

Konzernrecht

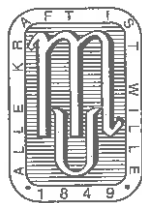
herausgegeben von

Priv.-Doz. MMag. Dr. Thomas Haberer

Rechtsanwalt in Wien

Dr. Heinz Krejci

em. o. Universitätsprofessor in Wien



Wien 2016

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag:

Autor in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz ...

Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 11.1

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-02091-0

© 2016 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Bildnachweis: @ privat

Druck: FINIDR, s.r.o., Český Těšín

4. Teil: Gesellschaftsrechtliche Schwerpunktfragen

9. Kapitel

Leitung und Überwachung – Corporate Governance im Konzern

Literatur: *Arlt*, Pflicht zur Anfechtung von Gewinnausschüttungsbeschlüssen? *GesRZ* 2014, 351; *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft (2004); *Auer*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Unternehmen (2011); *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft (2012); *Behringer*, Konzerncontrolling² (2014); *Bicker*, Compliance – organisatorische Umsetzung im Konzern, *AG* 2012, 542; *Briem*, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 351; *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 211; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll* (Hrsg.), Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht² (1977) 236; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012); *Dreher*, Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, in *FS Hüffer* (2010) 168; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Konzern, *GES* 2004, 416; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁷ (2013); *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht¹⁰ (2013); *Enzinger*, Der Aufsichtsrat im Konzern, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 1019; *Felzl*, Die Leitungsverantwortung des Vorstands im Konzern, *ecolex* 2010, 358; *Felzl*, Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG, *ecolex* 2011, 533; *Fleischer*, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, *DB* 2005, 759; *Francesconi*, Der Aufsichtsrat im Konzern (2013); *St. Frotz/Schörghofer*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 813; *St. Frotz/Spitznagel*, Zur konzernweiten Wirkung von Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates einer AG, *RWZ* 2011/46, 161; *H. Fuchs*, Spezielle Probleme von Untreue und Korruption, in *Lewis* (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2013 (2013) 35; *Gelter/Haberer*, Aufsichtsrat und Konzernabschluss, *GesRZ* 2001, 169; *Goette*, Organisationspflichten im Kapitalgesellschaftsrecht zwischen Rechtspflicht und Opportunität, *ZHR* 2011/175, 388; *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg.), MünchKomm AktG I³ (2008) und I⁴ (2016), II⁴ (2014), V³ (2010) und V⁴ (2015); *Götz*, Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, *ZGR* 1998, 524; *Götz*, Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, *AG* 1995, 337; *Griehser*, Die Holding in der österreichischen Rechtsordnung, *ecolex* 2007, 181; *Habersack*, Grund und Grenzen der Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats der AG, *AG* 2014, 1; *Haberer*, Corporate Governance (2003); *Hirte/Mülbart/Roth* (Hrsg.), AktG Großkommentar VI/1⁵ und VI/2⁵ (2015); *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV⁴ (2015); *Hoffmann-Becking*, Der Aufsichtsrat im Konzern, *ZHR* 1995/159, 325; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982); *Hüffer*, Compliance im Innen- und Außenrecht der Unternehmen, in *FS Roth* (2011) 299; *Hüffer*, AktG¹¹ (2014); *Jabornegg*, Entscheidungsbesprechung zu 9 ObA 28/07v, *DRdA* 2009, 497; *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG I⁵ (2011) und II⁵ (2010); *Jordis*, Zustimmungspflichtige Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG, in *Kalss/Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 241; *Kalss*, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, *GesRZ* 2010, 137; *Kalss*, Leitung und Überwachung im Konzern, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4; *Kalss*, Das Informationsregime des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 833; *Kalss*, Das entsendete und das nominierte Aufsichtsratsmitglied, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 279; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008);

Kalss/Rüffler, GmbH-Konzernrecht (2003); Kalss/Schimka, Qualifikationsanforderungen an die AR-Mitglieder, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 65; Karollus/Huemer, Offene Fragen zum Verbot der Organbestellung gegen das Organisationsgefälle, GES 2006, 153; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); Kindler, Pflichtverletzung und Schaden bei der Vorstandshaftung wegen unzureichender Compliance, in FS Roth (2011) 367; D. Kleindiek, Konzernstrukturen und Corporate Governance: Leitung und Überwachung im dezentral organisierten Unternehmensverbund, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance² (2009) 787; Knafl, Einführung von Compliance-Systemen (2014); Knyrim, Datenschutzrecht³ (2015); Koppensteiner, Faktischer Konzern und Konzentration, ZGR 1973, 1; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007); Kreil, Mitbestimmung im Konzern (1993); Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997); Krejci, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? Verein, Partnerschaft, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) 229; Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung² (2010); Kropff, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in FS Kastner II (1992) 279; Kropff, Zur Konzernleitungspflicht, ZGR 1984, 112; Lutter, Der Aufsichtsrat im Konzern, AG 2006, 517; Lutter/Bayer, Holding Handbuch⁵ (2015); Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁶ (2014); Martens, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 1995/159, 567; Napokoj (Hrsg), Risikominimierung durch Corporate Compliance (2010); Ch. Nowotny, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 286; Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Interpretation zum Österreichischen Corporate Governance Kodex (Fassung Jänner 2015), abrufbar unter www.wienerbourse.at/corporate/pdf/CG%20interpretationen%202015%201.pdf (Stand Jänner 2015); oV, Das interne Kontrollsystem (IKS), RWP 2012, 97; Priester, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie, in FS Hüffer (2010) 777; Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011); Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983); Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997); Retter/Marko, Nach der Aufhebung der Safe-Harbor-Entscheidung – was jetzt? RdW 2015, 691; Rüffler, Organhaftung und Konzern, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 13; Rüffler, Zwei Ungereimtheiten des GesRÄG 2005, wbl 2006, 14; Reinold/Stückler, Konzernrechnungslegungspflicht und RÄG 2014, RWZ 2015, 236; Runggaldier/G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991); G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer (2015); G. Schima, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrats in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35; G. Schima, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) 479; G. Schima, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des OGH, in FS P. Doralt (2004) 559; G. Schima, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199; G. Schima, Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG, in FS Krejci (2001) 840; G. Schima, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100 (Teil I) und 159 (Teil II); K. Schmidt/Lutter, AktG³ (2015); S. Schneider/U. Schneider, Vorstandshaftung im Konzern, AG 2005, 57; Schön, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: Gesellschaftsrechtliche Analyse, ZGR 1996, 450; Scholz (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz¹⁰ (2007); Schröckenfuß, Der Gleichheitsgrundsatz und die Information der Aktionäre durch die Gesellschaft, JBl 2003, 541; Semler, Die Rechte und Pflichten des Vorstands einer Holdinggesellschaft im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, ZGR 2004, 656; Spindler, Compliance in der multinationalen Bankengruppe, WM 2008, 905; Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), UGB II/RLG³; Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), GmbHG; U. Torggler (Hrsg), GmbHG (2014); Vanis, Beherrschung von Kapitalgesellschaften (1991); Verse, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401; I. Welser, Aufsichtsräte im Spannungsfeld von Verschwiegenheits- und Offenlegungspflichten, in FS Jud (2012) 745; I. Welser, Aufsichtsratsverschwiegenheit und Haftung, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012 (2012), 168; Vogt-Majarek/Spring, Das Ende von Safe-Harbor – Erst der Anfang. . ? ARD 2015, 3; Winner, Die Zielgesellschaft in der freundlichen Übernahme (2002); Winter, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für die „Corporate Compliance“, in FS Hüffer (2010) 1104; Zollner, Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 591.

Übersicht

	Rz
I. Vorbemerkung	9.1
II. Der Konzern im Österreichischen Gesellschaftsrecht	9.12
A. (K)eine besondere Konzern Corporate Governance	9.12
B. Einheitliche Leitung oder beherrschender Einfluss als wesentliches Konzernmerkmal	9.19
C. Konzerninteresse versus Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft	9.27
III. Konzernleitung und Konzernüberwachung durch die Konzernobergesellschaft	9.32
A. Konzernleitung als Pflicht des Vorstands?	9.37
B. Pflicht zur Konzernüberwachung im Allgemeinen	9.45
C. Stellung des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft bei Konzernüberwachung und -leitung im Allgemeinen	9.52
D. Die Steuerungsverantwortung	9.57
E. Mittel zur Konzernleitung und Konzernüberwachung im Einzelnen	9.66
1. Allgemeines	9.66
2. Besetzung von Organen	9.72
a) Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 88 AktG	9.74
b) Unvereinbarkeit bestimmter Organverflechtungen nach §§ 86 und 90 AktG	9.80
3. Zustimmungsrechte als Steuerungs- und Überwachungsmittel	9.86
4. Informationsrechte und -pflichten	9.102
a) Maßnahmen des Vorstands zur Informationsbeschaffung	9.111
b) Information des Aufsichtsrates	9.115
5. Festlegung Konzernführung – Konzernstrategie	9.117
6. Konzernrechnungslegung und Prüfung des Konzernabschlusses	9.120
IV. Leitung der einzelnen Konzernmitglieder	9.122
A. Eigenverantwortung der Konzerntöchter	9.122
B. Verbot der Nachteilszufügung	9.133
V. Vermeidung von Interessenkonflikten im Konzern	9.140
A. Allgemeines	9.140
B. Offenlegung von Interessenkonflikten	9.145
C. Stimmverbote	9.147
D. Wettbewerbsverbot	9.151
E. Verschwiegenheitspflichten	9.153

I. Vorbemerkung

Corporate Governance von Unternehmen wird idR mit Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle gleichgesetzt und zielt darauf ab, die Beziehung zwischen den Akteuren innerhalb eines Unternehmens zu regeln, um diese zu optimieren und das Principal-Agent Problem abzufedern.¹²³⁸ Der Begriff der „Konzern Corporate Governance“ – wie er diesem Beitrag zugrunde liegt – bezieht sich auf die Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle, die durch das geschäftsführende Organ bzw das Überwachungs-

1238 Vgl dazu etwa das Vorwort des Österreichischen Corporate Governance Kodex (Stand Jänner 2015), in dem von einem „Regelwerk für gute Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle“ gesprochen wird. Zu verschiedenen Definitionen für alle *Haberer*, Corporate Governance 1 ff.

organ der Konzernobergesellschaft¹²³⁹ innerhalb der Unternehmensgruppe ausgeübt wird. Konzern Corporate Governance beschäftigt sich somit mit der Steuerung und Überwachung von Unternehmensgruppen und der Regelung von Interessenkonflikten der einzelnen Akteure. Sie ist um die Dimension der Tochtergesellschaften und die Verflechtung der Rechte und Pflichten der geschäftsführenden und überwachenden Organe der Konzernobergesellschaft sowie der Konzernglieder erweitert.

- 9.2 Ein eigens kodifiziertes Konzernrecht zur Regelung der Konzernleitung und Konzernüberwachung oder einen besonderen Corporate Governance-Kodex für Konzerne kennt das österreichische Gesellschaftsrecht nicht. Die Nichtexistenz eines solchen „Sonderrechts“ darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Konzerne vom Gesetzgeber an verschiedener Stelle anerkannt sind und sich aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen und den Sonderregelungen des AktG bzw des GmbHG wesentliche Vorgaben für die Konzernleitung und Konzernüberwachung etabliert haben.
- 9.3 Abgesehen von der grundsätzlichen Akzeptanz von Konzernen,¹²⁴⁰ die sich bereits aus der gesetzlichen Begriffsdefinition und damit der Anerkennung des Konzerns als Rechtsbegriff zeigt, finden Konzernstrukturen etwa in Form von Informationsrechten, Entscheidungsrechten oder der Privilegierung bei bestimmten Organverschränkungen im Gesetz Berücksichtigung. Die vielfältige Verflechtung von unterschiedlichen Rechtsträgern, deren Organwaltern bzw Repräsentanten und die keineswegs immer gleichgelagerten Interessen innerhalb eines Konzerns erklären die spezifischen Besonderheiten der Corporate Governance eines Konzerns.
- 9.4 Das besonders interessante Spannungsfeld ergibt sich aus den Interessen der einzelnen Konzernglieder und der Konzernobergesellschaft. Mitunter prallen das Streben des (rechtlich zwar nicht existierenden, aber dennoch in der Praxis nicht selten so bezeichneten) Konzernvorstands nach einem möglichst weiten Durchgriff mit der Verpflichtung

1239 Dieser Beitrag geht grundsätzlich von den Regelungen der Aktiengesellschaft aus und verweist gegebenenfalls auf die Besonderheiten des Rechts der GmbH. Nicht selten ist in der Praxis nämlich die Konzernobergesellschaft eine Aktiengesellschaft und werden die einzelnen Konzernglieder – um eine direkte Einflussmöglichkeit auch aus rechtlicher Sicht zu wahren – als Gesellschaften mit beschränkter Haftung geführt. Ausgangslage dieses Beitrags ist daher, dass die Konzernobergesellschaft eine Aktiengesellschaft ist. Im Ergebnis ändert dies meist in der Beurteilung der hier diskutierten Fragen der Konzern Corporate Governance aus Sicht der Konzernobergesellschaft, wenn überhaupt, nur wenig. Wesen und Umfang der Konzernleitung(spflicht) hängen im Wesentlichen kaum von der Rechtsform der Konzernobergesellschaft ab. Wesentliche Unterschiede ergeben sich aber vor allem in Hinblick auf die Möglichkeit der Einflussnahme der Aktionäre bzw Gesellschafter der Konzernobergesellschaft (zB durch ein Weisungsrecht) auf die beherrschte Gesellschaft. Dies gilt gleichermaßen auf Ebene der beherrschten Gesellschaften; je nach Rechtsform bietet diese nämlich eine weitere oder engere Eingriffs- und Durchgriffsmöglichkeit.

1240 Auch der OGH spricht von dem „beträchtlichen Interesse der Wirtschaft an funktionierenden Konzernen“ (OGH 9 ObA 28/07 v DRdA 2009, 497 ff [Jabornegg]) und begründete damit die von der hL schon davor vertretene (vgl zB Krejci, GA 10. ÖJT 229) Zulässigkeit von in Beherrschungsverträgen oder Vorstands-Anstellungsverträgen enthaltenen Weisungsklauseln in Bezug auf das Verhalten des Vorstands, soweit dadurch nicht das dem Vorstand anvertraute Unternehmensinteresse beeinträchtigt werde.

der Geschäftsleitungen der untergeordneten Konzernglieder zusammen, die (vorrangig) im Interesse der von ihnen geleiteten Konzerngesellschaft zu agieren haben. Es gilt daher innerhalb eines Konzerns immer, einen Ausgleich zwischen der leitenden Gesellschaft und den einzelnen, rechtlich selbständigen Konzerngliedern zu finden.

Wie weit Konzernleitung und -überwachung gehen dürfen und wie diese ausgestaltet sind bzw sein können, hängt stark von der Strukturierung des Konzerns ab, so insb von der Rechtsform der nachgeordneten Konzernunternehmen¹²⁴¹ und der konkreten Verankerung der Existenz des Konzernverbundes in den betroffenen Satzungen, Geschäftsordnungen etc. So können bspw die Konzernierung bei der Umschreibung des Unternehmensgegenstandes, die Einräumung von Entsendungsrechten, die konzerngerechte Ausgestaltung von Katalogen zustimmungspflichtiger Geschäfte und die Verankerung konzernrelevanter Berichtspflichten in den diversen Satzungen und Geschäftsordnungen Berücksichtigung finden.¹²⁴² Je nach Ausgestaltung der Integration der Konzernglieder sind diese damit enger oder loser miteinander verbunden, sodass auch die wirtschaftliche Organisation des Konzerns unterschiedlich intensiv ist und sich die Fragen von Eingriffsrechten bzw der Berücksichtigung des Konzerninteresses in unterschiedlicher Intensität stellen.

Abhängig ist die Prägung des Konzerns und damit gezwungenermaßen der Konzernleitung und der Konzernüberwachung naturgemäß auch davon, ob alle nachgeordneten Gesellschaften zu 100% im Eigentum von Konzerngesellschaften stehen oder außenstehende Minderheitsgesellschafter vorhanden sind. Zumindest rechtlich macht es, wie oben erwähnt, einen beträchtlichen Unterschied, ob man es bei den nachgeordneten Konzerngesellschaften mit Aktiengesellschaften und/oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu tun hat.

Die essentiellen Fragen für Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft liegen damit oftmals – wie *Doralt/Diregger* dies treffend umschreiben¹²⁴³ – in einem Ausgleich zwischen dem Interesse der Konzernmutter an möglichst umfassender Einflussnahme und der organisatorischen Selbstverantwortung der einzelnen – rechtlich selbständigen – Konzernglieder, in die die Mutter je nach Gesellschaftsform unterschiedlich weit einzugreifen vermag.

Konzernleitung und -überwachung dürfen dementsprechend nicht ausschließlich aus dem Blickwinkel der leitenden Gesellschaft beurteilt werden; dies wäre auch zu kurz gedacht. Denn ohne Kenntnis und Berücksichtigung der Interessen der beherrschten Unternehmen kann eine funktionierende Konzernleitung und Konzernüberwachung in der Realität nicht effizient etabliert werden. Im Auge zu behalten ist dabei immer auch die faktische Einflussnahme(möglichkeit), die selbst ohne rechtliche Weisungsbefugnis einen tatsächlich ausgeübten Einfluss zulässt.

1241 Dass eine GmbH wegen der gesetzlichen Weisungsunterworfenheit der Geschäftsführer (§ 20 Abs 1 GmbHG) hier ganz andere rechtliche Möglichkeiten bietet als eine Aktiengesellschaft, versteht sich von selbst.

1242 Vgl dazu G. Schima, GesRZ 2012, 35 (41).

1243 P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 1 Rz 1 ff.

- 9.9** Aus Sicht der Konzern Corporate Governance ist etwa zu klären, inwieweit eine Konzernstrategie entwickelt werden kann und welche Mechanismen die Durchsetzung derselben – jedenfalls in einem bestimmten Rahmen – gewährleisten. Die hier zu stellenden Fragen umfassen in erster Linie organisationsrechtliche Themen, aber auch Fragen der Interessenwahrung etwaiger anderer (Minderheits-)Gesellschafter¹²⁴⁴ und damit des Minderheitenschutzes.
- 9.10** In weiterer Folge sollen die für die Konzernleitung und Konzernüberwachung relevanten gesetzlichen Grundlagen nur umrissen werden. Sie sind Thema eines anderen hier veröffentlichten Beitrags,¹²⁴⁵ aber auch für die Ausgestaltung der Konzern Corporate Governance von Relevanz. Die mit der Konzernleitung und Konzernüberwachung verbundenen Fragen werden dann aus Sicht der Konzernobergesellschaft und der beherrschten Unternehmen beleuchtet.
- 9.11** Im letzten Abschnitt werden relevante Einzelthemen – wie zB die Wahrung der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern – behandelt, die für die Corporate Governance eines Konzerns von Bedeutung sind.

II. Der Konzern im Österreichischen Gesellschaftsrecht

A. (K)eine besondere Konzern Corporate Governance

- 9.12** Das österreichische Gesellschaftsrecht kennt – wie eingangs erwähnt – kein gesondert kodifiziertes Konzernrecht, das die Rechte und Pflichten der Organe der einzelnen Konzernmitglieder im Besonderen determiniert. Vielmehr finden sich für Konzerne an verschiedenen Stellen, aber eher vereinzelt, gesetzliche Regelungen betreffend die Steuerung und Überwachung von Gesellschaften mit Konzernbezug. Aus den allgemeinen Prinzipien und den Sonderregelungen hat sich aber, wie Kalss es zutreffend nennt, ein „**Regelungscorpus**“ herauskristallisiert, der letztlich als „Konzernrecht“ verstanden werden kann.¹²⁴⁶
- 9.13** Ein Beispiel einer solchen Sonderregelung ist die Erstreckung des Auskunftsrechts des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft nach § 95 Abs 2 AktG auf die Beziehungen der Gesellschaft zu Konzernunternehmen. Die Rechte und Pflichten der Organe der beteiligten Konzernglieder sind daher in erster Linie aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien und gesetzlichen Regelungen abzuleiten. Dies gilt auf Ebene der Konzernobergesellschaft wie auch auf Ebene der beherrschten Gesellschaft(en). Auch der Österreichische Corporate Governance Kodex bezieht sich – etwa iZm Zustimmungspflichten des Aufsichtsrates als L-Regel – auf wesentliche konzernrelevante Geschäfte von Tochtergesellschaften¹²⁴⁷ und unterstellt damit zu Recht¹²⁴⁸, dass es zu den (wenn auch nicht explizit dem AktG entnehmbaren) gesetzlichen Pflichten des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft gehört, auch für wesentliche konzernrelevante Geschäfte von

1244 Siehe hiezu den Beitrag von Wenger in diesem Band.

1245 Haberer/Krejci in diesem Band.

1246 So Kalss, GesRZ 2010, 137 (138).

1247 Siehe Regel 35 CGK.

1248 Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/525; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 132 ff.

Tochtergesellschaften – freilich nur auf eigener Ebene – seine Zustimmungspflicht und entsprechende ziffernmäßige Genehmigungsgrenzen vorzusehen.¹²⁴⁹

Aus der fehlenden Rechtspersönlichkeit eines Konzerns und auch mangels gesetzlicher Grundlage ergibt sich zudem – und das ist unter Corporate Governance Gesichtspunkten relevant –, dass es keine besonderen Konzernorgane gibt; dh die in der Praxis nicht selten verwendeten Bezeichnungen wie „Konzernvorstand“ oder „Konzernaufsichtsrat“ sind irreführend, und es gibt sie – rechtlich gesehen – schlicht nicht.¹²⁵⁰ Vorstand und Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft sind – aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Position – gerade nicht befugt, in die Leitung der „untergeordneten“ Konzernglieder direkt – wie in der eigenen Gesellschaft – einzugreifen bzw rechtlich verbindliche Weisungen zu erteilen. Auch der OGH hat zumindest gegen die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Vorstand der Aktiengesellschaft auf (beherrschungs- oder anstellungs-) **vertraglicher** Basis nur dann und insoweit keine entscheidenden Bedenken, wenn damit das vom Vorstand zu verantwortende Unternehmensinteresse nicht beeinträchtigt wird.¹²⁵¹ Aber auch ihre eigene Verantwortung ist nicht auf die einzelnen Konzernunternehmen erweitert; vielmehr sind auch die Organe der Konzernobergesellschaft nur ihrer eigenen Gesellschaft gegenüber verpflichtet.¹²⁵²

Dies ist insoweit konsequent, als das Vorliegen einer einheitlichen Leitung nichts an der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Konzernglieder ändert. Die Rechtspersönlichkeit der Konzernglieder geht nicht in der des herrschenden Unternehmens bzw des – über eine solche gar nicht verfügenden – Konzerns auf.¹²⁵³

Dieser Umstand darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch bei fehlender Weisungsbefugnis (also zB gegenüber Vorstandsmitgliedern einer beherrschten Aktiengesellschaft) in der Praxis sehr wohl Weisungen erteilt werden und durch verschiedene Mechanismen (wie das bereits erwähnte Auskunftsrecht oder auch die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten in der Hauptversammlung) umfassend Einfluss auf die beherrschte Gesellschaft genommen werden kann.

Dass der österreichische Gesetzgeber die zentral gesteuerte Führung von Unternehmensgruppen dem Grunde nach anerkennt (ohne damit konkrete Aussagen über die Zulässigkeitsgrenzen oder eine „obere Intensitätsschwelle“ zu treffen), ergibt sich aus dem im AktG und GmbHG geregelten Konzernbegriff, der auf die einheitliche Leitung bzw den beherrschenden Einfluss abstellt.¹²⁵⁴ Auch wenn es daher kein kodifiziertes Konzernrecht gibt, so gibt es doch relevante gesetzliche Regelungen und allgemein gültige Ver-

1249 Siehe dazu unten Rz 9.50 ff; aus diesem Grund kann es innerhalb eines Konzerns zu einer mehrstufigen Genehmigungspflicht für bestimmte konzernrelevante Geschäfte auf Ebene mehrerer Konzernglieder kommen.

1250 So auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/933 mwN; Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 419; D. Kleindiek in Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance² 787; Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 329; Lutter, AG 2006, 517.

1251 Vgl dazu OGH 9 ObA 28/07 v DRdA 2009, 497 ff (Jabornegg).

1252 Vgl dazu etwa S. Schneider/U. Schneider, AG 2005, 57 ff.

1253 Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/933 mwN.

1254 Siehe dazu unten Rz 9.19 ff.

haltensgebote und -verbote, die den Rahmen für die Konzernleitung und -überwachung stecken. Zu nennen sind hier nur beispielhaft:

- Auskunftsrechte der Aktionäre nach § 118 AktG bzw § 22 GmbHG
- Auskunftsrechte des Aufsichtsrates nach § 95 AktG bzw § 30j GmbHG
- Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG bzw § 82 GmbHG
- Gleichbehandlungsgebot nach § 47a AktG bzw als allgemein anerkanntes Grundprinzip¹²⁵⁵
- Treuepflichten
- Gebot zur Etablierung eines konzernweiten Informations- und Kontrollsystems
- Rechnungslegungsrecht – Einbeziehung von Konzerngesellschaften
- Eigenkapitalersatzrecht

- 9.18 Aus den gesellschaftsrechtlichen Grundprinzipien lässt sich damit schon ein „Konzernrecht“ herausarbeiten.¹²⁵⁶

B. Einheitliche Leitung oder beherrschender Einfluss als wesentliches Konzernmerkmal

- 9.19 Der Konzernbegriff ist in § 15 AktG bzw § 115 GmbHG geregelt und geht von einem Gleich- oder Unterordnungskonzern aus, der – in beiden Erscheinungsformen – faktisch entstehen oder vertraglich verankert sein kann.¹²⁵⁷
- 9.20 § 15 AktG regelt gleichlautend mit § 115 GmbHG, dass ein Konzern als Unternehmensverbund unter einheitlicher Leitung oder unter beherrschendem Einfluss vorliegt:¹²⁵⁸ (i) rechtlich selbständige Unternehmen sind zu wirtschaftlichen Zwecken unter **einheitlicher Leitung** zusammengefasst, wobei § 15 Abs 1 AktG bzw § 115 GmbHG die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung verlangt,¹²⁵⁹ oder (ii) ein rechtlich selbständiges Unternehmen steht auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem **beherrschenden Einfluss** eines anderen Unternehmens (§ 15 Abs 1 AktG bzw § 115 Abs 2 GmbHG; Beherrschungs- bzw Abhängigkeitsverhältnis).¹²⁶⁰ Der erste Fall beschreibt den sog Gleichordnungskonzern, der zweite Fall den Unterordnungskonzern.¹²⁶¹ Beim Gleichordnungskonzern wird die Leitung nicht von einem Konzernunternehmen ausgeübt, sondern von einer „sonstigen Stelle“, dh zB durch Personalunion der

1255 Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 17f; *P. Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 41; *U. Torggler* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 51.

1256 Siehe hierzu *Haberer/Krejci*, Rz 1.46 ff.

1257 Da es kein allgemein kodifiziertes Konzernrecht gibt, enthalten auch andere Gesetze „Konzernbegriffe“ bzw Verweise auf oder Anknüpfungen an Konzerntatbestände, die aber nicht von der Regelung in § 15 AktG bzw § 115 GmbHG abweichen; siehe *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 15 Rz 3f.

1258 Vgl *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 41 ff.

1259 Vgl OGH 6 Ob 217/05 p GesRZ 2006, 82 (85f).

1260 *U. Torggler* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 52; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/927.

1261 Vgl *Krejci*, GA 10. ÖJT 263 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rz 5; *P. Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 12f; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 15 AktG Rz 8; *G. Schima* in FS *P. Doralt* 559 ff (575); *P. Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG* I³ § 15 Rz 66; *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft 33.

Leitungsorgane der einzelnen Konzernunternehmen;¹²⁶² die einzelnen Unternehmen sind aber nicht voneinander abhängig.¹²⁶³ Im zweiten Fall, dh beim Unterordnungskonzern, genügt hingegen die Möglichkeit zur einheitlichen Leitung; Einfluss muss nicht tatsächlich ausgeübt werden. In diesem Fall wird das Vorliegen eines Konzerns – widerleglich – vermutet.¹²⁶⁴

Das **deutsche Aktiengesetz** enthält in § 18 Abs 1 dAktG zwei unterschiedliche Vermutungen, wann ein Konzern vorliegt. So regelt § 18 Abs 1 Satz 2 dAktG, dass ein Unterordnungskonzern unwiderleglich bei Zusammenfassung von abhängigen Unternehmen unter eine einheitliche Leitung, durch einen Beherrschungsvertrag und bei einer Eingliederung vermutet wird. Nach § 18 Abs 1 Satz 3 dAktG wird für ein abhängiges Unternehmen (nur) widerleglich vermutet, dass es mit seinem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.¹²⁶⁵

9.21

Ausschlaggebendes Kriterium für das Vorliegen eines Konzerns ist somit die „einheitliche Leitung“ voneinander „gleichrangig“ gegenüber stehenden Unternehmen oder zumindest die Möglichkeit einer solchen Leitung durch die Konzernobergesellschaft. Klarheit besteht dahingehend, dass eine einheitliche Leitung vorliegen, dh die Leitungsfunktion wahrgenommen wird, nicht aber in welchem Umfang diese wahrgenommen werden muss.¹²⁶⁶ Eine einheitliche Leitung liegt wohl meist schon dann vor, wenn die grundsätzliche Geschäftspolitik und -führung zwischen den Konzerngliedern abgestimmt wird.¹²⁶⁷ Damit werden Fragen zentraler Unternehmensfunktionen innerhalb des Unterordnungskonzerns nach den Vorgaben der Konzernobergesellschaft entschieden. Sie wird aber auch (wiederum widerleglich) angenommen, wenn zB aufgrund einer – auch nicht mehrheitlichen – Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, zu einem gewissen Grad Einfluss auf die Hauptversammlungsbeschlüsse genommen werden kann.¹²⁶⁸ Ein (vertraglich abgesichertes) Weisungsrecht ist hingegen nicht erforderlich.¹²⁶⁹

9.22

Der sog **faktische Konzern** ist wie der Vertragskonzern grundsätzlich anerkannt, auch wenn er ebensowenig gesetzlich näher geregelt ist. ISd oben dargelegten Kriterien des

9.23

1262 Die Übergänge können freilich fließend sein: Vgl *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht¹⁰ § 4 Rz 38.

1263 Vgl zB *Behringer*, Konzerncontrolling² 6f; *Krieger* in *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV⁴ § 69 Rz 80.

1264 G. Schima in FS P. Doralt 559 (576, 578); *Krejci*, GA 10. ÖJT 250 (265 f); *Kreil*, Mitbestimmung im Konzern 24; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 15 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rz 17; P. Doralt/Diregger in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 41.

1265 Vgl etwa J. Vetter in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 18 Rz 16.

1266 Vgl etwa *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 15 Rz 13 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rz 6, 15; P. Doralt/Diregger in MünchKomm AktG I³ § 15 Rz 64, 68; vgl auch J. Vetter in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 18 Rz 6ff.

1267 P. Doralt/Diregger in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 43 mwN; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 15 Rz 14.

1268 Vgl P. Doralt/Diregger in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 47.

1269 So auch *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 15 Rz 16; P. Doralt/Diregger in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 44; U. Torggler in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 115 Rz 14; *Nowotny* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 244 Rz 17.

§ 15 AktG bzw § 115 GmbHG bildet er eine wirtschaftliche (aber eben nicht rechtliche) Einheit und ist durch die faktische Leitung definiert.¹²⁷⁰

- 9.24** Aus den „Konzernstatbeständen“ lässt sich damit eine gewisse Wechselwirkung zwischen dem Bestehen eines Konzerns und der Konzernleitung und -überwachung ableiten. Sobald ein Konzern besteht, kann daraus ein bestimmtes Mindestmaß an Konzernleitungs- und jedenfalls Konzernüberwachungspflicht abgeleitet werden. Wie diese konkret ausgestaltet ist, lässt sich aber aus dem Bestehen des Konzerns allein nicht determinieren.
- 9.25** Inhalt und Umfang der die Organe der Konzernobergesellschaft treffenden Pflichten in Bezug auf die Steuerung und Überwachung des Konzerns hängen wesentlich von den rechtlichen Möglichkeiten ab, die maßgeblich von der organisatorischen Struktur des Konzerns bestimmt sind. Dabei spielt natürlich eine entscheidende Rolle, ob die nachgeordneten Konzerngesellschaften Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind. Wesentlich ist auch, ob es außenstehende Minderheitsgesellschafter gibt. Ob Interessen konzernfremder Minderheitsgesellschafter in den Konzerngliedern zu beachten sind, wirkt sich naturgemäß auf die Befugnisse der Organe und ihren Handlungsspielraum aus, die dann insb das Gleichbehandlungsgebot gegenüber allen Aktionären bzw Gesellschaftern zu wahren haben.
- 9.26** Freilich gibt es sehr wohl eine Wechselwirkung zwischen Konzernrealität und Pflichtenbindung der Organe der Konzernobergesellschaft. Denn die Frage, welche Verantwortung ein Vorstand bzw ein Aufsichtsrat einer Gesellschaft, in deren unmittelbarem oder mittelbarem Eigentum weitere Gesellschaften stehen, für die Steuerung und Kontrolle dieser Unternehmensgruppe hat, kann nicht getrennt werden von der Frage nach dem Bestehen einer Konzernorganisations- und Konzernleitungspflicht. Es geht ja letztlich (auch) um die Frage, ob das Leitungsorgan einer obersten Gesellschaft nicht sogar die **Verpflichtung** trifft, die Unternehmensgruppe mehr oder weniger straff als Konzern zu organisieren, um das in den nachgeordneten Gesellschaften verkörperte Vermögen der Obergesellschaft bestmöglich verwalten zu können. Es geht also letztlich um das Bestehen einer Konzernleitungspflicht des Vorstands und gegebenenfalls deren Reichweite (dazu sogleich).

C. Konzerninteresse versus Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft

- 9.27** Nach der hM gibt es kein eigenes, rechtlich anerkanntes Konzerninteresse, das losgelöst von den einzelnen Konzerngliedern vorrangig besteht. Ein solches wäre auch rechtlich nicht haltbar.¹²⁷¹ Dies ergibt sich aus der fehlenden Rechtspersönlichkeit des Konzerns und der damit einhergehenden rechtlichen Selbständigkeit aller Konzernglieder. Dennoch sind die einzelnen Konzernglieder durch gesetzliche und vertragliche Regelungen miteinander verbunden und bilden eine wirtschaftliche Einheit, was sich ua – wie unten ausgeführt – auf die Pflichten der Organe der einzelnen Konzernglieder auswirkt.

1270 P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 15 Rz 48 ff; Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 15 Rz 43 f.

1271 So ausdrücklich Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 33 mwN; siehe auch Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 330.

Mangels eigener Rechtspersönlichkeit verschiebt sich die Verantwortung der Organe der einzelnen Konzernglieder nicht.¹²⁷² So ändern sich etwa die Personalkompetenzen weder bei der Konzernobergesellschaft noch bei den einzelnen Konzerngliedern. Der Vorstand wird weiterhin durch den durch die Anteilseigner (und gegebenenfalls Arbeitnehmer) beschickten Aufsichtsrat bestellt. Eine Berücksichtigung der Konzerntöchter bei Besetzung der Kapitalvertreter im Aufsichtsrat ist gerade nicht vorgesehen.¹²⁷³

Nichtsdestoweniger ist der Terminus „Konzerninteresse“ – trotz seiner fehlenden gesetzlichen Grundlage – in der juristischen wie auch in der betriebswirtschaftlichen Diskussion sehr wohl gebräuchlich. Spricht man von Konzerninteresse, ist idR das Interesse der Konzernobergesellschaft und damit einhergehend indirekt das Interesse ihrer Anteilseigner gemeint.¹²⁷⁴ So sprechen *Lutter/Krieger/Verse* davon, dass das Konzerninteresse die **Förderung des Unternehmensverbundes als Ganzes** ist.¹²⁷⁵ Aus Sicht der Konzernobergesellschaft ist damit wohl zwangsläufig die Förderung der Gesamtrentabilität des Konzerns zur Förderung der eigenen Rentabilität zu verstehen. Für die einzelnen Konzernglieder lässt sich daraus indes nicht ableiten, dass sie unter dem „Deckmantel“ des Konzerninteresses zu ihrem Schaden Maßnahmen zu akzeptieren oder umzusetzen haben. Denn selbst wenn der Konzern keine eigene rechtliche Einheit ist, verfolgt die Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften in einem Konzern – der von den einzelnen Konzerngliedern getragen wird¹²⁷⁶ – ja nicht einen bloßen Selbstzweck, sondern führt (idealerweise) zur Verfolgung eines gemeinsamen Zieles.

9.28

Mangels eines übergeordneten Konzerninteresses haben die geschäftsleitenden und überwachenden Organe daher immer in erster Linie die Interessen ihrer eigenen Gesellschaft zu wahren; sie sind nicht zur Beachtung eines übergeordneten Konzerninteresses verpflichtet.¹²⁷⁷ Das schließt jedoch nicht aus, dass die Organwalter ein Konzerninteresse dennoch in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen.¹²⁷⁸ Denn nach § 70 AktG hat der Vorstand die Interessen der Aktionäre und damit (auch) die des Konzerns – wenn auch nicht dem eigenen Gesellschaftsinteresse übergeordnet – zu berücksichtigen.¹²⁷⁹ Die Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre ist somit im Grundsatz keine Besonder-

9.29

1272 Siehe dazu auch *Hoffmann-Becking*, ZHR 1995/159, 329f.

1273 Vgl dazu *Hoffmann-Becking*, ZHR 1995/159, 332f.

1274 So auch *Hoffmann-Becking*, ZHR 1995/159, 329f.

1275 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁶ § 4 Rz 147 mwN.

1276 Siehe *Krejci*, GA 10. ÖJT 270.

1277 Vgl dazu noch unten Rz 9.128.

1278 Siehe dazu unten Rz 9.129. In diesem Sinn hat der OGH (OGH 28. 9. 2007, 9 ObA 28/07 v) auch festgehalten, dass „konzernrechtliche Weisungen“ nicht per se nichtig sind, soweit der Vorstand nicht an der Wahrung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft gehindert wird. Es bestünde ein beträchtliches Interesse der Wirtschaft an „funktionierenden“ Konzernen. Wie „konzernrechtliche Weisungen“ mit § 70 AktG in Einklang zu bringen wären, hat der OGH indes nicht erörtert. Weisungen im eigentlichen Sinn sind freilich mit der zwingenden Weisungsfreiheit des Vorstands nicht in Einklang zu bringen; vielmehr kann der Vorstand nur angehalten sein, die Konzerninteressen – wie die der anderen stakeholder – im Rahmen der zu treffenden (Ermessens-)Entscheidungen zu beachten.

1279 Siehe dazu unten Rz 9.42.

heit der Konzern Corporate Governance;¹²⁸⁰ sie hängt auch immer von der konkreten Aktionärsstruktur und dem damit zusammenhängenden Gleichbehandlungsgebot ab. Konzernstrategien können daher in gewissem Rahmen bei der Entscheidungsfindung diskutiert werden und in diese einfließen. Einschränkungen in der Verfolgung der Konzerninteressen ergeben sich aber immer dann, wenn die Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft nicht mehr gewahrt oder dadurch (unausgeglichene) Nachteile zugefügt werden (**Verbot der Nachteilszufügung**).¹²⁸¹ Wie *Kalss* zutreffend schreibt, stehen die Interessen der Obergesellschaft zur Untergesellschaft oftmals in Wechselwirkung.¹²⁸²

- 9.30** Ist auf Ebene der Konzernobergesellschaft durch Aufsichtsrat und Vorstand die Entscheidung für eine Konzernleitung gefallen, liegt es überdies in der Verantwortung der Konzernobergesellschaft, für eine entsprechende Organisationsstruktur zu sorgen, die die Wahrung der Konzerninteressen erlaubt.¹²⁸³ Dementsprechend sind in den gesellschaftsrechtlichen Verträgen der einzelnen Konzernglieder solche Strukturen zu verankern, die – soweit dies zulässig ist – auch die Umsetzung der Konzernstrategie bzw die Beachtung der Konzerninteressen gewährleisten.¹²⁸⁴
- 9.31** Bei Konzerngliedern, die als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) konzipiert sind, ist schon aufgrund der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer die Wahrung des Konzerninteresses in einem weit höheren Maß durchsetzbar, weil nach herrschender und zutreffender Ansicht Geschäftsführer einer GmbH uU gehalten sind, auch der GmbH wirtschaftlich nachteilige Weisungen zu befolgen,¹²⁸⁵ sofern die Befolgung der Weisung nach verständiger unternehmerischer Würdigung nicht unmittelbare Insolvenzgefahr hervorruft.¹²⁸⁶ Letztere Einschränkung ergibt sich einerseits aus Gläubigerschutz-erwägungen und andererseits daraus, dass der Geschäftsführer selbst bei weisungskonformem Handeln dann nicht von der Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft befreit wird, wenn der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer als Ver-

1280 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/936 mwN; siehe *P. Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG V⁴ Ö-Konzernrecht* 1467 (Rz 45 f).

1281 *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 77 ff; *P. Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG V⁴ Ö-Konzernrecht* 1467 (Rz 46, 79 ff), siehe dazu unten Rz 9.128.

1282 *Kalss* in *MünchKomm AktG II⁴ § 76* Rz 134.

1283 *P. Doralt/Diregger* sprechen von funktionierenden Anreiz- und Überwachungsmechanismen; *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 62; *P. Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG V³ Ö-Konzernrecht* 1439 (Rz 35).

1284 Vgl *Krejci*, GA 10. ÖJT 270.

1285 Vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 126; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 2/244 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 26; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer 17; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹⁰ § 37 Rz 38; so offenbar auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9; siehe dazu unten Rz 9.134.

1286 *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2.271 ff; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer 21.

mögenswert der GmbH zur Befriedigung von deren Gläubigern erforderlich ist (§ 25 Abs 5 GmbHG e contrario).¹²⁸⁷

III. Konzernleitung und Konzernüberwachung durch die Konzernobergesellschaft

Konzernleitung ist ein weitgehender Begriff, der die Lenkung der Geschäftsgebarung der einzelnen Konzernglieder durch die Konzernobergesellschaft umfasst. Konzernleitung besteht zum einen in der Ergreifung aktiver Maßnahmen (Konzernleitung im engeren Sinn) und zum anderen in Überwachungsmaßnahmen, die uE Teil der Konzernleitung sind und daher auch – in bestimmtem Rahmen – in die Kompetenz des geschäftsführenden Organs der Konzernobergesellschaft fallen. 9.32

1287 Entgegen der wohl nach wie vor hM (vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/408; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 214; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 140; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/241) ist es aber nicht so, dass Schadenersatzansprüche gegen den Geschäftsführer bei weisungskonformem, aber schadenstiftendem Verhalten gleichsam schwebend wirksam existieren und erst verschwinden, wenn nach Ablauf der Verjährungsfrist feststeht, dass der Schadenersatzanspruch nicht zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Vielmehr wird der Geschäftsführer, der (ggf nach Aufklärung der Gesellschafter vor endgültiger Weisungserteilung) eine schadenstiftende, zwar als der GmbH wirtschaftlich nachteilig, nicht aber als unmittelbare Insolvenzgefahr auslösend erkennbare Weisung befolgt, sofort von jeder Haftung gegenüber der Gesellschaft befreit, weil die Weisungskonformität des Verhaltens diesem in der beschriebenen Konstellation die Rechtswidrigkeit nimmt und ein Schadenersatzanspruch daher gar nicht entstehen kann (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 24; *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/269; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 20 f). Jede andere Sichtweise wäre mit unerträglicher Rechtsunsicherheit für den Geschäftsführer verbunden. Dieser müsste Weisungen ablehnen, wenn nur der kleinste Zweifel darüber bestünde, dass bzw ob diese sich nicht auf die Gesellschaft einmal sehr negativ auswirken könnten und er würde damit sein Amt riskieren, ja sogar die fristlose Beendigung des Anstellungsvertrages, weil die Weigerung, gerechtfertigte Weisungen zu befolgen, eine – uU grobe – Pflichtverletzung und damit idR einen Entlassungsgrund bildet. Andererseits könnte, wenn der Geschäftsführer die Weisung befolgt, um nicht seine berufliche Existenz zu riskieren, uU noch Jahre nach Befolgung einer Gesellschafterweisung vom Gericht überprüft werden, ob die Weisungsbefolgung nicht doch eine zumindest indirekte, aber noch in der Kausalkette befindliche Ursache für eine viel später eintretende Insolvenz war, was dann zum „Aufleben“ eines Schadenersatzanspruches führen würde. Es kann daher nur auf eine verständige ex ante-Betrachtung im Zeitpunkt der Weisungserteilung ankommen, was sich nicht zuletzt aus dem Umstand ergibt, dass jedermann die Möglichkeit haben muss, im Zeitpunkt der Setzung eines bestimmten Verhaltens (und nicht Monate oder Jahre später) zu beurteilen, ob dieses Verhalten rechtswidrig ist oder nicht. Die Befolgung einer rechtmäßigen Weisung nimmt dem Verhalten des Geschäftsführers die Rechtswidrigkeit, und die Beurteilung danach, ob die Weisung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, kann daher nur danach getroffen werden, ob die Weisungsbefolgung unmittelbar die Gefahr der Insolvenz schafft.

- 9.33** Konzernleitung kann in unterschiedlicher Intensität zentral oder dezentral ausgeübt werden. Eine straffe Konzernleitung¹²⁸⁸ setzt voraus, dass der Vorstand die einzelnen Konzernglieder – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – in einer strukturierten Organisation einheitlich leitet. Der Konzern ist zwar keine eigene Rechtsperson, die Konzernglieder bilden aber – wie erwähnt – eine wirtschaftliche Einheit.¹²⁸⁹
- 9.34** Im Rahmen einer einheitlichen Konzernleitung kann der Vorstand daher in gewissem Rahmen bis zur operativen Ebene der Konzerntochtergesellschaften eingreifen. Konzernleitung kann aber auch derart ausgestaltet sein, dass sich die Konzernobergesellschaft darauf beschränkt, strategische Fragen einheitlich für die Konzernglieder zu klären, während den einzelnen Konzerngesellschaften in der Umsetzung freie Hand gelassen wird. Die Bandbreite der Konzernleitung reicht von der bloß losen Verbindung über die Strategiegebung, die konkrete Determinierung von Geschäftspolitik bis hin zur Etablierung einer Organisations- und Personalstruktur, die von umfassenden Informationspflichten und Verantwortungsstrukturen¹²⁹⁰ unterstützt wird.
- 9.35** Die **Konzernüberwachung** ist ebenfalls mehrschichtig angelegt. Im Rahmen der „Beteiligungsverwaltung“ (ähnlich wie bei der Vermögensverwaltung) übt der Vorstand der Konzernobergesellschaft wesentliche Überwachungsfunktionen aus. Der Konzernvorstand übernimmt damit die wesentliche Kontrollfunktion. Neben den Vorstand tritt der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft, der die Tätigkeit „seines“ Vorstands überwacht. Kaskadenartig bildet sich dieses Überwachungssystem auf der Ebene jedes einzelnen Konzerngliedes ab.
- 9.36** Das Paket an Überwachungs- und Leitungsmaßnahmen umfasst etwa Personalmaßnahmen (Entsendungsrechte, Repräsentanz in Gremien), Informations- und Controlling-Organisation, Zustimmungspflichten, Konzernplanung und Koordination zwischen den einzelnen Konzerngliedern¹²⁹¹ sowie den schlichten Entzug von Kompetenzen bzw unternehmerischen Tätigkeitsbereichen (zB die Bereiche Unternehmensentwicklung oder Strategie) oder Werkzeugen zur Unternehmenssteuerung (wie das interne Kontrollsystem oder Risikomanagement) gegenüber der nachgeordneten Konzerngesellschaft und Ansiedelung bei der Konzernobergesellschaft. Nicht zu vernachlässigen ist neben den gesetzlich geregelten Maßnahmen die faktische Einflussnahme, durch die die Tochtergesellschaften ebenfalls in der Praxis gelenkt werden.

A. Konzernleitung als Pflicht des Vorstands?

- 9.37** Mangels konkreter gesetzlicher Regelung ist – wie bereits erwähnt – auch die Konzernleitungspflicht des Vorstands der Muttergesellschaft gesetzlich nicht näher determiniert,

1288 Den Begriff der „straffen Konzernleitung“ verwendete der OGH (vgl Entscheidung vom 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05 p), als er aussprach, dass Privatstiftungen zwar nicht die Funktion als Konzernspitze generell, wegen § 1 Abs 2 Z 2 PSG sehr wohl aber die „straffe Konzernleitung“ – die alle wesentlichen Leitungsbereiche umfasst – untersagt sei. Eine nähere Abgrenzung lieferte der OGH im angeführten Urteil indes nicht.

1289 Vgl Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 15 Rz 30.

1290 So Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 90 Rz 8.

1291 Vgl dazu ausf Götz, ZGR 1998, 524ff.

sondern kann sich aus den allgemeinen Leitungsaufgaben des **Vorstands** der Konzernobergesellschaft ableiten.¹²⁹²

Die im Gesetz verankerten Pflichten für den Vorstand einer Konzernobergesellschaft verdeutlichen, dass – jedenfalls in einem bestimmten Maß – der Vorstand die Konzernglieder in sein Tätigkeitsfeld aufnehmen muss. So besteht für den Vorstand die Pflicht zur Konzernrechnungslegung ebenso wie zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems, das den gesamten Konzern umfasst. Diese gesetzlichen Regelungen befassen sich aber nicht mit einer Konzernleitungspflicht im Sinne einer einheitlichen Leitung, sondern sind Ausformung der (unten näher diskutierten) Konzernüberwachungspflicht. Gleichzeitig dienen diese Bestimmungen als gesetzliche Grundlage dafür, dass eine Konzernobergesellschaft Zugriff auf Informationen von bzw Einfluss auf Tochtergesellschaften haben muss. **9.38**

Das Ermessen des **Vorstands** wird zudem durch die Satzung der Konzernobergesellschaft, insb durch den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand bzw darin enthaltene Konzernklauseln¹²⁹³ determiniert.¹²⁹⁴ Ist in der Satzung bereits festgelegt, dass die Obergesellschaft eine reine Finanzholding zu sein hat, ist das Ermessen des Vorstands, eine straffe einheitliche Leitung in der Gesellschaft zu etablieren, klar begrenzt.¹²⁹⁵ Umgekehrt ist bei einer Gesellschaft, die zur Führung eines Konzerns errichtet ist, der Vorstand idR angehalten, eine straffere Konzernleitung zu etablieren und kann sich keinesfalls auf eine reine „Beteiligungsverwaltung“ zurückziehen.¹²⁹⁶ Dass eine Gesellschaft als reine Konzernobergesellschaft fungiert, muss auch von der Satzung gedeckt sein.¹²⁹⁷ Abgesehen von klaren Begrenzungen durch den Unternehmensgegenstand liegt es aber im Ermessen des Vorstands und nicht in dem der Satzungsgeber, welche Maßnahmen der Vorstand zur Konzernleitung einrichten und wie weit er gegebenenfalls tatsächlich in die autonomen Konzernglieder – strategisch oder doch auch bis in operative Fragen – eingreifen möchte. Dies gilt natürlich nur für die Aktiengesellschaft mit ihrem weisungsfreien Vorstand, nicht aber dann, wenn die Konzernspitze etwa eine GmbH ist, deren Geschäftsführung den Weisungen der Generalversammlung unterliegt, die – sofern stabile Mehrheiten existieren – auch bestimmen kann, wie straff die Konzernierung sein soll. **9.39**

Ein Mindestmaß an Konzernleitungspflicht und der Pflicht zur Überwachung ergibt sich jedenfalls schon aus der bloßen Tatsache, dass Beteiligungen an anderen Unternehmen zum Vermögen der Konzernobergesellschaft gehören. Aus diesem Grund sind Beteiligungen durch den Vorstand zum Wohl der Konzernobergesellschaft zu verwalten.¹²⁹⁸ Abgesehen von Fällen reiner Finanzbeteiligungen hat die Geschäftsleitung der (Kon-

1292 Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/932.

1293 Siehe dazu Krejci, GA 10. ÖJT 274 ff.

1294 Vgl etwa P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 15 Rz 61.

1295 Vgl dazu auch Enzinger/Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 31 Rz 12 ff.

1296 Lutter spricht in diesem Zusammenhang von einer sog Führungsholding; Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ § 1 Rz 16; siehe dazu auch Griehser, ecolx 2007, 181.

1297 Vgl dazu Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 85 Rz 14 mwN; siehe aber Hommelhoff, Konzernleitungspflicht 267 ff.

1298 Vgl St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2011/46, 161 ff; G. Schima, GesRZ 2012, 39 f; vgl auch Fleischer, DB 2005, 759 ff.

zern-)Obergesellschaft daher zwangsläufig ein Mindestmaß an (unternehmerischer) Beteiligungsverwaltung zu etablieren; eine Konzernleitungspflicht im Sinne einer (straffen) einheitlichen Leitung lässt sich damit indes noch nicht begründen.

- 9.41** Die Frage nach der Pflicht zur Konzernleitung durch den Vorstand der Konzernobergesellschaft war Gegenstand langer – wohl nach wie vor nicht beendeter – Diskussionen, wobei die Bandbreite der Meinungen weit geht und von einer jedenfalls angenommenen Konzernleitungspflicht bis zur Ermessensentscheidung reicht.¹²⁹⁹ Nach der nunmehr hM besteht keine Pflicht zur einheitlichen oder zentralen Konzernleitung,¹³⁰⁰ sondern die Konzernleitung ist nach pflichtgemäßem Ermessen des Vorstands zu beurteilen und auszuüben.¹³⁰¹ Die untere Grenze muss uE die ordnungsgemäße und pflichtgemäße Beteiligungsverwaltung bilden, die sich nicht auf das rein passive Halten von Beteiligungen beschränken darf.¹³⁰² Eine solche kann nur dann zulässig sein, wenn dies in der Satzung bzw durch den Unternehmensgegenstand gedeckt bzw verlangt ist. Hier muss aber zwischen Aktiengesellschaft und GmbH als Konzernspitze unterschieden werden. Während in der GmbH deren Gesellschafter die Geschäftsführung ja schon per Weisung und umso mehr mittels Satzung dazu anhalten dürfen, das Vermögen der Gesellschaft nur lose zu verwalten, darf in der Aktiengesellschaft die Satzung nicht in die durch § 70 AktG determinierte Pflicht des Vorstands zu eigenverantwortlicher, dh grundsätzlich weisungsfreier Leitung in der Weise eingreifen, dass dem Vorstand vorgeschrieben wird, sich – salopp ausgedrückt – nicht um die Beteiligungen der Obergesellschaft zu kümmern. Durch Satzungsbestimmungen darf diese Leitungspflicht nicht ausgehebelt und § 70 AktG nicht umgangen werden. Das bedeutet nicht, dass die Satzung keine Grenzen oder Rahmenbedingungen durch die Präzisierung des Unternehmensgegenstandes setzen kann.¹³⁰³ Auch „Entherrschungsverträge“ dürfen in die Leitungsautonomie des Vorstands der Aktiengesellschaft nicht so weit eingreifen. Mit solchen Verträgen verpflichtet sich typischer Weise eine mehrheitlich an anderen Gesellschaften beteiligte Obergesellschaft zwecks Entkräftung der Konzern-(Abhängigkeits-)Vermutung vertraglich entweder gegenüber

1299 Vgl hierzu etwa darstellend *Francesconi*, Der Aufsichtsrat im Konzern 14 ff mwN; *Götz*, ZGR 1998, 524 ff; *Semler*, ZGR 2004, 656; *Kropff*, ZGR 1984, 112 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/934; siehe auch *Kalss*, AR aktuell 3/2009, 4; *Kalss* in *MünchKomm AktG II*⁴ § 76 Rz 132 ff; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GES 2004, 416; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht 43 ff.

1300 *Kalss* in *MünchKomm AktG II*⁴ § 76 Rz 132 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/934; *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 60; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GES 2004, 416 ff; *Gelter/Haberer*, GesRZ 2001, 169; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 115 Rz 39; siehe auch *Habersack* in *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht⁷ § 311 Rz 87; vgl aber *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht 43 ff.

1301 *Kalss* in *MünchKomm AktG II*⁴ § 76 Rz 132 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/934; *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 60; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GES 2004, 416 ff; *Gelter/Haberer*, GesRZ 2001, 169; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 115 Rz 39; siehe auch *Fleischer*, DB 2005, 760.

1302 Vgl dazu *Fleischer*, DB 2005, 762 ff mwN.

1303 Vgl *Priester* in *FS Hüffer* 777 (782 ff); für eine weite Einschränkungsmöglichkeit *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 15 mwN.

den anderen Aktionären oder auch gegenüber der Beteiligungsgesellschaft selbst, auf ihre Stimmrechte zumindest in jenem Ausmaß zu verzichten, dass sie über keine Mehrheit verfügt, die der Mehrheitsgesellschafterin die Besetzung des Aufsichtsrates in der Beteiligungsgesellschaft ermöglicht.¹³⁰⁴

Zusammengefasst ergibt sich die Konzernleitungspflicht bzw deren Umfang aus der allgemeinen Leitungsfunktion des **Vorstands**, wobei – mangels gesonderter Rechtspersönlichkeit des Konzerns – die zur Beurteilung der Pflichten relevante Ebene allein die der herrschenden Aktiengesellschaft ist. Zu berücksichtigen hat der Vorstand allein das Interesse bzw das Wohl „seiner“ Gesellschaft. Der Vorstand hat im Rahmen seines nach Maßgabe des § 70 AktG determinierten Ermessens, orientiert am Unternehmenswohl seiner Gesellschaft, zu entscheiden, ob überhaupt und, wenn ja, in welcher Struktur bzw Intensität er eine Konzernleitung wahrnehmen möchte.¹³⁰⁵ Mangels Kodifizierung einer Konzernleitungspflicht im Sinne einer einheitlichen Leitung kann die Entscheidung über die Ausprägung, Intensität und Durchführung der Konzernierung zwangsläufig nur in das Ermessen des Vorstands fallen, wobei bestimmte Fragen – wie etwa die Festlegung einer Konzernstrategie – mit dem Aufsichtsrat abzustimmen sind. **9.42**

Jeder Vorstand einer Aktiengesellschaft muss daher selbst im Interesse bzw zum Wohl der von ihm geleiteten Gesellschaft entscheiden, ob er bzw in welchem Umfang er auf die nachgeordneten Gesellschaften konzernleitend Einfluss nimmt. Die Entscheidung über die Ausübung der Konzernleitung sowie über das Ausmaß und die Mittel ihrer Umsetzung sind eine unternehmerische Entscheidung, ein Business Judgment, des Vorstands. Zu beurteilen ist damit, ob durch ein strenges „Konzernregime“ für sämtliche Geschäftsfelder oder auch nur einen Bereich die Interessen der Konzernobergesellschaft besser zu verfolgen sind.¹³⁰⁶ Leitgedanke wird idR die Erzielung von Synergieeffekten sein, die möglicherweise nur durch die Koordination der Tochtergesellschaften oder das gebündelte Auftreten derselben erzielt werden können. **9.43**

Relevante Entscheidungsparameter sind:

- **Förderung des Wohls der Gesellschaft:** Leitgedanke der Entscheidung über die Konzernleitung muss immer das „Wohl des Unternehmens“ sein, dh der Vorstand der Konzernobergesellschaft hat zu entscheiden, inwieweit er die Beteiligungen seiner Gesellschaft zu ihrem Wohl „verwalten“ bzw für eine Rentabilität sorgen kann. Der Vorstand hat zu beurteilen, ob bei (straffer) Konzernleitung eine höhere Rentabilität zu erzielen ist, oder ob es für die Obergesellschaft – etwa aufgrund der Beteiligungsstruktur – effizienter ist, wenn sie sich auf die reine Beteiligungsverwaltung bzw Beteiligungskontrolle zurückzieht. Leitschnur für die Entscheidung ist dabei primär die Möglichkeit der Erzielung von Synergien (besserer Zugang zu Finanzierungen, Kostenersparnis etc), die nur durch eine (lose oder straffe) Organisation und Koordination erreicht werden kann. **9.44**

1304 Vgl dazu J. Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht 1, 129 ff; Emmerich/Habersack, Konzernrecht¹⁰ § 3 Rz 49 ff.

1305 Kalss in MünchKomm AktG II⁴ § 76 Rz 132; vgl auch P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 15 Rz 60.

1306 Vgl dazu auch Götz, AG 1995, 337 (340).

- **Art und Ausmaß der Beteiligung:** Jede Beteiligung kann – soweit dies von der Satzung gedeckt ist – ein reines Finanzinvestment oder aber eine strategische (unternehmerische) Beteiligung an einem Unternehmen sein. Je nach Art des Investments ist die Notwendigkeit einer einheitlichen Konzernleitung anders zu beurteilen; bei einer strategischen Beteiligung ist idR mit einer stärkeren Einbindung in eine Konzernstruktur zu rechnen. Um welche Art von Beteiligung es sich handelt, steht idR bei ihrem Erwerb fest. Bereits im Zuge der Prüfung einer Akquisition ist nämlich naturgemäß zu entscheiden und zu dokumentieren,¹³⁰⁷ ob eine strategische bzw unternehmerische Beteiligung eingegangen werden soll oder nicht. Den Vorstand trifft aber auch die Pflicht, im Laufe der Zeit die bei Erwerb getroffene „Klassifizierung“ der Beteiligung zu evaluieren und gegebenenfalls zu ändern. Aus einer reinen Vermögensveranlagung kann nämlich sehr wohl eine strategische Beteiligung zB dann werden, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse derart ändern, dass aus einer schlichten eine kontrollierende Beteiligung wird, sich die Ausrichtung des Konzerns ändert oder mittlerweile andere Beteiligungen erworben wurden. Freilich darf nicht übersehen werden, dass reine Kapitalanlagen nur in einem eingeschränkten Ausmaß zulässig sind und auch der Erwerb von relevanten Beteiligungsgesellschaften von der Satzung zugelassen sein muss.¹³⁰⁸ Bei größeren Beteiligungen wird nur äußerst selten eine reine Finanzbeteiligung vorliegen; im Zweifel ist von einer strategischen/unternehmerischen Beteiligung auszugehen. Entscheidend sind letztlich einerseits die Beteiligungshöhe und andererseits die wirtschaftliche Bedeutung der Beteiligung für die Gesellschaft. Eine Minderheitsbeteiligung bzw eine wirtschaftlich wenig bedeutsame Beteiligung (mag sie auch in einem Mehrheits- oder gar 100%igen Anteil bestehen) muss zwangsläufig einen weniger hohen Stellenwert einnehmen als eine wichtige strategische Beteiligung. Von der wirtschaftlichen Bedeutung einerseits und der Beteiligungshöhe andererseits wird auch das Ausmaß der konzernmäßigen Überwachungspflicht im Sinn einer Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates der leitenden Gesellschaft bestimmt; eine Pflicht, Geschäfte von Beteiligungsgesellschaften der Zustimmung zu unterwerfen, besteht (nur) in Bezug auf konzernrelevante wesentliche Geschäfte.¹³⁰⁹
- **Unternehmensgegenstand/Satzung:** Ausmaß und Art der Konzernleitung werden letztlich auch durch die Satzung und insb den darin geregelten Unternehmensgegenstand determiniert. Es macht – wie bereits erwähnt – einen Unterschied, ob die Satzung überhaupt reine Finanzbeteiligungen zulässt, durch die Satzung eine einheitliche Konzernleitung geregelt bzw verlangt ist oder eine Führungsholding vorliegt.
- **Wirtschaftliche Situation:** Ändert sich die wirtschaftliche Lage einer Tochtergesellschaft oder auch der Konzernobergesellschaft, kann das Erfordernis eines weitergehenden Eingriffs auch in operative und nicht nur strategische Fragen angebracht sein. In der Krise muss straffer geführt werden. Insoweit hat die Geschäftsleitung der Obergesellschaft die unternehmerische Entscheidung zur Konzernleitung immer wieder einer kritischen Prüfung zu unterziehen und diese gegebenenfalls zu revidieren, wenn dies zum Wohl der

1307 So etwa Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 416 ff.

1308 Vgl dazu Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 82 Rz 14 mwN; siehe aber auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht 267 ff.

1309 Siehe dazu L-Regel 35 ÖCGK.

(konzernleitenden) Gesellschaft ist. Je nach Entwicklung des bzw der betroffenen Unternehmen/s ist daher auch die Beurteilung der Konzernleitung neu zu evaluieren.¹³¹⁰

B. Pflicht zur Konzernüberwachung im Allgemeinen

Etwas anders gelagert ist die Frage der Konzernüberwachung. Ein gewisses Maß an Konzernüberwachungspflicht ergibt sich nämlich schon aufgrund gesetzlicher Regelungen, die die Konzernglieder in das Überwachungsregime der Konzernobergesellschaft einbinden (wie zB die Einführung eines IKS, Konzernrechnungslegung oder Informationsfluss innerhalb des Konzerns). Eine Pflicht zur Überwachung kann auch – wie iZm der Beurteilung der Konzernleitungspflicht – aus der Qualifizierung der Beteiligung als zu verwaltendes Vermögen der Gesellschaft abgeleitet werden. 9.45

Während man idR die Aufgaben „Überwachung“ und „Kontrolle“ in Gesellschaften primär dem Aufsichtsrat zuschreibt, ist die Rollenverteilung bei Konzernen nicht bloß anhand der Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Gremium festzumachen. Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft ist zwar weiterhin – wie unten gezeigt wird – mit der Kontrolle der Geschäftsführung (seiner Gesellschaft) betraut, der Vorstand der Konzernobergesellschaft übernimmt aber selbst wesentliche Kontrollfunktionen hinsichtlich der beherrschten Unternehmen.¹³¹¹ Es ist auch gerade der Vorstand der Konzernobergesellschaft, der durch die Ausübung der Beteiligungsverwaltung und damit der Gesellschaftsrechte die Interessen seiner Gesellschaft wahrzunehmen hat. Es steht daher dem Vorstand der Konzernobergesellschaft nicht frei, seine Tochtergesellschaften frei agieren zu lassen, sondern er muss diese jedenfalls überwachen und für einen Informationsfluss – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – sorgen.¹³¹² 9.46

Der Vorstand der Konzernobergesellschaft übernimmt dementsprechend eine weitgehende Kontrollfunktion, die über die des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft hinausgeht.¹³¹³ Diese Kontrolle tritt aber zu der von den in der Einzelgesellschaft bestehenden Kontrollgremien wahrzunehmenden Kontrolle hinzu, sie verdrängt die Aufgaben der einzelnen Gremien der beherrschten Gesellschaften aber nicht. 9.47

Der **Aufsichtsrat** der Konzernobergesellschaft hat indes – wie unten näher beschrieben – die Geschäftsführung und damit die Tätigkeit des Vorstands auf „Konzernerbene“ zu kontrollieren.¹³¹⁴ Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates erweitert sich damit durch die Tätigkeit des Vorstands; sie ist aber auch insoweit erhöht, als Zustimmungs- und Informationsrechte auf Ebene des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft gerade auch auf Tochtergesellschaften übergreifen (können).¹³¹⁵ 9.48

1310 So auch Kalss in MünchKomm AktG II⁴ § 76 Rz 133.

1311 Von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.1 ff; Krieger in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 7.5 ff.

1312 So auch Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth, AktG Großkommentar VI/2⁵ § 93 Rz 204.

1313 Von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.90; siehe auch Martens, ZHR 1995/159, 567 (569 f).

1314 Vgl dazu unten Rz 9.54, 9.92.

1315 Vgl dazu unten Rz 9.50, 9.84 ff; Krieger in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.90 ff mwN.

- 9.49** An verschiedener Stelle werden Mittel der Konzernüberwachung (wie etwa die Einrichtung eines IKS nach § 82 AktG oder das Auskunftsrecht nach § 118 AktG) gesetzlich geregelt, die dem Vorstand (und dem Aufsichtsrat) der Konzernobergesellschaft erlauben, den Informationsfluss und Überwachungsmechanismen sicherzustellen und den Vorstand auch verpflichten, für diese zu sorgen.¹³¹⁶ Durch die Einbeziehung der Konzerntöchter in die Rechnungslegung ist gewährleistet, dass wesentliche Informationen an die Konzernobergesellschaft weitergegeben werden. Dadurch ist für eine gewisse Sicherstellung des Informationsflusses an die Konzernobergesellschaft gesorgt.¹³¹⁷
- 9.50** Grundlage für die Konzernüberwachung bilden zB die Pflicht zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems und Rechnungswesens, das den gesamten Konzern umfassen muss, die Regelungen zur Konzernrechnungslegung nach den §§ 224 ff UGB oder auch die Zustimmungrechte des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft hinsichtlich bestimmter Kredite auch an gesetzliche Vertreter oder leitende Angestellte eines beherrschten oder abhängigen Unternehmens (§ 80 Abs 1 AktG).
- 9.51** Während – wie oben dargelegt – die Entscheidung, ob und in welchem Umfang die Konzernobergesellschaft konzernleitend tätig wird, grundsätzlich im Ermessen des Vorstands liegt (und ständig neu zu treffen ist), ist nach dem Willen des Gesetzgebers die Konzernüberwachung daher immerhin in einem Mindestmaß gesetzlich vorgegeben.¹³¹⁸

C. Stellung des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft bei Konzernüberwachung und -leitung im Allgemeinen

- 9.52** Den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft trifft – und das ist keine Besonderheit für Konzernstrukturen – nach § 95 Abs 1 AktG die Pflicht, die Geschäftsführung zu überwachen. Dementsprechend erweitert sich die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates einer Konzernobergesellschaft auch um die Überwachung der Tätigkeit des Vorstands in Zusammenhang mit dessen (i) Konzernüberwachung und (ii) Konzernleitung.¹³¹⁹ Dem Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft kommt damit eine zentrale Rolle zu, denn er überwacht nicht nur die „normale“ Geschäftsführung der beherrschten Gesellschaft, sondern gerade auch die Kontrollfunktionen.¹³²⁰
- 9.53** Die Überwachungspflicht und die damit verbunden Rechte und Pflichten umfassen grundsätzlich allein die Ebene der Konzernobergesellschaft, nicht aber kann der Aufsichtsrat seine Tätigkeit direkt auf die Tochtergesellschaften ausweiten.¹³²¹ Vielmehr

¹³¹⁶ Vgl etwa § 247 UGB.

¹³¹⁷ Zu Fragen der Ungleichbehandlung etwa bei Vorliegen von Minderheitsgesellschaftern siehe unten Rz 9.65, 9.71.

¹³¹⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/934.

¹³¹⁹ Siehe dazu Kalss, AR aktuell 3/2009, 4; vgl auch Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 332; Lutter, AG 2006, 517 f.

¹³²⁰ Vgl dazu ausf Martens, ZHR 1995/159, 576 ff; von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.87.

¹³²¹ Vgl dazu Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 33 ff; Enzinger in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 25 Rz 21; Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 420; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁶ Rz 141 ff; Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 329.

bleibt die Überwachungstätigkeit auf die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands der Konzernobergesellschaft „beschränkt“.¹³²² Die Erweiterung der Tätigkeit des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft korreliert damit im Großen und Ganzen mit der Erweiterung der Tätigkeit des Vorstands derselben. Dies kommt va auch durch die – wenn auch in § 95 Abs 5 AktG nicht explizit verankerte, so doch von der hM anerkannte¹³²³ – Erweiterung der Zustimmungspflichten zum Ausdruck.¹³²⁴

IdS erstreckt sich damit die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft nicht auf jede einzelne Tätigkeit der Tochtergesellschaften; der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft wird sich vielmehr nur mit solchen Themen und Geschäften zu befassen haben, die auch tatsächlich „konzernrelevant“ sind.¹³²⁵ **9.54**

Wie weit die Überwachungspflicht und die Eingriffsmöglichkeit in Bezug auf konzernrelevante Bereiche tatsächlich gehen und wie intensiv der „Konzernvorstand“ auch in Zusammenhang mit Konzernfragen begleitet wird, ist uE auch von der wirtschaftlichen Situation der Konzernobergesellschaft ebenso wie der einzelnen Konzernglieder – in Kongruenz mit den allgemeinen Überwachungspflichten des Aufsichtsrates in Krisenzeiten¹³²⁶ – abhängig. Wie bei jedem anderen Anlagevermögen hat damit der Aufsichtsrat die Entwicklung der Tochtergesellschaften zu überwachen und die damit verbundenen Tätigkeiten des Vorstands (Konzernüberwachung und Konzernleitung) zu kontrollieren.¹³²⁷ Befindet sich eine Tochtergesellschaft in der Krise, wird die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates – wiederum aber bezogen auf die Tätigkeit des Konzernvorstands – zu intensivieren sein. **9.55**

Die Pflicht zur Überwachung des „Konzernvorstands“ trifft somit den „Konzernaufsichtsrat“.¹³²⁸ Der Kern der Überwachungspflicht des Aufsichtsrates kann damit wie folgt umschrieben werden:¹³²⁹ **9.56**

- **Aufbau der Konzernstruktur:** Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft hat die vom Vorstand aufgebaute Konzernstruktur zu prüfen und zu überwachen. Unter diesen Aspekt fallen Fragen des konzernweiten IKS ebenso wie Fragen konzernrelevanter Compliance-Anforderungen. Dabei hat der Aufsichtsrat aber auch zu prüfen, ob eine straffere Führung bzw Konzernstruktur aus Sicht der Konzernobergesellschaft erforderlich ist.¹³³⁰

1322 Vgl dazu Kalss, AR aktuell 3/2009, 4f; Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 416 ff.

1323 Dementsprechend ist die Regel 35 ÖCGK inkl des letzten Halbsatzes auch als L-Regel konzipiert.

1324 Vgl dazu etwa G. Schima, GesRZ 2012, 35 ff; St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2001, 161 ff. Siehe auch unten Rz 9.84 ff.

1325 Kalss, AR aktuell 3/2009, 5 mwN; siehe auch Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 331 ff; vgl dazu auch G. Schima, GesRZ 2012, 35 ff; St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2001, 161 ff.

1326 Vgl dazu Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 18 ff.

1327 Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 332.

1328 Kalss, AR aktuell 3/2009, 5; Schneider in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung² § 9 Rz 21.

1329 So Schneider in Krieger/Schneider, Managerhaftung² § 9 Rz 17; unter Berufung darauf auch Kalss, AR aktuell 3/2009, 5.

1330 Vgl dazu Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 332.

- **Überwachung von bereits abgeschlossenen Sachverhalten:** Die Überwachungspflicht umfasst – wie bereits erwähnt – nicht nur die Konzernobergesellschaft an sich, sondern auch (konzernrelevante) Geschäfte von Tochtergesellschaften.
- **Festlegung der Konzernstrategie:** Die allgemeine Konzernstrategie ist durch den Aufsichtsrat zu überwachen und bei deren Festlegung mit dem Vorstand zu beraten. Der Aufsichtsrat hat außerdem die Umsetzung der Konzernstrategie durch den „Konzernvorstand“ zu überwachen.
- **Prüfung konzernrelevanter Einzelgeschäfte,** wobei der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft nicht angehalten ist, die Überwachungstätigkeit der kontrollierenden Organe auf Ebene der Konzernglieder nochmals durchzuführen oder gar zu übernehmen.

D. Die Steuerungsverantwortung

- 9.57** Die Steuerung von Konzerngesellschaften durch die Konzernobergesellschaft erfolgt in erster Linie durch die Ausübung der durch das Gesetz bzw die Satzung eingeräumten Gesellschafterrechte. Sie wird durch Leitungsmaßnahmen genauso wie durch Überwachung wahrgenommen.

Die Steuerungsmittel und Überwachungsmaßnahmen umfassen nicht nur aktive Einflussnahme (etwa durch Zustimmungsvorbehalte oder Weisungen als Gesellschafter einer GmbH), sondern auch Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen. Wesentliche Steuerungsmaßnahmen übt die Konzernobergesellschaft durch die Steuerung der Personalbesetzung (zB die Repräsentanz von Organen der Muttergesellschaft in Gremien der Tochtergesellschaft), Zustimmungsvorbehalte und klassische Überwachungsmaßnahmen aus.

- 9.58** Die Wahrnehmung der Konzernleitung kann somit in erster Linie durch die Ausübung von Beteiligungsrechten sichergestellt werden. Dies gilt gleichermaßen für die Aktiengesellschaft wie die GmbH. Freilich richten sich die (rechtliche) Möglichkeit der Einflussnahme und deren Intensität stark danach, welche Gesellschaftsform für die Tochtergesellschaften gewählt wurde.

- 9.59** In der Literatur haben sich vier Schwerpunkte der Verantwortung des Vorstands der Konzernobergesellschaft etabliert:¹³³¹

- **Planungs- und Steuerungsverantwortung**
- **Organisationsverantwortung**
- **Finanzverantwortung**
- **Informationsverantwortung**

- 9.60** Die hier genannten Verantwortungsbereiche des Konzernvorstands verdeutlichen zum einen seine zentrale Verantwortung auch iZm der Überwachung der Tochtergesellschaften; zum anderen zeigen sie seine allgemein steuernde und strategiegebende Aufgabe. Wie bereits oben ausgeführt, liegt es aber im Ermessen des Vorstands (teilweise in Abstimmung bzw mit Zustimmung des Aufsichtsrates), wie die Leitung strukturiert sein soll. Hierzu im Einzelnen:

¹³³¹ Kalss, AR aktuell 3/2009, 4; Feltl, ecolex 2010, 358; siehe auch Fleischer, DB 2005, 759 ff; Lutter, AG 2006, 518 f; vgl auch St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2001, 162 ff.

Planungs- und Steuerungsverantwortung: Durch die Festlegung der Konzernstrategie hat es der Vorstand der Konzernobergesellschaft in der Hand, die grundsätzliche Unternehmenspolitik für „seine“ Gesellschaft und für die Tochtergesellschaften festzulegen, zu evaluieren und gegebenenfalls wieder zu ändern. Das Ausmaß der Planungs- und Steuerungsverantwortung liegt – wie bereits ausgeführt – im Ermessen des Vorstands und ist damit im Einzelfall unterschiedlich ausgeprägt. 9.61

Zur Planungs- und Steuerungsverantwortung gehören Fragen der Konzernkontrolle, die Festlegung von zustimmungspflichtigen Geschäften, eines konzernweiten Kontrollsystems oder die Kontrolle und Begleitung von Geschäfts- und Ergebnisentwicklung der Tochtergesellschaften.¹³³²

Organisationsverantwortung: Die Organisationsverantwortung ist ein wesentlicher Bestandteil der Konzernleitung und verlangt, dass der Vorstand der Konzernobergesellschaft eine Struktur schafft, die die Nutzung der durch den Konzernverbund entstehenden Möglichkeiten gewährleistet.¹³³³ Dies muss nicht immer eine zentrale Organisationsstruktur sein, sondern kann – aufgrund höherer Flexibilität oder unterschiedlicher Geschäftszweige oder Ausrichtungen – auch eine dezentral angelegte Organisation sein. 9.62

Finanzverantwortung: Der Vorstand einer Konzernobergesellschaft hat die Finanzverantwortung inne, dh er hat für die Liquidität – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – zu sorgen bzw diese zu organisieren (Liquiditätsvorsorge). Das bedeutet freilich nicht, dass daraus eine Ausstattungsverpflichtung zugunsten der Tochtergesellschaft abgeleitet werden kann. In diesen Verantwortungsbereich fallen Fragen des Cash-Managements, Cash-Poolings und der Organisation von Finanzierungsmöglichkeiten, aber auch der Gewinnausschüttungspolitik.¹³³⁴ Der Vorstand hat damit die Vermögenslage seiner Tochtergesellschaften entsprechend zu kontrollieren und zB durch Thesaurierung von Gewinnen und Cash-Management die Liquidität aufrecht zu erhalten. 9.63

Informationsverantwortung: Die Informationsverantwortung ist der wesentliche Bestandteil, der die Organisation des Konzerns und auch dessen Überwachung gewährleistet und das Fundament für fundierte Unternehmensentscheidungen bildet. Im Rahmen des rechtlich Zulässigen hat der Vorstand einen Informationsfluss von den Tochtergesellschaften zur leitenden Gesellschaft zu organisieren, der die Wahrnehmung der Überwachung durch die verantwortlichen Gremien gewährleistet. Dabei obliegt es dem Vorstand dafür zu sorgen, dass alle für die Konzernleitung und Konzernüberwachung relevanten (dh konzernrelevanten) Informationen weitergegeben werden. 9.64

Der Informationsfluss ist auch Grundlage für die Tätigkeit des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft. Es handelt sich hierbei aber nicht um eine reine Bringschuld der Tochtergesellschaften oder eine reine Holschuld der Konzernobergesellschaft. Vielmehr sind beide Ebenen zum Informationsaustausch angehalten. Während sich Vorstand und Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft in ihrer Verantwortung nicht darauf zurückziehen können, nur unvollständige oder gar keine Informationen erhalten zu haben, sind die

¹³³² Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/934 f.

¹³³³ Siehe dazu ausf Götz, ZGR 1998, 531 f.

¹³³⁴ Zur Frage der Pflicht geschäftsführender Organe zur Anfechtung eines Gewinnausschüttungsbeschlusses siehe Arlt, GesRZ 2014, 351.

beherrschten Gesellschaften verpflichtet, bestimmte Informationen zur Verfügung zu stellen. Dessen ungeachtet bestehen aber auch – iSd Wahrung der Interessen der jeweiligen Gesellschaften – Konflikte bzw Einschränkungen in der Informationsweitergabe.¹³³⁵

- 9.65 Die Konzernleitung oder Konzernsteuerung des Vorstands und auch des Aufsichtsrates der Obergesellschaft kreist daher – wenn man alle Verantwortungsbereiche auf einen gemeinsamen Nenner bringen möchte – in erster Linie um ein Wechselspiel von Kontrolle und Einfluss, Information und Organisation. Sie geht damit Hand in Hand mit der Konzernüberwachung, die ebenso als Wechselspiel von Informationen und Beratung bezeichnet werden kann.

E. Mittel zur Konzernleitung und Konzernüberwachung im Einzelnen

1. Allgemeines

- 9.66 Konzernleitung und -überwachung werden in erster Linie durch die Beteiligungsrechte der Konzernobergesellschaft katalysiert. Die (rechtliche) Durchsetzbarkeit und Struktur der Konzernleitung und -überwachung hängen naturgemäß von den Gesellschaftsformen der Tochtergesellschaften ab, die nicht immer einen direkten – rechtlich verbindlichen – (Weisungs-) Durchgriff zulassen.
- 9.67 Die Grenzen der Einflussnahme sind bei der **Aktiengesellschaft** am engsten gezogen. Die Organe der Konzerngesellschaften haben – wie bereits erwähnt – in erster Linie im Interesse der eigenen Gesellschaft zu handeln; eine Berücksichtigung der Interessen der Konzernobergesellschaft ist (nur) im Rahmen des § 70 AktG zulässig. Die Grenzen werden noch enger gezogen, wenn neben dem beherrschenden Aktionär Minderheitsgesellschafter an der Tochtergesellschaft beteiligt sind, die – neben klassischen Minderheitenrechten – durch das Gebot der Gleichbehandlung geschützt werden. Letztlich beschränken die Kapitalerhaltungsvorschriften die Zugriffsmöglichkeiten der Aktionäre zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Flankiert werden diese Regelungen durch die in § 100 AktG geregelten Schadenersatzpflichten nicht nur des Vorstands und/oder des Aufsichtsrates, sondern auch der Personen, die sich einen Sondervorteil unrechtmäßig verschafft haben.
- 9.68 Die Ausgangslage ist bei der **GmbH** naturgemäß eine etwas andere. Durch das Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern ist die Möglichkeit der Einflussnahme bzw die Konzernleitung wesentlich erleichtert und durch die Tatsache untermauert, dass die Gesellschafterversammlung das oberste Organ ist. Die dort gezogenen Grenzen knüpfen in erster Linie – neben Gläubigerschutzbestimmungen (wie etwa das Verbot der Einlagenrückgewähr) – an das Bestehen von Mitgesellschaftern (Minderheitsgesellschaftern) an. Bei einer 100%-Tochtergesellschaft ist daher die Einflussnahme am einfachsten und intensivsten möglich. Sind auch andere, dh konzernfremde Gesellschafter, an der GmbH beteiligt, sind va die Rechte der Minderheitsgesellschafter zu beachten. Der hier relevante Rahmen wird ua durch die Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern determiniert.¹³³⁶

1335 Siehe hierzu unten Rz 9.100ff.

1336 Siehe dazu auch *Eckert/Gassauer-Fleissner*, GES 2004, 416.

Nicht übersehen werden darf indes die rein **faktische** Einflussmöglichkeit, die sich in vielfältiger Weise (zB in zwar rechtlich unverbindlichen, aber faktisch durchaus (teilweise) zulässigen Weisungen, in der Besetzung bestimmter Gremien und der Einführung von Zustimmungs-, und/oder Informationsmöglichkeiten) manifestiert.¹³³⁷ Weisungen sind – selbst wenn in concreto die rechtliche Grundlage fehlt – zwar dann rechtlich nicht verbindlich, haben aber eine nicht zu unterschätzende faktische – verhaltenssteuernde – Wirkung. 9.69

Letztlich dürfen bei der Konzernleitung auch die in der Rechtspraxis immer stärker ins Blickfeld rückenden strafrechtlichen Aspekte nicht außer Acht gelassen werden. Sie sind bei der Umsetzung von Maßnahmen der Konzernobergesellschaft zu berücksichtigen. Die Gefahr möglicher Untreue (§ 153 StGB) oder Gläubigerschädigung (§ 156 ff StGB) schwebt über vielen konzernrelevanten Entscheidungen der verantwortlichen Organe. 9.70

Die Themenkreise der Konzernleitung und Konzernüberwachung sind – wie oben gezeigt – miteinander untrennbar verbunden und greifen stark ineinander. Während die Steuerungsmittel im Detail mannigfaltig sind, lassen sich doch wesentlichste, im Folgenden näher behandelten Themenkreise herausarbeiten. 9.71

2. Besetzung von Organen

Im Rahmen seiner Organisations- und Steuerungsverantwortung hat der Vorstand für eine **optimale Besetzung der Führungspositionen** zu sorgen. Dies gilt grundsätzlich für die eigene Gesellschaft; im Rahmen der Konzernleitung erweitert sich diese Pflicht aber gegebenenfalls auch auf die Tochtergesellschaften. Mittels Besetzung von Schlüsselpositionen durch fachlich geeignete und auch der Muttergesellschaft „gewogene“ Personen oder auch die Repräsentanz von Organwaltern in den Organen von Tochtergesellschaften ist nicht nur für fachliche Kompetenz, sondern auch für eine faktische Einflussnahme gesorgt. 9.72

Eine uneingeschränkte Besetzung der Gremien beherrschter Gesellschaften ist freilich nicht möglich. Der Gesetzgeber zieht durch Inkompatibilitätsbestimmungen und andere Einschränkungen an verschiedener Stelle etwa Schranken ein, die zum einen eine „neutrale“ Überwachung durch die Aufsichtsgremien gewährleisten und Interessenkonflikte vermeiden, zum anderen auch Minderheitsgesellschafter schützen sollen. 9.73

a) Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 88 AktG

Grundsätzlich ist es zulässig, in der Satzung bestimmten Aktionären (oder Inhabern bestimmter vinkulierter Namensaktien) das Recht auf Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat einzuräumen. Durch die satzungsgemäße Sicherung von Entsendungsrechten kann sich die Konzernobergesellschaft die (flexible) Besetzung von Aufsichtsratsmandaten – auch außenwirksam – vorbehalten. Da der Entsendungsberechtigte sein Recht jederzeit ausüben und va auch ein entsandtes Mitglied ersetzen kann, hat es der Vorstand in der Hand, jederzeit auf eine geänderte Situation zu reagieren und die Besetzung situationsadäquat anzupassen.¹³³⁸ Das Entsendungsrecht ist zwar als Recht und nicht als 9.74

¹³³⁷ Vgl auch P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 15 Rz 52 ff.

¹³³⁸ Siehe dazu Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 88 Rz 22, 33.

Pflicht konzipiert; eine Pflicht kann sich aber aus der Satzung und teilweise der Treuepflicht ergeben.¹³³⁹ Auf Ebene der Konzernobergesellschaft kann gegebenenfalls die Pflicht zur Ausübung des Entsendungsrechts bestehen, wenn dies zum Wohl der Konzernobergesellschaft ist.

- 9.75** Eingeschränkt wird das Entsendungsrecht durch eine zahlenmäßige Schranke, aber auch durch die Möglichkeit der Abberufung des entsandten Mitglieds durch Minderheitsgesellschafter.¹³⁴⁰ So darf bei börsennotierten Gesellschaften maximal ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder entsandt sein; bei nicht börsennotierten Gesellschaften erhöht sich die Maximalanzahl auf die Hälfte aller Aufsichtsratsmitglieder.¹³⁴¹ Gemeint sind mit „allen“ Aufsichtsratsmitgliedern nur die Kapitalvertreter, dh die Arbeitnehmervertreter bleiben außer Betracht.¹³⁴² Somit bleibt die Hauptverantwortung der Besetzung in erster Linie bei der Hauptversammlung, deren Besetzungsrecht durch Entsendungen nicht zur Gänze eingeschränkt werden kann.¹³⁴³ Gleichzeitig kann nicht einem einzelnen Aktionär bzw den Entsendungsberechtigten durch die Satzung die Beherrschung des Kontrollgremiums zur Gänze übertragen werden.¹³⁴⁴ Dies gilt aber im Ergebnis nicht, wenn ein Mehrheitsaktionär die Hauptversammlung beherrscht. Sind Minderheitsaktionäre vorhanden, hat der Gesetzgeber daher für diese einen gewissen Schutz in Form der Bestellung eines „Minderheitenvertreters“ eingebracht.¹³⁴⁵
- 9.76** Das Entsendungsrecht birgt neben der Möglichkeit, Vertraute in den Aufsichtsrat zu schicken, für die Konzernobergesellschaft weitere Vorteile, weil ein verlässlicher Informationsfluss und die Berücksichtigung der Interessen der Konzernobergesellschaft zu einem gewissen Grad gesichert sind.¹³⁴⁶ Personalunionen können die Abstimmung und den Informationsfluss weiter erleichtern, schaffen aber auch die Gefahr von Interessenkonflikten.
- 9.77** Innerhalb des Aufsichtsrates hat das Aufsichtsratsmitglied aber keine Sonderstellung.¹³⁴⁷ Entsandte Mitglieder sind den anderen Aufsichtsratsmitgliedern gleichgestellt, und es treffen sie dieselben Rechte und Pflichten.
- 9.78** Ein wesentlicher Unterschied besteht indes aufgrund des Rechtsverhältnisses zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und dem entsendungsberechtigten Aktionär (dh im gegebenen Zusammenhang mit der Konzernobergesellschaft). Zwischen den beiden besteht eine rechtliche Verbindung, idR eine Art **Auftragsverhältnis**, das unterschiedlich gestaltet

1339 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 88 Rz 23.

1340 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 87 bis 89 Rz 15 ff, 68 f.

1341 Vgl § 88 Abs 1 AktG.

1342 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 88 Rz 16 mwN.

1343 Vgl Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 88 Rz 16; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 87–89 Rz 15.

1344 Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 101 Rz 21.

1345 Vgl § 87 Abs 4 AktG; vgl Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 87–89 Rz 13; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 87 Rz 26 ff.

1346 Siehe dazu oben Rz 9.72 ff.

1347 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 87–89 Rz 22; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 88 Rz 25; M. Doralt in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 8 Rz 168; Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 9 Rz 8 ff, Rz 51 ff.

werden kann.¹³⁴⁸ Diese rechtliche Verbindung zwischen Entsandtem und Entsender darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das entsandte Aufsichtsratsmitglied dennoch immer den zwingenden Grundsätzen des Aktienrechts unterworfen ist und daher immer dem Interesse/Wohl der Gesellschaft, deren Organ es angehört, verpflichtet ist.¹³⁴⁹ Das entsandte Mitglied ist damit zwar berechtigt und in gewissem Rahmen gegenüber dem Entsender auch verpflichtet, die Interessen des Senders zu wahren und darf sich auch soweit binden, als damit nicht gegen die zwingenden aktienrechtlichen Pflichten verstoßen wird.¹³⁵⁰ Das entsandte Aufsichtsratsmitglied kann daher grundsätzlich die Interessen der (entsendenden) Konzernobergesellschaft wahren und auch diese offen in Aufsichtsratssitzungen oder anderen Gremien vertreten und offenlegen; sobald jedoch das Unternehmenswohl der eigenen Gesellschaft verletzt würde, müssen die Pflichten gegenüber dem entsendenden Aktionär hinter die Interessen der Gesellschaft zurücktreten.¹³⁵¹ Um solche Interessenkonflikte hintanzuhalten, ist es grundsätzlich möglich, eine Rücktrittsverpflichtung für den Fall widerstreitender Interessen zu vereinbaren.¹³⁵²

Dieses Spannungsverhältnis gilt freilich auch für den Informationsfluss zwischen entsandtem Aufsichtsratsmitglied und dem entsendenden Aktionär. Soweit ein Aufsichtsratsmitglied aufgrund seines Geschäftsbesorgungsvertrags zur Wahrung der Interessen des entsendenden Aktionärs berechtigt ist, ist auch ein gewisser Informationsfluss zulässig und kann auch zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und dem entsendenden Aktionär vereinbart werden.¹³⁵³ Grenzen werden diesem asymmetrischen Informationsfluss durch das Gebot der Gleichbehandlung und das Verbot der Nachteilszufügung gezogen. Wie beim im Konzernrecht grundsätzlich anerkannten, ebenfalls nicht symmetrischen Informationsfluss¹³⁵⁴ ist auch hier das Unternehmenswohl bzw das Gesellschaftsinteresse (und nicht das Interesse des Aktionärs) vorrangig.¹³⁵⁵

9.79

1348 Siehe dazu etwa *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 88 Rz 27; *Kalss*, GesRZ 2010, 143; *G. Schima* in FS Krejci 840; *M. Doralt* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 8 Rz 172.

1349 *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 88 Rz 28.

1350 *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 88 Rz 28; *Kalss*, GesRZ 2010, 143; siehe auch *Ch. Nowotny*, RdW 1999, 286; *G. Schima* in FS Krejci 840; *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 9 Rz 53 ff; § 26 Rz 34 ff, 44 ff; vgl auch *Schön*, ZGR 1996, 450.

1351 Vgl *Drygala* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG³ § 101 Rz 24 mwN; *Hüffer*, AktG¹¹ § 101 Rz 12; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 88 Rz 28; *Kalss*, GesRZ 2010, 143; siehe auch *Ch. Nowotny*, RdW 1999, 286; *G. Schima* in FS Krejci 840; *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 9 Rz 53 ff; § 26 Rz 34 ff, 44 ff. Zur Frage des Informationsflusses zwischen entsandtem Aufsichtsratsmitglied und entsendendem Aktionär siehe auch oben Rz 9.62.

1352 *Ch. Nowotny*, RdW 1999, 287; *G. Schima* in FS Krejci 840 f.

1353 *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat § 19 Rz 37 mwN; *Ch. Nowotny*, RdW 1999, 287; *G. Schima* in FS Krejci 840 f.

1354 *P. Doralt/Diregger*, in MünchKomm AktG V³ 1439 (Rz 43).

1355 *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für Aufsichtsrat § 19 Rz 37 mwN.

b) Unvereinbarkeit bestimmter Organverflechtungen nach §§ 86 und 90 AktG

- 9.80** § 86 Abs 2 sowie § 90 Abs 1 AktG regeln bestimmte Unvereinbarkeiten von Aufsichtsrats- bzw Vorstandsmandaten innerhalb eines Konzerns.¹³⁵⁶ Gemäß § 86 Abs 2 Z 3 AktG kann daher nicht Mitglied des Aufsichtsrates sein, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört, es sei denn, eine der Gesellschaften ist mit der anderen konzernmäßig verbunden oder an ihr unternehmerisch beteiligt (§ 189a Z 7 UGB). § 90 Abs 1 AktG regelt die Unvereinbarkeit zwischen Aufsichtsrats- und Vorstandsmandat innerhalb der Gesellschaft. Darüber hinaus können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglieder oder dauernde Vertreter von Vorstandsmitgliedern von Tochtergesellschaften (§ 189a Z 7 UGB) sein. In diesem Fall würde es nämlich zu einer Überwachung der eigenen Tätigkeit kommen, sodass keine objektive Kontrolle mehr gegeben wäre). Irrelevant ist es daher in diesem Fall auch, in welcher Rechtsform die Tochtergesellschaft geführt wird oder ob sich dessen Sitz im In- oder Ausland befindet.¹³⁵⁷
- 9.81** Die Regelungen der §§ 86 und 90 AktG bezwecken die Aufrechterhaltung der grundsätzlichen Inkompatibilität von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedschaft und damit einer neutralen Kontrolle. Der Kontrollierte soll nicht indirekt oder direkt Kontrolleur sein und umgekehrt; das natürliche Organgefälle soll damit aufrecht bleiben, sodass Besetzungen nur im Einklang mit dem Organisationsgefälle und nicht dagegen zulässig sind.
- 9.82** Das grundsätzliche Verbot von Überkreuzverflechtungen nach § 86 Abs 2 Z 3 AktG ist innerhalb eines Konzerns aufgeweicht. Zulässig sind solche Verflechtungen nämlich dann, wenn die Gesellschaften miteinander konzernmäßig verbunden sind oder eine unternehmerische Beteiligung iSd § 189a Z 7 UGB besteht.¹³⁵⁸ Zulässig ist eine Überkreuzverflechtung daher dann, wenn eine Beteiligung von zumindest 20% (siehe § 189a Z 2 UGB) erreicht wird.¹³⁵⁹
- 9.83** Auch der Corporate Governance Kodex behandelt die Unvereinbarkeit bzw Inkompatibilitäten in verschiedenem Zusammenhang. Zum einen im Konnex mit Interessenkonflikten, zum anderen mit Anforderungen an den Aufsichtsrat. So sind etwa die §§ 86 und 90 AktG in den L-Regeln 44, 55 und 56 abgebildet. Die C-Regel 26 erweitert die Inkompatibilitäten und regelt, dass **Vorstandsmitglieder** nicht mehr als vier Aufsichtsratsmandate in konzernexternen Aktiengesellschaften ausüben sollen. Nach den Erl zum Corpo-

1356 Die Unvereinbarkeitsbestimmungen finden sich auch im GmbHG (siehe §§ 30a, 30e Abs 2 GmbHG).

1357 Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch für Aufsichtsrat² § 2 Rz 35; Karollus/Huemer, GES 2006, 153 (156); Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/465.

1358 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 72; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/466; Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch für Aufsichtsrat² § 2 Rz 1; krit dazu Rüffler, wbl 2006, 14.

1359 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, § 86 Rz 72; vgl auch Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch für Aufsichtsrat² § 2 Rz 56; siehe aber Rüffler, wbl 2006, 14, der keinen Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung für Unterordnungskonzerne sieht.

rate Governance Kodex ist eine Beteiligung, die in ein Syndikat eingebunden ist, idR nicht mitzuzählen.¹³⁶⁰

Zulässig sind hingegen grundsätzlich sog **Doppelmandate**,¹³⁶¹ dh Vorstandsmitglieder der leitenden Gesellschaft können auch Vorstandsmitglieder von Tochtergesellschaften sein. Gleiches gilt für Aufsichtsratsmandate, die aber zahlenmäßig beschränkt sind.¹³⁶² Eine Sonderregelung gilt für Konzerne und öffentliche Unternehmen. Denn zusätzlich zu der in § 86 Abs 2 Z 1 AktG genannten zulässigen Höchstzahl an Aufsichtsratsmandaten von zehn (wobei Aufsichtsratsvorsitze doppelt zählen) ermöglicht Abs 3 durch eine Öffnungsklausel bis zu zehn weitere Sitze in Aufsichtsräten, um die wirtschaftlichen Interessen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde, eines mit der Gesellschaft konzernmäßig verbundenen oder an ihr unternehmerisch beteiligten Unternehmens zu wahren. Die Rechtfertigung der Öffnungsklausel liegt darin, dass Personen, die bestimmte Interessen in nahestehenden Unternehmen vertreten, einen geringeren Arbeitsaufwand haben als vollkommen externe Mitglieder.¹³⁶³ Rechtspolitisch ist diese sehr großzügige Regelung zu hinterfragen, zumal die Frage des Mehraufwandes durch Mehrfachmandate im Konzern sehr stark von dessen Struktur und dem Grad an fachlicher Diversifizierung abhängt. Die Repräsentanz der Organwalter der leitenden Gesellschaft in den Geschäftsführungsorganen der Tochtergesellschaften ist jedenfalls ein effizientes Mittel, um Einfluss zu wahren; es erleichtert aber auch den Informationsfluss.¹³⁶⁴ Dass sich aus der Doppelmandatschaft Interessenkonflikte ergeben können, versteht sich von selbst.¹³⁶⁵ 9.84

Für die GmbH ist die Zulässigkeit des sog Doppelmandatsverbund ebenfalls anerkannt.¹³⁶⁶ Allfällig auftretende Pflichtenkollisionen sind im Einzelfall durch Stimmverbote zu lösen.¹³⁶⁷ 9.85

3. Zustimmungsmittel als Steuerungs- und Überwachungsmittel

Die zentrale Mitwirkung und Kontrollmöglichkeit ist in den **Zustimmungsvorbehalten** des Aufsichtsrates zu sehen. Aufgrund von Zustimmungsvorbehalten ist es dem Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft möglich, grundlegende Geschäftsführungsmaßnahmen seiner Zustimmung zu unterwerfen und so die Hand über für die Gesellschaft und den Konzern wesentliche Geschäfte und Maßnahmen zu haben. Durch Zustimmungsvorbehalte (und die damit verbundenen Rechte und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat) ist ein Netz von Kontrolle und Information des Aufsichtsrates und damit an Infor- 9.86

1360 Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Interpretation zum Österreichischen Corporate Governance Kodex (Fassung Jänner 2015), abrufbar unter www.wienerborse.at/corporate/pdf/CG%20interpretationen%202015%201.pdf (Stand Jänner 2015).

1361 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 73.

1362 Siehe dazu § 86 AktG.

1363 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 76; vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 30a Rz 12; Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch für Aufsichtsrat² § 2 Rz 35 ff; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/464.

1364 Martens, ZHR 1995/159, 571.

1365 Siehe dazu unten Rz 9.136 ff.

1366 Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 4/63; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 30e Rz 8.

1367 Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 4/63 mwN.

mationsaufbereitung durch den Vorstand geschaffen, das die beteiligten Gremien zu einer intensiveren Befassung mit den relevanten zustimmungsunterworfenen Maßnahmen zwingt. Gleichzeitig ist durch die – wie unten dargelegt, idR erforderliche – Konkretisierung und Adaptierung eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte gewährleistet, dass sich der Aufsichtsrat mit relevanten Bereichen bereits abstrakt auseinandersetzt, indem er diese essentiellen Themen für die Gesellschaft identifiziert und diese regelmäßig prüft.

- 9.87** § 95 Abs 5 AktG regelt für jede Aktiengesellschaft, dass bestimmte Geschäfte die Zustimmung des Aufsichtsrates erfordern. Das Aktiengesetz enthält einen demonstrativen Katalog bestimmter Arten von Geschäften und Maßnahmen, die der Vorstand ausnahmsweise nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrates durchführen darf. Dieser klarerweise generalisierende Katalog ist – so § 95 Abs 5 AktG – durch Einziehung bestimmter Betragsgrenzen bei verschiedenen Arten von Geschäften zu konkretisieren.
- 9.88** Gleichzeitig setzt der Gesetzgeber – dies gilt ebenfalls unabhängig von der Eigenschaft als Konzernobergesellschaft – voraus, dass der Katalog durch Erweiterungen und Änderungen an die konkreten Erfordernisse der Gesellschaft angepasst wird.¹³⁶⁸ Soweit es die Überwachung des Vorstands erfordert, **kann** der Aufsichtsrat diese Erweiterung nicht nur vornehmen, sondern er ist dazu **verpflichtet**, um eine situationsangepasste Kontrolle zu gewährleisten.¹³⁶⁹ § 95 Abs 5 letzter Satz AktG gewährleistet diese Flexibilität, in dem er der Satzung und dem Aufsichtsrat die Möglichkeit einräumt, den gesetzlichen Katalog um bestimmte Arten von zustimmungspflichtigen Geschäften zu erweitern, wobei unter Geschäfte nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch alle Maßnahmen und Handlungen fallen.¹³⁷⁰
- 9.89** Eine gewisse Anpassung des gesetzlichen Katalogs ist freilich bei so gut wie jeder Gesellschaft aufgrund der notwendiger Weise generalisierenden Aufzählung in § 95 Abs 5 AktG erforderlich.¹³⁷¹ Hat die Satzung der Gesellschaft den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte und Maßnahmen nicht näher definiert, ist der Aufsichtsrat daher gehalten, eine entsprechende Konkretisierung und Anpassung vorzunehmen und diese laufend auf Tauglichkeit zu überprüfen. Anlassbezogen kann der Aufsichtsrat daher auch den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte erweitern oder konkretisieren.¹³⁷²
- 9.90** Nach richtiger Ansicht nicht zulässig ist es, dass der Aufsichtsrat mittels Beschlusses sämtliche „wesentlichen Geschäfte“ oder sämtliche „über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausreichenden Geschäfte“ seiner Zustimmung unterwirft¹³⁷³ und damit einen

1368 Vgl zB G. Schima, GesRZ 2012, 35 f; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 95–97 Rz 37.

1369 OGH 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4 = JBl 1978, 159; Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 95 Rz 81; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 95–97 Rz 48; Briem in *Kalss/Kunz*, Handbuch für Aufsichtsrat² § 12 Rz 58.

1370 Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 93 Rz 87 mwN; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 95–97 Rz 37.

1371 Siehe dazu auch G. Schima, GesRZ 2012, 36; St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2011, 165.

1372 G. Schima, GesRZ 2012, 36.

1373 G. Schima, GesRZ 2012, 36; vgl dazu Semler in *MünchKomm AktG* II² § 111 Rz 399; siehe aber Habersack in *MünchKomm AktG* II⁴ § 111 Rz 115; nach in Deutschland nunmehr hM ist ein ad hoc Zustimmungsvorbehalt zulässig.

Rechtszustand wie bei der GmbH schafft, wo nach ganz hM die Geschäftsführer die Gesellschafter auch dann vor dem Abschluss ungewöhnlicher Geschäfte um Zustimmung fragen müssen, wenn das weder in der Satzung noch in einem Gesellschafterbeschluss geregelt ist.¹³⁷⁴ Denn bei „allen ungewöhnlichen Geschäften“ handelt es sich nicht um „bestimmte Arten“ von Geschäften iSd § 95 Abs 5, letzter Satz AktG.¹³⁷⁵

Nicht unstrittig ist aber, ob der Aufsichtsrat ermächtigt ist, **einzelne** Geschäfte seiner Zustimmung zu unterwerfen. Teilweise wird vertreten, dass durch die Möglichkeit der Erweiterung nur um „**Geschäftsarten**“ konkrete in der Zukunft liegende Geschäftsführungsentscheidungen nicht in die Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrates übertragen werden können.¹³⁷⁶ Die in Deutschland hM ist indes, dass der Aufsichtsrat auch bestimmte konkrete Geschäfte ad hoc seiner Zustimmungskompetenz unterwerfen kann.¹³⁷⁷ 9.91

Klar ist zunächst, dass ein ad hoc Zustimmungsvorbehalt vom Wortlaut des § 95 Abs 5 letzter Satz AktG nicht umfasst ist. Wer ad hoc Zustimmungsvorbehalte für den Einzelfall befürwortet, muss daher eine planwidrige Lücke begründen und die Voraussetzungen für eine Analogie nachweisen. Ob es zutrifft, dass die Zulässigkeit von ad hoc Zustimmungsvorbehalten schon aus dem Zweck der Bestimmung abgeleitet werden kann,¹³⁷⁸ ist fraglich. Gewiss soll das Gesetz dem Aufsichtsrat die Möglichkeit geben, bei wesentlichen Entscheidungen, Maßnahmen und Geschäften des Vorstands mitzuwirken, womit eine gewisse Kontrolle durch ein weiteres Gremium für grundlegende Entscheidungen einge-
zogen ist. Dafür, dass eine solche Kontrolle vom Aufsichtsrat auch nur in Bezug auf ein einzelnes, gerade aktuell bevorstehendes Geschäft ausgeübt werden darf, besteht jedoch kein praktisches Bedürfnis. Denn der Aufsichtsrat kann auch ad hoc den Katalog nach generell-abstrakten Merkmalen so erweitern. Dadurch kann er aus gegebenem Anlass ein vom Vorstand angedachtes Geschäft, das bisher nicht vom Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte erfasst ist, seiner Zustimmung unterwerfen. Eine solche Vorgangsweise entspricht in Wahrheit auch der Sorgfalt eines ordentlich handelnden Aufsichtsrates, weil dieser Sorge tragen muss, dass ein weiteres künftiges Geschäft, das ähnliche Kriterien erfüllt, ebenfalls zustimmungspflichtig ist. Würde der Aufsichtsrat dagegen nur das konkret bevorstehende Geschäft seiner Zustimmung unterwerfen, stünde er vielleicht in ein paar Monaten erneut vor dem Problem, einen ad hoc Zustimmungsvorbehalt setzen zu müssen. Er liefe dabei uU sogar Gefahr, von dem weiteren Geschäft nicht zeitgerecht zu erfahren, weil es vom früher gesetzten Einzelvorbehalt nicht umfasst und damit 9.92

1374 Vgl. P. Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG² 273; G. Schima, GesRZ 1999, 106 mwN.
1375 G. Schima, GesRZ 2012, 36.

1376 So etwa Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 95–97 Rz 48; G. Schima, GesRZ 2012, 36.

1377 Vgl. dazu Hüffer, AktG¹¹ § 111 Rz 39; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 87; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 95–97 Rz 49. Vgl. demgegenüber G. Schima (GesRZ 2012, 36), der die Verankerung der Zustimmungspflicht nur durch anlassbezogene, generalisierende Erweiterung des Katalogs befürwortet. Damit kann freilich dasselbe Ergebnis erzielt werden, was gleichzeitig ein wesentliches Argument gegen die über den Wortlaut hinausreichende Auslegung des § 95 Abs 5 AktG ist.

1378 Siehe dazu etwa BGH 15. 11. 1993, II ZR 235/92 BGHZ 124, 111, 126 f = NJW 1994, 520.

bis dato nicht zustimmungspflichtig ist.¹³⁷⁹ Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Ad hoc Zustimmungsvorbehalte stehen konstruktiv **Weisungen** nahe, weil ein solcher Vorbehalt das Gebot enthält, das konkrete Geschäft – zunächst – zu unterlassen. Ein Weisungsrecht räumt aber das AktG dem Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand bekanntlich nicht ein. Ad hoc Zustimmungsvorbehalte stehen daher in einem Spannungsverhältnis mit der aktienrechtlichen Organstruktur und Hierarchie. Dies ist ein weiteres Argument gegen die analoge Ausdehnung des Gesetzeswortlautes. Denn die Zulassung von bloß auf ein einzelnes Geschäft zugeschnittenen Zustimmungsvorbehalten löst kein einziges Problem, das nicht auch anders und **innerhalb** des Wortlautes des § 95 Abs 5, letzter Satz AktG gelöst werden kann, und es belastet das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zusätzlich und unnötiger Weise mit einem Instrument, das mit § 70 Abs 1 AktG nicht harmoniert.

- 9.93** Die ad hoc Zustimmungsvorbehalte befürwortende Sichtweise des BGH¹³⁸⁰ lässt diese oben angeführten Aspekte außer Acht.
- 9.94** Nicht aber darf die Kompetenz des Vorstands (sei es nun durch ad hoc Zustimmungsvorbehalt, sofern man diesen für zulässig hält, oder durch den generellen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte) derart eingeschränkt werden, dass das tägliche Geschäft des Vorstands ohne den Aufsichtsrat nicht mehr funktioniert, der Vorstand in seiner (alltäglichen) Geschäftsführung gehindert wird oder der Aufsichtsrat de facto zum „Supergeschäftsführungsorgan“ mutiert.¹³⁸¹ Die **Leitungsautonomie** muss klar beim Vorstand verbleiben.¹³⁸² In die Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrates fallen daher idR nur solche Geschäfte, die auch tatsächlich für die Gesellschaft bedeutsame Geschäfte sind. Freilich besteht hier ein gewisser Graubereich, der durchaus im Ermessen des Aufsichtsrates liegt.
- 9.95** § 95 Abs 5 AktG unterscheidet nicht zwischen Konzerngesellschaften und Einzelgesellschaften, sondern regelt den Zustimmungsvorbehalt grundsätzlich nur für die jeweilige Einzelgesellschaft. Für Konzernobergesellschaften ist aber eine Ergänzung durch konzernrelevante Geschäfte vorzunehmen,¹³⁸³ da weil der Katalog des § 95 Abs 5 AktG auch nicht simpel auf die Tochtergesellschaften umgelegt werden kann.¹³⁸⁴ Ein Geschäft einer Tochtergesellschaft kann nur dann durch den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zu kontrollieren sein, wenn sich dieses auch auf die Obergesellschaft auswirkt.¹³⁸⁵ Dies

1379 Gewiss wird ein kluger und nicht auf Konfrontation erpichter Vorstand in so einem Fall ein ähnliches, künftiges Geschäft dem Aufsichtsrat rechtzeitig vorher anzeigen, wenn er weiß, dass der Aufsichtsrat in einem vergleichbaren Fall einen ad hoc Genehmigungsvorbehalt beschlossen hat. Verpflichtet wäre der Vorstand aber – streng genommen – dazu nicht.

1380 BGH 15. 11. 1993, II ZR 235/92 BGHZ 124, 111, 126 f = NJW 1994, 520.

1381 Siehe dazu OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k.

1382 So Hüffer, AktG¹¹ § 111 Rz 42.

1383 Siehe Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 90; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht 3/525; Kalss, AR aktuell 3/2009, 6 ff; siehe auch Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 422; St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2011, 163 ff; G. Schima, GesRZ 2012, 38 f; Jordis in Kalss/Kunz, Handbuch für Aufsichtsrat § 9 Rz 50; vgl auch von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.75 ff mwN.

1384 Kalss, AR aktuell 3/2009, 6; Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 425.

1385 Kalss, AR aktuell 3/2009, 6; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 90.

gilt gleichermaßen für den gesetzlichen als auch für den durch Satzung oder Geschäftsordnung erweiterten Katalog. Eine **konzernweite Anwendung** von in der Satzung geregelten Zustimmungsvorbehalten durch den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft setzt grundsätzlich voraus, dass eine solche überhaupt gewollt und auch zweckmäßig ist, was ausdrücklich geregelt sein kann und auch werden sollte, aber nicht unbedingt muss. Die hA geht indes so weit, dass der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte „konzernweit“ auszulegen ist, sodass im Einzelfall auch bei fehlender Bezugnahme auf beherrschte Gesellschaften die Anwendung des Kataloges durch Analogie gegebenenfalls abgeleitet werden kann.¹³⁸⁶

Ob – auch bei konzernweiter Auslegung – ein Geschäft tatsächlich der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates der Konzernobergesellschaft unterliegt, hängt davon ab, ob dieses Geschäft auch eine **Relevanz für den Konzern** und damit die Konzernobergesellschaft besitzt.¹³⁸⁷ Dies ist im Einzelfall zu beurteilen und hängt von der konkreten Konzernstruktur ab. Je nach Intensität der Konzernleitung wird der Katalog enger oder weiter zu gestalten sein.¹³⁸⁸ Konzernrelevanz ist idR dann anzunehmen, wenn sich Maßnahmen einer Tochtergesellschaft auch auf die Vermögens- und Ertragslage der Muttergesellschaft nicht bloß unbedeutend auswirken.¹³⁸⁹ Dieses Erfordernis steht auch im Einklang mit der strategiegebenden und begleitenden Funktion des Aufsichtsrates der leitenden Muttergesellschaft, die sich ebenfalls auch auf die Konzernstrategie ausweitet. Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft muss sich daher quasi aus einer Art Vogelperspektive mit allen für den Konzern wesentlichen Geschäften beschäftigen; einzelne Geschäfte auf Ebene der Tochtergesellschaft fallen aber nicht in seine Kompetenz. Eine solch weite Auslegung verstieße auch gegen die Autonomie der einzelnen Tochtergesellschaften und die Verantwortung der dort eingerichteten Organe.¹³⁹⁰

Dies steht im Einklang mit der Regelung des Corporate Governance Kodex (L-Regel 35), die eine Erweiterungspflicht (jedenfalls hinsichtlich der Festlegung von Betragsgrenzen) für konzernrelevante Geschäfte von Tochtergesellschaften vorsieht und ungeachtet des Fehlens einer explizit so lautenden gesetzlichen Vorschrift dabei eine L-Regel statuiert.

Wie zuvor festgehalten, sind Zustimmungsvorbehalte derart zu gestalten, dass sie konzernrelevante Maßnahmen und Geschäfte umfassen. Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft kann diesen Katalog aber nicht qua seiner Position in den Tochtergesellschaften „erlassen“. Der Katalog gilt grundsätzlich nur für die Gesellschaft, der der Aufsichtsrat angehört. Aus dieser Tatsache ergibt sich ein gewisses Spannungsverhältnis, weil der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft eben nicht auf die beherrschten Gesellschaften direkt zugreifen und diesen daher nicht seinen Katalog einfach oktroyieren kann.¹³⁹¹ Die-

1386 Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 111 Rz 66 f; Hüffer, AktG¹¹ § 111 Rz 53; Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 325 (339 ff); Kalss, AR aktuell 3/2009, 6; Eckert/Gassauer-Fleissner, GES 2004, 425; siehe auch G. Schima, GesRZ 2012, 39.

1387 Vgl etwa Hüffer, AktG¹¹ § 111 Rz 51 mwN; Lutter, AG 2006, 520; Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 339 ff.

1388 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 90; G. Schima, GesRZ 2012, 39.

1389 Siehe Kalss, AR aktuell 3/2009, 7.

1390 Kalss, AR aktuell 3/2009, 8.

1391 Siehe hierzu etwa G. Schima, GesRZ 2012, 39.

ser *prima vista* bestehende Widerspruch lässt sich jedoch auflösen: Die konzernweite Geltung der Zustimmungsvorbehalte hat der Vorstand der Konzernobergesellschaft unter rechtskonformer Zuhilfenahme seiner Beteiligungsrechte, dh in Form von Geschäftsordnungen, Einwirkung auf Gremien, Beschlüsse und Weisungen, durchzusetzen.¹³⁹²

- 9.99** Wie weit der Vorstand hier auf die einzelnen Tochtergesellschaften einwirken kann, hängt aber – wie bereits erwähnt – naturgemäß von der konkreten Gesellschaftsform der Tochtergesellschaft ab.¹³⁹³ Der Aufsichtsrat der leitenden Muttergesellschaft kann aber jedenfalls von dem von ihm überwachten Geschäftsführungsorgan verlangen, dass dieses den Katalog konzernweit umzusetzen versucht.¹³⁹⁴
- 9.100** Liegt ein konzernrelevantes, zustimmungspflichtiges Geschäft auf Ebene eines Konzerngliedes vor, ist dieses daher (auch) vom Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft zu genehmigen. Die Zustimmungskompetenz ersetzt aber nicht einen Zustimmungsvorbehalt auf Ebene der Gesellschaft, die dieses Geschäft oder die konzernrelevante Maßnahme direkt vornimmt, sondern sie tritt zu dieser hinzu.¹³⁹⁵ Das Geschäft ist damit auf mehreren Ebenen zu prüfen und durch voneinander getrennte Beschlussfassungen zu genehmigen. Ist das Geschäft auch für zwischengeschaltete Gesellschaften möglicherweise relevant, kann sich dementsprechend auch das Erfordernis einer weiteren Beschlussfassung ergeben.¹³⁹⁶ Die Beschlüsse ersetzen einander daher nicht wechselseitig.
- 9.101** Das bedeutet, dass die Geschäftsleitung einer beherrschten Tochtergesellschaft ein Geschäft, das deren Aufsichtsrat nicht genehmigt, nicht schon deshalb abschließen darf, weil es der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft genehmigt. Handelt es sich bei der beherrschten Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft, gilt dies vorbehaltlos. Handelt es sich um eine GmbH, ersetzt zwar der Aufsichtsratsbeschluss der Konzernobergesellschaft auch nicht den der Tochtergesellschaft, doch kann der Vorstand der Konzernobergesellschaft entweder (bei 100%iger Beteiligung) unmittelbar oder über die Kontrolle der Generalversammlung einen gegenteiligen Aufsichtsratsbeschluss in der beherrschten Gesellschaft *de facto* außer Kraft setzen.¹³⁹⁷

4. Informationsrechte und -pflichten

- 9.102** Die Überwachung und Steuerung jeder Gesellschaft und damit auch jedes Konzerns stehen und fallen mit der Einholung, Aufbereitung und Verarbeitung relevanter Informationen. Solange kein ordentliches Informationsregime eingeführt ist, geht zwangsläufig

1392 Vgl. Hüffer, AktG¹¹ § 111 Rz 54 mwN; Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 341 f; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁶ Rz 161; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 111 Rz 67 mwN.

1393 Siehe dazu oben Rz 9.64; vgl. auch G. Schima, GesRZ 2012, 40 mwN; St. Frotz/Spitznagel, RWZ 2011, 166; vgl. auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/935 ff; Hüffer, AktG¹¹ § 111 Rz 54 mwN.

1394 G. Schima, GesRZ 2012, 40 mwN.

1395 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 90; G. Schima, GesRZ 2012, 41 mwN.

1396 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 90.

1397 Unstrittig: Vgl. Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/269; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 30j Rz 20; G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 36 f.

jede Kontrolle und jeder Zustimmungsvorbehalt ins Leere. Fehlende Information führt letztlich dazu, dass Geschäftschancen verpasst, nicht fundierte Entscheidungen getroffen und erforderliche Maßnahmen nicht oder zu spät ergriffen werden.

Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber für jede Aktiengesellschaft ein umfassendes Zusammenspiel an Informations- und Berichtspflichten etabliert, das einen aktuellen und umfassenden Informationsstand der Organe der Gesellschaft sicherstellen soll. Innerhalb eines Konzerns sind bestimmte konzernbezogene Informationsrechte etabliert, die zu einer Informationsasymmetrie innerhalb des Konzerns führen. Die Konzernobergesellschaft soll sich für ihre Entscheidungsfindung ein Bild von den Tochtergesellschaften machen können.¹³⁹⁸ **9.103**

Dabei ist zwischen Informationen innerhalb der Gesellschaft an den Vorstand, Informationen an den Aufsichtsrat der Gesellschaft und sodann Informationen innerhalb des Konzerngefüges zu unterscheiden. Freilich sind die Informationsregime von Vorstand und Aufsichtsrat mit einander verzahnt. Sämtliche Informationen, die der Vorstand der Konzernobergesellschaft im Zuge der von ihm eingeführten Berichts- und Informationssysteme erhält, dienen letztlich auch zur Entwicklung und Infragestellung der Konzernstrategie. **9.104**

Bei der **GmbH** ist das Informationsrecht umfassender; die Gesellschafter haben ein umfassendes Informationsrecht auch außerhalb der Generalversammlung.¹³⁹⁹ *Koppensteiner/Rüffler* befürworten einen Anspruch auf Information auch gegenüber abhängigen Unternehmen, sofern es um Tatsachen geht, die für die (herrschende) GmbH selbst von Bedeutung sind.¹⁴⁰⁰ **9.105**

Zu beachten sind stets auch **datenschutzrechtliche Aspekte**, die insb bei konzernweiter Datenweitergabe von besonderer Relevanz sind.¹⁴⁰¹ Das österreichische Datenschutzrecht kennt nämlich **keine generelle Konzernklausel oder ein Konzernprivileg**,¹⁴⁰² sodass Datenübermittlungen zwischen Konzerngesellschaften grundsätzlich wie solche an Dritte zu behandeln sind und im Einzelfall das Vorliegen berechtigter Interessen für die Weitergabe von Daten zu prüfen ist.¹⁴⁰³ IdR wird aber eine gesetzliche Pflicht zur Informationsweitergabe datenschutzrechtlich beachtlich sein. Problematisch wird das va dann, wenn die Datenüberlassung an ausländische Konzerngesellschaften in Ländern betroffen ist, die kein adäquates Datenschutzniveau haben und damit gegebenenfalls Melde- und Genehmigungspflichten bestehen. Bietet ein Drittland kein angemessenes Schutzniveau der Freiheiten und Grundrechte, das mit jenem innerhalb der Europäischen Union gleichwertig ist, ist ein Datentransfer in dieses Land grundsätzlich – sofern keine materielle Ausnahme vorliegt (zB Zustimmung des Betroffenen) oder Standardvertragsklauseln ab- **9.106**

1398 P. Doralt/Diregger, in MünchKomm AktG V⁴ 1467 (Rz 69 ff).

1399 OGH 6. 9. 1990, 6 Ob 17/90; 17. 12. 2010, 6 Ob 175/10 v; 28. 8. 2013, 6 Ob 96/13 f; 28. 8. 2013, 6 Ob 198/12 d.

1400 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 22 Rz 39 mwN.

1401 Vgl dazu etwa Mackert, Compliance-Funktion in einer Holding, in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 6.142 ff, 6.148 ff.

1402 Vgl Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 104; Knyrim, Datenschutzrecht³ 63.

1403 Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 102 ff.

geschlossen und von der Datenschutzbehörde genehmigt wurden – unzulässig, wobei dies – wie der EuGH kürzlich in seinem „Safe-Harbor Urteil“¹⁴⁰⁴ entschieden hat – durch die nationalen Datenschutzbehörden zu prüfen ist.

- 9.107** Bestimmte in Konzernen oft vorkommende Datenanwendungen sind durch die **Standard- und Musterverordnung 2004** (StMV 2004) (etwa die **Standardanwendung SA033 „Datenübermittlung im Konzern“**) bereits definiert und können – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – ohne Melde- bzw. Genehmigungspflicht (auch im internationalen Datenverkehr) umgesetzt werden.¹⁴⁰⁵ Das Privileg kommt auch dann zur Anwendung, wenn Daten Konzerngesellschaften überlassen oder übermittelt werden, die ihren Sitz in Ländern haben, in denen kein angemessenes Datenschutzniveau besteht.¹⁴⁰⁶ Dies gilt aber nur dann, wenn Art 25 der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG erfüllt ist oder ausreichend Garantien in Form von Standardvertragsklauseln der Europäischen Kommission gem Art 26 Abs 2 iVm Abs 4 der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG vorhanden sind. Grundsätzlich hat die Kommission in ihrer Stellungnahme zum „Safe-Harbor-Urteil“ des EuGH festgehalten, dass ein Transfer personenbezogener Daten in die USA weiterhin auf Standardvertragsklauseln gestützt werden kann; dies wurde aber bereits durch die deutsche Datenschutzkonferenz in Frage gestellt, und in Österreich wird der Transfer in die USA im Einzelfall geprüft.¹⁴⁰⁷ Wie sich daher das Safe-Harbor-Urteil auf den Datentransfer innerhalb eines Konzerns in die USA auswirkt, ist daher (noch) nicht vollkommen geklärt.
- 9.108** Die Standardanwendung SA033 umfasst vier häufig in Konzernen vorkommende Datenanwendungen: (i) die konzernweite Kontakt- und Termindatenbank, (ii) die Karrieredatenbank, (iii) die Verwaltung von Bonus- und Beteiligungsprogrammen eines Konzerns und (iv) die technische Unterstützung (dies betrifft Helpdesk- und Wartungsdienste zur technischen Unterstützung der Mitarbeiter des Auftraggebers durch andere Konzernunternehmen oder externe Unternehmen).¹⁴⁰⁸
- 9.109** Auch die konzernweite Übermittlung und Verarbeitung von Kundendaten kann nicht ohne weiteres durchgeführt werden. Im Rahmen der Standardanwendung SA001 „Rechnungswesen und Logistik“ der StMV 2004 können Lieferantendaten und Daten von gewerblichen Kunden und Großkunden (nicht aber Daten von Endverbrauchern)¹⁴⁰⁹ an die Konzernleitung (und nicht an Schwestergesellschaften oder andere Konzernglieder) weitergegeben werden.
- 9.110** Andere Übermittlungen und Verarbeitungen (wie zB Whistleblowing-Systeme) sind daher gegebenenfalls genehmigungspflichtig.¹⁴¹⁰

1404 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14; siehe dazu *Vogt-Majarek/Spring*, ARD 2015, 3; *Retter/Marko*, RdW 2015, 691.

1405 *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 63.

1406 *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 64.

1407 *Retter/Marko*, RdW 2015, 691; krit auch *Vogt-Majarek/Spring*, ARD 2015, 6f.

1408 Siehe dazu Datenschutz: Datenübermittlung im Konzern – BGBl II 2012/306 ARD 6266/3/2012.

1409 *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 58.

1410 *Auer*, Grundrecht auf Datenschutz im Unternehmen 140; *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 57 f; siehe dazu *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 152 ff.

a) Maßnahmen des Vorstands zur Informationsbeschaffung

Schon aufgrund seiner Leitungspflichten hat der Vorstand dafür zu sorgen, dass er immer ein umfassendes Bild über die (relevanten) Geschehnisse innerhalb der Gesellschaft hat. Anders kann er seine Leitungsfunktion auch nicht wahrnehmen. Die Pflicht zur Einholung von Informationen wird dahingehend komplettiert, dass der Vorstand auch dafür verantwortlich ist, die für die Berichte an den Aufsichtsrat erforderlichen Informationen einzuholen, um seinen Berichtspflichten (gegenüber dem Aufsichtsrat, aber auch gegenüber Behörden) nachkommen zu können. Die in den Gesellschaften eingerichteten Abteilungen oder Stabstellen umfassen idR ua das IKS/Rechnungswesen, Controlling, Risikomanagement und Compliance. Wenngleich diese Informations- und Kontrollsysteme unterschiedliche Zielsetzungen haben, sind sie doch miteinander verbunden und zu verknüpfen. Eine rein parallele Einrichtung derselben ist schon aus ökonomischen Gründen nicht zielführend. 9.111

◦ Organisation von Internem Kontrollsystem und Rechnungswesen

Nach § 82 AktG ist der Vorstand zur Einführung – und auch regelmäßigen Prüfung – eines internen Kontrollsystems und eines Rechnungswesens verpflichtet, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen. Durch das IKS kann die Umsetzung der Geschäftspolitik kontrolliert und damit auch regulierend eingegriffen werden. Das IKS dient der Aufbereitung von Zahlen, Informationen und Daten, wodurch die Geschäftsleitung ständig in der Lage sein soll, sich ein aktuelles Bild betreffend Risiken, Schäden und Geschäftsentwicklung zu machen.¹⁴¹¹ Wenngleich den Vorstand der leitenden Gesellschaft die Verantwortung für die konzernweite Einführung trifft, sind letztlich die leitenden Organe der beherrschten Tochtergesellschaften für die Umsetzung und Organisation verantwortlich. 9.112

Da die Rechnungslegungspflicht auch die konzernangehörigen Unternehmen umfasst, sind aber auch die Organe der Tochtergesellschaften verpflichtet, ein entsprechendes konzernweites **Dokumentations- und Berichtswesen** einzuführen.¹⁴¹² Die konkrete Ausgestaltung des IKS hängt – wie dies der Gesetzgeber ausdrücklich vorsieht – von der Struktur bzw den Anforderungen des Unternehmens ab, dh es fällt in das verantwortliche Ermessen des Vorstands, wie er das IKS und das Rechnungswesen (Kosten- und Planungsrechnungen, Rentabilitäts- und Liquiditätsberechnungen) strukturiert.¹⁴¹³ Dementsprechend hat der Vorstand der Konzernobergesellschaft dafür zu sorgen, dass ihm sämtliche Informationen iSd § 82 AktG zukommen. Die Leitungsorgane der beherrschten Unternehmen sind hingegen schon aufgrund der Konsolidierung (§ 247 UGB) verpflichtet, den Anforderungen zu entsprechen und die relevanten Informationen weiterzugeben.¹⁴¹⁴ Das IKS ist damit die Grundlage für die Rechnungslegung.

Vergleichbares gilt bei der GmbH. Gem § 22 Abs 1 GmbHG hat der Geschäftsführer für die Einführung eines Rechnungswesens und IKS zu sorgen, um eine jederzeitige Prüfung der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage zu ermöglichen. Sowohl die Führung des

¹⁴¹¹ Vgl von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.38 ff.

¹⁴¹² Vgl Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 82 Rz 3.

¹⁴¹³ Vgl Kalss in MünchKomm AktG II⁴ § 91 Rz 85.

¹⁴¹⁴ Kalss in MünchKomm AktG II⁴ § 91 Rz 86 mwN.

Rechnungswesens als auch die Kontrolle des IKS kann in konzernverbundenen Unternehmen der Konzernobergesellschaft oder einer Tochtergesellschaft mittels Gesellschafterbeschluss überantwortet werden. Dies ist zwar im Zusammenhang mit dem internen Rechnungswesen nicht weiter problematisch. Im Hinblick auf das in §§ 189 ff UGB determinierte externe Rechnungswesen und auf das IKS ist die abhängige GmbH dennoch nicht von der Überwachung des ordnungsgemäßen Rechnungswesens und des IKS entbunden.¹⁴¹⁵

• Controlling und Risikomanagement

- 9.113** Die Einführung eines konzernweiten Controlling-Systems und Risikomanagements (Risikocontrolling, -erkennung und -überwachung) ist Teil der Überwachung durch den Vorstand und liegt in dessen Ermessen.¹⁴¹⁶ Je nach Größe und Konzernstruktur wird der Vorstand oftmals zur Einführung eines weitergehenden Kontrollsystems schon deshalb verpflichtet sein, um seinen Überwachungsaufgaben nachkommen zu können.

Das Controlling setzt auf den durch das IKS eingeholten Daten auf und ist damit eine Erweiterung desselben. Durch das Risikocontrolling kann der Vorstand entsprechende Maßnahmen zur Risikovermeidung ebenfalls setzen wie die gezielte Übernahme von Risiken einschätzen. Zielrichtung des Controlling und Risikomanagements ist auch die begleitende Prüfung und Abschätzung laufender Projekte und Maßnahmen.

• Compliance Systeme

- 9.114** Als Teil der Leitungs- und Überwachungspflicht des Vorstands wird auch die Einführung einer „Corporate Compliance“ innerhalb der Gesellschaft und – soweit rechtlich durch- bzw umsetzbar – in den Konzerngesellschaften als konzernweites System verstanden.¹⁴¹⁷

Compliance besteht in erster Linie aus Risikoanalyse, Schaffung von Kontrollsystemen und Berichtswesen.¹⁴¹⁸ Es dient damit zum einen einer umfassenden Kontrolle der Tätigkeiten innerhalb der Konzerngesellschaften, zum anderen wird auch durch ein Compliance System eine entsprechende Informationskultur geschaffen. Wenn man von Informationsaustausch spricht, ist aber immer auf Ebene jeder Gesellschaft zu beurteilen, inwieweit Informationen weitergegeben werden können.¹⁴¹⁹ Reine Konzernlegalitätskontrolle wird idR unproblematisch sein, wobei aus Sicht der Tochtergesellschaften der Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen geboten sein kann. Anders kann es sich aber verhalten, wenn neben der Konzernobergesellschaft andere (Minderheits-)Gesell-

1415 G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 59 ff.

1416 Kalss in MünchKomm AktG II⁴ § 91 Rz 96; Hüffer, AktG¹¹ § 91 Rz 9 mwN; Kort in GroßKomm AktG⁵ § 91 Rz 66 mwN; vgl auch von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.41; für die GmbH siehe § 22 Abs 1 GmbHG; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/322 ff.

1417 Siehe dazu Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/334; Hüffer, AktG² § 76 Rz 11 ff; von Schenck in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.45 mwN; Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 93 Rz 8 mwN; Habersack, AG 2014, 1; Goette, ZHR 2011/175 388; Bicker, AG 2012, 542; siehe auch Dreher in FS Hüffer 168 ff.

1418 Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 93 Rz 8.

1419 Siehe dazu oben Rz 9.104 ff.

schafter vorhanden sind, weil dann die Informationsweitergabe ua wegen der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kritisch zu beurteilen ist.¹⁴²⁰

Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verhaltens innerhalb der einzelnen Konzernglieder ist zunächst die Pflicht jedes Geschäftsleiters und des Kontrollorgans derselben.¹⁴²¹ Ob daraus eine allgemeine Pflicht zur Etablierung eines standardisierten Compliance Systems abzuleiten ist, ist nicht unstrittig.¹⁴²² Innerhalb der Gesellschaftsorganisation ist jedenfalls ein Kontrollsystem einzuführen, das die jeweilige Risikolage abbildet und an geeigneter Stelle entsprechende Legalitätskontrollen einführt.¹⁴²³ Wie dieses aber ausgestaltet ist, muss wohl im Einzelfall entschieden werden. Je nach Organisation und Komplexität des Unternehmens kann in einem Unternehmen ein engmaschigeres Kontrollnetz zu ziehen sein, während bei einem anderen die Überwachung auf ein Mindestmaß reduziert werden kann. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass sich ein Geschäftsleiter im Fall eines Rechtsverstosses auch am tatsächlich in vergleichbaren Unternehmen praktizierten Compliance-Standard wird messen lassen müssen. Denn das, was die „beteiligten Verkehrskreise“ tatsächlich leben, bestimmt dort, wo präzise Rechtsvorschriften fehlen, den Grad der objektiv geschuldeten Sorgfalt, sodass Verstöße dagegen Rechtswidrigkeit als eine der Grundvoraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch bewirken können.¹⁴²⁴ Immer mehr hochgeschraubte unternehmensinterne Regeln bewirken daher auch – und das wird sowohl in der juristischen Diskussion manchmal übersehen als auch von der Praxis weitgehend verkannt – eine laufende Anhebung der schadenersatzrechtlich relevanten Anforderungen an sorgfaltskonformes Verhalten bzw umgekehrt eine Absenkung der Voraussetzungen für objektiv sorgfaltswidriges, dh rechtswidriges Verhalten.¹⁴²⁵

Dementsprechend ist auch auf Konzernebene zwar idR – von Sondervorschriften für bestimmte Branchen abgesehen – kein umfassendes Kontrollsystem verpflichtend einzuführen. Auf Grundlage der allgemeinen Konzernleitungspflicht ist aber dafür zu sorgen, dass die eigene Gesellschaft durch Handeln der von ihr beherrschten Unternehmen nicht geschädigt wird. Dies umfasst nicht nur etwaige Schäden aufgrund von Strafen, durch die

1420 Siehe *Verse*, ZHR 2011/175, 420 ff.

1421 Vgl *Verse*, ZHR 2011/175, 406 ff; siehe dazu auch *Hüffer*, AktG¹¹ § 76 Rz 12; *Habersack*, AG 2014, 1 ff; siehe auch *Winter* in FS Hüffer 1104 ff; zu den rechtlichen Grundlagen von Compliance-Systemen, insb zur Frage nach dem Bestehen einer allgemeinen Compliance-Pflicht und den an solche Systeme zu stellenden Anforderungen auch *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 68 ff.

1422 *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Organhaftung 13 (19 f); *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG2 § 84 Rz 8 mit Verweis auf *Hüffer* in FS Roth 299 (301 ff); *Kindler* in FS Roth 371; *Napokoj* in *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance Rz 34; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 68 ff (69); *Hüffer*, AktG¹¹ § 76 Rz 14; aM *Spindler*, WM 2008, 905 f.

1423 *Verse*, ZHR 2011/175, 407 ff.

1424 Vgl *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 68 ff; *H. Fuchs* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2013, 35 (38); *Lewisch* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2013, 43 (49); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 4/13 ff. Vgl auch Rz 9.112 ff.

1425 Vgl *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 68 ff.

die Beteiligungen weniger wert werden, sondern auch – va bei Markenidentität – Schäden, die durch negative Medienberichterstattung (Reputationsschäden) auch direkt bei der leitenden Gesellschaft und auch Schwestergesellschaften entstehen können.¹⁴²⁶

Das Compliance System ist daher je nach Konzernstruktur im Ermessen des Vorstands zu etablieren, auch wenn teilweise eine umfassende Legalitätskontrollpflicht verlangt wird.¹⁴²⁷ Mangels direkter Eingriffsmöglichkeiten ist aber wohl eine uneingeschränkte allgemeine Pflicht zur Einführung eines konzernweiten Compliance Systems nicht denkbar. Für bestimmte Branchen besteht jedoch die sondergesetzliche Verpflichtung zur Einführung von Compliance Systemen.¹⁴²⁸ Die Verantwortung für das Compliance System und die Einführung hat aber wiederum das geschäftsleitende Organ.¹⁴²⁹

• Interne Revision

Die Interne Revision komplettiert letztlich die internen Informations- und Kontrollsysteme. Ihre Einrichtung liegt – abgesehen von bestimmten Branchen – wiederum im Ermessen des Vorstands,¹⁴³⁰ wird aber idR bei konzernmäßiger Verflechtung von Gesellschaften erforderlich sein. Das Besondere an der internen Revision liegt insb an der Tatsache, dass die interne Revision die bereits bestehenden Systeme kontrolliert, unabhängig sein sollte und direkt der Geschäftsleitung berichtet.¹⁴³¹

b) Information des Aufsichtsrates

9.115 Das österreichische Aktiengesetz knüpft die Information des Aufsichtsrates an verschiedene kontinuierliche oder ad hoc bestehende Berichtspflichten des Vorstands.¹⁴³² Das **Berichtsregime** umfasst:

- Jahresberichte
- Quartalsberichte
- Sonderberichte
- Anforderungsberichte
- Vorlageberichte

Adressat der Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft ist nur deren Vorstand; die leitenden oder kontrollierenden Gremien von beherrschten Gesellschaften haben eine solche Pflicht zu direkter Berichterstattung nicht. Aufgrund der Einbeziehung von verbundenen Unternehmen in den Jahresabschluss sowie in Anbetracht der den Vorstand treffenden (gemäßigten) Konzernleitungspflicht (siehe oben) ist

1426 Verse, ZHR 2011/175, 408 f.

1427 Vgl dazu Verse, ZHR 2011/175, 411; Hüffer, AktG¹¹ § 76 Rz 20 ff.

1428 Knafl, Einführung von Compliance-Systemen 26 ff.

1429 Siehe dazu Mackert in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 6.65; von Schenk in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.80 ff.

1430 Demgemäß ist die Regel 18 des ÖGCK auch als C-Regel konzipiert; zur GmbH siehe auch oV, Das interne Kontrollsystem (IKS), RWP 2012, 97 (101).

1431 Vgl von Schenk in Lutter/Bayer, Holding-HB⁵ Rz 5.49.

1432 Zu den damit verbundenen Verschwiegenheitspflichten siehe unten Rz 9.153 ff; etwa Zollner in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 22 Rz 12 ff.

der Aufsichtsrat auch über konzernrelevante Themen der Tochtergesellschaften zu informieren.

Die Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat werden gem § 95 Abs 3 AktG durch ein **Einsichtsrecht** des Aufsichtsrates flankiert,¹⁴³³ wobei auch Sachverständige hinzugezogen werden können.¹⁴³⁴ Die Entscheidung zur Einsichtnahme fällt in die Kompetenz des Aufsichtsrates, nicht aber einzelner Mitglieder.¹⁴³⁵ Das Einsichtsrecht umfasst sämtliche Bücher und Schriften sowie Vermögensgegenstände der Gesellschaft; diese gesetzliche Aufzählung ist freilich nicht umfassend, sondern der Aufsichtsrat ist zur umfassenden Einsichtnahme berechtigt.¹⁴³⁶ Auch hier gilt, dass der Aufsichtsrat dieses Recht nur auf Ebene seiner eigenen Gesellschaft geltend machen kann. Ein direktes Einsichtsrecht bei beherrschten Gesellschaften besteht nicht. Vielmehr leitet sich die Möglichkeit zur Einsichtnahme indirekt vom Vorstand der Konzernobergesellschaft ab. Soweit letzterer zur Einsichtnahme oder Informationsbeschaffung berechtigt ist, kann der Aufsichtsrat in die dadurch erhaltenen Informationen und Bücher Einsicht nehmen.¹⁴³⁷ **9.116**

Sofern in der GmbH ein Aufsichtsrat besteht, sind auch diesem gemäß § 222 Abs 1 UGB der um den Anhang erweiterte Jahresabschluss sowie der Lagebericht vorzulegen. § 30j Abs 3 GmbHG ermöglicht dem Aufsichtsrat zudem, Einsicht in die gesamte Gebarung der Gesellschaft zu nehmen. Sobald dem Aufsichtsrat Umstände zur Kenntnis gelangen, die einen möglichen Missstand der Gesellschaft betreffen, ist das in § 30j Abs 3 GmbHG statuierte Einsichtsrecht des Aufsichtsrates als Pflicht zu verstehen.¹⁴³⁸ Auf Verlangen hat der Geschäftsführer dem Aufsichtsrat über die Angelegenheiten der Gesellschaft sowie die Zusammenarbeit mit anderen Konzernunternehmen zu berichten. Sofern die Aufforderung zur Berichtspflicht von mindestens zwei Aufsichtsratsmitgliedern bzw vom Aufsichtsratsvorsitzenden geäußert wurde, darf die Geschäftsführung die Berichterstattung nicht verweigern.¹⁴³⁹

Das den Gesellschaftern einer GmbH zustehende Informations- und Einsichtsrecht gem § 22 Abs 2 GmbHG wird durch die Einrichtung eines Aufsichtsrates grundsätzlich nicht berührt.¹⁴⁴⁰

1433 In der Praxis manchmal als „kleine Sonderprüfung“ bezeichnet.

1434 Vgl dazu ausf G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 12 Rz 190 ff; G. Schima, Aufsichtsrat – Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 560 ff.

1435 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 60; Zollner in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 15 Rz 49 ff; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 12 Rz 195; G. Schima, Aufsichtsrat – Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 564.

1436 Siehe Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 61.

1437 Zollner in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 22 Rz 54 ff; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 63; siehe auch Kalss, GesRZ 2010, 141.

1438 G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 30 f.

1439 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 30j Rz 9; G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 30 f; Eckert/Schopper in U. Torggler, GmbHG § 30j Rz 5.

1440 Unger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 22 Rz 44.

5. Festlegung Konzernführung – Konzernstrategie

- 9.117** Die Determinierung der Konzernstrategie fällt ebenso wie die Entscheidung über die Konzernleitung in die Aufgabe des Vorstands der Konzernobergesellschaft. Der Vorstand hat daher – wie für die eigene Gesellschaft auch – eine Strategie für den Konzern – gegebenenfalls gemeinsam mit den Konzerngliedern – zu erarbeiten und dabei Richtlinien für die Konzernglieder zu erstellen.¹⁴⁴¹
- 9.118** Im Rahmen der Entwicklung der Konzernstrategie ist der Vorstand angehalten, für die Konzerntöchter eine aufeinander abgestimmte Planung und Ausrichtung zu erarbeiten, die für die beteiligten Gesellschaften einen gemeinsamen Wettbewerbsvorteil schafft und auch erlaubt, auf geänderte Marktbedingungen adäquat zu reagieren.¹⁴⁴² Die Rede ist in diesem Zusammenhang von der Nutzbarmachung von Synergien und Erfolgspotentialen, die einem Konzernglied als Einzelgesellschaft nicht zugänglich wären.
- 9.119** Die Konzernstrategie wird aber auch durch andere Maßnahmen umgesetzt, zB durch den Erwerb oder den Verkauf bestimmter Unternehmen, die den Ein- oder Austritt in oder aus bestimmte/n Märkte/n erlauben, andere Synergiepotentiale erschließen oder auch ein Desinvestment sein können. Die Rede ist hier von Portfolio- und Beteiligungsstrategie, Restrukturierungs- und Geschäftsaktivierungsstrategie, Branchenstrategie, Spezialisierungsstrategien und Transaktionsstrategien.¹⁴⁴³

6. Konzernrechnungslegung und Prüfung des Konzernabschlusses

- 9.120** Gemäß § 244 UGB ist die Rechnungslegungspflicht bei Konzernen erweitert. Die Konzernrechnungslegungspflicht knüpft an das Vorliegen einer einheitlichen Leitung durch eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland an.¹⁴⁴⁴ Neben dem Konzernabschluss und einem Konzernlagebericht sind gegebenenfalls ein Corporate Governance Bericht sowie ein konsolidierter Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen aufzustellen.

Darüber hinaus ist in § 244 Abs 2 UGB definiert, wann jedenfalls ein Konzernabschluss und Konzernlagebericht aufzustellen sind,¹⁴⁴⁵ nämlich: wenn einem Mutterunternehmen bei einer Tochtergesellschaft (i) die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, (ii) das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, und sie gleichzeitig Gesellschafterin ist, (iii) das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben oder (iv) aufgrund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern einer Tochtergesellschaft das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit ihren eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsorgans auszuüben sind.

¹⁴⁴¹ *Fleischer*, DB 2005, 762.

¹⁴⁴² Vgl *Keller* in *Lutter/Bayer*, Holding-HB⁵ Rz 4.77 ff.

¹⁴⁴³ So *Keller* in *Lutter/Bayer*, Holding-HB⁵ Rz 4.87 ff.

¹⁴⁴⁴ Die ErlRV bezieht sich auf § 15 Abs 1 AktG und § 115 GmbHG; ErlRV zum RÄG 2014, 367 BlgNR 25. GP 14. Siehe auch *Reinold/Stückler*, RWZ 2015, 236.

¹⁴⁴⁵ Vgl dazu *Reinold/Stückler*, RWZ 2015, 235 ff.

Korrelierend mit der Erweiterung der Aufgaben des Vorstands hat der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft nach § 96 Abs 3 AktG¹⁴⁴⁶ auch den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht zu kontrollieren. Dementsprechend erweitert sich die Prüf- und Berichtspflicht des Aufsichtsrates, der seinen Bericht um konzernrelevante Themen zu erweitern hat.¹⁴⁴⁷ **9.121**

IV. Leitung der einzelnen Konzernmitglieder

A. Eigenverantwortung der Konzerntöchter

Nach § 70 Abs 1 AktG hat der Vorstand unter eigener Verantwortung, dh nach seinem verantwortlichen Ermessen, das Unternehmen der Muttergesellschaft zu leiten und unterliegt dabei keinen Weisungen.¹⁴⁴⁸ § 70 AktG determiniert neben der Weisungsfreiheit das **Handlungsermessen** des Vorstands, was aus konzernrechtlicher Hinsicht von Bedeutung ist. In seinem Handeln und seinen Entscheidungen hat der Vorstand nämlich die **Interessen der Aktionäre**, der Arbeitnehmer und das öffentliche Interesse zu **berücksichtigen**.¹⁴⁴⁹ **9.122**

Strittig ist aber, was unter den Interessen der Aktionäre zu verstehen ist.¹⁴⁵⁰ Die Meinungen driften im Kern zum einen dahingehend auseinander, ob die Interessen der konkreten Gesellschaft zu berücksichtigen sind, oder aber die Interessen der „abstrakten“ oder „typisierten“ Aktionäre als Leitbild dienen.¹⁴⁵¹ Darüber hinaus besteht auch keine Einigkeit hinsichtlich der Frage, ob die Interessen eines Mehrheitsaktionärs die Interessen der übrigen Aktionäre nach § 70 AktG determinieren.¹⁴⁵² **9.123**

Im Ergebnis ist idR das Aktionärsinteresse nicht mit dem eines Mehrheitsaktionärs, sehr wohl aber mit dem eines Alleingesellschafters gleichlaufend. Anderenfalls hätte der Vorstand – bei Vorliegen eines Mehrheitsaktionärs oder auch nur eines solchen Aktionärs, der aufgrund seiner Präsenz in der Hauptversammlung das Ergebnis der Beschlussfas-

9.124

1446 In der GmbH hat der Aufsichtsrat ebenso einen allfälligen Konzernabschluss und -lagebericht zu prüfen und der Generalversammlung darüber zu berichten (§ 30k Abs 1 GmbHG).

1447 Siehe dazu Gelter/Haberer, GesRZ 2001, 169 ff; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 96 Rz 52 ff; Enzinger/Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 31 Rz 39.

1448 Vgl dazu und zur etwas anders gelagerten Situation bei der GmbH ausf G. Schima/Liemberger/ Toscani, GmbH-Geschäftsführer 49 ff.

1449 Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/323 ff.

1450 Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/324; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 24, wonach die gegensätzlichen Interessen von Minderheitsaktionärsgruppen oder einzelnen Aktionären zu vernachlässigen seien, wenn es einen Mehrheitsaktionär gäbe; Winner, Die Zielgesellschaft in der freundlichen Übernahme 72 ff; vgl auch Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 12, der von einem typisierten Aktionär als Maßstab für die Beurteilung des Aktionärsinteresses ausgeht und nur bei einer Einpersonen-Aktiengesellschaft das konkrete Interesse für maßgeblich hält; so auch Felzl, ecolex 2011, 535, der von einem objektivierten Aktionärsinteresse spricht.

1451 Vgl zB Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/324.

1452 Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/324; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 24; Winner, Die Zielgesellschaft in der freundlichen Übernahme 72 ff; vgl auch Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 12; Felzl, ecolex 2011, 535.

sungen im Ergebnis bestimmt – sein Handeln immer ausschließlich an den Interessen des Mehrheitsgesellschafters zu orientieren. Dies widerspräche dem Gleichbehandlungsgebot, das gerade unterbinden soll, dass der Vorstand sich an dem Interesse eines oder einiger weniger Gesellschafter orientiert. Der Vorstand hat bei seinen Entscheidungen vielmehr auch die Interessen von Minderheitsaktionären zu berücksichtigen;¹⁴⁵³ sie sind – zwar mit weniger Einflussmöglichkeit – gleichberechtigte Aktionäre, die mangels entsprechender Beteiligungen bloß wesentliche Entscheidungen nicht beeinflussen können. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre, der es der Aktiengesellschaft untersagt, willkürlich nur die Interessen des Mehrheitsaktionärs zu wahren.¹⁴⁵⁴

- 9.125** Nicht überzeugend ist uE auch eine generelle Anwendung eines typisierten Aktionärsinteresses. Ein typisiertes Aktionärsinteresse kann bei einer reinen Publikumsgesellschaft relevant sein, wenn der Vorstand die Interessen der Aktionäre gar nicht kennt; kennt der Vorstand aber die konkreten Interessen der Aktionäre der Aktiengesellschaft, hat sich der Vorstand – unter Wahrung seiner Eigenverantwortlichkeit iSd § 70 AktG – an diesen zu orientieren. Bedeutung kann die Typisierung dann haben, wenn ein Freefloat besteht und die Interessen der Kleinaktionäre eben nicht bekannt sind. In dem Fall kann der Vorstand wohl nur die typisierten Interessen „seiner“ Aktionäre berücksichtigen.
- 9.126** Dass Kenntnis und Einfluss der Aktionäre je nach Aktionärsstruktur notgedrungen unterschiedlich sind, darf letztlich nämlich auch nicht dazu führen, dass der Vorstand bei seiner Tätigkeit nicht die Interessen seiner eigenen Aktionäre abwägt, sondern Interessen eines typisierten Aktionärs als Leitmaxime heranzieht.
- 9.127** Aus dem Blickwinkel eines Vorstands einer abhängigen bzw beherrschten Gesellschaft bedeutet das aber nichts anderes, als dass die Interessen eines mehrheitlich beteiligten Aktionärs bzw der Konzernobergesellschaft im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungen zu beachten sind.¹⁴⁵⁵ Dies gilt nicht bloß, wenn man der Meinung folgt, dass das zu beachtende Aktionärsinteresse iSd § 70 AktG mit dem des Mehrheitsgesellschafters gleichzusetzen ist.¹⁴⁵⁶

Denn auch wenn man mit der hier vertretenen Meinung den Vorstand zur Berücksichtigung der Interessen der Minderheitsaktionäre anhält, ist das Interesse der Konzernobergesellschaft natürlich zu beachten. Der Vorstand hat die – offengelegten – Interessen der Konzernobergesellschaft neben den Interessen der anderen Aktionäre abzuwägen und in seiner Entscheidung mit zu berücksichtigen.¹⁴⁵⁷ Genau dieser Umstand wird zB bei der Gewährung einer Due Diligence für einen veräußerungswilligen Mehrheitsaktionär relevant. Beabsichtigt ein Mehrheitsaktionär die Veräußerung seiner Aktien, ist eine Due Diligence unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen (insb Wahrung der Vertrau-

1453 Vgl dazu *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft 78 ff.

1454 Vgl *Fleischer in K. Schmidt/Lutter*, AktG³ § 53 a Rz 24 ff; *Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47 a Rz 8 ff.

1455 *P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 56.

1456 *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 24.

1457 So auch *P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 56 f.

lichkeit) – freilich nur unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots¹⁴⁵⁸ – idR zulässig; dh der Vorstand ist in diesem Fall verpflichtet, das Einzelinteresse eines Aktionärs (der auch nicht unbedingt Mehrheitsaktionär sein muss) zu berücksichtigen. Freilich sind die Grenzen seiner Entscheidung mit dem Wohl der Gesellschaft und dem Gleichbehandlungsgebot gezogen.

Umgelegt auf Fragen der Konzern Corporate Governance bedeutet das nichts anderes als dass die Interessen der Konzernobergesellschaft zu berücksichtigen und jedenfalls in Erwägung zu ziehen sind. Sie stehen freilich nicht über dem Wohl der beherrschten Gesellschaft. Dies ergibt sich aus § 70 AktG, der klar als oberste Maxime der Entscheidung des Vorstands das Unternehmenswohl „seiner Gesellschaft“ definiert. Hat sich aber der Vorstand zwischen aus seiner Sicht gleichwertigen Handlungsalternativen zu entscheiden, kann und sollte das Interesse der Konzernobergesellschaft idR ausschlaggebend sein.¹⁴⁵⁹ **9.128**

Dementsprechend leitet sich auch für Konzernglieder aus § 70 AktG die Weisungsfreiheit des Vorstands ab, dem damit **keine rechtlich verbindlichen Weisungen** erteilt werden können.¹⁴⁶⁰ Das Konzerninteresse ist aber – wie oben ausgeführt – dennoch ein relevantes Entscheidungskriterium und muss mit den oben umschriebenen Maßgaben „berücksichtigt“ werden.¹⁴⁶¹ **9.129**

Dass Weisungen innerhalb von Konzernen dennoch gerne und oft erteilt oder Empfehlungen ausgesprochen werden, liegt aber daran, dass aufgrund der – wenn auch nur faktisch ausgeübten – Macht eines Allein- oder Mehrheitsaktionärs die Weisungsbefolgung unabhängig von der Rechtslage erwartet wird. Rechtlich sind solche Weisungen – gleichgültig ob von einem Alleinaktionär oder einem Mehrheitsaktionär ausgesprochen – unbeachtlich,¹⁴⁶² und zumindest dann, wenn sie das Konzerninteresse über das Gesellschaftsinteresse stellen, jedenfalls rechtswidrig. Sie vermögen nichts daran zu ändern, dass der Vorstand der (abhängigen) Gesellschaft selbst zu entscheiden hat, ob er einer Weisung folgt oder nicht.¹⁴⁶³ Rein faktisch haben jedenfalls auch gegen das Gesetz ver- **9.130**

1458 Vgl dazu P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47 a Rz 19.

1459 So auch P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 15 Rz 57.

1460 Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/247, 294.

1461 Siehe dazu oben Rz 9.27 ff; vgl auch OGH 28. 9. 2007 9 ObA 28/07 v DRdA 2009, 497 ff (Jabornegg); Krejci, GA 10. ÖJT 229.

1462 Siehe dazu iZm dem faktischen Konzern Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 7; Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 10 f; Koppensteiner, Faktischer Konzern und Konzentration, ZGR 1973, 1 ff; Runggaldier/G. Schima, Rechtsstellung von Führungskräften 21 ff.

1463 Siehe Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG² § 70 Rz 10; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 7. Der Umstand, dass in der Konzernpraxis häufig Weisungen auch ohne gesetzliche Grundlage bzw entgegen dem Gesetz erteilt und regelmäßig befolgt werden, drängt etwas die Tatsache in den Hintergrund, dass bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung, die in einem objektiv sorgfaltswidrigen und zu einem Schaden führenden Verhalten besteht, nicht nur der Weisungsbefolger (den bei Fehlen einer Vorschrift wie § 25 Abs 5 GmbHG die Weisung nicht entlastet, weshalb die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht beseitigt wird), sondern in Anbetracht des § 1301 ABGB auch der Weisungsgeber schadenersatzrechtlich verantwortlich werden kann. Insofern ist daher die Erteilung rechtswidriger Weisungen auf für den Weisungsgeber nicht notwendigerweise folgenlos.

stoßende Weisungen große Bedeutung, weil ein Vorstand, der eine solche „Weisung“ erhält, diese nicht ohne weiteres ignorieren wird, riskiert er damit doch seine Position. Wie bereits oben ausgeführt, ist daher die Weisung ein faktisches Beherrschungsmittel.¹⁴⁶⁴

- 9.131** Die Rechtslage ist bei der GmbH differenzierter. Das GmbHG kennt keine mit § 70 AktG vergleichbare Bestimmung. Nach § 20 Abs 1 GmbHG sind die Geschäftsführer vielmehr verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die im Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter¹⁴⁶⁵ oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.¹⁴⁶⁶ Die Konzernobergesellschaft kann daher in Form von Gesellschafterbeschlüssen auf die Geschäftsführung ihrer Tochtergesellschaften direkt Einfluss nehmen. Durch die Erteilung von Weisungen kann der Geschäftsführer teilweise auch gegen den Willen von Minderheitsgesellschaftern – freilich nicht durch „informelle Weisungen“¹⁴⁶⁷ – gezwungen werden, bestimmte Maßnahmen – umzusetzen.
- 9.132** Aus der Weisungsgebundenheit kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Geschäftsführer verpflichtet wäre, die Interessen der Gesellschafter ohne Weiteres über die der GmbH zu stellen. Der Geschäftsführer ist „seiner“ GmbH gegenüber verpflichtet. Aus dem Fehlen einer dem § 70 AktG vergleichbaren Bestimmung darf nicht der Schluss gezogen werden, dass der Geschäftsführer die Interessen anderer stakeholder der Gesellschaft nicht zu wahren hätte, wenngleich dies in der Literatur durchaus vertreten wird.¹⁴⁶⁸ UE sind die Geschäftsführer einer GmbH – soweit nicht aufgrund von Weisungen oder sonstigen Verpflichtungen anderes gilt – wie der Vorstand auch verpflichtet, bei der Geschäftsführung die Interessen aller stakeholder unter Wahrung des Gesellschaftsinteresses zu berücksichtigen.¹⁴⁶⁹ Der GmbH-Geschäftsführer – wie auch der Vorstand einer AG – hat daher die Pflicht, die Interessen des Konzerns bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen, müssen diese aber nicht schlicht über die Interessen der von ihnen geleiteten GmbH stellen.

B. Verbot der Nachteilszufügung

- 9.133** Auch wenn – wie oben dargelegt – das Konzerninteresse bei der Entscheidungsfindung des Vorstands zu berücksichtigen ist, wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Konzerninteresse und dem Interesse des betroffenen Konzerngliedes aber nach einhelliger Meinung (rechtlich) „zugunsten“ der abhängigen Gesellschaft aufgelöst, spricht der Vor-

1464 Siehe dazu oben Rz 9.14.

1465 Weisungen sind in Form eines Beschlusses der Generalversammlung oder gem § 34 GmbHG durch Umlaufbeschluss möglich.

1466 *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 42; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 8 ff.

1467 *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/275 ff; OGH 9. 11. 1977, 1 Ob 960/77 HS 11.434 = SZ 50/140 = GesRZ 1978, 34; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 27.

1468 Siehe dazu mwN *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 50 ff; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 42.

1469 Siehe dazu mwN *G. Schima/Liemberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer 50 ff.

stand der abhängigen Gesellschaft hat das Wohl seiner Gesellschaft zu wahren. Die Einschränkung ruht auch auf weiteren gesetzlichen Stützen und manifestiert sich zB in dem Verbot der Einlagenrückgewähr, das gerade einen Eingriff eines Aktionärs in das Vermögen der Gesellschaft unterbindet und – wie schon erwähnt – im Gleichbehandlungsgebot.¹⁴⁷⁰ Sie ist auch darin zu finden, dass der Vorstand gerade auch die Interessen allfälliger anderer (Minderheits-) Gesellschafter, aber auch gesellschaftsfremder Dritter (Stichwort Gläubigerschutz und Ausschüttungssperren) zu wahren hat.¹⁴⁷¹

Aus den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen wird das Verbot der Nachteilszufügung innerhalb von Konzernen abgeleitet.¹⁴⁷² Der Vorstand einer Tochtergesellschaft darf seine Entscheidungen gerade nicht zu Lasten der Gesellschaft, jedoch zugunsten eines „übergeordneten“ Konzerninteresses treffen. Durch das Verbot der Nachteilszufügung wird damit die Grenze für die Beachtlichkeit des Konzerninteresses ebenso gezogen wie für die Zulässigkeit von Leitungs-, aber auch Überwachungsmaßnahmen durch die Konzernobergesellschaft. **9.134**

Sobald die Konzernobergesellschaft bestimmte Maßnahmen etablieren will, hat der Vorstand der Tochtergesellschaft daher – eigenverantwortlich und weisungsfrei – diese Maßnahmen entsprechend auf ihre Auswirkungen zu prüfen.¹⁴⁷³ Je nachdem, ob der Vorstand ein Geschäft als positiv, negativ oder ergebnisneutral einstuft, hat er in seinem Ermessen zu entscheiden, ob er tatsächlich eine Maßnahme umsetzen möchte oder nicht. **9.135**

Der Begriff der Maßnahme ist weit zu verstehen und betrifft nicht nur den Abschluss von Rechtsgeschäften, die schon am Maßstab des Verbots der Einlagenrückgewähr zu messen sind. Sie betrifft auch Kontrollmaßnahmen wie etwa Informationsweitergaben, die freilich nicht uneingeschränkt zulässig sind.¹⁴⁷⁴ **9.136**

Ist eine Maßnahme mit einem Nachteil für die Gesellschaft verbunden, kann diese Maßnahme (wenn überhaupt) nur dann zulässig sein, wenn der Vorstand unverzüglich für einen Nachteilsausgleich sorgt. Unter Unverzüglichkeit ist dabei zu verstehen, dass der Nachteilsausgleich spätestens zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme mittels durchsetzbarer Forderung oder einer konkreten Leistung rechtswirksam vereinbart ist.¹⁴⁷⁵ **9.137**

Auch in diesem Zusammenhang ist gesondert auf die GmbH einzugehen. Die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer kann nämlich nicht dazu verwendet werden, die Interessen des Konzerns unbeschränkt durch Weisungen durchzusetzen. Geschäftsführer ha-

¹⁴⁷⁰ Siehe dazu oben Rz 9.119, 9.122.

¹⁴⁷¹ Vgl dazu *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft 78 ff mwN.

¹⁴⁷² Siehe dazu *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 77 ff; *Kropff* in FS Kastner II 279 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/937; *P. Doralt/Diregger*, in *MünchKomm AktG* V⁴ 1467 (Rz 104).

¹⁴⁷³ Siehe *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/937.

¹⁴⁷⁴ Vgl zB *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/938; *P. Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47 a Rz 18, Siehe hierzu auch Rz 9.154 ff.

¹⁴⁷⁵ *P. Doralt/Diregger*, in *MünchKomm AktG* V⁴ 1467 (Rz 83); *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/937 f; vgl auch *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat § 19 Rz 32; *Kalss*, *GesRZ* 2010, 140 f.

ben nämlich nicht unter allen Umständen jede Weisung zu befolgen.¹⁴⁷⁶ Zu unterscheiden ist, ob eine Weisung derart rechtswidrig ist, dass diese bereits als nichtig anzusehen ist oder ob die Weisung nur anfechtbar ist.¹⁴⁷⁷ Die Grenze der Befolgung ist jedenfalls dort zu ziehen, wo Weisungen strafrechtlich relevant sind oder gegen gesetzlich zwingende Bestimmungen verstoßen wird (zB Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr).¹⁴⁷⁸

- 9.139** Bei weniger schwerwiegenden Verstößen kann eine Weisung auch nur anfechtbar, aber nicht per se unwirksam sein. Anerkannt ist in diesem Sinn, dass auch wirtschaftlich nachteilige Weisungen nicht per se unzulässig sind.¹⁴⁷⁹

V. Vermeidung von Interessenkonflikten im Konzern

A. Allgemeines

- 9.140** Interessenkonflikte erlangen in Konzernstrukturen eine eigene Dimension, gilt es doch dort, neben den Interessenkonflikten der einzelnen stakeholder (Aktionäre, Arbeitnehmer, Öffentlichkeit) und Organe, die Interessen unterschiedlicher, wirtschaftlich verbundener Unternehmen auszugleichen. Die Vermeidung und Offenlegung von Interessenkonflikten ist daher Gegenstand eines engmaschigen Korsetts an gesetzlichen Regelungen und Ausfluss der allgemeinen Treuepflicht von Vorstand und Aufsichtsrat. Dass Interessenkonflikte va beim Aufsichtsrat auftreten können und müssen, liegt bereits an der Zusammensetzung desselben und der typischer Weise nebenberuflichen Ausübung der Tätigkeit, die jedem Aufsichtsratsmitglied (zumindest den Kapitalvertretern) Raum für die Wahrnehmung anderer, gesellschaftsfremder Aufgaben und damit Interessen gibt. Darüber hinaus zeigen schon die Einteilung in Kapitalvertreter und Arbeitnehmervertreter ebenso wie die Möglichkeit, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, die – zumindest im Grundsatz bestehende – Zulässigkeit der Beachtung anderer Interessen.¹⁴⁸⁰ Partikularinteressen müssen aber immer hinter das Unternehmensinteresse bzw Unternehmenswohl zurücktreten.
- 9.141** In Konzernstrukturen entstehen Interessenkonflikte insb für die Organe der beherrschten Gesellschaften, die va auch aufgrund der in der Praxis üblichen Organverflechtungen vielfach die Interessen mehrerer Konzernglieder vertreten. So stellt sich bei Zustimmungsvorbehalten in Tochtergesellschaften immer die Frage, ob entsandte Aufsichtsratsmitglieder die Interessen der eigenen Gesellschaft in den Hintergrund stellen und ein „Konzerninteresse“ verfolgen. Es gilt daher die Unabhängigkeit der Organwalter im Vor-

1476 G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 23; Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/271 ff.

1477 G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 15 ff mwN; Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/263 ff.

1478 G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 15 f; Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/273 f.

1479 G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 17; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 9; fraglich ist aber, inwieweit die Pflicht zur Anfechtung von Weisungen für Geschäftsführer besteht; vgl hierzu G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer 19; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 20 Rz 37; siehe dazu oben Rz 9.31.

1480 So auch St. Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 25 Rz 1 ff.

feld zu schützen und nicht nur im Nachhinein durch Haftungsregelungen einen Ausgleich für bereits erlittenen Schaden zu suchen.

Der Gesetzgeber hilft sich dabei zum einen mit (oben bereits dargestellten) Inkompatibilitätsregelungen¹⁴⁸¹ und statuiert für solche Sachverhalte, in denen zwar keine Inkompatibilität besteht, aber dennoch Interessenkonflikte auftreten können, andere rechtliche Pflichten. Hierzu zählen Offenlegungspflichten oder das Gebot, die Interessen der eigenen Gesellschaften vor die des Konzerns zu stellen. **9.142**

Eigeninteressen und die Interessen Dritter – wozu auch die Interessen einzelner Aktionäre bzw der Konzernobergesellschaft gehören – sind daher immer hinter die Interessen der Gesellschaft zu stellen; im Einzelfall sind sie aber – wenn auch nur nachgeordnet – zu beachten. Dabei ist etwa daran zu denken, dass ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied die Interessen des entsendenden Aktionärs im Gremium offenlegen und thematisieren darf und gegebenenfalls auch muss.¹⁴⁸² **9.143**

Jene Maßnahmen und Regelungen, die Interessenkonflikte hintanhaltend und zum anderen für eine adäquate Reaktion sorgen sollen, sind vielfältig.¹⁴⁸³ Wesentliche Maßnahmen umfassen Offenlegungspflichten, Stimmverbote und Wettbewerbsverbote. Reaktionen auf bestehende Interessenkonflikte können als ultima ratio neben der Amtsniederlegung die Abberufung vom bestehenden Mandat sein. Welche Maßnahmen ergriffen werden, hängt aber immer vom Einzelfall ab. **9.144**

B. Offenlegung von Interessenkonflikten

Potentielle Interessenkonflikte können bereits bei Wahl bzw Amtsantritt bestehen oder aber im Laufe eines bestehenden Mandats entstehen. Steht die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied, Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer im Raum, ist der Kandidat angehalten, solche Informationen offenzulegen, die einen Interessenkonflikt indizieren.¹⁴⁸⁴ Auch später aufkommende Interessenkonflikte müssen unverzüglich angesprochen werden. **9.145**

Vorstandsmitglieder sind daher verpflichtet, bei Geschäften der Gesellschaft und von Konzernunternehmen diese Interessen dem Aufsichtsrat und den anderen Vorstandsmitgliedern gegenüber offenzulegen. Die vom Interessenkonflikt betroffenen Geschäfte unterliegen – aus Gründen effizienter Kontrolle – der Genehmigung durch den Aufsichtsrat, sofern es sich nicht um unbedeutende Geschäfte (Geschäfte des täglichen Lebens) handelt. Dies gilt gleichermaßen für Geschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern. Zwecks Transparenz empfiehlt die C-Regel 49 ÖCGK, dass Gegenstand und Entgelt solcher Verträge offenzulegen sind. **9.146**

1481 Siehe oben Rz 9.78 ff.

1482 Siehe dazu oben Rz 9.72 ff.

1483 Vgl zum Aufsichtsrat *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 25 Rz 8.

1484 Aufsichtsratsmitglieder haben alle Umstände darzulegen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen können (§ 87 Abs 2 AktG; § 30b Abs 1 a GmbHG); siehe dazu *M. Doralt* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 8 Rz 51.

C. Stimmverbote

- 9.147** Offenlegungspflichten helfen wenig, wenn das betroffene Organmitglied ungeachtet der gelieferten Informationen bei der Abstimmung über Geschäfte oder Maßnahmen, von denen das Organmitglied betroffen ist, sein Stimmrecht ausübt. In solchen Fällen kommen Stimmverbote zum Tragen.
- 9.148** Dies gilt zum einen bei Geschäften und Maßnahmen mit Eigeninteresse des betroffenen Organwalters, zum anderen in Situationen, in denen ein unauflösbarer Interessenwiderspruch besteht. Dies ist zB bei Doppelorganschaften möglich, wenn die Interessen der herrschenden und der beherrschten Gesellschaft einander entgegengesetzt sind.¹⁴⁸⁵
- 9.149** § 125 AktG betrifft neben der Entlastung auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit sowie die Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Aktionär.¹⁴⁸⁶ Das Stimmverbot wird – und das ist aus Konzernperspektive relevant – ua auch dann angewendet, wenn Aktionär eine Gesellschaft ist und die Befangenheitskriterien von einem ihrer Gesellschafter erfüllt werden, der einen maßgeblichen oder beherrschenden Einfluss ausüben kann.¹⁴⁸⁷ Gleiches gilt, wenn das Mitglied des Leitungsorgans eines Aktionärs befangen ist, sodass dieses den Aktionär nicht vertreten darf.
- 9.150** Für Gesellschafter einer GmbH bzw Aktionäre kennen § 39 Abs 4 GmbHG bzw § 125 AktG Stimmverbote für den Fall von Interessenkollisionen. Der Gesetzgeber hat in beiden Fällen bestimmte Beschlussfassungen mit einem Stimmverbot belegt. Dies gilt nach § 39 Abs 4 GmbHG namentlich für die Vornahme von Rechtsgeschäften mit einem Gesellschafter, die Befreiung von einer Schuld oder die Zuwendung eines Vorteils. Ausgenommen sind bei der GmbH Beschlussfassungen über die Bestellung oder Abberufung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer, Aufsichtsrat oder Liquidator (§ 39 Abs 5 GmbHG).

D. Wettbewerbsverbot

- 9.151** Um die Tätigkeit von Organwaltern im Sinne einer Gesellschaft zu gewährleisten, steht immer auch die Auferlegung eines Wettbewerbsverbots im Raum. Für Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft und auch einer GmbH besteht kein gesetzliches Wettbewerbsverbot.¹⁴⁸⁸
- 9.152** Anders verhält es sich jedoch für den Vorstand bzw den Geschäftsführer einer Gesellschaft. § 79 AktG bzw § 24 GmbHG sehen für diese nämlich ein grundsätzliches Wettbewerbsverbot vor, das teilweise auch nicht konkurrenzierende Nebentätigkeiten wie insb die Ausübung von Organfunktionen auch außerhalb des Geschäftszweiges der Gesellschaft umfasst. Telos des Wettbewerbsverbotes ist einerseits der Schutz der Gesellschaft vor Wettbewerbshandlungen ihrer allumfassend informierten Geschäftsleiter und ande-

1485 Vgl dazu St. Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 25 Rz 33 ff.

1486 Siehe dazu Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 125 Rz 9 ff mwN.

1487 Vgl Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 125 Rz 20; vgl auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/627.

1488 Mit dem GesRÄG 2005 war geplant, ein Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder einzuführen. Der diesbezügliche Entwurf wurde aufgrund heftigen Lobbyings jedoch nicht Gesetz.

rerseits die Erhaltung der Arbeitskraft des Geschäftsleiters zugunsten der Gesellschaft.¹⁴⁸⁹ Tätigkeiten von Vorstandsmitgliedern innerhalb konzernmäßig verbundener Gesellschaften und bei Gesellschaften, an denen eine unternehmerische Beteiligung iSd § 189a Z 2 UGB besteht, sind schon nach dem Wortlaut des § 79 Abs 1 AktG ausgenommen.

E. Verschwiegenheitspflichten

Informationsrechte und -pflichten stehen – wie oben bereits ausgeführt¹⁴⁹⁰ – immer im Spannungsverhältnis zu Geheimnisschutz und Vertraulichkeit. In konzernmäßig verbundenden Unternehmensgruppen treten die teilweise gegenläufigen Interessenlagen leicht zu Tage. Das Informationsgeflecht zwischen Aufsichtsrat und Vorstand sorgt für die Weitergabe vieler vertraulicher unternehmensinterner Informationen, die der Öffentlichkeit und va auch den einzelnen Aktionären nicht bekannt sind. **9.153**

Grundsätzlich ist Informationsweitergabe eine Entscheidung des Vorstands, der die Macht über Gesellschaftsgeheimnisse hat und beurteilen kann und muss, inwieweit Informationen (seien es Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Angaben) so beschaffen sind, dass diese überhaupt weitergegeben werden können.¹⁴⁹¹ Der **Vorstand** gilt damit als **Souverän der Informationen**, und zwar innerhalb der eigenen Gesellschaftsstruktur als auch gegenüber den verbundenen Unternehmen.¹⁴⁹² Wie zuvor ausgeführt, bündeln sich beim Vorstand die Informationen, weil bei diesem sämtliche internen Prüf-, Kontroll- und Informationsregime zusammenlaufen und auch im Hinblick auf die Aufstellung des Jahresabschlusses ein Auskunftsrecht gegenüber den einzubeziehenden Tochtergesellschaften besteht.¹⁴⁹³ **9.154**

Unstrittig ist, dass sich das Auskunftsrecht des Aufsichtsrates bzw die Berichtspflicht des Vorstands nach § 81 AktG auch auf verbundene Unternehmen bezieht, soweit dies für die Tätigkeit des Aufsichtsrates erforderlich ist – zu nennen sind insb die Überwachung der Konzernleitung durch den Vorstand sowie die Beurteilung von Maßnahmen iZm Zustimmungsvorbehalten.¹⁴⁹⁴ **9.155**

Zur Absicherung der Informationsweitergabe und zum Schutz der Gesellschaft regelt das Aktiengesetz für Aufsichtsrat und Vorstand eine umfassende Verschwiegenheitspflicht.¹⁴⁹⁵ Von der allgemeinen Verschwiegenheitspflicht sind nicht nur Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschützt, sondern sämtliche vertrauliche Angaben.¹⁴⁹⁶ **9.156**

1489 Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 88 Rz 1.

1490 Siehe oben Rz 9.102 ff.

1491 Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 11.

1492 So ausdrücklich Kalss, GesRZ 2012, 137.

1493 § 247 Abs 3 letzter Satz UGB.

1494 Kalss, GesRZ 2010, 139.

1495 §§ 84 Abs 1, 99 AktG. Verschwiegenheitspflichten im Zusammenhang mit der GmbH sind nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Nichtsdestotrotz sind Verschwiegenheitspflichten im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu beachten und ist auch eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmung des § 84 Abs 1, 2. Satz AktG zweifelsohne zu bejahen; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² 304.

1496 Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 12 ff.

- 9.157** Im Konzernverbund stellt sich die Frage, ob und wenn ja, in welchem Rahmen diese Verschwiegenheitspflichten aufgeweicht werden und doch Informationen an die beherrschenden Gesellschafter weitergegeben werden können. Denn auch iZm der Informationsweitergabe kann grundsätzlich nichts anderes gelten, als dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied die Interessen seiner Gesellschaft immer vor die Interessen des entsendenden Gesellschafters zu stellen hat.¹⁴⁹⁷ Dies schließt per se die Informationsweitergabe nicht aus, sondern steckt nur einen (ersten) Rahmen. Ein „Konzerninteresse“ allein vermag die unkritische Weitergabe sämtlicher Informationen nicht zu rechtfertigen. Das bedeutet aber – wie oben ausgeführt – im Umkehrschluss nicht, dass gar keine Informationen an die Konzernobergesellschaft fließen dürfen. Denn bei Konzernen ist schon qua Gesetz eine Informationsasymmetrie in Kauf genommen, die einen Informationsfluss zur Konzernobergesellschaft zulässt. Die Grenze wird auch hier mit dem Unternehmenswohl der Gesellschaft und dem Verbot der Nachteilszufügung zu ziehen sein.
- 9.158** Ein weiterer Aspekt kommt dann zum Tragen, wenn neben der Konzernobergesellschaft andere Aktionäre beteiligt sind. Es ist daher immer zu prüfen, inwieweit die Weitergabe von Informationen mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre nach § 47a AktG kollidiert bzw ob eine Ungleichbehandlung bei der Informationsweitergabe im Einzelfall zulässig ist.¹⁴⁹⁸ Für börsennotierte Aktiengesellschaften ist immer auch das Informationsregime des Kapitalmarktrechts zu beachten, das zB durch das Verbot des Missbrauches von Insiderinformationen engere Grenzen setzt.¹⁴⁹⁹
- 9.159** Die zumindest teilweise Öffnung des **Informationskanals an Aktionäre** in einem Konzernverbund ergibt sich bereits aus dem Aktiengesetz, das in § 118 AktG gerade ein **Auskunftsrecht über verbundene Unternehmen** statuiert und damit das allgemeine Auskunftsrecht in Bezug auf Themen der Tagesordnung deklaratorisch klarstellt.¹⁵⁰⁰ Jedem Aktionär ist in der Hauptversammlung Auskunft auch über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem **verbundenen Unternehmen** zu geben. Für Muttergesellschaften erstreckt sich die Auskunftspflicht – bei Vorlage des Konzernabschlusses und Konzernlageberichtes in der Hauptversammlung – auch auf die **Lage des Konzerns** und die in den Konzernabschluss **einbezogenen Unternehmen**. Gesetzlich ist damit ein Bedürfnis der Aktionäre zum einen nach Informationen über verbundene Unternehmen, zum anderen in Bezug auf den Konzern anerkannt.¹⁵⁰¹ Aus der Bezugnahme auf die Lage des Konzerns lässt sich schließen, dass ein Auskunftsrecht nur soweit besteht, als die Konzerngesellschaft tatsächlich betroffen ist (konzernweite Bedeutung).¹⁵⁰² Soweit Angelegenheiten der Tochtergesellschaft derart gestaltet sind (Auswirkung, Er-

1497 Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 34 ff.

1498 Siehe P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 17 ff mwN; Kalss, GesRZ 2010, 138 ff.

1499 Siehe ausf Kalss, GesRZ 2010, 138 ff.

1500 Siehe Kalss, GesRZ 2010, 138 f; M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 118 Rz 55; siehe auch Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 131 Rz 37 f mwN; zur Frage der Informationsweitergabe bei der GmbH siehe Rz 9.105.

1501 Vgl P. Doralt/Diregger, in MünchKomm AktG V⁴ 1467 (Rz 69 ff); M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 118 Rz 58.

1502 Kalss, GesRZ 2010, 139; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 131 Rz 37 f mwN.

heblichkeit), dass sich diese auf die Muttergesellschaft auswirken, erfasst das Auskunftsrecht auch diese Tochtergesellschaften.¹⁵⁰³ Dementsprechend ist der Vorstand einer beherrschten Gesellschaft in einem bestimmten Rahmen zur Informationsweitergabe an die Konzernobergesellschaft verpflichtet.¹⁵⁰⁴

Wie weit die Aufweichung der Verschwiegenheitspflicht im Konzern reicht, ist indes nicht unstrittig.¹⁵⁰⁵ Teilweise ist von einer beschränkten Verschwiegenheitspflicht die Rede.¹⁵⁰⁶ Demnach ist eine Weitergabe von Informationen innerhalb eines Konzerns dann gerechtfertigt und auch erforderlich, wenn und soweit die Weitergabe an den Aktionär, dh die Konzernobergesellschaft, grundsätzlich zur Verfolgung der Konzernleitung und nach Maßgabe von deren Intensität notwendig ist.¹⁵⁰⁷ Die Weitergabepflicht geht aber nur so weit, als nicht berechnigte Interessen der betroffenen Gesellschaft verletzt werden oder der Gesellschaft ein Schaden oder Nachteil (ohne entsprechenden unverzüglichen Nachteilsausgleich) zugefügt wird.¹⁵⁰⁸ Freilich ist dabei immer zu berücksichtigen, dass sich die allgemeine Verschwiegenheitspflicht auch auf Konzernebene erweitert.¹⁵⁰⁹ **9.160**

Aus dem Konzernverhältnis lässt sich die Zulässigkeit asymmetrischer Informationsweitergabe ableiten, wenn auch außenstehende Dritte an der beherrschten Gesellschaft beteiligt sind. Soweit die Informationsweitergabe der Konzernleitung dient, ist diese nämlich auch aus Sicht des Gleichbehandlungsgrundsatzes gedeckt, der zulässt, dass bei ungleicher Ausgangslage/Situation Aktionäre ungleich behandelt werden (dürfen).¹⁵¹⁰ **9.161**

Fraglich ist indes, ob die Weitergabe von Informationen ausschließlich über den Vorstand zulässig ist oder auch der Aufsichtsrat selbst oder dessen Mitglieder jeweils selbst entscheidungsbefugt sind.¹⁵¹¹ Da der Vorstand der Souverän über die Informationen ist, kommt ihm die Kompetenz zu, über eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht zu entscheiden. Lediglich in Ausnahmefällen muss das einzelne Aufsichtsratsmitglied – im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens – selbst entscheiden, ob eine Informationsweitergabe noch zulässig ist oder nicht.¹⁵¹² Eine Durchbrechung der Verschwiegenheit wird etwa dann anzunehmen sein, wenn der Aufsichtsrat gegen ein oder mehrere Vor- **9.162**

1503 Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 131 Rz 41 mwN.

1504 Vgl dazu Kalss, GesRZ 2010, 140.

1505 Siehe hierzu mit einem Überblick Hüffer, AktG¹¹ § 116 Rz 12.

1506 Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 116 Rz 37.

1507 Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 34 ff; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 116 Rz 37 mzN; Kalss, GesRZ 2010, 140; P. Doralt/Diregger in MünchKomm AktG V⁴ 1467 (Rz 99); P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47 a Rz 18; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁶ Rz 281 f.

1508 P. Doralt/Diregger, in MünchKomm AktG V⁴ 1467 (Rz 79 ff); Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/937 f; siehe auch Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 39; Kalss, GesRZ 2010, 140 f.

1509 Kalss, GesRZ 2010, 141.

1510 Siehe dazu Schröckenfuß, JBl 2003, 541 ff; P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47 a Rz 18.

1511 Habersack in MünchKomm AktG II⁴ § 116 Rz 57 mwN.

1512 Siehe dazu Kalss, GesRZ 2010, 141 f; I. Welser in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 168 ff. Siehe auch Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 116 Rz 31; vgl aber Hüffer/Hopt, AktG¹¹ § 116 Rz 12.

standsmitglieder rechtlich vorgehen muss oder sich ein Aufsichtsratsmitglied selbst gegen Angriffe verteidigen muss. Oberste Maxime ist auch hier das Wohl des (eigenen) Unternehmens.

- 9.163** Innerhalb eines Konzerns ist die Situation anders gelagert. Schon aus den im Konzern grundsätzlich zulässigen Organverflechtungen kann abgeleitet werden, dass ein gewisser Informationsfluss zulässig ist. Innerhalb eines Konzerns wird daher angenommen, dass eine Informationsweitergabe zwischen Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft und der Konzernobergesellschaft grundsätzlich zulässig ist, wobei der Rahmen wieder durch das Unternehmensinteresse gesteckt ist.¹⁵¹³
- 9.164** Eine Aufweichung der Verschwiegenheitspflichten wird – wie oben ausgeführt – auch bei entsandten Aufsichtsratsmitgliedern¹⁵¹⁴ anzunehmen sein. Wie zuvor dargelegt, ist ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich ein den anderen Mitgliedern gleichgestelltes Gremiumsmitglied; es ist aber aufgrund des Auftragsverhältnisses mit dem entsendenden Aktionär zur Interessenwahrung (im Rahmen des rechtlich Zulässigen) berechtigt und verpflichtet, wobei das oberste Gebot – wie für alle anderen Aufsichtsratsmitglieder – immer das Wohl der Gesellschaft ist. Aus dem Auftragsverhältnis wird – entgegen der deutschen Auffassung – in Österreich eine gewisse Auskunftspflicht gegenüber dem entsendenden Aktionär abgeleitet.¹⁵¹⁵ Klarerweise steht eine Informationsweitergabe immer unter der Voraussetzung der Interessenwahrungspflicht gegenüber der Gesellschaft, deren Organ das entsandte Mitglied angehört, des Verbots der Nachteilszufügung, des Gebots der Gleichbehandlung aller Gesellschafter und sonstiger zwingender Vorschriften.¹⁵¹⁶ Dementsprechend tritt auch hier das Gebot, die Interessen der eigenen Gesellschaft zu wahren, vor etwaige Konzerninteressen.

1513 Vgl dazu auch Kalss, GesRZ 2010, 140 ff; so etwa Habersack in MünchKomm AktG II⁴ § 116 Rz 57; Hüffer, AktG¹¹ § 116 Rz 12 mwN. Für die Zulässigkeit der Weitergabe von Informationen durch das Aufsichtsratsmitglied Kalss in MünchKomm AktG II⁴ § 116 Rz 97; Kalss, GesRZ 2010, 141; I. Welser in FS Jud 745 ff, 757.

1514 Siehe dazu oben Rz 9.72 ff.

1515 Vgl Kalss, GesRZ 2010, 143 f; für Deutschland siehe nur Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 101 Rz 26 mwN.

1516 Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 26 Rz 44 ff.