praxis durchaus oft das Bedürfnis (der verkaufenden Gesellschafter), den Geschäftsleitern der Zielgesellschaft eine zusätzliche Vergütung zu gewähren, wenn die Transaktion erfolgreich abgeschlossen wird bzw insbesondere wenn ein attraktiver Kaufpreis erzielt werden kann.²¹⁸ Da die Tätigkeiten der Geschäftsleiter im Zusammenhang mit einem Unternehmenskauf, wie zB die Organisation und Überwachung der Due Diligence-Prüfung, Beantwortungen von Fragestellungen im Zusammenhang mit Q&A-Listen etc sich in der Regel aus den Geschäftsleiterpflichten ergeben und somit mit dem anstellungsvertraglichen Entgelt bereits abgegolten werden, sind Interessenkonflikte hier evident.

165 Wird diese (Sonder-)Vergütung an die Geschäftsleiter von der Zielgesellschaft selbst getragen, gelangt man zur Frage, ob durch das Tätigwerden des Geschäftsleiters im Rahmen der Transaktion durch die (Sonder-)Vergütung nicht Leistungen abgegolten werden, die der Geschäftsleiter zum Vorteil der verkaufenden Gesellschafter erbringt. Eine derartige Leistungserbringung zugunsten des Gesellschafters bei gleichzeitiger Abgeltung durch die Gesellschaft selbst, steht aber unter möglichem Verdacht eines Verstoßes gegen das Einlagenrückgewährverbot des § 82 GmbHG bzw § 52 AktG.²¹⁹

166 In solchen Konstellationen ist also Vorsicht geboten. Wird dem Geschäftsleiter eine (Sonder-)Vergütung für die Erreichung zB eines höheren Kaufpreises aufgrund seiner Teilnahme an Vertragsverhandlungen von der Gesellschaft gewährt, wird von Leistungen an die Gesellschafter auszugehen sein, weil den Gesellschaftern die Tätigkeit der Geschäftsleiter zugute kommt. Die Übernahme derartiger (Sonder-)Vergütungen durch die Gesellschaft verwirklicht daher den Tatbestand der Einlagenrückgewähr.²²⁰ Auch durch eine Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Übernahme derartiger (Sonder-)Vergütungen durch die Gesellschaft kann ein solcher Verstoß gegen die Einlagenrückgewähr nicht saniert werden.²²¹ In einer jüngst ergangenen Entscheidung des OGH²²² wurde in einem arbeitsrechtlichen Verfahren eine derartige Sondervergütung für einen Fremdgeschäftsführer jedoch als zulässig erachtet.

167 Um das Problem eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr hintanzuhalten, wird in der Literatur der Abschluss von Vergütungszusagen zwischen Geschäftsleitern und verkaufenden Gesellschaftern vorgeschlagen.²²³ Derartige Vergütungszusagen bedürfen in der AG der Zustimmung des Aufsichtsrates, weil dieser gemäß § 78 Abs 1 AktG die Angemessenheit der Ver-

²¹⁸ Vgl G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 84f mwN.

²¹⁹ Wenn die Gesellschafter natürliche Personen sind – und damit über ihr eigenes Vermögen disponieren können – wird eine derartige Leistung der Geschäftsleiter an den Gesellschafter wohl nicht unter einen Untreueverdacht fallen. Vgl G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 388.

²²⁰ Vgl G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 85.

²²¹ Kalss, *ecolex* 2014, 96 (498); G. Schima in FS Reich-Rohrwig 161 (179f); Karollus in Leitner, Handbuch verdeckter Gewinnausschüttungen (2010) 19; Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 20 Rz 9.

²²² OGH 26.07.2016, 9 ObA 69/16m.

²²³ G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 389.

gütung zu überprüfen hat und gerade bei Transaktionen/Unternehmensverkäufen sicherzustellen ist, dass es durch (Sonder-)Vergütungen des Vorstandsmitglieds (oder auch Geschäftsführers) nicht zu einer einseitigen Bevorzugung der Interessen eines oder einiger Aktionäre zulasten des Gesellschaftsinteresses kommt.²²⁴

6. Representation Letter/Management Letter

Besonders in Transaktionsphasen können die Interessen der veräußerungswilligen Gesellschafter und der Geschäftsleitung voneinander abweichen. Die Verhandlungsposition von Gesellschaftern in der Transaktionsphase (Vertragsverhandlungen mit einem potentiellen Käufer) kann durch die Geschäftsleitung geschwächt werden, wenn diese ihre eigenen Interessen vor die Interessen der Gesellschafter stellt. Einerseits sind veräußerungswillige Gesellschafter in der Regel auf fachlich fundierte Unterstützung der Geschäftsführung angewiesen²²⁵, andererseits beeinflusst die Geschäftsleitung die Gesellschafter oft auch dahingehend, de facto an einen von der Geschäftsführung präferierten Käufer zu veräußern. In derartigen Situationen werden die Gesellschafter danach trachten, die Interessen der Geschäftsführer mit den eigenen Interessen in Einklang zu bringen.²²⁶ Eine derartige Harmonisierung kann durch Anreize (incentives) erreicht werden, die die Verfolgung der Gesellschafterinteressen für eine Geschäftsführung attraktiver gestalten als die Realisierung ihrer Eigeninteressen.²²⁷ 168

Um die Unterstützung durch die Geschäftsleitung zu fördern, werden im Transaktionsprozess oft monetäre Anreize (zB Transaktionsboni/verkaufserlöshängige Prämien) gesetzt oder aber die Zusicherung einer vergleichbaren oder besseren Position im Konzern des veräußernden Gesellschafter getätigt bzw andere Vergünstigungen (wie zB eine Beteiligung der Geschäftsleitung am Target zu Vorzugskonditionen, die Erhöhung des Grundgehalts oder die Verlängerung der Kündigungsfrist) in Aussicht gestellt. In der Praxis werden diese beschriebenen Anreize oft von flankierenden Maßnahmen begleitet, um den zumeist bei Geldprämien auftretenden immanenten Schwächen aufgrund des Informationsdefizits der Gesellschafter durch spezifisch ausgestaltete Selbstverpflichtungen der Geschäftsführung in Form von vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Geschäftsführung und den Gesellschaftern entgegen zu wirken.²²⁸ Zum einen trifft man hier auf sogenannte Representation Letters²²⁹, zum anderen gelten Management Letters als wirkungsvolles Instrumentarium.²³⁰ 169

a) Representation Letter

Der Representation Letter der Geschäftsleitung beinhaltet im Zusammenhang mit dem Verkaufsprozess stehende, weite Formulierungen in Form von Zusagen, 170

²²⁴ G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 387.

²²⁵ Weihe, Interessenkonflikte, S 144.

²²⁶ Weber, Transaktionsboni, S 78.

²²⁷ Vgl Fleischer ZGR 2001, 1(3).

²²⁸ Holstein, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 56.

²²⁹ Weihe, Interessenkonflikte, S 200; Berg, NZG 2008, 641; Holstein, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 56 mwN.

²³⁰ Holstein, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 61.

dass die Interessen der veräußerungswilligen Gesellschafter im gesamten Zeitraum der Transaktion zu wahren sind, aber auch detaillierte Formulierungen in Bezug auf erwünschte oder unerwünschte Verhaltensweisen der Geschäftsführung. Da durch eine derartige Vereinbarung eine unmittelbare vertragliche Haftungsgrundlage zwischen dem Gesellschafter und der Geschäftsführung geschaffen wird, wird die Geschäftsführung in der Regel nicht gewillt sein, zusätzliche haftungsbewährte Verpflichtungen zu übernehmen.²³¹ Deswegen ist im Zusammenhang mit Representation Letters in der Praxis oft ein Prämienmodell verknüpft.²³² Faktum ist, dass hier divergierende Interessen aufeinander treffen: Zum einen kann der Geschäftsleitung eine gesicherte Weiterbeschäftigung in der Zukunft wichtiger sein als einmalige Prämien (dies kann sich wiederum negativ auf potentielle Kaufinteressenten auswirken, weil insbesondere strategische Käufer häufig kein Interesse an einer mittleren bzw langfristigen Weiterbeschäftigung der bestehenden Geschäftsleitung haben und regelmäßig eigene Führungskräfte einsetzen möchten); zum anderen verursachen Kompensationsmaßnahmen in Form von hohen Prämien freilich höhere Kosten beim veräußernden Gesellschafter.²³³ Darüber hinaus lässt sich die Einhaltung der in den Representation Letters festgeschriebenen Verpflichtungen der Geschäftsleitung in der Praxis nicht leicht bewerten. Nachweise darüber, ob die Geschäftsführung zB Unterlagen für den Datenraum schneller vorbereiten hätte können oder im Zuge einer Managementpräsentation Fragen der Käuferseite noch professioneller bzw konkreter beantworten hätte können, sind uE doch eher schwer zu führen, weil nicht sämtliche Verpflichtungen der Geschäftsleitung im Rahmen eines Transaktionsprozesses im Vorhinein minutiös geplant bzw festgelegt werden können.

171 Trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten, die die Representation Letters zwischen der Geschäftsleitung und den Gesellschaftern in sich bergen, sind Representation Letters im Zusammenspiel mit flankierenden Prämienmodellen gerade bei der Veräußerung von fremdorganschaftlich geleiteten Gesellschaften in der M&A-Praxis nicht mehr ungewöhnlich²³⁴ und sogar im Vormarsch begriffen. Am häufigsten werden derartige Vereinbarungen in Konstellationen angetroffen, in denen es sich beim veräußernden Gesellschafter um einen institutionellen Investor handelt.²³⁵

b) Management Letter

172 Als weitere Maßnahme, die zur Harmonisierung der gegenläufigen Interessen zwischen der Geschäftsführung und dem Gesellschafter im Transaktionsprozess

²³¹ Da es für die Geschäftsführung keinerlei gesetzliche noch vertragliche Verpflichtung gibt, einen derartigen Representation Letter zu unterfertigen, könnte uE angedacht werden, eine entsprechende Verpflichtung zum Abschluss derartiger Representation Letter im Anstellungsvertrag vorzunehmen.

²³² *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 59 mwN.

²³³ Vgl *Weihe*, Interessenkonflikte S 192; *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 59.

²³⁴ *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 60 mwN.

²³⁵ *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 60, der anführt, dass bereits bei jeder dritten Veräußerung transaktionsspezifische Vereinbarungen in Form von Representation Letter zwischen dem Gesellschafter und der Geschäftsführung getätigt werden.

Abhilfe leisten kann, ist die Abgabe von Managementgarantien in Form eines sogenannten Management Letter zu nennen. Anders als im Representation Letter verpflichtet sich die Geschäftsführung im Management Letter nicht zu einem bestimmten Verhalten, sondern garantiert transaktionsrelevante Sachverhalte. Derartige Managementgarantien werden von der Geschäftsführung gegenüber dem Käufer abgegeben (denkbar wäre auch gegenüber den Verkäufern) und finden sich zumeist neben dem Kaufvertrag in einer gesonderten Vereinbarung wieder, die häufig als „Management Letter“ oder aber auch „Comfort Letter“ bezeichnet wird.²³⁶ Aufgrund des Management Letter bestätigt die Geschäftsführung, dass die im Rahmen der Transaktion übermittelten Unterlagen zutreffend und vollständig sind und/oder gibt einen auf die Transaktion abgestimmten Katalog an Garantien ab. Die von der Geschäftsleitung abgegebenen Garantien sind freilich weniger umfassend ausgestaltet als die zwischen dem Käufer und Verkäufer vereinbarten Garantien²³⁷, wobei auch regelmäßig Garantien der Geschäftsleitung in Bezug auf das Informationsmemorandum, den Businessplan sowie die Planrechnungen und Informationen über die finanzielle und wirtschaftliche Situation des Targets in Management Letters anzutreffen sind.²³⁸

Da die Geschäftsleitung auf Grundlage eines Management Letter persönlich für Garantieverletzungen gegenüber dem Käufer haftet, wird die Geschäftsleitung derartige Garantien nur dann abgeben, wenn sie sich sicher ist, dass diese nicht verletzt wurden bzw zutreffen. **173**

Mit anderen Worten: Die Geschäftsleitung wird bei der Erstellung von Unterlagen bzw der Informationserteilung an die Käufer sorgfältig vorgehen und nur zutreffende und vollständige Informationen an diese weiterleiten. Insofern korrelieren ihre Interessen an einer sorgsam und professionellen Abwicklung der Transaktion mit den Interessen der veräußerungswilligen Gesellschafter. Damit kann durch einen Management Letter (Managementgarantien) eine sinnvolle Form der Auflösung des Interessenkonflikts zwischen der Geschäftsführung und den veräußerungswilligen Gesellschaftern erreicht werden.²³⁹ Auch bei Management Letters besteht keine Verpflichtung der Geschäftsleitung zu deren Abgabe. Die Schaffung von Anreizen für die Geschäftsführung, diese doch abzugeben, liegt aber im Unterschied zum Representation Letter hier nicht primär beim verkaufswilligen Gesellschafter, sondern ist vielmehr beim Käufer angesiedelt, als die Managementgarantien doch primär dem Käufer zur Absicherung seiner Erwartungen an das Kaufobjekt dienen.²⁴⁰ Der Geschäftsleitung dürfte es generell schwer fallen, die Abgabe von Managementgarantien im Management Letter gegenüber dem Käufer zu verweigern, wenn sie ein Interesse bzw eine berechtigte Hoffnung an der Weiterbeschäftigung beim Käufer hat. Aus der Sicht des Käufers hingegen würde eine Verweigerung höchstwahrscheinlich hohe Zweifel an der sorgfältigen und seriösen Arbeit der Geschäftsleitung aufkommen lassen. Parallel hierzu würde wohl die Verweigerung der Geschäftsführung die haftungsrelevan- **174**

²³⁶ *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 61 mwN.

²³⁷ *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093 (1094).

²³⁸ *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093 (1094).

²³⁹ *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 62.

²⁴⁰ *Holstein*, Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt (2016) S 63.

ten Managementgarantien abzugeben – und damit das Scheitern der Transaktion zu verantworten – die Gefahr einer Abberufung signifikant erhöhen.²⁴¹

- 175 Trotz der soeben beschriebenen ambivalenten Situation, in der sich die Geschäftsleitung im Falle des Verlangens eines Management Letter gegenüber dem Käufer wie auch dem Verkäufer befindet, ist uE ein maßvoller Umgang mit dem Garantiekatalog im Management Letter wichtig, weil die Geschäftsführung letztendlich nur diejenigen Garantien abgeben kann, die diese selbst verifizieren und überblicken kann und trotz allfälliger flankierender Intensivierungen nicht zur Abgabe eines Management Letter gezwungen werden kann.²⁴²

V. Exkurs Umgang mit Interessenkonflikten im Privatstiftungsrecht und Vereinsrecht

- 176 Neben dem AktG und dem GmbHG finden sich auch ua im Privatstiftungsrecht sowie im Vereinsrecht Regelungen, wie mit Interessenkonflikten bzw Inkompatibilitäten von (hoheitlichen) Organ- bzw Berufsträgern umzugehen ist:

A. Privatstiftungsrecht

- 177 Selbstverständlich kann es auch bei Privatstiftungen zu Interessenkollisionen kommen. Vorstellbar sind dabei sowohl Doppelvertretungen (also bspw der Abschluss eines Geschäftes zwischen der Privatstiftung und einer Gesellschaft, die von einem der Stiftungsvorstände beherrscht bzw vertreten wird) als auch Fälle des Selbstkontrahieren. Um solche Interessenkollisionen so gut als möglich bereits im Vorhinein zu vermeiden, baut das Privatstiftungsgesetz (PSG) auf dem Prinzip der Selbstkontrolle auf.²⁴³ Dabei sieht insbesondere § 15 PSG vor, dass der Stiftungsvorstand zumindest aus einem Kollegium von drei Mitgliedern zu bestehen hat²⁴⁴ und dass Begünstigte, also jene, die von der Privatstiftung profitieren, sowie deren nahen Verwandte von der Stellung als Stiftungsvorstand ausgeschlossen sind.
- 178 § 17 Abs 5 PSG sieht für Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstands, sofern kein Aufsichtsrat eingerichtet ist, die Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts vor. Nach dem Wortlaut des § 17 Abs 3 PSG vertreten jedoch mangels anders lautender Regel in der Stiftungserklärung sämtliche Stiftungsvorstandsmitglieder die Privatstiftung gemeinschaftlich. Sollte nun ein Stiftungsvorstandsmitglied von einem Interessenkonflikt betroffen sein, sind unseres Erachtens die Kollisionsregeln wie bei der GmbH und AG anzuwenden, sodass auch hier das betroffene Stiftungsvorstandsmitglied bei der Beschlussfassung über die Genehmigung des abzuschließenden Rechtsgeschäftes nicht stimmberechtigt ist. Davon unberührt

²⁴¹ *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093 (1099).

²⁴² Ebenso *Holstein*, *Gesellschafter und Geschäftsführer im Transaktionskonflikt* (2016) S 64.

²⁴³ *Wolfgang Lauss/Stephanie Langeder*, *Foundation Governance: Ein Vorschlag für eine moderne Organisation und Überwachung von Privatstiftungen*, ZFS 2015, 153 (157).

²⁴⁴ Ein solches Mindestanfordernis hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder des Leitungsorganes lässt sich zwar auch im Vereinsrecht finden (vgl § 5 Abs 3 VerG), jedoch fehlen äquivalente Bestimmungen sowohl im Aktiengesetz als auch im GmbH-Gesetz.

bleibt das Vertretungsrecht des betroffenen Stiftungsvorstandsmitglieds solange sich dieses im Rahmen der erteilten Genehmigung bewegt. Sollte ein obligatorischer oder fakultativer Aufsichtsrat eingerichtet sein, hat dieser die Privatstiftung bei Abschluss von Rechtsgeschäften mit den Mitgliedern des Stiftungsvorstands zu vertreten.²⁴⁵ In diesem Fall (Vertretung durch den Aufsichtsrat) ist keine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Meist fehlt es bei Privatstiftungen jedoch an einem Aufsichtsrat,²⁴⁶ weshalb in der Folge insbesondere auf das Erfordernis der gerichtlichen Zustimmung gemäß § 17 Abs 5 PSG eingegangen wird.

Ziel der Regelung ist es, die Schmälerung des Stiftungsvermögens durch kollusive Handlungen des Stiftungsvorstands zu verhindern.²⁴⁷ **179**

Daher findet § 17 Abs 5 PSG nicht nur bei Vorliegen eines Falles des Selbstkontrahierens Anwendung, sondern auch dann, wenn ein Mitglied des Stiftungsvorstands eine Vereinbarung mit der Privatstiftung, die von einem anderen selbständig vertretungsbefugten Vorstandsmitglied vertreten wird, abschließt.²⁴⁸ Obwohl grundsätzlich Fälle der Doppelvertretung vom Wortlaut des § 17 Abs 5 PSG nicht erfasst werden,²⁴⁹ geht ein Teil der Literatur davon aus, dass dessen Anwendungsbereich auf jene Fälle erweitert werden muss, in denen das Rechtsgeschäft wirtschaftlich betrachtet einem solchen mit einem Stiftungsvorstand gleichkommt.²⁵⁰ Als Gegenargument dazu kann ins Treffen geführt werden, dass der Gesetzgeber – hätte er auch diese Fälle vom Regime des § 17 Abs 5 PSG erfassen wollen – eine entsprechende Formulierung gewählt hätte.²⁵¹ Mangels Lücke ist jedoch eine ausdehnende oder analoge Anwendung von § 17 Abs 5 PSG auf die Doppelvertretung auch in diesem Fall nicht geboten.²⁵² **180**

Sofern aber nicht einmal die Möglichkeit eines Interessenkonfliktes besteht, gibt es keinen Raum für die Anwendbarkeit des § 17 Abs 5 PSG.²⁵³ Dieser Fall liegt etwa dann vor, wenn das fragliche Rechtsgeschäft ausschließlich vorteilhaft für die Privatstiftung ist. Beispielhaft führt *Briem*²⁵⁴ die Schenkung eines Geldbetrages unter gleichzeitiger Abdeckung sämtlicher etwaiger Nachteile (bspw Stif- **181**

²⁴⁵ Vgl § 25 Abs 3 PSG idGF. Anders ist es bspw nach herrschender Lehre im Aktienrecht, wo die Zustimmungsbefugnis des Aufsichtsrates neben jene der übrigen Vorstandsmitglieder tritt (vgl § 97 Abs 1 AktG).

²⁴⁶ *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60 und *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) Einleitung Rz 7, wonach zum Stand 31.12.2013 weniger als 1 % der Privatstiftungen einen Aufsichtsrat haben.

²⁴⁷ OGH 10.08.2010, 1 Ob 214/09s.

²⁴⁸ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) § 17 Rz 92.

²⁴⁹ *Kunz/Liemberger* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Vermögensnachfolge (2010) § 27 Rz 102; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) § 17 Rz 92d mit Verweis auf *Kalss*, *Kathrein & Co. Stiftungsletter* 2009, Ausgabe 13, 4 [7]; dies, *GesRZ* 2011, 53 [59]; *Csoklich*, *ZfS* 2006, 97 [100]; OLG Linz 14.2.2011, 6 R 10/11 z, *ZFS* 2012, 79; aA *Briem*, *ZUS* 2012, 60 [62]; *Lenz*, *ZFS* 2011, 51 [52].

²⁵⁰ Ausführlicher in *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) § 17 Rz 92a.

²⁵¹ Vgl dazu bspw § 95 Abs 5 Z 12 AktG.

²⁵² *Kunz/Liemberger* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge (2010) § 27 Rz 102; *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, *ZUS* 2012, 61.

²⁵³ *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, *ZUS* 2012, 61.

²⁵⁴ *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, *ZUS* 2012, 61.

tungseingangssteuer) an.

- 182** Das Gericht wird dann seine Zustimmung erteilen, wenn der Abschluss des Rechtsgeschäftes im Interesse der Privatstiftung liegt und ihrem Wohl entspricht. Nach der Rechtsprechung hat das Gericht bei dieser Beurteilung keinen strengen Maßstab zu Grunde zu legen.²⁵⁵
- 183** Eine gerichtliche Zustimmung erübrigt sich nach Lehre²⁵⁶ und Rechtsprechung²⁵⁷, wenn das grundsätzlich zustimmungspflichtige Rechtsgeschäft – wie bspw Beratungsleistungen durch einen Stiftungsvorstand – bereits in der Stiftungserklärung hinreichend konkretisiert wurde und daher der Stifter selbst die Zustimmung erteilt hat. Dies wird damit begründet, dass das jeweilige Rechtsgeschäft vom Stifter selbst gestattet wurde und somit keine gegenläufigen Interessen Dritter erkennbar sind, die höher zu bewerten wären.²⁵⁸
- 184** Sollte eine gerichtliche Genehmigung eines (wiederkehrenden) Rechtsgeschäfts benötigt werden, so wird in der Praxis häufig von der Möglichkeit zur Genehmigung von Rahmenverträgen Gebrauch gemacht.²⁵⁹
- 185** Ein Verstoß gegen § 17 Abs 5 PSG kann zur Abberufung des Stiftungsvorstands und auch zu einer Haftung gegenüber der Privatstiftung führen.²⁶⁰ Wird ein derartiges genehmigungspflichtiges Geschäft ohne die gerichtliche Genehmigung abgeschlossen, ist dieses schwebend unwirksam.²⁶¹

B. Vereinsrecht

- 186** Hinsichtlich der Vereine hat der Gesetzgeber in § 6 Abs 4 Vereinsgesetz (VerG) geregelt, dass die im eigenen Namen oder für einen anderen geschlossene Geschäfte eines organschaftlichen Vertreters mit dem Verein (Insichgeschäfte) der Zustimmung eines anderen zur Vertretung oder Geschäftsführung befugten Organwalters bedürfen.
- 187** Gemäß den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 6 VerG²⁶² genügt die Zustimmung eines vom anstehenden Interessenkonflikt nicht erfassten, anderen Mitglieds des Leitungsorgans. Dies gilt auch im Falle von zwei kollektiv vertretungsbefugten Mitgliedern des Leitungsorgans, von denen einer „conflicted“ ist.²⁶³ In der Mitwirkung beim Geschäftsabschluss durch das konfliktfreie Mitglied wird die Zustimmung zum Geschäft gesehen.
- 188** In den Statuten können auch weitere Zustimmungserfordernisse im Zusammenhang mit Insichgeschäften vorgesehen werden.²⁶⁴ Sollte aber beispielsweise

²⁵⁵ RIS-Justiz RS0121199.

²⁵⁶ *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 62.

²⁵⁷ ua OGH 10.08.2010, 1 Ob 214/09s.

²⁵⁸ OGH 10.08.2010, 1 Ob 214/09s mit Verweis auf *Kunz*, Rahmenvereinbarungen für anwaltliche Beratung durch den Stiftungsvorstand, in Eiselsberg, Stiftungsrecht Jahrbuch 2007, 120.

²⁵⁹ *Schereda*, Insichgeschäfte des Stiftungsvorstands, RWZ 2015, 73.

²⁶⁰ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) § 17 Rz 92 ff.

²⁶¹ *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 66.

²⁶² EB zu RV 990 BlgNR XXI 27.

²⁶³ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 28.

²⁶⁴ *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht⁵ (2015) 92.

festgelegt werden, dass ein (fakultatives) Aufsichtsorgan alleine²⁶⁵ die Zustimmung erteilen soll, wäre dies nicht ausreichend.²⁶⁶

§ 6 Abs 4 VerG gilt auch dann, wenn das Geschäft keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen mit sich bringt²⁶⁷ bzw das Geschäft ausschließlich Vorteile hat.²⁶⁸ Das Gesetz unterscheidet – anders als das nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der Fall ist – nicht zwischen vorteilhaften und nachteiligen Insihgeschäften.²⁶⁹ **189**

Das VerG sieht keine Regelung vor, falls sämtliche Mitglieder des Leitungsorgans von einem Interessenkonflikt betroffen sind. Die Lehre geht davon aus, dass in diesen Fällen entweder die Mitgliederversammlung befragt oder ein Kollisionskurator bestellt werden muss.²⁷⁰ In diesem Zusammenhang muss auch erwähnt werden, dass das Gesetz keine Rechtsfolgen für die Verletzung des Abs 4 leg cit vorsieht, weshalb sich die Gültigkeit der entsprechenden Geschäfte nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen richtet.²⁷¹ Eine Missachtung kann jedenfalls auch schadenersatzrechtliche Konsequenzen haben. **190**

VI. Überblick der Vorgehensweise bei Insihgeschäften der Leitungsorgane

Nach den allgemein zivilrechtlichen Regelungen gemäß §§ 1002 ff ABGB sind Insihgeschäfte (Doppelvertretung/Selbstkontrahieren) grundsätzlich unzulässig.²⁷² Ausgenommen davon sind jene Rechtsgeschäfte, die ausschließlich zum Vorteil (so zB bei Abschluss zum Markt- oder Börsepreis) abgeschlossen werden oder wenn der Abschluss des Rechtsgeschäftes von allen Vertretenen durch vorherige Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung gebilligt wurde.²⁷³ **191**

Dieses Prinzip findet sich – in unterschiedlicher Ausprägung – auch in den gesellschaftsrechtlichen Sondervorschriften wieder, die anhand eines Fallbeispiels überblicksmäßig dargestellt werden. **192**

Fallbeispiel – Fremdvorstand/Fremdgeschäftsführer:

A) Das Leitungsorgan der A-AG/A-GmbH/A Stiftung/A Verein besteht aus den drei Mitgliedern X, Y und Z, die jeweils einzelvertretungsberechtigt sind. X möchte einen Kaufvertrag mit der Gesellschaft/Stiftung/Verein abschließen. Wer muss diesem Rechtsgeschäft zustimmen? **193**

²⁶⁵ Dh ohne die Zustimmung eines anderen zur Vertretung oder Geschäftsführung befugten Organwalters iSd § 6 Abs 4 VerG.

²⁶⁶ *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine⁴ 131.

²⁶⁷ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 29 mit Verweis auf OGH NZ 1995, 305 [Hoyer]; NZ 1997,95; SZ 69/90; RdW 1998, 548.

²⁶⁸ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 29 mit Verweis auf OGH ÖBA 1992, 274 [Iro], SZ 69/90; ZfRV 1997, 246.

²⁶⁹ *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine⁴ 131.

²⁷⁰ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 31.

²⁷¹ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 32.

²⁷² *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II5 § 74 AktG Rz 10; *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23.

²⁷³ *Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 ABGB Rz 12.

- B) Das Leitungsorgan der A-AG/A-GmbH/A Stiftung/A Verein besteht aus den drei Mitgliedern X, Y und Z, die jeweils kollektivvertretungsberechtigt sind. X möchte einen Kaufvertrag mit der Gesellschaft/Stiftung/Verein abschließen. Wer muss diesem Rechtsgeschäft zustimmen?
- C) Das Leitungsorgan der A-AG/A-GmbH/A Verein besteht aus den zwei Mitgliedern X und Y, die jeweils kollektivvertretungsberechtigt sind. X möchte einen Kaufvertrag mit der Gesellschaft/Verein abschließen. Wer muss diesem Rechtsgeschäft zustimmen?
- D) Das Leitungsorgan der A-AG/A-GmbH/A Stiftung/A Verein besteht aus den drei Mitgliedern X, Y und Z, die jeweils kollektivvertretungsberechtigt sind. X ist an der B-GmbH zu 51% beteiligt. Die Gesellschaft/Stiftung/Verein möchte einen Kaufvertrag mit der B-GmbH abschließen. Wer muss diesem Rechtsgeschäft zustimmen?

194 Lösung Fallbeispiele:

	AG	GmbH	Stiftung	Verein
A)	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch Y und Z; ev AR-Kompetenz (§ 97 AktG) ²⁷⁴	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch X möglich, Zustimmung durch Y und Z (§ 25 Abs 4 GmbHG) ²⁷⁵	Zustimmung durch Y und Z sowie gerichtliche Genehmigung (§ 17 Abs 5 PSG); ev AR-Kompetenz oder Ermächtigung	Zustimmung durch Y und/oder Z (§ 6 Abs 4 VerG)
B)	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch Y und Z; ev AR-Kompetenz (§ 97 AktG) ²⁷⁶	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch Geschäftsführer in vertretungsbefugter Anzahl möglich, Zustimmung durch Y und Z	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch X und Y/oder Z möglich; Zustimmung durch Y und Z sowie gerichtliche	Es ist keine gesonderte Zustimmung erforderlich, da zumindest ein anderer

²⁷⁴ Vgl dazu *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 74 AktG Rz 10; *G. Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), JBl 2012, 482 (Teil I), 570 (Teil II), einschränkend *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 97 Rz 14, Kompetenz liegt (nur) dann beim Vorstand, wenn Abschluss zu Markt- bzw Börsenpreisen stattfindet, sonst AR-Kompetenz. Bei Doppelvertretung ist grundsätzlich der Vorstand weiterhin zuständig, allerdings ist die Einwilligung des AR notwendig; uE nach sollte sinnvollerweise in der Geschäftsordnung des Vorstands geregelt werden, welche Zustimmungserfordernisse bei Insichgeschäften notwendig sind.

²⁷⁵ *Enzinger in Straube*, GmbHG § 18 Rz 42; *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23 mit Verweis auf OGH 07.04.1992, 5Ob67/92. Nach *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23 (mit Verweis auf OGH 29.10.1998, 6 Ob 185/98y) ist der Geschäftsführer in jedem Fall gehindert, bei einem derartigen (Insich-)Geschäft „zuzustimmen“.

²⁷⁶ Vgl dazu *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 74 AktG Rz 10; *G. Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), JBl 2012, 482 (Teil I), 570 (Teil II), einschränkend *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 97 Rz 14, Kompetenz liegt (nur) dann beim Vorstand, wenn Abschluss zu Markt- bzw Börsenpreisen stattfindet, sonst AR-Kompetenz. Bei Doppelvertretung ist grundsätzlich der Vorstand weiterhin zuständig, allerdings ist die Einwilligung des AR notwendig; uE nach sollte sinnvollerweise in der Geschäftsordnung des Vorstands geregelt werden, welche Zustimmungserfordernisse bei Insichgeschäften notwendig sind.

		(§ 25 Abs 4 GmbHG) ²⁷⁷	Genehmigung (§ 17 Abs 5 PSG); ev AR-Kompetenz oder Ermächtigung in Stiftungserklärung	Organwalter am Geschäftsabschluss mitgewirkt hat. ²⁷⁸
C)	Vertretung durch Aufsichtsrat (§ 97 AktG)	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch X und Y, Zustimmung durch Aufsichtsrat, sollte dieser nicht eingerichtet sein, dann Zustimmung der Gesellschafter erforderlich. ²⁷⁹	—	Es ist keine gesonderte Zustimmung erforderlich, da zumindest ein anderer Organwalter am Geschäftsabschluss mitgewirkt hat. ²⁸⁰
D)	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch Y und Z; evAR-Kompetenz (§ 97 AktG)	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch Geschäftsführer in vertretungsbefugter Anzahl möglich, Zustimmung durch Y und Z (§ 25 Abs 4 GmbHG)	Abschluss des Rechtsgeschäftes durch X und Y/oder Z möglich; Zustimmung durch Y und Z sowie gerichtliche Genehmigung (§ 17 Abs 5 PSG); ev AR-Kompetenz oder Ermächtigung in Stiftungserklärung	Es ist keine gesonderte Zustimmung erforderlich, da zumindest ein anderer Organwalter am Geschäftsabschluss

Überblick der gesetzlichen Inkompatibilitätsbestimmungen:

195

AG	GmbH	Stiftung	Verein
Aktionär kann zugleich Vorstandsmitglied sein.	Gesellschafter kann zugleich Geschäftsführer sein.	Stiftungsvorstand kann nicht zugleich Begünstigter sein. (§ 15 Abs 2 PSG)	Mitglieder können auch im Leitungsorgan vertreten sein.

²⁷⁷ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 18 Rz 42; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 23 mit Verweis auf OGH 07.04.1992, 5Ob67/92; uE könnte aufgrund der etwas verkürzten Darstellung der Thematik in der zitierten Kommentarliteratur der Eindruck entstehen, dass bei einer Geschäftsführung mit zB drei Geschäftsführern jedenfalls die übrigen – nicht betroffenen – Geschäftsführer alleinvertretungsbefugt sein müssen und eine Kollektivvertretungsbefugnis der übrigen zwei Geschäftsführer nicht ausreichen würde und daher die Zustimmung des Aufsichtsrats bzw der Gesellschafter einzuholen wäre. Dies ist aus der OGH Entscheidung und der gesetzlichen Regelung in § 25 Abs 4 GmbHG unserer Ansicht nach nicht ableitbar. Verbleiben zwei kollektivvertretungsbefugte Geschäftsführer, können diese beiden für die Gesellschaft handeln und die Zustimmung gemäß § 25 Abs 4 GmbHG erteilen. Nach *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 23 (mit Verweis auf OGH 29.10.1998, 6 Ob 185/98y) ist der Geschäftsführer in jedem Fall gehindert, bei einem derartigen (Insich-)Geschäft „zuzustimmen“.

²⁷⁸ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 28.

²⁷⁹ *Enzinger* in Straube, GmbHG § 18 Rz 42.

²⁸⁰ *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² (2009) § 6 Rz 28.

Verbot gleichzeitig Vorstand und Aufsichtsrat zu sein (§ 90 AktG)	Verbot gleichzeitig Geschäftsführer und Aufsichtsrat (§ 30e GmbHG)	Stiftungsvorstand darf nicht zugleich Aufsichtsratsmitglied sein (§ 23 Abs 3 PSG)	Vereinsvorstand kann nicht zugleich Mitglied des Aufsichtsorgans sein (§ 5 Abs 4 VerG)
grds Verbot der Bestellung gegen das Organisations gefälle	grds Verbot der Bestellung gegen das Organisations gefälle	Keine gesetzliche Regelung im PSG enthalten. ²⁸¹	Keine gesetzliche Regelung im VerG enthalten.
grds Verbot von Überkreuzverflechtungen	grds Verbot von Überkreuzverflechtungen	Keine gesetzliche Regelung im PSG enthalten. ²⁸²	Keine gesetzliche Regelung im VerG enthalten.
Wettbewerbsverbot (§ 79 AktG) ²⁸³	Wettbewerbsverbot (§ 24 GmbHG) ²⁸⁴	Wettbewerbsverbot ist im PSG nicht verankert. ²⁸⁵	Wettbewerbsverbot ist im VerG nicht verankert.

Exkurs: BWG/ÖCGK

insgesamt nur eine Tätigkeit in geschäftsführender Funktion sowie zusätzlich zwei Tätigkeiten als Mitglied eines Aufsichtsrates § 5 Abs 1 Z 9a BWG Mandatsbeschränkungen: Vorstandsmitglieder dürfen insgesamt nicht mehr als 4 Aufsichtsratsmandate (Vorsitz zählt doppelt) in konzernexternen AGs ausüben (C-Regel 26 des ÖCGK)	insgesamt nur eine Tätigkeit in geschäftsführender Funktion sowie zusätzlich zwei Tätigkeiten als Mitglied eines Aufsichtsrates § 5 Abs 1 Z 9a BWG	keine Mandatsbeschränkungen für den Stiftungsvorstand vorgesehen	insgesamt nur eine Tätigkeit in geschäftsführender Funktion sowie zusätzlich zwei Tätigkeiten als Mitglied eines Aufsichtsrates § 5 Abs 1 Z 9a BWG
--	--	--	--

AG	GmbH	Stiftung	Verein
Exkurs: Unv-Transparenz-G²⁸⁶			
Tätigkeitsverbot für Politiker gemäß Transparenz-G ²⁸⁷	Tätigkeitsverbot für Politiker gemäß Unv-Transparenz-G ²⁸⁸	Nicht im Anwendungsbereich des Unv-Transparenz-G	Nicht im Anwendungsbereich des Unv-Transparenz-G

²⁸¹ Arnold, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) § 15 Rz 45e, 45f.

²⁸² Arnold, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013) § 15 Rz 45e, 45f.

²⁸³ Kals in Kals/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/397.

²⁸⁴ Enzinger in Straube, GmbHG § 24 Rz 19.

²⁸⁵ N. Arnold in Arnold/Ludwig, Stiftungshandbuch² Rz 7/86.

²⁸⁶ Bundesgesetz über die Transparenz und Unvereinbarkeiten für oberste Organe und sonstige öffentliche Funktionäre (Unvereinbarkeits- und Transparenz-Gesetz [Unv-Transparenz-G]) BGBl. Nr. 330/1983.

²⁸⁷ § 4 Unv-Transparenz-G.

²⁸⁸ § 4 Unv-Transparenz-G; beschränkt auf einer auf den Gebieten des Bankwesens, des Handels, der Industrie oder des Verkehrs tätigen GmbH.

Überblick Inkompatibilitäten nach Beendigung der Organfunktion:**196**

- Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbot (Rz 30 f)
- „Cooling-off period“:
 - Gemäß § 86 Abs 4 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied einer börsennotierten Gesellschaft nicht sein, wer ua in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft war, es sei denn, seine Wahl erfolgt auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Dem Aufsichtsrat darf jedoch nicht mehr als ein ehemaliges Vorstandsmitglied angehören, für das die zweijährige Frist noch nicht abgelaufen ist.
 - Gemäß § 92 Abs 4a letzter Satz AktG darf Vorsitzender des Prüfungsausschusses oder Finanzexperte eines Unternehmens im öffentlichen Interesse (insbesondere börsennotiert)²⁸⁹ sowie in qualifiziert großen Gesellschaften nicht sein, wer in den letzten drei Jahren Vorstandsmitglied, leitender Angestellter oder Abschlussprüfer Gesellschaft war.
 - „Cooling-off period“ für Kreditunternehmen: Gemäß § 28a Abs 1 BWG dürfen Geschäftsleiter frühestens nach Ablauf einer Periode von zwei Jahren eine Tätigkeit als Vorsitzender des Aufsichtsrates innerhalb desselben Unternehmens aufnehmen.
 - „Cooling-off period“ für ÖBIB: Gemäß § 5 Abs 3 ÖIAG-Gesetz darf zur Geschäftsführung der ÖBIB nicht vorgeschlagen werden, wer in den letzten zwei Jahren vor Übernahme der Funktion Mitglied des Vorstands der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft der ÖBIB war; das Amt des Geschäftsführers der ÖBIB oder eine Tätigkeit im Sinne des Unvereinbarkeitsgesetz ausgeübt hat.
 - „Cooling-off period“ in öffentlichen Unternehmen: Gemäß L-11.2.3.2 des B-PCGK darf Vorsitzender des Überwachungsorgan nicht sein, wer in den letzten zwei Jahren vor Übernahme der Funktion Mitglied der Geschäftsleitung des Unternehmers war.²⁹⁰

Anzahl der Mitglieder des Leitungsorgans**197**

AG	GmbH	Stiftung	Verein
Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen (§ 70 AktG)	Die Gesellschaft muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben (§ 15 GmbHG)	Der Stiftungsvorstand muss aus wenigstens drei Mitgliedern bestehen (§ 15 PSG)	Das Leitungsorgan muss aus mindestens zwei Personen bestehen (§ 5 VerG)

VII. Umgang mit Interessenkonflikten

Mit Ausnahme von Inkompatibilitätsfällen, die einen Interessenkonflikt bereits im Vorhinein ausschließen wollen, ergeben sich aufgrund den gesetzlichen Grund-

198

²⁸⁹ im Sinne des § 189a Z 1 UGB.

²⁹⁰ Darüber hinaus sieht C-11.2.1.6. vor, dass dem Überwachungsorgan nicht mehr als ein ehemaliges Mitglied der Geschäftsleitung angehören soll.

lagen sowie der Lehre und Rechtsprechung folgende Grundsätze für den Umgang mit Interessenkonflikten, die nach einer Einzelfallbeurteilung hinsichtlich Dauer und Intensität des Interessenkonflikts zur Anwendung gelangen:

A. Offenlegung des Konflikts

- 199 Das Vorstandsmitglied²⁹¹ hat bestehende Interessenkonflikte umgehend gegenüber den anderen Mitgliedern bzw Aufsichtsrat oder Hauptversammlung vollumfänglich und wahrheitsgemäß offenzulegen.²⁹² Diese Verpflichtung ist schon aus der bestehenden Treuepflicht ableitbar²⁹³ (siehe Rz 15 f). Das betroffene Mitglied hat alle Informationen offenzulegen, damit die anderen Mitglieder mit dem bestehenden Interessenkonflikt umgehen und richtig agieren können. Das bedeutet, dass der Interessenkonflikt so darzulegen ist, dass für die anderen Organe eine fundierte Grundlage für die Entscheidungsfindung geschaffen wird. Zumeist wird die Offenlegung schon ausreichen, um dem betroffenen Mitglied darlegen zu können, dass dem Unternehmensinteresse Vorrang zu geben ist.

B. Stimmverbote/Teilnahmeverbote/ Informationsbeschränkungen

1. Stimmverbot

- 200 Stimmverbote sind vor allem bei mehrgliedrigen Gremien und punktuellen Interessenkonflikten ein sachgerechter Umgang.²⁹⁴ § 39 Abs 4 GmbHG bzw § 125 AktG sehen für Insichgeschäfte bzw in Fällen des Richtens in eigener Sache ausdrückliche Stimmverbote vor. Das Stimmverbot ist auch auf Rechtsgeschäfte mit dem Vorstand bzw Geschäftsführer nahestehenden Dritten bzw Konzernunternehmen zu erstrecken.²⁹⁵

2. Stimmenthaltung und Teilnahmeverbot

- 201 Das vom Interessenkonflikt betroffene Vorstandsmitglied unterliegt prinzipiell keinem Teilnahmeverbot in Vorstandssitzungen. Dies zeigen auch die Bestimmungen § 125 AktG bzw § 39 Abs 4 GmbHG, die zwar den Ausschluss des Stimmrechts bei bestimmten Befangenheitsfällen regeln, aber die sonstigen Mitgliedsrechte weiterhin bestehen lassen.²⁹⁶
- 202 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das betroffene Vorstandsmitglied an der Beratung über den Beschlussgegenstand, der den Interessenkonflikt betrifft,

²⁹¹ Die Ausführungen sind auch von Geschäftsführern einer GmbH zu beachten.

²⁹² *Karollus*, ÖBA 2016, 252; *Kumpán*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 183, 616.

²⁹³ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/392 mwN ua *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1050; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrecht (2006) § 9 Rz 13; vgl auch *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, *ecolex* 2009, 920.

²⁹⁴ *Kumpán*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 183, 510.

²⁹⁵ *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23.

²⁹⁶ *S. Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 125 AktG Rz 1 ff; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 39 Rz 75.

teilnehmen und auch alle Argumente darlegen kann, sich jedoch bei der Abstimmung seiner Stimme zu enthalten hat.

Um eine gute Corporate Governance zu gewährleisten, empfiehlt es sich jedoch, dass sich ein Vorstandsmitglied nach Offenlegung des Interessenkonfliktes von der Teilnahme an der Beschlussfassung und unter Umständen auch von den dazugehörigen entsprechenden Beratungen fernhält, um eine unabhängige Entscheidungsfindung im Gremium (Gesamtvorstand, Geschäftsführung, Aufsichtsrat) sicherzustellen.²⁹⁷ **203**

3. Informationsbeschränkung

Neben den entsprechenden Stimmverboten, um Interessenkonflikte zu bewältigen, kann auch eine Beschränkung des Informationsflusses – vor allem bei Transaktionen zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied („chinese walls“ Rz 149 f) – an das betroffene Vorstandsmitglied denkbar sein, wenngleich dies auch aufgrund der funktionalen Stellung des Vorstands in der Gesellschaft in der Praxis wohl nur erschwert umsetzbar sein wird.²⁹⁸ **204**

C. Ablehnung der Bestellung bzw Amtsniederlegung

Sollte bereits vor der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes ein nicht zu lösender Interessenkonflikt vorliegen, ist das Mitglied dazu verpflichtet, die Bestellung als Vorstandsmitglied (bzw Geschäftsführer) abzulehnen. **205**

Bei einem Interessenkonflikt, der die jeweilige Ausübung der Organfunktion des Vorstandsmitglieds (bzw Geschäftsführer) dauerhaft verhindert, ist dieser als ultimo ratio dazu verpflichtet, sein Amt niederzulegen. Nur wenn die vorher genannten Instrumentarien nicht zur Bewältigung des Interessenkonflikts führen, kommt eine Amtsniederlegung in Betracht. Bei einem mehrgliedrigen Vorstand bzw einer mehrgliedrigen Geschäftsführung sind auch die anderen Mitglieder dazu verpflichtet, auf das betroffene Mitglied einzuwirken, dass dieses sein Mandat niederlegt. Aufgrund der übergeordneten Pflicht zum Handeln zum Wohle des Unternehmens sind die anderen Mitglieder dazu verpflichtet, den bestehenden Interessenkonflikt gegenüber dem Aufsichtsrat (AG) bzw der Hauptversammlung offenzulegen, um so eine Abberufung veranlassen zu können.²⁹⁹ **206**

D. Abberufung

Gemäß § 75 AktG kann ausschließlich der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied bei Vorliegen einer groben Pflichtverletzung, bei Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und bei sachlich gerechtfertigtem Vertrauensentzug durch **207**

²⁹⁷ *Spindler* in MünchKomm AktG4 § 93 Rz 61 ff mwN; nach *Karollus*, ÖBA 2016, 252 kann nur so der Gefahr begegnet werden, dass ein befangenes Vorstandsmitglied die gesamte Entscheidung im Gremium auch für die unbefangenen Vorstandsmitglieder „infiziert“.

²⁹⁸ *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 25 Rz 44 mwN zur vergleichbaren Situation im Aufsichtsrat.

²⁹⁹ *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 25 Rz 48 mwN zur vergleichbaren Situation im Aufsichtsrat.

die HV abberufen werden.³⁰⁰ Das Vorliegen eines Interessenkonflikts kann als wichtiger Grund gewertet werden.³⁰¹

E. Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats

208 Strittig ist, ob der Aufsichtsrat in den Fällen des § 97 AktG die Zuständigkeit des Vorstands verdrängt, also dem Aufsichtsrat hier eine ausschließliche Zuständigkeit zukommt, oder ob hier auch von einer konkurrierenden Zuständigkeit des Vorstands auszugehen ist. Bei Rechtsgeschäften zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft sollte aber jedenfalls die Zustimmung des Aufsichtsrates eingeholt werden.

F. Exkurs: Umgang mit Interessenkonflikten durch die „Zustimmungsberechtigten“

209 Abgesehen von den für die GmbH und die AG (vgl Rz 193 f) dargelegten Vertretungsregeln iZm einem Interessenkonflikt haben sich die Zustimmungsberechtigten – sei es die übrigen Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder, der Aufsichtsrat oder die Gesellschafter bzw Aktionäre – bei ihrer Entscheidung an den sie jeweils uU treffenden Sorgfalts-, Treue- und Interessenwahrungspflichten zu orientieren. Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Zustimmung ohne ausreichender Informationsvorlage bzw -beschaffung sowie ohne Überprüfung der Plausibilität der gemachten Angaben zumeist pflichtwidrig sein und zu einer Haftung des jeweiligen Zustimmungsberechtigten führen wird.

210 Mittels der oben aufgezeigten Handlungsanleitungen sind Interessenkonflikte vermeid- bzw bewältigbar. Ein nicht sorgsamer Umgang mit Interessenkonflikten kann jedoch nicht nur zur Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts führen, sondern für das Vorstandsmitglied auch schadenersatz-, dienst- und (verwaltungs-)strafrechtliche Folgen nach sich ziehen.

³⁰⁰ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 76 AktG Rz 40f.

³⁰¹ *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Jus Privatum 183, 627; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 75 Rz 1ff; Bei der GmbH hingegen besteht der Grundsatz der freien Abberufbarkeit des Geschäftsführers: Die Abberufung kann jederzeit durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen. Ein wichtiger Grund für die Abberufung muss nicht behauptet werden. Dieser Grundsatz zeigt deutlich den ausschließlich den Gesellschafter zukommenden Einfluss. Davon ausgenommen ist die Bestellung des Gesellschafter-Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag, der die Abberufbarkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers auf wichtige Gründe beschränken kann (*Ratka* in Straube, GmbHG § 16 Rz 1f).



Susanne Kals, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)

Handbuch für den Vorstand

facultas 2017, 1.514 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-1364-3

EUR 240,- (A) / EUR 234,- (D) / sFr 234,-