

Georg Schima / Stefan Knotzer

Zur Protokollierung von Gremiensitzungen unter besonderer Berücksichtigung von Tonbandaufnahmen (Teil I)

Der Dokumentation von Gremiensitzungen kommt angesichts der vielseitigen Haftungsgefahren, die mit einer Tätigkeit als Organmitglied in einem Gremium verbunden sind, erhebliche Bedeutung zu. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der Protokollierung von Gremiensitzungen und widmet sich im vorliegenden ersten Teil einigen grundsätzlichen Fragen. Der im Dezemberheft erscheinende zweite Teil nimmt sodann die Frage der Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen in den Fokus.



1. GRUNDLEGENDES

Die Protokollierung dient bekanntlich der Dokumentation erheblicher Tatsachen zur späteren Einsichtnahme und Kontrolle. Bei Sitzungen des Aufsichtsrats oder von vergleichbaren Kollegialorganen juristischer Personen oder Gremien im Allgemeinen⁽¹⁾ sind dies insbesondere deren Verlauf und die im Zuge der Sitzung gefassten Beschlüsse. Das unterzeichnete Sitzungsprotokoll ist eine Beweiskunde.⁽²⁾ Ist das Protokoll ordnungsgemäß, im Einklang mit den (geringen) gesetzlichen Mindestanforderungen erstellt, gilt die Vermutung, dass die darin befindlichen Angaben über den Verlauf der Sitzung und die gefassten Beschlüsse richtig und vollständig sind.⁽³⁾ Der Protokollierung von Sitzungen ist angesichts der vielseitigen Haftungsgefahren, die mit einer Tätigkeit in einem Gremium einhergehen, keine geringe Bedeutung beizumessen.⁽⁴⁾ Mitgliedern von Gremien aller Art und Güte ist zu empfehlen, dieser Thematik entsprechende Aufmerksamkeit zu widmen.

Abstimmende, beratende, entscheidende oder überwachende Gremien sind in unterschiedlicher Ausprägung und Komposition, mit verschiedenen generellen oder speziellen Aufgaben, unabhängig von der Rechtsform, in vielen Gesellschaften und Körperschaften installiert. So individuell sie im Einzelnen auch sind, so ist ihnen doch vieles gemein. Jede kollegial organisierte Stelle, die innerhalb eines Rechtsträgers mit Kompetenzen und Befugnissen ausgestattet ist, bedarf der Regeln, die festlegen,

wie die interne Willensbildung im Gremium zu erfolgen hat. Dies betrifft neben Fragen der Einberufung, der Durchführung von Sitzungen, insbesondere der Fassung von Beschlüssen auch das Thema der Dokumentation der Inhalte der Gremiensitzungen, vorrangig jener Inhalte, die zu Beschlussfassungen geführt haben. Dies alles ergibt sich schon aus dem Wesen der Tätigkeit eines Gremiums geradezu selbstverständlich und kann daher nicht überraschen. Soweit es die Regeln der Dokumentation der Inhalte von Gremiensitzungen betrifft, soll der rechtliche Rahmen in der Folge einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

In Abwesenheit einer Geschäftsordnung oder sonstiger interner Regelungen zur Bestimmung dessen, was in einem (im Gesetz nicht vorgesehenen) sonstigen Gremium, etwa einem Beirat, betreffend die Dokumentation von Sitzungen erforderlich bzw. erlaubt ist, muss auf gesetzliche Regelungen für vergleichbare Sachverhalte zurückgegriffen werden. In diesem Zusammenhang ist eine Orientierung an den Regelungen des AktG bzw. des GmbHG zum Aufsichtsrat naheliegend. Die dort aufzufindenden Bestimmungen und die dazu existierende Lehre und Rechtsprechung können als Maßstab und Orientierungshilfe auch für andere Gremien in Personen- oder Kapitalgesellschaften herangezogen werden.

Dies ist durch die Rechtsprechung zumindest mittelbar belegt. Für nicht aufsichtsratspflichtige GmbHs, die einen Beirat installieren, hat der OGH festgehalten, dass dann, wenn der Beirat einem Aufsichtsrat zukommende „Kern-

Hon.-Prof. RA Dr. *Georg Schima*, M.B.L. (HSG), LL.M. (Vaduz) ist Partner bei der Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte GmbH in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Mag. *Stefan Knotzer* ist Rechtsanwaltsanwärter bei der Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- (1) Im Folgenden wird im Beitrag der (weitere) Begriff „Gremien“ verwendet, um keine Missverständnisse zu produzieren, weil sich die Problematik uE in absolut vergleichbarer Weise nicht nur in solchen Gremien stellt, denen Organqualität zukommt (vgl. zB die Diskussion um die Voraussetzungen der Organqualität von besonderen Stellen bzw. Gremien einer Privatstiftung für alle *Arnold*, PSG⁴ [2022] § 14 Rz 14a ff, 15 f mwN).
- (2) Vgl. *Hopt/Roth* in *Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar zum AktG⁵ (2019) § 107 Rz 253; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁶ (2022) § 107 Rz 20.
- (3) *Groß-Bölting/Rabe* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ (2022) § 107 Rz 80.
- (4) *Koch* in *Koch*, AktG¹⁶, § 107 Rz 18, *Spindler* in *Spindler/Stilz*, BeckOGK AktG⁵ (2022) Rz 73.

kompetenzen“ ausübt, dieser nach den für den Aufsichtsrat geltenden gesetzlichen Regeln zu behandeln ist.⁽⁵⁾ Er gibt damit nicht bloß zu verstehen, dass die für die Errichtung eines (auch bloß fakultativen) Aufsichtsrats maßgeblichen Regelungen nicht umgangen werden können, sondern gleichsam auch, dass sich das Organisationsrecht des Aufsichtsrats auch auf ähnliche Konstellationen übertragen lasse. Diese Rechtsprechung indiziert somit (zumindest), dass der OGH die gesetzlichen Regelungen für den Aufsichtsrat auf gesetzlich nicht geregelte Gremien überträgt. Dies ist unbedingt zweckmäßig, soweit Regelungsgegenstand der betreffenden Normen die Ordnung des arbeitsteiligen Zusammenwirkens und der darauf aufbauenden Willensbildung der Mitglieder des Gremiums ist. Hier entsprechen die Regelungen zum Aufsichtsrat verallgemeinerungsfähigen Prinzipien, die zur Beurteilung der Rechte und Pflichten von Mitgliedern anderer Gremien herangezogen werden können. Dies gilt neben zentralen Aspekten der Teilhabe (zB Informations-, Teilnahme- und Stimmrechte) insbesondere auch für die Dokumentation der Gremientätigkeit, an der freilich alle von einem Beschluss betroffenen Personen ein veritables Interesse haben. Insofern werden die nachfolgenden Überlegungen auf dem gesetzlichen Fundament der Bestimmungen über den Aufsichtsrat in AktG und GmbHG aufgebaut, lassen sich allerdings von dort ausgehend verallgemeinern und, gegebenenfalls angepasst auf besondere Umstände, auch auf sonstige Gremien, etwa Beiräte, anwenden.

Vor diesem Hintergrund wird in der Folge – ausgehend von den den Aufsichtsrat betreffenden gesetzlichen Regelungen – unter Heranziehung von Rechtsprechung und Literatur analysiert, welche Anforderungen an die Protokollierung von Gremiensitzungen zu stellen sind und darauf aufbauend, welche Gestaltungsmöglichkeiten speziell im Hinblick auf die akustische Aufzeichnung von Sitzungen („Tonbandaufnahme“) bestehen. Die Behandlung dieser Gegenstände muss – möchte man sich nicht dem Vorwurf der Praxisferne aussetzen – nur in Wechselbeziehung mit der Geschäftsordnung als dem herkömmlichen Instrument inter-

ner Regelung der Formalia in einem Gremium erfolgen.

2. GESETZLICHE AUSGANGSLAGE

2.1. Erfordernis der Anfertigung einer „Niederschrift“ über Verhandlungen und Beschlüsse

Zur Dokumentation von Aufsichtsratssitzungen sehen § 92 Abs 2 AktG und § 30g Abs 2 GmbHG (sowie § 24c Abs 2 GenG) wortwörtlich übereinstimmend die Anfertigung einer Niederschrift und die Unterzeichnung derselben durch den Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter vor („Über die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats ist eine Niederschrift anzufertigen, die der Vorsitzende oder sein Stellvertreter zu unterzeichnen hat.“). § 51 Abs 1 SE-Gesetz enthält für den Verwaltungsrat der Societas Europaea eine gleichlautende Regelung. Darüber hinaus sind im österreichischen Gesellschaftsrechtsbestand – soweit ersichtlich – keine vergleichbaren Bestimmungen betreffend die Dokumentation der Tätigkeit von Gremien vorzufinden.⁽⁶⁾

Ähnlich lautet die parallele Bestimmung des § 107 Abs 2 dAktG,⁽⁷⁾ die im Unterschied zu den österreichischen Bestimmungen

1. die Möglichkeit der Unterschrift der Niederschrift durch den Stellvertreter des Vorsitzenden (in Zusammenschau mit Abs 1 leg cit) ausdrücklich nur dann vorsieht, wenn der Vorsitzende „verhindert“ ist (dies ergibt sich aus dem Wortlaut der österreichischen Bestimmung hingegen nicht eindeutig [arg „der Vorsitzende *oder* sein Stellvertreter“], ist aber hinzuzudenken, siehe unten Pkt 2.3.) sowie
2. dem Anwender zusätzliche Angaben zum erforderlichen Inhalt der Niederschrift liefert: „Über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist eine Niederschrift anzufertigen, die der Vorsitzende zu unterzeichnen hat. In der Niederschrift sind der Ort und der Tag der Sitzung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Inhalt der Verhandlungen und die Beschlüsse des Aufsichtsrats anzugeben.“

(5) Vgl OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 130/05s, ecolex 2007, 131 = wbl 2007, 89, inklusive umfassender Auseinandersetzung mit den vorgetragenen Ansätzen in der Literatur.

(6) Im Unterschied zu den hier einschlägigen Bestimmungen beziehen sich § 40 GmbHG und § 120 AktG, die ebenso jeweils den Begriff „Niederschrift“ verwenden, allein auf die Verschriftlichung der Beschlussergebnisse, nicht aber auf die „Verhandlungen“, die zu den Beschlüssen geführt haben. Daraus wird in der Literatur ganz überwiegend geschlossen, dass sich aus den genannten Bestimmungen keine Protokollierungspflicht hinsichtlich der in den Sitzungen besprochenen Inhalte ergibt. Vgl zur GmbH umfassend Brauneis/Gamauf in J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl, Handbuch der Generalversammlung der GmbH² (2021) Rz 3.301 ff.

(7) Im dGmbHG sind die Regelungen zum Aufsichtsrat nicht eigens wiedergegeben, sondern durch einen Verweis auf einzelne Bestimmungen des dAktG anwendbar gemacht. Interessanterweise ist aber § 107 Abs 2 dAktG nicht vom Verweis in § 52 dGmbHG umfasst.

Die genannten Bestimmungen lassen mit Blick auf die tatsächlich zulässigen Vorgangsweisen und den erforderlichen Inhalt der Protokollierung freilich Raum für Interpretation, den Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur aber genutzt haben, um diverse Vorgaben an die Praxis zu richten.

2.2. Korridor zulässiger Protokollierungspraktiken

Das Gesetz gibt keinen bestimmten Modus der Protokollierung vor, sondern lässt Raum für die individuelle Bestimmung. Gewisse Mindestvoraussetzungen sind jedoch zwingend zu erfüllen, sowohl bei Sitzungen des Gesamtgremiums als auch bei jenen der Ausschüsse.⁽⁸⁾ Im Allgemeinen wird gefordert, dass das Protokoll über alles Auskunft gibt, „was für das Zustandekommen, den Inhalt und die Wirksamkeit“ von Beschlüssen von Bedeutung ist.⁽⁹⁾ Dies umfasst jedenfalls die in § 107 Abs 2 dAktG angeführten Inhalte, die sich als zwingende Mindestanforderungen verstehen, die durch Satzung oder Geschäftsordnung nicht reduziert werden dürfen.⁽¹⁰⁾

Die gesetzlichen Mindestanforderungen können schon durch ein summarisches Protokoll erfüllt werden, ein schlichtes Beschluss- oder Ergebnisprotokoll genügt diesen Vorgaben hingegen nicht.⁽¹¹⁾ Dies ergibt sich ausdrücklich aus den gesetzlichen Bestimmungen, die normieren, dass das Protokoll Angaben über die „Verhandlungen“ (so die österreichischen Bestimmungen) bzw den „wesentliche[n] Inhalt der Verhandlungen“ (so § 107 Abs 2 dAktG) des Gremiums enthalten soll. Demnach ist zumindest eine Zusammenfassung der wesentlichen Diskussionsbeiträge der Gremiumsmitglieder (auch Beiträge teilnehmender gremiumsfremder Personen – etwa Sachverständige oder Mitglieder der Geschäftsleitung) erforderlich.⁽¹²⁾ Die tatsächlichen Umstände der geführten Diskussionen sind dabei zu berücksichtigen. Je kritischer

und intensiver eine Angelegenheit beraten und verhandelt wird, desto eher ist eine genaue Wiedergabe der vertretenen Standpunkte und Äußerungen der Mitglieder erforderlich.⁽¹³⁾

In der Praxis wird schon aus Haftungsgründen im Zweifel eine möglichst genaue Protokollierung zu empfehlen sein.⁽¹⁴⁾ Es ist nicht gesetzlich geregelt und auch nicht abschließend geklärt, ob der Aufsichtsrat als solcher die Möglichkeit hat, entweder für eine bestimmte Sitzung oder generell die *wörtliche Protokollierung* zu verlangen. Nach gängiger Rechtsansicht sind Wortprotokolle nach § 92 Abs 2 AktG bzw § 30g Abs 2 GmbHG zwar nicht erforderlich, aber zulässig.⁽¹⁵⁾ Freilich sind Wortprotokolle mit einem andersartigen Aufwand in der Erstellung verbunden. Es werden im Ergebnis zwar unter Umständen deutlich mehr Seiten produziert, doch kann das vollständige Wortprotokoll auch von Schreibkräften erstellt werden, die – weil es im Zuge der Erstellung zu keiner Filterung, Zusammenfassung oder Kürzung kommt – über keine näheren Kenntnisse von den verhandelten Gegenständen oder über rechtliches Wissen verfügen müssen. Die Praxis zeigt, dass es für diese Form der Protokollierung durchaus Bedarf gibt. Der Umfrage unter Vertretern von Aufsichtsratsbüros⁽¹⁶⁾ aus dem Jahr 2013 zufolge kommen Wortprotokolle – ungeachtet ihres Umfangs von 60 Seiten oder mehr pro Sitzung – etwa in machen DAX-Unternehmen zum Einsatz.⁽¹⁷⁾ Freilich ist ein Wortprotokoll nur dann hundertprozentig verlässlich, wenn die Sitzung aufgezeichnet wird. Anderenfalls wird Sitzungsteilnehmern stets das – nicht überzeugend zu widerlegende – Argument eröffnet, das Protokoll gäbe den Wortlaut nicht vollständig oder nicht korrekt wieder (zu Tonbandaufnahmen siehe unten Pkt 4.).

Gremienmitglieder können (zumindest bei entsprechender Relevanz) in Anbetracht später möglicher Haftungsfragen verlangen, dass ihre Wortmeldung oder Begründung für eine Pro- oder Gegenstimme genau (sogar wortwörtlich)

(8) Vgl Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 236; Groß-Bölting/Rabe in Hölter/Weber, AktG⁴, § 107 Rz 71.

(9) Koppenteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 30g Rz 13; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³ (2021) § 92 Rz 60, Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2010) §§ 92–94 Rz 36.

(10) Vgl Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 235; Groß-Bölting/Rabe in Hölter/Weber, AktG⁴, § 107 Rz 71.

(11) Groß-Bölting/Rabe in Hölter/Weber, AktG⁴, § 107 Rz 73.

(12) N. Arnold, Die Protokollierung von Aufsichtsratssitzungen, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (8); Groß-Bölting/Rabe in Hölter/Weber, AktG⁴, § 107 Rz 73; Habersack in Goette/Habersack, MünchKomm AktG⁵, § 107 Rz 80.

(13) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³, § 92 Rz 60; N. Arnold, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (8).

(14) Saxinger/Helml in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 20/63.

(15) Eiselsberg/Bräuer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) Rz 24/108; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶, § 92 Rz 21 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at), Groß-Bölting/Rabe in Hölter/Weber, AktG⁴, § 107 Rz 73.

(16) Darunter ist ein dem Aufsichtsrat zugeordneter Hilfsapparat zu verstehen, der die Aufsichtsratsmitglieder bei der Erfüllung von deren Aufgaben unterstützt; vgl zum Begriff etwa Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat², Rz 3/56 f.

(17) Henning in Semler/v Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) Rz 4/164.

protokolliert wird.⁽¹⁸⁾ Im Umkehrschluss wird mitunter vertreten, dass eine derartige Protokollierung nicht verlangt werden kann, wenn eine haftungsrechtliche Relevanz eindeutig ausgeschlossen werden kann.⁽¹⁹⁾ Dieses Kriterium eignet sich freilich nicht, um Anträge auf wörtliche Protokollierung zu beurteilen. Denn es ist kaum je möglich, sicher zu sagen, ob und unter welchen Umständen bei einem Verhandlungsgegenstand das Risiko einer späteren Haftung eindeutig ausschließbar ist. Wenngleich ebenfalls mit Unschärfen belastet, ist demgegenüber die Ansicht überzeugender, Mitglieder des Gremiums könnten bis zur „Grenze des Rechtsmissbrauchs“ die wörtliche Protokollierung zumindest ihrer eigenen Wortmeldungen in der Sitzung verlangen.⁽²⁰⁾ Zweitere Ansicht entspricht zudem eher dem vorrangigen Zweck der Protokollierung, nämlich dem Schutz der Teilnehmer an einer Sitzung vor einer Haftung trotz regelkonformen Verhaltens, weil die Hürde für den Protokollführer, die wörtliche Protokollierung abzulehnen, wesentlich höher ist.

Unabhängig von der eigentlichen Protokollierung der Sitzung kann jedes Mitglied auch schriftliche Stellungnahmen abgeben, damit diese zu Protokoll genommen werden.⁽²¹⁾ Diese Beifügung ist nach manchen aber nur dann zulässig, wenn die betreffende schriftliche Stellungnahme in der Sitzung vorgetragen oder auf diese Bezug genommen wurde.⁽²²⁾

Wie sich schon aus dem Begriff „Niederschrift“ unzweideutig ergibt, bedarf es im Ergebnis einer schriftlichen Dokumentation der Sitzungsinhalte. Einfache Schriftform ist zur Erfüllung der Form ausreichend.⁽²³⁾ Auch die „elektronische Niederschrift“ wird den Form-

vorschriften gerecht. Protokolle können sohin digital erstellt und signiert (§ 4 SVG) werden.⁽²⁴⁾ Eine Tonbandaufnahme (zu dieser siehe im Detail unten Pkt 4.) kann die Anfertigung eines schriftlichen Protokolls folglich nicht ersetzen, sondern nur unterstützen.

2.3. Der Vorsitzende als Sitzungsleiter und Protokollverantwortlicher

Innerhalb des gesetzlichen Rahmens bestimmt nach herrschender Ansicht grundsätzlich der Vorsitzende über Art und Inhalt der Protokollierung.⁽²⁵⁾ Diese Sichtweise ist nicht unproblematisch, denn das Protokoll hat, wie ausgeführt, unter Umständen große haftungsrechtliche Relevanz, sodass man schon die Ansicht vertreten könnte, die Ingerenz über das Protokoll stünde stets dem Gremium in seiner Gesamtheit zu. Und in der Tat kann zumindest die Geschäftsordnung dem Gremium diese Kompetenz einräumen (siehe unten Pkt 3.). Auch finden sich gute Argumente für die Ansicht, dass die erforderliche Mehrheit der Gremiumsmitglieder jederzeit auf Antrag eines Mitglieds über die Art der Protokollierung entscheiden kann (siehe unten Pkt 4.3) Abgesehen davon lässt sich die Zuweisung der Zuständigkeit für die Entscheidung über das Protokoll an den Vorsitzenden aber damit rechtfertigen, dass es sich dabei grundsätzlich um eine typische Angelegenheit der Versammlungsleitung – wie zB auch die Feststellung des Abstimmungsergebnisses – handelt.⁽²⁶⁾

Die *Zuziehung eines Protokollführers* durch den Vorsitzenden ist zulässig, in der Praxis häufig und bedarf keiner Ermächtigung in Satzung oder Geschäftsordnung.⁽²⁷⁾ Davon unabhängig

(18) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 60; *N. Arnold*, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (8); *Spindler in BeckOGK AktG⁵*, Rz 76; *Henning in Semler/v Schenck/Wilsing*, Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder⁵, Rz 4/162.

(19) Vgl *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 248; *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 74.

(20) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 60; *Brogyányi/Rieder in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG (2019) § 92 Rz 33; etwas zurückhaltender *Hoffmann-Becking in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV⁵* (2020) § 31 Rz 110, wonach das Gremiumsmitglied grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse vorweisen können müsse, um eine wörtliche Protokollierung verlangen zu können, wenngleich ein „großzügiger Maßstab“ anzulegen sei.

(21) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 59; *Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} (2021) § 92 Rz 21; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, §§ 92–94 Rz 36; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30g Rz 141 (Stand 1. 9. 2021, rdb.at).

(22) *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 73.

(23) *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 77.

(24) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 58 – auch die Unterfertigung eines Dokuments am Tablet wird als ausreichend angesehen, unter Verweis auf *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 886 Rz 7.

(25) *Saxinger/Helml in Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat, Rz 20/62; *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 244 („[Wenn] nicht der Mindestinhalt betroffen ist, liegt die Ausgestaltung des Protokolls im Ermessen des Aufsichtsratsvorsitzenden“); *Henning in Semler/v Schenck/Wilsing*, Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder⁵, Rz 4/163.

(26) Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, §§ 92–94 Rz 16; *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 42 ff.

(27) Vgl *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56; *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 238; *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 76; *N. Arnold*, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (8).

ist die Beantwortung der Frage der Mitsprache des Plenums hinsichtlich der Person des Protokollführers. Wird eine Person, die selbst nicht Mitglied des Gremiums ist, als Protokollführer zugezogen, kann dem jedes einzelne Mitglied,⁽²⁸⁾ nach manchen die einfache Mehrheit der Mitglieder,⁽²⁹⁾ widersprechen. Zweitere Sichtweise korrespondiert mit jener betreffend die Entscheidung über die Zulassung aufsichtsratsfremder Personen zur Teilnahme an Sitzungen hA,⁽³⁰⁾ wohingegen ersterer Ansicht folgend jedes einzelne Mitglied die Zuziehung von Protokollführern *ad infinitum* verhindern und damit – sofern sich nicht ein anderes Mitglied des Gremiums dafür findet – letztlich erreichen könnte, dass der Aufsichtsratsvorsitzende (in dessen Verantwortung die Erstellung des Protokolls liegt) selbst das Protokoll zu führen hat.⁽³¹⁾ Das spricht uE klar gegen ein individuelles Widerspruchsrecht.

Wird ein Dritter als Protokollführer hinzugezogen, ist dieser zur Vertraulichkeit zu verpflichten.⁽³²⁾ Obwohl die Verpflichtung zur Verschwiegenheit schon kraft Auftragsrechts anzunehmen ist,⁽³³⁾ ist eine gesonderte Vereinbarung empfehlenswert. Angesichts der primären Funktion des Sitzungsprotokolls, nämlich im

Streitfall (aus diesen Gründen werden zumindest ältere Protokolle üblicherweise eingesehen) über rechtswesentliche Umstände Auskunft zu geben, ist bei Auswahl des Protokollführers zu beachten, dass dieser über entsprechende Kenntnisse verfügt, um den wesentlichen Teil der Verhandlung von Beschlussgegenständen zu erkennen.⁽³⁴⁾ Dieses Thema stellt sich bei Wortprotokollen freilich nicht. Den Vorsitzenden kann bei Zuziehung einer ungeeigneten Person ein Auswahlverschulden treffen.⁽³⁵⁾

Das Protokoll ist vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter (sofern dieser den verhinderten Vorsitzenden vertritt, nicht also alternativ oder komplementär zum anwesenden Vorsitzenden) zu unterzeichnen.⁽³⁶⁾ Die Unterzeichnung hat mit anderen Worten durch diejenige Person zu erfolgen, die die konkrete Sitzung geleitet hat. Diese Person – üblicherweise also der Vorsitzende des Gremiums – verantwortet die Richtigkeit und Vollständigkeit des Protokolls.⁽³⁷⁾ Die Unterschrift des hinzugezogenen Protokollführers ist hingegen nicht erforderlich.⁽³⁸⁾ In der Praxis wird das Protokoll aber häufig auch von diesem unterschrieben.⁽³⁹⁾

Dem Vorsitzenden obliegt schließlich auch die Verwahrung der Sitzungsprotokolle.⁽⁴⁰⁾ Er

- (28) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, §§ 92–94 Rz 36; *Brogányi/Rieder in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 92 Rz 30; *Justich in Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft² (2016) 359; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30g Rz 133; *Heidinger in Gruber/Harrer*, GmbHG³ (2018) § 30g Rz 30; *Hauser*, GmbH-Aufsichtsrat: „Teilnehmerkreis“ und „Verfügbarkeit“ von Niederschriften, GES 2014, 378 (379); *Spindler in Spindler/Stilz*, BeckOGK AktG⁵, Rz 74; *Koch in Koch*, AktG¹⁶, § 107 Rz 18; *Mertens/Cahn in KölnKomm AktG³* (2013) § 107 Rz 80 (allerdings gegen ein Widerspruchsrecht, wenn der Protokollführer ein Mitglied der Geschäftsleitung ist).
- (29) *Habersack in MünchKomm AktG⁵*, § 107 Rz 77; *Hoffmann-Becking in Münch HB GesR IV⁵*, § 31 Rz 54; *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 76; *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 130, wonach in der Zuziehung eines Protokollführers eine verfahrensleitende Handlung des Vorsitzenden zu sehen sei, daher eine abweichende Vorgehensweise nach allgemeinen Grundsätzen einen abweichenden Aufsichtsratsbeschluss erfordere.
- (30) Danach entscheidet über die Zulassung der Vorsitzende, sofern nicht im Plenum ein abweichender Beschluss herbeigeführt wird; vgl *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II⁶, § 93 Rz 12 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30h Rz 17 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at); *Hoffmann-Becking in Münch HB GesR IV⁵*, § 31 Rz 49; nach überwiegender Meinung kann die Beiziehung durch Vorsitzenden oder Aufsichtsrat erfolgen; vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, §§ 92–94 Rz 42; ebenso *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 93 Rz 15; dezidiert anderer Ansicht *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 30h Rz 3: „Das Gegenargument, die Einschaltung von Sachverständigen gehöre zur Sitzungsleitung, ist wegen der Unschärfe dieses Worts zumindest nicht zwingend und verträgt sich nicht damit, dass der Vorsitzende ohne Ermächtigung auch sonst nicht vertretungsbefugt ist.“
- (31) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56; *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 76; *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 238; *Koch in Koch*, AktG¹⁶, § 107 Rz 18. Ein Anspruch des Vorsitzenden, einen Protokollführer beizuziehen, kann angesichts § 93 Abs 1 erster Satz AktG (bzw korrespondierend § 109 Abs 1 erster Satz dAktG) nicht angenommen werden, vgl etwa *Spindler in BeckOGK AktG⁵*, § 107 Rz 74.
- (32) Vgl *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 238.
- (33) *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II⁶, § 92 Rz 20; *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56.
- (34) *Henning in Semler/v Schenck/Wilsing*, Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder⁵, Rz 4/158.
- (35) *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II⁶, § 92 Rz 20.
- (36) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56; *Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 78; dies ist in § 107 dAktG ausdrücklich vorgesehen.
- (37) Vgl *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 115.
- (38) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56.
- (39) *N. Arnold*, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (8).
- (40) Vgl *Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 135, 259 ff.

hat dabei die Vertraulichkeit der Protokolle sicherzustellen.

2.4. Beschlussfassung über das Protokoll und Protokollberichtigung

Eine Beschlussfassung über das Protokoll in der nächsten Sitzung ist in der Praxis üblich, jedoch gesetzlich nicht vorgeschrieben.⁽⁴¹⁾ Jedes Mitglied wie auch jeder sonstige Sitzungsteilnehmer kann – was ein gut vorbereiteter und vorweg mit den wesentlichen Diskutanten abgestimmter Entwurf in der Regel zu vermeiden weiß – spätestens in der kommenden Sitzung oder schon davor im Umlaufwege Berichtigungswünsche vortragen.⁽⁴²⁾ Darüber entscheidet nach herrschender Meinung nicht der Aufsichtsrat bzw das Gremium, sondern der Vorsitzende.⁽⁴³⁾ Dass Protokolle in der nachfolgenden Gremiumssitzung durch Beschluss des Plenums genehmigt werden, dient dem Zweck, eine einheitliche Unterlage zu schaffen.⁽⁴⁴⁾ Ein solcher Beschluss kann den Inhalt eines Protokolls nicht ändern. Auch sind mit der fehlenden Genehmigung bzw mit dem Bestehen des Vorsitzenden auf dem protokollierten Inhalt (jedenfalls bis zur Grenze der Sorgfaltswidrigkeit) keine rechtlichen Konsequenzen verbunden. Die durch die Literatur gestützte Entscheidungshoheit des Vorsitzenden kann in Anbetracht der Funktion des Protokolls als Beweisurkunde von hoher haftungsrechtlicher Relevanz zumindest in Einzelfällen zu Problemen führen, insbesondere wenn Uneinigkeit hinsichtlich des protokollierten Inhalts einer Sitzung besteht.⁽⁴⁵⁾ Aus dieser Perspektive kommt einer nicht erteilten Genehmigung freilich insofern Bedeutung zu, als die materielle Beweiskraft eines nicht von der Mehrheit des Gremiums getragenen Protokolls beeinträchtigt ist.

Freilich lässt sich aus der Sicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds das Problem einer aus dessen Sicht nicht mit dem tatsächlichen Verlauf der Sitzung übereinstimmenden Protokolls und insbesondere der nicht korrekten Protokollierung eigener Wortmeldungen dadurch lösen, dass ein Widerspruch oder eine Ergänzung zum Protokoll erklärt und diese/r dem Protokoll angefügt wird.⁽⁴⁶⁾ Dies darf der Vorsitzende nicht verweigern, wenn er den Antrag nicht ohnehin zum Anlass für eine Protokollberichtigung nimmt. Im Fall eines Widerspruchs oder einer Ergänzung ist die Beweiskraft des vom Vorsitzenden unterschriebenen/genehmigten Protokolls entsprechend herabgesetzt, was umso mehr gilt, wenn andere Mitglieder dem Widerspruch beitreten. Ein derartiger Widerspruch gegen das Protokoll hat spätestens in der nachfolgenden Sitzung zu erfolgen, andernfalls dieser nicht mehr berücksichtigt werden muss.⁽⁴⁷⁾ Das gilt selbstredend dann nicht, wenn – was in der Praxis gar nicht selten vorkommt – das Protokoll noch gar nicht vorliegt oder der Vorsitzende die Entscheidung über die Behandlung von Widersprüchen auf die nächste Sitzung vertagt.

3. REGELUNG DER PROTOKOLLIERUNG IN DER GESCHÄFTSORDNUNG

Im Rahmen einer Geschäftsordnung können die Anforderungen an die Protokollierung nicht herabgesetzt, wohl aber präzisiert oder erweitert werden.⁽⁴⁸⁾

Der Aufsichtsrat ist, wie auch sonstige Gremien es sind, innerhalb der zwingenden Grenzen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags befugt, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben.⁽⁴⁹⁾ Der Beschluss einer Geschäftsordnung bedarf der einfachen Mehrheit und kann unter denselben Voraussetzungen abgeändert, ergänzt

(41) *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00}, § 92 Rz 22; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 61; *N. Arnold*, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (9); *Groß-Bölting/Rabe* in *Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 79.

(42) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 61.

(43) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 61 („in seiner Rolle als Protokollverantwortlicher“); *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00}, § 92 Rz 22; ebenso *Saxinger/Helml* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat, Rz 20/64; *Eiselsberg/Bräuer* in *Kalss/Kunz*; HB Aufsichtsrat², Rz 24/119; *Groß-Bölting/Rabe* in *Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 76; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁶, § 107 Rz 16; *Habersack* in *MünchKomm AktG⁵*, § 107 Rz 83; *Spindler* in *BeckOGK AktG⁵*, § 107 Rz 78.

(44) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 61.

(45) *Groß-Bölting/Rabe* in *Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 79; Umgekehrt muss man bedenken, dass eine Entscheidungskompetenz des Gesamtaufichtsrates insbesondere bei einer Mehrzahl von – einander sogar widersprechenden – Protokollberichtigungsanträgen leicht zu einer chaotischen Antrags- und Beschlusslage führen kann, weil dann unter Umständen kaum sinnvoll klärbar ist, wie und in welcher Reihenfolge über die einzelnen Anträge abzustimmen wäre.

(46) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 61; *Eiselsberg/Bräuer* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat², Rz 24/119.

(47) *Groß-Bölting/Rabe* in *Hölters/Weber*, AktG⁴, § 107 Rz 79; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm AktG³*, § 107 Rz 83; *Hopt/Roth* in *Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 251

(48) *Mertens/Cahn* in *KölnKomm AktG³*, § 107 Rz 91; *Habersack* in *MünchKomm AktG⁴*, § 107 Rz 74.

(49) *Hoffmann-Becking* in *Münch HB GesR IV⁵*, § 31 Rz 1 f.

oder aufgehoben werden.⁽⁵⁰⁾ Die erforderliche Mehrheit zur Beschlussfassung kann das Gremium selbst grundsätzlich nicht erhöhen.⁽⁵¹⁾ Die Geschäftsordnung gibt unter anderem die Verfahrensabläufe in der Zusammenarbeit des Gremiums vor und beschränkt insofern den Vorsitzenden in seiner Sitzungsleitungskompetenz. Dieser ist an die Vorgaben der Geschäftsordnung gebunden und kann von ihnen nicht eigenmächtig abgehen.⁽⁵²⁾

Der Inhalt des Protokolls kann – wie oben bereits erläutert – darüber entscheiden, ob Haftungsansprüche der Gesellschaft oder gegebenenfalls sogar Dritter gegenüber Gremienmitgliedern bestehen. An der genauen Führung des Protokolls bis hin zu einem Wortprotokoll

haben Gremienmitglieder daher ein veritables Interesse, sodass die Sitzungsleitung nach Umständen auch dazu verpflichtet sein kann, Protokolle entsprechend zu gestalten. Selbst wenn man das nicht so sähe, könnte das Gremium in einer Geschäftsordnung (die auf einem Mehrheitsbeschluss beruht) entweder generell vorschreiben, dass ein Wortprotokoll zu führen ist, oder zumindest, dass Wortmeldungen auf Verlangen einzelner Mitglieder wörtlich zu protokollieren sind. Daran wäre der Vorsitzende dann wie jedes Mitglied gebunden. Das gilt auch für andere Kollegialorgane in Gesellschaften oder sonstigen juristischen Personen, für die es gar keine gesetzliche Regelung in punkto Protokollierung gibt.

(50) *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶, § 92 Rz 7; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 9, 14; *Saxinger/Helml* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat, Rz 20/69; *Hoffmann-Becking* in *Münch HB GesR IV*⁵, § 31 Rz 4.

(51) Für den Aufsichtsrat wird dies nur eingeschränkt, insbesondere im Fall einer entsprechenden Satzungsbestimmung, für möglich angesehen; vgl *Hoffmann-Becking* in *Münch HB GesR IV*⁵, § 31 Rz 5.

(52) Mitglieder können der Gesellschaft schadenersatzpflichtig werden, wenn sie gegen Bestimmungen der Geschäftsordnung verstoßen; vgl nur *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶, § 92 Rz 7; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30g Rz 267.

Webinar

Linde

Villa oder Wohnung: Durch Gesellschafter*innen & Begünstigte genutzte Immobilien

- Grundfragen zu Verträgen unter nahen Angehörigen
- Einkunftsquelle als Voraussetzung
- Ausgangsfragen bei durch Gesellschafter*innen/Begünstigte genutzte Immobilien
- Steuerliche Folgen einer unentgeltlichen/unterpreisigen Überlassung von Immobilien
- Funktionierender Mietmarkt vs. Renditemiete: Judikatur und Verwaltungspraxis
- Verdeckte Ausschüttung – BMF-Prüfschema für Immobilien
- „Hot Topic“: Vorsteuerabzug



StB Johanna Rizzi, MSc
Deloitte



24.11.2022



9:30–11:00



Webinar



lindecampus.at