KALSS | KUNZ (HG.)

Handbuch für den Aufsichtsrat

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

facultas

Susanne Kalss/Peter Kunz (Hg.)

Handbuch für den Aufsichtsrat

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

facultas

Zitiervorschlag:
Autor in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat^{2} (2016) Rz ../...

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen National bibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung des Autors oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2016 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
Stolberggasse 26, A-1050 Wien
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.
Satz und Druck: SOLTÉSZ
Printed in Austria
ISBN 978-3-7089-1362-9

Vorwort

In den letzten Jahren sind die Aufsichtsräte österreichischer Unternehmen nach zahlreichen spektakulären Schadensfällen in die öffentliche Kritik geraten. Sowohl die Gesellschaften selbst als auch die Gesellschafter und Anleger waren betroffen. Fehlleistungen gesellschaftsrechtlicher Organe, insbesondere des Aufsichtsrats, sind aber keineswegs neu. Sie treten in bemerkenswerter Regelmäßigkeit auf. Beispiele lassen sich sowohl im 19. Jahrhundert, in der Wirtschaftskrise der 30er-Jahre des vorigen Jahrhunderts und alle Jahrzehnte der zweiten Republik finden. Für die letztgenannte Periode mag der Hinweis auf die extreme Schieflage der damals voll verstaatlichten Voest in den 80er-Jahren des 20. Jahrhunderts dienen, die gottseidank überwunden ist. Bekannte Beispiele der unmittelbaren Vergangenheit lassen sich mit den Schlagworten BAWAG, Immobilien-Aktiengesellschaften und Hypo-Banken festmachen.

Ebenso regelmäßig wie es zu Fehlleistungen und Unzulänglichkeiten der Einrichtung des Aufsichtsrats gekommen ist und kommt, werden auf unterschiedlichen rechtspolitischen Ebenen Diskussionen geführt und reagiert der Gesetzgeber. Die Notwendigkeit der Good Corporate Governance ist Allgemeingut, viel schwieriger ist die konkrete Ausgestaltung. Das gesamte Aktienrecht ist „reformgetrieben", die Regelungen des Aufsichtsrats sind ein besonders anschauliches Beispiel dafür, dass jeweils aus Erfahrungen eines Zusammenbruchs, einer Krise oder einer besonders markanten Fehlleistung bzw eines Systemfehlers neue Regelungen entstehen. Beispiele aus den letzten Jahren bilden das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, das Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008 sowie das Aktienrechtsänderungsgesetz 2009, die maßgebliche Erweiterungen und Präzisierungen der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats etablierten. Der Aufsichtsrat findet sich daher heute in einem dichten Geflecht von gesetzlichen und sonstigen Regelungen wieder. Auf gesetzlicher Ebene sind es neben den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen vor allem kapitalmarktrechtliche und aufsichtsrechtliche Regelungen, zunehmend auch Bestimmungen des Strafrechts, die den Rahmen ordnungsgemäßer Ausfüllung des Aufsichtsamts ausmessen. Eine Ebene unter dem Gesetzesrecht bietet der – stetig wachsende – Corporate Governance-Kodex mit unterschiedlicher Regelungsintensität einen Orientierungsrahmen für das Handeln des Aufsichtsrats. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und zum Teil des Vorstands bieten wichtige Ergänzungen. Dieser gesetzliche Rahmen verlangt daher heute von einem Aufsichtsratsmitglied – mit oder ohne juristische Vorbildung – grundlegende Kenntnisse der rechtlichen Rahmenbedingungen seines Handelns.

In der Öffentlichkeit sind nur Fehlleistungen bekannt, nicht hingegen das Funktionieren vieler Aufsichtsräte und die gesetzeskonforme, im Interesse des Unternehmens liegende und sachgerechte Ausfüllung der Pflichten des Aufsichtsrats. Wegen der plakativen, zum Teil grellen Berichterstattung über – unzweifelhaft bestehende – Fehlleistungen und strukturelle Schwächen verschiedener Aufsichtsräte entsteht das falsche Bild genereller Unfähigkeit, Überfordertheit und permanenter Tätigkeit außerhalb des rechtlichen Rahmens. Angestoßen durch wissenschaftliche Diskussion, durch kritische Analyse von Fehlleistungen von einzelnen

oberstgerichtlichen Entscheidungen ist zugleich zum Teil auch eine allgemeine, völlig falsche Erwartungshaltung über die Aufgaben und die Leistungskraft des Aufsichtsrats und der einzelnen Mitglieder entstanden, nämlich dass jede Fehlentwicklung und jede Fehlleistung des Vorstands auffallen müsse und rechtzeitig ausgebessert werden könne.

Der Aufsichtsrat ist jedenfalls nur *der zweite* in der Gesellschaft und im Regelfall bei operativen Mängeln der, der Fehlentwicklungen nicht erkannte, selbst aber typischerweise nicht die maßgeblichen Schritte der Fehlentwicklung setzt. Die entscheidende Stellschraube seines Handelns ist in der Aktiengesellschaft die Bestellung und Abberufung des Vorstands, den Vorstandsangelegenheiten wird dementsprechend breiter Raum gewährt.

Nach aktuellen Untersuchungen ist die typische Zusammensetzung des Aufsichtsrats österreichisch, männlich, im Alter von rund 60 Jahren, zugleich durch eine starke Beraterrepräsentanz gekennzeichnet. Frauen sind – wenig überraschend – deutlich unterrepräsentiert. Dass die aktuell laufenden Bemühungen, den Anteil der Frauen in Aufsichtsräten zu erhöhen, dauerhaft Früchte tragen werden, ist zu hoffen. Dieses Buch könnte ein Beitrag dazu sein.

Aufsichtsrat ist nicht gleich Aufsichtsrat – dies zeigt sich bereits an der unterschiedlichen Aufgabenstellung, die dem Organ Aufsichtsrat in den verschiedenen Rechtsformen zugeordnet werden. Die Aufsichtsratspflicht besteht jedenfalls in der Aktiengesellschaft, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen in der GmbH, in der Genossenschaft, in der Privatstiftung und im großen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Die Aufsichtsratspflicht wird unabhängig von den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen in zahlreichen Sondergesetzen etabliert. Bekannte Beispiele bieten etwa das Investmentfondsgesetz und das Immobilieninvestmentfondsgesetz. Sonderregeln bestehen für Banken und Versicherungen. Gerade in ausgegliederten Unternehmen der öffentlichen Hand wird auch in – relativ kleinen – Gesellschaften zur Sicherung der Kontrolle eine Aufsichtsratspflicht etabliert. In rund 80 ausgegliederten Unternehmen der öffentlichen Hand mit zirka weiteren 350 Tochtergesellschaften sind Aufsichtsräte einzurichten. Beispiele bilden die Spanische Hofreitschule GmbH, die Schienen Control GmbH, die Marchfeldschlösser GmbH, aber auch größere Unternehmen, wie die Austria Wirtschaft Service GmbH oder die AGES. Zudem kann ein Aufsichtsrat freiwillig eingerichtet werden. Das größte und weitestreichende Aufgabenfeld hat der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft mit absteigender Tendenz von der Genossenschaft über die GmbH zur Privatstiftung und zum Versicherungsverein und Verein im Allgemeinen. Die Satzung oder der Aufsichtsrat selbst kann in unterschiedlichem Maß seinen Aufgabenkreis erweitern.

Allein die Rechtsform ist nur eine erste Annäherung für die tatsächliche Aufgabenstellung und Wirkungsmacht eines Aufsichtsrats. Die konkrete Ausgestaltung und Einwirkungskraft des Aufsichtsrats hängen vielmehr sehr stark vom konkreten Typ ab, nämlich ob es sich um den Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit einem dominierenden Gesellschafter (Kernaktionär) mit breit gestreutem Publikum in einem Familienunternehmen, in einem 100%-igen Konzerntochterunternehmen einer starken in- oder ausländischen Konzernmutter handelt, insbesondere auch,

ob es sich um ein ausschließlich von privaten Eigentümern gehaltenes Unternehmen handelt oder die öffentliche Hand eine Beteiligung hält. Vielfach werden unternehmerische Interessen mit politischem Kalkül und Einflussnahme abgeglichen. Letztlich gibt es daher „den" Aufsichtsrat nicht und ist auch ein „Modell Aufsichtsrat" nur unter Offenlegung bestimmter Prämissen möglich. Hilfreich ist es auf Basis einer Typenbildung heranzugehen und damit die wesentlichen Wirkungskräfte für bestimmte Regelungen offenzulegen, damit die Wirkungsweise verständlich und für den Praktiker nachvollziehbar und ergiebig zu gestalten. Ähnlich wie beim österreichischen Aufsichtsratstag an der Wirtschaftsuniversität ist es hilfreich, zwischen Aufsichtsräten in öffentlichen Unternehmen, börsenotierten Unternehmen und Familienunternehmen zu unterscheiden und die Besonderheiten herauszuarbeiten. Für börsenotierte und öffentliche Unternehmen wird dies in Beiträgen in diesem Buch geleistet, für Familienunternehmen sollen folgende eigenen Überlegungen angestellt werden.

Das Besondere des Aufsichtsrats in Familienunternehmen liegt in der Identität von Eigentümern und Aufsichtsratsmitgliedern. Dies hat auch für den Vorstand im Regelfall den Vorteil, dass notwendige Informationsprozesse deutlich schneller, weil direkter laufen. Daher sind die Entscheidungsgrundlagen schneller zusammengetragen und besteht im Regelfall hohe Entscheidungsbereitschaft. Der Familienunternehmer im Aufsichtsrat zeigt sich als Unternehmer, der im Unternehmensinteresse und damit auch im Interesse der unterschiedlichen Interessengruppen agiert und nicht als „ferner Kapitalist", der nur an der Rendite interessiert ist. Der Eigentümer bestimmt letztlich das Unternehmensgeschehen. Daher ist der Aufsichtsrat aus der Eigentümerfamilie ein Diskussionspartner anderer Qualität als ein schlichter sonstiger Aufsichtsrat. Eine weitere Besonderheit von Familienunternehmen liegt in der Kontinuität der Zusammenarbeit. Aufsichtsratsmitglieder wechseln typischerweise nicht rasch, da sie eben aus der Familie stammen. Ein Vorstand arbeitet über Jahre und Jahrzehnte mit gleichen Personen zusammen. Aufsichtsratsmitglieder sind nicht nur Vertrauensleute der Eigentümer, sondern repräsentieren das Eigentum selbst. Daher kommt aus diesem Aufsichtsrat auch viel stärker eine unternehmerische Motivation und ein unternehmerisches Interesse, in welche Richtung sich ein Unternehmen entwickeln soll oder kann.

Sinnvoll ist es dabei, dass von einer Familie nicht alle Mitglieder in einem Aufsichtsrat vertreten sind, sondern nur zwei oder drei, die auch eine Moderationsfunktion zwischen Eigentümer und Vorstand übernehmen können, da sie sowohl vom Unternehmen viel verstehen, zugleich aber auch den Zusammenhalt in der Familie gewährleisten und so die sozialen Einheiten Unternehmen und Familie verbinden können.

Bei der Auswahl von einzelnen Familienmitgliedern in den Aufsichtsrat ist deren Rollenverständnis in mehreren sozialen Umfeldern zu bedenken, nämlich einerseits als Familienmitglied gegenüber den anderen Aufsichtsratsmitgliedern, als Familienmitglied und Kapitalvertreter gegenüber Arbeitnehmervertretern, zugleich aber auch als ausgewähltes Familienmitglied gegenüber anderen Familienmitgliedern, insbesondere etwa gegenüber Geschwistern. Diese unterschiedlichen Beziehungskreise muss ein Aufsichtsratsmitglied in Einklang bringen, um

tatsächlich in bestmöglicher Weise für das Unternehmen agieren und zugleich den Charakter des Familienunternehmens und der Stellung der Familie verkörpern zu können.

Nahe mit dem Aufsichtsrat verwandt ist ein freiwillig einzurichtendes Organ in Gesellschaften oder sonstigen Einrichtungen, nämlich der Beirat. Während der Beirat in der Aktiengesellschaft nur mit ganz geringen Aufgaben, insbesondere Repräsentations- und Beratungsaufgaben, betraut werden kann, reicht sein Aufgabengebiet in der GmbH und insbesondere in der Privatstiftung von der schlichten Beratung, Netzwerkbildung und Repräsentation nach außen zu weitreichenden Kontrollrechten und Einwirkungsmöglichkeiten in die Geschäftsführung. Je nach konkreter Gestaltung des Beirats ist ein Mitglied eines Beirats daher als Organmitglied oder eher als – mehr oder weniger – externer Berater oder Beauftragter anzusehen.

Das vorliegende Buch verfolgt mehrere Ziele: Die umfassende praxisorientierte und wissenschaftlich fundierte Darstellung soll das Bild des Aufsichtsrats und seine rechtlichen Grundlagen und betriebswirtschaftlichen Anforderungen in das rechte Licht rücken und eine umfassende und grundlegende Information über die Einrichtung des Aufsichtsrats und die Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder geben. Für den einzelnen Interessierten, sei es ob selbst Aufsichtsratsmitglied, ob Betroffener, der sich mit dem Gedanken trägt, ein Aufsichtsratsmandat zu übernehmen, ob für die Beratung oder für Unternehmensjuristen rund um den Aufsichtsrat soll es ein ergiebiges Nachschlagwerk und Wegleitung für die tägliche Arbeit sein. Schließlich soll es den Informationsbedarf an aktueller, einfach zugreifbarer und verlässlicher Information für die Tätigkeit des Aufsichtsrats sein.

49 Experten und Expertinnen aus Wissenschaft und Praxis, die große Erfahrung in der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder oder in langjähriger Beratung von Aufsichtsratsgremien haben, sowie Wissenschafter, die sich aus unterschiedlichen Blickwinkeln mit Fragen des Aufsichtsratsrechts beschäftigen, tragen mit insgesamt 53 Beiträgen zu der zweiten Auflage dieses Werks bei.

Selbst wenn in diesem Buch die Diskussion der rechtlichen Rahmenbedingungen dominiert, so ist es ganz klar, dass juristisches Wissen allein nicht genügt, sondern nur gemeinsam mit betriebswirtschaftlichen Kenntnissen ausreichend ist, um gesetzeskonform und unternehmerisch denkend Aufsichtsaufgaben erfüllen zu können. Einblicke in betriebswirtschaftliche Kenntnisse werden in mehreren Beiträgen aufgegriffen. Dies reicht naturgemäß nicht, Aufsichtsratsmitglieder müssen über weitere Fertigkeiten verfügen, insbesondere über Social Skills, nämlich insbesondere Kommunikations- und Koordinations- und Teamfähigkeit sowie Leadership. In mehreren Beiträgen werden diese Aspekte angesprochen. Juristen allein dürfen einen Aufsichtsrat nicht belegen. Der Aufsichtsrat muss und soll eine fein abgestimmte Mischung verschiedener Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten sein. Neben allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Kenntnissen sind Branchenkenntnisse, die in unterschiedlicher Weise eingebracht werden, notwendig. Von ganz herausragender Bedeutung ist die Kultur in einer Gesellschaft, dh wie wollen die Eigentümer, somit im Regelfall der Kernaktionär, das Gremium Aufsichtsrat positionieren; dies soll bei der Bestellung bedacht werden.

Letztlich geht es um das Verständnis des bestellenden Gesellschafters, somit des Kernaktionärs, welches Rollenverständnis er dem Aufsichtsrat entgegenbringt und mit welcher Wirkungsmacht er den Aufsichtsrat auszustatten bereit ist.

Das österreichische System des Aufsichtsrats ist durch die Einrichtung der Mitbestimmung geprägt. Auf zwei Kapitalvertreter kommt ein Arbeitnehmervertreter, dessen besondere Stellung in einem Beitrag dargestellt wird.

Der Aufsichtsrat hat eine Reihe von sehr unterschiedlichen Aufgaben: Der größte Wirkungshebel liegt in der Bestellung und Abberufung des Managements, verbunden mit den wirtschaftlichen Konditionen. Er hat den Vorstand zu überwachen und zu begleiten. Herausragend sind dabei die genehmigungspflichtigen Geschäfte und immer stärker die Kontrolle der Rechnungslegung und des Rechnungslegungsprozesses und die Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer. In besonderen Situationen wie Übernahmeverfahren oder vor allem in der Krise des Unternehmens ist er besonders gefordert. Das Pflichtenprogramm verdichtet sich in börsenotierten Gesellschaften ebenso wie in Kreditinstituten, Versicherungsunternehmen und im Konzern. Um die Rolle des Aufsichtsrats in Österreich mit den Organen in Deutschland und der Schweiz vergleichen zu können, werden der Aufsichtsrat nach deutschem Recht und der Verwaltungsrat der schweizerischen Aktiengesellschaft auch erläutert.

Dem Aufsichtsratsvorsitzenden kommt eine besondere Rolle zu, er ist Mittler zum Vorstand und Aktionär zur Hauptversammlung und den Aktionären. Damit der Aufsichtsrat wirkungsvoll agiert, muss er sich selbst bestmöglich organisieren und die ihm zustehenden Instrumente und Handlungsmöglichkeiten adäquat einsetzen; mit dem Instrument der Evaluierung soll er seine eigene Tätigkeit verbessern.

Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats muss vom Vorstand zweifach bestehen, nämlich zugleich – in notwendigem – Maß auch vom bestellenden Aktionär. Dies erfordert eine hohe Sensibilität und einen strengen Umgang mit möglichen Interessenkollisionen. Notwendig ist dafür auch eine von der Gesellschaft unabhängige Infrastruktur. Die Aufsichtsratstätigkeit wird in Österreich im Regelfall nicht angemessen entlohnt, dh dass Personen, die Aufsichtsratsmandate übernehmen, für diese Tätigkeit eine ihrer sonstigen Tätigkeit nicht gleichwertige Entlohnung erhalten. Daher ist der Zeiteinsatz dieser Personen oft zu gering. Bessere, dh eine angemessenere Entlohnung könnte daher auch ein besseres Einsatz-Kosten-Verhältnis fördern und würde auch zu mehr Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Vorstand oder dem bestellenden Aktionär führen. Zum Teil ist auch die steuerliche Behandlung, der Aufsichtsratsvergütung nachteilig, sodass durch relativ einfache gesetzliche Maßnahmen Abhilfe geschafft werden sollte. Aufsichtsratsmitglieder geraten zunehmend in das Radar von Gerichten, in letzter Zeit wurden vermehrt Strafverfahren gegen Manager, insbesondere auch Aufsichtsratsmitglieder, eingeleitet, daher sind Grundkenntnisse des Strafrechts für alle Aufsichtsratsmitglieder von besonderer Bedeutung. Strafrechtliche Verbote sollten nicht als Koordinaten der Handlungsanleitung für Aufsichtsratsmitglieder herangezogen werden müssen. Für die Haftung des Aufsichtsrats besteht grundsätzlich ein strenges Regelwerk. Die österreichische Rechtssprechung hat

diese bisher in einer äußerst maßvollen Weise angewendet, die das fachlich aufgeschlossene und persönlich integre Mitglied nicht überfordert. Der Appell an die Zivilgerichte muss daher lauten, von diesem Grundkurs auch nicht abzuweichen; Strafgerichte sollten die Vorgaben des Zivil- und Gesellschaftsrechts beachten, wie dies nun auch klar durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 vorgezeichnet und gesetzgeberisch intendiert ist. Die D&O-Versicherung spielt für die Geltendmachung eine besondere Rolle.

Selbst wenn der Corporate Governance-Kodex sich primär an börsenotierte Gesellschaften richtet, wirkt sich der dort gesetzte Sorgfaltsmaßstab auch auf andere Unternehmen aus. Daher werden einzelne Regelungen des Corporate Governance-Kodex nicht bloß in, bei und für börsenotierte Gesellschaften dargestellt, vielmehr wird am jeweiligen Ort eingegangen.

Die Idee dieses Buches entstand ursprünglich während eines mehrere Semester dauernden Fachgesprächs mit Rechtsanwälten, die als Aufsichtsräte tätig sind, an der Wirtschaftsuniversität Wien . Ein Beitrag behandelt daher auch, was für und wider gegen Rechtsanwälte als Aufsichtsräte spricht. Das Buch begleitet als Vertiefungslektüre den Lehrgang Corporate Governance Excellence an der Wirtschaftsuniversität. Die ertragreichen Diskussionen bestärken uns, viele Einzelfragen sorgfältig und umfassend aufzubereiten und damit einen Nutzen für die Einrichtung des österreichischen Aufsichtsrats und für die zahlreichen aufsichtsratspflichtigen Unternehmen zu bieten. Das vorliegende Buch ist ein Versuch der Aufbereitung der maßgeblichen Fragenkreise, der Diskussion grundlegender Fragen und der Lösung zahlreicher Einzelprobleme; es soll den Aufsichtsratsmitgliedern eine ständige Begleitung und Hilfe sein.

Wir bedanken uns bei allen Autoren und Autorinnen für ihren Einsatz, ihre Mühe, die Beiträge zu verfassen und dabei juristische und betriebswirtschaftliche Erkenntnisse, unternehmerische und allgemeine Lebenserfahrung ebenso einzubringen wie das Bemühen um eine nachvollziehbare und verständliche Darstellung.

Sehr herzlich bedanken wir uns bei Frau *Mag. Sandra Maria Schwarz* vom Department für Unternehmensrecht, Arbeits- und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität, die die gesamte Vorbereitung des Buches und maßgebliche Organisation und Koordination mit großer Umsicht und Gelassenheit geleistet hat. Weiters danken wir dem Verlag Facultas, insbesondere Herrn *Peter Wittmann*, für die aufmerksame Betreuung.

Für Hinweise und Anregungen für neue weitere Fragen und für jede Kritik sind wir dankbar und freuen uns auch über Anerkennung und Lob.

Wien, März 2016

Susanne Kalss/Peter Kunz

susanne.kalss@wu.ac.at
peter.kunz@ksw.at

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 5
Autorenverzeichnis 11
Abkürzungsverzeichnis 33
Allgemeines Literaturverzeichnis 43

I. Mitglieder und Zusammensetzung

1 Erscheinungsformen des Aufsichtsrats und ihr Zusammenhang mit den Ursachen seines Versagens – Ein Versuch
Peter Doralt und Maria Doralt 47

2 Qualifikationsanforderungen der AR-Mitglieder
Susanne Kalss und Matthias Schimka 75

3 Das freie Mandat – Unabhängigkeit, Weisungsunabhängigkeit und Höchstpersönlichkeit
Susanne Kalss 109

4 Der Rechtsanwalt als Aufsichtsrat
Peter Kunz 129

5 Der hauptberufliche Aufsichtsrat
Wilfried Stadler 165

6 Der Aufsichtsrat als Hochleistungsteam? Was gute Teamarbeit im Aufsichtsrat bewirken kann!
Ulrich Königswieser 181

7 Diversität in Aufsichtsräten
Heike Mensi-Klarbach 199

8 Die Wahl des Aufsichtsrats
Maria Doralt 211

9 Das entsendete und das nominierte Aufsichtsratsmitglied
Susanne Kalss 279

10 Die Arbeitnehmervertreter
Sieglinde Gahleitner 301

II. Aufgaben des Aufsichtsrats

11 Aufgaben des Aufsichtsrats
Stephan Frotz und Paul Schörghofer 329

12 Zustimmungspflichtige Geschäfte
Robert Briem 351

13 Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft
Susanne Kalss 391

14 Strategisches Management für den Aufsichtsrat
Peter Kunz und Werner H. Hoffmann 413

15 Investitionsentscheidung für den Aufsichtsrat
Romuald Bertl 447

16 Bilanzlesen und Bilanzpolitik für den Aufsichtsrat
Klaus Hirschler und Gudrun Geutebrück 469

17 Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat
Georg Schima 497

18 Professionelles On- und Offboarding von Vorstandsmitgliedern
Josef Fritz 607

19 Festsetzung und Prüfung der Vergütung des Vorstands
Michael H. Kramarsch und Regine Siepmann 627

20 Vorstandsvergütung und CSR
Janine Wendt 643

21 Auswahl und Beauftragung des Abschlussprüfers
Aslan Milla, Friedrich Rödler und Annette Köll 663

III. Handlungsinstrumente

22 Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats
Johannes Zollner 709

23 Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats und die Beiziehung eines Sachverständigen
Susanne Kalss 751

24 Paperwork – Ein Leitfaden für die Praxis
Maximilian Eiselsberg und Andreas Bräuer 773

25 Interessenkonflikte im Aufsichtsrat
Stephan Frotz und Paul Schörghofer 813

26 Das Informationsregime des Aufsichtsrats
Susanne Kalss 833

IV. Aufsichtsratsvorsitz

27 Der Aufsichtsratsvorsitz
Leo W. Chini und Elisabeth Reiner 879

28 Der Vorsitzende des Aufsichtsrats als Leiter der Hauptversammlung
Christian Nowotny 901

29 Die Aufsichtsratsausschüsse
Matthias Schimka 925

V. Sondersituationen

30 Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz
Susanne Kalss und Janine Wendt 999

31 Der Aufsichtsrat im Konzern
Michael Enzinger und Susanne Kalss 1019

32 Besonderheiten des Aufsichtsrats in der börsenotierten Gesellschaft
Edith Hlawati und Gernot Wilfling 1053

33 Der Aufsichtsrat bei Unternehmensübernahmen und Anteilserwerben an der Gesellschaft
Sascha Hödl 1095

34 Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen
Susanne Kalss und Peter Kunz 1137

VI. Aufsichtsrechtliche Sonderregelungen

35 Besonderheiten des Aufsichtsrats in Kreditinstituten
Christoph Herbst 1177

36 Anforderungen an AR-Mitglieder eines Kreditinstituts – Fit & Proper
Thomas Seeber 1235

37 Die Funktion des Aufsichtsrates bei Kreditentscheidungen
Martin Oppitz 1265

38 Besonderheiten des Aufsichtsrats in Versicherungsunternehmen
Susanne Kalss und Domenik Henning Wendt 1287

VII. Aufsichtsorgane in unterschiedlichen Rechtsträgern

39 Der Beirat
Susanne Kalss 1309

40 Besonderheiten des Aufsichtsrats in der GmbH
Markus Heidinger 1345

41 Besonderheiten des Aufsichtsrates in der Genossenschaft
Markus Dellinger 1367

42 Der Aufsichtsrat der Privatstiftung
Susanne Kalss 1385

43 Das Aufsichtsorgan in der SE mit Sitz in Österreich
Susanne Kalss 1393

44 Universitätsrat und Aufsichtsrat im Vergleich
Franz Marhold 1405

VIII. Verantwortlichkeit

45 Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats
Martin Schauer 1427

46 Strafrechtliche Risiken für den Aufsichtsrat
Robert Kert und Peter Komenda 1483

47 D&O-Versicherung
Martin Ramharter 1517

48 „Schutzschirm D&O-Versicherung" – ein Management Summary aus der Praxis für die Praxis
Brigitta Schwarzer 1577

IX. Vergütung und Evaluierung

49 Aufsichtsratsvergütung in Österreich: im Nebel von Rollenverständnis, Verantwortung, Haftung – und Privatleben
Manfred Reichl 1599

50 Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern
Susanne Kalss 1619

51 Evaluierung und Effizienzprüfung des Aufsichtsrates
Susanne Kalss und Peter Kunz 1647

X. Aufsichtsrat im Vergleich zu Deutschland und Schweiz

52 Der Aufsichtsrat im Rechtsvergleich Österreich/Deutschland
Eberhard Vetter 1671

53 Vom Damoklesschwert über dem Schweizer Verwaltungsrat und was wirklich zählt
Michèle F. Sutter-Rüdisser 1715

Stichwortverzeichnis 1727

II. Aufgaben des Aufsichtsrats

Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft

Susanne Kalss

§§: 95 Abs 5 Z 12 AktG; 30j Abs 5 Z 10 GmbHG; Art 48 CGK

Literatur

Ö: *Arnold*, Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner" AG (GmbH): Gefahr des Anspruchsverlustes?, Aufsichtsrat Aktuell 2010, 8; *Auer,* Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138; *Barnert*, Beratungsverträge mit Mitgliedern des Stiftungsbeirats: Kommt es zu einer analogen Anwendung des § 95 Abs 5 Z 12 AktG auf Privatstiftungen? Aufsichtsrat Aktuell 2011, 30; *P Bydlinski*, Der sogenannte Missbrauch unbeschränkbarer Vertretungsmacht, in FS F Bydlinski (2002) 19; *W Doralt*, Transparenz und Kontrolle bei Related Party Transactions: Verträge der Gesellschaft mit ihrem Aufsichtsratsmitglied, JBl 2008, 759; *Egermann*, GesRÄG 2005 – Zu den geplanten Änderungen beim Aufsichtsrat, RdW 2005, 66; *Fida*, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, wbl 2006, 357; *Fida*, Zur Genehmigung von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, RdW 2010, 454; *Fida/Fölhs*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – ein Überblick in Fragen und Antworten, Aufsichtsrat Aktuell 2010, 7; *A Hofmann*, Der mittelbare Beteiligungserwerb durch eine beherrschte Privatstiftung im Übernahmegesetz (ÜbG) nach dem Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 (ÜbRÄG), GesRZ 2007, 182; *N Hofmann*, Missbrauch von Formalvollmachten (Dissertation 2009); *Hügel*, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, GesRZ 1996, 213; *Jud*, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrats, ÖBA 1993, 773; *Kalss*, Die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu Verträgen mit Unternehmen seiner Mitglieder, SWK 2006, 419; *Kalss*, Interessenkonflikte bei Geschäften von Aufsichtsratsmitgliedern mit ihrer Gesellschaft, ecolex 2009, 923; *Kalss*, Organgeschäfte mit Unternehmen des Aufsichtsratsmitglieds, Aufsichtsrat aktuell 2006, 7; *Kalss*, Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht, ZHR 2007, 146; *Kalss*, Vergütung, Aufwandersatz und Beratungsentgelt des Aufsichtsratsmitglieds, Aufsichtsrat Aktuell 2010, 5; *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht, 16. ÖJT Band II/1 (2006); *Kutschera*, Zur Genehmigungspflicht für Geschäfte zwischen Aktiengesellschaften und deren Aufsichtsräten sowie diesen gleichzuhaltende Geschäfte nach österreichischem Recht, GesRZ 2011, 148; *Kutschera*, Zur Genehmigungspflicht für Geschäfte zwischen Aktiengesellschaften und deren Aufsichtsräten sowie diesen gleichzuhaltende Geschäfte nach österreichischem Recht, in GS Gruson (2009) 277; *Melicharek*, Beratungsverträge mit Mitgliedern des Stiftungsbeirats, PSR 2011/26; *Nowotny*, Fragen der Aufsichtsratsvergütung, RdW 2014, 572; *Nowotny*, Neues zum Aufsichtsrat, RdW 2005/742, 658; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008); *Potyka*, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, ÖJZ 2006/14, 192; *Reich-Rohrwig*, Erweiterung der AR-zustimmungspflichtigen Geschäfte, ecolex 2006, 35; *Schauer*, GesRÄG 2005: Verbesserung bei der Corporate Governance – Rückschritte bei der Abschlussprüfung, Aufsichtsrat Aktuell 2005, 4; *Schimka*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, Aufsichtsrat Aktuell 2012, 10; *Schimka/Volgger*, Zur analogen Anwendung des § 95 Abs. 5 Z 12 AktG im Privatstiftungsrecht, Aufsichtsrat Aktuell 2013, 26; *Wachter*, Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen (Related Party Transactions) bei börsenotierten Gesellschaften: Die Vorschläge im Entwurf der Kommission zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie aus österreichischer Sicht, ZFR 2015, 309; *Zollner*, Die kontrollierte Privatstiftung aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, GesRZ 2003, 278.

Dtl: *Benecke*, Beratungsvereinbarungen mit Aufsichtsratsmitgliedern – neue Akzente der Rechtsprechung und ungeklärte Fragen, WM 2007, 717; *Bicker*, Zulässigkeit von Vorstandszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder, DStR 2011, 2155; *Bosse*, Rechtliche Anforderungen an Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern und die Zustimmung nach § 114 AktG, NZG 2007, 172; *Faulhaber*, Beratertätigkeit mit Unternehmenskontrolleuren im deutschen und englischen Recht (2004); *Fischer*, Der Rückgewähranspruch bei Beraterverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, BB 2015, 1411; *Freiherr von Falkenhausen*, Der Anwalt im Aufsichtsrat, ZIP 2013, 862; *Graewe/Dethleff*, Beratungsverträge mit Aufsichtsräten, ZJS 2014, 135; *Happ*, Anwaltlicher Beratungsvertrag und Aufsichtsratsmandat, in FS Priester (2007) 175; *Hoffmann-Becking*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – grenzenlose Anwendung des § 114 AktG?, in FS K Schmidt (2009) 657; *Königshausen*, Fresenius und Solarworld: Unter welchen Voraussetzungen sind Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern genehmigungsfähig? GWR 2015, 111; *Langenbucher*, Wettbewerbsverbote, Unabhängigkeit und die Stellung des Aufsichtsratsmitglieds, ZHR 2007, 571; *Lorenz/Pospiech*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern in Zeiten moderner Corporate Governance, NZG 2011, 81; *Lutter*, Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern in Gesellschaft und Konzern, in FS Westermann (2008) 1171; *Lutter/Kremer*, Die Beratung der Gesellschaft durch Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 1992, 87; *Peltzer*, Beratungsverträge der Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern: Ist das gute Corporate Governance?, ZIP 2007, 305; *Rahlmeyer/Gömöry*, Der unternehmerische Ermessensspielraum (§ AktG § 93 AktG § 93 Absatz I 2 AktG) bei Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, NZG 2014, 616; *Ruoff*, Der richtige Umgang mit Beratungsaufträgen an Aufsichtsratsmitglieder nach dem Fresenius-Urteil des BGH, BB 2013, 899; *Säcker*, Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2004, 179; *Scheuffele/Baumgartner*, Beratungsverträge einer GmbH mit Mitgliedern ihres (mitbestimmten) Aufsichtsrats, GmbHR 2010, 400; *Semler*, Corporate Governance – Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, NZG 2007, 881; *Spindler*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – Vorabzustimmung oder nachträgliche Genehmigung? NZG 2011, 334; *Tschöpe/Wortmann*, Abberufung und außerordentliche Kündigung von geschäftsführenden Organvertretern – Grundlagen und Verfahrensfragen, NZG 2009, 85, 161; *Vetter*, Aufsichtsratsvergütung und Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, ZIP 2008, 5; *Vetter*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2006, 173; *R Werner*, Die Beratung der Aktiengesellschaft durch Mitglieder ihres Aufsichtsrats, DB 2006, 935; *Wilsing/von der Linden*, Unabhängigkeit, Interessenkonflikte und Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern – Gedanken zur Kodexnovelle 2012, DStR 2012, 1391; *Ziemons*, Beraterverträge mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, GWR 2012, 451.

Gliederung **Rz**

I. Normative Grundlagen 1–5
II. Zweck der Regelung 6–11
III. Der Begriff des Organgeschäfts 12–25
A. Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds 12
B. Leistung der Gesellschaft an das Aufsichtsratsmitglied 13
C. Leistungen außerhalb der Aufsichtsratstätigkeit 14–19
D. Leistungen gegen geringfügiges Entgelt 20–25
IV. Geschäfte mit Unternehmen des Aufsichtsratsmitglieds 26–65
A. Geschäfte mit Unternehmen, an denen das Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat 26–29
B. Geschäfte des Aufsichtsratsmitglieds mit Tochterunternehmen der Gesellschaft 30–31
C. Konzerngeschäfte 32–35
D. Geschäfte mit dem Ehepartner eines Aufsichtsratsmitglieds 36–40
E. Altverträge 41–45

F. Prozedere der Zustimmung 46–57
G. Offenlegung von Geschäften mit Aufsichtsratsmitgliedern 58
H. Rechtsfolgen bei Fehlen eines Zustimmungsbeschlusses 59–65
V. Résumé 66

I. Normative Grundlagen

In der Praxis sind Vereinbarungen von Mitgliedern des Aufsichtsrats mit der Gesellschaft über Beratungsleistungen oder sonstige Leistungen häufig. Seit 2005[1] sieht das Gesetz besondere Regelungen dafür vor. Die maßgeblichen normativen Grundlagen finden sich in § 95 Abs 5 Z 12 AktG und gleichlautend in § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG. **1**

Die aktienrechtliche Bestimmung lautet: **2**

(5) „… Folgende Geschäfte sollen jedoch nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden: …

12. der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 228 Abs 3 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat. …“

Wortgleich sieht dies seit 1.1.2006 auch Art 48 des österreichischen Corporate Governance-Kodex vor. Diese Bestimmung löste die alte noch anders formulierte Regelung gem Art 49 des Kodex ab, die ihrerseits – gemeinsam mit § 114 des deutschen Aktiengesetzes – Vorbild für die gesetzliche Regelung war. **3**

Alle Kapitalgesellschaften: Das Gesetz schränkt – anders als der Corporate Governance-Kodex – seinen Anwendungsbereich nicht auf börsenotierte Aktiengesellschaften ein, sondern erfasst alle Aktiengesellschaften sowie GmbHs. Eine Parallelregelung für den Aufsichtsrat der Genossenschaft oder auch von Privatstiftungen fehlt. Eine analoge Anwendung dafür ist nicht zwingend geboten. **4**

Auf Beiräte, die in einer Gesellschaft neben dem Aufsichtsrat eingerichtet sind, sind diese Regelungen nicht zwingend anzuwenden. Die Gesellschaft kann aber durch eine entsprechende Regelung in der Geschäftsordnung des Beirats eine parallele Regelung vorsehen. Allein für Beiräte, die aufsichtsratsgleiche Funktion haben, erscheint eine analoge Anwendung geboten. **5**

II. Zweck der Regelung

Gesetzliche Anerkennung: Die Regelungen anerkennen ausdrücklich die Parallelität von Aufsichtstätigkeit und gleichzeitiger Leistungserbringung, insbesondere der Beratung der Gesellschaft durch einzelne Mitglieder. **6**

Effizienz: Dies ist aus Sicht des Vorstands oder auch aus Sicht der Eigentümer effizient, kennt doch das – lang beratende – AR-Mitglied viele Prozesse im Unternehmen und Details und ist „im Thema“. Dennoch sind die Nähe und der **7**

[1] BGBl I 2005/59 (GesRÄG 2005).

Interessenkonflikt der gleichzeitigen Rolle der Mitwirkung an der operativen Geschäftsführung und der Aufsicht zu bedenken.

8 **Interessenkonflikt – Bewältigung**: Die Regelung über die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats für Organgeschäfte ist eine zentrale Regelung, die der Lösung potentieller Interessenkonflikte zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft dient. Sie verfolgt mehrere Zwecke: Die Regelung soll verhindern, dass für die Tätigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats auch nur der Anschein der Befangenheit für ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder entsteht.[2] Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollen sich bei ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat nicht von sachfremden Überlegungen leiten lassen. Insbesondere soll verhindert werden, dass sie gegenüber dem Vorstand weniger kritisch eingestellt sind, weil dieser Einfluss auf andere Geschäftsbeziehungen mit wirtschaftlichem Gehalt nehmen könnte.[3] Die Befangenheit ist gegeben, wenn ein Aufsichtsratsmitglied aufgrund eigener Interessen oder wegen der möglichen Gefährdung eigener Interessen nicht mehr zur unbefangenen Überwachung der Unternehmensleitung imstande ist.

9 **Sicherung der Willensbildung**: Durch zusätzliche Vergütungen und Vorteilszuwendungen wird zugleich die kollektive Willensbildung im Aufsichtsrat beeinflusst. Abgesehen von der Beeinflussung des konkret betroffenen Mitglieds wird auch die kollektive Willensbildung des Gremiums insgesamt beeinflusst, wenn dem Gremium der mögliche verzerrende Einfluss einer zusätzlichen Leistung an ein Aufsichtsratsmitglied nicht bekannt ist.[4]

10 **Unbefangenheit**: Die Regelung zielt somit auf die Sicherung der **Unbefangenheit** und der sachgerechten Willensbildung im Aufsichtsrat und somit auf den Schutz der Organisationsverfassung der Gesellschaft.[5] Schließlich ist eine Doppelung der strategischen Beratung im Allgemeinen sowie der Ausarbeitung oder Vorbereitung strategischer grundlegender Entscheidungen zu vermeiden (vgl *Kalss* Rz 3/9).[6]

11 **Vergütung**: Zusätzlich dient die Regelung auch der **Verhinderung der Umgehung** gesetzlicher Vergütungsregelungen für den Aufsichtsrat und des damit verbundenen Vermögensschutzes der Gesellschaft.[7] Die Regelung zielt damit auf die Sicherung der Entgeltleistung gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern zu fremdüblichen Bedingungen.[8]

---

2 ErläutRV 927 BlgNR 22. GP 8.

3 *W Doralt*, JBl 2008, 759, 761; *Nowotny*, RdW 2005, 658, 659; *Kutschera* in GS Gruson 277, 279; *Kutschera*, GesRZ 2011, 148, 149.

4 *W Doralt*, JBl 2008, 759, 761.

5 *Kutschera* in GS Gruson 277, 280; *Kutschera*, GesRZ 2011, 148, 149.

6 *W Doralt*, JBl 2008, 759, 762; *Fida*, RdW 2010, 455; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats 179.

7 *Kalss*, SWK 2006, 419; krit dazu *Kutschera* in GS Gruson 277, 279; *Kutschera*, GesRZ 2011, 148, 149.

8 *W Doralt*, JBl 2008, 759, 762; krit dazu *Kutschera* in GS Gruson 277, 279 f; *Kutschera*, GesRZ 2011, 148, 149.

III. Der Begriff des Organgeschäfts

A. Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds

12 **Dienstleistungen**: Das Gesetz spricht von Verträgen, durch die sich ein Aufsichtsratsmitglied zu einer Leistung gegenüber der Gesellschaft verpflichtet. Das Gesetz hat damit grundsätzlich Beratungen und sonstige Dienstleistungen, wie zB Buchhaltung, Softwareerstellung, Bilanzerstellung, Versicherungs- und Bankdienstleistungen, Lobbying, Geschäftsanbahnung, Mediation, rechtliche, ökonomische oder technische Sachverständigengutachten des Aufsichtsratsmitglieds, im Auge. Der Begriff der Leistung ist aber weiter.[9] Eine Reduktion auf Werk- und Dienstleistungen der Aufsichtsratsmitglieder[10] erscheint angesichts des weiten Gesetzeswortlauts nicht möglich. Der Begriff erfasst daher auch Leistungen außerhalb des unmittelbaren Dienstleistungsbereichs, nämlich auch **Kauf- und Lieferverträge**, bei denen das Aufsichtsratsmitglied gegenüber der Gesellschaft die Leistung erbringt und nicht bloß Leistungsempfänger ist. Vorstellbar ist dies etwa für die Lieferung von Erdölprodukten oder sonstigen fossilen Brennstoffen für die Gesellschaft oder etwa die Zurverfügungstellung von Raum (Hotelbetrieb, Seminarräume) oder von Cateringleistungen oder sonstigen gastronomischen Tätigkeiten.

B. Leistung der Gesellschaft an das Aufsichtsratsmitglied

13 **Leistungen von der Gesellschaft**: Der Wortlaut des Gesetzes spricht von Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds an die Gesellschaft. Nunmehr stellt sich die Frage, ob auch der umgekehrte Fall, nämlich Leistungen der Gesellschaft an das Aufsichtsratsmitglied von der Regelung gem § 95 Abs 5 Z 12 AktG erfasst wird. Der Zweck der Regelung liegt in der Vermeidung von Interessenkollisionen und der Verhinderung von Befangenheit oder auch nur des Anscheins von Befangenheit. Diese Zweckrichtung spricht für eine Ausdehnung der Regelung im Wege der Analogie auch für diese Art von Verträgen. Der Wortlaut, der bloß von Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds an die Gesellschaft spricht und die in den Materialien genannten Vorbildregelungen, nämlich Art 49 des Corporate Governance-Kodex in der damals gültigen Fassung (aktuell Fassung 2015, Punkt 48 [C]) sowie § 114 Abs 1 des deutschen Aktiengesetzes, die nur Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds und nicht der Gesellschaft zum Regelungsgegenstand haben und schließlich der Umstand, dass eben nicht alle, sondern nur ganz spezifische Interessenkonflikte durch eine Zustimmungsregelung aufgelöst werden sollen, lassen sich als Argumente gegen eine Ausdehnung ins Treffen führen. Für eine Ausdehnung spricht aber der Zweck der Regelung, tatsächlich die Unbefangenheit des Aufsichtsratsmitglieds zu sichern und zudem verdeckte Leistungen, die nicht *at arms length* vorgenommen werden, zu verhindern. Die einfache Vergleichbarkeit der Konfliktsituation und die Parallele ihrer Auflösung sprechen für die analoge Anwendung der Zustimmungspflichten auch für Geschäfte, die Leistungen der Gesellschaft an

---

9 *Nowotny*, RdW 2005, 658, 659 f; *Fida*, wbl 2006, 357.

10 So *Kutschera* in GS Gruson 277, 281; *Kutschera*, GesRZ 2011, 148, 149.

Aufsichtsratsmitglieder zum Gegenstand haben.[11] Aus der parallelen Anwendung der Regelung auch auf Leistungen der Gesellschaft an das Aufsichtsratsmitglied folgt auch, dass nunmehr auch **Kredite**, die die **Gesellschaft** einem Mitglied des Aufsichtsrats **gewährt**, unter die Genehmigungspflicht des Aufsichtsrats fallen. Schlichte Kontoüberziehungen des Girokontos fallen als Geschäfte gegen geringfügiges Entgelt nicht unter diese Regelung (vgl *Kalss* Rz 50/78). Nach der Rechtslage bis 2005 bestand – anders als für Vorstandsmitglieder gem § 80 AktG – keine ausdrückliche Regelung, sodass die Information des Aufsichtsratsvorsitzenden als ausreichend angesehen wurde.[12] Der Corporate Governance Kodex für börsenotierte Gesellschaften verbietet Kreditgewährungen an Aufsichtsratsmitglieder außerhalb des gewöhnlichen Rahmens.

C. Leistungen außerhalb der Aufsichtsratstätigkeit

14 Nach der ausdrücklichen Bestimmung von § 95 Abs 5 Z 12 AktG muss die Leistung des Aufsichtsratsmitglieds außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat erbracht werden. Dies bedeutet, dass es sich dabei nicht um Leistungen handeln darf, die ohnehin in den Pflichtenkreis der gewöhnlichen Aufsichtstätigkeit fallen. Eine Vereinbarung einer Vergütung über eine derartige Leistung, die insbesondere in einer Beratungsleistung bestehen kann und sich auf eine jedenfalls zu erbringende Tätigkeit bezieht, ist sorgfaltswidrig und verstößt gegen § 95 Abs 1 AktG. Sonstige Absprachen, etwa direkter Informationsaustausch mit bestimmten Mitarbeitern gerade für dieses eine Projekt, sind hingegen zulässig. Eine gesonderte Entgeltvereinbarung darüber kann vom Vorstand nicht wirksam geschlossen werden und begründet daher auch weder vertragliche noch bereicherungsrechtliche[13] Entgeltansprüche des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds. Widrigenfalls könnte der Zweck der Regelung nicht erreicht werden. Die Abgrenzung des jedenfalls zu erbringenden Leistungsspektrums eines Aufsichtsratsmitglieds und außerhalb liegender Leistungen richtet sich nach dem konkreten Aufgabenbereich des jeweiligen Aufsichtsrats bzw des jeweiligen Mitglieds, das seine Spezialkenntnisse einzubringen hat (vgl dazu *Kalss/Schimka* Rz 2/72 ff; *Schauer* Rz 45/23 ff). Ein Aufsichtsratsmitglied, das über spezifische Fachkenntnisse, etwa juristischer Natur, verfügt, darf für grundlegende Entscheidungen und Leistungen, die in die Organpflicht bzw in die Pflicht als Organträger fallen, für den Einsatz seiner Spezialkenntnisse keine gesonderte Vergütung verlangen.[14] Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats bezieht sich auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Leitungstätigkeit (vgl *Frotz/Schörghofer* Rz 11/20).[15] Die Überwachung erfasst sowohl die nachträgliche Kontrolle als auch eine präventive Überwachung in Form der strategischen Begleitung des Vorstands.[16]

---

11 *Fida*, wbl 2006, 357; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 769.

12 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 98 Rz 29.

13 BGH II ZR 160/08, WM 2009, 1660; s auch *Arnold*, Aufsichtsrat Aktuell 2010, 8 ff.

14 *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats 181; *Peltzer*, ZIP 2007, 305, 306.

15 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 10 ff; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1174; s ferner *Habersack* in MünchKomm AktG[4] § 111 AktG Rz 29, 42.

16 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 14 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Ös-

Die Überwachung und strategische Begleitung haben grundsätzliche Fragen der Geschäftspolitik und der Unternehmensplanung zum Gegenstand, wie sich etwa klar aus der Berichtspflicht gem § 81 AktG ergibt.[17] Die Aufsichts- und strategische Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats bezieht sich hingegen nicht auf die täglichen Geschäfte und allgemein weniger bedeutenden Angelegenheiten der operativen Geschäftsführung.[18] Bei derartigen Angelegenheiten ist – geradezu umgekehrt – der Vorstand vor unerwünschter Einmischung des Aufsichtsrats in seine Geschäftsführung abzugrenzen und zu bewahren.[19] Das Aufsichtsratsmitglied hat im Rahmen seines begrenzten Zeitaufwands[20] seine sonstige Arbeit, seine Fähigkeiten und sein Fachwissen[21] zur Problemkenntnis und zur Entwicklung grundsätzlicher Lösungen einzubeziehen, nicht aber zur Ausarbeitung konkreter Lösungen.[22] Die Intensität der Tätigkeit des Aufsichtsrats mag bei Krise und Schieflage oder sonstigen Sondersituationen der Gesellschaft zunehmen (vgl dazu *Kalss/J Wendt* Rz 30/12; *Briem* Rz 12/72), dennoch ändert dies nichts an der hier vorgenommenen Abgrenzung im Allgemeinen.[23] **15**

Auf dieser Basis ist nunmehr die organschaftlich geschuldete Tätigkeit, insbesondere die – strategische – Beratung der Gesellschaft, von der daneben möglichen vertraglichen Beratung durch ein Aufsichtsratsmitglied, abzugrenzen. Maßgeblich ist der Gegenstand, somit der Inhalt der Beratungsleistung.[24] Entscheidend ist somit die inhaltliche Abgrenzung.[25] Es kommt darauf an, ob die Beratungstätigkeit zu dem eben beschriebenen Aufgabenkreis des Aufsichtsratsmitglieds gehört oder nicht. Indiz für die mangelnde Zugehörigkeit zum gewöhnlichen Aufgabenkreis des Aufsichtsratsmitglieds ist es, dass die Beratung oder sonstige Tätigkeit spezielle Fragen eines besonderen Fachgebiets betreffen und die Beratungstiefe oder Arbeitsleistung den vom Aufsichtsratsmitglied zu erbringenden Einsatz überschreitet.[26] **16**

Außerhalb der gewöhnlichen Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern liegen etwa Beratungsleistungen, die sich mit **Detailfragen im Tagesgeschäft** des Vorstands auseinandersetzen sowie sonstige Beratungstätigkeiten, die eine **Kom-** **17**

---

terreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/515; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats[6] Rz 62, 103 ff; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG[4] § 111 Rz 61; *Habersack* in MünchKomm AktG[4] § 111 AktG Rz 12, 39.

17 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 15 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/513; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats[6] Rz 859.

18 *Hopt/Roth* in Großkomm AktG[4] § 114 Rz 21; *Vetter*, AG 2006, 173, 176.

19 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats[6] Rz 108.

20 *Hopt/Roth* in Großkomm AktG[4] § 111 Rz 295.

21 *Vetter*, AG 2006, 173, 176; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1175.

22 *Hopt/Roth* in Großkomm AktG[4] § 111 Rz 290; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1175 f.

23 *Hopt/Roth* in GroßkommAktG[4] § 114 Rz 17; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats[6] Rz 860; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1175.

24 *Hopt/Roth* in Großkomm AktG[4] § 114 Rz 17; *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG[3] § 114 Rz 6; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats[6] Rz 860.

25 *W Doralt*, JBl 2008, 759, 761; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1172; *Vetter*, AG 2006, 173.

26 *Hopt/Roth* in Großkomm AktG[4] § 114 Rz 17, 21; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1176; *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87, 108; zurückhaltender *Semler*, NZG 2007, 881, 882 sub III 2.

plexität und **inhaltliche Verfeinerung** erreichen, die von einem Aufsichtsratsmitglied im Rahmen seiner gewöhnlichen Aufsichtsratstätigkeit nicht erbracht wird und auch wegen des Eingriffs in die Zuständigkeit des Vorstands bzw der Geschäftsführung nicht erbracht werden darf. Als Beispiele sind etwa die Beratung von bestimmten Transaktionen, Großinvestitionen, außergewöhnlichen Finanzierungen oder sonstigen außergewöhnlichen Projekten, intensives Lobbying, Geschäftsanbahnung für Projekte zu nennen.[27] Ein Aufsichtsratsmitglied schuldet der Gesellschaft auch keine Prozessführung für die Gesellschaft, auch nicht die Erstellung der Steuererklärung, nicht die Bauüberwachung, nicht Gutachten zu einer streitigen Rechtsfrage und auch nicht die Erarbeitung komplexer Verträge sowie sonstiger Regelwerke und Argumentarien.[28]

18 Eine Tätigkeit, die ein Aufsichtsratsmitglied – zB der Rechts- oder Steuerberater – typischerweise vorzunehmen hat, ist etwa die Prüfung von bereits ausgearbeiteten Verträgen (aber nur: Plausibilitätskontrolle) sowie die Gestaltung bzw Ergänzung von weitestgehend standardisierten Vorstandsverträgen. Bereits aber die Erarbeitung komplexer Vorstandsverträge mit der Ausarbeitung von zukunftsorientierten und nachhaltigkeitsbezogenen Entlohnungsmodellen oder von allfälligen Rückfall- und Rückholklauseln fällt nicht in den Standardbereich der Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds, auch nicht eines Präsidialmitglieds oder des Aufsichtsratsvorsitzenden, sodass auch derartige komplexe und auf bestimmte Sondersituationen Bedacht nehmende Vertragsgestaltungen nicht in den Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds einbezogen sind.

19 Allein Tätigkeiten, die bereits in die allgemeine organschaftliche Pflicht eines Aufsichtsratsmitglieds fallen, dürfen nicht gesondert abgegolten werden. Eine gesonderte Abgeltung ist nur mit Beschlussfassung der Hauptversammlung zulässig. Die Abgrenzungsfrage stellt sich naturgemäß vor allem im Beratungsbereich, sonstige Leistungspflichten hat ein Aufsichtsratsmitglied nicht, insbesondere hat er der Gesellschaft keine sonstigen Dienstleistungen zu erbringen oder Sachen zu leisten.

D. Leistungen gegen geringfügiges Entgelt

20 Eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats besteht nur, sofern für die Leistung des Aufsichtsratsmitglieds von der Gesellschaft ein nicht bloß geringfügiges Entgelt zu bezahlen ist. Unentgeltliche Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft fallen nicht unter die Zustimmungspflicht.[29]

21 Da der Zweck der Regelung über die Zustimmungspflicht und der vorausgehenden Offenlegungspflicht generell darin liegt, verdeckte Sonderzuwendungen an Aufsichtsratsmitglieder hintanzuhalten und zugleich jede Befangenheit oder auch nur einen Anschein der Befangenheit zu vermeiden, muss das Ausmaß der Leistung daher von bestimmter Gravität und Spürbarkeit sein.

---

27 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 120; *Hügel*, GesRZ 1996, 213, 216 f; *Schima*, GesRZ-Sonderheft 2001, 19, 21.

28 *Lutter* in FS Westermann 1171, 1175 f.

29 *Egermann*, RdW 2005, 66, 70; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 767.

Leistungen, die zu **gewöhnlichen Bedingungen** abgeschlossen werden und Geschäfte des **täglichen Lebens** darstellen, wie etwa der Warenbezug für den Privatgebrauch, fallen daher als Geschäfte des täglichen Lebens mit geringfügigem Entgelt jedenfalls aus dem Anwendungsbereich von § 95 Abs 5 Z 12 AktG heraus. **22**

Als Wertungsparallele kann dafür § 18 Abs 6 GmbHG angeführt werden: Während § 18 Abs 5 GmbHG für Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter im eigenen Namen und im Namen der Gesellschaft abschließt, eine spezifische Interessekonfliktregelung vorsieht, dispensiert § 18 Abs 6 GmbHG eben von dieser Regelung, wenn es sich um Geschäfte handelt, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen werden. **23**

In der Literatur wird eine Grenze von EUR 5.000,- unter Heranziehung der entsprechenden Regelung von § 28 BWG für Organgeschäfte in Kreditinstituten herangezogen.[30] Dabei handelt es sich aber bloß um eine Orientierungshilfe, die bei entsprechender Begründetheit auch in angemessener Weise höher angesetzt werden könnte. Allerdings darf keine beliebige Grenze nach oben festgelegt werden.[31] Maßgeblich ist bei der Festlegung einer derartigen Grenze, dass dadurch nicht der Anschein der Befangenheit erzeugt wird.[32] Die Grenze von EUR 5.000,- bietet eine gute Orientierung,[33] sie ist allenfalls in Sondersituationen niedriger anzusetzen.[34] **24**

Sinnvoll ist es für die Gesellschaft jedenfalls, entweder in der Satzung oder naheliegender, in der Geschäftsordnung, eine Grenze festzulegen,[35] um den praktischen Umgang mit dieser Regelung zu vereinfachen. **25**

IV. Geschäfte mit Unternehmen des Aufsichtsratsmitglieds

A. Geschäfte mit Unternehmen, an denen das Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat

Das Gesetz dehnt die Geschäfte, die persönlich vom Aufsichtsratsmitglied mit der Gesellschaft abgeschlossen werden und auf deren Basis das Aufsichtsratsmitglied Leistungen erbringt, auf Unternehmen aus, an denen das Aufsichtsratsmitglied ein **erhebliches wirtschaftliches Interesse** hat. Der Zweck dieser ausdehnenden Regelung ist klar: Das Gesetz zielt darauf, eine Umgehung der Zustimmungspflicht der persönlichen Geschäfte zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft zu verhindern, indem bloß eine Einpersonen-GmbH oder ein sonstiger Rechtsträger dazwischengeschaltet wird, der anstelle des Aufsichtsratsmitglieds das Geschäft tätigt, dessen wirtschaftliche Vorteile aber letztlich dem Aufsichtsratsmitglied zukommen. Die als Umgehungsregel konzipierte Ausdeh- **26**

30 *Nowotny*, RdW 2005, 658, 660; *Fida*, wbl 2006, 357, 358; deutlich niedriger *Doralt*, JBl 2008, 759, 768: EUR 500 - 1.000,-.

31 *Fida*, wbl 2006, 357, 358; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 768 (Verneinung von EUR 10.000,-Grenze).

32 ErläutRV 927 BlgNR 22. GP 8.

33 *Kutschera* in GS Gruson 277, 284; *Kutschera*, GesRZ 2011, 147, 150.

34 *Kutschera* in GS Gruson 277, 284; *Kutschera*, GesRZ 2011, 147, 150.

35 *Kalss*, SWK 2006, 419, 425; *Fida*, wbl 2006, 357, 358; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 768.

nung[36] zielt gerade darauf zu verhindern, dass das als Individualgeschäft an und für sich zustimmungspflichtige Geschäft des Aufsichtsratsmitglieds bei Abschluss durch ein Unternehmen der Zustimmungspflicht entzogen wird. Vielmehr soll bei gleicher Interessenlage und gleichem Zweck dieselbe Vorlage- und Zustimmungspflicht bestehen.[37]

27 Das erhebliche wirtschaftliche Interesse kann grundsätzlich einerseits auf Anteilsebene von Gesellschaften etabliert werden, andererseits auch auf Organebene.[38] Primär wird das erhebliche wirtschaftliche Interesse auf der Anteilsebene von Gesellschaften begründet. Aus der Formulierung „erheblich" ist abzuleiten, dass nicht jede Beteiligung bereits ein erhebliches wirtschaftliches Interesse impliziert. Neben einer 100%-igen Beteiligung und einer Mehrheitsbeteiligung ist auch eine bloß 50%-ige Beteiligung erfasst.[39] Jedenfalls ist von der Notwendigkeit des Vorliegens einer Beteiligung iSv § 189a UGB auszugehen.[40] Für diese Schwelle spricht gerade auch der Umstand, dass das Gesetz ausdrücklich von „erheblich" spricht und somit eine bestimmte Größe und Relevanz voraussetzt.

28 Das erhebliche wirtschaftliche Interesse kann aber auch ausnahmsweise auf **Organebene** etabliert werden. Allein aber der Umstand, dass ein Geschäft mit einem Unternehmen abgeschlossen wird, in dem das Aufsichtsratsmitglied ebenfalls eine Organfunktion ausübt, führt nicht automatisch zur Zustimmungspflicht in der Gesellschaft. Vielmehr muss das Organ seinerseits einen spürbaren wirtschaftlichen Vorteil aus dem Geschäft ziehen. Gerade die Befangenheit soll vermieden und eine unrechtmäßig erhöhte Zuwendung hintangehalten werden und soll das Aufsichtsratsmitglied somit nicht in die Situation nachlässiger, weil befangener Kontrolle geraten. Daraus wird deutlich, dass eine schlichte Aufsichtsratsmitgliedschaft ebenso wie die Beiratsmitgliedschaft in einem anderen Unternehmen typischerweise nicht zu dieser Konfliktlage führen und daher nicht in die Genehmigungspflicht einzubeziehen sind.[41]

29 Überwiegend wird davon ausgegangen, dass bei einem Vorstandsmitglied jedenfalls ein wirtschaftliches Interesse besteht.[42] Das wirtschaftliche Interesse kann auch dann gegeben sein, wenn die finanziellen Vorteile nicht in der Person des betreffenden Organmitglieds, sondern in der Gesellschaft entstehen.[43] Allerdings

---

36 *Kalss*, SWK 2006, 419, 421; *Kalss*, Aufsichtsrat Aktuell 2006, 7; *Schauer*, Aufsichtsrat Aktuell 2006, 4, 5; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 762.

37 *Kalss*, SWK 2006, 419, 421; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 762.

38 *Nowotny*, RdW 2005, 658, 660; *Fida*, wbl 2006, 357, 359; *Kalss*, SWK 2006, 419, 422.

39 *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats 187.

40 *Kalss*, SWK 2006, 419, 422; *Fida*, wbl 2006, 357, 359; *Nowotny*, RdW 2005, 658, 660; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats 187.

41 *Nowotny*, RdW 2005, 658; *Kalss*, SWK 2006, 419, 422; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats 187; *Fida*, wbl 2006, 357, 359; aA *W Doralt*, JBl 2008, 759, 767 unter Bezugnahme auf den Wortlaut der Regelung.

42 *Fida*, wbl 2006, 357, 359; *Nowotny*, RdW 2005, 658, 660; *Chini* in Reiter/Reiter/Chini, Praxiskommentar GesRÄG 2005, 57; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats 187; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 767.

43 *Nowotny*, RdW 2005, 658, 660; *W Doralt*, JBl 2008, 759, 776; *Lutter* in FS Westermann 1171, 1180 f.

steht damit noch nicht fest, ob es tatsächlich ein substantiiertes persönliches wirtschaftliches Interesse ist. Das schlichte allgemeine Interesse an guten Geschäftsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und dem in Frage stehenden Unternehmen führt nicht automatisch zu einer Zustimmungspflicht durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft. Die Vorstandspositionen und ihre Bedeutung bzw deren Remunerierung sind unterschiedlich ausgestaltet, sodass nicht immer von einem erheblichen wirtschaftlichen Interesse ausgegangen werden kann.[44] Ein erhebliches wirtschaftliches Interesse ist jedenfalls gegeben, wenn eine Person die alleinige Geschäftsführung innehat, wenn die Person Vorsitzender der Geschäftsführung mit weitreichender Führungskompetenz ist oder wenn sich ein Vertragsabschluss tatsächlich auf die Remunerierung auswirkt, etwa über Aktienoptionen, Erfolgsprämien etc.[45] Maßgeblich ist somit eine besondere Entgeltgestaltung, anhand der das Aufsichtsratsmitglied, das die Geschäfte in der anderen Gesellschaft führt, mittelbar oder unmittelbar profitiert.[46] Die Anwendung des § 95 Abs 5 Z 12 Satz 2 AktG ist anzunehmen, wenn das aus dem Geschäft erzielte Entgelt dem Partner einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder Wirtschaftstreuhandgesellschaft oder Rechtsanwaltssozietät, der dem Aufsichtsrat der Gesellschaft angehört, letztlich in einem die Geringfügigkeit überschreitenden Ausmaß zufließt.[47] Damit können auch gerade die Verträge mit Anwaltssozietäten oder Wirtschaftsprüfungskanzleien oder sonstigen freien Berufen in angemessener Weise erfasst werden (Umsatzbeteiligung).[48]

B. Geschäfte des Aufsichtsratsmitglieds mit Tochterunternehmen der Gesellschaft

30 Nach der ausdrücklichen Regelung von § 95 Abs 5 Z 12 AktG fallen nicht nur Geschäfte zwischen dem Aufsichtsratsmitglied bzw einem ihm zuzurechnenden Unternehmen mit der Gesellschaft selbst, in die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats, sondern auch Verträge, die das Aufsichtsratsmitglied mit Tochtergesellschaften der Gesellschaft abschließt. Die Regelung dient der Verhinderung der Umgehung der Zustimmungspflicht im Verhältnis zu unmittelbaren Geschäften mit der Gesellschaft.[49] Die Zustimmungspflicht besteht daher unabhängig davon, ob der Vertrag mit der Gesellschaft selbst abgeschlossen wird und die Leistungen aber gegenüber der Tochtergesellschaft erbracht werden oder ob der Vertrag tatsächlich unmittelbar zwischen dem Tochterunternehmen und dem Aufsichtsratsmitglied zustande kommt. Das Gesetz grenzt die Zustimmungspflicht mit dem Begriff des Tochterunternehmens ab. Gem § 189a UGB sind Tochterunternehmen als verbundene Unternehmen anzusehen, die gem § 244 UGB in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens einzubeziehen sind, die somit voll zu konsolidieren sind. Die Qualifikation als Tochtergesellschaft ist selbst dann gegeben,

44 *Kalss*, SWK 2006, 419, 423.
45 *Kalss*, SWK 2006, 419, 423.
46 *Kalss*, SWK 2006, 419, 422; *Kutschera* in GS Gruson 277, 285; *Kutschera*, GesRZ 2011, 147, 151.
47 *Kutschera* in GS Gruson 277, 288; *Kutschera*, GesRZ 2011, 147, 152.
48 *Kutschera* in GS Gruson 277, 288; *Kutschera*, GesRZ 2011, 147, 152.
49 *W Doralt*, JBl 2008, 759, 768.