

Leitung einer Aktiengesellschaft im Spannungsfeld berücksichtigungswürdiger Interessen

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades
Master of Business Administration (MBA)
an der Technischen Universität Wien, Continuing Education Center

eingereicht von

Bernhard Seda, BSc.

00828288

BetreuerIn

Univ. Prof. Dr. Dr. Thomas Ratka, LL.M. LL.M.

Eidesstattliche Erklärung

Ich, BERNHARD SEDA, BSC.,

erkläre hiermit,

1. dass ich meine Masterthese selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe,
2. dass ich meine Masterthese bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe,
3. dass ich, falls die Arbeit mein Unternehmen betrifft, meine/n ArbeitgeberIn über Titel, Form und Inhalt der Masterthese unterrichtet und sein Einverständnis eingeholt habe.

Wien, 02.06.2020

Unterschrift

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich meinem Betreuer Prof. Dr. Dr. Ratka danken. Nicht nur aufgrund seines lebensnahen Vortragstils, hat er mich für die Juristerei weit über diese Masterarbeit hinaus begeistert.

Ein großer Dank gebührt ebenfalls meinem Vater, der mich während meiner gesamten Ausbildung als aufmerksamer Lektor unterstützt hat. Ebenfalls bedanke ich mich auch bei meiner Mutter für hitzige Debatten und die daraus resultierenden Erkenntnisgewinne.

Abstract

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat im Rahmen seiner täglichen Arbeit unzählige Entscheidungen zu treffen. Dabei sieht er sich oft in einem Spannungsfeld widerstreitender Interessen. Gerade das Unternehmenswohl scheint auf den ersten Blick oftmals gegenläufig zu den anderen, im Gesetz definierten Interessen (öffentliches Interesse, Arbeitnehmerinteresse, Aktionärsinteresse) zu sein.

Im ersten Teil dieser Arbeit werden nach Erwähnung der historischen Hintergrundinformationen die Organe der Aktiengesellschaft, ihre Beziehung zueinander und ihre Rechte und Pflichten beschrieben. Der zweite Teil widmet sich der Definition der verschiedenen Interessen und wie diese in Beziehung zum Unternehmenswohl stehen. Im dritten Teil werden zwei Aspekte des öffentlichen Interesses ausführlicher beleuchtet. Es wird geklärt, wie weit eine Verpflichtung und die Grenze des Ermessenspielraums des Vorstandes in Bezug auf Gesetzestreue und Spenden, Förderungen oder Zuwendungen reicht.

Abstract (English)

The executive board of a stock corporation decides countless matters in the course of its daily work. They often find themselves in a field of tension between conflicting interests. At first glance, it is precisely the company's wellbeing that often appears to conflict with the other interests defined by law (public interest, employee interests, shareholder interests).

In the first part of this thesis, after mentioning the historical background information, the boards of the stock company, their relationship to each other and their rights and obligations are outlined. The second part is devoted to the definition of the various interests and how they relate to the wellbeing of the company. In the third part, two aspects of the public interest are highlighted. It is clarified how far an obligation and the limit of the business budget of the board of directors regarding compliance with the law and donations, grants or subsidies extends.

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	VII
Executive Summary	X
1. Einleitung	1
1.1. Problemstellung	1
1.2. Zielsetzung und Forschungsfragen.....	1
2. Herkunft des österreichischen Aktiengesetzes	3
2.1. Handelskompanien im 17. und 18. Jhd.	3
2.2. Deutsches Aktienrecht vor dem AktG 1937.....	5
2.3. Entwicklung des österreichischen AktG vor 1939	7
2.4. Austrifizierung des dAktG im Jahr 1965	8
2.5. Relevante Novellierungen des AktG 1965	9
2.6. Zusammenfassung.....	10
3. Organe der Aktiengesellschaft	11
3.1. Vorstand	11
3.1.1. Anzahl der Vorstandsmitglieder	11
3.1.2. Pflichten des Vorstandes	12
3.1.3. Weisungsfreiheit.....	14
3.1.4. Rechnungswesen und Compliance Pflichten	15
3.1.5. Zusammenfassung der Leitungsgewalt des Vorstandes.....	18
3.1.6. Vorstandshaftung	18
3.2. Aufsichtsrat	20
3.2.1. Zusammensetzung des Aufsichtsrats	21
3.2.2. Pflichten des Aufsichtsrats	23
3.2.3. Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder	23
3.2.4. Vorzeitige Abberufung des Aufsichtsrates	24
3.2.5. Haftung des Aufsichtsrats.....	25
3.3. Hauptversammlung	25
3.3.1. Misstrauensvotum gegen den Vorstand	25
3.3.2. Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat	27
3.4. Board System	28
4. Berücksichtigungswürdige Interessen	31
4.1. Öffentliches Interesse	31
4.2. Arbeitnehmerinteresse	32

4.3.	Interesse der Aktionäre	33
4.4.	Unternehmenswohl.....	33
4.5.	Conclusio.....	35
4.6.	Andere Interessen	35
4.6.1.	Gläubigerinteressen.....	35
4.6.2.	Sondergesetze (Finanzdienstleistungsunternehmen)	35
4.7.	Corporate Governance.....	36
5.	<i>Diskussion zur Interessensabwägung.....</i>	<i>37</i>
5.1.	Hierarchie der Interessen.....	37
5.2.	Ermessensspielraum des Vorstandes.....	38
5.2.1.	Business Judgment Rule in den USA.....	38
5.2.2.	Business Judgment Rule in Österreich.....	41
5.2.3.	Schlussbemerkung zur BJR	44
5.3.	Legalitätspflicht – Vertiefung	44
5.3.1.	Unbewusster Rechtsbruch.....	45
5.3.2.	Bewusster Rechtsbruch	46
5.3.3.	„Angeordneter“ Rechtsbruch	48
5.3.4.	Schlussbemerkungen zur Legalitätspflicht	51
5.4.	Wirtschaftliches Wachstum und Nachhaltigkeit.....	52
5.5.	Freigiebigkeit, Zuwendungen und das öffentliche Interesse	53
6.	<i>Schlussbemerkungen.....</i>	<i>56</i>
6.1.	Zur Lösung der „großen Probleme“ dieser Welt	56
	<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>58</i>
	<i>Judikaturverzeichnis</i>	<i>60</i>

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 eigene Darstellung

Abbildung 2 eigene Darstellung

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 1861
AG	Aktiengesellschaft
AIFMG	Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz BGBl I 135/2013
AktG	Aktiengesetz BGBl 98/1965
AN	Arbeitnehmer
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt [Ö: (Teil) Jahr/Nummer; D: (Teil) Jahr, Seite]
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BJR	Business Judgment Rule
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz BGBl I 100/2002
BörseG	Börsegesetz 2018 BGBl I 107/2017
bspw	beispielsweise
BWG	Bankwesengesetz BGBl I 184/2013
bzw	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
dAktG	deutsches Aktiengesetz BGBl I 1965 S 1089
dAO	deutsche Abgaben Ordnung BGBl I 2002 S 3866
DRGBL	deutsches Reichsgesetzblatt
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
engl	im Englischen
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union

f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FuS	Zeitschrift für Familienunternehmen und Strategie
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
Ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBI 1906/58
GP	Gesetzgebungsperiode
HGB	deutsches Handelsgesetzbuch
HV	Hauptversammlung
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IKS	Internes Kontrollsystem
inkl	inklusive
InvFG	Investmentfondsgesetz BGBl I 77/2011
iVm	in Verbindung mit
lit	litera
lt	laut
MüKo	Münchener Kommentar
NaDiVeG	Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz BGBl I 2017/20
Nr	Nummer
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht

PKG	Pensionskassengesetz BGBl 281/1990
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RGBI	Reichsgesetzblatt [Ö: Jahr/Nummer; D: Jahr (Teil) Seite]
Rn	Randnummer
Rz	Randziffer
S	Satz
SDG	Sustainable Development Goals
SE	Societas Europaea - Europäische Aktiengesellschaft
SE-G	SE-Gesetz BGBl. I Nr. 67/2004
SpaltG	Spaltungsgesetz BGBl 304/1996
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 60/1974
StRÄG	Strafrechtsänderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/112
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120
UmwG	Umwandlungsgesetz BGBl 304/1996
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb BGBl 448/1984
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 BGBl I 2015/34
vgl	vergleiche
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 52/1991
WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 BGBl I 107/2017
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz BGBl 139/1979
WrK	Wiener Kommentar
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Zeitschrift)

Executive Summary

Die Aktiengesellschaft ist eine beliebte Gesellschaftsform, die in der klassischen Form das Geld vieler Investoren bündelt, um große Projekte zu verwirklichen. Diese Idee gibt es schon seit dem 17. Jahrhundert. Heute sind diese Unternehmen wesentliche Eckpfeiler unseres Wirtschaftssystems, so wesentlich, dass in der öffentlichen Diskussion der Satz „too big to fail“ zu hören ist. Wenn die AG so wichtig für unser wirtschaftliches Zusammenleben ist, ist sie auch verpflichtet etwas „zurückzugeben“? Muss der Vorstand überhaupt Interessen abseits der Profitabilität des Unternehmens im Rahmen seiner Leitungstätigkeit berücksichtigen und wie kann er seine Entscheidungen rechtfertigen?

In dieser Arbeit werden diese Fragen speziell im Hinblick auf das öffentliche Interesse (Spendentätigkeit, Legalitätspflicht) geklärt. Mittels Literaturrecherche wird in den Gesetzeskommentaren zu den relevanten Paragraphen, sowie unter Zuhilfenahme der höchstgerichtlichen Rechtsprechung die herrschende Rechtsansicht dargelegt. Zusätzlich werden Beiträge in juristischen Fachzeitschriften zur Vertiefung herangezogen.

Schon im Kapitel zur Geschichte der Aktiengesellschaft wird gezeigt, dass die ersten Aktiengesellschaften in Zeiten der Monarchie nur mit Genehmigung der Krone gegründet werden konnten. Dieser „absolute“ Einfluss wurde im Laufe der Zeit immer weniger, dass aber die AG *unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses* geleitet werden muss, ist geblieben. So ist es explizit im § 70 AktG niedergeschrieben.

Die anderen berücksichtigungswürdigen Interessen laut Gesetz sind das *Interesse der Aktionäre*, das *Interesse der Arbeitnehmer* sowie das *Unternehmenswohl*. Wobei dem Unternehmenswohl der Vorrang zu geben ist, da langfristig betrachtet, die anderen Interessen im Unternehmenswohl den gemeinsamen Nenner finden.

Es wird auf die verschiedenen Organe der AG und die unterschiedlichen Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat eingegangen. Die Tätigkeiten der beiden Gremien sind zwar unterschiedlich - der Vorstand leitet die Gesellschaft, der Aufsichtsrat überwacht diese Leitung -, aber beide sind dem Unternehmenswohl verpflichtet und ebenso gelten für sie die gleichen Sorgfaltspflichten.

Der Vorstand ist grundsätzlich bei der Ausübung seiner Leitungsaufgabe weisungsfrei. Anders als bei der GmbH herrscht eine große Distanz und eine gewisse Anonymität zwischen den Eigentümern und der Verwaltung. Trotzdem haben Hauptversammlung und Aufsichtsrat Möglichkeiten der Kontrolle. Hier gibt es das Instrument der Versagung der Entlastung, der Abberufung durch den Aufsichtsrat oder den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Diese

Maßnahmen können auch im Falle eines völlig gesetzeskonformen Verhaltens des Vorstands eingesetzt werden. Hier gelten anderen Maßstäbe, da der Gesetzgeber bewusst die Möglichkeit der „strengerer“ Kontrolle der Kapitalvertreter geschaffen hat. Allerdings darf eine Vorstandsabberufung nicht aus reiner Willkür erfolgen.

Dem Vorstand wird basierend auf seine Weisungsfreiheit also ein Ermessensspielraum eingeräumt. Dieser wurde schon vor dem Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 vom OGH anerkannt. 2016 wurde die so genannte „Business Judgment Rule“ in §84 Abs 1a kodifiziert. Sie gibt den Rahmen vor, indem der Vorstand *jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters* handelt. Er muss *frei von sachfremden Interessen, auf der Grundlage angemessener Informationen und zum Wohle der Gesellschaft* handeln.

Der Legalitätspflicht, die dem öffentlichen Interesse zuzuordnen ist, wird ein wesentlicher Teil der Arbeit gewidmet. Soll ein Vorstand „zum Wohle der Gesellschaft“ Gesetzesverstöße in Kauf nehmen? Diese Frage zeigt die Grenze der BJR auf. Diese gilt nur für *unternehmerische Entscheidungen*. Ein bewusster Rechtsbruch ist keine unternehmerische Entscheidung, somit kommt die haftungsbefreiende Wirkung der BJR nicht zur Anwendung und die allgemeinen Voraussetzungen einer zivilrechtlichen und ggf auch strafrechtlichen Verantwortung sind zu prüfen.

Ein Bereich der Vorstandstätigkeit, für den die BJR jedenfalls eine große Rolle spielt sind Sponsoring, Mäzenatentum und sonstige Zuwendungen an NGOs oder andere dem Gemeinwohl zuzuordnende Projekte. Hier muss zwischen Sponsoringaktivitäten, bei denen die Investition in der Erwartung erfolgt, dass dadurch ein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird und Förderungen zB von Kultur- oder Sportveranstaltungen unterschieden werden. Zweitere mögen auf den ersten Blick als pflichtwidrig gesehen werden, da jegliche Spende das Gesellschaftsvermögen schmälert.

Spenden oder Förderungen können aber auch zulässig (und sinnvoll) sein, auch wenn ihr wirtschaftlicher Mehrwert ex ante nicht eindeutig bestimmbar ist. So eine Maßnahme kann der Imagepflege dienen, die Forschung im Interessenbereich der Gesellschaft verbessern oder dem Lobbying zuträglich sein. Gerade bei dieser Art von Zuwendungen ist es wichtig, dass sich der Vorstand streng an die Rahmenbedingungen der BJR hält und sich nicht von persönlichen Vorlieben leiten lässt.

Eine Verpflichtung zur Freigiebigkeit sowie anderer konkreter Verpflichtungen kann nicht aus den Handlungsmaximen des § 70 AktG abgeleitet werden. Pointiert formuliert: So lange sich der Vorstand an Gesetze hält, frei von Interessenskonflikten und langfristig im Sinne des Unternehmenswohls handelt, hat er zivil und strafrechtlich nichts zu befürchten, auch wenn sich eine Entscheidung im Nachhinein betrachtet als Fehlentscheidung herausstellt

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

Aktiengesellschaften sind im Laufe der Zeit zu einem wichtigen Eckpfeiler unseres Wirtschaftssystems geworden. So wichtig, dass in der öffentlichen Diskussion der Satz „too big to fail“ zu hören ist. Im Zuge dieser Auseinandersetzung werden auch Fragen aufgeworfen, ob es Bestimmungen gibt und ob diese ausreichend sind, um die Leitung dieser Kapitalgesellschaften zu kontrollieren. Ist eine AG, ob ihrem Stellenwert für unser wirtschaftliches Zusammenleben verpflichtet etwas „zurückzugeben?“. Muss der Vorstand überhaupt Interessen abseits vom Gewinn des Unternehmens im Rahmen seiner Leitungstätigkeit berücksichtigen und wie kann er seine Entscheidung rechtfertigen?

Im Aktiengesetz hat der Gesetzgeber das Wesen der Aktiengesellschaft geregelt. Genauer steht im § 70 wie der Vorstand eine solche Aktiengesellschaft zu leiten hat:

§ 70 Leitung der Aktiengesellschaft

Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.

In § 95 AktG ist die Aufgabe des Aufsichtsrats geregelt. Er soll laut § 95 Abs 1 die Geschäftsführung überwachen. Eines der Kontrollinstrumente ist lt § 75 AktG die Möglichkeit, den Vorstand aus wichtigem Grund abzurufen. Auch die Hauptversammlung kann dem Vorstand das Vertrauen versagen. Somit haben diese beiden Gesellschaftsorgane durchaus Möglichkeiten, um ein grobes Fehlverhalten des Vorstandes zu ahnden oder zu unterbinden.

1.2. Zielsetzung und Forschungsfragen

Unter anderem soll in dieser Arbeit geklärt werden, ob die Formulierung in Bezug auf das öffentliche Interesse und das Interesse der Arbeitnehmer in § 70 AktG wirklich Handlungsmaxime ist, oder es sich nur um eine programmatische Formulierung handelt.

Was hat der Gesetzgeber mit der Formulierung „unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses“ gemeint? Hier kann ein Blick in die Geschichte des Aktiengesetzes helfen, um zu verstehen warum das öffentliche Interesse speziell erwähnt wird. Im ersten Teil der Arbeit wird deshalb die Herkunft der staatlichen Regulierung von Aktiengesellschaften beleuchtet, da diese mit dem öffentlichen Interesse in engem Zusammenhang steht. Es soll geklärt werden,

ob ein Verstoß gegen dieses Interesse eine Möglichkeit ist, den Vorstand aufgrund einer „groben Pflichtverletzung“ abzurufen.

In Kapitel 5 Diskussion zur Interessensabwägung werden zwei Aspekte des öffentlichen Interesses genauer behandelt. Es wird geklärt wie weit eine Verpflichtung und die Grenze des Ermessensspielraums in Bezug auf Gesetzestreue und Spenden, Förderungen oder Zuwendungen reicht.

Die Anwendung der Business Judgment Rule wird im Rahmen der Legalitätspflicht beleuchtet und geklärt ob ein Gesetzesverstoß eine Handlungsalternative im Rahmen einer Ermessensentscheidung ist. Eine aus gesetzlicher Sicht falsche, aber betriebswirtschaftlich vielleicht richtige Entscheidung wird als Beispiel angeführt, um zu untersuchen ob dem Vorstands Konsequenzen bei Gesetzesverstößen drohen, obwohl ihm doch ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt wird. Darüber hinaus wird geklärt, in wie weit der Aufsichtsrat verpflichtet ist, bei so einer Handlung eine Abberufung auszusprechen.

Abschließend wird ein Blick auf die Freigiebigkeit bzw Spendentätigkeit von Unternehmen geworfen, ob diese Handlungen das öffentliche Interesse berühren und unter welchen Bedingungen es zulässig ist, Gesellschaftsvermögen einem karitativen oder mildtätigem Zweck zuzuführen.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die Vorschriften in Bezug auf die Leitung einer AG und die Leitung einer GmbH sehr ähnlich sind.¹ In dieser Arbeit wird die Problemstellung aus der Sichtweise der AG bearbeitet. Ähnlich wird mit der Vielzahl der sondergesetzlichen Vorschriften aus dem stark regulierten Finanzdienstleistungsbereich verfahren. Es würde den Rahmen sprengen, die zusätzlichen Regulierungen aus zB dem Bankensektor gerade im Bereich der Compliance auf die Fragestellung der Interessensabwägung zu analysieren, da im Finanzdienstleistungssektor auch die Anlegerinteressen ein wesentlicher Zusatzaspekt in der Leitungsaufgabe eines Vorstandes sind.

¹ vgl dazu die §§ 84 AktG und 25 GmbHG.

2. Herkunft des österreichischen Aktiengesetzes

Das Aktienrecht ist ein von zahlreichen Reformen geprägtes Rechtsgebiet. Gerade in dieser von wirtschaftlicher Innovation geformten Materie kann beobachtet werden, wie sich das Gesetz durch gesellschaftliche Entwicklungen verändert. Die Reaktion des Gesetzgebers auf wirtschaftliche Entwicklungen und der Erlass von strengeren Regulierungen zur Verhinderung von Missbräuchen sind der größte Veränderungstreiber für das Aktiengesetz.

2.1. Handelskompanien im 17. und 18. Jhdt.

Die ersten mit unserer Auffassung vergleichbaren Aktiengesellschaften waren die Handelskompanien Anfang des 17. Jahrhunderts. Diese benötigten viel Geld, um ihre Unternehmungen in Übersee zu finanzieren. Es mussten sich viele Kaufleute zusammenschließen und Kapital zur Verfügung stellen. Um Teil einer Handelskompanie zu werden, musste man eine Einlage leisten. Als Gegenleistung gab es Mitspracherechte und Kontrolle, ganz analog zu unseren heutigen Aktiengesellschaften. Die Investition war aber auch mit einem hohem Verlustrisiko behaftet. Abenteuer und Expeditionen in Übersee waren außergewöhnlich gefährlich, allerdings gingen die Beteiligten dieses kalkulierbare Risiko gerne ein, da die Gewinnaussichten überdurchschnittlich hoch waren. Dies führte zu einem lebhaften Aktienhandel. Aus diesen Gründen werden die Handelskompanien als Grundstein des heutigen Aktienrechts gesehen.²

Die älteste Handelskompanie wurde am 31.12.1600 von Queen Elizabeth genehmigt. Damals wurde 220 Abenteurern das Recht eingeräumt, unter dem gemeinsamen Namen „*Governor and Company of Merchants of London trading into the East Indies*“ zu handeln. Darüberhinausgehend wurden auch weitere Dinge wie Aufnahme und Ausschluss von Mitgliedern, Immobilienbesitz im Namen der Firma „*to sue and be sued in the coporate name*“ geregelt. Am wichtigsten war aber, dass durch diese gemeinsame Unternehmung ein Monopol auf den Handel in den Gewässern östlich des Cap der Guten Hoffnung und westlich der Magellan Straße entstand.

Im Unterschied zu den heutigen Aktiengesellschaften war damals der staatliche Einfluss sehr stark. Die Ostindienkompanie konnte als langer Arm Britanniens gesehen werden und war essentiell für die Kolonialisierung im 17. Jahrhundert.³ Um diesen staatlichen Einfluss sicher-

² vgl Meyer-Landrut in Barz/Brönner/Klug (Hrsg), Großkommentar zum Aktiengesetz I³ (1973) 1.

³ vgl Baladouni, Accounting in the early years of the East India Company, The Accounting Historians Journal Vol 10 No 2 1983, 63 (63).

zustellen, wurden im Fall der Dänisch-Ostindischen-Kompanie von 1616 nicht nur die Gründung der Gesellschaft, sondern auch die Verwalter (heute vergleichbar mit Vorständen) vom König ernannt und auf ihn vereidigt.⁴

Der Regulierungswille des Staates betraf eher die Ausübung der hoheitlichen Rechte anstatt der Beachtung von Aspekten des Kapitals oder der Rechnungslegung. Unbehelligt von starken Regulierungen erkannten auch andere Wirtschaftssektoren die Vorteile dieser Gesellschaftsform.

In den Anfangszeiten des Börsenhandels war dieser noch unreguliert. Eine weitläufig bekannte Folge dieses wilden Handels war die Tulpenblase, die ihren Höhepunkt im Dezember 1636 und Jänner 1637 erreichte.⁵

Die Südseeblase 1720 war ein weiterer Wendepunkt in der Geschichte staatlicher Regulierungen. 1711 wurde die „*South Sea Company*“ ins Leben gerufen. Die anfänglichen Jahre verliefen eher schleppend, jedoch war die Unternehmung immer interessant für Aktienspekulanten. 1718 brach der Handel mit den südafrikanischen Kolonien zusammen und das Geschäftsmodell stand vor dem Aus. Die Firma refinanzierte sich am englischen Finanzmarkt und begann mit den eigenen Aktien zu spekulieren, um die Gläubiger zu bedienen. Der Aktienkurs konnte durch Unterstützung der Krone, Investments und Imagepflege weiter gesteigert werden, obwohl kein einziges Pfund im Südseehandel verdient wurde.

Für Außenstehende war dieser (vermeintliche) Aufstieg eines gut situierten Handelsunternehmens der Beginn einer vielversprechenden Entwicklung. So vielversprechend, dass auch der Pariser Aktienmarkt in die Höhe schoss. Weitere Gründungen von Firmen mit einem Geschäftsmodell wie: „*a company for carrying out an undertaking of great advantage, but nobody to know what it is*“ gaben Aktien aus.⁶ Das Parlament erließ den „Bubble Act“ im Juli 1720. Aktiengesellschaften konnten jetzt nur mit Genehmigung des britischen Souveräns gegründet werden konnten.⁷

Der französische **Code de Commerce** wurde **1807** eingeführt und wird als erstes europäisches Aktiengesetz angesehen. Mit diesem Gesetz wurde die Aktiengesellschaft eine aner-

⁴ vgl *Rabe*, Aktienkapital und Handelsinvestitionen im Überseehandel des 17. Jahrhunderts, Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Band 49 No 4 (1962), 320 (325).

⁵ vgl *Dash*, Tulipomania: The Story of the World's Most Coveted Flower & the Extraordinary Passions It Aroused (2012) 108.

⁶ vgl *Stratmann*, Myths of speculation: the south sea bubble and 18th-century English literature, (2000) 38.

⁷ vgl Joel Mokyr (Hrsg), The oxford encyclopedia of Economic History (2003), 294.

kannte Gesellschaftsform indem die gelebte Praxis bestätigt wurde. Aktiengesellschaften wurden damals unter dem Namen „société anonyme“ eingeführt und sehr abstrakt in den Artikeln 19, 29-38, 40, 45 geregelt. Der staatliche Einfluss auf die Gesellschaften war nach wie vor sehr stark.⁸ Der Artikel 37 im Code de Commerce sieht vor, dass jede Gesellschaft von der Regierung genehmigt werden muss. Es wurde geprüft, ob mindestens ein Viertel des Grundkapitals einbezahlt wurde, ob Gesetze gebrochen oder ein Verstoß gegen die guten Sitten vorlagen.⁹ Mit diesen Bestimmungen konnte der Staat weiterhin einen Einfluss auf die Gesellschaftsverträge ausüben.

2.2. Deutsches Aktienrecht vor dem AktG 1937

Bis in das Jahr 1843 gab es kein kodifiziertes Aktienrecht. Es gab zwar erste Vorläufer im Eisenbahn Sektor, allerdings sind diese eher als sich auf den Code de Commerce stützende Rechtsprechung zu sehen¹⁰. Mit dem **Preußischen Gesetz über Aktiengesellschaften vom 9.11.1843**. wurde diese Rechtspraxis vereinheitlicht.

Es besagte: „*Aktiengesellschaften mit den im gegenwärtigen Gesetz bestimmten Rechten und Pflichten können nur mit landesherrlicher Genehmigung errichtet werden.*“ Dieser Genehmigungsgrundsatz herrschte in Deutschland ganz allgemein bis etwa 1870. Jedoch sah das nachfolgende ADHGB von 1861 vor, dass der Landesgesetzgeber diese staatliche Genehmigung aufheben konnte. Infolge dessen zerbröckelte das Konzessionssystem.¹¹

Mit der **Aktienrechtsnovelle vom 11.6.1870**¹² gab der Gesetzgeber seine Regulierungsgewalt teilweise auf, da er auf explizite Genehmigungen der Geschäftszwecke der Gesellschaften verzichtete. Stattdessen wurden Normativbedingungen und Registerzwang eingeführt. Die Folge war eine Gründungswelle, welche auch der fortschreitenden Industrialisierung geschuldet war. Wirtschaftliche Innovation verlangte eine Gesellschaftsform, die in der Lage war, Kapital Vieler zu bündeln und so ambitioniert Projekte umzusetzen.

Auch aufgrund des deutsch-französischen Krieges kam es zu Häufungen von „*Aktienwindel*“. Viele der Aktiengesellschaften, die nach 1871 gegründet wurden, brachen zusammen und brachten Anleger um ihr Geld. Der Gesetzgeber war sich dieser Entwicklung bewusst.

⁸ vgl *Bösselmann*, Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19. Jahrhundert (2013), 204.

⁹ vgl *Bösselmann*, Entwicklung des dt. Aktienwesens, 62.

¹⁰ vgl *Martin*, Die Entstehung des preußischen Aktiengesetzes von 1843, Vierteljahrschrift Für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Band 56 No 4 1969, 499 (499)

¹¹ vgl *Habersack* in Goette/Habersack/Kalss (Hrsg), Münchner Kommentar zum AktG⁵, II Einleitung Rn 15 (2019).

¹² BGBl des Norddeutschen Bundes 375.

Man hat aber diese „*vorübergehenden Nachteile*“ im Interesse eines „*dauernden besseren Zustands*“ bewusst in Kauf genommen.¹³

Die **Aktienrechtsnovelle vom 18.7.1884**¹⁴ führte Regulierungen zum Schutze der Anleger ein. Sie brachte verschärfte Gründungsvorschriften und die Minderheitsrechte (zB Sonderprüfung, Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Verwaltungsmitglieder). Auch das Niederwertprinzip in Bezug auf das Umlaufvermögen geht auf diese Novelle zurück (§ 185a HGB).

Das Aktienrecht wurde später in das **Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897**¹⁵ in den §§ 178 bis 334 eingearbeitet, aber nicht wesentlich geändert.¹⁶

Die Zeit zwischen 1897 und 1937 war sehr ereignisreich. Der erste Weltkrieg (1914-1918) mit dem Ende der Kaiserzeit, die Ausrufung der Republik (Deutsches Reich) 1918, die Weltwirtschaftskrise 1929-1931 und die Machtübernahme der NSDAP 1933 hatten auch Einfluss auf das Aktienrecht.

Das Konzessionssystem wurde während des Ersten Weltkrieges vorübergehend wieder eingeführt. Als Folge der Wirtschaftskrise 1929 wurde die Pflichtprüfung des Jahresabschlusses durch den Abschlussprüfer, eine neue Gliederung für den Jahresabschluss, eine Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung in erleichterter Form sowie eine Einschränkung für Aktienrückkäufe mittels zweier **Notverordnungen**¹⁷ erlassen. Diese Reformen wurde allerdings schon währen der 20er Jahre ausgiebig diskutiert und vorbereitet.

Mit dem **Aktiengesetz vom 30.1.1937**¹⁸ wurde das Aktienrecht aus dem HGB herausgenommen. Geänderte Bestimmungen wie das „Führerprinzip“ (Ein Durchgriffsrecht des Vorsitzenden bei Meinungsverschiedenheiten) und Schwächungen der Minderheitenrechte im Vergleich

¹³ vgl *Habersack* in MüKo AktG⁵ Einleitung Rn 16.

¹⁴ RGBI 1884 I 213.

¹⁵ RGBI 1897 I 219.

¹⁶ vgl *Habersack* in MüKo AktG⁵ Einleitung Rn 16-18.

¹⁷ RGBI 1931 I 493 und RGBI 1931 I 537.

¹⁸ RGBI 1937 I 107.

zum HGB, sind dem Geist der damaligen Zeit geschuldet.¹⁹ Dieses Gesetz wurde mit der Zweiten Einführungsverordnung vom 2. 8. 1938²⁰ ab 1. 1. 1939 auch für bestehende AG in Österreich gültig.²¹

2.3. Entwicklung des österreichischen AktG vor 1939

Auch in Österreich basierten die ersten Regulierungen der Aktiengesellschaften auf einem Konzessionssystem. Das Vereinspatent 1852²² erforderte, genauso wie die Hofkanzlei-Decrete von 1840 und 1843, die staatliche Genehmigung der Gründung der Aktiengesellschaft bzw des Aktienvereins. Dieses Gesetz enthielt einerseits für alle Erwerbsvereine geltende Vorschriften und andererseits besondere Bestimmungen über „Aktienvereine“. In der Folge nahm sich auch die Handelsrechtsgesetzgebung der AG an. Das Vereinspatent 1852 blieb aber noch bis ins Jahr 1999 gültig, als es erst durch das Bundesrechtsbereinigungsgesetz²³ aufgehoben wurde, was sich vor allem in den Fragen der staatlichen Genehmigung der Gesellschaft und der Staatsaufsicht auswirkte.²⁴ Ähnlich wie in Deutschland wurde auch in Österreich ein neues **Aktienregulativ**²⁵ eingeführt, mit dem (in der Praxis) vom reinen Konzessionssystem zum einem Normativsystem übergegangen wurde. Es wurde der weitgehend freie staatliche Ermessensspielraum über Genehmigung von Neugründungen durch Bedingungen ersetzt, die einen Rahmen für solche Bewilligungen vorgaben.²⁶

Bei dieser Rechtslage blieb es bis zum Jahre 1938. Im Rahmen des Anschlusses an das Deutsche Reich wurde auch in Österreich das **deutsche Aktiengesetz vom 30. 1. 1937**²⁷ eingeführt.

¹⁹ vgl *Habersack* in MüKo AktG⁵ Einleitung Rn 19-21.

²⁰ DRGBI 1938 I 988.

²¹ vgl *Artmann* in Artmann/Karollus, Kommentar zum AktG I⁶ Einleitung I: Zur Entwicklung der Aktienrechtsgesetzgebung in Österreich Rz 3 (2019).

²² RGBI 1852/253.

²³ BRBG, BGBI I 1999/191.

²⁴ vgl *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz⁵ A. Zur Entwicklung der Aktienrechtsgesetzgebung in Österreich Einleitung Rz 1 (2011).

²⁵ RGBI 1899/175.

²⁶ vgl *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ A. Zur Entwicklung der Aktienrechtsgesetzgebung in Österreich Einleitung Rz 2.

²⁷ DRGBI 1937 I 107.

2.4. Austrifizierung des dAktG im Jahr 1965

Das dAktG 1937 behielt auch noch weit nach 1945 Gültigkeit. Man war bemüht um eine „österreichische“ Aktienrechtsgesetzgebung, die dann mit einer „kleinen Reform“ im **AktG 1965**²⁸ Gesetz wurde. Man begnügte sich mit einer Austrifizierung des dAktG 1937 und einigen vergleichsweise kleinen Änderungen, Umstellungen, Klarstellungen und Berichtigungen. Das Ergebnis war ein österreichisches Aktienrecht, welches in weitest gehender Weise und vielfach sogar wortgleich mit dem dAktG 1937 übereinstimmte.

Das ist für Auslegungsfragen von großer Relevanz, da in Bezug auf die nicht novellierten Gesetzestexte weiterhin auf die Rechtsprechung und die Materialien zum dAktG 1937 zurückgegriffen wird.²⁹

Heute kann nicht mehr von einer Deckungsgleichheit des AktG 1965 mit dem dAktG 1965 gesprochen werden. In Deutschland gab es umfassendere Reformen (Aktienrechtsreformen von 1998), vor allem im Bereich des Konzernrechts. Auch der für diese Master's Thesis relevante § 70 (mit seiner Parallelvorschrift § 76 dAktG) weist einige Unterschiede auf.

²⁸ BGBl 1965/98.

²⁹ vgl. *Artmann* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ Einleitung I: Zur Entwicklung der Aktienrechtsgesetzgebung in Österreich Rz 3.

2.5. Relevante Novellierungen des AktG 1965

Das heute in Österreich gültige AktG 1965 basiert noch größtenteils auf dem dAktG 1937. Natürlich waren im Laufe der Zeit zahlreiche Novellierungen notwendig, um mit den gesellschaftlichen Entwicklungen und den Erfordernissen der Zeit Schritt zu halten. Nachfolgend ist eine Liste einiger Novellierungen angeführt, die für das Thema dieser Arbeit (Gläubigerschutz, Arbeitnehmerinteresse, Aktionärsinteresse, öffentliches Interesse) relevant sind:

Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997³⁰

- Stärkung der Effizienz des Aufsichtsrats
- Verpflichtung des Vorstandes zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems

Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008³¹

- Für fünffachgroße Gesellschaften verpflichtend ein Prüfungsausschuss
- Corporate Governance-Erklärung für börsennotierte Gesellschaften

Strafrechtsänderungsgesetz 2015³²

- Business Judgment Rule in § 84 Abs 1a

Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz³³

- Regelungen über die nichtfinanzielle Berichterstattung

Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat³⁴

- Geschlechterquote für börsennotierte AG ab 1000 Arbeitnehmern im AR

Zusätzlich wurden weitere Richtlinien, die Aktiengesellschaften berühren, erlassen: ³⁵

Arbeitsverfassungsgesetz

- Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

Österreichischer Corporate Governance Kodex“ (ÖCGK)

- „Wohilverhaltensregeln“ denen sich die betroffenen Gesellschaften freiwillig unterwerfen sollen, um einheitliche Standard zu schaffen
- Um an der Wiener Börse im Segment “Prime Market” zu notieren, ist die Einhaltung des ÖCGK eine Zulassungsvoraussetzung.

³⁰ BGBl I 1997/114.

³¹ BGBl I 2008/70.

³² BGBl I 2015/112.

³³ BGBl I 2017/20.

³⁴ BGBl I 2017/104.

³⁵ BGBl 1974/22.

2.6. Zusammenfassung

Die Idee der Bündelung von Ressourcen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Projekts, ist so alt wie die Menschheit selbst. Die Struktur der Aktiengesellschaft, so wie wir sie heute kennen, gibt es erst seit dem 17. Jahrhundert. So wurden teure Expeditionen nach Übersee finanziert. Da dies im Interesse des Staates war, musste dieser jede AG genehmigen. Die Entscheidungsgewalt über die Gründung einer AG blieb beim Staat bis Ende des 19. Jahrhunderts.

Es ist Aufgabe des Staates, auf gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen mittels neuer Gesetze zu reagieren. Da Aktiengesellschaften in der Regel große Unternehmen mit vielen Angestellten sind, hat die Bevölkerung ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Geschäftspraxis. Präzisierungen und strenge Regeln sind nötig, um der unternehmerischen Kreativität einen Rahmen vorzugeben und alle Marktteilnehmer zu schützen. Der Staat gab im Laufe der Jahrhunderte seine absolute Entscheidungsgewalt über die Gründung von Aktiengesellschaften nur langsam auf. Auch heute ist das öffentliche Interesse als Zielvorgabe für den Vorstand im österreichischen Aktiengesetz zu finden.

In der neueren Geschichte wird der öffentliche Einfluss immer weiter zurückgedrängt. Kommentare und Rechtsprechung verweisen immer mehr auf das Unternehmenswohl als auf das Gemeinwohl. So sucht man einen Verweis auf das öffentliche Interesse oder ähnliches, in der aktuellen Fassung des § 76 im deutschen Aktiengesetzes vergeblich.

3. Organe der Aktiengesellschaft

Um zu verstehen, wie Entscheidungen in Gesellschaften getroffen werden, wird als erstes auf den Aufbau der AG eingegangen.

Im Sinne eines gewaltenteilenden Prinzips werden bei der (österreichischen) Aktiengesellschaft die drei Organe Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung in ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis gestellt. Der Vorstand ist hierbei zur Vertretung, Geschäftsführung und Leitung der AG berufen.³⁶

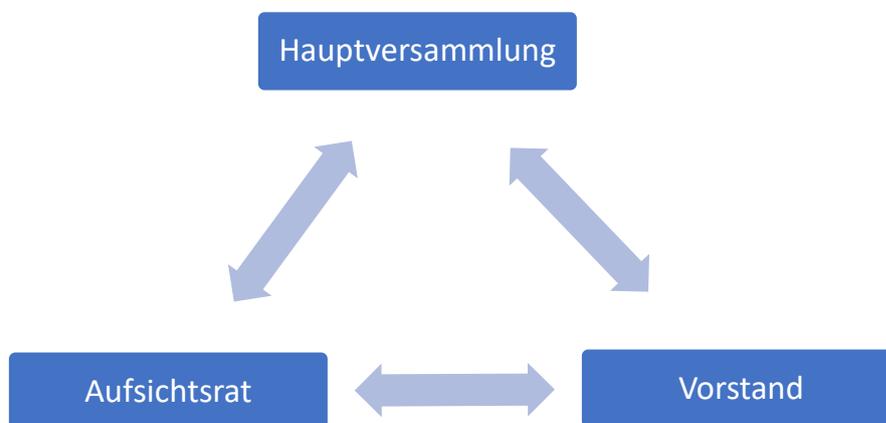


Abbildung 1

3.1. Vorstand

3.1.1. Anzahl der Vorstandsmitglieder

Die Satzung muss lt § 17 AktG auch die Zusammensetzung des Vorstandes, insbesondere die Anzahl der Vorstandsmitglieder bestimmen. Eine kleine AG wird mit weniger Vorstandsmitgliedern auskommen als ein multinationaler Konzern. Diese Großunternehmen haben in der Regel mehrere Prokuristen. Diese werden aber nicht zu den Vorstandsmitgliedern gezählt, auch wenn sie nach § 71 Abs 3 mit Zeichnungsbefugung sind.³⁷

³⁶ vgl. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 6.

³⁷ vgl. Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 17 Rz 26.

§ 17 AktG gibt nicht die endgültige Anzahl der Vorstandsmitglieder vor. Jedoch muss nach einer Entscheidung des OLG Wien die Höchstzahl der Vorstände in der Satzung genannt sein.³⁸ Insofern kann der Aufsichtsrat die Anzahl der Vorstände bis zu der in der Satzung angegebenen Höchstzahl bestimmen, indem er die Vorstände einfach bestellt.³⁹

Eine exakte Vorgabe, wie hoch die Anzahl der Vorstandsmitglieder sein muss, gibt es allerdings nicht, da weder der Gesetzgeber in § 17, noch der OGH in seiner Entscheidung⁴⁰ eine Aussage dazu trifft. Das ist meines Erachtens auch sinnvoll, da somit dem Aufsichtsrat ein gewisser Spielraum eingeräumt wird, auf die Bedürfnisse der Gesellschaft bei der Vorstandsbesetzung einzugehen. Gewisse Branchen (Banken⁴¹, Wertpapierdienstleistungsunternehmen⁴², Versicherungen⁴³, Pensionskassen⁴⁴, börsennotierte Unternehmen⁴⁵) schränken diesen Spielraum aber durch Sondergesetze ein.

Darüber hinaus empfiehlt die C Regel 16 des ÖCGK (Österreichischer Corporate Governance Kodex) einen mehrgliedrigen Vorstand mit klarer Kompetenzverteilung. Laut § 70 Abs 2 ist ein Vorstand bestehend aus einer Person aber dennoch möglich. Diese Möglichkeit wird auch von etlichen Unternehmen in Anspruch genommen.⁴⁶

3.1.2. Pflichten des Vorstandes

Die wesentliche Aufgabe des Vorstands ist in § 70 Abs 1 normiert:

*Der Vorstand hat unter **eigener Verantwortung** die Gesellschaft so zu **leiten**, wie das **Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen** der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es **erfordert**.*

Der Vorstand ist zur Leitung des Unternehmens verpflichtet. Strasser versteht unter „Leitung der Gesellschaft“ sowohl die Geschäftsführung im Innenbereich als auch die Vertretung im

³⁸ OLG Wien 12. 6. 2008 28 R 70/08g.

³⁹ vgl *Heidinger/Schneider* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 17 Rz 25.

⁴⁰ siehe auch OGH 07.06.1966 4 Ob 511/66 „*Die Satzung muß selbst die Zahl der Vorstandsmitglieder nennen. Es kann nicht dem Aufsichtsrat überlassen bleiben, wie viele Vorstandsmitglieder bestellt werden.*“.

⁴¹ § 5 Abs 1 Z 12 BWG.

⁴² § 4 Abs 2 Z 1 WAG 2018.

⁴³ § 8 Abs 2 Z 7 VAG 2016.

⁴⁴ § 9 Z 14 PKG.

⁴⁵ § 4 Abs 1 Z 13 BörseG 2018.

⁴⁶ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ Vor § 70: Struktur der Aktiengesellschaften Rz 20.

Außenbereich.⁴⁷ Was genau unter die Leitungsaufgaben gem § 70 fällt ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, jedoch nimmt man sich hier die Betriebswirtschaftslehre zur Hilfe.⁴⁸ Im Gegensatz zur Vertretungsregelung (§ 71) enthält das Aktiengesetz zur Geschäftsführung durch den Vorstand keine explizite Regelung.⁴⁹

Die Leitungsaufgabe des Vorstandes muss klar von der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates abgegrenzt werden (siehe Kapitel 3.2. Aufsichtsrat). Darüber hinaus gibt es auch Tätigkeiten, die nicht delegiert werden können.

In der Literatur gibt es Unterschiede zwischen Leitung, Geschäftsführung und Vertretung:

Leitung:

Die Lehre unterscheidet zwischen Leitung und Geschäftsführung. Zur Leitung zählen insbesondere: Führungsaufgaben und -entscheidungen; Unternehmensplanung; Beseitigung von Störungen im Betriebsprozess und Vollziehung außergewöhnlicher Maßnahmen, wenn notwendig. Diese Aufgaben gehen einher mit der Bestellung von Führungskräften.⁵⁰

Das Gesetz räumt dem Vorstand ein umfangreiches Leitungsermessen ein, trotzdem hat er sich an die in § 70 Abs 1 definierte Zielkonzeption zu halten und muss mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters handeln.⁵¹ Darüber hinaus gibt der satzungsmäßig festgelegte Unternehmensgegenstand einen maßgebenden Rahmen vor. Dieser kann nur mit Zustimmung der Hauptversammlung geändert werden.⁵² Außerdem hat der Aufsichtsrat zahlreiche Möglichkeiten, seinen Einfluss auf den Vorstand geltend zu machen. Mehr dazu im Kapitel Aufsichtsrat und Weisungsfreiheit.

In Kapitel 5.2 wird genauer auf das Leitungsermessen und die Sorgfaltspflicht eingegangen. Es gibt noch weitere Einschränkungen der Leitungsgewalt des Vorstandes, jedoch berühren diese das Thema dieser Master's Thesis kaum und werden daher ausgespart.

Geschäftsführung:⁵³

Die vorher unter Leitungsaufgaben angeführten Punkte sind als Teil der Geschäftsführung zu verstehen. Die Unterscheidung in Leitung und Geschäftsführung ist trotzdem wichtig, da man

⁴⁷ vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 70 Rz 5.

⁴⁸ vgl *Kalss* in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand Rz 7 (2017).

⁴⁹ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 127.

⁵⁰ vgl *Kalss* in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand Rz 7ff.

⁵¹ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 43.

⁵² in manchen Fällen auch vom Aufsichtsrat siehe § 145 Abs 1.

⁵³ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 31,33.

die delegierbaren Aufgaben eines Vorstandes unter der Geschäftsführung subsumieren kann. Einfache Aufgaben wie das Tagesgeschäft müssen nicht zwangsläufig vom Vorstand erledigt werden und können an untere Ebenen oder an Dritte weitergegeben werden.⁵⁴

Die vor allem aus der Betriebswirtschaft bekannten Disziplinen „Rechnungswesen und Compliance“ sind ein wesentlicher Teil der Geschäftsführung. Im Kapitel 3.1.4. Rechnungswesen und Compliance, werden diese genauer erläutert.

Vertretung

Eine AG ist als juristische Person zwar rechtsfähig, aber natürlich nicht handlungsfähig. Sie benötigt eine natürliche Person um handlungsfähig zu werden.⁵⁵ Nach § 71 Abs 2 gilt der Grundsatz der Gesamtvertretung, jedoch kann die Satzung oder ein dazu berechtigter Aufsichtsrat auch eine andere Vertretungsbefugnis vorgeben.

Es können auch andere Personen, die nicht im Vorstand sind, die AG nach außen vertreten. Der Vorstand kann jemandem Prokura erteilen, jedoch kann die Vornahme von körperschaftrechtlichen Akten nicht an Prokuristen delegiert werden.

Diese eindeutige Abgrenzung von Vertretung (das Schließen von Verträgen) zu Geschäftsführung (Verwaltung und Leitung) ist wichtig, um eine Prokura oder Handlungsvollmachten zu vergeben, da diese Vollmachten nur die Vertretung der Gesellschaft betreffen.

3.1.3. Weisungsfreiheit

Gemäß § 70 Abs 1 kommt dem Vorstand die ausschließliche Zuständigkeit der Leitung der AG zu. Aus dieser umfassenden Leitungsbefugnis ergibt sich die Weisungsfreiheit gegenüber anderen Gesellschaftsorganen⁵⁶. Siehe auch OGH 6 Ob 77/14p „*Das österreichische Aktiengesetz kennt keine initiativen Weisungen anderer Gesellschaftsorgane an den Vorstand*“. Trotzdem werden dem Aufsichtsrat im § 95 umfassenden Kontrollmöglichkeiten eingeräumt. Diese wurden im Laufe der Zeit stark erweitert und können sogar vom Aufsichtsrat selbst erweitert werden.⁵⁷

Diese umfassenden Kontrollmöglichkeiten zwingen den Vorstand einer AG, je nach Satzung und Willen des Aufsichtsrats in ein mehr oder weniger enges Korsett. Bedenkt man allerdings, dass in der Mehrheit aller Aktiengesellschaften ein Allein- oder Mehrheitsaktionär vorhanden

⁵⁴ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 37.

⁵⁵ vgl *Reich-Rohrwig/Pesendorfer* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 71 Rz 4.

⁵⁶ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 18.

⁵⁷ gem § 95 Abs 5 kann die Liste von zustimmungspflichtigen Geschäften erweitert werden.

ist, muss diese „Weisungsfreiheit“ erneut betrachtet werden. Da der Aufsichtsrat von der Hauptversammlung bestellt wird, ist eine Einflussnahme auf den Vorstand beim Vorhandensein der Konstellation eines Allein- oder Mehrheitsaktionärs insbesondere durch die Möglichkeit des Vertrauensentzuges durch die Hauptversammlung nicht von der Hand zu weisen, da die Hauptversammlung den Aufsichtsrat nach Ihrem Willen besetzen wird. Auch *Schima* schreibt: „*Rein faktisch haben jedenfalls auch gegen das Gesetz verstoßende Weisungen große Bedeutung, weil ein Vorstand, der eine solche Weisung erhält, diese nicht ohne weiteres ignorieren wird, riskiert er damit doch seine Position.*“⁵⁸

Man sieht also, dass es einem Mehrheitsaktionär nicht schwerfällt, seinen Willen in den Vorstand mittels „Empfehlungen“ über den Aufsichtsrat hineinzutragen, da die Bestellung des Vorstandes vom Aufsichtsrat abhängt.

Die weisungsfreie und unabhängige Leitung durch den Vorstand ist zwar im AktG normiert, aber in der Praxis, bei entsprechender Zusammensetzung der Hauptversammlung und des Aufsichtsrates, nicht immer gegeben.

3.1.4. Rechnungswesen und Compliance Pflichten

Das Rechnungswesen dient sowohl unternehmensintern als auch unternehmensextern als zentrale Informationsquelle über die möglichst getreue und aktuelle Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft.

Vor dem IRÄG 1997 war der § 82 AktG wortgleich mit dem § 91 dAktG 1937. In der heutigen Fassung lautet er:

*§ 82. Der Vorstand hat dafür zu sorgen, daß ein **Rechnungswesen** und **ein internes Kontrollsystem** geführt werden, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen.*

Diese Vorschrift wurde 1997 um die Verpflichtung zu einem internen Kontrollsystem erweitert. Obwohl die ordnungsgemäße Buchführung für einen nach § 84 ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter handelnden selbstverständlich sein sollte, wird dem Vorstand hier ausdrücklich nochmals die Pflicht auferlegt, dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden, so wird dadurch das öffentliche Interesse an der Erfüllung dieser Pflicht

⁵⁸ siehe *Schima/Artl* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 9 (2016).

betont.⁵⁹ Die Buchführungspflicht ist ebenso im Sinne der Gläubiger und des Volkswirtschaftlichen Gesamtinteresses wie im Sinne der wirtschaftlichen Transparenz für einen funktionierenden Kapitalmarkt.

Die besondere Stellung der Buchführungspflichten wird durch deren externe Sicherung in Form der Pflichtprüfung des Jahres- und Konzernabschlusses und durch die strafrechtliche Sanktionierung vorsätzlich unrichtiger Bilanzierung (§ 163a StGB) verdeutlicht.

Die Buchführung dient auch der Selbstinformation des Vorstandes und der anderen Organe der AG. Sie beinhaltet die Erstellung des Jahresabschlusses. Ohne ein funktionierendes Rechnungswesen kann der Vorstand außerdem seinen abgabenrechtlichen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachkommen.⁶⁰

Die genaue Ausgestaltung des Rechnungswesens schreibt diese Norm allerdings nicht vor. Die inhaltlichen Erfordernisse des Rechnungswesens sind Bestandteil von anderen Rechtsvorschriften.⁶¹

Zusätzlich zum Rechnungswesen muss der Vorstand auch ein „**Internes Kontrollsystem**“ einrichten. Damit sind lt Gesetzgeber „*Methoden und Maßnahmen in einem Unternehmen, die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen*“.⁶² Dieses Kontrollsystem kann vom Vorstand auf die Bedürfnisse des Unternehmens zugeschnitten werden, sollte aber größen-, branchen- und situationsadäquat ausgestaltet sein, da es (in Bezug auf den Jahresabschluss) der Kontrolle durch den Abschlussprüfer (§ 273 Abs 2 UGB) unterliegt.⁶³

In erster Linie unterstützt ein internes Kontrollsystem bei der Sicherung der Zuverlässigkeit des Berichtswesens, um so die Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften sicherzustellen. Beispiele für Komponenten eines internen Kontrollsystems sind zB die Etablierung eines Vier-Augen Prinzips, die Einräumung von Pouvoirgrenzen, Dienstanweisungen, die Einführung einer internen Kostenrechnung, die Festlegung von Dokumentationsanforderungen und -prozessen, Plan-Ist-Gegenüberstellungen, Prognoserechnungen. Von zentraler Bedeutung ist

⁵⁹ Spindler in MüKo AktG⁵ § 91 Rn 4.

⁶⁰ ausführlicher: Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 82 Rz 3ff.

⁶¹ UGB, Rechnungslegungsgrundsätze IFRS/IAS11 – zusätzlich für regulierte (Finanzdienstleistungs)-Unternehmen (§§ 43 ff BWG; §§ 136 ff VAG 2016; §§ 13 und 49 InvFG; § 30 PKG).

⁶² Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 82 Rz 7 mit Verweis auf ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 63ff.

⁶³ vgl Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 82 Rz 7ff.

hierbei heutzutage auch die Einrichtung leistungsfähiger IT-Systeme zur Erfassung und Auswertung aller Geschäftsfälle im Unternehmen.⁶⁴ Sollte der Vorstand dieser Pflicht nicht nachkommen, kann dies eine Haftung nach § 9 Abs 1 VStG nach sich ziehen.⁶⁵

Eng verwandt mit dem internen Kontrollsystem ist das **Risikomanagementsystem**, welches auf dem IKS basiert, aber darüber hinaus geht. Mit Hilfe des Risikomanagements versucht man Risiken zu bewerten, abzubilden und Handlungsanweisungen zu formulieren, die sich aus dem Rechnungswesen nicht ableiten lassen, weil sich diese nicht direkt auf die Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft auswirken. Ein Beispiel eines solchen Risikos wäre die Kündigung und der daraus resultierende Know-how Verlust einer Schlüsselperson im Unternehmen.

Der Vorstand ist gesetzlich nicht verpflichtet, ein Risikomanagementsystem einzurichten, es sei denn, es gibt eine sondergesetzliche⁶⁶ Verpflichtung dazu. Trotzdem wird es meiner Meinung nach, abhängig von Branche, Situation und Geschäftsmodell sinnvoll sein, ein solches Risikomanagement einzurichten, um den in § 84 angeführten Sorgfaltspflichten so gut wie möglich nachzukommen.

Verwandt mit dem Risikomanagement, welches sich vorrangig, aber nicht ausschließlich mit den betriebswirtschaftlichen Risiken beschäftigt, ist der Begriff der **Compliance**. *Der Begriff „Compliance“ bezeichnet die Einhaltung/Beachtung von Regeln („to comply with rules“, „rule-compliance“), sowie – in einem umfassenderen Sinn – „Rechtstreue“ überhaupt.*⁶⁷

Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass Gesetze eingehalten werden und eine organisatorische Struktur geschaffen wird, damit diese auch von sämtlichen Mitarbeitern beachtet werden. Diese Pflicht ergibt sich teilweise aus dem § 70 Abs 1 (öffentliches Interesse) aber auch aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht lt § 84. Darüber hinaus gibt es Straftatbestände wie zum Beispiel Untreue (§ 153 StGB), betrügerischen Krida (§ 156 StGB), Sozialbetrug (§§ 153c, 153d und 153e StGB) und viele weitere, die einen klaren Rahmen in der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens vorgeben.

⁶⁴ vgl *Reich-Rohrwig/Zimmermann* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 82 Rz 29.

⁶⁵ vgl *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ Anhang zu § 84 Rz 136.

⁶⁶ zB zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung siehe § 39 Abs 5 BWG.

⁶⁷ Siehe *Lewisch* in Lewisch (Hrsg), Zauberwort Compliance? 1 (2012).

Die Aufgabe der Unternehmensleitung besteht auch darin, das Unternehmen vor Strafverfahren und vor Anklagen zu schützen, da selbst eine unberechtigte Prozessführung schon schädlich für das Unternehmen sein kann.⁶⁸ Der Vorstand hat hier im eigenen Ermessen Maßnahmen zu setzen. In Kapitel 5 wird speziell das Spannungsfeld zwischen Regelkonformität und Unternehmenswohl eingegangen.

Das Ausmaß der Legalitätskontrolle ist gesetzlich nur indirekt durch die allgemeinen Sorgfaltspflichten des § 84 AktG vorgeschrieben. So liegt es auf der Hand, dass für eine kleine Familien-AG wesentlich geringere Compliance-Organisationspflichten als für einen multinationalen Konzern gelten. Die genaue Ausgestaltung der Verhaltensregeln und Kontrollsysteme liegt im Ermessen des Vorstandes. Allerdings werden Faktoren wie Unternehmensgröße, Geschäftsmodell, Vertriebsstruktur aber auch im Unternehmen oder in der Branche bekanntgewordene Missstände einen gewissen Mindeststandard vorschreiben.

Compliance-Systeme sind so lange im Sinne des Unternehmenswohls, solange der erwartete Präventionsertrag den zugehörigen Präventionsaufwand überwiegt. Allerdings soll ein Compliance-System nicht dazu führen, dass ein Unternehmen seinen gewöhnlichen Geschäftsbetrieb vernachlässigt und sich nur noch mit selbst beschäftigt, um dann in letzter Konsequenz „*Closed for Compliance*“ für seinen eigenen Geschäftsbetrieb verlautbaren muss.⁶⁹

3.1.5. Zusammenfassung der Leitungsgewalt des Vorstandes

Grundsätzlich kann man erkennen, dass der umfassenden Eigenverantwortlichkeit eine klar ausgeprägte Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit gem §§ 84, 100, 101 gegenübersteht. Der wesentliche Rahmen der Vorstandstätigkeit wird durch die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 und die Sorgfaltspflichten und Haftungsbestimmungen aus dem § 84 AktG vorgegeben. Zusätzlich gibt es gesetzliche Mitbestimmungsregelungen zugunsten der anderen Organe (vgl §§ 95 Abs 5, 103 Abs 2).⁷⁰

3.1.6. Vorstandshaftung

Grundlegend muss zwischen „Innenhaftung“ - die Haftung gegenüber der AG - und der „Außenhaftung“ - die Haftung gegenüber Dritten (außenstehenden Gläubigern, Vertragspartnern der AG) unterschieden werden. Zusätzlich kann auch eine strafrechtliche Haftung eine Rolle spielen. Diese fließt natürlich bei Entscheidungen der Geschäftsführer ein. Gerade im Bereich

⁶⁸ vgl *Lewisch* in *Lewisch*, *Zauberwort Compliance?* 76.

⁶⁹ vgl *Lewisch* in *Lewisch*, *Zauberwort Compliance?* 13f.

⁷⁰ siehe dazu *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *Kommentar zum Aktiengesetz*² § 70 Rz 9 (2012).

der Compliance geben strafrechtliche Vorschriften einen klaren Rahmen vor. Hierzu wurde bereits im Kapitel 3.1.4 Bezug genommen.

Der Fokus in dieser Arbeit ist die Entscheidungsfindung nach der Abwägung verschiedener Interessensgruppen innerhalb der Aktiengesellschaft und somit zivilrechtlicher Natur. Aufgrund der Vielzahl der Haftungsmöglichkeiten, wird hier nur kurz grundlegend auf die Thematik mit dem Fokus auf Innenhaftung eingegangen.

Für Geschäftsführer gelten grundsätzlich die allgemeinen Anforderungen der Verschuldenshaftung:

- Schaden (Vermögensschaden, ideeller Schaden)
- Ein auf den Schadeneintritt bezogenes kausales Verhalten des Geschäftsführers (auch Unterlassung)
- Rechts- bzw Pflichtwidrigkeit dieses Verhaltens
- Dieses Verhalten muss dem Geschäftsführer persönlich vorwerfbar sein.

Es müssen somit jedenfalls die genannten 4 Tatbestände gemeinsam vorliegen, damit der Geschäftsführer zum Schadenersatz verpflichtet werden kann.⁷¹ Diese Verpflichtung ergeben sich aus dem AktG, der Satzung und dem Anstellungsvertrag. Aber auch die Verletzung der Regel, dass Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben, kann zu einer Haftung führen.⁷²

Kommt es zu einem Schadenersatzprozess muss die AG als Kläger die Behauptung, dass ihr aufgrund des Verhaltens des Vorstandsmitgliedes ein Schaden entstanden ist, beweisen.⁷³ Ohne Schaden gibt es keinen Ersatz.⁷⁴ Zum Schadeneintrittsbeweis gehört natürlich auch der Beweis der Schadenshöhe, allerdings kann diese auch nach freiem Ermessen festgesetzt werden. Das ist nur möglich, wenn die Berechnung der Schadenshöhe nicht, oder nur mit erheblichem Aufwand, durchführbar ist.⁷⁵

⁷¹ vgl *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/2 (2011).

⁷² vgl *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 30.

⁷³ vgl OGH 03.07.1975 2 Ob 356/74.

⁷⁴ vgl *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/3.

⁷⁵ vgl *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/232.

Das Tatbestandsmerkmal der Kausalität muss nicht immer vollständig bewiesen werden. *An einen für die Haftungsbegründung erforderlichen Kausalitätsbeweis dürfen allerdings keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden, weshalb der Beweis eines (sehr) hohen Wahrscheinlichkeitsgrades (besonders bei Unterlassungen) genügt.*⁷⁶

Anders verhält sich die Beweislast bei der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden. In der Regel handelt es sich um einen Verstoß gegen die in § 84 Abs 1 vorgeschriebene Sorgfaltspflicht. So wird ein solches Zuwiderhandeln von der AG behauptet werden aber *dem Geschäftsführer obliegt dagegen der Beweis, dass sein Verhalten (jedenfalls) subjektiv nicht sorgfaltswidrig war.*⁷⁷

So kann man festhalten, dass die AG Tatsachen vorbringen muss, die auf eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten schließen lassen. Dieser kann sich danach aber freibeweisen. Verwandt mit diesem Sachverhalt ist die in seit 2015 im § 84 Abs 1a kodifizierte Business Judgment Rule. Diese bestätigt die bis dahin gängige Auffassung, dass den Vorstand **keine** Erfolgshaftung trifft.⁷⁸ Jedoch wird er im Schadenfall beweisen müssen, *dass er auf Grundlage angemessener Information annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.* Dass sich der Vorstand *nicht von sachfremden Interessen leiten ließ*, wird von ihm naturgemäß nicht zu beweisen sein, deshalb ist bei diesem Tatbestandsmerkmal die Klägerin angehalten, entsprechenden Tatsachen vorzubringen, die einen solchen Verstoß mit hoher Wahrscheinlichkeit begründen. Danach ist wieder der Vorstand für den Gegenbeweis am Zug. Diese Ansicht ist zwar noch nicht höchstgerichtlich geklärt, jedoch scheint sie mir überzeugend und wird auch von mehreren Autoren⁷⁹ vertreten. Für eine genauere Behandlung der Business Judgment Rule im Sinne der Interessensabwägung siehe Kapitel 5.

Unstrittig ist jedenfalls, dass das Eingehen (sinnvoller) geschäftlicher Risiken den Vorstand nicht schaden darf.

3.2. Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat ist das zweite zwingende Organ der AG. Als Überwachungsorgan muss der AR auch in die Geschäftspolitik miteinbezogen werden. Der Vorstand muss zB jährlich ein

⁷⁶ siehe OGH 04.06.1996 1 Ob 2051/96s.

⁷⁷ siehe *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 453.

⁷⁸ vgl *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 15.

⁷⁹ vgl *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015 286 (291); sowie *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen - zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, 252 (259).

Budget vorlegen und quartalsweise über den Gang der Geschäfte informieren und Abweichungen zum Budget rechtfertigen. Darüber hinaus sind im § 95 Abs 5 zustimmungspflichtige Geschäfte des Vorstandes aufgelistet (siehe Kapitel 3.1.3. Weisungsfreiheit)

3.2.1. Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat besteht aus Kapital- und Arbeitnehmervertretern. Ein Aufsichtsratsmitglied darf nicht gleichzeitig Mitglied des Vorstandes in derselben Gesellschaft oder Tochtergesellschaft sein (§ 90), da sonst die Kontrollfunktion des Aufsichtsratsmandates ad absurdum geführt würde.

Die Kapitalvertreter werden in der Regel von den Aktionären gewählt (§ 87) oder direkt von bestimmten Aktionären entsandt, sofern ihnen die Satzung dieses Recht einräumt (§ 88). Allerdings gibt es für diese Entsendungen Einschränkungen.

Anders als beim Vorstand muss die exakte Zahl der Aufsichtsratsmitglieder nicht in der Satzung festgesetzt werden.⁸⁰ Das Gesetz schreibt eine Anzahl von drei bis zwanzig vor. Der ÖCGK empfiehlt in der C-Regel 52a eine reduzierte Anzahl von zehn Kapitalvertretern. Dies ist eine praxisnahe Anzahl, die effektive AR-Sitzungen möglich macht. In der Satzung kann natürlich eine exakte Anzahl vorgeschrieben werden, sollte dies nicht der Fall sein obliegt diese Entscheidung der Hauptversammlung.⁸¹

Die **Arbeitnehmer** haben gem § 110 ArbVG ein Mitwirkungsrecht im Aufsichtsrat. Die AN-Vertreter sind im Verhältnis zu den Kapitalvertretern im AR nur minderheitlich beteiligt. Für je zwei von der Kapitalseite bestellte AR-Mitglieder wird ein AN-Vertreter in den AR entsandt. Ist die Zahl der Kapitalvertreter eine ungerade, ist zusätzlich ein weiterer AN-Vertreter zu entsenden.⁸²

Die AN-Mitwirkung im Aufsichtsrat kommt ursprünglich aus dem deutschen Betriebsrätegesetz 1919. Damals konnte der Betriebsrat zwei seiner Mitglieder in den AR wählen. Das nachfolgende ArbVG führte die Drittelbeteiligung ein. In diversen Novellen⁸³ der letzten Jahrzehnte

⁸⁰ vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 86 Rz 2.

⁸¹ vgl *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 86 Rz 3-6.

⁸² vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, § 110 Rz 83 (2013).

⁸³ siehe ArbVG-Novelle 1986 BGBl 1986/394, Novelle 1990 BGBl 1990/411, BGBl 1993/460, BGBl I 2004/82.

wurde diese Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Wesentlichen auf AR-Ausschüsse, Sparkassen, Genossenschaften und die SE ausgeweitet.⁸⁴

Nach § 110 Abs 3 Satz 6 haben die AN-Vertreter im AR grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Kapitalvertreter. Bezüglich der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der AR-Mitglieder verweist § 99 AktG auf § 84 AktG. Sie sind zur Sorgfalt eines "ordentlichen und gewissenhaften Überwachers" verpflichtet.⁸⁵ Es gibt allerdings mehrere Ausnahmen, mit denen ihre Rechte etwas beschränkt werden. Nachfolgend sind wesentliche Einschränkungen angeführt:

- So dürfen die AN-Vertreter nicht in Personalangelegenheiten⁸⁶ mitstimmen. (§ 110 Abs 4 zweiter Satz).
- Die Aktionärsschutzklausel (§ 110 Abs 3 Satz 4, 5) besagt, dass die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern⁸⁷ zusätzlich zur Mehrheit im Aufsichtsratsplenium (inkl. AN-Vertreter) die Zustimmung der Mehrheit der Kapitalvertreter benötigt. Diese Klausel nimmt den AN-Vertretern zwar nicht das Stimmrecht, jedoch verringert es das Stimmgewicht.
- AN-Vertreter können nicht zu Vertretern von zeitweise verhinderten Vorstandsmitgliedern bestellt werden.⁸⁸

Obwohl die Stellung der AN-Vertreter schon aufgrund der Anzahl im AR eine schwächere ist und es Möglichkeiten (Ausschussbildung) zur Umgehung des AN-Mitwirkungsrechts gibt, wollen Aufsichtsräte in der Praxis möglichst einstimmige Entscheidungen treffen. Somit sind die AN-Vertreter in der Realität in einer starken Verhandlungsposition.⁸⁹

Zusammenfassend kann man sagen, dass der Gesetzgeber beide, potenziell divergierenden, Interessen von Arbeitnehmern und Aktionären durch diese Regelungen gewürdigt hat. Einerseits können die Arbeitnehmer, wenn auch nicht uneingeschränkt, mitbestimmen. Andererseits können die Kapitalvertreter aufgrund der Stimmrechtsverhältnisse ihren Willen durchsetzen. Da in der Praxis aber möglichst einstimmige Entscheidungen gewünscht sind, werden sich die Kapitalvertreter durchaus überlegen, ob sie gewisse Initiativen mit der "Brechtstange" oder doch mit etwas Kompromissbereitschaft durchsetzen wollen.

⁸⁴ vgl *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 110 Rz 4-9.

⁸⁵ vgl *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 110 Rz 255.

⁸⁶ lt § 110 Abs 4 ArbVG: "Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes".

⁸⁷ ebenso die Wahl des AR-Vorsitzenden und seines ersten Stellvertreters.

⁸⁸ vgl *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 110 Rz 231ff.

⁸⁹ vgl *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 110 Rz 3.

3.2.2. Pflichten des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat muss sich selbst organisieren, um seine Aufgaben bestmöglich wahrnehmen zu können. Hierfür kann er sich eine Geschäftsordnung geben.

Er ist das Überwachungsorgan der Gesellschaft und muss die Geschäftsführung des Vorstandes überwachen (§ 95 Abs 1). Er kann sich mittels seiner gesetzlich festgeschriebenen Informationsrechte auch außerhalb (§ 95 Abs 2, 3) der quartalsweisen Berichte (§ 81) alle notwendigen Unterlagen besorgen. Der Aufsichtsrat muss den vom Vorstand verfassten Jahresabschluss überprüfen und freigeben, damit er dann von der Hauptversammlung festgestellt werden kann.⁹⁰

Er hat einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter zu wählen (§ 92 Abs 1). Ihm obliegen die allgemeine Leitungsfunktion und er hat die Mittlerfunktion zwischen dem AR und den anderen Organen der Gesellschaft.⁹¹ Weiters können fehlende Fachkompetenzen durch Beiziehung von Sachverständigen kompensiert werden⁹² und Ausschüsse können gebildet werden (§ 92 Abs 4). Die erforderliche Anzahl von Sitzungen muss abgehalten werden.⁹³

3.2.3. Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder

Die womöglich wichtigste Kompetenz des AR in Zusammenhang mit der Leitung einer AG ist die **Vorstandsbestellung und –abberufung**. Der AR muss geeignete Kandidaten für diese Tätigkeit auswählen und rechtzeitig für eine etwaige Nachfolge sorgen. Er hat aber nicht die „Oberleitung“ der Gesellschaft, kann deshalb auch nicht bei Streitigkeiten von Vorstandsmitgliedern untereinander bindend entscheiden. Im § 95 Abs 5 normiert der Gesetzgeber sogar ein Geschäftsführungsverbot. Ebenso hat der AR kein Anleitungs-, Weisungs- oder Initiativrecht.⁹⁴

Die Sorgfaltspflichten des § 84 AktG gelten sinngemäß für den AR. Somit ist es auch nachvollziehbar, dass dem Aufsichtsrat das Recht, aber auch die Pflicht, zusteht, die Bestellung von Vorstandsmitgliedern zu widerrufen, wenn durch das Handeln des Mitgliedes der AG „mehr Schaden als Vorteile drohen“⁹⁵

⁹⁰ ausführlicher: *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 96 Rz 16.

⁹¹ vgl *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 92 Rz 16.

⁹² siehe *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 93 Rz 8.

⁹³ vgl *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 95 Rz 21 mit Verweis auf *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 99 Rz 12.

⁹⁴ vgl *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 95 Rz 31, siehe auch OGH 6 Ob 77/14p.

⁹⁵ vgl *Reich-Rohrwig/Szilagy* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 75 Rz 162.

Dieser Schaden muss aber nicht zwangsläufig betriebswirtschaftlicher Natur sein. Je nach satzungsmäßigem Unternehmenszweck und Unternehmenskultur wird das gleiche Verhalten eines Vorstands in zwei unterschiedlichen Firmen anders bewertet werden. Das ist für die Beurteilung eines Abberufungsgrundes wichtig, da sich diese überwiegend am Unternehmenswohl orientiert.⁹⁶

Im Kapitel wird 5 wird die Abwägungsentscheidung zwischen dem öffentlichen Interesse iSd Legalitätspflicht und dem Unternehmenswohl thematisiert. Das Gesetz kann nicht sämtliche Facetten einer Vorstandsarbeit vorgeben. Das ist auch nicht die Absicht des Gesetzgebers, da es in unserer Marktwirtschaft eine Vielzahl von Firmen, mit unterschiedlichen Unternehmenskulturen geben soll. Insofern wird sich die Umsetzung der Zielvorgaben des § 70 Abs 1 von AG zu AG unterscheiden. Einerseits sind die, aus Sicht des Gesetzgebers, wichtigsten Regeln mit direkten Konsequenzen bedroht. Andererseits muss der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben werden, darüberhinausgehende, vielleicht auch nur auf der Unternehmenskultur basierende, Richtlinien exekutieren zu können. Deshalb wurde dem Aufsichtsrat ein Ermessenspielraum in der Entscheidung eingeräumt, ob das Verhalten des Vorstandes eine „*grobe Pflichtverletzung*“ darstellt oder „*Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung*“ (zB ein langanhaltender Krankenstand).⁹⁷

Jedenfalls muss, vor dem Hintergrund einer allfälligen Anfechtungsklage des abberufenen Vorstandsmitglieds, die Entscheidungsabwägung im vollen Umfang gerichtlich nachprüfbar sein.⁹⁸

3.2.4. Vorzeitige Abberufung des Aufsichtsrates

Die AR-Mitglieder werden von der Hauptversammlung für eine gewisse Funktionsperiode bestellt. Folglich ist es auch nachvollziehbar, dass die Hauptversammlung die Möglichkeit hat, ein AR-Mitglied vorzeitig abzuberufen. Für solch eine vorzeitige Abberufung ist eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit erforderlich. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist von Gesetzeswegen nicht notwendig, jedoch kann es analog zur Abberufung des Vorstandes ebenfalls ein Beschlussanfechtungsverfahren zur Klärung einer gegebenenfalls unsachlichen Abberufung geben.

Mit wirksamer Abberufung erlöschen alle Rechte und Pflichten des AR-Mitglieds. Darüber hinaus können AR-Mitglieder ihr Amt ohne wichtigen Grund vorzeitig niederlegen. Allerdings kann so ein Rücktritt in schwierigen Zeiten pflichtwidrig sein.⁹⁹

⁹⁶ vgl *Reich-Rohrwig/Szilagy* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 75 Rz 207.

⁹⁷ vgl *Rieder/Lehner* in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand § 6 Rz 60.

⁹⁸ vgl *Reich-Rohrwig/Szilagy* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 75 Rz 210.

⁹⁹ vgl *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 87 Rz 25-27.

3.2.5. Haftung des Aufsichtsrats

Die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats sind gleich gelagert wie die des Vorstandes, da der § 99 AktG "nur" ein Verweis auf § 84 AktG ist.

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 84 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.

Der Aufsichtsrat muss zum Wohl des Unternehmens handeln. Genauso wie für den Vorstand gilt auch für den AR ein haftungsfreier Ermessensspielraum - Business Judgment Rule (§ 81 Abs 1a).

Entsprechend seiner umfangreichen Aufgaben und Verpflichtungen haftet der Aufsichtsrat für Schäden, die durch seine Tätigkeit (oder Nichttätigkeit) entstanden sind. Der Aufsichtsrat hat erkannte Mängel nicht nur festzustellen, sondern auch abzustellen. Dabei wird es auf die vorgeschlagenen oder gesetzten Maßnahmen und auf die detaillierte Dokumentation ankommen.

3.3. Hauptversammlung

Die Hauptversammlung (HV) ist das Organ für die gemeinschaftliche interne Willensbildung der Aktionäre.¹⁰⁰

In Bezug auf die Leitung der Gesellschaft entscheidet die HV über die Bestellung, Kompetenz und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (§§ 87, 88 Abs 5) und die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 104 Abs 2 Z 2 und Abs 4).

Die HV kann aufgrund dieser Entscheidungsbefugnisse vor allem in strukturellen Verbandsangelegenheiten durchaus als oberstes Gesellschaftsorgan bezeichnet werden. Trotzdem kann sie die Arbeit der anderen Organe nicht beeinflussen.¹⁰¹

3.3.1. Misstrauensvotum gegen den Vorstand

Die Abberufung in § 75 Abs 4:

(4) Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemä-

¹⁰⁰ siehe Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 8.

¹⁰¹ vgl Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 103 Rz 10.

*Ben Geschäftsführung oder **Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung**, es sei denn, daß das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. [...]*

Die Hauptversammlung kann einem Vorstandsmitglied das Misstrauen aussprechen. Ein schuldhaftes Verhalten des Vorstandsmitgliedes ist dazu nicht erforderlich. Diesem Abberufungsgrund liegt der Gedanke zugrunde, dass die Machtbefugnis des Vorstandes ihre Legitimation verliert, wenn er das Vertrauen der Mehrheit der Aktionäre verloren hat.¹⁰²

Für die Abberufung aufgrund eines Vertrauensentzuges durch die Hauptversammlung legt der OGH die Rechtmäßigkeit sehr weit aus. So darf dieser Vertrauensentzug nicht "offenbar unsachlich" sein. *"Der Ausdruck „offenbar“ bedeutet dabei so viel wie „offensichtlich“, sodass die Unsachlichkeit der Gründe für jeden verständigen Dritten einsichtig sein muss."*¹⁰³

Der OGH hat in dieser "Konsum Entscheidung" weiter präzisiert: *Unsachlich ist der Vertrauensentzug dann, wenn er nur ein Vorwand für die willkürliche Zurücksetzung des Vorstandsmitglieds ist, dessen Geschäftsführung so geartet ist, daß die Hauptversammlung ihr Vertrauen zu ihm in Wahrheit gar nicht verloren haben konnte, oder wenn der Vertrauensentzug nur zum Vorwand der Abberufung dient oder willkürlich, haltlos oder wegen der damit verfolgten Zwecke sittenwidrig oder sonstwie, etwa wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben, rechtswidrig ist.*

Der OGH versucht den Rahmen für den Vertrauensentzug mittels negativer Formulierung möglichst offen zu halten. Im Gesetzeskommentar finden sich dennoch ein paar Beispiele, die in der Vergangenheit als unsachliche Gründe angesehen wurden (auch als Folge der "Konsum Entscheidung"):

- Widersetzung des Vorstandsmitglieds gegen gesellschaftsschädigendes Verhalten auf Verlangen des Großaktionärs
- Widerstand des Vorstandsmitglieds gegen rechtswidrige Weisungen der HV
- Das Misstrauensvotum stützt sich auf einen Sachverhalt, der den Aktionären schon lange bekannt war und faktisch geduldet wurde.¹⁰⁴

Der Vertrauensentzug an sich ist noch keine Abberufung. Diese fällt in den Kompetenzbereich des Aufsichtsrats. Dieser ist aber nicht verpflichtet, die Abberufung des Vorstandsmitgliedes zu beschließen. Der Aufsichtsrat hat die sachlichen Gründe für die Abberufung zu prüfen. In

¹⁰² vgl. Reich-Rohrwig/Szilagyí in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 75 Rz 225.

¹⁰³ siehe OGH 28.04.1998 1 Ob 294/97k.

¹⁰⁴ vgl. Reich-Rohrwig/Szilagyí in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 75 Rz 227.

der Regel wird der Aufsichtsrat dem Willen der HV entsprechen, sofern diese nicht aus reiner Willkür das Misstrauen ausgesprochen hat. Sollte der Aufsichtsrat zum Entschluss kommen, die Abberufung vorzunehmen, kann er sich allein auf den Vertrauensentzug stützen, da dieser ein "wichtiger Grund" gemäß § 75 Abs 4 ist. Eine zusätzliche Begründung ist nicht erforderlich.¹⁰⁵

Vereinfacht gesagt, kann die Hauptversammlung einem Vorstand jederzeit das Vertrauen entziehen, sie sollte es aber nicht aus reiner Willkür tun, da im Rahmen einer etwaigen Anfechtungsklage die konkreten Gründe für den Vertrauensverlust geklärt werden.

Bei entsprechender Stimmrechtsverteilung in der Hauptversammlung ist dieser Vertrauensentzug ein mächtiges Instrument, mit dem die vom Gesetzgeber gewollte Weisungsfreiheit untergraben werden kann. Im Kapitel 3.1.3 Weisungsfreiheit wird genauer darauf eingegangen.

3.3.2. Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat

*Durch die Erteilung der Entlastung billigt die HV für eine abgelaufene Periode pauschal die Geschäftsführung und ihre Kontrolle durch die dazu berufenen Gesellschaftsorgane.*¹⁰⁶ Eine solche Entlastung ist kein "Freibrief" für etwaige Fehler der Organwalter. Sie hat keine haftungsbefreiende Wirkung. Es ist vielmehr eine Billigung der Geschäftsführung und eine Vertrauensbekundung für die künftige Tätigkeit.

Anders als im GmbH-Recht hat die Entlastung im Aktienrecht **keine** haftungsbefreiende Wirkung. Die Auffassung, dass sie in der AG nur eine „*rechtlich bedeutungslose Formalie*“ darstellt ist etwas zu kurz gegriffen, da es wesentliche Unterschiede in der Struktur der beiden Gesellschaftsformen gibt.

In der „gewöhnlichen“ Publikums AG herrscht eine große Distanz zwischen Aktionären und der Verwaltung. Aus diesem Grund ist es notwendig, dass eine Kontrollmöglichkeit über den Vorstand und den Aufsichtsrat besteht. So bietet dieses Instrument oft die einzige Möglichkeit, die Tätigkeit der beiden Verwaltungsorgane in eine gewisse Richtung zu lenken, da eine andere Einflussnahme auf die Verwaltungstätigkeit seitens der Eigentümer in der Regel nicht möglich ist.

Gerade auch diese Distanz könnte ein Grund für den Unterschied hinsichtlich der haftungsbefreienden Wirkung des Entlastungsbeschlusses sein. Der § 84 Abs 4 S 3 AktG sieht eine

¹⁰⁵ vgl. *Reich-Rohrwig/Szilagyi* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 75 Rz 232.

¹⁰⁶ siehe OGH 08.05.2008 6 Ob 28/08y.

„Sperrfrist“ von 5 Jahren vor, während dieser nicht auf Ersatzansprüche verzichtet werden kann. Selbst nach diesen 5 Jahren ist ein Verzicht oder Vergleich nur dann wirksam, sofern nicht eine Minderheit von 20% des Grundkapitals widerspricht.¹⁰⁷ Anscheinend wollte der Gesetzgeber das Vermögen der AG besonders schützen und einer Kontrolle aus der Distanz jedenfalls 5 Jahre Zeit geben. Somit ist es möglich, für Geschäftsvorgänge, für die bereits eine solche Entlastung ausgesprochen worden ist, eine Sonderprüfung (§§ 130ff) einzuleiten.

Die Erteilung der Entlastung macht Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern also nicht ungeschehen, jedoch kann eine Entlastung die Durchsetzung dieser Haftungsansprüche erschweren.¹⁰⁸ Darüber hinaus ist sie auch als Vertrauenserklärung für die Zukunft zu sehen, da aufgrund der von der Entlastung umfassten Tatsachen kein Misstrauensvotum gem § 75 Abs 4 Alt 3 AktG mehr erfolgen darf. Die Erteilung oder Verweigerung der Entlastung bilden somit das Ergebnis einer Gesamtbeurteilung der Verwaltung der Gesellschaft innerhalb einer abgelaufenen Periode durch die Mehrheit der stimmberechtigten Aktionäre.¹⁰⁹

3.4. Board System

Der Vollständigkeit halber wird hier noch auf das „Board System“ der Societas Europaea (SE) oder Europäischen Aktiengesellschaft eingegangen. Dieses, auch monistische System (engl „one-tier system“) genannt, stellt eine Alternative zum dualistischem (engl „two-tier system“) dar. Dieses Führungsgremium mit einem „Verwaltungsrat“, dem geschäftsführende und nicht geschäftsführende Mitglieder angehören, anstelle der beiden Organe Vorstand und Aufsichtsrat, ist für die österreichische Aktiengesellschaft gesetzlich nicht vorgesehen.¹¹⁰ Ferner spielt die SE in Österreich eine eher untergeordnete Rolle, da nur 10 der 16 in Österreich registrierten SEs ein two-tier System haben.¹¹¹

Trotzdem muss sich der österreichische, insbesondere der europäische, Rechtsanwender mit der SE und dem monistischen System auseinandersetzen, da sich die SE stetig zum Vehikel für den Aufbau und/oder die Restrukturierung grenzüberschreitender Konzernstrukturen entwickelt.¹¹²

¹⁰⁷ vgl *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 479.

¹⁰⁸ vgl *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 99 Rz 47.

¹⁰⁹ vgl *Bydlinski/Potyka* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 104 Rz 34.

¹¹⁰ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 5.

¹¹¹ Daten von <<http://ecdb.worker-participation.eu/>> (14.04.2020).

¹¹² vgl *Ratka*, Europäisches Konzernrecht, GesRZ 2018, 337 (341).

Die SE-Verordnung¹¹³ sieht im Art 38 lit B eine Wahlmöglichkeit für Europäische Gesellschaften (SE), einen Verwaltungsrat als Leitungsorgans einzurichten, vor. Regelungen für SE-Gesellschaften, die ihren Sitz in Österreich haben, sind im SE-Gesetz normiert. Dieses Gesetz nimmt sich viele Regelungen aus dem AktG zum Vorbild und verweist in vielen Paragraphen auch auf dieses. Als Beispiel sei hier § 39 Abs 1 SE-G angeführt, dessen Parallelvorschrift im § 70 Abs 1 AktG zu finden ist. Die berücksichtigungswürden Interessen wurden wortgleich übernommen.

Ein wesentlicher Unterschied zum dualistischen System ist, dass der Verwaltungsrat die Geschäfte leitet, aber auch mit der Kontrolle der Umsetzung betraut ist. Dazu muss der Verwaltungsrat auch geschäftsführende Direktoren einsetzen, die mit der operativen Tätigkeit im Unternehmen betraut sind. Der Verwaltungsrat selbst ist für die Unternehmenspolitik und strategische Entscheidungen wie Unternehmensziele und Unternehmensstrukturen verantwortlich.

Die (faktische) Weisungsbefugnis des Verwaltungsrates gegenüber den geschäftsführenden Direktoren stellt den gravierendsten Gegensatz zum two-tier-System dar. Zusätzlich kann sich der Verwaltungsrat den Einfluss auf die Geschäftsführung über die Entsendung eines Verwaltungsrat Mitgliedes als geschäftsführender Direktor sichern.

Symbolische Darstellung der Abhängigkeiten:



Abbildung 2

Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates ist im § 45 SE-G geregelt. Er besteht aus mindestens drei Personen, kann aber in der Satzung auf bis zu zehn festgesetzt werden. Der Verwaltungsrat ist im Vergleich zum Aufsichtsrat um einiges näher am Tagesgeschäft. Er kontrolliert nicht nur, sondern bringt sich auch aktiv in Entscheidungen ein. Im Falle einer Krise können notwendige Maßnahmen schneller umgesetzt werden.

¹¹³ Verordnung (EG) 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

Die Corporate Governance-Struktur der monistischen SE kann individuell auf die Bedürfnisse des Unternehmens angepasst werden. So kann in Deutschland ein „CEO-Modell“ umgesetzt werden indem der Vorsitzende der Geschäftsführung gleichzeitig auch die Funktion als Vorsitzender des Verwaltungsrats bekleidet. Dieses Modell ist möglich, da das deutsche SE- Ausführungsgesetz¹¹⁴ keine Vorschrift kennt, die es dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates verbietet, zugleich geschäftsführender Direktor zu sein. Diese Vorschrift hat der österreichische Gesetzgeber im § 50 Abs 2 SE-G vorgesehen. Die Frage, ob solch eine Machtkonzentration sinnvoll ist, muss jede Organisation für sich entscheiden. Die Flexibilität des monistischen Systems der SE kann aber auch in die umgekehrte Richtung, bspw zur Maximierung der Überwachungsfunktion eingesetzt werden.¹¹⁵

Obwohl die SE-Verordnung in Österreich in Bezug auf die interne Kontrolle etwas strenger umgesetzt wird als in Deutschland, hat die monistische SE auch in Österreich mehr Spielraum in Corporate-Governance-Belangen als eine SE mit Vorstand und Aufsichtsrat.

Aufgrund der derzeit noch geringen Anzahl der SEs im Vergleich zu den Aktiengesellschaften, sowie des beschränkten Rahmens dieser Master's Thesis, werden weitere Überlegungen zum Thema Geschäftsleitung im Spannungsfeld berücksichtigungswürdiger Interessen auf Ebene dieser Gesellschaftsform ausgespart.

¹¹⁴ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz - SEAG) - BGBl I S 3675.

¹¹⁵ vgl. *Wiedemann/Wanzl*, Die monistische Leitungsstruktur der Europäischen Aktiengesellschaft – ein Corporate Governance Modell für deutsche Familienunternehmen?, FuS 2/2011 51 (57).

4. Berücksichtigungswürdige Interessen

Bei vielen Rechtsbegriffen, wie zum Beispiel dem „öffentlichen Interesse“, handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die erst einer Auslegung bedürfen, damit im konkreten Einzelfall die Bedeutung geklärt werden kann. Die folgenden Rechtsbegriffe werden im Hinblick auf das Unternehmensrecht ausgelegt. Dies ist wichtig zu erwähnen, da dieselben Begriffe in anderem Kontext auch verwendet werden können. Zum Beispiel hat das öffentliche Interesse im Strafrecht eine ganz andere Bedeutung als im Unternehmensrecht.

4.1. Öffentliches Interesse

Der Begriff öffentliches Interesse ist eng verwandt mit Allgemeininteresse oder Gemeinwohl und ist ein schwierig zu definierender, unbestimmter Rechtsbegriff.

Grundsätzlich wird ein Überwiegen des Allgemeininteresses gegenüber dem Individualinteresse der AG verstanden. Mit öffentlichem Interesse hier ist das Interesse der Gesamtgesellschaft gemeint, also das volkswirtschaftliche Interesse. Nowotny schreibt dazu: *Die Wirtschaftsunternehmen stellen einen wesentlichen Faktor einer Volkswirtschaft dar und tragen mit positiven Ergebnissen im Rahmen ihrer Tätigkeit zum Wohlstand der Gesamtgesellschaft („Gemeinwohl“) bei.*¹¹⁶ Im Regelfall werden sich öffentliches Interesse und Unternehmenswohl decken. Die Grenze findet das öffentliche Interesse dort, wo die nachhaltige Rentabilität und damit der Bestand des Unternehmens gefährdet wären.¹¹⁷

In unserem Rechtssystem wird das öffentliche Interesse durch den Gesetzgeber repräsentiert. Es darf angenommen werden, dass in einer parlamentarischen Demokratie der Gesetzgeber im Sinne des Allgemeininteresses handelt und Normen erlässt, die diese Interessen berücksichtigen.¹¹⁸ Laut Nowotny wird das öffentliche Interesse bereits durch das Einhalten der gesetzlichen Regularien ausreichend berücksichtigt.

Auch der aktuellere Kommentar von *Reich-Rohrwig* misst dem öffentlichen Interesse im § 70 eine eher untergeordnete Rolle zu, da sich das Einhalten gesetzlicher Bestimmungen bereits aus der Legalitätspflicht ergibt¹¹⁹ und auch aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des § 84.

¹¹⁶ siehe Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 14.

¹¹⁷ vgl. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 102.

¹¹⁸ vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 70 Rz 27.

¹¹⁹ vgl. Feltl in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 9/188.

Schlosser verweist in Bezug auf die Wahrung der Interessen der Allgemeinheit in einem Beispiel auf ein möglichst umweltschonendes Verhalten der Gesellschaft.¹²⁰ Dieser Rechtsansicht liegt ein Beitrag von *Mertens* im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz zugrunde.¹²¹

Berücksichtigt man, dass der Beitrag von *Mertens* im Jahr 1986 und die Monografien von *Schlosser* aus dem Jahr 2002 stammen, kann man hier eine Veränderung der Rechtsauffassung ableiten. So versuchte man aus dem § 70 Abs 1 eine über das Handeln iSd Unternehmenswohls (wie im § 76 dAktG normiert) hinausgehende Verpflichtung zu konstruieren, was im Laufe der Zeit in den Hintergrund geraten ist. Gründe dafür könnten zusätzliche Vorschriften wie der Österreichische Corporate Governance Kodex und das NaDiVeG, sein. Diese werden in dieser Arbeit an anderer Stelle behandelt.

Im Kapitel 5 wird genauer auf die, aus dem öffentlichen Interesse hervorgehende, Legalitätspflicht eingegangen. Diese steht nach genauerer Betrachtung nicht im Widerspruch zum Unternehmenswohl.

4.2. Arbeitnehmerinteresse

Arbeitnehmer haben ein berechtigtes Interesse an der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens und an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes. Insofern deckt es sich mit dem Wohl des Unternehmens und dem Aktionärsinteresse. Allerdings gibt es naturgemäß unterschiedliche Auffassungen wie das Jahresergebnis verwendet werden soll.

Die Belegschaft tritt für die Erhöhung von Lohn und Sozialleistungen ein, was die Wettbewerbsfähigkeit der AG schwächen würde. Die Aktionäre stehen auf der anderen Seite und bevorzugen Gewinnausschüttungen, die Bildung von Rücklagen oder die Tötigung von Investitionen.

Laut *Reich-Rohrwig* sind solche Konflikte im Sinne des Unternehmenswohls zu lösen. Ein weiterer Aspekt der Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen ist die Schaffung eines förderlichen Betriebsklimas.¹²²

¹²⁰ vgl. *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002), 25.

¹²¹ vgl. *Mertens* in Zöllner/Noack (Hrsg), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (1986), §76 Rz 18.

¹²² vgl. *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 RZ 13; *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 100.

4.3. Interesse der Aktionäre

Das Aktionärswohl und das Unternehmenswohl müssen nicht zwangsläufig in dieselbe Richtung laufen. Es gibt zahlreiche Motive für Aktionäre, um in ein Unternehmen zu investieren. So sind den einen hohe Dividendenzahlungen, den anderen eine hohe Unternehmensbewertung und wieder anderen ist Unternehmenszweck wichtig.

Grundsätzlich haben alle Aktionärsgruppen ein Interesse am Wohl des Unternehmens. Ein Spannungsverhältnis ergibt sich regelmäßig bei der Bestimmung des auszuschüttenden Bilanzgewinns. Einzelne Aktionäre können etwa aufgrund ihrer persönlichen finanziellen Lage ein Interesse an kurzfristiger Gewinn- oder Dividendenmaximierung haben, durch die die nachhaltige Rentabilität des Unternehmens gefährdet werden könnte. Trotzdem müssen wegen des Gleichbehandlungsgebots (§ 47a) alle Aktionäre gleichbehandelt werden. Es wäre allerdings naiv zu glauben, dass ein Mehrheitsaktionär bzw große Aktionärsgruppen ihren Einfluss mittels der in Kapitel 3.1.3 Weisungsfreiheit skizzierten Möglichkeiten nicht geltend machen.

Aufgrund des dem Aktionärsinteresse übergeordneten Unternehmenswohls kann man nach österreichischer Rechtslage nur von einem gemäßigten Shareholder Value-Ansatz ausgehen.¹²³ Zusätzlich wurde die Wahrung der Interessen der Aktionäre in den § 70 Abs 1 AktG explizit aufgenommen.¹²⁴

4.4. Unternehmenswohl

Eine allgemein gültige Definition von Unternehmenswohl kann allein aufgrund der Individualität der verschiedenen Betriebe nicht gegeben werden. Eine Gemeinsamkeit sämtlicher Unternehmen ist eine langfristige Bestandsabsicht. Jedes Unternehmen wird gegründet, um längerfristig einem in der Satzung festgelegtem Zweck zu dienen.

Dieser Zweck muss nicht zwangsläufig auf Gewinnmaximierung, im Sinne eines positiven Jahresüberschusses, ausgerichtet sein. So ist es durchaus möglich, dass die *Rechtsform der Aktiengesellschaft als zweckneutrale Organisation ausgelegt werden kann* und somit den Status der Gemeinnützigkeit bekommt.¹²⁵ In Deutschland ist dann der Zusatz „g“ oder „gemeinnützig“ bei der Eintragung ins Handelsregister zulässig.¹²⁶ Der Gemeinnützigkeitsstatus ist deshalb so

¹²³ siehe *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 98.

¹²⁴ vgl Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2002) 634 Rz 3; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 1.

¹²⁵ siehe *Ritter* in Schüppen/Schaub, Münchner Anwaltshandbuch Aktienrecht³ § 55 Rn 1 (2018).

¹²⁶ vgl *Ritter* in Schüppen/Schaub, Münchner Anwaltshandbuch AktR³ § 55 Rn 21.

wichtig, da mit diesen Steuervergünstigungen einhergehen. Dafür müssen jedoch sämtliche Mittel (inkl. Gewinne) für den satzungsmäßigen Zweck verwendet werden. Auch unverhältnismäßig hohe Vergütungen von Funktionären sind unzulässig.¹²⁷

In Österreich gibt es ebenfalls (Aktien)Gesellschaften deren Gewinnausschüttungen per Gesetz beschränkt sind. Gem. § 10 Abs 1 WGG iVm § 14 Abs 1 Z 3 WGG ist bei gemeinnützigen Wohnbauträgern die Gewinnausschüttung an die Eigentümer auf 3,5%¹²⁸ des Stammkapitals beschränkt. Das ist im Vergleich zum Eigenkapital diverser Wohnbau AGs sehr wenig. Das ist allerdings der Sinn gemeinnütziger Gesellschaften. Sie sollen die Gewinne in Neubauten investieren, statt den Eigentümern hohe Gewinne auszuzahlen.

Natürlich sind gemeinnützige Gesellschaften ein Extrembeispiel in Bezug auf die Gewinnabsicht einer Aktiengesellschaft, aber es zeigt sehr gut die Vielfalt der verschiedenen Interessenslagen. So wird der Gewinnmaximierung auch im Fall *Shlensky v. Wrigley* (Kapitel 5) nicht der Vorrang gegeben.

Als Zwischenergebnis kann man festhalten, dass die Gewinnmaximierung nicht mit dem Unternehmenswohl gleichgesetzt werden kann. Auch eine Verpflichtung dazu ergibt sich aus dem § 70 AktG nicht.¹²⁹

Anders stellt sich die Situation beim langfristigen Bestandserhalt dar. Die Sicherung der Rentabilität ist notwendig, damit das Unternehmen langfristig bestehen kann, um die in der Satzung bestimmten Unternehmensziele zu verwirklichen. Dies gilt für gewinnorientierte Unternehmen genau gleich wie für gemeinnützige. Ähnlich verhält es sich bei der langfristigen Steigerung des Unternehmenswertes. Dieses Ziel wird sich eher mit der Verfolgung des Gesellschaftsinteresses decken und entspricht auch den Interessen von Aktionären, Arbeitnehmern und Öffentlichkeit.¹³⁰

Im wirtschaftlichen Alltag können aber durchaus Situationen entstehen, in denen die Rentabilität des Unternehmens auch langfristig nicht sichergestellt werden kann. So ist der Vorstand nicht verpflichtet, die Gesellschaft um jeden Preis weiterzuführen, da ein dauerhaft unrentables Geschäftsmodell keines Falls das Unternehmenswohl widerspiegelt. In diesem Fall muss der Vorstand das Geschäftsmodell anpassen oder die Hauptversammlung über die Auflösung bzw. den Verkauf der AG entscheiden lassen.

¹²⁷ ausführlicher in § 55 dAO.

¹²⁸ maximal 5% bei entsprechendem Kapitalmarktumfeld.

¹²⁹ vgl. *Felll* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 9/156.

¹³⁰ vgl. *Felll* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 9/156.

4.5. Conclusio

Abschließend lässt sich feststellen, dass das Unternehmenswohl nicht losgelöst von anderen Interessen beurteilt werden kann. So ist es schwer vorstellbar, zwar im Unternehmenswohl, aber (längerfristig) gegen das Arbeitnehmerinteresse zu handeln. Da ohne (zufriedene) Belegschaft ein profitabler Betrieb, auch im Sinne der Aktionäre nicht möglich ist.

Mit dem öffentlichen Interesse verhält es sich ähnlich. Jedes Unternehmen spielt eine kleine oder größere Rolle im volkswirtschaftlichen Gesamtkontext. Somit ist die Einhaltung von Spielregeln eine Voraussetzung für das Zusammenwirken der „kleinen und größeren Räder im Getriebe der Wirtschaft“.

Vereinfacht - vielleicht auch etwas pointiert – gesagt, muss dem langfristiger Bestanderhalt, um den satzungsmäßigen Gesellschaftszweck bestmöglich zu erfüllen, Vorrang gegenüber einem möglichst optimierten Bilanzergebnis gegeben werden.

4.6. Andere Interessen

4.6.1. Gläubigerinteressen

Andere Interessengruppen, wie insbesondere die Gesellschaftsgläubiger oder Minderheiten-
gruppen, sind nicht im § 70 berücksichtigt. Diese „Lücke“ ist jedoch aufgrund der Gläubiger-
schutzbestimmungen¹³¹ und weiteren aktienrechtlichen Vorgaben in Bezug auf Minderheiten-
rechte¹³² geschlossen. Obwohl die Gläubigerinteressen gewahrt werden sollen, steht es den
Aktionären frei, die Liquidation der AG zu beschließen.¹³³

4.6.2. Sondergesetze (Finanzdienstleistungsunternehmen)

In Sondergesetzen für Pensionskassen¹³⁴, Investmentfonds¹³⁵, betriebliche Vorsorgekas-
sen¹³⁶ etc sind zusätzliche Zielvorgaben wie strengere Compliance, Ausschüttungssperren o-
der verschärfte persönliche Anforderungen an Vorstand und Aufsichtsrat definiert. Da diese
Unternehmen das Geschäftsmodell der Vermögensverwaltung betreiben, sind diese Vorschrif-

¹³¹ auszugsweise: §§ 56, 178, 184–187, 192 Abs 2 u 5, 199 Abs 1 Z 3, 202 Abs 1 Z 2.

¹³² §§ 3 und 15 SpaltG; § 2 Abs 3 UmwG.

¹³³ vgl *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 85.

¹³⁴ § 2 Abs 1 PKG.

¹³⁵ § 29 InvFG und § 10 Abs 1 Z 2 AIFMG.

¹³⁶ § 30 Abs 1 BMSVG.

ten meiner Meinung nach wichtig. Es kann einen Unterschied machen, im Sinne der Vermögensverwaltungs-AG (im Sinne der ursprünglichen Zielvorgaben des § 70 - Unternehmenswohl) oder im Sinne der Anleger zu handeln.

4.7. Corporate Governance

Um die in diesem Kapitel skizzierten Interessensgruppen im Sinne der Zielvorgabe des § 70 zusammenzubringen, behilft man sich mitunter des Begriffs der „Corporate Governance“. Dieser stammt aus der angelsächsischen Rechtssprache und bedeutet so viel wie „das Recht guter Unternehmensführung“ oder „Unternehmensverfassung“. Corporate Governance soll ein Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens sein. Er soll die unterschiedlichen Interessen der Interessensträger (Stakeholder), wie jene der Risikokapitalgeber, Gläubiger, Arbeitnehmer und Geschäftspartner, mit den Interessen der Verwaltung (Vorstand) in Einklang bringen. Im Jahr 2002 wurde dazu der Österreichische Corporate Governance Kodex erlassen:

*Der Kodex verfolgt das Ziel einer verantwortlichen, auf nachhaltige und langfristige Wertschaffung ausgerichteten Leitung und Kontrolle von Gesellschaften und Konzernen. Mit dieser Zielsetzung ist den Interessen aller, deren Wohlergehen mit dem Erfolg des Unternehmens verbunden ist, am besten gedient.*¹³⁷

Der ÖCGK ist selbst kein Gesetz, bietet aber mit seinen Anregungen und Empfehlungen eine Leitlinie für Unternehmen, von der diese abweichen können, wenn sie es für sinnvoll oder nötig erachten.¹³⁸

Eventuelle Abweichungen von den Richtlinien des ÖCGK müssen aufgrund des „*comply or explain*“-Prinzips erklärt werden. Unternehmen können sich diesem Kodex freiwillig selbst verpflichten, damit dieser Geltung erlangt. Ein Börseunternehmen, das am Prime Market der Wiener Börse notiert ist oder notiert sein will, hat *die Verpflichtungserklärung zur Einhaltung des Österreichischen Corporate Governance Kodex in den Corporate Governance Bericht gem. § 243c UGB aufzunehmen und auf seiner Website zu veröffentlichen.*¹³⁹

¹³⁷ siehe Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex (2020).

¹³⁸ vgl. *Reich-Rohrwig* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 200ff.

¹³⁹ siehe Regelwerk Prime Market, Wiener Börse AG, 20.02.2019 (11).

5. Diskussion zur Interessensabwägung

Der Vorstand hat in seiner täglichen Arbeit unzählige Abwägungsentscheidungen zu treffen. Ich möchte in diesem Kapitel einige rechtliche Aspekte der konkreten Entscheidungsfindung herausgreifen, um die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder etwas differenzierter zu beleuchten, als dies in der öffentlichen Wahrnehmung sichtbar ist.

Natürlich ist es im Interesse jedes Vorstandes, sein Amt so auszuüben, dass er wiederbestellt wird.¹⁴⁰ Erschwerend kommt hinzu, dass bei einer "feindlichen" Zusammensetzung des Aufsichtsrats nur darauf gewartet wird, den Abberufungsgrund "wichtiger Grund" beziehungsweise grobe Pflichtverletzung lt § 75 Abs 4 ins Treffen zu führen.

5.1. Hierarchie der Interessen

In Kapitel 4 wurden die vom Vorstand zu berücksichtigen Interessen behandelt. Im Wesentlichen sind diese im § 70 AktG angeführt. Diese Vorschrift regelt auch den Stellenwert mit welchem der Vorstand diese Interessen zu berücksichtigen hat.

Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 stellen das Wohl des Unternehmens an die erste Stelle. Nach herrschender Ansicht zahlreicher Kommentatoren¹⁴¹ hat daher das Unternehmenswohl Vorrang. Die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie das öffentliche Interesse sind untereinander grundsätzlich gleichrangig, jedoch sind sie dem Unternehmenswohl nachgeordnet¹⁴² und nur innerhalb dieses Rahmens zu berücksichtigen.¹⁴³

Natürlich ist die Begründung, dass das Unternehmenswohl an erster Stelle der Aufzählung steht. Eine etwas unbefriedigende, wenn man bedenkt, wie folgenschwer manche Maßnahmen im Wirtschaftsleben sein können. Man kann aber davon ausgehen, wenn man das Aktionärs-, Arbeitnehmer- und das öffentliche Interesse ordnungsgemäß berücksichtigt, dass diese Entscheidung dann auch in der Regel dem Unternehmenswohl dienlich sein wird. Der Umstand, dass das es an erster Stelle in der Aufzählung steht, ergibt sich, da die anderen Interessen grundsätzlich darin aufgehen, nicht umgekehrt.

Als Einleitung zu den Abwägungsentscheidungen sei folgendes gesagt: Ein Vorstand handelt somit grundsätzlich dann korrekt, wenn eine Maßnahme mit dem langfristigen Bestehen der

¹⁴⁰ siehe Kapitel 3.1.3. Weisungsfreiheit.

¹⁴¹ siehe *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 11; *Kalss* in MüKo AktG⁵ § 76 Rz 161; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 70 Rz 28.

¹⁴² vgl OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.

¹⁴³ vgl *Felll* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 9/160.

AG und dem satzungsmäßigen Geschäftszweck im Einklang steht¹⁴⁴, denn das ist die Grundlage dafür, dass die anderen Interessen überhaupt berücksichtigt werden können.¹⁴⁵ Trotzdem bleibt die Letztentscheidung bei widerstreitenden Interessen immer noch im freien Ermessen des Vorstandes:

Wenn widerstreitende Interessen abzuwägen sind, hat dies das Vorstandsmitglied mit pflichtgemäßem Ermessen in eigener Verantwortung vorzunehmen. Hält es sich im Rahmen dieses Ermessens, missbraucht es also das Ermessen nicht durch einseitige Bevorzugung einer der zu berücksichtigenden Interessen, so ist die gebotene Sorgfaltspflicht gewahrt.¹⁴⁶

5.2. Ermessensspielraum des Vorstandes

Wie schon in vorherigen Kapiteln erwähnt, ist der Vorstand für die Leitung der Gesellschaft zuständig. Er handelt weisungsfrei und das unternehmerische Risiko wird in erster Linie von der Gesellschaft getragen.¹⁴⁷ In dieser Entscheidung wird zusätzlich die Bedeutung der Sorgfaltspflichten lt § 84 AktG thematisiert. Spätestens aber mit dem Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 ist der unternehmerische Ermessensspielraum durch den neu hinzugekommenen § 84 Abs 1a kodifiziert. Durch die formulierte Beweislastumkehr kann sich der Geschäftsführer bei einer nachträglichen Entscheidungsüberprüfung leichter freibeweisen. In diesem Kapitel werden die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der BJR und ihre Grenzen untersucht.

5.2.1. Business Judgment Rule in den USA

Die BJR, wie sie aus den USA bekannt ist, hat eine haftungsbegrenzenden Aufgabe für unternehmerisches Handeln. Die Voraussetzungen der BJR sind:

- Unternehmerische Entscheidung (*business decision*)
- Unbefangenheit und Unabhängigkeit (*disinterested and independent*)
- Die Grundlage angemessener Informationen („on an informed basis“)
- Gutgläubigkeit („*in good faith*“)
- Handlung zum Wohl der Gesellschaft (*action in the best interest of the company*)¹⁴⁸

¹⁴⁴ vgl. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 11.

¹⁴⁵ vgl. Felzl in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 9/177.

¹⁴⁶ siehe OGH 31.10.1973 1 Ob 179/73.

¹⁴⁷ siehe OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k „Das liege im Wesen des geschäftlichen Risikos, das die Gesellschaft und nicht deren gesetzlicher Vertreter persönlich zu tragen habe.“

¹⁴⁸ siehe Resch, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung (2019) 63 mit Verweis auf Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Supreme Court of Delaware 1984).

Liegen diese vor, kommt es zu keiner Überprüfung der angezweifelten Entscheidung durch das Gericht.

Obwohl der angesprochene Fall *Aronson v. Lewis* im Jahr 1984 entschieden wurde, gab es schon lange zuvor ein richtungsweisendes Urteil in den USA, welches schon im Jahre 1968 gefällt wurde und diese Rechtsauffassung unterstreicht. Es berührt die Bereiche BJR und Unternehmenswohl und wird deshalb im Detail angeführt.

US-Rechtssache: „Shlensky v. Wrigley“ (1968)¹⁴⁹

Im US-Amerikanischen Major League Baseball sind die Mannschaften als Aktiengesellschaften organisiert. So auch die Chicago Cubs, deren Mehrheitsaktionär Philip K. Wrigley¹⁵⁰ war.

In der Rechtssache *Shlensky v. Wrigley* verklagte ein Aktionär (*Shlensky*) den Vorstand der Cubs (inkl *Philip Wrigley*), wegen der Entscheidung, keine Beleuchtung im Heimstadion *Wrigley-Field* installieren zu lassen und keine Nachspiele im Stadion, welches sich im Eigentum der Cubs befindet, zu spielen.

Der Kläger behauptete, dass *Wrigley* sich nicht aus Interesse am Wohlergehen des Unternehmens, sondern aufgrund seiner persönlichen Meinung, *„dass Baseball ein Tagessport ist und dass die Installation von Beleuchtung und nächtlichen Baseballspielen eine verschlechternde Auswirkung auf die umliegende Nachbarschaft haben wird“* geweigert habe.

Der Aktionär behauptete darüber hinaus, dass die Entscheidung des Vorstandes, nur tagsüber zu spielen, dazu führte, dass das Unternehmen weniger Geld verdiente, als wenn der Vorstand Beleuchtung installiert und dem Team erlaubt hätte, nachts zu spielen.

Das Gericht war allerdings nicht davon überzeugt, dass die Motive hinter der Entscheidung den Interessen des Unternehmens und der Aktionäre unbedingt zuwiderlaufen. Als Beispiel führte man an, dass die Auswirkungen auf die umliegende Nachbarschaft durchaus in Betracht gezogen werden könnten. So kommen vielleicht weniger Zuschauer zu den Spielen, wenn die Spielstätte in einem ärmeren Stadtviertel läge. Darüber hinaus könnte das langfristige Interesse des Unternehmens an dem Grundstückswert des Stadions die Maßnahmen rechtfertigen, die Nachbarschaft vor einer Verschlechterung zu bewahren.

Das Gericht führte diese Argumentation nur als Beispiel an, ohne zu prüfen ob es überhaupt zu einer Wertsteigerung des Grundstücks kam. Es diente lediglich zur Illustration der freien Interessensabwägung.

¹⁴⁹ *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (Illinois Appellate Court 1968).

¹⁵⁰ bekannt als Kaugummi-Hersteller.

Es läge außerhalb der Zuständigkeit des Gerichts zu entscheiden, ob die Entscheidung des Vorstandes richtig oder falsch war. Das Gericht stellte lediglich fest, dass die Motive keinen Betrug, keine Rechtswidrigkeit und keinen Interessenkonflikt bei der Entscheidungsfindung der Direktoren erkennen ließen.

Das angebliche Versäumnis, dem Beispiel der anderen großen Liga-Clubs bei der Durchführung von Nachspielen zu folgen, kann nicht als Pflichtverletzung dargestellt werden. Darüber hinaus kann nicht gesagt werden, dass die Vorstände, auch von Firmen die Verluste machen, dem Beispiel von erfolgreichen Unternehmen in derselben Branche folgen müssen. In Bezug auf die konkrete Handlung keine Beleuchtung zu installieren ist die Entscheidung nicht "der Menge zu folgen" keine Pflichtverletzung. Deshalb wurde sie auch nicht weiter untersucht.

Abschließend stellte das Gericht fest, dass Entscheidungen eines Vorstandes nicht kommentiert werden dürfen, sofern es keine Pflichtversäumnisse (Betrug, Rechtswidrigkeit) und Interessenkonflikte in der Entscheidungsfindung gibt. Das Leitungsorgan wird aufgrund von geschäftlichen Fähigkeiten und Urteilsvermögen gewählt. Ein Gericht kann also nicht verlangen, dass der Vorstand auf sein eigenes Urteil verzichtet, nur weil andere Unternehmen einen davon abweichenden Weg gehen.

Schlussfolgerungen aus dem Urteil

Dieser Fall verdeutlicht eine sehr typische Entscheidung des Vorstandes im Spannungsfeld zwischen den Managern des Unternehmens und seinen Aktionären. Die Auffassung des Begriffs „Unternehmenswohl“ liegt wie man in diesem Fall sehen kann auch im Auge des Betrachters.

Der typische Aktionär trachtet nach einer hohen Profitabilität bzw hohen Gewinnausschüttungen. Der Vorstand der Chicago Cubs hatte in diesem Fall auch andere Faktoren im Blick, die aber durchaus mit dem Unternehmenswohl aus einem anderen Blickwinkel (Nachbarschaft, Immobilienwerte) im Einklang stehen.

Ein Investor muss bei seiner Investitionsentscheidung auch den Wertekompass des Leitungsorgan miteinbeziehen. Er darf sich nicht nachträglich beschweren, falls das Management im Rahmen der BJR Entscheidungen trifft, die ihm nicht gefallen. Er hätte auch in ein anderes Unternehmen investieren können.

Dieses Urteil ist ein Beispiel für die Abkehr der Rechtsprechung vom Gedanken des „Shareholder Value“ Maßstabes als Handlungsmaxim für den Vorstand. Grundlage war die Entscheidung *Dodge v. Ford Motor Co.*¹⁵¹ aus dem Jahr 1919 in der das Gericht erklärte, dass Ford im

¹⁵¹ Dodge v. Ford Motor Co., 204 Mich. 459 (Supreme Court of Michigan 1919).

gewinnmaximierenden Interesse der Aktionäre betrieben werden muss und daher bei einem guten Geschäftsjahr eine dementsprechende Dividende auszuzahlen hat, auch wenn die Entscheidung, die Gewinne zu reinvestieren, im langfristigen Unternehmensinteresse wäre.

Eine Gemeinsamkeit der beiden Urteile ist die Feststellung, dass sich ein Gericht nicht in Entscheidungen einmischen wird, die unter das geschäftliche Urteil von Direktoren fallen (Dodge v. Ford Motor Co.), wenn diese Entscheidung in Kenntnis der Sachlage, zu Marktbedingungen und ohne Interessenskonflikte getroffen wird. (Shlensky v. Wrigley)

Was das Gericht aber überprüfen kann und soll, ob eine Entscheidung unter diesen Voraussetzungen getroffen wurde. In Österreich stellt der § 84 Abs 1a explizit auf dieses Erfordernis ab.

5.2.2. Business Judgment Rule in Österreich

Im Rahmen der Tätigkeit als Vorstand werden laufend Entscheidungen getroffen. Jetzt stellt sich die Frage, ob dieser auch für im Nachhinein betrachtet für die Gesellschaft ungünstige bzw. verlustreiche Entscheidungen haftbar gemacht werden kann. Unternehmerisches Handeln und somit das Eingehen (sinnvoller) geschäftlicher Risiken soll möglich gemacht werden.

Die BJR kann also als „Sonderfall“ der Sorgfaltspflichten gesehen werden. Kurz gesagt kehrt sie die Beweislast um und legt besondere Qualitätsansprüche für die Entscheidungsfindung der Vorstände fest.

Sollten diese Bedingungen erfüllt sein, kann der Vorstand für eine Geschäftsentscheidung grundsätzlich nicht haftbar gemacht werden. Die BJR ist kein „Freibrief“ für ein pflichtwidriges Handeln des Vorstandes, da sie bloß unternehmerische Fehlentscheidungen von haftungsbe gründenden Pflichtverletzungen trennt.¹⁵² Der deutsche BGH hat in einigen Urteilen¹⁵³ den Handlungsspielraum relativ weit festgesetzt und erkennt auch an, dass die unternehmerische Tätigkeit auch bei sorgfältigem Handeln die Gefahr von Fehleinschätzungen birgt.

In Österreich gilt dieselbe Rechtsauffassung. Das „Unternehmerrisiko“ – also das Risiko, dass Maßnahmen sich im Nachhinein als nachteilig herausstellen – trägt die Gesellschaft¹⁵⁴. Das ist insofern nachvollziehbar, als dass ansonsten jegliche Innovation im Keim erstickt werden würde, da die Geschäftsführer aufgrund von übermäßigen Haftungsbestimmungen zu einem

¹⁵² vgl. Rauter/Ratka in Rauter/Ratka, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/97.

¹⁵³ zB ARAG/Garmenbeck Entscheidung: BGH 21.04.1997 II ZR 175/95

¹⁵⁴ vgl. OGH 24.06.1998 3 Ob 34/97i; OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.

viel zu risikoaversen Verhalten gezwungen würden und dadurch keinerlei „neue Wege“ ausprobieren wollten. Allerdings kann die Verletzung branchen-, größen- und situationsadäquater Sorgfaltspflichten dem Geschäftsführer als Pflichtverletzung vorgeworfen werden.¹⁵⁵

Der Geschäftsführer muss nach diesen Überlegungen die Grenze zwischen der Einhaltung der Sorgfaltspflichten und dem eigenen Ermessen in seiner aktuellen Situation erkennen. Sollte seine Entscheidung im Nachhinein angezweifelt werden, wird für die Prüfung eines etwaigen pflichtwidrigen Verhaltens die Faktenlage zum Entscheidungszeitpunkt (ex ante) herangezogen, da man einem Geschäftsführer das Fehlen *hellseherischen Fähigkeiten* nicht zum Vorwurf machen kann.¹⁵⁶

Grundsätzlich ist der Umfang der Vorbereitung jeweils von der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung, also vom konkreten Fall abhängig. Es macht einen Unterschied, den Lieferanten für das Büromaterial auszutauschen oder eine Unternehmenssparte zu verkaufen. Ein Geschäftsführer muss erkennen, wie viele Informationen er für den konkreten Anlassfall benötigt und ob er diese auch effizient, in angemessener Zeit beschaffen kann. All diese Faktoren müssen bei einer Entscheidung in Betracht gezogen werden.

Auch bei der Informationsaufbereitung hat der Vorstand einen Ermessensspielraum. Es kann aber nicht eine „vollständige“ Aufbereitung der Entscheidungsgrundlagen verlangt werden. Allerdings ist eine effiziente Selbstinformation erforderlich. Sehr wohl gibt es auch im Wirtschaftsleben Entscheidungen, die aufgrund mangelhafter Informationslage getroffen werden müssen. *Denn für unternehmerisches Handeln gilt in besonderem Maße, dass zu Tode gefürchtet auch gestorben ist.*¹⁵⁷

Besonders interessant ist die BJR bei so genannten „gewagten“ Geschäften. *Auch gewagte Geschäfte, die der Vorstand vorgenommen hat, sind diesem nicht immer als Verschulden anzulasten. Eine Sorgfaltsverletzung liegt daher nicht vor, wenn im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts die Möglichkeit oder die naheliegende Wahrscheinlichkeit bestand, daß sich das Geschäft für die Gesellschaft als günstig erweisen werde.*¹⁵⁸.

Auch hier ist wieder im Einzelfall zu prüfen, ob die Faktenlage ausreichend war, um ein pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers auszuschließen. Der Prüfungsmaßstab richtet sich

¹⁵⁵ vgl. *Rauter/Ratka* in *Rauter/Ratka*, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/100.

¹⁵⁶ vgl. *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 25 Rz 46 (2019).

¹⁵⁷ vgl. *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002/9.

¹⁵⁸ siehe OGH 31.10.1973 1 Ob 179/73.

wieder nach der aktuellen Situation des Unternehmens (Branche, Größe, aber hier auch Wille der Gesellschafter).¹⁵⁹ Um eine ausreichende Informationslage zu schaffen wird der Geschäftsführer sich öfters eines externen Sachverständigen bedienen. Allerdings sind in Rechtsfragen besondere Vorsicht und ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab gefordert (siehe Kapitel 5.2.4. Unbewusster Rechtsbruch).

Beweislastumkehr der BJR ab 2016

Das österreichische Recht hatte bis 2016 keine normierte BJR- Regelung, jedoch wurden deren Kriterien schon seit längerem herangezogen, um die Zulässigkeit unternehmerischen Handelns abzugrenzen: Die Grundsätze, die bis jetzt in diesem Kapitel beschrieben wurden sind, wie aus den zitierten Quellen ersichtlich, bereits vor dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015¹⁶⁰ zur Anwendung gekommen.

Konkret geht es um den § 84 Abs 1a AktG:

1a) Ein Vorstandsmitglied handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Die wesentliche Neuerung, die diese Reform mit sich brachte, ist der „Safe-Habor“-Charakter. Der durch Handlungskriterien ermessensfreie Handlungsspielraum des Geschäftsführers ist jetzt mehr oder weniger durch den Wortlaut der Norm festgelegt worden. Agiert das Organmitglied wie im Gesetzeswortlaut beschrieben, handelt es *jedenfalls sorgfaltsgemäß*. Umkehrschlüsse sind wegen der Formulierung „jedenfalls“ unzulässig. Somit hat der Vorstand keine nachteiligen Rechtsfolgen zu befürchten.

Dies ist für die nachträgliche Überprüfung ausschlaggebend, da die Entscheidung selbst nicht mehr überprüft werden muss, wenn die Rahmenbedingungen („sachfremde Interessen“ und „angemessene Information“) gegeben sind. Das Vorhandensein dieser Rahmenbedingungen muss sehr wohl einer Überprüfung aus ex-ante Sicht standhalten.¹⁶¹

Haben die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer die Voraussetzungen der BJR erfüllt, muss der Kläger (Gesellschaft, Aktionär) diese Vermutung ihres ordnungsgemäßen Handelns entkräften. Besonderes Augenmerk wird hier wohl auf den Interessenskonflikte gelegt werden

¹⁵⁹ vgl *Reich-Rohrwig* in *WrK GmbHG* § 25 Rz 175.

¹⁶⁰ BGBl I 112/2015

¹⁶¹ siehe auch *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 setzt die Business Judgment Rule um, *ecolx* 2015, 677.

müssen, da das Vorhandensein angemessener Informationen oft nicht in der Sphäre des Geschäftsführers liegt. Ein Interessenkonflikt aber kann allerdings bei entsprechender Sorgfalt sehr wohl vermieden werden.

5.2.3. Schlussbemerkung zur BJR

Die BJR gibt den Vorständen mehr Freiheiten im Rahmen ihrer Tätigkeit, da sorgfältig getroffene Entscheidungen nicht mehr gerichtlich überprüft werden. Die Einführung der BJR im Jahr 2016 setzte die schon existierende Rechtsauslegung des OGH um. Nach dieser soll den Vorstand keine Erfolgshaftung treffen. Darüber hinaus soll sichergestellt werden, dass der Vorstand als Gestalter tätig werden kann und nicht durch die Gefahr der persönlichen Haftung zu einem übermäßig defensiven Verhalten gezwungen wird. Dies wäre ein Standortnachteil für Österreich.

Auch ein etwaiger Zielekonflikt bei widerstreitenden Interessen kann jetzt selbstbewusster von den Vorständen gelöst werden. Die Ausrichtung des Unternehmens obliegt allein der gestalterischen Freiheit des Vorstandes. Er kann den Fokus auf Gewinnmaximierung und Dividendenausschüttung oder auch Bestanderhalt und Nachhaltigkeit setzen. Weder für den einen noch den anderen Weg wird er sich vor einem Gericht rechtfertigen müssen. Allerdings unterliegt er nach wie vor der Kontrolle der anderen Organe der AG, die ihn mit Sanktionen wie etwa die Verweigerung der Entlastung oder die vorzeitige Abberufung belegen könnten.¹⁶²

5.3. Legalitätspflicht – Vertiefung

Der OGH hat 1986 ausdrücklich ausgesprochen, dass es oberstes Gebot für eine ordentliche Geschäftsführung sei, *im Rahmen der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, der für die Geschäftsführung verbindlichen Beschlüsse*¹⁶³ (sowie unter der Berücksichtigung der anderen Interessen) zu handeln.

An dieser Rechtsansicht hat sich auch 25 Jahre später nicht viel geändert, jedoch sind in dieser Zeit einige Regelungen und Erkenntnisse des OGH hinzugekommen, sodass man die Vorstandstätigkeit durchaus mit einem Drahtseilakt vergleichen kann. Auf den ersten Blick könnte man jetzt argumentieren, dass die BJR genau dafür da ist: Solange der Vorstand annehmen darf, im Sinne des Unternehmens zu handeln, ist eine Haftung zu verneinen. Aber können Gesetzesverletzungen überhaupt im Unternehmensinteresse sein?

¹⁶² vgl. *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 15.

¹⁶³ siehe OGH 09.01.1986 3 Ob 521/84.

5.3.1. Unbewusster Rechtsbruch

Grundsätzlich muss zwischen bewusstem und unbewusstem Rechtsbruch durch den Geschäftsleiter unterschieden werden. Sollte bei einer anstehenden Entscheidung die Rechtslage subjektiv unbekannt sein, liegt es am Vorstand, sich einen Überblick zu verschaffen. Hier wird er auf interne oder externe Ressourcen zurückgreifen müssen und sich der Gefahr aussetzen, zu viel oder zu wenig zu investieren. Es ist in diesem Fall eine Kosten-Nutzen Abwägung, also eine unternehmerische Entscheidung, wie viel in die Kenntnis der Rechtslage investiert wird. Es ist einfach nicht zumutbar, uneingeschränkte Ressourcen in eine – gar nicht erreichbare – absolute Rechtssicherheit zu investieren.¹⁶⁴ Wenn der Vorstand seinen Rechtsstandpunkt sorgfältig durch die Einholung genügender Informationen gebildet hat wird ihm keine Haftung drohen.

Aber genau dieser Sorgfaltsmaßstab wurde in der „*verunsichernde*“ Entscheidung¹⁶⁵ des OGH in Bezug auf die Anwendung der BJR in Rechtsfragen sehr hoch angesetzt.¹⁶⁶ Offensichtlich versteht der OGH bei Gesetzesverstößen auch bei unklarer Rechtslage keinen Spaß. Er bezieht sich auf das oben ausgeführte Prinzip, dass *bei klaren rechtlichen Vorgaben* die BJR nicht anwendbar ist, so weit, so gut.

Eine klare rechtliche Vorgabe kann laut OGH auch eine kürzlich veröffentlichte, in der Literatur umstrittene Entscheidung sein. Hier wird anscheinend der Berufsstand der Rechtsanwälte für die Vorbereitung einer Rechtsmeinung als Maßstab genommen. Grundsätzlich ist gegen diese Ansicht nichts einzuwenden, da es unter Geschäftsleitern üblich ist, fremde Expertise bei wichtigen Entscheidungen einzuholen. Allerdings ist der OGH darüber hinaus der Ansicht, dass auch Rechtsgutachten aus einer seriösen Quelle kritisch – wenn nicht gleich – juristisch diskutiert werden müssen. Das ist etwas schwierig, wenn die Vorstände keine Juristen sind. Abgesehen davon wird mit dem Satz „*nicht alles schon deshalb vertretbar sei, weil es einmal in der Literatur vertreten wurde*“ jegliche Diskussion unterschiedlicher Rechtsmeinungen sowieso unterbunden.

Wenn ein Geschäftsführer fachkundigen Rat eingeholt hat, dann darf er sich doch darauf verlassen; er handelt auf Basis angemessener Informationen. Somit sollte der Schutz der BJR gegeben sein. Es kann allerdings sein, dass bei der Norm gegen die in diesem speziellen Fall verstoßen wurde, die Einlagenrückgewähr, der OGH überhaupt „keinen Spaß versteht“ (siehe

¹⁶⁴ vgl. Torggler in Kalss/Torggler; Compliance, Beiträge zum 4. Wiener Unternehmensrechtstag 2015, 126.

¹⁶⁵ OGH 30.08.2016 6 Ob 198/15h.

¹⁶⁶ vgl. Welser, Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule - die "Grundlegende", die "Verunsichernde" und die "Begehrlichkeiten Bestrafende", ecoloX 2017, 1073.

Libro-Entscheidung), was eine Differenzierung nach der „Qualität der Verletzten Norm“ bedeuten würde, auf die beim bewussten Rechtsbruch noch kurz eingegangen wird.

Abschließend ist in Übereinstimmung mit *Leupold/Ramharter* festzustellen, dass der unbewusste Rechtsbruch *keine Verletzung der Legalitätspflicht im engeren Sinn, weil Anknüpfungspunkt der Haftung nicht die vorsätzliche Missachtung des Gesetzes ist, sondern die fahrlässige Unkenntnis des Gesetzes.*¹⁶⁷ Entpuppt sich eine getroffene Entscheidung im Nachhinein als gesetzeswidrig, muss der Vorstand seine Beweggründe offenlegen. Er kann sich also auf den Schutz der BJR bei der Formulierung einer Rechtsmeinung verlassen. Was sich allerdings seit 2009 verändert hat, ist der Sorgfaltsmaßstab. Durch die vorher angeführte Entscheidung des OGH aus 2016 wurde die „Latte“ hinsichtlich der Legalitätspflicht um einiges höher gelegt.

5.3.2. Bewusster Rechtsbruch

Anders als bei einem unbewussten Rechtsbruch geht es in diese Kapitel um eine bewusste Abwägungsentscheidung, ob ein Geschäftsführer sich an ein Gesetz hält oder eben nicht. So kann eine solche Überschreitung einer Verbotsnorm auf den ersten Blick durchaus wünschenswert sein, sofern sich für die Gesellschaft Vorteile daraus ergeben.

Laut herrschender Rechtsansicht ist die BJR nur anwendbar, wenn ein unternehmerischer Ermessenspielraum besteht.¹⁶⁸ Die in § 70 Abs 1 genannte Zieldefinition rechtfertigt keinen Verstoß gegen die Rechtsordnung, sondern hat nur die Abwägung von Alternativen zum Gegenstand, die auf einem rechtmäßigen Verhalten beruhen.¹⁶⁹ Die Grenzen des Ermessenspielraums sind also dort erreicht, wo Gesetze klare Verhaltensrichtlinien vorgeben.

Die Diskussion, ob es haftungsbefreiend sei, Gesetze im Rahmen der BJR zu missachten, ist insofern berechtigt, da der § 70 Abs 1 AktG das Unternehmenswohl voranstellt und es dem bloß „berücksichtigungspflichtigen“ öffentlichen Interesse bevorzugt.¹⁷⁰ Die Lösung auf diese Frage, kann der § 70 alleine nicht geben, da ohne dem Zusatzbegriff der „Legalitätspflicht“ Fehlanreize zu „nützlichen Gesetzesverletzungen“ entstünden.¹⁷¹ Das kann keinesfalls im Sinne des Gesetzgebers sein.

Ein zweites Argument abseits dieser eher dogmatischen Ansicht ist, dass solche, auf den ersten Blick „nützliche Gesetzesverletzungen“ großen Schaden für das Unternehmen bedeuten

¹⁶⁷ siehe *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen - Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht?, *GesRZ* 2009, 253 (265).

¹⁶⁸ vgl *Karollus*, *ÖBA* 2016, 252 (256).

¹⁶⁹ vgl *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*² § 70 Rz 10.

¹⁷⁰ vgl *Torggler* in *Kalss/Torggler*; *Compliance*, 102.

¹⁷¹ vgl *Torggler* in *Kalss/Torggler*; *Compliance*, 106.

können. Als Beispiel kann ein Verstoß gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) angeführt werden. Die Abgasmanipulationen in der Automobilbranche zogen einen, immer noch nicht endgültig bezifferten, Schaden für die Firmen nach sich.

Auf den ersten Blick scheint diese Geschäftspraktik vorteilhaft gewesen zu sein, jedoch konnte die Folge aus dieser Gesetzesverletzung keinesfalls im Gesellschaftsinteresse gewesen sein. Anders verhält es sich, wenn die Abgasmanipulation nicht aufgefliegen wäre. Dann wäre kein Schaden entstanden und die Frage nach einer (zumindest zivilrechtlichen) Haftung würde sich nicht stellen.¹⁷² So könnte man freilich annehmen, dass ein Gesetzesverstoß im Sinne des Unternehmens ist, solange er nicht auffliegt.

Weiters kann man davon ausgehen, *dass der bewusste Rechtsbruch kein Fall einer unternehmerischen Entscheidung ist, zumal schon der Begriff ansonsten völlig konturlos wäre.*¹⁷³ Die BJR kann also auch hier nicht als Rechtfertigung eines Gesetzesverstößes herhalten. Warum sollten sich auch Organwalter unter Berufung auf die BJR nicht an Gesetze halten müssen.

Dieser Meinung steht aber die Ansicht gegenüber, dass es sehr wohl Ausnahmen, bei denen ein Ermessen hinsichtlich Gesetzesverstöße möglich ist, geben kann. Der Organwalter sei ja nicht im öffentlichen, sondern im Gesellschaftsinteresse tätig. Somit wäre es zulässig eine Abwägungsentscheidung treffen, diese muss offensichtlich sehr sorgfältig getroffen und auch eventuelle Reputationsschäden der Gesellschaft in Betracht gezogen werden.¹⁷⁴ Bei dieser Entscheidung wird sicherlich auch die „Qualität der verletzten Norm“ eine Rolle spielen. Vertreter dieser Rechtsansicht sind der Meinung, dass keine Pflichtverletzung bei „harmlosen“ Verstößen wie gegen das Verwaltungsrechts vorliegt. Das Problem an dieser These ist aber, dass es so etwas wie „Normen zweiter Klasse“ nicht gibt.¹⁷⁵

Letztendlich wird es, wie so oft in der Juristerei, auf den Einzelfall ankommen, ob ein Geschäftsführer wegen eines vermeintlich nützlichen Gesetzesverstößes gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig wird. Bei der Prüfung der 4 Tatbestände des Schadenersatzes (alle 4 müssen vorliegen siehe 3.1.6.) macht es aber sehr wohl einen Unterschied gegen welche Norm verstoßen wurde. Zwar nicht im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit, da diese bei Gesetzesverletzungen immer gegeben ist, aber hinsichtlich des Verschuldens und des Schadens. Verstöße gegen Offenlegungspflichten oder Kartellrechtsverletzungen sind anders zu bewer-

¹⁷² vgl. Karollus, ÖBA 2016, 252 (257).

¹⁷³ siehe Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 219.

¹⁷⁴ vgl. Rauter, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, ecolex 2012, 944 (947).

¹⁷⁵ vgl. Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253 (263).

ten als zB eine etwas „großzügigere“ Auslegung des Arbeitsrechts. Gesetzesverstöße mit hoher Strafandrohung werden nicht zuletzt aufgrund des erheblichen finanziellen Risikos nicht mehr intern zu billigen sein.

In der Praxis bringen nützliche Gesetzesverletzung nicht nur Nachteile in Form von Geldbußen oder Verwaltungsstrafen, sondern das rechtswidrige Verhalten wird (hoffentlich - aus Sicht des Geschäftsleiters) auch Gewinne nach sich gezogen haben. Sofern die Vorteile die Nachteile übersteigen ist die (zivilrechtliche) Haftung, mangels Schadens, zu verneinen. Diese Abrechnung kann aber nur ex-post gemacht werden.

In letzter Konsequenz obliegt es dem Aufsichtsrat über eine Abberufung zu entscheiden, sollte der Vorstand (wiederholt) die Gesellschaft dem, unter Umständen existenzbedrohenden, Risiko aussetzen, dass sich die Gesetzesverletzung doch nicht als nützlich erweist. Dieser Abberufungsgrund dürfte gerechtfertigt sein auch wenn kein Schaden entstanden ist.

5.3.3. „Angeordneter“ Rechtsbruch

Da sich diese Arbeit mit der Aktiengesellschaft beschäftigt, müsste diese Überschrift durchaus skeptisch stimmen, da der Vorstand die AG weisungsfrei leitet. Sehr wohl kann der Vorstand gem § 103 Abs 2 die Hauptversammlung zu Fragen der Geschäftsführung anrufen. Kommt ein wirksamer Hauptversammlungsbeschluss zustande, ist dieser bindend und der Vorstand hat die beschlossenen Maßnahmen umzusetzen. Wichtig für die weiteren Ausführungen ist, dass *die Vorstandsmitglieder für ihre durch einen HV-Beschluss gedeckten Handlungen gegenüber der Gesellschaft nicht verantwortlich sind*.¹⁷⁶ Die Gesellschaft kann also keinen Schadenersatz fordern, sollte durch diesen Beschluss ein Schaden entstehen. Dies ist für die Analyse der Libro-Entscheidung wichtig.

Aus Sicht des Vorstandes ist zusätzlich noch folgendes zu beachten: *Selbst formell zustande gekommene Beschlüsse der Hauptversammlung gem § 199 Abs 1 AktG nichtig sind, wenn sie durch ihren Inhalt Vorschriften verletzen, die im öffentlichen Interesse gelegen sind, oder ihrem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstoßen. Ob der Beschluss für die Gesellschaft nützlich ist, spielt keine Rolle*.¹⁷⁷

Bevor der Vorstand also den HV-Beschluss umsetzt, muss er gem seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht eine solche Weisung auf Rechtskonformität überprüfen. Der Vorstand kann zu rechtswidrigen Handlungen nicht gezwungen werden. Tut er es trotzdem, entfällt die haftungsbefreiende Wirkung der BJR.

¹⁷⁶ siehe *Bydlinski/Potyka* in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 103 Rz 7.

¹⁷⁷ siehe OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f.

Im Idealfall erkennt die Geschäftsführung die Rechtswidrigkeit. Jedoch ist in der Praxis nicht jede Weisung als offensichtlich rechtswidrig erkennbar. So ist zB die Weisung, den Brunnen des Konkurrenten zu vergiften, eindeutig gesetzeswidrig. Das ist leider nicht bei allen Vorschriften so eindeutig. Gerade das Verbot der Einlagenrückgewähr ist für die schwierige Erkennbarkeit von Verstößen berüchtigt.¹⁷⁸ So wurde diese Vorschrift auch in der folgenden Entscheidung dem Vorstand zum Verhängnis.

Libro-Entscheidung¹⁷⁹

Die Libro AG zahlte eine Sonderdividende an die Alleinaktionärin und Konzernmutter aus. Diese Dividende war aufgrund eines nichtigen Beschlusses über die Gewinnverwendung (Bilanzfälschung) als Einlagenrückgewähr anzusehen. Dieser Verstoß wird dem Vorstand zusätzlich zum zivilrechtlichen Verstoß auch strafrechtlich als Untreue (§ 153 StGB) vorgeworfen.¹⁸⁰

Der OGH musste prüfen, ob der Tatbestand der Untreue vorlag, obwohl auf den ersten Blick, kein Schaden entstand, da die Gewinnausschüttung an die Alleineigentümerin ging.

Wie schon erwähnt handelt ein Geschäftsleiter pflichtgemäß, wenn er einen gültigen Weisungsbeschluss umsetzt. So ein pflichtkonformes Verhalten kann niemals den Tatbestand der Untreue nach sich ziehen. Das Problem in diesem Fall ist aber, dass der für eine Haftungsbe freiung zugrunde liegende gültige Beschluss fehlt. Ein bloß mehrheitlich gefasster Beschluss reicht nicht aus, um die Organe von einer zivil- und/oder strafrechtlichen Verantwortung zu befreien.

Bei der Beurteilung muss der Schutzzweck der Normen gegen die verstoßen wurde betrachtet werden. Der § 52 AktG sichert die Interessen Gläubiger, Aktionäre (Gleichbehandlung, wahrheitsgemäße Information, Teilhabe an der Ausschüttungsentscheidung) und schützt vor allem die Minderheitsaktionäre vor unzulässigen Ausschüttungen.¹⁸¹ Diese Norm hat zwingenden Charakter, somit ist jeder Beschluss, der gegen dieses Verbot verstößt nichtig. Der zu Unrecht ausgeschüttete "Gewinn" ist somit an die Gesellschaft zurückzuzahlen.¹⁸²

¹⁷⁸ vgl *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (944).

¹⁷⁹ OGH 30.01.2014 12 Os 117/12s.

¹⁸⁰ vgl Zollner, *Gesellschafterbeschlüsse und Untreue*, *ÖJZ* 2014/140.

¹⁸¹ vgl *Artmann* in *Artmann/Karollus*, *AktG* I⁶ § 52 Rz 2.

¹⁸² vgl *Briem*, *Verbotene Einlagenrückgewähr und Untreue*, *RdW* 2016/59 (94).

Die heftige Diskussion¹⁸³ dieses Urteils war vor allem der strafrechtlichen Beurteilung hinsichtlich des Untreuetatbestandes geschuldet. Der § 153 StGB *schützt den Vertretenen und nur diesen*.¹⁸⁴ In diesem Fall die Libro-AG als eigenständiges Rechtssubjekt und nicht ihre Aktionärin. Das Vermögen der AG ist nicht nur für das Vorstandsmitglied, sondern auch für die Eigentümerin fremdes Vermögen. Somit war der Tatbestand der Untreue iSd § 153 StGB in der Fassung vor dem StRÄG 2015 erfüllt, da es lediglich auf den *Vermögensnachteil* (Reduzierung des Eigenkapitals) für die Gesellschaft ankommt. Eine etwaige Zustimmung, mit anschließendem Vermögenszufluss in gleicher Höhe auf Eigentümerseite, beseitigt die Rechtswidrigkeit nicht.

Eine vermeintliche Reaktion des Gesetzgebers auf dieses Urteil war der Initiativantrag zur Reform des § 153 StGB im Rahmen des StRÄG. Zusätzlich zu der Einführung einer „BJR-light“ (da ohne Beweislastumkehr), sollte der Befugnismissbrauch ausgeschlossen werden, wenn der *„Machtgeber oder der wirtschaftlich berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat“*. Dieser Satz hat es aber (zurecht) nicht in das Gesetz geschafft, da die Folgen einer solchen Ausschlussregelung schwer absehbar sind.¹⁸⁵

Auch die Änderung des Schadensbegriffs durch die Änderung von „Vermögensnachteil“ in „Vermögensschaden“ hat nach den Erläuterungen zum Initiativantrag keine substantziellen Änderungen in der Rechtsauslegung zur Folge.¹⁸⁶

Die neue Fassung des § 153 Abs 2 lautet jetzt:

(2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.

Diese „BJR-light“ gilt auch für Handelsvertreter und Prokuristen, da der § 84 Abs 1a AktG und nur für den Vorstand¹⁸⁷ gilt.

Die befürchteten Verwerfungen in der Rechtsauslegung brachte die Reform des § 153 StGB nicht. Es war vielmehr eine Präzisierung der ständigen Rechtsprechung des OGH. Formale Vorgaben und rechtliche Vorschriften sind nach wie vor einzuhalten und können nicht durch die BJR ausgehebelt werden. An der Entscheidung des OGH in der Libro-Causa hätte die

¹⁸³ zB *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014/273; *Hollaender*, Keine Straflosigkeit trotz Zustimmung der Aktionäre, AnwBl 2014/8383; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496.

¹⁸⁴ siehe *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht - Besonderer Teil II² § 153 Rz 12 (2017).

¹⁸⁵ vgl *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek (Hrsg)*, Untreue NEU (2017) 4.

¹⁸⁶ vgl *Kert* in *Kodek*, Untreue NEU, 12.

¹⁸⁷ für den Aufsichtsrat gem § 99 AktG ebenfalls.

neue Rechtslage nichts geändert, da die wissentliche Ausschüttung eines auf der Basis einer Bilanzfälschung „erzeugten“ Gewinns auch nach der BJR nicht vertretbar ist. Generell wird es schwierig sein, einen Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot mit der BJR zu rechtfertigen, handelt es sich doch um eine zentrale Bestimmung des Gesellschaftsrechts. Ein Zuwi-derhandeln gegen solch eine Bestimmung ist „jedenfalls“ unvertretbar.¹⁸⁸

5.3.4. Schlussbemerkungen zur Legalitätspflicht

Eine echte Abwägungsentscheidung zwischen den Interessen der Öffentlichkeit und dem Unternehmenswohls kommt viel seltener vor als auf den ersten Blick gedacht. So ist es sehr wohl im Interesse des Unternehmenswohls, die rechtlichen Rahmenbedingungen einzuhalten und sich im volkswirtschaftlichen Gefüge gemeinsam mit allen Marktteilnehmern zu bewegen. Im weitesten Sinne ist das ja auch der Sinn solcher Spielregeln.

Entscheidungen wie „Wir zahlen lieber die Strafe als uns an eine Vorschrift zu halten“ kommen im wirtschaftlichen Alltag ständig vor, sind aber rechtswidrig. Die Gesellschaft könnte sich am Geschäftsführer schadlos halten, sollte durch dieses Verhalten ein Vermögensnachteil entstehen. Das ist zwar eine Ermessensentscheidung des Geschäftsleiters, die sich allerdings nicht auf die BJR stützen kann. Ein bewusster Rechtsbruch ist keine unternehmerische Entscheidung, somit kommt die haftungsbefreiende Wirkung der BJR nicht zur Anwendung und die allgemeinen Voraussetzungen einer zivilrechtlichen und ggf auch strafrechtlichen Verantwortung sind zu prüfen.

Ein kluger Geschäftsführer würde einen bewussten Rechtsbruch nur dann in Kauf nehmen wenn er keine persönliche Haftung kraft Gesetzes zu befürchten hat und diese „nützliche Gesetzesverletzung“ ex-ante, mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, einen so großen Vermögensvorteil bringt, sodass sämtliche zu befürchtenden Strafen mit diesem aufgewogen werden. Ein Schadenersatzanspruch wäre dann mangels Schadens zu verneinen.

Rechtswidriges Verhalten kann auf keinen Fall im Sinne des § 70 AktG sein. Auch wenn ein Rechtsbruch im Sinne der betriebswirtschaftlichen Erwägungen die richtige Entscheidung sein mag. Frei nach dem Motto „Geld ist nicht alles“ wird der Aufsichtsrat dann zu entscheiden haben, ob ein (wiederholtes) rechtswidriges Verhalten eine Abberufung gem § 75 Abs 4 AktG rechtfertigt. Andererseits kann ein gesetzeskonformes Verhalten ebenfalls gegen die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 verstoßen, wenn durch das „Ausreizen“ gesetzlicher Bestimmungen (Steuroptimierung) der Ruf des Unternehmens beschädigt wird.¹⁸⁹

¹⁸⁸ vgl *Briem*, Einlagenrückgewähr und Untreue, in Kodek, 102.

¹⁸⁹ vgl *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG2 § 70 Rz 16.

5.4. Wirtschaftliches Wachstum und Nachhaltigkeit

Dass wirtschaftliches Wachstum eines im Privateigentum stehenden Unternehmens als öffentliches Interesse gewertet werden kann, mag auf den ersten Blick nicht ganz klar sein. Jedoch profitiert die Allgemeinheit durchaus von einer starken Wirtschaft. Gesunde Unternehmen schaffen Arbeitsplätze und können langfristig die in der Satzung bestimmten Ziele verfolgen. Diese sind oft positiv für die Gesellschaft. Ein öffentliches Interesse an wirtschaftlich unrentablen Firmen kann somit nicht gegeben sein.¹⁹⁰

Nicht umsonst hat sich auch Österreich neben weiteren 192 Mitgliedsländern¹⁹¹ der Vereinten Nationen zu den 17 „Sustainable Development Goals“ – kurz SDG's bekannt. Nummer 8 in dieser Liste ist das Ziel: „menschenwürdige Arbeit und Wirtschaftswachstum“¹⁹². Dieses Bekenntnis wurde in der Europäischen Union durch die NFI Richtlinie¹⁹³ umgesetzt.

In Österreich wurde diese Richtlinie durch das „Nachhaltigkeit und Diversitätsverbesserungsgesetz, NaDiVeG“ in österreichisches Recht umgesetzt. Durch dieses Gesetz wurden die Berichtspflichten im Unternehmensgesetzbuch, Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz insofern geändert, dass ab 2017 über nichtfinanzielle Aspekte der Geschäftstätigkeit berichtet werden muss.¹⁹⁴ Der Wirtschaftsprüfer *PwC Österreich* geht davon aus, dass 120-130 große Unternehmen in Österreich davon betroffen sind.¹⁹⁵

Diese Berichtspflicht bedeutet nicht, dass sich ein Unternehmen diese Ziele zu Herzen nehmen muss. Es muss lediglich darüber berichten. Sollte ein Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit keinerlei Anstalten machen, die SDGs zu beachten, wird ein Nachhaltigkeitsbericht eher kurz ausfallen, was für das Image einer großen Gesellschaft entsprechende Konsequenzen haben wird.

Obwohl die Pflicht zur Veröffentlichung eines Nachhaltigkeitsberichts nur für sehr große Unternehmen gilt, sind alle anderen Unternehmen zu einem wirtschaftlichen Wachstum ebenfalls angehalten. Die Zielvorgabe „menschenwürdige Arbeit und Wirtschaftswachstum“ wird sich

¹⁹⁰ vgl. *Krämer*, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung (2002) 98.

¹⁹¹ <<https://www.un.org/en/member-states/>> (10.08.2019).

¹⁹² siehe <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/economic-growth/>> (10.08.2019).

¹⁹³ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen.

¹⁹⁴ BGBl I 2017/20.

¹⁹⁵ *Price Waterhouse Coopers*, Studie zum Reifegrad österreichischer Unternehmen (2017) 6.

sehr leicht in Einklang mit dem Unternehmenswohl bringen lassen, da ohne wirtschaftliches Wachstum auch der Bestand der Firma in einem kompetitiven Wirtschaftsumfeld gefährdet ist.

Die Aufnahme in die SDGs wird keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Vorstandes haben, da diese Zielvorgaben ohnehin durch den § 70 mit den Formulierungen zum *Wohl des Unternehmens* und dem *Interesse der Arbeitnehmer* abgedeckt sind. Allerdings könnte man argumentieren, dass dieses Ziel ein Symbol für die schon bei der Legalitätspflicht erwähnte Verzahnung der Wirtschaft ist.

Weniger für die Entscheidungsabwägung eines Geschäftsleiters, sondern für die generelle Interpretation der SDGs selbst, ist die Aufnahme des Wirtschaftswachstums in den Zielekatalog wichtig. Dadurch wird klargestellt, dass ohne eine starke Wirtschaft die anderen Ziele nicht erfüllt werden können. *Ökologische Probleme wie der Klimawandel legen eine Begrenzung des Wirtschaftswachstums dringend nahe, aber soziale Probleme sind weltweit ohne globales Wachstum kaum zu lösen.*¹⁹⁶

5.5. Freigiebigkeit, Zuwendungen und das öffentliche Interesse

Oft wird von großen Unternehmen erwartet, dass sie für diverse NGO Projekte, zivilgesellschaftliche Aktionen oder ganz andere Projekte Spenden in Form von Geld, Arbeitskraft, Räumlichkeiten oder ähnlichem zur Verfügung stellen. Auf den ersten Blick scheint, durch solche meist gemeinnützigen Projekte, das öffentliche Interesse vertreten, jedoch ist dies ein Missverständnis.

Der deutsche BGH hat diesbezüglich 2001 folgendes festgestellt: Es sei in der aktienrechtlichen Diskussion heute unumstritten, „*dass eine Beteiligung am Sozialleben durch mildtätige, politische, kulturelle oder an den Sport gerichtete Zuwendungen auch für Aktiengesellschaften im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gesellschaftsrechtlich grundsätzlich zulässig ist.*“¹⁹⁷

Der BGH unterscheidet weiterhin zwischen sozialen Zuwendungen, Sponsoring und Mäzenatentum. Beim Sponsoring investieren Unternehmen in einen potentiellen wirtschaftlichen Vorteil und eine Gegenleistung in Form von Werbepräsenz oder andere Formen der Öffentlichkeitsarbeit.¹⁹⁸ Tritt das Unternehmen allerdings als Mäzen auf, so „*erwartet der Mäzen regelmäßig keine Gegenleistung für seine Unterstützung; häufig verzichtet er auch darauf, über seine Förderung öffentlich zu sprechen.*“¹⁹⁹

¹⁹⁶ siehe <https://www.wifo.ac.at/news/die_grenzen_des_wachstums> (21.08.2019).

¹⁹⁷ siehe BGH 06.12.2001 I StR 215/01 Rz 20.

¹⁹⁸ vgl Nowotny, Zur Spendenverantwortung des Vorstandes, RdW 2002/263.

¹⁹⁹ siehe BGH 06.12.2001 I StR 215/01 Rz 27.

Sponsoringaktivitäten, bei denen die Investition in der Erwartung erfolgt, dass dadurch ein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird, sind mit genau derselben Sorgfalt zu beurteilen wie jede andere Entscheidung. Hier gibt es keine wesentlichen Unterschiede.

Anders verhält es sich bei – mehr oder weniger – anonymen Förderungen von Kultur- oder Sportveranstaltungen. Auf den ersten Blick mögen diese immer pflichtwidrig sein, da kein Nutzen durch diese Zuwendung bestimmt werden kann und jegliche Spende das Gesellschaftsvermögen schmälert.²⁰⁰ Dies ist aber eine etwas undifferenzierte Herangehensweise.

Eine Rechtfertigung dieser Art von Zuwendungen ergibt sich daraus, dass auch von Unternehmungen eine gewisse Teilnahme an sozialen Zielsetzungen, natürlich abhängig von ihrer Vermögenslage, erwartet wird. Hier werden Unternehmen mit unterschiedlichem Maß gemessen. So wird die Erwartung an einen börsennotierten Konzern eine andere sein als an eine kleine, „unter dem Radar“ agierende AG. Im Rahmen des Nachhaltigkeitsberichts können diese Engagements dann angeführt werden.

Weiters kann auch in der Satzung ein gewisser „Hang zur Mildtätigkeit“ definiert werden. So wird bei Gesellschaften, die einen Zweck verfolgen, der mehr auf das Gemeinwohl ausgerichtet ist, eine auch unrentable Spendentätigkeit sehr wohl im Einklang mit dem Unternehmenswohl sein.²⁰¹

Solche anonymen Spenden oder Förderungen können zulässig (und sinnvoll) sein, auch wenn ihr wirtschaftlicher Mehrwert ex ante nicht eindeutig bestimmbar ist. Abhängig von der Situation kann solch eine Maßnahme der Imagepflege dienen, die Forschung im Interessenbereich der Gesellschaft verbessern oder die Vertretung der Anliegen der Gesellschaft in gewissen Gremien (Lobbying) verbessern.

Generell gilt aber, dass bei jeglicher Art von Zuwendungen, sei es Sponsoring als Investition in Werbepräsenz oder nur Mäzenatentum, jedenfalls die BJR angewandt werden. Der Vorstand hat die Entscheidungen über diese Zuwendungen im Hinblick auf die Vermögenslage des Unternehmens und seine Ausrichtung zu treffen und diese transparent zu machen.²⁰² Ein Vorstandsmitglied macht sich im Falle einer Spendentätigkeit aus Mitteln der Gesellschaft nur dann Schadenersatzpflichtig, wenn diese der geschuldeten Sorgfalt widerspricht.²⁰³ Ähnliches gilt auch für als Spenden getarnte Bestechungen. Dies kann zivil- und strafrechtliche Folgen

²⁰⁰ vgl. *Rauter/Ratka* in *Rauter/Ratka*, *Geschäftsführerhaftung*² Rz 2/107.

²⁰¹ vgl. *Rauter/Ratka* in *Rauter/Ratka*, *Geschäftsführerhaftung*² Rz 2/107.

²⁰² vgl. *Nowotny*, RdW 2002/263.

²⁰³ vgl. *Rauter/Ratka* in *Rauter/Ratka*, *Geschäftsführerhaftung*² Rz 2/107.

nach sich ziehen. Ebenso kann der Straftatbestand der Untreue in Betracht gezogen werden, falls es der Vorstand mit der Freigiebigkeit allzu sehr übertreibt.

Keinesfalls darf sich der Vorstand von persönlichen Vorlieben leiten lassen, da dies den haftungsfreien Ermessensspielraum der BJR aufheben würde, da er nicht mehr frei von „*sachfremden Interessen*“ handeln würde.

Kritisch ist meiner Meinung nach der häufig übliche Dankesbeweis seitens der Spendenempfänger zu hinterfragen. So wird im Regelfall der Vorsitzende des Vorstandes zum Ehrenpräsidenten eines Vereins oder zum Ehrenprofessor einer Universität ernannt. Dies mag zwar im Sinne der BJR kein „sachfremdes Interesse“ sein, da ein Ehrentitel keinen Vermögensvorteil nach sich zieht, jedoch sollte „*der Glanz derartiger Würden, der manch neidische Blicke wecken mag*“²⁰⁴, dem Unternehmen an sich, welches ja die Mittel aufgebracht hat, vorbehalten sein.

Die Folge wäre leider, dass sich Vorstände wahrscheinlich jene Spendenempfänger aussuchen, die weiterhin eine persönliche Ehrung vornehmen. Diese Art von „Quid pro quo“ ist beim Werben um Spenden üblich und kann sehr wohl die Spendenentscheidung beeinflussen. Somit wäre eigentlich gezeigt, dass auch eine immaterielle Zuwendung die Anwendung der BJR aussetzt, sollte die Eitelkeit eines Geschäftsführers groß genug sein. Allerdings liegt die Entscheidung über so eine Ehrung nicht in der Sphäre des Geschäftsführers und kann somit wahrlich nicht dem Vorstand als Nachteil zugerechnet werden.

²⁰⁴ siehe *Nowotny*, RdW 2002/263.

6. Schlussbemerkungen

Man kann durchaus sagen, dass das Aktienrecht in der Vergangenheit immer wieder nach den Bedürfnissen der Öffentlichkeit angepasst wurde. So wurden zur Bekämpfung von Missständen und Seifenblasen-Gründungen im 17. Jhd erste Regularien geschaffen. In den 1930er Jahren wurde ein „Führerprinzip“ im Aktiengesetz verankert, was dem Geist der damaligen Zeit geschuldet war. Aktuellere Novellen wie das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 mit der kodifizierten Business Judgment Rule oder das Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat, sind das Ergebnis gesellschaftlicher Diskussion und kollektiver Willensbildung. Im Ergebnis ist ein Gesetz eine vorgelagerte Interessensabwägung durch den Gesetzgeber.

Was das öffentliche Interesse betrifft, ist die Rechtslage ziemlich eindeutig: Als öffentliches Interesse wird das Wohl der Gesamtgesellschaft verstanden, die Gesetzeskommentare verweisen hier auch auf das volkswirtschaftliche Gesamtinteresse. Dieses muss somit bei Vorstandsentscheidungen mitberücksichtigt werden. Allerdings ist eine Entscheidung im Unternehmenswohl grundsätzlich auch im öffentlichen Interesse, da zB ein unrentables Unternehmen keinesfalls dem Anspruch einer starken Wirtschaft gerecht wird.

Der Vorstand hat im Rahmen seiner Leitungstätigkeit die Möglichkeit zwischen den verschiedenen Interessensgruppen abzuwägen, jedoch sollte er stets im Sinne des Unternehmenswohls handeln, da nur dann die haftungsbefreiende Wirkung der BJR greift und auch Fehlentscheidungen keine zivil- oder strafrechtlichen Konsequenzen haben.

6.1. Zur Lösung der „großen Probleme“ dieser Welt

Gesellschaftliche Normen, Sitten und Meinungen der Bevölkerung ändern sich im Laufe der Zeit. Genauso können sich auch jahrelang gebräuchliche Begriffsauslegungen ändern. Der Begriff „öffentliches Interesse“ muss immer in einem gesamtgesellschaftlichen Kontext ausgelegt werden. Ändern sich die gesellschaftlichen Normen, kann dies dazu führen, dass andere Handlungsempfehlungen oder Ziele aus diesem Begriff abgeleitet werden.

Im Nationalratswahlkampf 2019 spielte der Klimaschutz eine wichtige Rolle. Die veröffentlichte Meinung besagt, dass der Klimawandel durch Menschen hervorgerufen werde. Dies bleibt auch für unsere Volkswirtschaft nicht ohne Konsequenzen. Aufgrund dieser Tatsache kann man durchaus argumentieren, dass nicht nur wirtschaftliche Interessen, sondern mittlerweile auch andere Aspekte zu berücksichtigen sind, die - überspitzt formuliert - das Fortbestehen einer Marktwirtschaft überhaupt möglich machen.

Der Leiter des Wifo, Christoph Badelt, betrachtet ein Wirtschaftswachstum differenzierter: Es soll *„nicht so sehr darauf ankommen, ob und wie stark wir wachsen, sondern wie wir wachsen*

*und wer die Früchte des Wachstums erntet.*²⁰⁵ Salopp formuliert: Es nützt nichts, das gesamtwirtschaftliche Interesse in den Vordergrund zu stellen, wenn durch genau dieses Verhalten auf einer langfristigen Zeitskala der Gesellschaft Schaden zugefügt wird. Wobei hier das Grunddilemma entstehe: *"Ökologische Probleme wie der Klimawandel legen eine Begrenzung des Wirtschaftswachstums dringend nahe, aber soziale Probleme sind weltweit ohne globales Wachstum kaum zu lösen."*²⁰⁶

Wenn man das Gesamtinteresse der Menschen eines Staates (der Welt) in einem weiteren Sinne zB in Bezug auf den Klimawandel sieht, scheinen volkswirtschaftliche Interessen plötzlich in einem anderen Licht. Klimaschädliches Verhalten ist langfristig eindeutig gegen das volkswirtschaftliche Gesamtinteresse gerichtet und müsste somit in die Entscheidungen der Leitungsgremien miteinbezogen werden.

Im Falle des Klimawandels ist folgende Abgrenzungsfrage ist zu stellen: Welche langfristig, für das Klima positiven, aber unter Umständen im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse kurzfristig negativen Maßnahmen können getroffen werden? Es muss eine klare Bewertung und Abwägung zwischen kurzfristigen und langfristigen Zielen gemacht werden. Diese Folgenabschätzung kann aber nicht von einem Vorstand verlangt werden, da er in erster Linie dem Unternehmenswohl verpflichtet ist.

Es liegt also an der Politik, eindeutige Regeln zu erlassen, da die großen gesellschaftlichen Probleme nicht in die Zuständigkeit der Geschäftsleiter fallen. Allerdings zwingt die Legalitätspflicht sie dazu, diese Regeln einzuhalten, was ein wesentlicher Hebel in der Bewältigung dieser Probleme sein kann.

²⁰⁵ siehe <https://www.wifo.ac.at/news/die_grenzen_des_wachstums> (21.08.2019).

²⁰⁶ siehe <https://www.wifo.ac.at/news/die_grenzen_des_wachstums> (21.08.2019).

Literaturverzeichnis

- Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz⁶ (2019)
- Baladouni*, Accounting in the early years of the East India Company, *The Accounting Historians Journal* Vol 10 No 2 1983, 63
- Barz/Brönnner/Klug*, Großkommentar zum Aktiengesetz I³ (1973)
- Bösselmann*, Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19. Jahrhundert (2013)
- Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, *RdW* 2014/273
- Briem*, Verbotene Einlagenrückgewähr und Untreue, *RdW* 2016/59
- Dash*, Tulipomania: The Story of the World's Most Coveted Flower & the Extraordinary Passions It Aroused (2012)
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² (2012)
- Goette/Habersack/Kalss*, Münchner Kommentar zum AktG⁵ (2019)
- Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016)
- Hollaender*, Keine Straflosigkeit trotz Zustimmung der Aktionäre, *AnwBI* 2014/8383
- Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵ (2011)
- Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496
- Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2002)
- Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017)
- Kalss/Torggler*, Compliance, Beiträge zum 4. Wiener Unternehmensrechtstag (2015)
- Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen - zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), *ÖBA* 2016, 252
- Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht - Besonderer Teil II² (2017)
- Kodek*, Untreue NEU, (2017)
- Krämer*, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung (2002)
- Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen - Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht?, *GesRZ* 2009, 253
- Lewisch*, Zauberwort Compliance? (2012)
- Martin*, Die Entstehung des preußischen Aktiengesetzes von 1843, *Vierteljahrschrift Für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, Band 56 No 4 1969, 499
- Nowotny*, Zur Spendenverantwortung des Vorstandes, *RdW* 2002/263
- Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance*, Österreichischer Corporate Governance Kodex (2020)

- Price Waterhouse Coopers*, Studie zum Reifegrad österreichischer Unternehmen November 2017
- Rabe*, Aktienkapital und Handelsinvestitionen im Überseehandel des 17. Jahrhunderts, Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Band 49 No 4 1962, 320
- Ratka*, Europäisches Konzernrecht, GesRZ 2018, 337
- Rauter/Ratka*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011)
- Rauter*, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, ecolex 2012, 944
- Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 setzt die Business Judgment Rule um, ecolex 2015, 677
- Resch*, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, (2019)
- Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015 286
- Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002)
- Schüppen/Schaub*, Münchner Anwaltshandbuch Aktienrecht³ (2018)
- Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse im Aktien- und GmbH-Recht (2016)
- Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG (2013)
- Stratmann*, Myths of speculation: the south sea bubble and 18th-century English literature, (2000)
- Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2019)
- Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002/9
- Welser*, Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule - die "Grundlegende", die "Verunsichernde" und die "Begehrlichkeiten Bestrafende", ecolex 2017
- Wiedemann/Wanzl*, Die monistische Leitungsstruktur der Europäischen Aktiengesellschaft – ein Corporate Governance Modell für deutsche Familienunternehmen?, FuS 2/2011 51
- Zollner*, Gesellschafterbeschlüsse und Untreue, ÖJZ 2014/140
- Zöllner/Noack*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, (1986)

Websites:

- <http://ecdb.worker-participation.eu/> aufgerufen am 14.04.2020
- <https://www.un.org/en/member-states/> aufgerufen am 10.08.2019
- <https://www.un.org/sustainabledevelopment/economic-growth/> aufgerufen am 10.08.2019
- https://www.wifo.ac.at/news/die_grenzen_des_wachstums/ aufgerufen am 21.08.2019

Judikaturverzeichnis

Österreich

OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k

OGH 31.10.1973 1 Ob 179/73

OGH 04.06.1996 1 Ob 2051/96s

OGH 28.04.1998 1 Ob 294/97k

OGH 03.07.1975 2 Ob 356/74

OGH 24.06.1998 3 Ob 34/97i

OGH 30.08.2016 6 Ob 198/15h

OGH 30.01.2014 12 Os 117/12s

OGH 07.06.1966 4 Ob 511/66

OGH 08.05.2008 6 Ob 28/08y

OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f

OGH 09.01.1986 3 Ob 521/84

OLG Wien 12. 6. 2008 28 R 70/08g

Deutschland

BGH 06.12.2001 I StR 215/01

BGH 21.04.1997 II ZR 175/95

USA

Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Supreme Court of Delaware 1984)

Dodge v. Ford Motor Co., 204 Mich. 459 (Supreme Court of Michigan 1919)

Shlensky v. Wrigley, 237 N.E.2d 776 (Illinois Appellate Court 1968)