

# GESELLSCHAFTSRECHT

UND ANGRENZENDES STEUERRECHT

Dezember 2010 / Nr. 6, Seiten 249–300

---

## Gesellschaftsrecht Abhandlungen

- 252 Vorvertragliche Informationspflichten des Patrons gegenüber dem Kreditgeber seiner Tochter  
Heinz Krejci
- 260 Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand“?  
Georg Schima

## Gesellschaftsrecht Judikatur

- 270 Notliquidator bei der GmbH (OGH)
- 271 Vertretungsmacht eines faktischen Geschäftsführers (OGH)
- 273 Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln: Keine Differenzhaftung der Gesellschafter bei fehlender Deckung des Erhöhungsbetrages (OGH)
- 276 Schiedsfähigkeit eines Syndikatsvertrags zwischen GmbH-Gesellschaftern (OGH)

## Firmenbuch-Praxis

- 278 Fortsetzung einer durch Konkurseröffnung aufgelösten GmbH nach Bestätigung des Sanierungsplans, Prokuraerteilung

## Angrenzendes Steuerrecht

- 281 Neuer Strafzuschlag nach dem BBKG 2010  
Thomas Bieber / Markus Brandstetter
- 291 Vorlage an den EuGH: Verlustabdeckung durch eine Körperschaft öffentlichen Rechts an eine ausgegliederte Gesellschaft als gesellschaftsteuerpflichtiger Zuschuss? (UFS)
- 294 Gesellschaftsteuer vom Nominalwert bei Verzicht auf eine nicht mehr werthaltige Forderung (UFS)

## Mit Jahresübersicht 2010 zum Herausnehmen

---

Herausgeber: Heinz Krejci, Friedrich Rüffler, Lukas Fantur, Georg Kofler

## Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand“?

Dem Vorstandsvorsitzenden einer AG kommen diverse Vorrechte zu. Der folgende Beitrag befasst sich mit Fragen ihrer Reichweite. Aus aktuellem Anlass interessiert insbesondere, inwieweit und mit welchen Methoden der Vorstandsvorsitzende das Wirken einzelner Vorstandsmitglieder überwachen darf.

Von Georg Schima

### 1. Der Vorstandsvorsitzende in der AG: Die Macht und ihre Grenzen

Vor allem größere und börsennotierte Gesellschaften haben üblicherweise einen Vorstandsvorsitzenden.<sup>1</sup> Er ist gleichsam die das Unternehmen in der Öffentlichkeit verkörpernde „Galionsfigur“; abgesehen von eigens dafür bestellten „Pressesprechern“ wird in aller Regel nur *er* in den Medien persönlich zitiert und von Journalisten befragt, und in den – in der wirtschaftlichen Boulevard-Berichterstattung so beliebten – Gehalt-Rankings oder „Manager-Paraden“ scheinen so gut wie immer nur die Vorstandsvorsitzenden der gewählten Unternehmen auf. Kurzum: der Vorstandsvorsitzende wird in der Öffentlichkeit als der „Chef“ des Unternehmens wahrgenommen. Die Namen der anderen Vorstandsmitglieder selbst großer und größter Unternehmen kennt auch der wirtschaftlich interessierte Qualitätszeitungsleser meist nicht. Dies ist umso erstaunlicher, als es häufig gerade nicht die Vorstandsvorsitzenden sind, die die umsatz- bzw gewinnträchtigsten oder personalintensivsten Ressorts verwalten.

Vorstandsvorsitzende treten nicht nur nach außen hin als Repräsentanten der Gesellschaft in Erscheinung; sie nehmen auch im Inneren jedenfalls de facto für sich die entscheidende Führungsrolle in Anspruch und weisen die übrigen Vorstandsmitglieder in unliebsame Schranken. Es kommt immer wieder vor, dass ein Vorstandsvorsitzender im Alleingang Initiativen setzt und den Vorstand in wichtigen Unternehmensangelegenheiten vor vollendete Tatsachen setzt. Das faktische Wirken von Vor-

standsvorsitzenden weist mitunter auch noch andere Facetten auf. So wird derzeit in Deutschland der Fall „HSH Nordbank“ in den Medien als „einer der größten juristischen Schlammschlachten der Deutschen Wirtschaftsgeschichte“ bezeichnet.<sup>2</sup> Dabei geht es darum, dass ein missliebige Vorstandsmitglied sowohl in seinen Büroräumlichkeiten als auch bei sich daheim abgehört und auch sonstigen bemerkenswerten Kontrollmaßnahmen ausgesetzt wurde und der Verdacht geäußert wurde, dass diese Aktionen auf den Vorstandsvorsitzenden zurückgingen oder zumindest von ihm gebilligt wurden. Dieser Fall gibt unabhängig von seinen konkreten Einzelheiten Anlass zur Frage, wie weit die Befugnisse eines Vorstandsvorsitzenden insbesondere auch im Hinblick auf die Überwachung einzelner Vorstandsmitglieder reichen. Im Folgenden interessieren die rechtlichen Grenzen der Führungsrolle des Vorstandsvorsitzenden. Dabei wird sich zeigen, dass Realität und Rechtslage ziemlich stark auseinander klaffen. Vorerst sind einige Anmerkungen darüber angebracht, auf welche Weise man überhaupt Vorstandsvorsitzender wird.

### 2. Zur Bestellung eines Vorstandsvorsitzenden

#### 2.1 Aufgabe des Aufsichtsrats, Satzungsverbot

Werden mehrere Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellt, so *kann* der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernennen. Dies ordnet § 75 Abs 3 AktG und in Deutschland wortgleich § 84 Abs 2 dAktG an. *Ob* einem mehrgliedrigen, dh aus mindestens zwei Personen bestehenden Vorstand ein Vorstandsvorsitzender angehören soll, bestimmt allein der Aufsichtsrat; die Satzung kann ihn dazu eben so wenig wie die Hauptversammlung verpflichten.<sup>3</sup> Dies ist nicht völlig unumstritten.

1 Wenn im Text von „dem Vorstandsvorsitzenden“ die Rede ist, so versteht sich diese Formulierung geschlechtsneutral.

2 Vgl Financial Times Deutschland, 27. 8. 2010, 1: „Schlammschlacht bei der HSH“; Financial Times Deutschland, 25.8. 2010, 23: „Eine sichere Bank“; Der Spiegel, 23. 8. 2010, 26 f: „Angst und Verfolgungswahn“.

3 In Deutschland ganz hM: Kort in GroßKomm AktG<sup>4</sup> § 84 Rz 122; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG § 84 Rz 86; Spindler in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 100; Wiesner, MünchHB<sup>3</sup> IV § 24 Rz 2; Mertens in KölnKomm AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 88; Mertens/Cahn in KölnKomm AktG<sup>3</sup> (2010) § 84 Rz 101; Ulmer/Habersack in Ulmer/

Habersack/Henssler, MitbestR § 30 MitbestG Rz 8; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG (1982) 142; für Österreich ebenso Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 75, 76 Rz 58; G. Schima, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/50; aM Krieger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates (1981) 252 f; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>3</sup> (2008) Rz 458; Dose, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft<sup>3</sup> (1975) 28 ff.

ten, wird aber für Deutschland aus § 23 Abs 5 dAktG abgeleitet<sup>4</sup> und folgt auch für Österreich aus dem Grundsatz, dass die Satzung ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung nicht in das gesetzlich vorgesehene Zuständigkeitsgefüge eingreifen und zB die Kompetenzen von Vorstand oder Aufsichtsrat nicht zu Gunsten der Hauptversammlung verschieben kann.<sup>5</sup>

Nicht unzulässig ist die Statuierung satzungsmäßiger, persönlicher Voraussetzungen für Vorstands-, aber auch Aufsichtsratsmitglieder.<sup>6</sup> Hingegen ist der Satzung nicht erlaubt, dem Aufsichtsrat vorzuschreiben, einen Vorstandsvorsitzenden zu bestellen. Denn auf diese Weise könnte dem Aufsichtsrat angesichts des Umstandes, dass der Satzung ja zweifellos das Recht zukommt, die Anzahl der Vorstandsmitglieder festzulegen bzw nach oben und unten zu begrenzen<sup>7</sup> und iSd § 70 Abs 2, letzter Satz AktG Aussagen über das Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden zu treffen oder dieses auszuschließen, von den Aktionären ein nur mehr wenig Spielraum lassendes „Organisationskorsett“ für den Vorstand aufgezwungen werden. Bejaht man dann noch mit der herrschenden – wenngleich nicht überzeugenden (dazu ausführlich unten) – Auffassung die Zulässigkeit eines satzungsmäßigen Alleinentscheidungsrechtes des Vorstandsvorsitzenden sowie des Dirimierungsrechtes auch im Zweier-Vorstand, wäre es der Satzung – und nicht dem Aufsichtsrat – anheimgestellt, innerhalb des Vorstandes eine Hierarchie einzurichten. Dies ist richtiger Ansicht zufolge schon dem Aufsichtsrat verwehrt (auch dazu unten) – umso mehr aber der keinerlei Personalhoheit über den Vorstand genießenden Hauptversammlung.

Unzulässig ist auch eine Satzungsbestimmung, die dem Aufsichtsrat die Bestellung eines Vorstandsvorsitzenden *untersagt*.<sup>8</sup>

Keinesfalls kann ein Recht des Satzungsgebers, die Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden vorzuschreiben oder zu verbieten, aus der der Satzung primär zukommenden<sup>9</sup> Geschäftsordnungs- bzw Geschäftsverteilungskompetenz abgeleitet werden.<sup>10</sup> Denn bei der Frage, ob ein Vorstandsvorsitzender bestellt werden soll oder nicht, handelt es sich nicht primär um eine Geschäftsverteilungsfrage, sondern um eine „*unternehmenspolitische Entscheidung... die nicht zuletzt in Anbetracht der zur Verfügung stehenden Persönlichkeiten und der jeweiligen Zusammensetzung des Vorstands getroffen werden sollte*“.<sup>11</sup>

Es liegt allein beim Aufsichtsrat, über die Zusammensetzung des Vorstandes und darüber zu entscheiden, ob ein Vorstandsvorsitzender bestellt werden soll. Die durch § 70 Abs 2, 2. Satz AktG ermöglichten satzungsmäßigen Vorgaben hat der Aufsichtsrat freilich zu beachten. Enthält die Satzung zB zum Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden keine Regelung und will der Aufsichtsrat nicht, dass einem Mitglied des Vorstandes ein solches Recht zukommt, dann wird er keinen Vorstandsvorsitzenden bestellen.

## 2.2 Sprecher statt Vorsitzender

Möchte der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied bloß mit gewissen Koordinierungs- und Sitzungsführungsaufgaben betrauen können, bleibt noch immer die Wahl eines *Spechers* des Vorstandes. Ein solcher ist im Gesetz

4 § 23 Abs 5 dAktG lautet: „Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzungen sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.“

5 *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/686.

6 *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/48. Dies gilt zumindest (mE aber auch *nur*) dann, wenn die Satzung damit nicht in unsachgemäßer und unzumutbarer Weise die Möglichkeiten des Aufsichtsrates zur Auswahl des optimalen Vorstandes einschränkt. Säge zB die Satzung einer im Einflussbereich einer Gemeinde stehenden AG vor, dass sämtliche Vorstandsmitglieder sowie deren Eltern und Großeltern allesamt im Gemeindegebiet geboren sein müssen, würde dies selbst bei größeren Gemeinden die Personalhoheit des Aufsichtsrates in einer mit dessen Stellung nicht vereinbaren Weise einengen und wäre daher unbeachtlich.

7 § 17 Z 5 AktG und § 23 Abs 3 Z 6 dAktG. Die Satzung kann freilich bestimmen, dass die Zahl der Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat festgelegt wird (vgl *Spindler/Stilz*, AktG § 23 Rz 22).

8 *Kort in Großkomm AktG*<sup>4</sup> § 84, Rz 120; *Spindler* in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 100; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG § 84 Rz 86; *Wiesner*, MünchHB<sup>3</sup> IV § 24 Rz 2; *Mertens in KölnKomm AktG*<sup>2</sup> § 84 Rz 88; *Mertens/Cahn in KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 101; *Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestR § 30

MitbestG Rz 8; *Paefgen*, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG (1982) 142; differenzierend die Auffassung von *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>5</sup> (2008) Rz 458, die zwar der Satzung das Recht zubilligen, dem Aufsichtsrat die Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden vorzuschreiben, nicht aber die Ernennung zu untersagen. ME sprechen im Gegensatz dazu gegen die Untersagungskompetenz die vergleichsweise geringeren Bedenken, weil aus den im Text angeführten Gründen mit einer Untersagung in viel weniger gravierender Weise in die innere Ordnung des Kollegialorgans Vorstand eingegriffen wird als mit der Anordnung, einen Vorsitzenden zu bestellen. Abgesehen davon ließe sich gerade in Anbetracht der gelegentlich zu beobachtenden „Exzesse“ selbsterherrlicher Vorstandsvorsitzender eher ein Bedürfnis der Aktionäre ausmachen, die Installation zu ausgeprägter „Alphatiere“ von vornherein zu verhindern. Auch eine Untersagungskompetenz der Satzung greift aber letztlich zu stark in die Personalhoheit des Aufsichtsrates ein und führt zu der der Satzung ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung nicht gestatteten Zuständigkeitsverschiebung in Richtung Hauptversammlung.

9 Vgl für alle *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 32.

10 So jedoch *Krieger*, Personalentscheidungen 252 f; dagegen *G. Schima*, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/50.

11 So treffend *Mertens/Cahn in KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 101.

nicht vorgesehen und in Österreich auch deutlich weniger üblich als in Deutschland.

Die Nominierung eines Vorstandssprechers ist richtiger Ansicht zufolge nicht ausschließlich dem Aufsichtsrat vorbehalten;<sup>12</sup> vielmehr kann auch der Vorstand selbst bei Untätigkeit des Aufsichtsrates einen Sprecher bestimmen.<sup>13</sup> Denn nichts spricht dagegen, dass der Vorstand eine Person nominiert, die zB für die Einberufung der Vorstandssitzungen und deren Leitung sowie die Festlegung der vorläufigen Tagesordnung zuständig ist und als Stimme des Vorstandes nach außen fungiert und primär für den Kontakt mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden verantwortlich sein soll. Viel eher könnte man fragen, ob die Kompetenz zur Ernennung eines derart definierten „Sprechers“ nicht sogar *primär* dem Vorstand zukommt und der Aufsichtsrat dies daher nur tun darf, wenn der Vorstand selbst keinen Sprecher wählt. Eine exakte Abgrenzung der Befugnisse ist mangels gesetzlicher Regelung nicht möglich. Keinem Zweifel unterliegt aber, dass die zentralen Befugnisse eines Vorstandsvorsitzenden einem Sprecher des Vorstandes nicht übertragen werden können. Der Sprecher kann daher nicht mit spezifischen Veto-, Zustimmung- oder Dirimierungsrechten ausgestattet werden, und ihm kommt auch nicht die einem Vorsitzenden des Vorstandes eingeräumte Befugnis zur verbandsinternen Überwachung und Koordination zu.<sup>14</sup> Die Funktion eines Vorstandssprechers kann nicht neben der eines Vorsitzenden existieren und erlischt daher auch in dem Moment, in dem der Aufsichtsrat einen Vorstandsvorsitzenden ernennt.<sup>15</sup>

### 3. Aufgaben des Vorstandsvorsitzenden

#### 3.1 Einberufung und Leitung der Vorstandssitzung

Sieht man von der Möglichkeit der Einräumung eines Dirimierungsrechts (dazu unten) ab, kommen dem Vorsitzenden des Vorstandes neben Repräsentationsfunktionen vor allem jene Befugnisse zu, die der Versammlungs-

leiter bei einem Kollegialorgan üblicherweise hat. Dazu gehören die Einberufung von Vorstandssitzungen, die – vorläufige – Festlegung der Tagesordnung, die Leitung von Vorstandssitzungen und die Koordination des Informationsflusses innerhalb des Vorstandes.<sup>16</sup>

#### 3.2 Informationsaustausch mit dem Aufsichtsrat

Der Vorstandsvorsitzende verfügt aber nicht über das „Monopol“ am Informationsaustausch mit dem Aufsichtsrat oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden.<sup>17</sup> Dass der Vorstandsvorsitzende primärer Ansprechpartner des Aufsichtsrates und vor allem des Aufsichtsratsvorsitzenden in den zentralen Fragen der Strategie, der Geschäftsentwicklung und des Risikomanagements des Unternehmens ist (vgl. Regel 37 CGK), kann zwar nicht zweifelhaft sein, schließt aber die anderen Vorstandsmitglieder vom direkten Informationsaustausch mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden nicht aus.

Man kann es auch anders formulieren: Die innerhalb des Vorstandes nicht abgestimmte Weitergabe von Informationen aus dem Vorstand und die Präsentierung derselben als „Vorstandsmeinung“ aus dem Mund des Vorstandsvorsitzenden ist genauso problematisch und nicht pflichtgemäß wie aus dem Mund eines einfachen Vorstandsmitgliedes. Das mag sich mit dem Selbstverständnis mancher Vorstandsvorsitzender nicht vertragen, ändert aber nichts an der Rechtslage.

#### 3.3 Kein Weisungsrecht gegenüber Vorstandsmitgliedern

Auf keinen Fall kommt dem Vorstandsvorsitzenden ein Anordnungs- oder Weisungsrecht gegenüber anderen Vorstandsmitgliedern zu, und ein solches können weder der Aufsichtsrat noch die Satzung einräumen.<sup>18</sup> Der Vorstandsvorsitzende ist also nicht der „Chef“ der anderen Vorstandsmitglieder, auch wenn dies in der Öffentlichkeit so wahrgenommen und auch in seriösen Wirtschaftsmedien so transportiert wird.

12 So aber offenbar *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 50; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/351; aM G. *Schima*, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/53.

13 So die hA in Deutschland: Vgl. *Kort* in *GroßKomm AktG*<sup>4</sup> § 77 Rz 58; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichte des Aufsichtsrates<sup>5</sup> (2008) Rz 460; *Hüffer*, AktG<sup>8</sup> § 84 Rz 22; *Mertens* in *KölnKomm AktG*<sup>2</sup> § 84 Rz 89; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG § 84 Rz 90; *Hoffmann-Becking*; Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, 497ff; 517; *Wiesner*, MünchHB GesR<sup>3</sup> IV § 24 Rz 4; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 77 Rz 53 und § 84 Rz 103.

14 Zutr. *Wiesner* in *MünchHB GesR*<sup>3</sup> IV § 24 Rz 4.

15 Vgl. *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 255ff; *Wiesner* in *MünchHB GesR*<sup>3</sup> IV § 24 Rz 6; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>5</sup> (2008) Rz 460.

16 Vgl. *Kort* in *GroßKomm AktG*<sup>4</sup> § 84 Rz 123; *Spindler* in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 102; *Hüffer*, AktG<sup>8</sup> § 84 Rz 21; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG § 84 Rz 88; *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG § 84 Rz 41; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 102; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/352; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 29; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 50.

17 Vgl. *Wettich*, Vorstandsorganisation 113 ff; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 102; aM *Krieger*, Personalentscheidungen 250.

18 Einhellige Meinung: Vgl. für alle *Mertens/Cahn* in *KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 102; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/352; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 29; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 55; *Spindler* in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup> § 77 Rz 59.

Aus dem Fehlen von Weisungs- und Anordnungsbefugnissen folgt mE zwingend, dass dem Vorstandsvorsitzenden auch jene Kompetenzen nicht zukommen können, die sonst ein Dienstgeber – innerhalb gesetzlicher Grenzen – gegenüber einem Dienstnehmer hat: dazu gehören insbesondere alle iwS „disziplinären“ Befugnisse, aber auch die Ergreifung von Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen.<sup>19</sup> Darauf ist unten noch zurückzukommen.

### 3.4 Zum Dirimierungs-, Veto- und Alleinentscheidungsrecht

#### a) Grenzen der Satzungsdispositivität

Wenn ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzenden des Vorstandes ernannt ist, dann gibt gemäß § 70 Abs 2 AktG, „wenn die Satzung nichts anderes bestimmt“, seine Stimme „bei Stimmengleichheit den Ausschlag“. Der Aufsichtsrat kann also einen von ihm bestellten Vorsitzenden dann nicht selbst mit dem Dirimierungsrecht ausstatten, wenn die Satzung dies ausgeschlossen hat.

Darüber, wie weit das dem Satzungsgeber gewährte Recht zur Abweichung vom (dispositiven) gesetzlichen Modell des Dirimierungsrechtes bei Stimmengleichheit reicht, herrscht in Österreich keine völlige Einigkeit.

Im AktG 1937/38 war in § 70 Abs 2 dem Vorstandsvorsitzenden noch das Alleinentscheidungsrecht „bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand“ eingeräumt, sofern die Satzung nichts anderes bestimmte. Dieses „Führerprinzip“ wurde mit dem AktG 1965 durch die oben zitierte Regelung ersetzt. In den Materialien zum AktG 1965 heißt es dazu: „Die bisher dem Vorsitzendem im Vorstand gemäß dem nationalsozialistischen ‚Führer‘-Prinzip kraft Gesetzes eingeräumte Stellung kann, demokratischer Rechtsordnung angepasst, *nur mehr im Wege der vereinbarten Satzung*<sup>20</sup> verliehen werden.“<sup>21</sup>

Folgt man diesen Ausführungen der Materialien, dann scheint klar zu sein, dass die Satzung das Dirimierungsrecht nicht nur ausschließen oder gegenüber dem gesetzlichen Modell weiter beschränken, sondern vielmehr auch zum Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden gegen die Mehrheit oder gar alle anderen Vorstandsmitglieder ausbauen kann.

Befremdlich ist nur, dass die Gesetzesmaterialien zwar das „Führerprinzip“, also das Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden, als „nationalsozialistisch“ bezeichnen, sich aber im selben Satz nicht daran stoßen, dass dieses angeblich „nationalsozialistische“ Prinzip mittels Satzung eingeführt werden kann. Der deutsche Gesetzgeber war diesbezüglich konsequenter und untersagte in § 77 Abs 1, 2. Satz dAktG Satzungsregelungen, wonach ein oder mehrere Vorstandsmitglieder Meinungsverschiedenheiten im Vorstand gegen die Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden können.

In Anbetracht der Ausführungen in den Gesetzesmaterialien erstaunt zumindest auf den ersten Blick nicht, dass die ganz hA der Satzung nicht nur die Beseitigung und Einschränkung des Dirimierungsrechtes gestattet, sondern auch dessen Ausweitung bis zum Alleinentscheidungsrecht des Vorsitzenden, dies selbst gegen den Willen aller anderen Mitglieder.<sup>22</sup>

Dennoch vermag diese Ansicht nicht zu überzeugen, ja man könnte sogar sagen, ihre Überzeugungskraft ging in den letzten Jahren im Zuge eines nicht zuletzt aufgrund praktischer Erfahrungen gemachten – durchaus international dimensionierten – „Wertewandels“ im Aktienrecht zunehmend verloren.<sup>23</sup>

Freilich lässt sich gegen die Zulässigkeit des Alleinentscheidungsrechtes des Vorstandsvorsitzenden nicht mit *Strasser*<sup>24</sup> ins Treffen führen, die Meinung der Verfasser der Gesetzesmaterialien sei „nicht durch das Gesetz gedeckt“. Denn die Wortfolge „wenn die Satzung nichts

19 So auch *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 55.

20 Hervorhebung durch den Verfasser

21 EBRV 301 BlgNR X dGP 68; abgedruckt zB bei *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 635.

22 *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 292; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 27; *Peter Doralt*, Die Unabhängigkeit des Vorstandes nach österreichischem und deutschem Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit, FS *Grün* (2003) 31 ff, 36; *Nowotny in Prändl/Geppert/Göth*, Corporate Governance 27; *Kalss in MünchKomm AktG*<sup>3</sup> § 77 Rz 75; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/353; aM *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 52.

23 Den Blick hier zu sehr über die Grenzen zu richten, würde den Umfang dieser Darstellung sprengen; genügen soll in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass bereits der mittlerweile zu globaler Berühmtheit gelangte *Sarbanes Oxley Act* von 2002, Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, 15 USC

§ 7201ff, Public Law 107 – 124 (HR 3763), 107<sup>th</sup> Cong., 2<sup>nd</sup> Session (30th July 2002), als unmittelbare Konsequenz vor allem des Enron-Zusammenbruches sich als eines der Ziele die Begrenzung der bis dahin anscheinend grenzenlosen Allmacht der CEOs großer amerikanischer Aktiengesellschaften an die Fahnen geheftet hatte; vgl dazu zB *Gary M. Brown*, Changing Models in Corporate Governance – Implications of the US Sarbanes-Oxley Act, in *Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum*, Corporate Governance in Context (2005) 143ff; instruktiver Kurz-Überblick über den SOX bei *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 41ff. Dass dieses Ziel nur sehr ungenügend erreicht wurde, wird immer wieder erwähnt (so ist zB der Anteil der großen Aktiengesellschaften, bei denen der Chief Executive Officer in Personalunion auch Chairman of the Board ist, nach wie vor ein hoher und damit ein Zeichen für ungebrochene Machtkonzentration), steht aber auf einem anderen Blatt.

24 *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 52.

anderes bestimmt“, deckt bei logisch-grammatikalischer Interpretation mE ohne Zweifel nicht nur den Ausschluss selbst des Dirimierungsrechtes bei Stimmengleichheit, sondern eben auch dessen Erweiterung bis zu einem Alleinentscheidungsrecht. Dies ist ja auch ein Mitgrund dafür, dass der deutsche Gesetzgeber im AktG 1965 genau das in § 77 Abs 1, 2. Satz dAktG ausdrücklich ausgeschlossen hat.<sup>25</sup>

Die im Ergebnis richtige Meinung von *Strasser* lässt sich nur mit einer *teleologischen Reduktion* des Wortlautes von § 70 Abs 2, zweiter Satz AktG begründen. Dafür gibt es verschiedene Argumente, deren zentralstes lautet, dass die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechtes an den Vorstandsvorsitzenden, mittels dessen dieser sich gegen alle anderen Vorstandsmitglieder in allen Fragen jederzeit durchsetzen kann, ein *Über- und Unterordnungsverhältnis im Vorstand* schafft und eine vorstandsinterne Hierarchie iS einer „Zweiklassen-Gesellschaft“ etabliert, die in unlösbar Widerspruch zu § 70 Abs 1 AktG gerät.<sup>26</sup> Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, der Vorstand als Kollegialorgan bliebe ja selbst im Falle eines Alleinentscheidungsrechtes des Vorstandsvorsitzenden weisungsfrei im Sinne von nicht den Weisungen eines anderen Organs ausgesetzt ist. Denn ein Vorstand, der mit einer Ausnahme aus Personen besteht, die allesamt nach der Pfeife einer bestimmten Person – eben des Vorstandsvorsitzenden – zu tanzen haben, ist kein homogenes und insgesamt zur weisungsfreien Besorgung der Geschäfte berufenes Organ iSd § 70 Abs 1 AktG. Vielmehr würde hier der Sache nach mit dem Vorstandsvorsitzenden ein weiteres „Organ“ geschaffen, das den Restvorstand dazu anhalten kann, die Geschäfte nach dem Willen des Vorstandsvorsitzenden zu führen. Dass es sich dabei formell nicht um Weisungen des Vorstandsvorsitzenden ad personam an die einzelnen Vorstandsmitglieder handelte, sondern deren Verpflichtung, sich nach dem Willen des Vorstandsvorsitzenden zu verhalten, rein formell aus der Bindung an gültige Vorstandsbeschlüsse resultiert (denn diese sind gültig,

wenn man mit der hA das Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden als satzungsmäßig einrichtbar qualifiziert), ändert daran nicht das Geringste.

Es ist daher der bisher nur von *Strasser* prononciert vertretenen Auffassung zu folgen, was bedeutet, dass in *teleologischer Reduktion* von § 70 Abs 2, 2. Satz AktG die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechtes an den Vorstandsvorsitzenden mittels Satzung nicht zulässig und nicht wirksam ist.

Nur der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass bei Zugrundelegung der hA sich auch die arbeitsrechtliche Beurteilung der einem Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden ausgesetzten Vorstandsmitglieder ändern müsste. Denn der entscheidende Gesichtspunkt, der den OGH seit langem dazu veranlasst hat, Vorstandsmitglieder nicht als Arbeitnehmer anzusehen<sup>27</sup>, fiel dann weg. Wenngleich die Sichtweise, dass gesellschaftsrechtlich begründete, sachliche Weisungsunterworfenheit einen Rückschluss auf persönliche Abhängigkeit (aufgrund auch persönlicher Weisungsunterworfenheit als des tragenden Elements der Arbeitnehmereigenschaft) gestattet, überaus kritikwürdig ist, gerade vom Verfasser schon wiederholt kritisiert wurde,<sup>28</sup> und schon beim GmbH-Geschäftsführer die Judikatur tendenziell in die Irre führt, müsste eben diese Judikatur auch bei einem vom Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden abhängigen Vorstandsmitglied mE dieselben Schlüsse ziehen wie beim GmbH-Geschäftsführer, wo aus § 20 Abs 1 GmbHG grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft gefolgert wird.

## b) Zulässigkeit eines Vetorechts

Im Gegensatz zum Alleinentscheidungsrecht spricht gegen die Einräumung eines *Vetorechts* des Vorstandsvorsitzenden in bestimmten oder auch allen Angelegenheiten nichts Wesentliches.<sup>29</sup> Dies folgt schon daraus, dass das vom AktG – dispositiv – angeordnete Prinzip der Gesamtgeschäftsführung<sup>30</sup> in einem mehrgliedrigen Vor-

25 Insofern ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstverständnis mancher machtbewusster Vorstandsvorsitzender und der aktienrechtlichen Gesetzeslage in Deutschland noch größer, denn dort darf *rechtlich* ein Vorstandsvorsitzender auf keinen Fall nach dem „Führerprinzip“ vorgehen, wohingegen die *faktische* Machtfülle deutscher Vorstandsvorsitzender eine tendenziell noch deutlich größere als in Österreich zu sein scheint, wenn man die Berichterstattung in beiden Ländern aufmerksam verfolgt.

26 G. Schima, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/51; vgl ganz ähnlich *Strasser* in *Jabonegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 52.

27 Erstmals idS OGH 3. Juli 1975 SZ 48/79 = Arb 9371 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602; bestätigend OGH 5. Februar 1985, SZ 58/20 = Arb 10.406 = EvBl 1985/80 = GesRZ 1985/144 = ÖBl 1985, 124 mit Anm *Collin*; OGH 15. Juni 1988, DRdA 1990, 333 ff mit Anm *Floretta*; Ausführlich *Geppert*, Der „Anstellungs“ Vertrag einer AG, DRdA 1980, 1 ff, 8 ff; *Jabonegg*,

Unternehmensrecht und Arbeitsrecht, DRdA 1991, 13 mwN in Fn 13 zum Meinungsstand; *Wacher*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts – zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen wbl 1991, 81 ff 83 – ohne eigene Begründung; sehr eingehend VwGH DRdA 1982, 407 ff mit zust Anm *Geppert*; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 223; ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 1ff; *Floretta*, Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, FS W. Schwarz 475ff, 488ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/280; *Strasser* in *Jabonegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup> §§ 75, 76 Rz 64 ff.

28 Vgl G. Schima, Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH, ZAS 1987, 121ff und 158ff (122f); *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 8ff, 12ff.

29 Vgl *Kalss* in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 77 Rz 75; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/353.

30 Vgl *Strasser* in *Jabonegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 31.

stand ja nichts anderes bedeutet als die Einräumung eines Vetorechtes an *jedes* einzelne Vorstandsmitglied.<sup>31</sup> Ein Vetorecht wird auch in Deutschland mit § 77 Abs 1, letzter Satz dAktG für vereinbar gehalten.<sup>32</sup>

### c) Dirimierungsrecht im Zweier-Vorstand?

Die gleichen Argumente wie jene, die gegen ein Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden sprechen, können auch gegen ein Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden bei Stimmgleichheit im Zweier-Vorstand sprechen. Der Zusammenhang ist evident.<sup>33</sup> Wer mit der hA die Zulässigkeit des Alleinentscheidungsrechtes des Vorstandsvorsitzenden bejaht, kann auch am Dirimierungsrecht bei Stimmgleichheit im Zweier-Vorstand nichts Entscheidendes auszusetzen haben; wer es umgekehrt sieht, muss sich auch an Letzterem stoßen. Das Dirimierungsrecht im Zweier-Vorstand läuft auf genau dasselbe Über- und Unterordnungsverhältnis und die Einrichtung einer vorstandsinternen Hierarchie mit dem Vorstandsvorsitzenden als allein die Geschäftsführung bestimmender Stelle hinaus wie das Alleinentscheidungsrecht. Das Vorstandsmitglied, das nicht Vorsitzender ist, ist *immer* und ausnahmslos den Vorgaben des Vorstandsvorsitzenden ausgesetzt. Dieser kann Beschlüsse in allen Fragen initiieren, die Beschlussfassung durch seinen alleinigen Willen herbeiführen und damit das andere Vorstandsmitglied automatisch zur Beschlussausführung zwingen.

Inkonsequent ist es daher, das Dirimierungsrecht bei Stimmgleichheit im Zweier-Vorstand zuzulassen, das Alleinentscheidungsrecht im mehrgliedrigen Vorstand aber nicht.<sup>34</sup> Es ist zwar richtig, dass das Gesetz das Dirimierungsrecht bei Stimmgleichheit ausdrücklich zulässt, doch ist das im gegebenen Zusammenhang nicht das entscheidende Argument. Denn auch das Alleinentscheidungsrecht ist – entgegen *Strasser* – durch den Wortlaut des § 70 Abs 2, 2. Satz AktG klar gedeckt (siehe oben), sodass es in *beiden* Fällen einer korrigierenden Interpretation im Sinne einer teleologischen Reduktion bedarf. Diese besteht beim Zweier-Vorstand darin, dass ein Dirimierungsrecht bei Stimmgleichheit dann nicht zulässig ist, wenn und weil damit ein Vorstandsmitglied (und zwar immer dasselbe) stets den Vorgaben und Anweisungen des anderen Vorstandsmitgliedes ausgesetzt ist. Bei einem Vierer-Vorstand stellt sich das Problem in

dieser Form eben gerade nicht, weil ein Dirimierungsrecht bei Stimmgleichheit dort nicht zum Tragen kommt, wenn die anderen drei Vorstandsmitglieder den Vorsitzenden überstimmen.

Die überzeugenderen Gründe sprechen daher dafür, im Zweier-Vorstand auch das Dirimierungsrecht nicht zuzulassen.

Unabhängig davon, welche Meinung man vertritt, kann jedem Aufsichtsrat nur dringend *abgeraten* werden, dem Vorstandsvorsitzenden ein Alleinentscheidungsrecht einzuräumen oder in einem Zweier-Vorstand den Vorstandsvorsitzenden mit Dirimierungsrecht auszustatten. Es wäre dies mE auch ein Indiz für gewisse Führungsschwäche des Aufsichtsrates. Wie mächtig ein Vorstand bzw Vorstandsvorsitzender wird, entscheidet sich erfahrungsgemäß meist danach, wie schwach der Aufsichtsrat ist.

Die *nachträgliche* Einführung eines Alleinentscheidungsrechtes an den Vorstandsvorsitzenden oder eines Dirimierungsrechtes im Zweier-Vorstand (sofern man dies entgegen der hier vertretenen Auffassung für zulässig hält) berechtigt mE die anderen Vorstandsmitglieder bzw im Zweier-Vorstand das einfache Vorstandsmitglied zum Rücktritt vom Mandat und Austritt aus dem Anstellungsvertrag. Eine solche Maßnahme hätte nämlich so gravierende Auswirkungen auf die Bedingungen, unter denen das Vorstandsmitglied sein Amt ausübt und angetreten hat, dass es unzumutbar ist, es am Mandat und Vertrag festzuhalten.

### 3.5 Zum Einfluss des Vorstandsvorsitzenden auf die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern

Das AktG kennt keine Bestimmung, wonach der Vorstandsvorsitzende dazu berufen, befugt oder gar verpflichtet wäre, dem Aufsichtsrat personelle Vorschläge für die Besetzung von Vorstandsmandaten zu machen. Dessen ungeachtet nehmen Vorstandsvorsitzende nicht selten Einfluss auf derartige Besetzungen. Entsprechendes ist vor allem bei Aktiengesellschaften mit hohem Streubesitz auch im Hinblick auf Aufsichtsratsmandate zu beobachten.

Die faktische Einflussnahme des Vorstandsvorsitzenden auf die Besetzung von Vorstandsmandaten erfordert einerseits eine diesbezügliche Gesprächs- und Kooperationsbereitschaft des Aufsichtsrates und andererseits einen

31 Vgl Kort in GroßKomm AktG<sup>4</sup> § 77 Rz 7.

32 Spindler in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 77 Rz 17; Hüffer, AktG<sup>8</sup> § 77 Rz 12; Kort in GroßKomm AktG<sup>4</sup> § 77 Rz 27.

33 G. Schima, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/52; diesen Zusammenhang zwischen Alleinentscheidungsrecht und Dirimierungsrecht im Zweier-Vorstand richtig erkennend

Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 27; ebenso Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/353; ebenfalls betonend Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 53.

34 So aber Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 53.

hinreichend durchsetzungsfähigen Vorstandsvorsitzenden. Ebenso, wie ein Aufsichtsratsvorsitzender nur so stark ist, wie es die Schwäche des Aufsichtsrats zulässt, kann die Schwäche eines Vorstands gegenüber einem Aufsichtsratsvorsitzenden dazu führen, dass dieser Vorstand sagenden arrogant und zB wichtige Vertragsverhandlungen des Unternehmens selbst führt.<sup>35</sup> Dann wird der Vorstand seiner Leitungsaufgabe genauso wenig gerecht, wie ein Aufsichtsrat seiner Kontrollfunktion hinreichend nachkommt, wenn er dem Vorstandsvorsitzenden die Auswahl der Vorstandsmitglieder überlässt.

Die Praxis lehrt, dass starke Vorstandsvorsitzende einen ganz wesentlichen *Einfluss auf die Auswahl* und Zusammensetzung *des Vorstandes* ausüben vermögen und darin vom Aufsichtsrat teilweise aktiv unterstützt, teilweise zumindest nicht gehindert werden. Vor allem dann, wenn in einer Sanierungslage ein Vorstand völlig neu aufgestellt werden muss, entspricht es einer immer wieder geübten Vorgangsweise, dass zunächst ein Vorstandsvorsitzender gesucht wird, der sich dann gleichsam „sein Team zusammenstellt“.

Außerdem wird jeder erfahrene Praktiker bestätigen, dass bei der Führung von Anstellungsvertragsverhandlungen mit einfachen Vorstandsmitgliedern als Verhandlungspartner auf Seiten der Gesellschaft gelegentlich gar nicht der Aufsichtsratsvorsitzende, sondern der Vorstandsvorsitzende – und manchmal sogar „mediatisiert“ durch den dem Vorstandsvorsitzenden (und auch dem künftigen Vorstandsmitglied!) *unterstellten* Personalchef des Unternehmens – auftritt.

Grundsätzlich ist eine Einbindung des Vorstandsvorsitzenden in die Auswahl anderer Vorstandsmitglieder noch nichts Schlechtes, sondern kann als Ausdruck des Umstandes begriffen werden, dass ein mehrgliedriger Vorstand ja als *Team* funktionieren muss, dem Harmonisieren der Vorstandsmitglieder miteinander daher große Bedeutung zukommt und der Vorstandsvorsitzende eben mit der Koordinierung der Aufgaben im Vorstand betraut ist.<sup>36</sup> Wichtig ist es aber, dass der Aufsichtsrat auch in einem solchen Fall stets die Kontrolle über das Prozedere behält, denn er allein ist das für die Auswahl des Vorstandes zuständige Organ in der Aktiengesellschaft. Es versteht sich von selbst, dass die Einbeziehung des Vor-

standsvorsitzenden in den Besetzungsvorgang nicht die haftungsrechtliche Verantwortung des Aufsichtsrates für die Auswahl des bestmöglichen Vorstandes beseitigt.

Die Praxis lehrt, dass der Aufsichtsrat nicht immer diesem Postulat gerecht wird, und dies hängt mE doch stark damit zusammen, dass er als Gremium nebenberuflicher Funktionsträger dem Geschäft der Gesellschaft tendenziell „fern“ ist.

Man sollte die möglichen problematischen Auswirkungen zu großer Einflussnahme des Vorstandsvorsitzenden auf die Auswahl anderer Vorstandsmitglieder nicht unterschätzen. Denn eine zu starke Einbindung des Vorsitzenden führt zu *Abhängigkeiten* im Vorstand, die weder mit dem aktienrechtlichen Organgefüge in Einklang zu bringen noch dem Unternehmenswohl typischer Weise zuträglich sind. Wenn nämlich Vorstandsmitglieder den Eindruck haben, sie verdanken ihr Amt primär dem Vorstandsvorsitzenden und seien nicht vom Aufsichtsrat ausgewählt worden, ist dies ein untrügliches Zeichen dafür, dass der Aufsichtsrat seine Personalkompetenz unzulänglich wahrgenommen hat.<sup>37</sup>

Unter solchen Umständen ist es nur logisch, dass der Vorstandsvorsitzende und nicht der Aufsichtsrat auch dann die Initiative ergreift, wenn ein Vorstandsmitglied „gegangen“ werden soll. Eine solche Vorgangsweise, die auch in der österreichischen Praxis sich schon mehrfach abgespielt hat und immer wieder abspielt, ist mE noch viel bedenklicher als eine starke Einflussnahme des Vorstandsvorsitzenden auf die *Vorstandsauswahl*. Dass der Aufsichtsrat bei der Entscheidung der Frage der Verabschiedung von Vorstandsmitgliedern einem starken Vorstandsvorsitzenden quasi das Feld überlässt, ist wiederum dem Umstand zu verdanken, dass der Aufsichtsrat österreichischer Gesellschaften idR einfach zu wenig dem Tagesgeschäft verhaftet ist und sein kann, um vermeintlich oder tatsächlich starken Argumenten eines Unternehmensinsiders (des Vorstandsvorsitzenden) Paroli bieten zu können.<sup>38</sup>

Damit soll keineswegs gesagt sein, dass nicht in vielen Fällen Vorstandsvorsitzende, auch wenn sie auf die Auswahl von Vorstandsmitgliedern und gelegentlich auf deren Entfernung starken Einfluss nehmen, sich dabei *stets* von eigenen oder gar unternehmensfernen Interessen lei-

35 Mit einem solchen Fall beschäftigt sich der Verfasser derzeit gerade vor Gericht; dies ist aber keineswegs ein völliger Einzelfall.

36 Vgl. *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 29; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/ 252; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 70 Rz 54.

37 Es ist zwar richtig, wenn *Fonk* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> (2009) § 9 Rz 19, meint, die diesbezüglichen Bedenken richteten sich primär gegen die schwachen Kandidaten, die „*ohnehin nicht ausgewählt werden sollten*“, doch ist dies eben nur eine Pro-

blembeschreibung, keine Problemlösung. Denn das Dilemma kann ja gerade darin bestehen, dass der Aufsichtsrat es zulässt, schwache Kandidaten zu bestellen, weil diese der Vorstandsvorsitzende – möglicherweise aus Eigeninteresse – mit Nachdruck verlangt.

38 In der Wirtschaftspresse finden sich regelmäßig Beispiele über Fälle, wo ein Vorstandsvorsitzender quasi den Vorstand neu ausrichtet oder „säubert“; vgl. aus jüngster Zeit zB den Artikel in der *Financial Times Deutschland* vom 4. August 2010, Seite 2: „*Software-AG degradiert Topmanager*“.

ten lassen; es wird schon oft so sein, dass der Vorstandsvorsitzende in erster Linie das Unternehmenswohl im Auge hat und dem Aufsichtsrat quasi vermeldet, wenn ein Vorstandsmitglied seiner Meinung nach die erforderliche Leistung nicht erbringt oder ein Verträglichkeitsproblem im Vorstand auslöst. Nur ist es eben so, dass es am Aufsichtsrat wäre, dies alles zu untersuchen und zu kontrollieren sowie laufend eigene Beobachtungen darüber anzustellen, ob im Vorstand konstruktive Harmonie herrscht oder gar ein offener Grabenkampf und ob die einzelnen Vorstandsmitglieder ihre Ressorts im Griff haben. Der Aufsichtsrat darf sich nicht darauf verlassen, dass diese Frage vom Vorstandsvorsitzenden, also von jemandem beurteilt wird, der selbst dem *zu kontrollierenden* Leitungsorgan angehört.

Sämtliche Alarmglocken müssten bei einem Aufsichtsrat schrillen, wenn er wahrnimmt, dass der Vorstandsvorsitzende in Eigenregie gegenüber einzelnen Vorstandsmitgliedern Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen zu setzen beginnt. Darauf soll im Folgenden eingegangen werden.

### 3.6 Untersuchungen gegen Vorstandsmitglieder

Was den in deutschen Medien beschriebenen, aktuellen Fall der HSH Nordbank betrifft, so regt der derzeit freilich nur als Verdacht im Raum stehende, also noch keineswegs erwiesene<sup>39</sup> und hier nur theoretisch interessante Umstand zu rechtlichen Erwägungen an, wonach ein Vorstandsvorsitzender gemeinsam mit dem Leiter der Rechtsabteilung gezielt verdeckte Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen gegenüber den anderen Vorstandsmitgliedern gesetzt und auch die „Verwanzung“ des Büros eines Vorstandsmitgliedes bzw das heimliche Eindringen in dessen Wohnung gebilligt oder eventuell sogar initiiert haben könnte. In weniger krasser Form kommt die „Bespitzelung“ von Vorstandsmitgliedern durch den Vorstandsvorsitzenden, durch andere Vorstandsmitglieder oder durch den Vorstand als Kollegialorgan auch in der österreichischen Unternehmensrealität gelegentlich vor. So geschah es zB vor ein paar Jahren in einer börsennotierten österreichischen Aktiengesellschaft, dass ein heftiger Streit in dem aus drei Mitgliedern bestehenden Vorstand entbrannte, in dessen Verlauf ein Vorstandsmitglied vom Vorstandsvorsitzenden verdächtigt wurde, „mit dem Betriebsrat gemeinsame Sache zu

machen“ und darauf gewissen Kontroll- und Informationsabschottungsmaßnahmen unterzogen wurde, wohingegen das zweite einfache Vorstandsmitglied gerade durch den Betriebsrat wegen vermeintlich oder tatsächlich ungerechtfertigter Inanspruchnahme von Mitarbeitern für private Zwecke in der Belegschaftszeitung gleichsam (halb)öffentlich an den Pranger gestellt wurde. Am Schluss warfen beide Vorstandsmitglieder entnervt das Handtuch, bevor der Aufsichtsrat noch aktiv Maßnahmen setzen konnte.

Gemäß § 95 Abs 3 AktG kann der Aufsichtsrat die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen. Er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen. An der etwas zu eng geratenen<sup>40</sup> Umschreibung der dem Aufsichtsrat danach eingeräumten Befugnisse sollte man sich nicht stoßen. Denn richtiger Ansicht zufolge sind nicht nur „*Bücher und Schriften*“ sowie „*Vermögensgegenstände*“ Gegenstand der Prüfung, sondern auch faktische Vorgänge<sup>41</sup> einer Untersuchung zugänglich, sodass § 95 Abs 3 AktG die Rechtsgrundlage für ein umfassendes Informations- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrates ist.<sup>42</sup>

Der Vorstand bedarf keiner gesetzlichen Ermächtigung, wie sie § 95 Abs 3 AktG für den Aufsichtsrat enthält, um im Unternehmen „alles umzudrehen“. Denn seine Befugnis, sämtliche Bücher, Schriften und Geschäftsvorfälle sowie faktischen Vorgänge im Unternehmen zu untersuchen, folgt einfach aus seiner gesetzlich verbrieften Leitungskompetenz in der AG. Kraft dieser Stellung kann der Vorstand daher nicht nur gegenstandsbezogene, sondern auch personenbezogene Untersuchungen vornehmen, also gezielt Maßnahmen einleiten, um dem Verdacht nach Vorliegen eines Fehlverhaltens bestimmter Mitarbeiter des Unternehmens nachzugehen.

Ein ganz wesentlicher Unterschied besteht aber zwischen *dieser* Befugnis des Vorstandes und der durch § 95 Abs 3 AktG verbrieften Überwachungskompetenz des Aufsichtsrates: Nur letztere darf sich *gegen den Vorstand* richten; dem Vorstand selbst – und umso mehr einzelnen Vorstandsmitgliedern (oder dem Vorstandsvorsitzenden) – ist es dagegen keinesfalls gestattet, Untersuchungen gegen einzelne Vorstandsmitglieder einzuleiten oder diese gar bestimmten Kontroll- und Überwachungsmaßnah-

39 In den Medien ist es üblich, in solchen Zusammenhängen ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass bis zur rechtskräftigen Klärung des Falles für die Betroffenen die Unschuldsvermutung gilt. Dies wird der guten Ordnung auch hier festgehalten.

40 Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz 56.

41 Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder 257; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> §§ 95-97 Rz 27.

42 Vgl auch idS Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> §§ 95-97 Rz 12, 27.

men zu unterziehen. Das ergibt sich schon daraus, dass der Vorstand sich eben nicht selbst kontrollieren darf und es daher auch nicht Vorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Anzahl gestattet sein kann, den Rest des Vorstandes zu überwachen (und vice versa).<sup>43</sup> Denn genau dafür ist nur der Aufsichtsrat da.

Aus diesem Grunde bedeutet es mE einen eklatanten Verstoß gegen die zwingende aktienrechtliche Organ-Kompetenzverteilung und eine grobe Pflichtwidrigkeit, wenn ein Vorstandsvorsitzender (ob mit oder ohne Beiziehung des Leiters des Rechtsabteilung, ist unerheblich) vertrauliche Unterlagen an die anderen Vorstandsmitglieder versendet, die allesamt individuell, aber für den Adressaten nicht erkennbar gekennzeichnet sind, um auf diese Art und Weise einer im Vorstand vermuteten „undichten Stelle“ auf die Spur zu kommen. Abgesehen davon, dass solche verdeckte Kennzeichnungen generell problematisch sind (dazu unten), kann eine derartige Maßnahme nur vom Aufsichtsrat verfügt werden.<sup>44</sup>

Freilich mag die Grenze zwischen einer unzulässigen Vorstandsüberwachung durch den Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder und einer zulässigen „Informationsbeschaffung“ durch Vorstandsmitglieder fließend sein; sie muss aber gezogen werden. Beschafft sich ein Vorstandsmitglied gleichsam „eigenmächtig“, dh ohne das ressortzuständige Vorstandsmitglied zu informieren und unter Zuhilfenahme von zB dessen Sekretariat Unterlagen aus dem anderen Ressort, dann ist dies zwar ein – mit der Ausnahme jener Fallkonstellation, dass das andere Vorstandsmitglied beharrlich und ungerechtfertigt Informationen aus seinem Ressort dem Gesamtvorstand verweigert – nicht akzeptabler Übergriff (den der Aufsichtsrat auch tadeln sollte, in aller Regel aber nicht als „grobe Pflichtverletzung“ iSd § 75 Abs 4, 1. Fall AktG wird qualifizieren dürfen), doch besteht ein gewaltiger Unterschied zu dem Fall, dass der Vorstandsvorsitzende an andere Vorstandsmitglieder „gezinkte“ Unterlagen schickt oder diese zB mittels Detektivs überwachen lässt (von der Anbringung von „Wanzen“ in Vorstandsbüros einmal ganz abgesehen).

Die letztgenannten Verhaltensweisen verwirklichen – wenn sie ohne Zustimmung des Aufsichtsrates erfolgt sind – meinem Dafürhalten nach den Tatbestand der

„groben Pflichtverletzung“ des § 75 Abs 4, 1. Fall AktG und bilden daher einen *Abberufungsgrund*.

Erfolgen derartige Überwachungsmaßnahmen mit Kenntnis des Aufsichtsratsvorsitzenden (oder auch anderer Aufsichtsratsmitglieder), so liegt zumindest kein Alleingang des Vorstandsvorsitzenden (oder anderer Vorstandsmitglieder) vor. Damit ist aber die Frage der Rechtmäßigkeit des Vorgehens noch nicht beantwortet. Sofern die Kontrollmaßnahme *als solche* (dh auch wenn sie der Aufsichtsrat selbst durchgeführt hätte) *rechtswidrig* wäre (so insbesondere das Anbringen von Bürowanzen), ändert die Einbindung des Aufsichtsrates nichts an der Unerlaubtheit des Vorgehens. Darüber hinaus ist aber zu fragen, ob es dem Aufsichtsrat überhaupt gestattet ist, Vorstandsmitglieder mit der Wahrnehmung von gegen andere Vorstandsmitglieder gerichteten Kontroll- und Überwachungsaufgaben zu betrauen. Keinem Zweifel sollte unterliegen, dass es sich um ausgesprochen schlechte Corporate Governance handelt, wenn ein Aufsichtsrat Derartiges tut. Richtigerweise *darf* der Aufsichtsrat dies aber auch gar nicht. Der Wortlaut des § 95 Abs 3 AktG ist insoweit ohnehin eindeutig. Denn danach kann der Aufsichtsrat mit der Wahrnehmung der in der zitierten Gesetzesstelle verankerten Befugnisse „*einzelne Mitglieder*“ oder „*für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige*“ beauftragen. Vorstandsmitglieder werden nicht genannt, und es wäre auch nicht begründbar, sie – und sei er bloß im Einzelfall – unter die „*besonderen Sachverständigen*“ einzureihen. Vorstandsmitglieder sind in einer solchen Sache selbst Partei und können daher unmöglich mit der Durchführung von gegen Vorstandsmitglieder gerichteten Untersuchungen beauftragt werden. Dies gilt auch dann, wenn sich die Untersuchungen nur gegen ganz bestimmte Vorstandsmitglieder richten und das beauftragte Vorstandsmitglied (der Vorstandsvorsitzende) mit den Verdachtsmomenten in keinerlei Zusammenhang gebracht wird.

In der Praxis verschwimmen diese Unterschiede oft, und starken Vorstandsvorsitzenden werden Positionen eingeräumt, die der Aufsichtsrat mE einfach nicht vergeben *darf*. So ist es – euphemistisch bezeichnet – zumindest schlechter Stil, idR aber wohl Zeichen schlechter Corporate Governance, wenn ein Vorstandsmitglied – wie das

43 Davon zu unterscheiden sind die Mitwirkungs- und Aufsichtskompetenzen von Vorstandsmitgliedern in Fällen der Geschäftsverteilung; vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 144 ff.

44 Fraglich kann allenfalls sein, ob dafür zwingend das Plenum zuständig ist oder es auch ein Ausschuss sein kann. Die Befugnisse nach § 95 Abs 3 AktG stehen grundsätzlich nur dem Plenum zu (*Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 95-97 Rz 28). Freilich gehört die Anordnung, vertrauliche Unterlagen nur gekennzeichnet zu versenden, nicht gerade zum Kerninhalt des § 95 Abs 3 AktG,

und es entspricht auch in keiner Weise der Praxis, dass Derartiges durch den Gesamtaufsichtsrat verfügt wird. Die Gefahr von Indiskretionen – insbesondere in mitbestimmten Aufsichtsräten – wäre dann in der Tat zu groß. Zwar wird man derartige Agenden nicht unter jene Befugnisse subsumieren können, die dem Aufsichtsratsvorsitzenden kraft dieser Funktion zukommen, doch muss es mE zulässig sein, mit speziellen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen einen Aufsichtsratsausschuss oder auch das Präsidium zu betrauen.

Medienberichten zufolge bei der HSH Bank geschah – zum Zwecke der Mitteilung seiner Abberufung oder gar fristlosen Entlassung in das Büro des Vorstandsvorsitzenden zitiert wird und er dort – gleichsam „nebenbei“ – den Aufsichtsratsvorsitzenden und den Unternehmensanwalt vorfindet. Gewiss wird jeder Aufsichtsrat gut beraten sein, entweder unmittelbar vor oder unmittelbar nach der Abberufung eines Vorstandsmitgliedes (oder gar dessen fristloser Entlassung) den Vorstandsvorsitzenden in Kenntnis zu setzen; für die Sichtweise mancher Vorstandsvorsitzender, der Aufsichtsrat müsse eine solche Maßnahme mit dem Vorstandsvorsitzenden vorher gleichsam „abstimmen“, bietet aber nicht nur das AktG keinerlei Grundlage. Derartiges ist vielmehr dem Aufsichtsrat idR auch nicht zu raten, will er nicht, dass ihm die Zügel für die Ausübung der Personalhoheit über den Vorstand zu entgleiten drohen.

### 3.7 Verdeckte Kennzeichnung vertraulicher Unterlagen als Kontrollmaßnahme

Zum Fall verdeckter Kennzeichnung vertraulicher Unterlagen, die der Vorstandsvorsitzende an die anderen Vorstandsmitglieder versendet, um einer möglichen „undichten Stelle“ im Vorstand auf die Spur zu kommen, ist folgendes anzumerken:

Ergreift der Vorstand derartige Maßnahmen gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft (also Arbeitnehmern), hat er § 96 ArbVG – und in diesem Zusammenhang insbesondere § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG – zu beachten. Darauf wird hier nicht näher eingegangen, weil die einschlägigen Bestimmungen für Vorstandsmitglieder nicht gelten, sind sie doch als Organmitglieder juristischer Personen von der Anwendbarkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen ausgenommen (§ 36 Abs 2 Z 1 ArbVG). Dies heißt aber nicht, dass das verdeckte, für den Adressaten nicht erkennbare Kennzeichnen von vertraulichen Unterlagen dann generell unbedenklich und schrankenlos zulässig wäre, wenn „nur“ Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder davon betroffen sind. Denn sofern es sich dabei um eine Fallkonstellation handelt, bei der – im Anwendungsbereich des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG – die „Menschenwürde“ zumindest „berührt“ wäre, muss mE auch außerhalb des Anwendungsbereiches der zitierten Norm, also dort, wo die Zustimmung des Betriebsrates

als „ausgleichendes Element“ nicht in Betracht kommt, wenigstens eine *Interessenabwägung* greifen.<sup>45</sup>

Auch für die Lösung dieser Frage kann man die zu § 96 ArbVG vertretenen Ansichten als Hilfe heranziehen. So herrscht gewisser Konsens darüber, dass bei der Menschenwürde bloß berührenden (durch Betriebsratszustimmung daher legitimierbaren) Kontrollmaßnahmen der Einsatz von geheimem Personal möglichst unterbleiben sollte, wenn die routinemäßige Kontrolle durch ein in seiner Funktion wahrnehmbares, technisches Gerät erfolgen kann. Nur dann, wenn ein sichtbares Kontrollmittel versagt, und ein schützenswertes, durch betriebliche Belange getragenes Interesse besteht, ist an eine verdeckte Vorgangsweise zu denken.<sup>46</sup>

Überträgt man dies auf den Fall der Kennzeichnung von für den Vorstand und/oder Aufsichtsrat bestimmten, besonders vertraulichen Unterlagen, dann setzt mE die Zulässigkeit verdeckter Kennzeichnung zumindest voraus, dass es schon in der Vergangenheit zu konkreten, wenn auch nicht einer bestimmten Person zurechenbaren Indiskretionen und Verletzungen der Geheimhaltungspflicht gekommen ist. Selbst dann bestehen aber gewisse Bedenken gegen die verdeckte Kennzeichnung von Unterlagen. Denn das schutzwürdige Interesse der Gesellschaft besteht ja in der Geheimhaltung der Unterlagen bzw der darin enthaltenen Informationen, die im Aufsichtsrat bzw Vorstand verteilt und erörtert werden. Die Informationsweitergabe wird durch die versteckte Kennzeichnung aber gerade nicht verhindert – ja man könnte etwas überspitzt sagen, dass sie durch die versteckte Kennzeichnung eher „proviziert“ wird. Der potentielle „Täter“ soll in der Sicherheit gewogen werden, die Unterlagen seien *nicht* gekennzeichnet und damit annehmen, dass die Weitergabe für ihn risikolos sei. Man könnte daher sagen, dass unter Präventionsgesichtspunkten die ersichtliche, dem Adressaten erkennbare Kennzeichnung besser geeignet ist.

Dagegen lässt sich freilich einwenden, dass jemand, der gewillt ist, bestimmte vertrauliche Informationen an Dritte weiterzugeben, dies bei entsprechender Vorsicht sowohl bei verdeckter als auch bei nicht verdeckter Kennzeichnung tun kann. Sieht man einmal von dem Fall ab, dass die Information nicht in Schriftform, sondern mündlich oder durch Transkribieren der in der Unterlage enthaltenen Inhalte weitergegeben wird, was gefahrlos möglich ist,<sup>47</sup> dann kann der Informant sich in

45 Würde man die Menschenwürde durch das versteckte Kennzeichnen von vertraulichen Unterlagen schon als „verletzt“ betrachten, ergäbe sich die generelle Rechtswidrigkeit und Unzulässigkeit des Vorgehens, die auch im Anwendungsbereich des § 96 ArbVG nicht durch die Zustimmung des Betriebsrates saniert werden könnte. (vgl *Binder in Tomandl, ArbVG § 96 Rz 61*).

46 *Binder in Tomandl, ArbVG § 96 Rz 73*.

47 Freilich wird diese Form der Informationsweitergabe oft den damit verfolgten Zweck nicht ganz erreichen. Denn der Adressat ist ja nicht selten ein Massenmedium (Journalist), für dessen Zwecke es wichtig ist, möglichst hohe Sicherheit darüber zu haben, ob die Information auch richtig ist bzw tatsächlich so verteilt wurde. Dafür eignen sich schriftliche Original-Unterlagen, die man faksimiliert in der Zeitung abdrucken kann, natürlich viel besser als die Berufung auf einen namentlich nicht genannten Informanten.

jedem Fall vor Entdeckung dadurch schützen, dass er gegenüber dem Adressaten der Information sicherstellt, dass das Schriftstück selbst nirgendwo veröffentlicht wird. Mit Medien sind solche „Deals“ üblicherweise zu machen, weil diese sehr genau wissen, dass sie Informationen nicht mehr bekommen, wenn sie ihre Informanten „ans Messer liefern“.

Für die Sinnhaftigkeit der verdeckten Kennzeichnung zumindest in Fällen, in denen Indiskretionen bereits vorgekommen sind, kann nun sprechen, dass der potentielle Täter bei einer ihm nicht erkennbaren Kennzeichnung der Unterlagen sich möglicher Weise zu der gerade erwähnten Vorsichtsmaßnahme nicht veranlasst sieht, während er bei einer Unterlage, bei der auf jeder Seite quer über das gesamte Format eine große Zahl aufgedruckt ist, genau darauf achten wird, dass nicht dieses Dokument als solches irgendwo veröffentlicht wird.

Die größte Schwierigkeit – dies muss aus praktischer Sicht angemerkt werden – bei einer derartigen „Aktion“, nämlich der verdeckten Codierung von vertraulichen Unterlagen, dürfte darin bestehen, gegenüber den Adressaten geheim zu halten, dass die Unterlagen verdeckt gekennzeichnet sind. Denn nur wenn *dieser Umstand* geheim bleibt, kann der gerade erörterte und zumindest

in einzelnen Fällen für die Vorteilhaftigkeit verdeckter gegenüber offener Kennzeichnung sprechende Zweck erreicht werden. Weiß hingegen der Adressat, dass die Unterlage verdeckt gekennzeichnet ist, spielt es für ihn wenig Rolle, auch zu wissen, worin genau die Kennzeichnung besteht (letztere wird bei entsprechend subtiler Vorgangsweise kaum zu entschlüsseln sein). Bereits wenn der Betroffene weiß, dass die Unterlagen gekennzeichnet sind, wird er sich entweder davor hüten, die Unterlage als solche weiterzugeben oder – insbesondere im Verkehr mit Massenmedien – sicherstellen, dass die Unterlage nicht in einem Medium abgedruckt oder gezeigt wird.

Damit ergibt sich aber auch, dass die verdeckte Kennzeichnung von Unterlagen nur dann überhaupt einen Sinn hat, wenn sie der Aufsichtsrat bei für den Vorstand bestimmten Unterlagen beschließt.

Möchte der Aufsichtsrat dagegen möglichen undichten Stellen in den *eigenen* Reihen nachgehen, hat eine verdeckte Kennzeichnung der Unterlagen wenig Sinn, weil sie ja nur vom Aufsichtsrat und damit unter Einbindung seiner sämtlichen Mitglieder (allenfalls von einem für solche Maßnahmen bevollmächtigten Ausschuss) beschlossen werden könnte. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat dazu keinesfalls die Kompetenz.

## Notliquidator bei der GmbH

1. Auch im Stadium der Liquidation trifft die Gesellschafter die Verpflichtung, für eine Vertretung der Gesellschaft zu sorgen.
2. Kommen die Gesellschafter dieser Pflicht nicht nach, ist ein „Notliquidator“ vom Gericht zu bestellen.

OGH 04.08.2010, 3 Ob 95/10g

### Aus den Entscheidungsgründen:

[...] Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung „muss“ einen oder mehrere Geschäftsführer haben (§ 15 Abs 1 Satz 1 GmbHG). Die Bestellung erfolgt durch Beschluss der Gesellschafter (§ 15 Abs 1 Satz 3 GmbHG). Aus diesen Bestimmungen ist eine Verpflichtung der Gesellschafter abzuleiten, für die Vertretung der Gesellschaft zu sorgen, damit diese ihre gesetzlichen Verpflichtungen erfüllen kann (RIS-Justiz RS0122598). Im Fall der Liquidation setzt sich gemäß § 89 Abs 2 GmbHG die

Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer als Vertretungsbefugnis der Liquidatoren fort; diese vertreten die Interessen der Gesellschaft (§ 92 Abs 1 GmbHG; RIS-Justiz RS0006934). Auch nach Auflösung der Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation kommen hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft die hierüber im GmbHG getroffenen Anordnungen grundsätzlich zur Anwendung (§ 92 Abs 2 GmbHG). Demnach trifft die Gesellschafter auch im Stadium der Liquidation die Verpflichtung, für eine Vertretung der Gesellschaft zu sorgen. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, ist ein „Notliquidator“ vom Gericht zu bestellen; § 15a GmbHG ist in der Liquidationsphase anwendbar (*Ratka* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG, § 15a Rz 4). [...]