

Georg Schima / Stefan Knotzer

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

Der Dokumentation von Gremiensitzungen kommt angesichts der vielseitigen Haftungsgefahren, die mit einer Tätigkeit als Organmitglied in einem Gremium verbunden sind, erhebliche Bedeutung zu. Aufbauend auf dem ersten Teil dieses Beitrags (Aufsichtsrat aktuell 2022, S 166 ff) wird im vorliegenden zweiten Teil im Besonderen auf die Frage der Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen zur Protokollierung von Gremiensitzungen eingegangen. Abgesehen von der Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Anforderungen sind dabei auch persönlichkeitsrechtliche Aspekte, insbesondere das Thema Datenschutzrecht, zu berücksichtigen.



1. ZULÄSSIGKEIT VON TONBANDAUFNAHMEN

Die Anfertigung einer Tonbandaufnahme ist – das ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen zweifelsfrei – zur gesetzeskonformen Protokollierung von Gremiensitzungen nicht erforderlich. Mitunter ist eine solche aber durchaus zweckmäßig, insbesondere wenn die besprochenen Gegenstände und/oder die persönlichen Beziehungen der Mitglieder im Gremium tendenziell konfliktbelastet sind und solcherart eine möglichst detaillierte Protokollierung erforderlich, mindestens aber angemessen und hilfreich ist.

Die Stellungnahmen in der Literatur stehen Tonbandaufnahmen tendenziell kritisch gegenüber und wollen deren Zulässigkeit – zumindest in Abwesenheit einer Geschäftsordnung – von der Zustimmung aller Mitglieder (bzw aller Teilnehmer, denn relevant sind auch die Persönlichkeitsrechte von Personen, die zB als Experten/Auskunftspersonen an der Sitzung teilnehmen, ohne dem Gremium anzugehören) abhängig machen.⁽¹⁾ Überwiegend wer-

den diese Stellungnahmen nicht oder nur sehr knapp begründet. So ist dem ebenso breitflächig wie begründungslos vertretenen Erfordernis der Zustimmung aller Mitglieder (bzw aller Teilnehmer) etwa entgegenzuhalten, dass damit der kraft der ihm zukommenden Sitzungsleitung weitgehend autonom über Art, Form und Inhalt des Protokolls verfügende Vorsitzende eine Tonbandaufnahme selbst dann jederzeit im Alleingang verhindern könnte, wenn dessen (zu selbtherrliches) Verhalten maßgeblicher Grund des Wunsches nach einer Tonbandaufnahme ist und alle sonstigen Mitglieder für eine Aufnahme stimmen. Die Annahme, es bedürfe der Zustimmung aller Mitglieder, ist daher in ihrer absoluten Formulierung nicht überzeugend. Angezeigt ist eine nähere Untersuchung über die Frage, ob Tonbandaufnahme nicht auch gegen den Willen des Vorsitzenden oder (einzelner) sonstiger Mitglieder durchgesetzt werden können.

Zu prüfen ist vor diesem Hintergrund, ob und unter welchen Umständen eine Tonbandaufnahme von Gremiensitzungen zulässig ist. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob eine

(1) Vgl *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 107 Rz 199: „Tonbandaufnahmen sind nur mit Zustimmung aller Aufsichtsratsmitglieder als Grundlage für die Protokollierung zulässig.“; *A. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 30g Rz 68; *Groß-Bölting/Rabe* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ (2022) § 107 Rz 77: „Nur mit Zustimmung aller Mitglieder des Aufsichtsrats können auch Tonbandmitschnitte gemacht werden.“; *Habersack* in MünchKomm AktG⁴, § 107 Rz 77: „Zur Unterstützung bei der Endredaktion und zu Beweis Zwecken kann bei Einverständnis aller teilnehmenden Aufsichtsratsmitglieder eine Tonbandaufnahme erstellt werden.“; *Spindler* in *BeckOGK*, § 107 Rz 74: „Sofern alle Aufsichtsratsmitglieder einverstanden sind, kann auch ein Tonbandmitschnitt angefertigt werden.“; *Hambloch-Gesinn/Gesinn* in *Hölters*, AktG³ (2017) § 107 Rz 79: „Nur mit Zustimmung aller Mitglieder des Aufsichtsrats können auch Tonbandmitschnitte gemacht werden.“; vorsichtiger *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30g Rz 133, der sich nicht festlegt, ob nicht auch ein Mehrheitsbeschluss für eine Tonbandaufnahme ausreicht; abwägend *Hopt/Roth* in *Hirte/Müllbert/Roth*, Großkommentar zum AktG⁵ (2019) § 107 Rz 239: „Zweifelhaft ist die Zulässigkeit von Tonbandprotokollen, wenn sich nicht alle Aufsichtsratsmitglieder mit einer solchen Vorgehensweise einverstanden erklärt haben. Verbreitet wird angenommen, dass ein Tonbandmitschnitt nur bei Einverständnis aller Aufsichtsratsmitglieder möglich sein soll. [FN Verweis auf *Habersack* und *Spindler* siehe zuvor] Eine solche Vorgehensweise wird guter Corporate Governance entsprechen. Das Interesse der Gesellschaft an einer freien Aussprache im Aufsichtsrat ist im Zweifel höher zu bewerten als das Interesse an einer detailgenauen Dokumentation der Aufsichtsratsitzung.“

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.

Protokollierung mithilfe eines mitlaufenden Tonbands⁽²⁾ durch die Mehrheit eines Gremiums beschlossen werden kann, sei es durch Aufstellung einer Geschäftsordnung, sei es durch Beschluss der Gremiumsmitglieder im konkreten Einzelfall. Aufgeschlüsselt geht es vor allem um die Fragen, ob

- das Gremium in einer auch den Vorsitzenden bindenden Form die Art der Protokollierung und dabei auch die Verwendung eines Tonbands durch Mehrheitsbeschluss vorschreiben darf und ob bejahendenfalls dies nur im Rahmen einer Geschäftsordnung geschehen kann oder auch durch Ad-hoc-Beschluss für eine einzelne Sitzung;
- ein einzelnes Gremiumsmitglied durch seinen Widerspruch das Mitlaufen eines Tonbands entweder generell in einer Sitzung oder zumindest betreffend eigene Wortmeldungen verhindern kann;
- die Verhinderung durch einen einzelnen Widerspruch auch möglich ist, wenn das Mitglied davor einer Geschäftsordnung zugestimmt hat, die die Protokollierung mithilfe eines Tonbands ausdrücklich vorsieht;
- wie im Gremium gegebenenfalls mit solchen Widersprüchen umzugehen ist.

In diesem Zusammenhang sind zunächst die gesetzlichen Erfordernisse auf etwaige Unvereinbarkeiten zu untersuchen und daran anschließend die Zulässigkeit der Regelung von Tonbandaufnahmen in einer Geschäftsordnung zu behandeln. Schließlich ist zu erwägen, wie mit späteren „Widersprüchen“ gegen eine Tonbandaufnahme von Gremiensitzungen zu verfahren wäre.

Zu unterscheiden ist bei alledem zwischen der Aufnahme für das Gremium mit der Zweckwidmung der Anfertigung eines Protokolls im Nachgang der Sitzung und der Aufnahme durch einzelne Mitglieder für eigene Zwecke.⁽³⁾ Zweites ist anderen Interessen verschrieben (jedenfalls nicht dem gesetzlichen Zweck der

Protokollierung iSd § 92 Abs 2 AktG et al) und ist schon aus Vertraulichkeitsgesichtspunkten als unzulässig einzuordnen.⁽⁴⁾ Nachfolgendes bezieht sich daher nur auf Tonbandaufnahmen, die für das Gremium mit dem spezifischen Zweck der späteren Transkription angefertigt werden bzw zur Überprüfung von schriftlichen Protokollen dienen.

1.1. Aktien- bzw GmbH-rechtliche Anforderungen

Der Gesetzestext gibt zur Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen keine klare Auskunft, sondern bestimmt dem Wortlaut nach nur, dass das Ergebnis eine schriftliche Fixierung aufweisen muss (arg „Niederschrift“). Der Prozess der Erstellung, also vor allem, ob diese Verschriftlichung im Zuge der Sitzung erfolgen muss oder wahlweise auch summarisch diktiert oder in voller Länge per Tonband aufgenommen werden darf, ist nicht vorgegeben. Die zur Protokollierung eingesetzten Hilfskräfte und Hilfsmittel bestimmt, insbesondere in Abwesenheit einer Geschäftsordnung, der Vorsitzende.⁽⁵⁾

Dass dieser (bzw seine Hilfskraft) bereits während der Sitzung schriftliche Aufzeichnungen anzufertigen hätte, ist dem Gesetz nicht explizit zu entnehmen.⁽⁶⁾ Die Verschriftlichung der besprochenen Inhalte kann in Abwesenheit besonderer Regelungen (in einer Geschäftsordnung) in der Regel auch bis nach der Sitzung warten.⁽⁷⁾ Dies geht konform mit der herrschenden Meinung, wonach die in einem Gremium getroffenen Beschlüsse unabhängig von deren Verschriftlichung wirksam, also nicht von der Einhaltung spezifischer Formvorschriften abhängig sind.⁽⁸⁾ Folglich lässt sich dem Umstand einer Beschlussfassung keine Begründung für eine sofortige Verschriftlichung der Sitzungsinhalte entnehmen. Zudem wird aus der Formulierung des § 92 Abs 2 AktG („ist [...] anzufertigen“) gefolgert, dass das Protokoll

(2) Die Unterstützung der Protokollierung (des Protokollführers) mithilfe eines Tonbands bedeutet nicht automatisch, dass wörtlich zu protokollieren ist. Es könnte auch vorgesehen werden, dass ein Resümeeprotokoll anzufertigen ist und das Tonband nur dazu dient, die Korrektheit der Protokollierung sicherzustellen, um im Fall von Widersprüchen die Möglichkeit zu haben, zu überprüfen, ob die Zusammenfassung im Protokoll den Sitzungsverlauf richtig und aussagekräftig wiedergibt.

(3) Vgl zur Unterscheidung *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 107 Rz 199.

(4) Vgl *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 107 Rz 199.

(5) *Schima/Knotzer*, Zur Protokollierung von Gremiensitzungen unter besonderer Berücksichtigung von Tonbandaufnahmen (Teil I), Aufsichtsrat aktuell 2022, 166 (169 Pkt 2.3.).

(6) Vgl *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30g Rz 133; *Habersack* in MünchKomm AktG⁵, § 107 Rz 78.

(7) Zu beachten ist selbstverständlich die Sorgfaltspflicht des Vorsitzenden (§ 99 iVm § 84 Abs 1 AktG). Diese wird in der Regel verbieten, dass während der Sitzung überhaupt keine Aufzeichnungen (nicht einmal grobe Notizen) gemacht werden, solcherart das Protokoll im Nachhinein als Gedächtnisprotokoll angefertigt wird; vgl dazu *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 30g Rz 133; *Rauter*, Informelle Aufsichtsratsitzungen, GRAU 2021, 53 (55).

(8) Vgl *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶, § 92 Rz 21; *Eiselsberg/Bräuer* in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) Rz 24/106; Selbiges ergibt sich im Übrigen auch aus der parallelen deutschen Bestimmung (§ 107 Abs 2 dAktG).

erst im Anschluss an die Sitzung verfasst werden muss.⁽⁹⁾ Mit diesem Auslegungsergebnis, wonach die Erstellung oder zumindest Finalisierung des Sitzungsprotokolls im Nachgang einer Sitzung den Regelfall bedeutet, kann es aus Sicht des AktG (bzw des GmbHG) keinen Unterschied machen, ob ein Protokollführer während der Sitzung einen Rohentwurf des Protokolls erstellt und diesen später (nach dessen Erinnerungen bzw auf Grundlage erfolgter schriftlicher Beigaben) finalisiert, oder die Sitzung stattdessen akustisch aufgenommen und deren Inhalt später transkribiert bzw zusammengefasst wird.⁽¹⁰⁾

Insofern ist festzuhalten, dass Tonbandaufnahmen in Gremiumssitzungen mit den Voraussetzungen des § 92 Abs 2 AktG (§ 30g Abs 2 GmbHG) im Einklang stehen und folglich aus dieser Perspektive grundsätzlich zulässig sind. Möchte der Vorsitzende eine Sitzung des Gremiums zur Protokollierung aufnehmen, ohne dass eine entsprechende rechtliche Grundlage geschaffen wurde (etwa in einer Geschäftsordnung), bedarf er nach herrschender Meinung der Zustimmung aller Mitglieder.⁽¹¹⁾ Ob das überzeugt, wird noch zu überprüfen sein.

Da die auffindbaren gesetzlichen Bestimmungen zur Protokollierung von Gremiensitzungen einer Tonbandaufnahme grundsätzlich offen gegenüberstehen, ist zu prüfen, ob Regelungen zu dieser Form der Protokollierung in eine Geschäftsordnung aufgenommen werden dürfen und in die Geschäftsordnung aufgenommene Regelungen für den Vorsitzenden insofern verbindlich sind, als sie seine Sitzungsführungskompetenz wirksam beschränken, zu der nach herrschender Meinung (siehe oben) auch die Bestimmung der Art der Protokollierung gehört.

1.2. Regelung der Tonbandaufnahme in der Geschäftsordnung

Es einem Gremium ohne Verankerung in einer Geschäftsordnung spontan und von Fall zu Fall zu überlassen, über eine tonbandunterstützte Protokollierung zu beschließen, ist eine zumindest riskante und auf der Grundlage der referierten herrschenden Ansicht zur Protokollierung im Aufsichtsrat nicht zielführende Vorgangsweise, weil es damit grundsätzlich dem Vorsitzenden obliegt, über die Art der Protokollierung zu entscheiden.⁽¹²⁾ Schon an dieser Stelle sei vermerkt, dass eine unterschiedliche Behandlung von *ad hoc* mittels Mehrheitsbe-

schlusses verfügbarer Tonbandprotokollierung und in einer (ebenfalls mehrheitlich beschlossenen) Geschäftsordnung statuerter Tonbandprotokollierung zumindest *prima vista* nicht einleuchtet (vgl dazu Pkt 1.3).

Der Umstand, dass dem Vorsitzenden bei der Protokollierung und dessen Bearbeitung im Nachgang der Sitzungen erhebliche Dispositionsbefugnisse zukommen, denen kaum Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten („*checks and balances*“) der übrigen Mitglieder gegenüberstehen,⁽¹³⁾ verlangt geradezu nach gemeinsam beschlossenen Grundregeln, um ein angemessenes Machtgefüge im Gremium sicherzustellen. Der Mangel an Kontroll- und Verifizierungsmechanismen bezüglich des Protokollinhalts ist angesichts des eigentlichen Zwecks der Protokollführung (Beweisfunktion) und des erwähnten Haftungsrisikos der einzelnen Mitglieder unbefriedigend und spricht für die Vereinbarung einer Geschäftsordnung mitsamt der dortigen Verankerung geeigneter Maßnahmen zur interessengerechten Protokollierung (zB durch Anfertigung von Tonbandaufnahmen) der Gremiensitzungen.

Die Regelung der Tonbandaufnahme als Modus zur Sicherstellung einer genauen Protokollierung kann auf unterschiedliche Weise in einer Geschäftsordnung abgebildet sein.

- Erstens wäre eine generelle und an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Statuierung der Protokollierung aller Gremiensitzungen via Tonbandaufnahme möglich und in bestimmten Konstellationen wohl ein akzeptables Ergebnis.
- Zweitens und alternativ könnte die Tonbandprotokollierung in der Geschäftsordnung auch als Normalfall verankert werden, von dem das Gremium aber durch Beschluss (mit einfacher, qualifizierter Mehrheit oder einstimmig) entweder voraussetzungslos oder nur unter bestimmten Bedingungen abgehen darf.
- Schließlich und drittens könnte geregelt werden, dass über die Art und Weise der Protokollierung (insbesondere, ob eine Tonbandaufnahme erfolgen soll) zu Beginn jeder Sitzung für die betreffende Sitzung abgestimmt und mit einer in der Geschäftsordnung definierten Mehrheit beschlossen werden soll. Diese Variante hat zwar den Vorteil der Erleichterung anlassbezogener Reaktionsmöglichkeiten für sich, der aber

(9) Vgl *Eiselsberg/Bräuer* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat², Rz 24/107; für Deutschland *Habersack* in *MünchKomm AktG*⁵, § 107 Rz 78.

(10) Vgl *Eiselsberg/Bräuer* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat², Rz 24/109.

(11) Siehe dazu bereits FN 1.

(12) Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³, § 92 Rz 56.

(13) Vgl *Brogányi/Rieder* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG (2019) § 92 Rz 34.

der Nachteil der fehlenden Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gegenübersteht.

Mit einer entsprechenden Regelung in der Geschäftsordnung ist das Fundament für eine Tonbandaufnahme zur Protokollierung von Gremiensitzungen gelegt.

1.3. Konträre Mehrheitsbeschlüsse

Wenn sich die erforderliche Mehrheit der Gremiumsmitglieder (auch nur für den Einzelfall) gegen eine Tonbandprotokollierung ausspricht, muss diese unterbleiben. Dies gilt selbst dann, wenn in der Geschäftsordnung des Gremiums ausnahmslos die Tonbandprotokollierung vorgesehen ist. Denn die Geschäftsordnung kann nach herrschender Ansicht grundsätzlich jederzeit ohne formalen Änderungsbeschluss durchbrochen werden.⁽¹⁴⁾ Ein solcher „*geschäftsdurchbrechender Beschluss*“ (als einmalige Abweichung von der Geschäftsordnung) bedarf freilich jener Stimmenmehrheit, die zur entsprechenden Änderung der Geschäftsordnung erforderlich gewesen wäre.⁽¹⁵⁾ Eine einfache Mehrheit ist dabei nicht in jedem Fall ausreichend, schließlich ist anerkannt, dass in der Geschäftsordnung das Erfordernis einer qualifizierten Stimmenmehrheit für einzelne Beschlussgegenstände vorgesehen werden darf, sofern dadurch eine sorgfaltsgemäße Aufgabenerfüllung durch das Gremium nicht gefährdet wird.⁽¹⁶⁾ Für ein Abgehen von einer geschäftsdurchbrechenden Tonbandaufnahme können nach dieser Ansicht erhöhte Mehrheitserfordernisse festgelegt werden.⁽¹⁷⁾

1.4. Umgang mit Widersprüchen einzelner Mitglieder

Für den Fall der Einigung auf eine Geschäftsordnung für das Gremium ist schließlich zu

prüfen, wie mit einem allfälligen „Widerspruch“ eines einzelnen Mitglieds oder mehrerer (nicht die Mehrheit ausmachender) Mitglieder gegen eine Tonbandaufnahme im Einzelfall umzugehen wäre.

1.4.1. Möglichkeit der Rechtfertigung eines Widerspruchs

Unter einem Widerspruch ist im gegenständlichen Zusammenhang eine solche ablehnende Willenserklärung eines einzelnen Gremiumsmitglieds zu verstehen, die für sich genommen – ohne dass eine Mehrheit im Gremium diese stützen müsste – darauf gerichtet ist, dass eine Tonbandaufnahme unterbleibt.

Mögliche Gründe, die einen solchen Widerspruch rechtfertigen können, wurzeln typischerweise in Persönlichkeitsrechten (allgemein § 16 ABGB, spezieller etwa der Schutz von Geheimhaltungsinteressen und Datenschutz) und damit zusammenhängenden Sicherheitsbedenken betreffend die Verwahrung von Datensätzen (Datensicherheit).⁽¹⁸⁾

Die Rechtsprechung beurteilt die Tonbandaufnahme einer Besprechung ohne Zustimmung des Gesprächspartners grundsätzlich als (zumindest zivilrechtlich) rechtswidrig.⁽¹⁹⁾ Sie hat dabei jedoch eindeutig den Fall der heimlichen Tonbandaufnahme vor Augen, der sich von dem hier zu prüfenden klar unterscheidet. Der von der Rechtsprechung hervorgehobene Zweck des Verbots der zustimmungslosen Aufnahme liegt offenkundig darin, den Aufgenommenen davor zu schützen, dass ohne sein Wissen und gegen seinen Willen in einer Besprechung getätigte „*flüchtige, keineswegs stets wohlüberlegte Worte festgehalten*“ werden.⁽²⁰⁾ Jedenfalls durch die Regelung der Anfertigung von Tonbandaufnahmen in der Geschäftsordnung, aber wohl auch aus den Umständen der

(14) Vgl. Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 92 Rz 7; Eckert/Schopper/Walch in AktG-ON^{1.00}, § 92 Rz 7; Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG I³, § 92 Rz 9; Habersack in MünchKomm AktG⁵, § 107 Rz 181; Koch in Koch, AktG¹⁶ (2022) § 107 Rz 66; Hoffmann-Becking in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV⁵, § 31 Rz 4; ebenso, wenngleich differenziert Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 30g Rz 266; anderer Ansicht Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2010) §§ 92–94, Rz 71.

(15) Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG I³, § 92 Rz 9; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 30g Rz 266. A. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 30g Rz 95; Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG⁵, § 107 Rz 292. Die Geschäftsordnung kann das Erfordernis einer qualifizierten Stimmenmehrheit für einzelne Beschlussgegenstände festlegen, sofern die Tätigkeit des Gremiums dadurch nicht zu sehr erschwert wird.

(16) Vgl. Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG I³, § 92 Rz 86.

(17) Denn die Festlegung der Tonbandaufnahme und deren Absicherung durch erhöhte Mehrheitserfordernisse behindert die Entscheidungsfindung des Gremiums und das Zustandekommen von Beschlüssen (vgl. zu diesen maßgeblichen Kriterien Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG I³, § 92 Rz 86) nicht.

(18) Aus § 16 ABGB lässt sich (analog zu § 78 UrhG, der sich auf Bildnisse bezieht) ein „*Recht am eigenen Wort*“ ableiten, vgl. RIS-Justiz RS0031784. Dessen Schutzbereich geht über jenen des § 120 StGB hinaus, vgl. OGH 21. 10. 1992, 9 ObA 215/92, SZ 65/134 = RdW 1993, 82.

(19) Vgl. RIS-Justiz RS0031784.

(20) OGH 21. 10. 1992, 9 ObA 215/92, SZ 65/134 = RdW 1993, 82; 24. 5. 2018, 6 Ob 82/18d, ecolex 2018, 724 = MR 2018, 160.

Sitzungsleitung, aus denen sich Beginn und Ende der Aufzeichnung typischerweise ergeben werden, sind die Gremiumsmitglieder als in Kenntnis der Tonbandaufnahme zu betrachten. Insofern sind sie in ihrem Interesse, bei Abgabe unüberlegter Äußerungen nicht aufgezeichnet zu werden, keineswegs vergleichbar schutzwürdig. Gleichzeitig sind Widersprüche deshalb nicht generell ausgeschlossen.

Die tatsächliche Berechtigung eines Widerspruchs ist im Zuge einer *Interessenabwägung im Einzelfall* zu klären.⁽²¹⁾ Im Zuge der solchen Interessenabwägung ist dem „Grad der Privatheit“ einer Information sowie dem „Kommunikationskontext“ (Erwartungshaltung der Teilnehmer hinsichtlich der Verbreitung der Information) Rechnung zu tragen.⁽²²⁾ Die Teilnahme an Gremiensitzungen betrifft offenkundig nicht den privaten Lebensbereich der Gremiumsmitglieder, die dort besprochenen Gegenstände sind auch nicht privat. Die Tonbandaufnahme einer Gremiumssitzung dient der Dokumentation von Informationen für einen beschränkten Personenkreis, sodass insbesondere eine Veröffentlichung von Aufnahmen nicht in Frage steht (nichtöffentlicher Kommunikationskontext).

Dem Interesse einer widersprechenden Person, im Zuge einer Gremiensitzung nicht akustisch aufgenommen zu werden, steht insbesondere das Interesse an der genauen Dokumentation der Sitzungsinhalte gegenüber. Dieses Dokumentationsinteresse hat vor allem eine nachvollziehbare haftungsrechtliche Relevanz. Das durch die Tonbandaufnahme verfolgte Dokumentationsinteresse wird dabei umso gewichtiger einzuschätzen sein, je konfliktbehafteter sich die Auseinandersetzungen im Gremium gestalten. In diesem Sinne wird in der Literatur vertreten, dass Aufzeichnungen im Sitzungsprotokoll umso genauer vorgenommen werden müssen, je umstrittener die vorgetragenen Meinungen in der Auseinandersetzung sind.⁽²³⁾

Bedenkt man, dass der Protokollführer und damit letztlich die Integrität der Dokumentation in derartigen Situationen geradezu regelmäßig davon bedroht sind, zwischen die Schusslinien der entgegengesetzten Meinungen zu geraten, etwa weil Aussagen nicht nach Wunsch der involvierten Personen protokolliert werden, ist die Lösung im Sinne einer Tonbandaufzeichnung sachgerecht und ein Widerspruch diesfalls einer besonderen Begründung bedürftig. Jedenfalls

anzuerkennen ist, dass der Tonbandaufnahme nicht willkürlich widersprochen werden darf.

Freilich werden Widersprüche im Rahmen der anzustellenden Interessenabwägung, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte der Gremiumsmitglieder, mitunter beachtlich sein und eine Tonbandaufnahme (zumindest teilweise, vgl sogleich unten) verhindern können. Dies muss insbesondere dann der Fall sein, wenn dem Interesse, nicht aufgenommen zu werden, keine plausiblen Interessen entgegenstehen, etwa weil es aufgrund der Umstände im Gremium kein gesteigertes Dokumentationsinteresse gibt. Auch ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu würdigen, dass die Tonbandaufnahme bei Sitzungsteilnehmern einen offenen Gedankenaustausch beeinträchtigen kann (wobei dies nicht nur negative Folgen haben muss, vgl Pkt 1.1.2.). Derartige Umstände können den Widerspruch eines Mitglieds rechtfertigen.

Widersprüche gegen eine Tonbandaufnahme sind nach dem Gesagten (insbesondere nach Schaffung einer entsprechenden Grundlage in der Geschäftsordnung, vgl dazu Pkt 1.1.3.) nicht unbeschränkt möglich. Selbst wenn man aber einem einzelnen Mitglied ein individuelles Recht zugestünde, einer Tonbandaufnahme zu widersprechen, könnte sich dieses Recht nicht auf die gesamte Aufnahme, sondern von vornherein *nur auf die Aufzeichnung der eigenen Redebeiträge* beziehen. Ein darüber hinausgehendes Recht verdient keinen Schutz. Der Vorsitzende hätte also gegebenenfalls eine Unterbrechung der Tonbandaufnahme während der Redezeit des betroffenen Mitglieds zu verfügen und für die angemessene Protokollierung der nicht mitgeschnittenen Passagen zu sorgen. Dies ist für den Schutz des einzelnen Mitglieds am gesprochenen Wort bereits ausreichend, weshalb weitergehende Restriktionen in der tonbandmäßigen Dokumentation der Sitzungen durch einen (einzelnen) Widerspruch nicht gerechtfertigt werden können.

1.4.2. Widerspruch und Treuepflicht der Gremiumsmitglieder

Die Zulässigkeit eines Widerspruchs ist unter Berücksichtigung der Treuepflicht der einzelnen Mitglieder zu beurteilen. Diese lässt sich grob als Pflicht der Gremiumsmitglieder verste-

(21) Vgl. Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (2014) § 16 Rz 117; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02}, § 16 Rz 18 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); Posch in Schwimann/Kodek, ABGB³ (2018) § 16 ABGB. Die Schutzwürdigkeit der mit der Aufnahme verfolgten Interessen ist im Zuge der Zulässigkeitsprüfung zu berücksichtigen, vgl. in Bezug auf Bildaufnahmen OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 256/12h, AnwBl 2013, 332 = MR 2013, 64 = JBl 2013, 309; vgl. auch RIS-Justiz RS0008990.

(22) Vgl. Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³, § 16 Rz 117.

(23) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³, § 92 Rz 60; N. Arnold, Die Protokollierung von Aufsichtsratssitzungen, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 8 (8 f.).

hen, das eigene Verhalten (auch) am Verbandsinteresse auszurichten. Die Treuepflicht kann in der Frage nach der Zulässigkeit einer Tonbandaufnahme grundsätzlich von Fürsprechern wie Gegnern herangezogen werden, und ihr konkretes Eingreifen ist im Wesentlichen davon abhängig, ob sich in einer spezifischen Handlung ein Verbandsinteresse argumentieren lässt. Einem solchen Verbandsinteresse kann unter Umständen gegenüber persönlichen Interessen des Mitglieds Vorrang einzuräumen sein.⁽²⁴⁾ Wenn es in einem Gremium mit verlässlicher Regelmäßigkeit zu konfliktbehafteten Situationen kommt, deren genaue Dokumentation für die Gesellschaft insgesamt von bedeutendem Interesse ist und zudem die Tonbandaufnahme zu einer gesitteteren Gesprächsatmosphäre im Gremium beitragen kann („chilling effect“), ließe sich mit guten Gründen behaupten, es liege im Interesse der Gesellschaft und damit in der Pflicht der Gremiumsmitglieder, eine Tonbandaufnahme mitzutragen, dh einer solchen insbesondere nicht ohne Grund zu widersprechen.

Bei jenen Mitgliedern, die den Beschluss der Geschäftsordnung mitgetragen haben, ließe sich im Fall eines späteren Widerspruchs zudem auf Basis des Rechtsgrundsatzes *venire contra factum proprium nulli conceditur* im Einzelfall eine unzulässige Rechtsausübung argumentieren, weil durch den Beschluss der Geschäftsordnung ein Vertrauen der übrigen Mitglieder entstanden ist, das durch den Widerspruch enttäuscht wird. Ohne Vorliegen einer entsprechenden Rechtfertigung für das entgegengesetzte Verhalten wäre dieses unter Umständen als rechtsmissbräuchlich einzuordnen.

1.4.3. Datenschutzrechtliche Erwägungen

Da mit einer (digitalen) Tonbandaufnahme die Verarbeitung personenbezogener Daten einhergeht, ist dieser Vorgang schließlich auch datenschutzrechtlich zu prüfen. Es bedarf sohin der Gestaltung von Verarbeitungsprozessen, die den Grundsätzen der DSGVO entsprechen. Dies beinhaltet insbesondere die Vorgabe, dass Verarbeitungen nur auf Basis einer passenden Rechtsgrundlage vorgenommen werden dürfen.

Die DSGVO enthält in Art 6 *prima facie* mehrere Möglichkeiten, um die mit einer Tonbandaufnahme verbundenen Datenverarbeitungen zu rechtfertigen. Absehung von der zwar

naheliegenden, aber recht fragilen Option einer Einwilligung aller durch die von der Tonbandaufnahme betroffenen Personen (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO), interessieren insbesondere jene Varianten, in denen eine Tonbandaufnahme auch ohne Einwilligung der einzelnen betroffenen Personen vorgenommen werden kann. Bei näherer Betrachtung ist jedoch selbst bei Vorliegen einer Regelung betreffend die Anfertigung und Aufbewahrung von Tonbandaufnahmen in der Geschäftsordnung nicht selbstverständlich, ob und welche der (sonstigen) in Art 6 Abs 1 DSGVO genannten Erlaubnistatbestände eine entsprechende Datenverarbeitung rechtfertigen können. Entsprechend der Reihung in Art 6 Abs 1 DSGVO ist zu erwägen, ob die Verarbeitung (i) auf Grundlage eines Vertrags (ii) zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder (iii) zur Wahrung berechtigter Interessen möglich ist. Eine Datenverarbeitung kann auf mehrere Verarbeitungstatbestände gleichzeitig gestützt werden. Verantwortliche sind nicht verpflichtet, sich für eine Option zu entscheiden.⁽²⁵⁾

1.4.3.1. Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags

Art 6 Abs 1 lit b DSGVO legitimiert Datenverarbeitungen, die „für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Partei ist“, erforderlich sind. Obwohl dem Begriff „Vertrag“ von der herrschenden Lehre grundsätzlich ein weites Verständnis zugeschrieben wird,⁽²⁶⁾ lässt sich eine Geschäftsordnung – auch wenn diese als Einigung der Mitglieder auf spezifische Verfahrensbestimmungen gedeutet werden könnte – nicht unter diesen Erlaubnistatbestand subsumieren. Dies liegt am Geltungsgrund der Geschäftsordnung. Sie wird durch Beschluss der Mitglieder des Gremiums in Geltung gesetzt. Bei einem Beschluss handelt es sich zweifelsohne um ein Rechtsgeschäft, nämlich um ein solches „eigener Art“, das in der Regel die Entscheidung eines Kollegialorgans über einen Antrag zum Gegenstand hat.⁽²⁷⁾ Beschlüsse binden aber auch im Rahmen der Beschlussfassung überstimmte Personen, weshalb eine Qualifikation als Vertrag auszuschließen ist.⁽²⁸⁾

Die Geschäftsordnung selbst kann daher nicht gemäß Art 6 Abs 1 lit b DSGVO herangezogen werden, um die mit einer Tonbandaufnahme verbundenen Datenverarbeitungen

(24) Vgl Schauer in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat², Rz 45/13.

(25) Vgl Jahnel, DSGVO (2021) Art 6 Rz 5 ff.

(26) Vgl Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm, Art 6 DSGVO Rz 34 (Stand 7. 5. 2020, rdb.at); Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK DSR, Art 6 DS-GVO Rz 41; Wolff in Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht (2017) Rz 562.

(27) Rauter, Beschluss (Gesellschaftsrecht), in RDB Keywords¹, Rz 1 (Stand 11. 10. 2021, rdb.at); U. Torggler, Gesellschaftsrecht I (2013) Rz 244; Wartyo in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, § 1192 Rz 2.

(28) Rauter, Beschluss (Gesellschaftsrecht), in RDB Keywords¹, Rz 9.

zu rechtfertigen. Mittelbar ist dieser Erlaubnistatbestand in Verbindung mit den Regelungen einer Geschäftsordnung aber dennoch interessant. Denn die Geschäftsordnung konkretisiert jene Pflichten, die das einzelne Gremiumsmitglied im Rahmen dessen Rechtsbeziehung zur Gesellschaft zu erfüllen hat.

An dieser Stelle ist hinsichtlich der Rechtsbeziehung(en) zwischen Gesellschaft und Gremiumsmitglied zu differenzieren. Aufsichtsratsmitglieder stehen zur Gesellschaft primär in einem Organverhältnis. Sie werden in der Regel durch Beschluss der Hauptversammlung in das Gremium bestellt. Durch die Annahme der Wahl wird neben dem verbandsrechtlichen Verhältnis auch eine schuldrechtliche, nämlich betreffend Aufsichtsratsmitglieder nach herrschender, aber nicht überzeugender Ansicht auftragsrechtliche Beziehung,⁽²⁹⁾ richtiger Ansicht zufolge hingegen ein mit Geschäftsbesorgung verbundener freier Dienstvertrag (vgl § 151 Abs 2 ABGB)⁽³⁰⁾ zwischen jedem einzelnen Gremienmitglied und der Gesellschaft begründet („Das Aufsichtsratsmandat“).

Unter Annahme einer derartigen vertraglichen Beziehung ist die Anwendung von Art 6 Abs 1 lit b DSGVO bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten der Aufsichtsratsmitglieder im Zuge einer Tonbandaufnahme von Gremiensitzungen gerechtfertigt, wenn und weil dies zur Erfüllung ihres – durch die Geschäftsordnung konkretisierten – Mandats erforderlich ist. Da das Mandat der Gremiumsmitglieder die Beachtung der Geschäftsordnung miteinschließt, ist die entsprechende Dokumentation von Gremiensitzungen durch Tonbandaufnahmen zur Erfüllung des (Auftrags-)Vertrags erforderlich und damit von Art 6 Abs 1 lit b DSGVO erfasst.

1.4.3.2. *Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung*

Wie bereits dargelegt,⁽³¹⁾ besteht eine Verpflichtung zur Dokumentation der Inhalte einer

Gremiensitzung (§ 92 Abs 2 AktG). Da sich der gesetzliche Dokumentationszweck, den die Anfertigung einer Niederschrift befriedigen soll – wie bereits erläutert⁽³²⁾ – grundsätzlich schon durch ein summarisches Protokoll erfüllen lässt, scheint für die Argumentation einer darüber hinausgehenden Befugnis zur Verarbeitung auf Grundlage von Art 6 Abs 1 lit c DSGVO grundsätzlich kein Raum zu bestehen.

Freilich könnte man den spezifisch haftungsrechtlichen Metazweck der Dokumentationspflicht heranziehen, wonach die Dokumentation von Sitzungsinhalten (insbesondere auch) dazu dient, schadensbegründende Entscheidungen später genau nachvollziehen und einer (forensischen bzw rechtlichen) Untersuchung unterziehen zu können. Ist im konkreten Fall eine in diesem Sinne angemessene Dokumentation der Gremiensitzung anders nicht möglich, ließe sich wohl die Erforderlichkeit einer Tonbandaufnahme zur Erfüllung des Gesetzeszwecks und damit einer rechtlichen Verpflichtung gemäß Art 6 Abs 1 lit c DSGVO argumentieren. Die Tonbandaufnahme kann somit nur in Ausnahmefällen durch diese Bestimmung gerechtfertigt werden.

1.4.3.3. *Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen*

Schließlich könnte eine Tonbandaufnahme in Art 6 Abs 1 lit f DSGVO einen tauglichen Erlaubnistatbestand finden. Demnach ist eine Verarbeitung gerechtfertigt, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“. Diese als „eine Art Auffangtatbestand“⁽³³⁾ konzipierte Regelung gibt die Möglichkeit, auf Grundlage einer Interessenabwägung eine Ver-

(29) In Österreich herrschende Meinung; vgl Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³, § 87 Rz 25; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 30b Rz 4: „Nach herrschender Auffassung erzeugt die Annahme der Wahl neben der organisationsrechtlichen Bindung des Gewählten auch noch eine schuldrechtliche Beziehung zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und Gesellschaft, die meistens als Auftrag qualifiziert wird.“; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 30b Rz 74 (Stand 20. 10. 2020, rdb.at); Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 249; teilweise werden neben dem Auftragsrecht auch Elemente eines freien Dienstvertrags angenommen, vgl Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, eolex 1991, 776 (777).

(30) Der Auftragsvertrag des ABGB ist als Zielschuldverhältnis konzipiert, das Rechtsverhältnis eines Aufsichtsratsmitglieds (oder sonstigen Gremiumsmitglieds) zur Gesellschaft dagegen notwendigerweise ein Dauerschuldverhältnis. Und dieses kann am besten als freies Dienstverhältnis gedeutet werden, nämlich als die Erbringung bloß gattungsmäßig umschriebener Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses ohne persönliche Abhängigkeit des Organmitglieds. Aufgrund des Umstands, dass die Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds mit Geschäftsbesorgung verbunden ist, müssen gemäß § 1151 Abs 2 ABGB auch die Bestimmungen der §§ 1002 ff ABGB über den Bevollmächtigungsvertrag „beobachtet“, dh sinntensprechend angewendet werden.

(31) Siehe Schmima/Knotzer, Aufsichtsrat aktuell 2022, 166 (167 Pkt 2.1.).

(32) Siehe Schmima/Knotzer, Aufsichtsrat aktuell 2022, 166 (168 Pkt 2.2.).

(33) Jahnel, DSGVO, Art 6 Rz 67.

arbeitung personenbezogener Daten zu legitimieren.⁽³⁴⁾

Die angesprochene Interessenabwägung folgt einem Schema, das der EuGH und diesem folgend DSB⁽³⁵⁾ und OGH⁽³⁶⁾ anwenden und drei kumulative Voraussetzungen beinhaltet:

1. Vorliegen eines berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten;
2. Erforderlichkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung dieses berechtigten Interesses; sowie
3. kein Überwiegen der Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person(en).⁽³⁷⁾

Die Dokumentation der Inhalte von Gremiensitzungen bedeutet insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Sicherung (und gegebenenfalls Durchsetzung bzw. Verteidigung) von Rechtsansprüchen⁽³⁸⁾ ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft (Verantwortliche) und der Gremiumsmitglieder (Dritte). Erforderlichkeit meint, dass die Datenverarbeitung für den Verwendungszweck objektiv angemessen, erheblich und auf das notwendige Maß beschränkt sein muss.⁽³⁹⁾ Dass die Umstände der Kommunikation in einem Gremium die wörtliche Dokumentation der Diskussionsbeiträge erfordern und dies wiederum den Einsatz einer Tonbandaufnahme rechtfertigen kann, wurde schon oben in Pkt 1.4.1. dargelegt und ist hier nicht zu vertiefen.

Bei der abschließend durchzuführenden Abwägung mit den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person sind gemäß ErwGr 47 DSGVO die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person zu berücksichtigen, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen.⁽⁴⁰⁾ Es kommt für die Berechtigung der Verarbeitung somit darauf an, ob die Person vernünftigerweise damit rechnen konnte, dass eine Datenverarbeitung für einen bestimmten Zweck erfolgen wird.⁽⁴¹⁾ Dass sich der Umstand der Tonbandaufnahme und deren Zweck regelmäßig aus den Umständen der Sitzung ergeben wird und zudem eine Regelung in der Geschäftsordnung einer berechtigten anders gerichteten Erwartungshaltung keinen Raum lässt, wurde oben in Pkt 1.4.1. bereits festgehalten. Vor diesem Hintergrund kann in der Regel auch eine Berufung auf berechnete Interessen eine Datenverarbeitung rechtfertigen.

Im Ergebnis können Datenverarbeitungen, abgesehen von der Einwilligung aller Gremiumsmitglieder (die gegenständlich nicht behandelt wurde, aber unter Einhaltung der strikten Vorgaben der DSGVO grundsätzlich alternativ oder auch ergänzend eingeholt werden kann), insbesondere durch Berufung auf Art 6 Abs 1 lit b und f DSGVO legitimiert werden. In jedem Fall ist den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen, wobei im Zuge der Prüfung der Erforderlichkeit zur Erreichung des Verarbeitungszwecks besondere Bedeutung zukommt.

Die darüber hinaus bestehenden Vorgaben einer DSGVO-Compliance sind gemäß den Umständen der tatsächlichen Regelung nachzuziehen. Diese betreffen unter anderem Fragen der Datenminimierung (Aufbewahrungsfristen), die Wahrung von Betroffenenrechten (Information, Auskunft), Aspekte der Datensicherheit sowie gegebenenfalls die Erstellung einer entsprechenden Dokumentation (Verarbeitungsverzeichnis, Datenschutzerklärung).

Das in Art 21 DSGVO geregelte Widerspruchsrecht spielt angesichts der vorstehenden Erwägungen, insbesondere unter der getroffenen Annahme, dass zur Protokollierung von Gremiumsitzungen auf Grundlage von Art 6 Abs 1 lit b oder f DSGVO verarbeitet werden darf, regelmäßig keine Rolle. Hinzuweisen ist auf die Informationspflichten nach Art 13 Abs 2 lit b bzw. Art 14 Abs 2 lit c sowie Art 21 Abs 4 DSGVO.

2. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE

a. Die in Sitzungen des Aufsichtsrats oder sonstiger Gremien besprochenen Inhalte sind in einem Sitzungsprotokoll zu dokumentieren. Dies ist angesichts der vielseitigen Haftungsgefahren einer Gremiumstätigkeit zweckmäßig, weil Protokolle in der forensischen Aufarbeitung von Entscheidungen als Beweisurkunde einen Beleg für die besprochenen Inhalte bieten können. Damit kommt Sitzungsprotokollen freilich im Kontext der Organhaftung große Bedeutung zu, die geradezu danach verlangt, sich näher mit gängigen und möglichen Protokollierungspraktiken zu beschäftigen.

⁽³⁴⁾ Vgl dazu *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses (WP 217) 70 ff (zur weitgehend übereinstimmenden Vorgängerbestimmung des Art 7 lit f DS-RL).

⁽³⁵⁾ Vgl etwa DSB 4. 7. 2019, DSB-D123.652/0001-DSB/2019; 15. 1. 2019, DSB-D123.527/0004-DSB/2018.

⁽³⁶⁾ Vgl zB OGH 27. 11. 2019, 6 Ob 150/19f, Dako 2021, 19 = MR 2020, 138 (*Wittmann*); 2. 2. 2022, 6 Ob 129/21w, MR 2022, 77 = ZIIR 2022, 154.

⁽³⁷⁾ Vgl *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm, Art 6 DSGVO Rz 51 mwN; *Jahnel*, DSGVO, Art 6 Rz 71.

⁽³⁸⁾ Für eine demonstrative Auflistung möglicher berechtigter Interessen vgl *Jahnel*, DSGVO, Art 6 Rz 75 mwN.

⁽³⁹⁾ *Jahnel*, DSGVO, Art 6 Rz 76.

⁽⁴⁰⁾ Vgl *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO (2018) Art 6 Rz 9 insbesondere auch zum Konzept der „reasonable expectation of privacy“ aus der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, das so in die DSGVO implementiert wurde; weiters *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm, Art 6 DSGVO Rz 49; *Jahnel*, DSGVO, Art 6 Rz 79.

⁽⁴¹⁾ *Jahnel*, DSGVO, Art 6 Rz 79.

b. Vor dem Hintergrund eines immer komplexeren Entscheidungsumfelds ist dabei auch umfassenden Protokollierungspraktiken, insbesondere Wortprotokollen, Aufmerksamkeit zu schenken. Aber auch die Zulässigkeit alternativer Methoden, wie die Anfertigung von Tonbandaufnahmen, die einer sachgerechten umfassenden Dokumentation dienlich sein können, sind von Interesse.

c. Die Anfertigung von Sitzungsprotokollen ist (wenngleich nur in Grundzügen) für Aufsichtsräte in Kapitalgesellschaften gesetzlich ausdrücklich regelt. § 92 Abs 2 AktG und § 30g Abs 2 GmbHG sehen wortwörtlich übereinstimmend die Anfertigung einer „Niederschrift“ und die Unterzeichnung derselben durch den Vorsitzenden oder (im Verhinderungsfall) dessen Stellvertreter vor.

d. Gewisse Mindestvoraussetzungen sind zwingend zu erfüllen. 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. Dies kann schon durch ein summarisches Protokoll erfüllt werden, ein schlichtes Beschluss- oder Ergebnisprotokoll genügt diesen Vorgaben hingegen nicht, denn das Protokoll muss auch Auskunft über die „Verhandlungen“ geben. Wie sich schon aus dem Begriff Niederschrift unzweideutig ergibt, bedarf es im Ergebnis einer schriftlichen Dokumentation der Sitzungsinhalte. Eine Tonbandaufnahme kann die Anfertigung eines schriftlichen Protokolls folglich nicht ersetzen, sondern nur unterstützen.

e. Wortprotokolle ermöglichen eine möglichst genaue Protokollierung und können aus Haftungsgründen im Zweifel zu empfehlen sein. Sie sind nach gängiger Rechtsansicht zu § 92 Abs 2 AktG bzw § 30g Abs 2 GmbHG zwar nicht erforderlich, aber zulässig. 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. Einzelne Gremienmitglieder können grundsätzlich bis zur „Grenze des Rechtsmissbrauchs“ verlangen, dass ihre Wortmeldung oder Begründung für eine Pro- oder Gegenstimme genau (sogar wortwörtlich) protokolliert wird.

f. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens bestimmt nach herrschender Ansicht grundsätzlich der Vorsitzende über Art und Inhalt der Protokollierung. Dies ist aus seiner Kompetenz zur Versammlungsleitung begründbar, wenngleich aus haftungsrechtlicher Perspektive nicht unproblematisch.

g. Die Zuziehung eines Protokollführers durch den Vorsitzenden ist zulässig, in der Pra-

xis häufig und bedarf keiner Ermächtigung in Satzung oder Geschäftsordnung. Wird eine Person, die selbst nicht Mitglied des Gremiums ist, als Protokollführer zugezogen, kann dem nach herrschender Ansicht jedes einzelne Mitglied, nach manchen die einfache Mehrheit der Mitglieder, widersprechen. Gute Gründe sprechen gegen ein individuelles Widerspruchsrecht. Wird ein Dritter als Protokollführer hinzugezogen, ist dieser zur Vertraulichkeit zu verpflichten. Den Vorsitzenden kann in diesem Zusammenhang ein Auswahlverschulden treffen, wenn er eine ungeeignete Person heranzieht.

h. Das Protokoll ist vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter (sofern dieser den verhinderten Vorsitzenden vertritt, nicht also alternativ oder komplementär zum anwesenden Vorsitzenden) zu unterzeichnen. Die betreffende Person verantwortet die Richtigkeit und Vollständigkeit des Protokolls. In der Praxis wird das Protokoll häufig auch vom Protokollführer unterschrieben. Dem Vorsitzenden obliegt auch die Verwahrung der Sitzungsprotokolle. Er hat dabei deren Vertraulichkeit zu wahren.

i. Eine Beschlussfassung über das Protokoll in der nächsten Sitzung ist in der Praxis üblich, jedoch gesetzlich nicht vorgeschrieben. Diese Praktik dient dem Zweck, eine einheitliche Unterlage für das Gremium zu schaffen und stärkt dessen Beweiskraft. Ein solcher Beschluss kann den Inhalt eines Protokolls nicht ändern. Über Berichtigungswünsche entscheidet nach herrschender Meinung der Vorsitzende als Protokollverantwortlicher. Dies kann in Einzelfällen zu (haftungsrechtlich relevanten) Problemen führen, insbesondere wenn Uneinigkeit hinsichtlich des protokollierten Inhalts einer Sitzung besteht. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied hat die Möglichkeit, einen Widerspruch oder eine Ergänzung zum Protokoll zu erklären und diese/n dem Protokoll anfügen zu lassen. Sowohl die fehlende Genehmigung als auch ein Widerspruch oder eine Ergänzung eines unterschriebenen/genehmigten Protokolls schwächen die materielle Beweiskraft des Dokuments.

j. Die Anforderungen an die Protokollierung von Sitzungen können in der Geschäftsordnung des Gremiums geregelt, zwar nicht herabgesetzt, wohl aber präzisiert oder erweitert werden. Der Beschluss einer Geschäftsordnung bedarf der einfachen Mehrheit und kann unter denselben Voraussetzungen abgeändert, ergänzt oder aufgehoben werden, soweit die Geschäftsordnung nicht selbst die Mehrheit dafür erhöht. Die Geschäftsordnung gibt unter anderem die Verfahrensabläufe in der Zusammenarbeit des Gremiums vor und beschränkt insofern den Vorsitzenden in seiner Sitzungsleitungskompetenz.

k. Die Anfertigung einer Tonbandaufnahme ist zur gesetzeskonformen Protokollierung von

Gremiensitzungen nicht erforderlich. Sie steht aber mit den Voraussetzungen des § 92 Abs 2 AktG (§ 30g Abs 2 GmbHG) im Einklang und ist aus dieser Perspektive folglich grundsätzlich zulässig.

l. Die herrschende Lehre, wonach die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen – zumindest in Abwesenheit einer Geschäftsordnung – von der Zustimmung aller Teilnehmer abhängt, überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht. Denn so könnte der kraft der ihm zukommenden Sitzungsleitung weitgehend autonom über Art, Form und Inhalt des Protokolls verfügende Vorsitzende eine Tonbandaufnahme jederzeit im Alleingang verhindern, selbst wenn dessen Verhalten maßgeblicher Grund des Wunsches nach einer Tonbandaufnahme ist und alle sonstigen Mitglieder für eine Aufnahme stimmen.

m. Durch eine Regelung in der Geschäftsordnung kann das Fundament für eine Tonbandaufnahme zur Protokollierung von Gremiensitzungen gelegt werden. Eine solche Regelung der Tonbandaufnahme als Modus zur Sicherstellung einer genauen Protokollierung kann auf unterschiedliche Weise in einer Geschäftsordnung abgebildet sein.

n. Selbst bei Anordnung von Tonbandaufnahmen in einer Geschäftsordnung muss eine Tonbandprotokollierung unterbleiben, wenn sich die erforderliche Mehrheit der Gremiumsmitglieder dagegen ausspricht. Denn die Geschäftsordnung kann nach herrschender Ansicht grundsätzlich jederzeit ohne formalen Änderungsbeschluss durchbrochen werden („*geschäftsordnungsdurchbrechender Beschluss*“). Für ein Abgehen von einer geschäftsordnungsmäßig vorgesehenen Tonbandaufnahme kann die Geschäftsordnung erhöhte Mehrheitsanforderungen festlegen.

o. Widersprüche einzelner Gremiumsmitglieder können eine Tonbandaufnahme unter Umständen verhindern. Mögliche Gründe, die einen solchen Widerspruch rechtfertigen können, wurzeln typischerweise in Persönlichkeitsrechten und damit zusammenhängenden Sicherheitsbedenken betreffend die Verwahrung von Datensätzen. Heimliche Tonbandaufnahmen ohne Zustimmung des Gesprächspartners sind grundsätzlich (zumindest zivilrechtlich) rechtswidrig.

p. Die tatsächliche Berechtigung eines Widerspruchs ist im Zuge einer Interessenabwägung im Einzelfall zu klären. Dem Interesse einer widersprechenden Person, im Zuge einer Gremiensitzung nicht akustisch aufgenommen zu werden, steht dabei insbesondere das Interesse an der genauen Dokumentation der Sitzungsinhalte gegenüber. Das durch die Tonbandaufnahme verfolgte Dokumentationsinteresse wird dabei umso gewichtiger einzuschätzen

sein, je konfliktbehafteter sich die Auseinandersetzungen im Gremium gestalten. Widersprüche gegen eine Tonbandaufnahme sind nicht unbeschränkt und jedenfalls nicht willkürlich möglich.

q. Bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte, denen keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen, ist eine Tonbandaufnahme nach Widerspruch eines Mitglieds zu unterlassen. Selbst wenn man einem einzelnen Mitglied ein individuelles Recht zubilligte, einer Tonbandaufnahme zu widersprechen, könnte sich dieses Recht nicht auf die gesamte Aufnahme, sondern nur auf die Aufzeichnung der eigenen Redebeiträge beziehen.

r. Die Zulässigkeit eines Widerspruchs ist unter Berücksichtigung der Treuepflicht der einzelnen Mitglieder zu beurteilen. Einem Verbandsinteresse (etwa an genauer Dokumentation der Sitzungsinhalte) kann unter Umständen gegenüber persönlichen Interessen des Mitglieds Vorrang einzuräumen sein. Bei jenen Mitgliedern, die den Beschluss der Geschäftsordnung mitgetragen haben, ließe sich im Fall eines späteren Widerspruchs zudem auf Basis des Rechtsgrundsatzes *venire contra factum proprium nulli conceditur* im Einzelfall eine unzulässige Rechtsausübung argumentieren.

s. Da mit einer (digitalen) Tonbandaufnahme die Verarbeitung personenbezogener Daten einhergeht, ist dieser Vorgang auch datenschutzrechtlich zu prüfen. Die DSGVO enthält in Art 6 *prima facie* mehrere Möglichkeiten, um die mit einer Tonbandaufnahme verbundenen Datenverarbeitungen zu rechtfertigen. Datenverarbeitungen können im Ergebnis, abgesehen von der Einwilligung aller Gremiumsmitglieder, insbesondere durch Berufung auf Art 6 Abs 1 lit b und f DSGVO legitimiert werden. Die Geschäftsordnung selbst kann dabei zwar nicht als „*Vertrag*“ iSd Art 6 Abs 1 lit b DSGVO qualifiziert werden, wohl aber haben die durch die Geschäftsordnung konkretisierten Pflichten des einzelnen Aufsichtsrats- bzw Gremiumsmitglieds gegenüber der Gesellschaft Vertragscharakter. Art 6 Abs 1 lit c DSGVO kann unter Umständen ebenfalls als Rechtfertigung in Betracht kommen, wenn eine besonders präzise Dokumentation erforderlich ist, um potenziell schadensbegründende Entscheidungen später exakt nachvollziehen und einer Überprüfung unterziehen zu können. In jedem Fall ist den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen, wobei im Zuge der Prüfung der Erforderlichkeit zur Erreichung des Verarbeitungszwecks besondere Bedeutung zukommt. Die darüber hinaus bestehenden Vorgaben einer DSGVO-Compliance sind gemäß den Umständen der tatsächlichen Regelung nachzuziehen.