

■ Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG)

Aufsätze · Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, Mag. Valerie Toscani · JBI 2012, 570 · Heft 9 v. 1.9.2012

(2. Teil)

(Fortsetzung aus JBI 2012, Heft 8)

D. Eigene Auffassung und Abgrenzung gegenüber [§ 75 AktG](#)

Schon die obenstehenden (und in der Folge noch zu vertiefenden) Überlegungen erweisen uE klar, dass die hA richtig ist, wonach [§ 97 Abs 1 AktG](#) dem Aufsichtsrat kein Vertretungsmonopol, sondern nur eine konkurrierende Vertretungsbefugnis neben der des Vorstands verschafft. Bereits der Wortlaut der Bestimmung und die historische Interpretation führen zu einem eindeutigen Ergebnis, das auch durch teleologische Argumente nicht erschüttert werden kann. Das von den Vertretern der Gegenmeinung angeführte mögliche "*Ausnutzen des Wissensvorsprungs*"¹⁰⁹⁾ des Vorstands wird durch den Einsatz der soeben beschriebenen Kontrollmittel des Aufsichtsrates - insb von Zustimmungsvorbehalten - wirkungsvoll verhindert. Die für die Annahme einer teleologischen Reduktion von [§ 71 Abs 1 AktG](#) unverzichtbaren, zwingenden teleologischen Gründe sind daher eine Fiktion¹¹⁰⁾. Dass "gelindere Mittel" (gemeint: als ein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates) nicht ausreichen würden, um die Interessen der Gesellschaft zu schützen¹¹¹⁾, kann auf keinen Fall darauf gestützt werden, dass bei einer Bindung des Vorstandes an Zustimmungsvorbehalte dieser dennoch wirksam (wenn auch pflichtwidrig) ohne Zustimmung handeln *kann*, was beim Entzug der Vertretungsmacht nicht möglich ist. Denn den Maßstab kann ja nicht die Vermutung bilden, der Vorstand würde sich von vornherein (grob) pflichtwidrig verhalten.

Ergänzend zu den obigen Ausführungen soll hier auf weitere *Schwachstellen* der Gegenmeinung besonders eingegangen und sollen ein paar zusätzliche Aspekte beleuchtet werden.

Die Ansicht von *Cernicky*¹¹²⁾, dass bei der GmbH trotz desselben Wortlauts von § 301 Abs 1 GmbHG aufgrund der unterschiedlichen Struktur der Gesellschaft die Lage anders zu beurteilen sei, kann im Ergebnis nicht nachvollzogen werden (s dazu auch oben A.III. und FN 51). Ihrer Meinung nach sei in der GmbH aufgrund der erhöhten Kontrolle und Abhängigkeit der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung die Gefahr von Interessenmissbrauch im Vergleich zur AG reduziert. Deshalb und weil der Aufsichtsrat bei den meisten GmbH nicht (verpflichtend) eingerichtet wäre, sei im GmbH-Recht ein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates für Geschäfte zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern nicht vorgesehen. Das überzeugt nicht und geht am Thema vorbei. Vorstandsmitglieder einer AG können zwar nicht ohne Grund abberufen werden und unterliegen nicht den Weisungen des Aufsichtsrates oder der Gesellschafter, doch lässt sich aus dieser "schwächeren" Kontrolle nichts für die Rechtfertigung eines Vertretungsmonopols des Aufsichtsrates gewinnen. Das kann man leicht belegen. Auch in der GmbH wäre der einzig vollkommen sichere Weg, dass ein Geschäftsführer keine Geschäfte namens der Gesellschaft mit anderen Geschäftsführern oder keine Insichgeschäfte schließen kann, dem Geschäftsführer dafür die Vertretungsmacht zu entziehen. Die Situation unterscheidet sich da in nichts von der in der AG. Auch die Gesellschafter haben - wie der Aufsichtsrat nach [§ 95 Abs 5 letzter Satz AktG](#) bzw § 301 Abs 5 letzter Satz GmbHG - "nur" die Möglichkeit, derartige Geschäfte an die *Zustimmung* der Generalversammlung zu binden. Selbst das durch [§ 20 Abs 1](#)

[GmbHG](#) vermittelte Weisungsrecht der Gesellschafter taugt nicht dazu, die zum Abschluss entschlossene Geschäftsführung an der Transaktion zu hindern, weil die Gesellschafter ja keine verlässliche Möglichkeit haben, vorher davon zu erfahren. Was den stärkeren Abberufungsschutz des Vorstandsmitgliedes anbelangt, so droht diesem nicht nur bei gesellschaftsschädigendem Selbstkontrahieren, sondern schon bei Missachtung eines Zustimmungsvorbehaltes des Aufsichtsrates¹¹³⁾ (und ohne dass das konkrete Geschäft die Gesellschaft schädigt) die sofortige Abberufung wegen grober Pflichtverletzung iSd [§ 75 Abs 4 AktG](#). Dass es beim GmbH-Geschäftsführer eines solchen Grundes nicht bedarf, fällt daher überhaupt nicht ins Gewicht - abgesehen davon, dass für die Ergreifung wirtschaftlich schmerzhafter Konsequenzen (nämlich für die fristlose Entlassung aus dem Anstellungsvertrag) auch beim GmbH-Geschäftsführer ein wichtiger

Seite 570

Grund unabdingbare¹¹⁴⁾ Voraussetzung ist. Bei Geschäftsabschlüssen, die gegen die Interessen der Gesellschaft oder gegen Genehmigungsvorbehalte des Aufsichtsrates bzw der Gesellschafter verstoßen, sind Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder somit gleichermaßen durch die Abberufung gefährdet. Die grundlose Abberufbarkeit bzw der weitgehende Einfluss der Gesellschafterversammlung auf die GmbH-Geschäftsführung ist daher keineswegs in stärkerem Maße ein *"wirksamer Anreiz gegen eigennütziges Verhalten der Geschäftsführung"* als die drohende Abberufung aus wichtigem Grund gem [§ 75 Abs 4 AktG](#)¹¹⁵⁾.

Die teleologischen Schlüsse der Gegenmeinung sind aber noch aus einem weiteren Grund abzulehnen: In einem mehrgliedrigen Vorstand soll - so *Cernicky* - die Interessenlage der einzelnen Mitglieder derart ähnlich sein, dass den nicht am Geschäft beteiligten Vorstandsmitgliedern eine unbefangene Vertretung der Interessen der Gesellschaft buchstäblich unmöglich sei. Das von ihr zitierte Motto *"eine Hand wäscht die andere"*¹¹⁶⁾, das im Vorstand gelten soll, indiziert stark ein kollusives Zusammenwirken der Vorstandsmitglieder. Denn was bedeutet es, *"eines anderen Hand zu waschen"*? Gemeint sein kann nur die Gewährung eines Vorteils in der Hoffnung, dass der andere den Gefallen irgendwann zurückgibt. Diese Mentalität geht wohl über den *dolus eventualis* hinaus und entspricht im Wesentlichen der Geisteshaltung, die für das absichtliche schädigende Zusammenwirken von Vertreter und Vertragspartner gefordert wird, damit das Rechtsgeschäft wegen Kollusion unwirksam ist¹¹⁷⁾. Und selbst wenn keine Absicht nachweisbar ist, wird ein Vollmachtsmissbrauch auch dann angenommen, wenn der Vertreter seine interne Beschränkung überschreitet und dies dem Dritten (also dem Vertragspartner) beim Geschäftsabschluss bekannt war oder er grob fahrlässig keine Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit hatte, obwohl diese für ihn evident war¹¹⁸⁾. Die Folge des Vollmachtsmissbrauches ist die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes¹¹⁹⁾. Die Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht bietet also ein wirksames zivilrechtliches Korrektiv für schädigende Vertretungshandlungen von Organmitgliedern bei Geschäften zwischen solchen und der Gesellschaft. Bei Vertretungsmachtsmissbrauch wird zumindest die grobe Fahrlässigkeit beim (dadurch begünstigten) Vorstandsmitglied allemal vorliegen. Die aktienrechtliche (und anstellungsvertragliche) Verpflichtung zur Wahrung und Förderung der Gesellschaftsinteressen und die an einen Verstoß geknüpften Haftungsfolgen, denen jedes Vorstandsmitglied unterliegt, leitet die Mitglieder des Vorstandes beim Abschluss von Geschäften mit einem ihrer Kollegen zum Handeln im Sinne des Wohls der Gesellschaft an. Eine mögliche Schädigung der Gesellschaft durch (straf-)rechtswidriges Verhalten von Vorstandsmitgliedern zu verhindern, ist zwar Ziel des Gesetzes; dessen Auslegung darf sich aber nicht an der Annahme orientieren, dass im Zweifel ein Vorstandsmitglied pflichtwidrig und eigennützig zum Nachteil des Machtgebers handeln wird. Derartige kann erstens bei entsprechender Entschlossenheit und mangelndem Unrechtsbewusstsein (oder gar krimineller Energie) der beteiligten Personen ohnehin nicht von vornherein verhindert werden, und zweitens lässt sich das Risiko - wie gezeigt - ebenso durch "gelindere Mittel" (wie insb Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates, s oben) minimieren. In

Seite 2

krassen Fällen droht wegen Kollusion die Unwirksamkeit des Geschäftes. Für die von *Cernicky* und *Kalss* vertretene überschießende Auslegung von [§ 97 Abs 1 AktG](#) bietet die "spezielle Interessenlage" innerhalb des Vorstands also kein Argument.

Vorbehaltlich des Einsatzes der unter C.III. genannten Kontrollmittel des Aufsichtsrates (wie zB eines anstellungsvertraglichen Verbots von Eigengeschäften oder der Normierung von Zustimmungsvorbehalten) sind also sowohl der Aufsichtsrat als auch der Vorstand für den Abschluss von Geschäften mit Vorstandsmitgliedern zuständig. Die praktische Handhabung der konkurrierenden Vertretungsbefugnis nach [§ 97 Abs 1 AktG](#) hängt von der jeweiligen Verfassung der AG ab: Wenn neben dem/den betroffenen Vorstandsmitglied/ern genügend vertretungsbefugte Vorstandsmitglieder übrig sind, kann der Vorstand die Gesellschaft gegenüber dem/n Kollegen vertreten. Ein Dreivorstand, dessen Mitglieder je zu zweit vertretungsbefugt sind, kann also für die Gesellschaft wirksam einen Vertrag mit dem dritten Vorstandsmitglied abschließen. Bei einem Einzelvorstand oder einem Zweivorstand mit Gesamtvertretungsbefugnis (außer bei gemischter Gesamtvertretung, wo die Gesellschaft durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen vertreten

Seite 571

werden kann) fehlt hingegen die Vertretungsbefugnis und es sind die Regeln über das Insiggeschäft (Selbstkontrahieren) anzuwenden: Ein unter dieser Vertretung geschlossenes Rechtsgeschäft zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft ist bis zu seiner Genehmigung durch Satzung, Hauptversammlung oder Aufsichtsrat unzulässig und schwebend unwirksam. Ohne Einwilligung des Vertretenen (der Gesellschaft) ist das Geschäft nur dann zulässig, wenn der Abschlusswille des Vertreters nicht willkürlich einseitig widerrufbar zum Ausdruck kommt und eine Interessengefährdung von vornherein ausgeschlossen ist bzw das Geschäft dem Vertretenen ausschließlich Vorteile bringt¹²⁰). Die Rsp hat sich mit Insiggeschäften von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern mit der von ihnen vertretenen Gesellschaft schon mehrfach auseinandergesetzt und deren Wirksamkeit bei Einwilligung der Gesellschaft (etwa durch den Aufsichtsrat) bejaht¹²¹).

Statt des Vorstandes kann aber gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) auch der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern vertreten. Aus der parallelen Vertretungsbefugnis von Aufsichtsrat und Vorstand ergibt sich, dass jedes Organ das jeweils andere vom (geplanten) Abschluss eines Geschäftes *verständigen* muss¹²²). Diese Informationspflicht könnte der Aufsichtsrat zB auch in der Geschäftsordnung für den Vorstand vorschreiben. Für den Fall, dass im Namen der Gesellschaft vom Aufsichtsrat einerseits und vom Vorstand andererseits einander widersprechende Willenserklärungen abgegeben werden, muss Folgendes gelten: Gleichzeitig abgegebene und einander widersprechende Willenserklärungen sind unwirksam. Bei zeitlich aufeinanderfolgenden Erklärungen ist die frühere wirksam, sofern sie nicht widerrufen ist¹²³). Es gelten also die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zum Abschluss von Rechtsgeschäften. Einen "Vorrang" der Willenserklärung des Aufsichtsrates gibt es in dem Sinne nicht.

I. Vertretung der Gesellschaft gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern

1. Ein spezielles Problem bildet die Frage der Vertretung der Gesellschaft gegenüber (vor kurzem) ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern insb in Angelegenheiten, die im Zusammenhang mit dem Ausscheiden stehen. Dabei geht es weniger (aber auch) um eine Abgrenzung zwischen [§ 97 Abs 1 AktG](#) (der ja seinem Wortlaut nach nur die Vertretung gegenüber aktiven Vorstandsmitgliedern regelt) und [§ 75 AktG](#), sondern - insb wenn man dem OGH folgt - um eine Abgrenzung zwischen [§ 71 Abs 1](#) und [§ 75 AktG](#). Denn nach letzterer Bestimmung ist unstrittig der Aufsichtsrat *allein* für die Vertretung der Gesellschaft zuständig¹²⁴). Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut. [§ 75 Abs 1 AktG](#) regelt die Kompetenz des Aufsichtsrates zur Bestellung des Vorstandsmitgliedes und

Seite 3

zum Abschluss des Anstellungsvertrages, [§ 75 Abs 4 AktG](#) den Widerruf der Bestellung. Auch wenn das Gesetz in [§ 75 Abs 4 AktG](#) bei der *Beendigung* des Anstellungsvertrages keine ausdrückliche Kompetenzzuweisung vornimmt (also nicht wie [§ 75 Abs 1 letzter Satz AktG](#) für den Abschluss des Anstellungsvertrages zB die sinngemäße Anwendung der Regeln über den Bestellungsvertrag anordnet), ist richtiger Ansicht zufolge auch dafür nach dieser Bestimmung ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig¹²⁵). Das muss unabhängig davon gelten, *wann* die Beendigung des Anstellungsvertrages erfolgt: ob bei aufrechter Mandat, gleichzeitig mit der Beendigung oder erst nach Abberufung aus dem Vorstand. Nach der Rsp soll hingegen für die Auflösung des Dienstverhältnisses nach Abberufung des Vorstandsmitgliedes der Vorstand als allgemein für die (außer-)gerichtliche Vertretung der Gesellschaft berufenes Organ iSd [§ 71 Abs 1 AktG](#) zuständig sein¹²⁶). In einer jüngeren Entscheidung sprach der OGH sehr beiläufig und ohne nähere Begründung aus, dass der Vorstand das für die Vereinbarung der finanziellen Konditionen eines Vergleiches mit dem vom Aufsichtsrat abberufenen und gleichzeitig gekündigten Vorstandsmitglied zuständige Organ sei, während der Aufsichtsrat über einen allfälligen Wiedereintritt in den Vorstand verhandeln könne¹²⁷). Kürzlich stellte der OGH immerhin klar, dass der

Seite 572

Aufsichtsrat für den gleichzeitig mit der Abberufung aus wichtigem Grund erfolgten Ausspruch der sofortigen Auflösung des Vorstandsvertrages (allein) zuständig sei¹²⁸).

2. Die Auffassung, in anstellungsvertraglichen Belangen mit bereits ausgeschiedenen (zB abberufenen oder zurückgetretenen) Vorstandsmitgliedern vertrete (nur) der Vorstand gem [§ 71 Abs 1 AktG](#) die Gesellschaft, ist strikt abzulehnen. Der Zusammenhang derartiger Rechtshandlungen mit dem Vorstandsmandat ist evident. Ein Interessenkonflikt für die verbliebenen Vorstandsmitglieder ergibt sich gerade in solchen Konstellation nicht bloß gelegentlich, sondern geradezu typischerweise, geht es doch bei der Beendigung des Vorstandsstellungsvertrages, der Festlegung der dafür geltenden Konditionen und der Frage, ob darüber eine Auseinandersetzung geführt werden soll, um Themen, die die anderen (aktiven) Vorstandsmitglieder in absehbarer Zeit genauso betreffen können. Eine großzügige Behandlung eines ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedes schafft uU ein Präjudiz, künftig bei anderen Vorstandsmitgliedern ähnlich zu verfahren.

3. Dass das Kriterium des aufrechten Vorstandsmandats für die Lösung der Vertretungsfrage kein taugliches ist, kann man leicht an folgendem Beispiel sehen: Soll der Anstellungsvertrag (was nicht häufig vorkommen wird, aber denkbar ist) schon *vor* der Bestellung (und unter deren aufschiebender Bedingung) abgeschlossen werden, kämen vermutlich auch die Vertreter der Ansicht, der Vorstand vertrete die Gesellschaft in Anstellungsvertragsangelegenheiten ausgeschiedener Vorstandsmitglieder, kaum auf die Idee, dem Vorstand die Vertretungsmacht einzuräumen. Der Grund dafür ist offensichtlich: Obwohl der Wortlaut von [§ 75 Abs 1 letzter Satz AktG](#) auch nur von Vorstandsmitgliedern spricht, würde ein Vorstand, der mit einem künftigen Vorstandsmitglied den Anstellungsvertrag abschließt und dadurch die Gesellschaft zu *binden* imstande wäre, die Bestellkompetenz des Aufsichtsrates völlig präjudizieren, ja zur Farce verkommen lassen. Wenn man dagegen einwendet, der Aufsichtsrat könne ja die Bestellung davon abhängig machen, dass der Kandidat in einen vom Aufsichtsrat festgelegten Anstellungsvertragsinhalt einwilligt, dann besteht diese Möglichkeit der Sache nach eben nur, wenn der vom Vorstand abgeschlossene Vertrag keine Wirkungen entfaltet. Andernfalls wäre der Aufsichtsrat in seinem Willensentschluss vielleicht nicht *de iure*, aber *de facto* entscheidend beeinträchtigt. Genau dieser Gesichtspunkt spricht auch klar dagegen, dem Vorstand eine - und sei es auch bloß konkurrierende - Vertretungsmacht für Anstellungsvertragsfragen nach *Mandatsbeendigung* einzuräumen. Ein Vorstand, der das kann und darf, vermag die Beendigungsentscheidung des Aufsichtsrates völlig zu konterkarieren, wie ein Beispiel zeigt. Man nehme an, der Aufsichtsrat hat ein Vorstandsmitglied wegen grober Pflichtverletzung abberufen,

Seite 4

zögert aber noch mit der (fristlosen) Beendigung des Anstellungsvertrages, weil er noch weitere Recherchen anstellen möchte. Könnte nun der Vorstand mit dem eben unehrenhaft abberufenen Kollegen einen Auflösungsvertrag vereinbaren, der diesem drei Jahresgehälter Abfindung zuerkennt, würde die Abberufungsentscheidung des Aufsichtsrates wirtschaftlich unterlaufen, ja ins Gegenteil verkehrt. Es ist kaum vorstellbar, dass der OGH diese Konsequenz in Kauf nähme. Dasselbe gilt für den Rücktritt unter Berufung auf einen wichtigen Grund. Hält der Aufsichtsrat diesen für unberechtigt, wird er möglicherweise darauf mit fristloser Entlassung aus dem Anstellungsvertrag reagieren. Das kann er jedoch nicht, könnte ihm der Vorstand zuvor kommen und mit dem Zurückgetretenen hohe Abfindungszahlungen vereinbaren (und zusätzlich auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verzichten). Es ist erstaunlich, dass die Rsp diese evidenten Zusammenhänge bislang nicht klar gesehen und die einzig mögliche und rechtlich haltbare Konsequenz daraus nicht gezogen hat: dem Aufsichtsrat unter Berufung auf [§ 75 AktG](#) die alleinige Vertretungsmacht für die Abwicklung des Anstellungsvertrages auch nach Mandatsbeendigung zuzuerkennen.

4. Der Gesetzeswortlaut bildet für die hier vertretene Ansicht kein Hindernis. Eine Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Beendigung des Anstellungsvertrages ist vielmehr von [§ 75 Abs 4 AktG](#) durchaus gedeckt. Das Fehlen einer ähnlichen Wendung wie in [§ 75 Abs 1 letzter Satz AktG](#), aus dem sich die Kompetenz des Aufsichtsrates für den Abschluss des Anstellungsvertrages klar ergibt, schlägt nichts. Es darauf ankommen zu lassen, wäre eine zu formalistische Argumentation, die gegen die angeführten teleologischen Argumente nicht die Oberhand gewinnen kann. Die Interessenlage ist bei Abschluss und bei Beendigung des Anstellungsvertrages ident. Das Argument des OGH¹²⁹⁾ ist abzulehnen, dass nach Ausscheiden aus dem Vorstand ein "*Wegfall der Integration*" eintrete und daher auch die typische Konfliktsituation verschwinde, dass ein Vorstand "nicht sein eigener Chef" sein solle. Ganz im Gegenteil: Die Ansprüche, die ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied im Zusammenhang mit der Beendigung seines Anstellungsvertrages gegen die Gesellschaft geltend macht, berühren die Interessen der verbliebenen Vorstandsmitglieder massiv.

5. Für Geschäfte zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied, die nicht dem anstellungsvertraglichen Bereich (zur Abgrenzung s im Folgenden) zuzurechnen sind, sondern für die [§ 97 Abs 1 AktG](#) gilt, ist die Beendigung des Mandats (aus welchem Grunde immer) hingegen sehr wohl eine Zäsur und wechselt die Vertretungsmacht von einer zwischen Vorstand und Aufsichtsrat konkurrierenden zu einer alleinigen Vertretungs-

Seite 573

macht des Vorstandes. Hat das Vorstandsmitglied zB der Gesellschaft ein betriebsnotwendiges Grundstück vermietet, dann kann mit Ausscheiden aus dem Mandat nur mehr der Vorstand die Gesellschaft (zB bei einer Kündigungserklärung) vertreten. Die anders geartete Interessenlage gebietet es hier auch nicht, dem Aufsichtsrat seine konkurrierende Kompetenz zu belassen, weil bei derartigen Geschäften die Betroffenheit der anderen Vorstandsmitglieder in ungleich geringerem Maße gegeben ist, können derartige Verträge doch kaum Präjudizwirkung für sie selbst entfalten.

6. In diesem Sinne führte auch der OGH in einer Entscheidung aus 2005¹³⁰⁾ aus, dass bei Vereinbarungen mit ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern eine sinngemäße Anwendung der Aufsichtsratszuständigkeit¹³¹⁾ gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) nur in Frage käme, wenn bei typisierender Betrachtungsweise dieselben Interessenkonflikte zu befürchten seien wie bei aktiven Vorstandsmitgliedern, was regelmäßig nur bei Angelegenheiten im sachlichen Zusammenhang mit der früheren Vorstandstätigkeit der Fall sei. Die strittige Vereinbarung betraf jedoch einen Bonus, der dem Betroffenen in der Zeit vor seiner Vorstandstätigkeit für seine Dienste als "gewöhnlicher" Mitarbeiter zugesagt wurde und stand somit in keinerlei Zusammenhang mit der (vorübergehend ausgeübten) Vorstandsfunktion, weshalb eine weitere Auseinandersetzung mit

Seite 5

dieser Abgrenzungsfrage unterblieb. Das *Ergebnis* dieser Entscheidung ist ohne Zweifel richtig, wobei der OGH hier gar nicht auf die obigen Überlegungen hätte zurückgreifen müssen. Denn die Angelegenheit, um die es ging, war niemals eine "Vorstandscausa", sondern sie betraf nur jemanden, der "zufällig" zwischenzeitig Mitglied des Vorstandes war. Der Fall ist nicht anders zu beurteilen als jener, dass eine AG an irgendeine Person (einen Geschäftspartner) ein Grundstück verkauft, diese Person zB Jahre später Mitglied des Vorstandes wird und nach dem Ausscheiden aus dem Vorstand das Grundstück an die Gesellschaft zurückverkauft¹³²). Im Übrigen kann dem OGH aber nach dem oben Gesagten nicht darin zugestimmt werden, dass bei Angelegenheiten im Zusammenhang mit der früheren Vorstandstätigkeit, die in typisierender Betrachtungsweise einen Interessenkonflikt wie bei aktiven Vorstandsmitgliedern befürchten ließen, schlechthin [§ 97 Abs 1 AktG](#) zur Anwendung gelange. Vielmehr fallen, wie gerade dargetan, sämtliche iWS anstellungsvertragliche Angelegenheiten auch gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern unter [§ 75 AktG](#) und begründen daher eine *exklusive* Vertretungskompetenz des Aufsichtsrates, die [§ 97 Abs 1 AktG](#) nur beinhaltet, wenn man der abzulehnenden Mindermeinung folgt (s oben).

II. Zuordnung von Rechtsgeschäften zu § 75 oder zu [§ 97 Abs 1 AktG](#)

Zu klären bleibt nun noch, welche Geschäfte zum Bereich "Mandat und Anstellung" des Vorstandsmitgliedes gehören und welche in den Anwendungsbereich von [§ 97 Abs 1 AktG](#) fallen. Auf der Grundlage der - abzulehnenden - Meinung, die letztgenannte Bestimmung verschaffe dem Aufsichtsrat ein Vertretungsmonopol, ist die Abgrenzung weniger entscheidend, wenn auch infolge der für Anstellungsvertragsangelegenheiten gegebenen Möglichkeit der Verlagerung in einen (mitbestimmungsfreien) Ausschuss¹³³) nicht ganz ohne Relevanz. Basierend auf der hier vertretenen hM kommt der Unterscheidung zwischen Anstellungsvertragsinhalten und sonstigen Verträgen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied hingegen schon wegen der unterschiedlichen Vertretungsmacht wesentliche Bedeutung zu. Dabei hat als Grundsatz zu gelten, dass das Vorstandsmitglied nicht durch Ausgliederung gewisser Inhalte aus dem Anstellungsvertrag das Vertretungsmonopol des (möglicherweise weniger "großzügigen") Aufsichtsrates umgehen können soll¹³⁴), indem es unter Berufung auf [§ 97 Abs 1 AktG](#) Verträge mit der durch den Vorstand vertretenen Gesellschaft schließt. Diejenigen Geschäfte, die typischerweise Inhalt des Anstellungsvertrages eines Vorstandsmitgliedes sind, unterliegen daher in jedem Fall der ausschließlichen Zuständigkeit des Aufsichtsrates gem [§ 75 AktG](#), auch wenn sie separat vom Anstellungsvertrag (dh in getrennten Urkunden) oder nachträglich geschlossen bzw geändert werden. Das Problem ist uE mit dem der Auslegung von [§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG](#) betreffend die sogenannten "Inhaltsnormen" in Kollektivverträgen verwandt. Die Kollektivvertragsparteien können nach dieser Bestimmung "*die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer*" regeln. Ob ein bestimmter Inhalt nun im Kollektivvertrag geregelt werden kann, soll nach der stRsp davon abhängen, ob es sich um einen "*typischen, wesentlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Inhalt*" eines Arbeitsverhältnisses handelt¹³⁵). Nach der (teilweise ziemlich kritikwürdigen) Rsp des OGH

Seite 574

hinge diese Qualifikation quasi von der statistischen Häufigkeit einer Regelung in Arbeitsverträgen ab. So judizierte der OGH¹³⁶) zB, dass Arbeitnehmer-Pensionsbeiträge im Rahmen betrieblicher Pensionsregelungen keine Inhaltsnormen seien, weil sie ungewöhnlich wären. Wie zB *Strasser*¹³⁷) richtig aufzeigte, ist sowohl die Begrenzung auf *wesentliche*¹³⁸) als auch auf *regelmäßig wiederkehrende* Inhalte unbefriedigend. Vielmehr seien kollektivvertragliche Regelungen an der Verkehrsauffassung zu messen: [§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG](#) umfasse nur diejenigen Materien, die nach Auffassung der beteiligten Verkehrskreise als "*aus dem gegenseitigen Arbeitsverhältnis entspringende Rechte und Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern*" gelten. So könnten einerseits die dynamische gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung in der Arbeitswelt und andererseits branchenspezifische Unterschiede berücksichtigt werden.

Seite 6

UE ist dieser Ansatz auch für die Grenzziehung zwischen [§ 75 Abs 1](#) und [§ 97 Abs 1 AktG](#) tauglich. Ausgehend von einem funktionalen Anstellungsvertragsbegriff gehören nicht bloß Inhalte, die typisch im Sinne von "statistisch relativ häufig" sind, zum Inhalt eines Anstellungsvertrages und unterliegen daher dem Aufsichtsratsvertretungsmonopol des [§ 75 AktG](#). Erfasst sind vielmehr solche Regelungsinhalte, die funktional-inhaltlich einen unverkennbaren Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag aufweisen, weil sie iWdR die Regelung des Entgelts für die Vorstandstätigkeit zum Gegenstand haben und nach der Verkehrsauffassung als möglicher Inhalt des Anstellungsvertrags gelten. Als Beispiele für (zumindest in Österreich) eher seltene, aber dennoch eindeutig zum Anstellungsvertrag gehörende Klauseln wären etwa zu nennen: der "*signing bonus*", dh ein - möglicherweise größerer - Betrag, den ein Vorstandsmitglied allein dafür bekommt, dass es den Vertrag abschließt bzw die Bestellung annimmt. Zumindest in Österreich sind derartige Vereinbarungen nach wie vor sehr selten, deren Entgeltcharakter und funktionaler Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag jedoch unverkennbar, ist doch die Tätigkeit als Vorstandsmitglied Anlass für den Bonus. Oftmals soll der Bonus einem von einem anderen Unternehmen abgeworbenen Vorstandsmitglied den durch den Wechsel bedingten Verlust von Ansprüchen und Leistungen des verlassenen Unternehmens ersetzen¹³⁹). Dasselbe gilt für einen "Stay-On-Bonus", den ein Vorstandsmitglied dafür erhält, dass es bei der Gesellschaft verbleibt und nicht ein anderes (uU lukrativeres) Angebot annimmt¹⁴⁰).

Auch die (private) Nutzung eines Dienstwagens, die Übernahme von Reise- und Übersiedlungskosten (zB für Vorstandsmitglieder, deren Familien an einem anderen Ort geblieben sind und die deshalb regelmäßig nach Hause reisen) oder auch die Bezahlung von Schulgeld für die Kinder des Vorstandsmitglieds durch die Gesellschaft sind typische, wenn auch teilweise weniger häufige Regelungsinhalte von Vorstandsverträgen. Bei der D&O-Versicherung¹⁴¹) ist zu unterscheiden: die Auswahl und der Abschluss des Versicherungsvertrages zwischen der Gesellschaft und dem Versicherungsunternehmen liegen in der (alleinigen) Vertretungskompetenz des Vorstands, weil Geschäfte zwischen der AG und (zumal mit Vorstandsmitgliedern in keiner Beziehung stehenden) Dritten (Versicherungsunternehmen) weder unter [§ 75](#) noch unter [§ 97 Abs 1 AktG](#) fallen können. Die D&O-Versicherung ist eine Versicherung für fremde Rechnung; Versicherungsnehmer ist die Gesellschaft, Versicherte sind die Organmitglieder (je nachdem, wie weit der Kreis gezogen wird, können darunter Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder - ja auch leitende Angestellte - einer ganzen Unternehmensgruppe fallen)¹⁴²). IdR werden diese Verträge nicht zugunsten eines einzelnen Vorstandsmitgliedes, sondern gleich zur Absicherung der Haftung aller Organmitglieder einer Gesellschaft oder Unternehmensgruppe abgeschlossen. Die Zusage der Gesellschaft an das einzelne Vorstandsmitglied, die Versicherungsprämien zu übernehmen, ist hingegen ein Vertrag der Gesellschaft mit dem Vorstandsmitglied, für dessen Abschluss aufgrund des Entgeltcharakters¹⁴³) der Aufsichtsrat gem [§ 75 Abs 1](#) iVm [§ 78 Abs 1 AktG](#) zuständig ist. Der Vorstand, der ohne Zusage des Aufsichtsrates zur Übernahme der Versicherungsprämien seitens der Gesellschaft für die Vorstandsmitglieder einen solchen Versicherungsvertrag - dasselbe gilt für die Rechtsschutzversicherung zugunsten eines Vorstandsmitgliedes - abschließt, handelt folglich pflichtwidrig¹⁴⁴).

Seite 575

Unter [§ 75 Abs 1 AktG](#) und damit in die alleinige Zuständigkeit des Aufsichtsrates fällt auch die Gewährung von Aufwandsersatz - und zwar nicht nur die Erstattung von dienstlichen Reiseaufwendungen (die ohnehin einen geradezu klassischen Anstellungsvertragsinhalt bildet), sondern auch die (uU kostspielige) Erstattung von Verfahrenskosten, die einem Vorstandsmitglied zB dadurch entstehen können, dass es in ein Zivil-, Verwaltungsstraf- oder gar Strafverfahren hineingezogen wird, das mit der Vorstandstätigkeit in untrennbarem Zusammenhang steht. Darauf kann das Vorstandsmitglied einen auf [§ 1014 ABGB](#) gestützten, gesetzlichen Rechtsanspruch haben¹⁴⁵); sofern darüber *Vereinbarungen* mit der Gesellschaft getroffen

Seite 7

werden, vertritt diese allein der Aufsichtsrat¹⁴⁶⁾. Auch das gilt in gleicher Weise für Vereinbarungen, die nach dem Ausscheiden aus dem Vorstand getroffen werden.

Bei Vereinbarungen betreffend die Überlassung von Wohnraum hängt es von den vertraglichen Konditionen ab, ob der Vertrag funktional zum Anstellungsvertrag gehört und somit unter [§ 75 AktG](#) fällt. Bei Zurverfügungstellung einer Dienstwohnung¹⁴⁷⁾ ist der nötige Zusammenhang mit der Anstellung gegeben und folglich allein der Aufsichtsrat zum Abschluss des Vertrages befähigt. Voraussetzung für die Annahme einer Dienstwohnung ist nämlich ein innerer Zusammenhang zwischen dem Anstellungsvertrag und dem Mietvertrag, in dem Sinn, dass die Anstellung Geschäftsgrundlage für die Wohnraumüberlassung ist¹⁴⁸⁾. Auf die Höhe oder Angemessenheit des Mietzinses kommt es bei Erfüllung der sonstigen Kriterien hingegen nicht an¹⁴⁹⁾. Weist der Vertrag indes keinen "inneren Zusammenhang" iSd MRG mit der Vorstandstätigkeit auf, ist die Eigenschaft als Dienstwohnung zu verneinen. Für den Abschluss eines solchen Rechtsgeschäftes gilt daher die konkurrierende Vertretungsbefugnis von Vorstand und Aufsichtsrat gem [§ 97 Abs 1 AktG](#)¹⁵⁰⁾.

Das wird vor allem für Verträge über Immobilien gelten, die weder das Vorstandsmitglied noch seine Familie selbst nutzen. Zum Anstellungsvertragsbestandteil wird ein solcher Vertrag auch nicht dadurch, dass das vom Vorstandsmitglied zu entrichtende Entgelt nicht marktüblich ist, also einem Fremdvergleich nicht standhält. Dies gilt auch für andere, mit der Anstellung funktional im obigen Sinne nicht zusammengehörende Rechtsgeschäfte (wie zB den Ankauf von Bildern, den Verkauf von Beteiligungen etc). Der aus einem derartigen Geschäft für das Vorstandsmitglied resultierende Vermögensvorteil ist nicht mit einem Bestandteil des Vorstandsentgelts gleichzusetzen, für dessen Festsetzung in Anwendung des [§ 75 Abs 1](#) iVm [§ 78 Abs 1 AktG](#) allein der Aufsichtsrat zuständig wäre. Darin läge eine *petitio principii*. Vielmehr gibt es in diesem Fall - sofern der Aufsichtsrat nicht ohnehin einen Beschluss nach [§ 95 Abs 5 letzter Satz AktG](#) gefasst haben sollte - andere Instrumente, die sicherstellen, dass das Rechtsgeschäft idR unwirksam ist: Wie bereits oben erörtert, wird in einem solchen Fall nämlich - zumindest dann, wenn die Unangemessenheit deutlich hervor tritt - das Rechtsgeschäft wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam sein, weil das begünstigte Vorstandsmitglied vom den Machtgeber schädigenden Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Machthaber positive Kenntnis hat oder ihm zumindest grob fahrlässige

Seite 576

Unkenntnis vorzuwerfen ist. Außerdem werden die die AG vertretenden Vorstandsmitglieder idR sogar Untreue iSd [§ 153 StGB](#) zu verantworten haben. Der Begünstigte dürfte - wenn er einen zumindest bedingt vorsätzlichen Befugnismissbrauch der unmittelbaren Täter für gewiss hält und selbst einen zumindest bedingten Vermögensschädigungsvorsatz hat¹⁵¹⁾ - als Beitragstäter verantwortlich sein oder vielleicht sogar als unmittelbarer Täter, weil er in dieser Konstellation als ebenfalls zur Vertretung der AG befugtes (und sei es auch bloß kollektiv zeichnungsberechtigtes; das ist nach der Rsp strafrechtlich irrelevant¹⁵²⁾) Organmitglied wohl gar kein *extraneus* iSd [§ 14 StGB](#) ist.

Unstrittig gehören - auch nach Anwendung der hier aufgestellten Regel - Vereinbarungen über die Vorstandsbezüge (§§ 77 f AktG) oder eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot ([§ 79 AktG](#)) aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu den wesentlichen Anstellungsvertragsinhalten und unterliegen somit der ausschließlichen Kompetenz des Aufsichtsrates gem [§ 75 Abs 1 AktG](#)¹⁵³⁾.

Für die Vertreter der Gegenmeinung ist diese Abgrenzung der [§§ 75](#) und [97 AktG](#) - wie oben schon angedeutet - hinfällig, soll doch der Aufsichtsrat für *alle* Geschäfte mit Vorstandsmitgliedern *ausschließlich* zuständig sein. Dies zeigt sich zB bei *Kalss*, die zum Tatbestand von [§ 97 Abs 1 Fall 1 AktG](#) ausführt, dass sämtliche Arten von Rechtsgeschäften, aber

Seite 8

auch sonstige außergerichtliche Maßnahmen oder Beziehungen davon umfasst seien und in einer beispielhaften Aufzählung sämtliche Geschäfte gleichsam "in einen Topf wirft"¹⁵⁴⁾: Der Abschluss und die Kündigung des Dienst- oder Pensionsvertrages, Nebenfragen zur Vorstandstätigkeit, wie etwa Reisekostenersatz, die Nutzung eines Dienstwagens, die Behandlung von Dienstserfindungen oder auch Fragen zum Versicherungsschutz unterlägen ebenso der alleinigen Vertretungskompetenz des Aufsichtsrates, wie der Abschluss von Lizenzverträgen oder Kaufverträgen über Immobilien. Im Regelungsbereich von [§ 80 AktG](#) (Kreditvergabe an Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte) würde nach ihrer Ansicht das Vertretungsmonopol gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) für die Verträge mit Vorstandsmitgliedern selbst der dort normierten Zustimmungsbefugnis des Aufsichtsrates vorgehen. Mit dieser Auslegung wird jedoch ignoriert, dass das AktG für die verschiedenen Geschäftsfälle *explizit* unterschiedliche Regelungen trifft, die in ihrer Intensität mehr oder weniger in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands eingreifen: Für die Bestellung in den Vorstand und die Abberufung aus diesem, sowie den Abschluss und die Beendigung (s oben D.I.) des Anstellungsvertrages ist gem [§ 75 AktG](#) *allein* der Aufsichtsrat zuständig. Sollten Vertragsinhalte, die anhand der oben beschriebenen Abgrenzungskriterien eindeutig zum Anstellungsvertrag gehören, dennoch einer separaten Regelung unterzogen werden, ist dabei ebenso der Aufsichtsrat innerhalb seiner ausschließlichen Kompetenz gem [§ 75 Abs 1 AktG](#) zur Vertretung der Gesellschaft zuständig. Für die übrigen Verträge der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern ist uE hingegen neben dem Aufsichtsrat auch der Vorstand vertretungsbefugt, wobei für Kreditvergaben an Vorstandsmitglieder gem [§ 80 AktG](#) eine Vertretung der Gesellschaft durch den Vorstand unter Einholung der Genehmigung des Aufsichtsrates vorgesehen ist. Der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür, dass nur der Vorstand die Gesellschaft vertritt, weil sonst ja die Statuierung eines Zustimmungsrechtes des Aufsichtsrates sinnwidrig wäre. Interessanterweise wird im Schrifttum sowohl von *Kalss*¹⁵⁵⁾ als auch von *Strasser*¹⁵⁶⁾ die Ansicht vertreten, dass die Kreditgewährung eine Angelegenheit des [§ 97 AktG](#) wäre und deshalb nach *Kalss* *nur* der Aufsichtsrat und nach *Strasser* *auch* dieser vertreten könne, wobei bei Abschluss des Kreditvertrages durch den Vorstand nach *Strasser* der Aufsichtsrat jedenfalls zusätzlich zustimmen müsse. Welcher Ansicht man im Ergebnis den Vorzug gibt, ist zugegebenermaßen von eingeschränkter Bedeutung, weil auf jeden Fall die Kreditgewährung ohne Zutun des Aufsichtsrates oder entgegen einem Aufsichtsratsbeschluss nicht zulässig und - entgegen *Strasser*¹⁵⁷⁾ - idR auch nicht wirksam ist, weil typischerweise Kollusion vorliegen wird. Dennoch verwundert es, dass [§ 80 Abs 1 AktG](#) ohne weiteres als Anwendungsfall des [§ 97 Abs 1 AktG](#) gesehen wird¹⁵⁸⁾. Denn dass [§ 80 Abs 1 AktG](#) als allgemeinere Regelung von [§ 97 Abs 1 AktG](#) "überlagert" werde¹⁵⁹⁾, überzeugt nicht wirklich, ist doch [§ 80 Abs 1 AktG](#) zwar in einer Hinsicht allgemeiner (weil auch für leitende Angestellte geltend), in anderer dagegen eindeutig spezieller als [§ 97 Abs 1 AktG](#), weil sich nur auf bestimmte Rechtsgeschäfte - eben Kreditgewährungen - beziehend¹⁶⁰⁾.

Seite 577

Es wäre systematisch unsinnig, hätte der Gesetzgeber in [§ 80 AktG](#) (wohlgemerkt unter dem Titel "*Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder*") eine Genehmigungspflicht für Kreditvergaben der Gesellschaft an Vorstandsmitglieder vorgeschrieben, die wegen [§ 97 Abs 1 AktG](#) durch die ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates bei sämtlichen Geschäften der Gesellschaft mit dem Vorstand ohnedies hinfällig wäre. Eine Auslegung von [§ 97 Abs 1 AktG](#), die einer anderen Bestimmung des Gesetzes (zumindest teilweise) den Anwendungsbereich nimmt, ist nicht zu befürworten¹⁶¹⁾ - und schon gar nicht, wenn für sie keinerlei überzeugende teleologische Argumente sprechen.

E. Zusammenfassung und Ergebnisse

Seite 9

1. [§ 97 Abs 1 AktG](#) räumt dem Aufsichtsrat kein Vertretungsmonopol ein, sondern nur eine mit der des Vorstandes konkurrierende Vertretungsmacht. Der früher einhellig vertretenen und nach wie vor hA ist de lege lata weiterhin der Vorzug zu geben.
2. Für diese Ansicht spricht nicht nur klar der gesetzliche Wortlaut, der sich von jenem in [§ 75 Abs 1 AktG](#) deutlich unterscheidet, sondern auch die Absicht des historischen Gesetzgebers. Die Neuregelung des Problems durch § 112 dAktG 1965, der dem Aufsichtsrat ein Vertretungsmonopol bei Abschluss von Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern zuerkennt, erfolgte als bewusste Abkehr vom früheren Rechtszustand. Die zeitgleich erfolgte österr Reformierung des AktG setzte diesen (oder einen vergleichbaren) Schritt hingegen nicht.
3. Die vor allem von *Cernicky* und *Kalss* gegen die hA vorgetragenen Argumente, nur mittels eines Vertretungsmonopols des Aufsichtsrates könne verhindert werden, dass der Vorstand seinen "Informationsvorsprung" zum eigenen Vorteil und zum Schaden der Gesellschaft ausnütze, sind nicht stichhaltig und ignorieren das dem Aufsichtsrat zur Verfügung stehende Instrumentarium, mit dessen Hilfe eine Interessenbeeinträchtigung der Gesellschaft leicht vermieden werden kann.
4. So hat der Aufsichtsrat die einfach zu handhabende Möglichkeit, gestützt auf [§ 95 Abs 5 letzter Satz AktG](#) sämtliche (oder auch nach bestimmten Kriterien spezifizierte) Geschäfte der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern seiner vorangehenden Zustimmung zu unterwerfen und damit im Ergebnis dem Vorstand jeden eigenmächtigen Geschäftsabschluss mit Vorstandsmitgliedern zu untersagen. Ein umsichtiger und sorgfältig handelnder Aufsichtsrat wird davon auch Gebrauch machen und allenfalls bestimmte Geschäfte, bei denen (zB aufgrund eines festen Markt- oder Börsepreises) eine Interessenbeeinträchtigung der Gesellschaft von vornherein nicht zu befürchten ist, von der Zustimmung ausklammern.
5. Auch mit der - abzulehnenden - Ansicht von einem Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) kann nicht dem Problem begegnet werden, dass eine Interessenbeeinträchtigung der Gesellschaft nicht nur beim Abschluss von Geschäften mit Vorstandsmitgliedern persönlich, sondern auch bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern nahe stehenden Dritten (zB nahen Angehörigen von Vorstandsmitgliedern oder Unternehmen, an denen Vorstandsmitglieder oder nahe Angehörige beteiligt sind oder ein finanzielles Interesse haben) eintreten kann. Dieser Umstand spricht zusätzlich gegen ein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates, weil dieses eben nicht einmal ein zur Zweckerfüllung ausreichendes Mittel ist.
6. Geschäfte zwischen der Gesellschaft und solchen Dritten, die Vorstandsmitgliedern nahe stehen (nahe Angehörige oder Unternehmen unter dem Einfluss von Vorstandsmitgliedern oder deren Angehörigen) kann der Aufsichtsrat dagegen sehr wohl einem Zustimmungsvorbehalt gem [§ 95 Abs 5 letzter Satz AktG](#) unterwerfen.
Darüber hinaus ist es möglich (und passiert in der Praxis bereits regelmäßig), in den Anstellungsverträgen Klauseln vorzusehen, die das Vorstandsmitglied verpflichten, Geschäfte mit der Gesellschaft oder Geschäfte zwischen einem dem Vorstandsmitglied nahestehenden Dritten und der Gesellschaft entweder überhaupt zu unterlassen (bzw zu verhindern) oder dem Aufsichtsrat vorher zur Genehmigung vorzulegen.
7. Für die von den Anhängern eines Vertretungsmonopols des Aufsichtsrates der Sache nach befürwortete teleologische Reduktion von [§ 71 Abs 1 AktG](#) fehlen überzeugende - oder gar zwingende - Gründe. Weder hat der historische Gesetzgeber damals das Interessenkollisionsproblem verkannt noch lässt sich ernsthaft behaupten, das Problem sei erst nachträglich entstanden. Vielmehr zeigen die Umstände rund um den großen Börsenkrach 1873 und die im Anschluss daran einsetzende (auch rechtswissenschaftliche) Diskussion, dass davon keine Rede sein kann. Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat eben die oben genannten Mittel zur

Verfügung, um Vorstandsmitglieder am Abschluss entsprechender Geschäfte ohne Kontrolle zu hindern.

8. Da [§ 75 Abs 1 AktG](#) eindeutig und unstrittig dem Aufsichtsrat ein Vertretungsmonopol nicht nur bei der Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern einräumt, sondern auch beim Abschluss (und richtigerweise bei der Auflösung; s unten) des Anstellungsvertrages, müssen die unter § 75 Abs 1 bzw Abs 4 AktG fallenden Geschäfte von jenen abgegrenzt werden, die von [§ 97 Abs 1 AktG](#) erfasst sind. In den Anwendungsbereich des [§ 75 Abs 1 AktG](#) gehören alle Geschäfte, die funktional und nach der Verkehrsauffassung die

Seite 578

Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes und das Anstellungsverhältnis betreffen und insb iwS das Entgelt für die Vorstandstätigkeit regeln (zu dem zB auch Aufwandsersatz gehört). Darauf, ob eine bestimmte Vertragsklausel in Anstellungsverträgen statistisch häufig verwendet wird oder nicht, kommt es nicht an.

9. Obwohl [§ 75 Abs 4 AktG](#) keine [§ 75 Abs 1 letzter Satz AktG](#) nachgebildete Regelung für die Auflösung des Anstellungsvertrages beinhaltet, fällt auch diese ausschließlich in die Vertretungskompetenz des Aufsichtsrates. Dies gilt unabhängig davon, ob das Auflösungsgeschäft (Vertrag oder einseitige Willenserklärung wie Kündigung oder Entlassung) vor oder nach Beendigung des Mandats vorgenommen wird. Jene auch in der Rsp vertretene Ansicht, nach Beendigung des Vorstandsmandats sei (nur) der Vorstand für die Auflösung des Anstellungsvertrages zuständig, ist abzulehnen. Sie übersieht, dass mittels Einräumung einer solchen Vertretungskompetenz der Vorstand die vom Aufsichtsrat getroffene Entscheidung betreffend die Mandatsbeendigung (zB Abberufung wegen grober Pflichtverletzung) im Ergebnis (dh in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen) völlig unterlaufen könnte (zB durch Abschluss einer teuren Abfindungsvereinbarung). Dieser Gesichtspunkt spricht auch klar dagegen, dem Vorstand eine konkurrierende Vertretungskompetenz neben dem Aufsichtsrat iSd [§ 97 Abs 1 AktG](#) einzuräumen. Noch weniger begründbar ist die vom OGH bejahte Anwendung von [§ 71 Abs 1 AktG](#) mit der Konsequenz der ausschließlichen Vorstandsverbreitungsmacht.

10. Im Anwendungsbereich des [§ 97 Abs 1 AktG](#) sind nach der hier vertretenen Ansicht konkurrierende Willenserklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat denkbar. Die Gültigkeit dieser Erklärung bestimmt sich grundsätzlich nach dem zeitlichen Zuvorkommen: Die zeitlich frühere Erklärung geht der späteren vor, sofern die erstere nicht widerrufen wurde. Zweifelsfragen wie zB die Frage, ob der Aufsichtsrat einen vom Vorstand mit einem Vorstandsmitglied abgeschlossenen Vertrag nachträglich wegen Willensmangels anfechten kann (und vice versa), kann der Aufsichtsrat durch entsprechende Formulierung von auf [§ 95 Abs 5 letzter Satz AktG](#) gestützten Beschlüssen lösen.

Korrespondenz: Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG, Porzellangasse 4, A-1090 Wien, Österreich; E-Mail: georg.schima@ksw.at. Mag. Valerie Toscani, Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG, Porzellangasse 4, A-1090 Wien, Österreich; E-Mail: valerie.toscani@ksw.at.

¹⁰⁹⁾ Cernicky, GesRZ 2002, 182; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 97 Rz 8.

¹¹⁰⁾ So auch ganz zutr Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 301 Rz 1, die die von Cernicky und Kalss eingenommene Position zu Recht als "Mindermeinung" bezeichnen, die "mit dem Wortlaut kaum vereinbar" sei und für die es auch "keineswegs zwingende teleologische Argumente" gäbe.

¹¹¹⁾ In diesem Sinn *Cernicky*, GesRZ 2002, 182.

¹¹²⁾ S oben A.III.

¹¹³⁾ Darin liegt zwar nicht schlechthin (so insb bei vertretbarer Rechtsauslegung), wohl aber idR eine grobe Pflichtverletzung: vgl *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/152 ff mwN.

¹¹⁴⁾ Hier ist der Schutz des GmbH-Geschäftsführers typischerweise (nämlich wenn er Arbeitnehmer ist) sogar *höher*, weil eine anstellungsvertragliche "Koppelungsklausel" (vgl zu dieser *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/139 und *derselbe*, Vorstandsmitglieder - hochbezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, GesRZ 2011, 265 [276]), deren grundsätzliche Zulässigkeit der OGH erst in zwei jüngeren Entscheidungen (vgl OGH 27.2.2008, 3 Ob 21/07v und 29.1.2010, 1 Ob 190/09m) anerkannte, bei Fehlen eines Entlassungsgrundes dem Vorstandsmitglied nach Meinung des OGH nur die Fortzahlung der Vergütung während der vierwöchigen Frist des § 1159a Abs 1 ABGB belässt, wohingegen beim Arbeitnehmer-GmbH-Geschäftsführer der Schutz des AngG (das längere Fristen vorsieht) nicht unterlaufen werden kann.

¹¹⁵⁾ So aber *Cernicky*, GesRZ 2002, 182 f.

¹¹⁶⁾ *Cernicky*, GesRZ 2002, 180.

¹¹⁷⁾ Zum Missbrauch der Vertretungsmacht allgemein *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 214 f; *P. Bydlinski* in *KBB*³ § 1016 Rz 5; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1017 Rz 11.

¹¹⁸⁾ Strittig; vgl *P. Bydlinski* in *KBB*³ § 1016 Rz 5; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1017 Rz 11 und § 1007 Rz 4.

¹¹⁹⁾ Bzw dessen relative Nichtigkeit bei Kollusion; vgl zur Abgrenzung *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1017 Rz 11 und § 1007 Rz 4.

¹²⁰⁾ Vgl zu alledem *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 71-74 Rz 8 ff.

¹²¹⁾ Vgl OGH 1.3.2005, 2 Ob 126/04z; 31.8.2010, 5 Ob 39/10m.

¹²²⁾ Vgl für die GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 301 Rz 1, die diese Pflicht aus der Parallelzuständigkeit ableiten; *Straube/Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG § 301 Rz 10. Für die AG muss uE in diesem Fall dasselbe gelten, weil das gleiche Informationsbedürfnis herrscht.

¹²³⁾ Vgl *Schiemer*, AktG² § 71 Anm 2.3.; für die GmbH *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 4/397; für Deutschland *Spindler* in *MünchKomm AktG*³ § 78 Rz 86. Hier öffnet sich ein weites Feld mit diversen nicht geklärten Fragen. Wer ist zB dafür zuständig, den Vertrag wegen Willensmangels anzufechten? Kann das nur der Vorstand, wenn er einen Vertrag mit einem Vorstandsmitglied geschlossen hat und sich von diesem getäuscht fühlt oder ist - was mehr überzeugt - dazu auch der Aufsichtsrat berufen?

¹²⁴⁾ *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 6, 17, 20, 32; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 75, 76 Rz 12, 39, 75, 92.

¹²⁵⁾ Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 95-97 Rz 74 unter Verweis auf *Reich-Rohrwig*, Abtretungsangebote für GmbH-Geschäftsanteile - Steuerjudikatur und Gesellschaftsrecht, wbl 1987, 229, der jedoch die Einschränkung trifft, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses gleichzeitig mit der Abberufung erfolgen muss.

¹²⁶⁾ RIS-Justiz RS0049384, so zB OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79; dieser Rechtssatz wurde für die AG wiederholt in OGH 25.10.2002, 1 Ob 191/02y GesRZ 2003, 38 = ecolex 2003, 178.

¹²⁷⁾ OGH 5.5.2004, 9 Ob 19/04s GesRZ 2004, 324 = ecolex 2004/409 = GeS 2004, 348.

¹²⁸⁾ OGH 29.9.2011, 8 Ob 134/10d RWZ 2011, 331 (*Wenger*) = GeS 2011, 442.

¹²⁹⁾ OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79.

¹³⁰⁾ OGH 23.11.2005, 9 ObA 152/05a ARD 5668/5/06.

¹³¹⁾ Ob diese konkurrierend oder ausschließlich sei, erörtert der OGH nicht.

¹³²⁾ Der Umstand, dass die Sache, um die es ging (Bonus eines Mitarbeiters), unter § 75 AktG gefallen wäre, hätte sie ein Vorstandsmitglied betroffen, spielt hier daher keine Rolle.

¹³³⁾ Vgl für alle *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/61. Eine Ausnahme von der Ausnahme gilt gem § 92 Abs 4 letzter Satz AktG für Aktienoptionen, wo im Ausschuss zumindest ein Belegschaftsvertreter teilnahme- und stimmberechtigt ist.

¹³⁴⁾ Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 95-97 Rz 73.

¹³⁵⁾ Vgl RIS-Justiz RS0033579, so zB OGH 20.10.1981, 4 Ob 108/81 ZAS 1983, 101 (*Geppert*) = DRdA 1983, 178 (*Wachter*); RIS-Justiz RS0050949, so zB OGH 28.8.1991, 9 ObA 115/91 RdW 1991, 336 (*Runggaldier*) sowie OGH 13.2.2003, 8 ObA 98/02y DRdA 2004, 313 (*Runggaldier*) und OGH 20.8.2008, 8 ObA 31/08m DRdA 2010, 236 (*Drs*).

¹³⁶⁾ OGH 28.8.1991, 9 ObA 115/91; vgl diesbezüglich krit *G. Schima* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht (2011) Kapitel VII Rz 9.

¹³⁷⁾ *Strasser*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 9 ObA 115/91 ZAS 1993, 61 (64).

¹³⁸⁾ *Wesentlich* ist für *Strasser* beim Arbeitsvertrag nur die Dienstleistungsverpflichtung in persönlicher Abhängigkeit, weil gem § 1152 ABGB nicht einmal das Entgelt zu den *essentialia negotii* gehöre (vgl *Strasser*, ZAS 1993, 64).

¹³⁹⁾ *Harmer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 13/32. Vgl zum "Signing Bonus" und zu den Sorgfaltsanforderungen an den Aufsichtsrat anhand eines konkreten Beispiels *G. Schima*, FS M. Binder 817 ff, 827f.

¹⁴⁰⁾ Vgl den Fall, der sich vor ein paar Jahren in der Erste Bank ereignete (dazu *G. Schima*, FS M. Binder 817 ff, 828 FN 43).

¹⁴¹⁾ "Directors-and-Officers-Versicherung"; vgl ausführlich *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/127 ff.

¹⁴²⁾ Vgl *Kort*, Voraussetzungen der Zulässigkeit einer D&O-Versicherung von Organmitgliedern, DStR 2006, 799 (802 f); *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 12 Rz 1 ff; *Dreher*, Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669 (1970); für Österreich *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig?, wbl 2010, 169.

¹⁴³⁾ Vgl zum Meinungsstand *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/129f.

¹⁴⁴⁾ So auch der OGH 30.6.1999, 9 ObA 68/99m ARD 5060/2/99 = ASok 2000, 80, der die fristlose Entlassung des für Finanzen zuständigen Vorstandsmitgliedes eines Kaufhaus-Unternehmens folgerichtig bejahte. Die Praxis ist hier etwas nachlässig. So kommt es schon vor, dass im Rahmen der Anstellungsvertragsverhandlungen bloß über den Wunsch des Vorstandsmitgliedes nach einer (von der Gesellschaft finanzierten) D&O-Versicherung gesprochen und diesem vom Aufsichtsrat(svorsitzenden) nicht entgegen getreten (aber nichts Näheres festgehalten) wird, worauf wenig später der Vorstand eine entsprechende Versicherung abschließt und - ohne dass ein weiterer Beschluss zumindest des Vergütungsausschusses gefasst worden wäre - der Gesellschaft die Prämien entrichten lässt. Korrekt vorzugehen wäre ziemlich einfach, indem im Anstellungsvertrag die Verpflichtung der Gesellschaft festgeschrieben wird, einen entsprechenden Versicherungsvertrag (bei dem zumindest die Versicherungssumme grob angeführt werden sollte) abzuschließen und die Prämien zugunsten des Vorstandsmitgliedes zu finanzieren.

¹⁴⁵⁾ Vgl dazu näher *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/135.

¹⁴⁶⁾ Vereinbarungen über den Ersatz von Verwaltungs- oder gar gerichtlichen Geldstrafen können nicht gültig getroffen werden, sondern sind sittenwidrig und nichtig (vgl. RIS-Justiz RS0016830; OGH 23.2.1955, 3 Ob 96/55; 16.12.1992, 9 ObA 284/92; 15.10.1997, 3 Ob 2400/96d; 11.9.2003, 6 Ob 281/02w; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte [1991] 169 f; *dieselben*, Manager-Dienstverträge³, 65 f; G. Schima in *Kalss/Kunz*, Handbuch Rz 12/134).

¹⁴⁷⁾ Die im Übrigen unter gewissen Voraussetzungen gem § 1 Abs 2 Z 2 MRG von dessen Vollenwendungsbereich ausgenommen sind; vgl. auch zur steuerlichen Behandlung *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge³, 70 f.

¹⁴⁸⁾ Vgl. zu diesem wesentlichen Kriterium RIS-Justiz RS0069651, so zB OGH 29.1.1985, 1 Ob 505/85 RdW 1985, 218 und jüngst in OGH 28.1.2009, 9 ObA 106/08s wobl 2010, 38.

¹⁴⁹⁾ Vgl. zuletzt OGH 20.12.2005, 5 Ob 280/05w MietSlg 57.251= wobl 2005/96; OGH 25.4.2001, 9 ObA 100/01y MietSlg 53.244.

¹⁵⁰⁾ Fraglich könnte zB die Behandlung eines Mietvertrages mit einem Vorstandsmitglied über eine Wohnung sein, den dieses in der erkennbaren Absicht abschließt, darin zB seine aufgrund des mit dem Antritt der Vorstandstätigkeit verbundenen Ortswechsels ebenfalls umgezogene, studierende Tochter wohnen zu lassen. Schließt den Vertrag direkt die Tochter als Mieterin ab, ist nicht einmal § 97 Abs 1 AktG anzuwenden (doch sollten bei Existenz eines umsichtigen Aufsichtsrates anstellungsvertragliche oder auf § 95 Abs 5 letzter Satz AktG beruhende Genehmigungspflichten greifen: s. oben). Schließt den Vertrag das Vorstandsmitglied, spricht hingegen einiges für die Anwendung von § 75 AktG, weil die unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Fall des anstellungsvertraglichen Schulgeldes für die Kinder des Vorstandsmitgliedes nicht recht einleuchtet.

¹⁵¹⁾ Dass der/die unmittelbaren Täter diesen Vorsatz auch hat/haben, muss vom Vorsatz des Beitragstäters nicht umfasst sein; vgl. *Kirchbacher/Presslauer* in *WK-StGB*² § 153 Rz 44.

¹⁵²⁾ Vgl. dazu die kritischen Ausführungen von *N. Huber*, Organuntreue 44 ff, 47 f.

¹⁵³⁾ Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 95-97 Rz 64; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 14; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 5.

¹⁵⁴⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 9.

¹⁵⁵⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 9.

¹⁵⁶⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 77-84 Rz 39.

¹⁵⁷⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 77-84 Rz 54.

¹⁵⁸⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 77-84 Rz 39; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 9.

¹⁵⁹⁾ So *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 9.

¹⁶⁰⁾ Unklar *Nowotny* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 80 Rz 7), der - obwohl von dem mit der hier vertretenen Meinung übereinstimmenden Verständnis des § 97 Abs 1 AktG ausgehend (vgl. *dieselben* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 71 Rz 8) - zwar (an sich überzeugend) meint, § 80 Abs 1 gehe § 97 Abs 1 AktG vor, dann aber unvermittelt folgert, § 80 schließe eine Vertretung durch andere Vorstandsmitglieder aus. Wenn § 80 Abs 1 AktG die speziellere Norm ist (was zumindest zum Teil ja zweifellos zutrifft), dann leuchtet nicht ein, warum der Vorstand nicht die Gesellschaft vertreten darf. Das Gesetz setzt mit der Normierung eines bloßen Zustimmungsvorbehaltes des Aufsichtsrates dies vielmehr geradezu voraus.

¹⁶¹⁾ Vgl. zur systematischen Auslegung *Schauer* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 6 Rz 11.
Ein Inhalt der Verlag Österreich GmbH



Julia Toferer 7.1.2021