



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

Aufsätze · RA Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, Mag. Valerie Toscani · JBI 2012, 482 · Heft 8 v. 1.8.2012

(1. Teil)

"Der Aufsichtsrat ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten [und gegen diese die von der Hauptversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen]."

In den letzten Jahren haben sich einige Vertreter der Lehre von der bis dahin einhellig vertretenen Auslegung von [§ 97 Abs 1 AktG](#) abgewendet. Sie plädieren für ein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern. Dem eigentlich klaren Wortlaut von [§ 97 Abs 1 AktG](#) wird dabei mittels einer fragwürdigen teleologischen Reduktion ein Inhalt beigemessen, den er nicht hat.

Deskriptoren: Aufsichtsrat, In-sich-Geschäft, Related-parties-Geschäfte, Vorstand, zustimmungspflichtige Geschäfte, Anstellungsvertrag, Abberufung.

[§ 71 Abs 1](#), [§§ 75, 80](#), [95 Abs 5 AktG](#); § 301 Abs 1 GmbHG.

A. [§ 97 Abs 1 AktG](#) und der Meinungsstand

Für die Vertretung der AG ist allein der Vorstand zuständig. Diese Grundregel eines Vertretungsmonopols des Vorstandes wird in [§ 71 Abs 1 AktG](#) aufgestellt, jedoch an mehreren Stellen des Gesetzes durchbrochen und zwar immer dann, wenn die Interessenlage dies verlangt. Bestimmte Konstellationen bergen typischerweise die Gefahr, dass der Vorstand oder einzelne Mitglieder aufgrund von Interessenkonflikten das Wohl der Gesellschaft nicht uneingeschränkt fördern können. Gleich zu Beginn der Vorstandstätigkeit ergibt sich eine der zentralen Konfliktsituationen: Der Abschluss des Anstellungsvertrages zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft, der aufgrund seiner Trennung von der organschaftlichen Bestellung auch nach dem Antritt des Mandats erfolgen kann und - der Regel des [§ 71 Abs 1 AktG](#) folgend - daher in die Zuständigkeit des neuen Vorstandsmitgliedes selbst fallen würde. Beim Abschluss seines eigenen Anstellungsvertrages mit der AG und auch bei allfälligen Änderungen desselben ist es dem Vorstandsmitglied naturgemäß unmöglich (und auch kaum zumutbar)¹⁾, die persönlichen Interessen ge-

Seite 482

genüber denen der Gesellschaft hintanzuhalten. Dieser typische Fall des Interessenkonfliktes ist im AktG klar gelöst, indem gem [§ 75 Abs 1 AktG](#) die Gesellschaft sowohl beim körperschaftsrechtlichen Akt der Bestellung zum Vorstandsmitglied als auch beim Abschluss des Vorstandsanstellungsvertrages allein vom Aufsichtsrat vertreten wird. Diese Ausnahme vom allgemeinen Vertretungsmonopol des Vorstandes ergibt sich klar aus dem Gesetz und wird in Rsp und Lehre einhellig vertreten²⁾.

Eine sicher nicht völlig vergleichbare, aber zumindest ähnliche Situation tritt beim Abschluss von sonstigen Verträgen zwischen einem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft ein. Auch hier berücksichtigt das AktG die mögliche Beeinträchtigung von Interessen der Gesellschaft und sieht eine von [§ 71 Abs 1 AktG](#) abweichende Vertretungsregelung vor: Gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) ist "der Aufsichtsrat befugt, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern zu vertreten", sowie die von der Hauptversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder zu führen. Der Begriff des "Rechtsgeschäftes" ist nach hL weit auszulegen, sodass darunter schuldrechtliche und körperschaftsrechtliche Geschäfte, aber auch sonstige außergerichtliche Auseinandersetzungen des Vorstandsmitgliedes mit der Gesellschaft zu verstehen sind³⁾. Ob diese Vertretungsbefugnis neben die der übrigen Vorstandsmitglieder tritt oder [§ 97 Abs 1 AktG](#) gar ein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates begründet, wird in der Lehre seit ein paar Jahren unterschiedlich gesehen, nachdem früher einhellig von konkurrierender Vertretungsmacht ausgegangen worden war. Der OGH hat sich bis dato noch nicht festgelegt, sondern in der letzten Entscheidung⁴⁾ die Frage ausdrücklich offen gelassen.

Im Folgenden soll der Meinungsstand in der Lehre chronologisch dargestellt und anschließend der Regelungsinhalt von [§ 97 Abs 1 AktG](#) anhand einer historischen und teleologischen Auslegung ermittelt werden.

I. Herrschende Meinung: Konkurrierende Vertretungsmacht des Aufsichtsrates

Die bis vor knapp zehn Jahren einhellig vertretene Meinung sieht in [§ 97 Abs 1 AktG](#) keine völlige Verdrängung der Vertretungsmacht des Vorstands, sondern eine konkurrierende Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates neben dem Vorstand. Gem [§ 71 Abs 1 AktG](#) liegt das Vertretungsmonopol in der AG grundsätzlich beim Vorstand und kann nur durch besondere gesetzliche Vorschriften durchbrochen werden⁵⁾. Diese Überlegung ergibt sich schon aus zwingenden Verkehrsschutzerwägungen. So überträgt zB [§ 75 Abs 1 AktG](#) dem Aufsichtsrat in Angelegenheiten der Vorstandsbestellung und -abberufung und im Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag die ausschließliche Vertretungsmacht. Hier ist die Terminologie des Gesetzes eindeutig und lässt keinen Zweifel daran, dass [§ 71 Abs 1 AktG](#) durchbrochen wird:

"Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre [...] Diese Vorschriften gelten sinngemäß für den Anstellungsvertrag" ([§ 75 Abs 1 AktG](#)).

Nach *Schiemer*⁶⁾ darf diese verbandsrechtliche Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Bestellung des Vorstands nicht allgemein auf sämtliche Geschäfte ausgedehnt werden, die die Gesellschaft mit einem Vorstandsmitglied schließt. Nur aufgrund einer "speziellen gesetzlichen Anordnung"⁷⁾, wie sie [§ 75 AktG](#) vorsehe, wäre ein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrats anzunehmen. Dies sei neben [§ 75](#) auch bei [§ 77 Abs 2](#), [§§ 79](#) und [80 AktG](#)⁸⁾ der Fall, nicht hingegen bei [§ 97 Abs 1 AktG](#). Nach dieser Bestimmung komme dem Aufsichtsrat ein "nicht privilegiertes" Vertretungsrecht zu, das neben der Vertretungsmacht des Vorstands bestehe.

Die Begründung für seine Ansicht lieferte *Schiemer* in den Anmerkungen zu [§ 71 AktG](#)⁹⁾. Er sieht keine Gefährdung der Interessen der Gesellschaft, sofern das Vorstandsmitglied einen Vertrag mit der Gesellschaft schließt, die dabei ausschließlich durch die übrigen Vorstandsmitglieder - oder sogar unter Mitwirkung des betroffenen Vorstandsmitgliedes - vertreten werde. Außer in Fällen, in denen die übrigen Vorstandsmitglieder zu Lasten

der Gesellschaft mit dem betroffenen Vorstandsmitglied zusammenwirkten, könne der Gesellschaft in dieser Situation kein Schaden entstehen. Das betroffene Vorstandsmitglied stehe also der Gesellschaft beim Vertragsschluss wie ein sonstiger Dritter gegenüber. Ein selbständig

vertretungsbefugtes Vorstandsmitglied könne aber nicht ohne weiteres mit der Gesellschaft im eigenen und in deren Namen kontrahieren. Solche Insichgeschäfte seien zwar nicht generell unzulässig, Wirksamkeit entfalteteten sie aber nur, wenn das Geschäft entweder verbandsrechtlich genehmigt würde oder eine Interessenkollision ausgeschlossen sei (und der Abschlusswille des Vorstandsmitgliedes gegenüber der Gesellschaft unmissverständlich und nicht beliebig widerruflich zum Ausdruck käme). Zur verbandsrechtlichen Genehmigung seien die Satzung, die Hauptversammlung (innerhalb der von [§ 103 Abs 2 AktG](#) festgelegten Grenzen) und der Aufsichtsrat berufen. Nach Ansicht von *Schiemer* kann aber auch der Vorstand selbst (also die übrigen, nicht am Geschäft beteiligten Vorstandsmitglieder in vertretungsbefugter Zahl) ein Geschäft eines seiner Mitglieder mit der Gesellschaft genehmigen. Aufgrund der parallel bestehenden Vertretungsbefugnis von Vorstand und Aufsichtsrat kann es zu einander widersprechenden Willenserklärungen kommen. Für diesen Fall gilt nach *Schiemer* Folgendes: Erfolgen die widersprüchlichen Erklärungen gleichzeitig, sind sie wirkungslos; sonst gilt die frühere, wobei eine spätere widersprechende Erklärung die vorherige Rechtslage (also den Vertragsschluss) "nach rechtlicher Zulässigkeit" abändern könne¹⁰).

Im Jahr 1987 widmete *Reich-Rohrwig* einen kurzen Aufsatz der Frage der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gegenüber Vorstandsmitgliedern in der AG¹¹). Der Autor kommt zu dem Schluss, dass die Gesellschaft beim Abschluss des Vorstandsdienstvertrages, sowie bei der Bestellung und Abberufung als Vorstandsmitglied oder als Vorstandsvorsitzender (§ 75 Abs 1 bzw Abs 3 und 4 AktG) nur vom Aufsichtsrat wirksam vertreten werden könne. Andere Rechtsgeschäfte könnten nach hA auch von sonstigen Vertretern der Gesellschaft geschlossen werden: Neben dem Aufsichtsrat kämen Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und eben auch andere Vorstandsmitglieder als Vertreter der Gesellschaft in Betracht¹²).

Kastner/Doralt/Nowotny teilen ebenfalls die Ansicht, dass die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern mit jener des Vorstandes konkurriert¹³). Bei der Entbindung vom Wettbewerbsverbot ([§ 79 AktG](#)) und bei der Kreditvergabe an Vorstandsmitglieder ([§ 80 AktG](#)) hingegen sei ausschließlich der Aufsichtsrat vertretungsbefugt; ebenso bei der Tantiemengewährung gem [§ 77 AktG](#), weil diese zur Anstellung gehöre.

In der Folgeauflage des von *Schiemer* begründeten Aktienrechtskommentars führt *Strasser*¹⁴), auch unter Bezugnahme auf *Reich-Rohrwig* und *Kastner/Doralt/Nowotny*, die oben dargelegte Ansicht *Schiemers* fort, dass das Vertretungsmonopol des Vorstands durch [§ 97 AktG](#) durchbrochen, die Vertretungsbefugnis diesem aber nicht gänzlich genommen werde. Nur "besondere gesetzliche Vorschriften"¹⁵) begründeten eine ausschließliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrates, wie zB [§ 75 Abs 1 AktG](#) betreffend Vorstandsbestellung, Abschluss und Änderung des Anstellungsvertrages (sowie dessen Beendigung, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich erwähnt sei)¹⁶). In diese dem Aufsichtsrat gänzlich vorbehalten Kompetenz falle laut *Strasser* außerdem der Abschluss von allen Vereinbarungen, die die Gesellschaft mit ihren Vorstandsmitgliedern schließe und die üblicherweise zum Inhalt des Anstellungsvertrages¹⁷) gehörten, selbst wenn sie formal aus dem Anstellungsvertrag herausgenommen bzw separat geschlossen würden. Bei allen anderen Geschäften zwischen Vorstandsmitgliedern und Gesellschaft komme hingegen [§ 97 AktG](#) zum Tragen und es bestehe die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates konkurrierend neben der des Vorstands. Auch für *Strasser* sind Geschäfte zwischen einzelnen Vor-

Seite 484

standsmitgliedern und der Gesellschaft, bei deren Abschluss die Gesellschaft von den übrigen Vorstandsmitgliedern vertreten wird, keine Insichgeschäfte¹⁸). Bloß Geschäfte zwischen einem alleinvertretungsbefugten (oder auch in die gesetzliche Gesamtvertretung eingebundenen) Vorstandsmitglied und der Gesellschaft seien nach den Regeln des Insichgeschäftes zu

Seite 3

beurteilen: Eine nachträgliche oder vorherige Genehmigung der Gesellschaft sei für deren Gültigkeit notwendig. Läge ein solches Geschäft ex ante betrachtet im ausschließlichen Interesse der Gesellschaft und wäre die Willenserklärung des Vorstandsmitgliedes nicht willkürlich widerrufbar zum Ausdruck gekommen, könnte es auch ohne eine solche Genehmigung gültig abgeschlossen werden¹⁹⁾.

Auch in der vierten und fünften Auflage des Kommentars zum Aktiengesetz²⁰⁾ behält *Strasser* seine Ansicht über die konkurrierende Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) bei Geschäften von Vorstandsmitgliedern mit der Gesellschaft bei.

Ch. Nowotny thematisiert in seiner Kommentierung von [§ 71 AktG](#)²¹⁾ den nunmehr strittigen Regelungsinhalt von [§ 71 Abs 1](#) iVm [§ 97 Abs 1 AktG](#). Er schließt sich der hL an und vertritt die Ansicht, dass der Vorstand die Gesellschaft bei Geschäften mit einem Vorstandsmitglied vertreten kann, sofern er auch ohne das betroffene Mitglied vertretungsbefugt ist. Ausgenommen seien allerdings Kreditaufnahmen, sowie Verträge, die im weitesten Sinne mit der Organfunktion im Zusammenhang stünden. Vorstandsmitglieder könnten auch zulässigerweise Insichgeschäfte abschließen, wenn keine Gefahr der Schädigung der Gesellschaft bestünde.

II. Gegenmeinung: Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates

Mit der Veröffentlichung eines Artikels von *Cernicky*²²⁾ im Jahr 2002 fand eine Rechtsmeinung Einzug in die österr Lehre, die der bis dahin einhellig vertretenen Ansicht zu [§ 97 Abs 1 AktG](#) widerspricht. Die Autorin setzt sich mit den teleologischen Überlegungen auseinander, die der Bestimmung zugrunde lägen und kommt zu dem Schluss, dass ihr Zweck nur erfüllt sei, wenn die Vertretungsbefugnis des Vorstandes nicht nur durchbrochen, sondern vom Aufsichtsrat vollkommen verdrängt würde. Der Interessenkonflikt, in dem sich die Mitglieder des Vorstandes einer AG beim Abschluss eines Geschäftes zwischen der Gesellschaft und einem ihrer Kollegen befänden, käme der Konfliktlage bei einem Insichgeschäft gleich. Es liege hier zwar formell kein Insichgeschäft vor, weil die Gesellschaft von den übrigen Vorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Zahl vertreten werde, jedoch seien aufgrund der Dauer und Intensität der Zusammenarbeit und der daraus resultierenden "*solidarischen Einstellung*" der Vorstandsmitglieder zueinander ihre Interessen denen des betroffenen Vorstandsmitgliedes sehr ähnlich oder sogar mit diesen ident. Die übrigen Vorstandsmitglieder seien daher typischerweise nicht in der Lage, die Interessen der Gesellschaft unbefangen wahrzunehmen, sondern würden - nach dem Prinzip "*eine Hand wäscht die andere*" - dem betroffenen Vorstandsmitglied beim Geschäftsabschluss möglichst günstige Bedingungen gegenüber der Gesellschaft einräumen²³⁾. Der Wortlaut von [§ 97 Abs 1 AktG](#) schließe - so *Cernicky* - jedenfalls eine Auslegung nicht aus, die dem Aufsichtsrat die alleinige Vertretungsbefugnis bei Geschäften mit dem Vorstand einräume, und aus dem Telos der Bestimmung ergäbe sich nun diese einzig richtige Lösung. Das Aktienrecht kenne einige Kontrollmaßnahmen und verhaltenssteuernde Methoden von unterschiedlicher Intensität. Die Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern nach [§ 84 AktG](#) sowie die Berichtspflichten und die Einschränkung der Autonomie des Vorstands durch Zustimmungsvorbehalte seien gelindere Mittel, die eigennütziges Handeln des Vorstands verhindern sollen; der Entzug der Vertretungsmacht sei der stärkste Eingriff. Wegen des Wissensvorsprungs der Vorstandsmitglieder könne der Vorstand das Geschäft abschließen und so eine konkurrierende Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates leicht "auschalten". Der Schutzzweck der Bestimmung würde so ausgehöhlt und die Verhaltenssteuerung durch die allgemeine Verantwortlichkeit des Vorstands gem [§ 84 AktG](#) allein nicht gewährleistet. Nur durch die gänzliche Verlagerung des Vertretungsmonopols vom Vorstand auf den Aufsichtsrat könnte die Problematik des Insichgeschäftes²⁴⁾ ganz vermieden werden²⁵⁾.

Kalss schloss sich in mehreren Werken und in ihren Kommentierungen zu [§ 97 AktG](#) der Ansicht *Cernickys* an²⁶⁾. Selbst wenn der Wortlaut der Bestimmung "*nicht die Stringenz der deutschen Par-*

*allelnorm*²⁷⁾ aufweise, könne ihm dennoch dieser Inhalt - das Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates - beigemessen werden²⁸⁾. Teleologische Überlegungen führten zu demselben Ergebnis: Einerseits seien Befugnisse im Aktienrecht nicht als bloßes "Dürfen" zu deuten, sondern vom Aufsichtsrat nach pflichtgemäßem Ermessen *verpflichtend* wahrzunehmen. Andererseits diene die Bestimmung der Verhinderung von Interessenkonflikten, ein Anliegen, das laut *Kalss* nur durch das Vertretungsmonopol des Aufsichtsrates gesichert sei, weil der Vorstand durch seinen Wissensvorsprung die Kompetenz endgültig an sich ziehen könnte und so ein kontrollierendes Einschreiten durch den Aufsichtsrat gänzlich verhindern würde. Damit wäre der Schutzzweck von [§ 97 AktG](#) unterlaufen²⁹⁾. Lässt sich ein Vorstandsmitglied bei der Vornahme des Geschäftes durch einen Dritten vertreten, so sei die Bestimmung dennoch anzuwenden³⁰⁾. Außerdem sei eine analoge Anwendung von [§ 97 Abs 1 AktG](#) in jenen Fällen zu befürworten, in denen das Rechtsgeschäft zwar nicht zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied direkt, jedoch mit einer von ihm vertretenen Person zustande kommt, die mit dem Vorstandsmitglied wirtschaftlich ident ist. Dies sei zB bei Gesellschaften gegeben, deren Alleingesellschafter oder klar dominierender Mehrheitsgesellschafter das Vorstandsmitglied ist³¹⁾. Selbst bei Geschäften der Gesellschaft mit Ehepartnern und anderen Angehörigen eines Vorstandsmitgliedes soll laut *Kalss* die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates zur Anwendung kommen³²⁾.

Dieser weitgehende Eingriff in die Vertretungsbefugnis des Vorstandes könne jedoch laut *Kalss* in gewissen Fällen überschießend sein und einer teleologischen Einschränkung bedürfen: Wie bei der Lehre vom Insichgeschäft sei Zweck von [§ 97 Abs 1 AktG](#) die Verhinderung der abstrakten Gefährdung der Interessen der Gesellschaft; auf eine konkrete Interessenbeeinträchtigung käme es nicht an. In Situationen, in denen aber selbst die abstrakte Gefährdung ausgeschlossen sei, könne von der Anwendung von [§ 97 AktG](#) abgesehen werden. Dies sei der Fall bei Geschäften, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörten und zu üblichen Bedingungen (zB zum Marktpreis) abgeschlossen und sofort erfüllt würden³³⁾.

Die Autorin³⁴⁾ behandelt in diesem Zusammenhang auch die übrigen Kontrollmittel des Aufsichtsrates: Ihm stehe die alleinige Vertretungsbefugnis der Gesellschaft nach außen im Zusammenhang mit der Bestellung oder Ablehnung des Abschlussprüfers sowie beim Abschluss des Mandatsvertrages mit diesem und bei der Beauftragung eines "Sonderprüfers" gem [§ 95 Abs 3 AktG](#)³⁵⁾ zu. Diese Befugnisse seien nicht auf den Vorstand übertragbar, weil sonst die Auswahl eines objektiven Prüfers nicht gewährleistet wäre³⁶⁾. Die dem Aufsichtsrat in [§ 270 UGB](#) nunmehr ausdrücklich eingeräumte ausschließliche Vertretungsbefugnis beim Vertragsschluss mit dem Abschlussprüfer bestätige - so *Kalss* - daher die Zielsetzung von [§ 97 AktG](#), Interessenkonflikte schon bei bloß abstrakter Gefährdung von vornherein auszuschließen³⁷⁾. Zu den internen Kontrollbefug-

nissen gegenüber dem Vorstand zählten die Möglichkeit der sofortigen Abberufung des Vorstandes gem [§ 75 Abs 4 AktG](#), sowie die Zustimmungspflicht gem [§ 95 Abs 5 AktG](#) für bestimmte Geschäftsabschlüsse, die Genehmigungspflicht von konkurrenzierenden Nebenbeschäftigungen gem [§ 79 AktG](#) und die Berichtspflichten des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat ([§ 81 AktG](#))³⁸⁾. Nach Ansicht von *Kalss* verdränge [§ 97 Abs 1 AktG](#) in seinem Anwendungsbereich - also in Bezug auf Vorstandsmitglieder - aber auch [§ 80 AktG](#), der für die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte die Zustimmung des Aufsichtsrates verlangt. Ihrer

Ansicht nach sei für die Kreditvergabe an Vorstandsmitglieder daher nur der Aufsichtsrat vertretungsbefugt³⁹⁾).

Neben *Kalss* und *Cernicky* vertreten auch *Eckert/Lindner*⁴⁰⁾, *Adensamer/Eckert*⁴¹⁾, *Wenger*⁴²⁾ und erst kürzlich *Napokoj/Pelinka*⁴³⁾ die Ansicht, der Aufsichtsrat verfüge über ein Vertretungsmonopol bei Geschäften der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern und Prozessen gegen diese. Die Beiträge von *Adensamer/Eckert* und *Eckert/Lindner* widmen sich freilich nicht der Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften, sondern der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern, also § 97 Abs 1 Fall 2 AktG. *Adensamer/Eckert*⁴⁴⁾ führen zuerst aus, dass zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes die Vertretungsbefugnis des Vorstands bestehen bleibe, schließen sich dann aber der "neueren Auffassung"⁴⁵⁾ an, nach der die Kompetenz des Aufsichtsrates wegen der Gefahr von Interessenkonflikten ("*structural bias*") eine ausschließliche sei. *Eckert/Lindner* folgen ebenfalls der Ansicht, dass dem Aufsichtsrat nach § 97 AktG eine umfassende und ausschließliche Vertretungskompetenz zukäme, soweit eine Interessenbeeinträchtigung der Gesellschaft nicht ausgeschlossen sei, was auch die passive Vertretungsbefugnis und somit die Wissenszurechnung bei der Verjährung beinhalte. Der Kenntnisstand von Vorstandsmitgliedern sei daher für den Beginn des Fristenlaufes der Verjährungsfrist für Ersatzansprüche gegenüber Vorstandsmitgliedern unbeachtlich⁴⁶⁾.

In einer Entscheidung des OGH aus 2004⁴⁷⁾ wurde die Frage des Umfangs der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates bei Geschäften mit dem Vorstand mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offengelassen. Der wesentliche Sachverhalt lautete so: Der Kläger war eines von drei Vorstandsmitgliedern einer AG (Konzernmutter), die bzw deren Unternehmensgruppe sich in einer wirtschaftlich prekären Lage befand. Die geplanten Sanierungsmaßnahmen umfassten das Ausscheiden einzelner Tochtergesellschaften aus dem Unternehmensverbund. Dabei sollten auch der Kläger und einer seiner Vorstandskollegen ihre Funktionen in der Mutter-AG zurücklegen und in eine der ausscheidenden Gesellschaften (die N-GmbH) wechseln. Zur Sicherung ihrer bis dahin bei der AG erworbenen Pensionsansprüche sollte eine Bürgschaftserklärung der AG für diese Ansprüche des Klägers und seines Kollegen gegenüber der N-GmbH errichtet werden, der die übrigen, im Konzern verbleibenden Gesellschaften beitreten und so einen Haftungsverbund schaffen sollten. Der Unternehmensanwalt erstellte das "Bürgschaftsanbot"; in einer Aufsichtsratssitzung der AG wurde erörtert, dass die Eigentümer dieser Konstruktion mündlich zugestimmt hätten. Der Aufsichtsrat fasste einen entsprechenden Beschluss, woraufhin der Kläger das "Bürgschaftsanbot" für die AG unterfertigte. In der Folge legte der Kläger sein Vorstandsmandat bei der AG zu-

Seite 487

rück und sein Anstellungsvertrag ging im Zuge der Umstrukturierung auf die N-GmbH über. Diese verfiel einige Jahre später in Konkurs und konnte die Ansprüche des Klägers nicht mehr erfüllen. Der Kläger nahm also seinerseits das "Bürgschaftsanbot" an, wodurch die Bürgschaft rückwirkend zustande kam und forderte die AG auf, für den Ausfall einzustehen. Die beklagte AG wandte uE ein, dass der Abschluss der Bürgschaft ein unzulässiges Insichgeschäft sei, weil die unterfertigenden Vorstandsmitglieder daraus einen Nutzen zögen. Der Kläger bekam in erster und zweiter Instanz Recht und auch der OGH folgte der Revision der beklagten Partei nicht. Nach einem kurzen Überblick über die divergierenden Lehrmeinungen zu § 97 Abs 1 AktG (wobei die Ansicht *Strassers* und *Reich-Rohrwigs* über die konkurrierende Vertretungsbefugnis als *herrschend* bezeichnet wurde), stellte der OGH klar, dass eine Entscheidung über diese Frage hier nicht getroffen werden müsse. Der Aufsichtsrat der AG habe in einer Sitzung nach Einholung der Meinung der Eigentümer den Abschluss der Bürgschaft seitens der AG beschlossen. Selbst wenn man der Ansicht *Cernickys* folgte, wäre das Geschäft hier zulässig. Nach stRsp seien nämlich Insichgeschäfte zulässig, wenn der Vertretene in das Geschäft einwillige.

Seite 6

III. Parallelvorschrift in § 301 Abs 1 GmbHG

Das GmbHG enthält in § 301 Abs 1 eine mit [§ 97 Abs 1 AktG](#) (abgesehen von den gesellschaftsspezifischen Bezeichnungen Geschäftsführer und Gesellschafterbeschluss) wortgleiche Bestimmung. Für das GmbH-Recht vertritt die Lehre - soweit überblickbar - einhellig, dass die hier eingeräumte Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates *neben* die der (übrigen) Geschäftsführer tritt⁴⁸). Daraus ergebe sich die Verpflichtung, den Aufsichtsrat von solchen Geschäftsabschlüssen zu unterrichten bzw umgekehrt die Pflicht des Aufsichtsrates, die übrigen Geschäftsführer über Geschäfte in Kenntnis zu setzen⁴⁹). Der Abschluss des Anstellungsvertrages mit dem Geschäftsführer obliege jedoch gem [§ 15 GmbHG](#) den Gesellschaftern, was sich aus deren Kompetenz zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern ergebe⁵⁰).

Cernicky sieht trotz des gleichen Wortlautes keinen Widerspruch in der unterschiedlichen Beurteilung von [§ 97 Abs 1 AktG](#) und § 301 Abs 1 GmbHG, weil die GmbH in ihrer Struktur und mit ihren Überwachungsmechanismen anders aufgebaut sei als die AG. Einerseits seien die jederzeitige Abberufbarkeit der Geschäftsführung und die stärkere Kontrolle durch die Gesellschafterversammlung wirksame Mechanismen, um einer Interessenbeeinträchtigung durch die Geschäftsführer vorzubeugen. Andererseits sei der Aufsichtsrat bei der GmbH nur ein fakultatives Organ, das überdies oft nicht vorhanden sei. Die Verhinderung von Interessenkonflikten bei Geschäftsabschlüssen zwischen einzelnen Geschäftsführern mit der Gesellschaft könne daher nicht allein auf der Ersatzkompetenz dieses Organs aufbauen, weshalb das GmbHG auch andere Bestimmungen für dieses Problem enthalte⁵¹). So sähen [§ 18 Abs 5](#) und [6 GmbHG](#) Dokumentationspflichten für Insichgeschäfte in der Ein-Mann-GmbH vor und [§ 25 Abs 4 GmbHG](#) eine spezielle Haftung des Geschäftsführers für Insichgeschäfte, die ohne Zustimmung des Aufsichtsrats oder der übrigen Geschäftsführer geschlossen würden⁵²). Auch *Koppensteiner/Rüffler*⁵³) und *Reich-Rohrwig*⁵⁴) sehen

Seite 488

die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates bei Geschäften mit einem Geschäftsführer nur als eine von mehreren Möglichkeiten, die Gesellschaft wirksam zu vertreten. Einerseits könnten die übrigen Geschäftsführer die Gesellschaft in vertretungsbefugter Zahl⁵⁵) vertreten oder das Insichgeschäft ihres Kollegen nachträglich oder im Vorhinein genehmigen. Andererseits seien auch der Aufsichtsrat (sofern eingerichtet) und die Gesellschafterversammlung befugt, Insichgeschäfte der Geschäftsführer zu genehmigen. Die Gefahr einer Interessenkollision beim Insichgeschäft wäre durch die Zustimmung gebannt⁵⁶). Hat also die Gesellschaft zB drei Geschäftsführer, die nur zu dritt gesamtvertretungsbefugt sind und schließt einer von ihnen einen Vertrag mit der Gesellschaft, können nach der soeben geschilderten Ansicht die zwei übrigen Geschäftsführer weder die Gesellschaft vertreten, noch das Rechtsgeschäft ihres Kollegen genehmigen, weil ihnen (bei Ausschluss des betroffenen Geschäftsführers von der Willensbildung) zu zweit die Vertretungsmacht fehlt. Um dieses Insichgeschäft wirksam abschließen zu können, müsste es folglich entweder dem Aufsichtsrat oder der Gesellschafterversammlung zur (nachträglichen) Genehmigung vorgelegt werden. Dasselbe gilt, wenn nur ein Geschäftsführer vorhanden ist⁵⁷). Eine ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates sieht das GmbH-Recht also nicht vor.

B. Entstehungsgeschichte von [§ 97 AktG](#) und Wille des historischen Gesetzgebers

Der Wortlaut von [§ 97 Abs 1 AktG](#) mag die Phantasie anregen, spricht aber (arg "der Aufsichtsrat ist *befugt* ...") - insb wenn man dabei auch die ganz andere Formulierung in [§ 75 Abs 1 AktG](#) betrachtet - sehr deutlich gegen eine ausschließliche Kompetenz des Aufsichtsrates. Das von *Kalss*⁵⁸) in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument, im Aktienrecht sei ein gesetzliches "Dürfen" häufig als rechtliche Verpflichtung deutbar, ist zwar per se zutreffend, trägt aber ihre

Seite 7

Ansicht nicht. Denn auch die Autoren dieses Beitrages verkennen nicht, dass sich aus [§ 97 Abs 1 AktG](#) Handlungspflichten des Aufsichtsrates ergeben - ganz im Gegenteil: Der Aufsichtsrat *hat* seine sich aus der genannten Bestimmung ergebende Vertretungskompetenz nach pflichtgemäßem Ermessen wahrzunehmen und er sollte uE zumindest bestimmte Geschäfte zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern an seine vorherige Zustimmung binden (s dazu unter C.III.1.)⁵⁹). Dass sich die vom Gesetz eingeräumte Befugnis zur Pflicht verdichtet, bedeutet aber in keiner Weise, dass damit die Befugnis eines anderen Organs automatisch ausgeschaltet wird.

Auch die Untersuchung der historischen Entwicklung von [§ 97 AktG](#) und des Willens des historischen Gesetzgebers stützt diese Auslegung: Die Bestimmung war ursprünglich in § 247 dHGB 1897 geregelt und wurde als § 97 in das dAktG 1937 übernommen, das 1938 in Österreich eingeführt wurde⁶⁰). Nach § 97 dAktG 1937 war die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern keine ausschließliche. Nur bei der Bestellung und Abberufung sowie beim Abschluss des Anstellungsvertrages wurde die alleinige Vertretungsmacht des Aufsichtsrates bejaht. Bei allen anderen Geschäften zwischen Vorstandsmitgliedern und der Gesellschaft konnte grundsätzlich auch der Vorstand die Gesellschaft vertreten, sofern er in vertretungsbefugter Zahl handelte⁶¹). In den älteren Kommentaren zum dAktG 1937 wird die neue Formulierung der Bestimmung explizit als Klarstellung zum davor geltenden Recht (§ 247 dHGB 1897) gesehen: Durch die Verwendung des Wortes "*befugt*" ergäbe sich, dass der Aufsichtsrat nicht allein vertretungsbefugt sei⁶²). Zunächst könne der Vorstand im Rahmen von § 181 BGB selbst Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft abschließen⁶³). Außerdem seien die übrigen Vorstandsmitglieder befugt, für die Gesellschaft Geschäfte mit einem Vorstandsmitglied abzuschließen, sofern trotz des Ausfalls des beteiligten Vorstandsmitgliedes genügend vertretungsbefugte Vorstandsmitglieder gem § 71 Abs 2 S 2 und Abs 3 AktG vorhanden seien⁶⁴). Nur bei Fehlen dieser Voraussetzung sei der Aufsichtsrat allein zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem/n Vorstandsmitglied/ern fähig⁶⁵).

Seite 489

Die Weiterentwicklung des Aktienrechts in Österreich und Deutschland führte im Rahmen der jeweiligen Aktienrechtsreform 1965 zu einem Auseinanderdriften der ursprünglich gleichlautenden Bestimmung des [§ 97 Abs 1 AktG](#). Mit dem dAktG 1965 wurde nämlich § 97 Abs 1 dAktG 1937 abgesehen von einer neuen Nummerierung (§ 97 Abs 1 dAktG 1937 ist heute § 112 dAktG 1965) inhaltlich novelliert: § 112 dAktG lautet:

"Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich."

Mit dieser Änderung ist in Deutschland nunmehr ausschließlich der Aufsichtsrat vertretungsbefugt, und zwar bei sämtlichen Geschäften mit dem Vorstand sowie in gerichtlichen Verfahren⁶⁶). § 112 dAktG wird im Schrifttum gegenüber der alten Rechtslage explizit als eine bewusste inhaltliche Neuerung gesehen⁶⁷).

In Österreich entspricht [§ 97 AktG](#) in der geltenden Fassung weiterhin dem ursprünglichen Wortlaut von § 97 dAktG 1937. Bei der österr Aktienrechtsreform 1965 wurde die Bestimmung inhaltlich unverändert aus dem AktG 1937/38 übernommen. Die Materialien zum AktG 1965 treffen keine erläuternden Aussagen zum Inhalt der Norm⁶⁸). Die Reformbestrebungen zum Aktiengesetz in Österreich und Deutschland liefen in den 50er und 60er-Jahren in beiden Ländern in etwa zeitgleich ab; die neuen Aktiengesetze erschienen im selben Jahr. Die deutsche Aktienrechtsreform wurde von der österr Wissenschaft und Legistik wahrgenommen und behandelt; die Neuregelung in § 112 dAktG übernahm der österr Gesetzgeber jedoch nicht⁶⁹). Im Lichte dieser Entwicklungsgeschichte hat also der österr Gesetzgeber in Kenntnis der deutschen Neuerungen zum AktG die Bestimmung des [§ 97 AktG](#) 1937/38 im AktG 1965 unverändert

Seite 8

übernommen, was darauf schließen lässt, dass die bisherige Rechtslage nicht verändert werden sollte. Die mit jener des Vorstandes konkurrierende Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gem [§ 97 Abs 1 AktG](#) ist daher sowohl vom Wortlaut als auch vom Willen des historischen Gesetzgebers getragen.

*Kalss*⁷⁰⁾ geht auf die historische Entwicklung der Bestimmung ein und schreibt, allein aus der Beibehaltung der ursprünglichen Formulierung bei der Aktienrechtsreform 1965 sei nicht zwingend zu schließen, dass eine dynamische Entwicklung und Interpretation - auch im Sinne einer Anlehnung an deutsche Bestimmungen - nicht möglich wäre. Als Beispiel wird die Anwendung der Regelungen über den Aufsichtsrat für den Ausschuss gem [§ 92 Abs 4 AktG](#) angeführt. *Kalss* bezieht sich damit offenkundig auf die enge Formulierung von § 92 Abs 4 S 1 AktG, die besagt, dass der Aufsichtsrat Ausschüsse "*namentlich zum Zweck, seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen*" einrichten kann. Diese Formulierung entspricht noch der "Urfassung" des AktG 1937/38. Die hL vertritt indes seit jeher, dass der Aufsichtsrat in den meisten Angelegenheiten auch die selbständige Beschlussfassung an einen Ausschuss übertragen kann⁷¹⁾. Das wird auch in Deutschland so gesehen⁷²⁾, wo die Parallelbestimmung § 107 Abs 3 dAktG denselben Satz 1 beinhaltet wie [§ 92 Abs 4 AktG](#). *Kalss* meint also offenbar, dass der Wortlaut der Bestimmung, die als Aufgaben eines Ausschusses nur vorbereitende und ausführende Tätigkeiten aufzählt, weiter ausgelegt werden könne und dass eine Beibehaltung dieses anscheinend zu eng gefassten Wortlauts aus der Stammfassung des Gesetzes 1937 dem nicht entgegenstehe.

Abgesehen davon, dass es noch kein taugliches Argument für eine den Gesetzeswortlaut (über)strapazierende Auslegung ist, wenn an anderen Stellen das Gesetz ebenfalls weit ausgelegt⁷³⁾ wird, weil dabei ja teleologische Aspekte ausgeklammert werden, ist das angeführte Beispiel von *Kalss* auch unglücklich gewählt. Denn selbst der Gesetzgeber befürwortete in den Materialien zu [§ 92 Abs 4 AktG](#) 1937/38 die weite Auslegung, indem er sagte: "Die Bestellung solcher Ausschüsse wird namentlich zu dem Zweck geschehen, die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates vorzubereiten oder die Ausführungen der Beschlüsse zu überwachen. Neben dieser rein vorbereitenden und ausführenden Tätigkeit *wird grundsätzlich in bestimmtem Umfang auch die Übertragung entscheidender Befugnisse des Aufsichtsrates zulässig sein*⁷⁴⁾, mögen diese auf Gesetz oder Satzung beruhen"⁷⁵⁾. Welche Entscheidungsbefugnisse genau der Aufsichtsrat einem Ausschuss übertragen können sollte, war im Schrifttum strittig⁷⁶⁾; dass die Entscheidungskompetenz aber von einem Aus-

Seite 490

schuss ausgeübt werden konnte, war durch den diesbezüglich klar ausgedrückten gesetzgeberischen Willen 1937 vorbestimmt⁷⁷⁾. Die weite (in den Worten von *Kalss* "dynamische") Auslegung ist bei [§ 92 Abs 4 AktG](#) also seit jeher vom Willen des Gesetzgebers getragen; mit der (kommentarlosen) Beibehaltung der alten Formulierung hat der Gesetzgeber 1965 zum Ausdruck gebracht, dass an dieser Interpretation der Bestimmung festzuhalten bzw kein Klärungsbedarf gegeben sei. Der deutsche Gesetzgeber nahm - anders als in Österreich - die Reform 1965 übrigens zum Anlass, in [§ 107 Abs 3 AktG](#) einen Katalog derjenigen Aufgaben aufzunehmen, die der Aufsichtsrat nicht zur Entscheidung an einen Ausschuss übertragen kann. *Kalss* zieht nun eine Parallele zwischen dem gesetzgeberischen "Schweigen" bei der unveränderten Übernahme des § 92 Abs 4 S 1 AktG und [§ 97 Abs 1 AktG](#). Da wie dort sah der Gesetzgeber offenbar keinen Handlungsbedarf, weil die bisherige Rechtspraxis die Bestimmungen richtig auslegte und deren Zweck erfüllte. Aus der Beibehaltung der alten Formulierung des § 92 Abs 4 S 1 im AktG 1965 (und auch bei den nachfolgenden Novellen) kann aber für die Auslegung von [§ 97 Abs 1 AktG](#) nicht das Geringste gewonnen werden, weil zum einen die erweiternde Auslegung bei [§ 92 Abs 4 AktG](#) seit jeher vom gesetzgeberischen Willen gedeckt war, was auf die Einräumung eines Vertretungsmonopols des Aufsichtsrates unbestritten nicht zutrifft, und weil

Seite 9