

Der Aufsichtsrat im Konzern

Herausforderungen und Pflichten

Aus der Serie
„Tool-Box für
Aufsichtsräte“

DORDA
BRUGGER
JORDIS



Vorwort

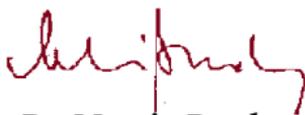
Die Rolle des Aufsichtsrates in einem Konzern stellt sich in vielen Punkten als besonders dar: vor allem die organschaftliche Verflechtungen von Mutter- und Tochtergesellschaften machen die Aufgabe der Überwachung, die Zusammenarbeit mit der Konzernleitung und den Einsatz von Aufsichtsinstrumenten zu einer komplexen Herausforderung.

Diese Broschüre soll Ihnen dabei helfen, Antworten auf praktische Fragen zu geben, die sich in der Arbeit als Aufsichtsrat innerhalb eines Konzerns ergeben. Dies umfasst Einsichts- und Prüfrechte, genehmigungspflichtige Geschäfte und die Haftung des Aufsichtsrates im Konzern.

Viel Erfolg beim Meistern dieser Herausforderungen
wünschen Ihnen,



Dr. Aslan Milla
Senior Partner
PwC Österreich



Dr. Martin Brodey, LL.M.
Partner
DORDA BRUGGER JORDIS
Rechtsanwälte

Inhalt

Der Konzernbegriff	7
Das Konzerninteresse und Anforderungen an den Aufsichtsrat im Konzern	10
Praktische Fragen	19
Horizontale und vertikale Organverflechtungen	19
Berichts- und Informationsregime, Einsichts- und Prüfungsrechte, Gesprächspartner	25
Genehmigungspflichtige Geschäfte	33
Die Haftung des Aufsichtsrats im Konzern	41
Grenzüberschreitende Sachverhalte	47
Der Aufsichtsrat im Konzern und der Konzernabschluss	49
Exkurs/Ausblick	53
Ansprechpartner	55
Publikationen aus der Serie „Tool-Box für Aufsichtsräte“	56

Der Konzernbegriff

- *Was ist der Konzern? Wo ist der Konzern geregelt?*

Grundlagen

Der Konzernbegriff ist sowohl im AktG (§ 15) als auch im GmbHG (§ 115) gleichlautend durch zwei Tatbestände geregelt: die einheitliche Leitung und den beherrschenden Einfluss.

Konzern aufgrund einheitlicher Leitung

Ein Konzern liegt vor, wenn rechtlich selbstständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind.

Mit rechtlich selbstständigen Unternehmen sind Unternehmensrechtsträger gemeint, die eine eigenständige rechtliche Einheit bilden. Sie müssen zu wirtschaftlichen Zwecken zusammengeschlossen sein. Die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke ist das Wesen des Konzerns. Ein Erwerbszweck oder eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.

Einheitliche Leitung liegt vor, wenn die Verwendung der Organisationseinheiten planvoll zu bestimmten Zwecken geschieht. Die Leitungsfunktion muss tatsächlich ausgeübt werden. Die bloße Möglichkeit einheitlicher Leitung ist nicht ausreichend.

Mit welcher Intensität die Leitungsfunktion ausgeübt werden muss und welche Organisationsmittel dafür in Betracht kommen, ist nicht klar geregelt. In Betracht kommt

- die Zusammenfassung zu einer wirtschaftlichen Einheit in Form eines übergeordneten Einheitsunternehmens,
- die Ausübung einer Reihe von Leitungsfunktionen in zentralen unternehmerischen Entscheidungsbereichen, oder
- lediglich eine Koordinierung der wichtigsten Fragen der Unternehmenspolitik.

Konzernvermutung bei (bloß) beherrschendem Einfluss

Steht ein rechtlich selbstständiges Unternehmen – aufgrund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar – unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten die herrschende und die Tochtergesellschaft zusammen als Konzern. Maßgeblich ist das Beherrschungs- oder Abhängigkeitsverhältnis. Es liegt bereits vor, wenn bloß die Möglichkeit besteht, ein anderes Unternehmen einheitlich zu leiten.

Abhängigkeit kann auf unterschiedlichen Beherrschungsmitteln beruhen:

- durch Beteiligungen verliehene Stimmrechtsmacht,
- maßgeblicher Finanzierung,
- Personalunion in den Organen,
- Unternehmensverträgen.

Die Konzernvermutung bei beherrschendem Einfluss ist widerlegbar.

Wie werden die Konzerngesellschaften bezeichnet?

Die Terminologie ist weder im Gesetz noch in der Literatur einheitlich. In dieser Broschüre verwenden wir folgende Begriffe: Die Gesellschaft, von der die einheitliche Leitung oder das Abhängigkeitsverhältnis ausgeht, nennen wir Muttergesellschaft („herrschende“ Gesellschaft). Die beherrschten Gesellschaften sind die Tochtergesellschaften („abhängige“ Gesellschaften).

Das Konzerninteresse und Anforderungen an den Aufsichtsrat im Konzern

- *Wen hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zu überwachen?*
- *Wen hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft im Konzern zu überwachen?*
- *Was ist das Konzerninteresse?*
- *Hat der Aufsichtsrat seine Überwachungsaufgabe am Konzerninteresse auszurichten?*
- *Was hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft und was hat der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft zu überwachen?*
- *Welche Mittel stehen ihm dabei zur Verfügung?*
- *Nach welchen Kriterien hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft den Vorstand der Muttergesellschaft zu überwachen?*
- *Was hat der Aufsichtsrat im Konzern bei der Überwachung des Vorstandes aus Sicht einer guten Corporate Governance zu beachten?*

Wen hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zu überwachen?

Es gibt keinen Konzernaufsichtsrat, denn der Konzern hat selbst keine eigenen Organe. Ein Konzern besteht aus rechtlich selbstständigen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind (siehe Seite 7 „Der Konzern-

begriff“). Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ist somit ausschließlich deren Aufsichtsrat und nicht auch der des Konzerns. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft im Konzern nur die Geschäftsführung des Vorstands „seiner“ Gesellschaft (Muttergesellschaft) überwacht und nicht auch die Geschäftsführung der Leitungsorgane der Tochtergesellschaften. Somit hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft auch nicht die gesamte Tätigkeit der Konzerngesellschaften zu überwachen. Es wäre sogar unzulässig, die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft auf die Leitungsorgane der Tochtergesellschaften zu erstrecken. Trotzdem hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft insofern eine erweiterte Überwachungspflicht im Konzern wahrzunehmen, als er auch die Geschäftsführungsaufgabe des Vorstandes bezüglich der einheitlichen Leitung der Konzernunternehmen zu überwachen hat (nähere Informationen siehe weiter unten). Generell gesprochen weitet sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft parallel zur Leitungsaufgabe des Vorstands aus.

Was ist das Konzerninteresse?

Das Konzerninteresse ist das Gesamtinteresse aller Konzernglieder. Dieses stellt ein übergeordnetes Interesse der im Konzern zusammengefassten Gemeinschaft dar, dem

gegenüber Einzelinteressen, ggf. auch der Muttergesellschaft, in den Hintergrund treten. Das Konzerninteresse ist weder im deutschen noch im österreichischen Recht verankert, weshalb ein solches weder als Leitlinie für die Überwachungsfunktion für den Aufsichtsrat der Mutter- noch der Tochtergesellschaft dient. Maßgeblich für die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft ist ausschließlich deren Unternehmensinteresse. Auch die Organe der Tochtergesellschaften sind nur den Unternehmensinteressen „ihrer“ Gesellschaft verpflichtet. Was der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft aber sehr wohl zu überwachen hat, ist die Frage, ob das Unternehmensinteresse der Muttergesellschaft an einer sinnvollen und rentablen Ausnutzung der im gesamten Konzern zusammengefassten Wirtschaftskraft ausgerichtet ist. Ein darüber hinausgehendes Konzerninteresse ist dagegen abzulehnen, zumal der Konzern keine rechtliche Einheit bildet und daher auch keine von den im Konzern zusammengefassten Interessen unabhängigen und eigenständigen Interessen hat.

Was hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zu überwachen?

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft hat die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstandes in der Muttergesellschaft

sowie die gesamte Konzerngeschäftsführungstätigkeit des Vorstandes zu überwachen. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft ist somit erweitert: und zwar erweitert auf die Überwachung der Konzerngeschäftsführungstätigkeit. Dies bedeutet aber nicht, dass die unmittelbare Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft auf die Leitungsorgane der Tochtergesellschaft ausgedehnt wird, sondern vielmehr, dass der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft auch die Ausübung der Leitungsmacht des Vorstandes der Muttergesellschaft im Konzern zu überwachen hat.

Die Überwachung der Konzerngeschäftsführungstätigkeit des Vorstandes durch den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft umfasst die Überwachung des Konzernaufbaus (z. B. das Funktionieren von Strukturen, den Bestand eines konzernweiten Informationssystems, Compliance-Einrichtung), die Erweiterung der nachträglichen Überwachung auf vergangene Sachverhalte von relevanten Tochtergesellschaften, die Beratung des Vorstandes bei der Ausgestaltung zukünftiger Konzernstrategien und die Zweckmäßigskeitsprüfung der für den Konzern bedeutsamen Einzelgeschäfte von Tochtergesellschaften aus der Sicht der Muttergesellschaft.

Im Einzelfall hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft Entwicklungen der Tochtergesellschaft zu überwachen, wenn es sich um „wesentliche wirtschaftliche Aktivitäten oder Vermögensverbindungen“ handelt. Er hat hierbei auch zu prüfen, ob und inwieweit der Vorstand der Muttergesellschaft seinen Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausüben soll. Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft kann allerdings nur indirekt über den konzerngeschäftsführenden Vorstand der Muttergesellschaft eine Überwachung der Organmitglieder und der Angestellten der Tochtergesellschaften vornehmen. Die Intensität der Überwachung durch den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft von Maßnahmen in den Tochtergesellschaften ist eine geringere. Es hat nicht jede Maßnahme Gegenstand der Überwachung zu sein, sondern nur jene mit Bedeutung für den Konzern und die Muttergesellschaft.

Was hat der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft zu überwachen?

Der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft hat die Tätigkeit des Vorstands der Tochtergesellschaft zu überwachen. Dieser Überwachungsumfang wird grundsätzlich durch den Umstand, dass sich das Unternehmen in einem Konzernverbund befindet, nicht verändert. Die Überwachungsverpflichtung wird insbesondere nicht eingeschränkt, weil die Gesellschaft

auch durch den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft überwacht wird. Wenn der Vorstand der Tochtergesellschaft aber Konzerninteressen wahrnimmt, dann hat der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft sicherzustellen, dass der Einfluss und das Handeln des Vorstandes der Muttergesellschaft aktienrechtlich zulässig sind.

Nach welchen Kriterien hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft den Vorstand zu überwachen?

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft hat die Überwachung nach den gleichen Kriterien wie der Aufsichtsrat einer Tochtergesellschaft vorzunehmen. Bei diesen handelt es sich um Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Rentabilität und Zweckmäßigkeit.

- **Rechtmäßigkeit:** Der Aufsichtsrat hat die Rechtmäßigkeit des Handelns des Vorstandes der Muttergesellschaft sowohl in Bezug auf die Geschäftsführung der Muttergesellschaft als auch die Konzerngeschäftsführungstätigkeit des Vorstandes zu überwachen. Der Aufsichtsrat hat dabei auch die Einhaltung von ausländischen Rechtsvorschriften durch den Vorstand zu überprüfen sowie darauf zu achten, ob das Handeln des Vorstands frei von Interessenkonflikten ist und zwar unabhängig davon, ob die Corporate-Governance-Regeln für die Gesellschaft verbindlich sind oder nicht.

- **Ordnungsmäßigkeit:** Der Aufsichtsrat hat zu überwachen, ob der Vorstand die Organisation mit der „größtmöglichen Effizienz“ und der möglichen Steigerung des Erfolgs des Konzerns ausgewählt hat. Des Weiteren hat er das Vorhandensein einer wirksamen Innenrevision zu überwachen. Hinsichtlich des Controllings hat der Aufsichtsrat insbesondere wechselseitige Haftungsverflechtungen im Konzern zu überprüfen.
- **Rentabilität:** Der Vorstand der Muttergesellschaft ist nicht nur für die Rentabilität der Muttergesellschaft, sondern auch für die Rentabilität des Konzerns verantwortlich. Dementsprechend hat der Aufsichtsrat zu prüfen, ob eine Maßnahme nach Abwägung des Aufwands und der Risiken bezogen auf den jeweiligen Zeithorizont den größten Erfolg für den Konzern bedeutet.
- **Zweckmäßigkeit:** Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft hat auch das Ermessen des Vorstandes zu überwachen und zwar dahingehend, ob der Vorstand „seine Ermessensfindung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ vorgenommen hat. Hierbei hat der Aufsichtsrat die Anstellung von Plausibilitätsstudien, Prüfung von Worst-Case-Szenarien/Alternativszenarien oder die Einholung externen Rates mit Fokus auf den ganzen Konzern durch den Vorstand zu prüfen.

Was hat der Aufsichtsrat im Konzern bei der Überwachung des Vorstandes aus Sicht einer guten Corporate Governance zu beachten?

Der Österreichische Corporate Governance Kodex („ÖCGK“) mit Stand vom 01.07.2012 stellt einen Ordnungsrahmen für die Überwachung und Leitung von Unternehmen zur Verfügung. Das Ziel des ÖCGK ist, dass die Leitung und Kontrolle von Gesellschaften und Konzernen auf verantwortliche, nachhaltige und langfristige Wertschaffung ausgerichtet sind. Der ÖCGK soll primär von börsennotierten Aktiengesellschaften befolgt werden. Es sollen sich aber auch nicht börsennotierte Aktiengesellschaften an den Regelungen des ÖCGK orientieren. Der ÖCGK erlangt Geltung für eine Gesellschaft, wenn sich diese freiwillig den Regeln des ÖCGK unterwirft. Eine solche Verpflichtungserklärung ist Aufnahmevoraussetzung für den Prime Market der Wiener Börse.

Der ÖCGK nimmt auf Konzernunternehmen im Zusammenhang mit Kompetenzen und Verantwortung des Aufsichtsrats Bezug:

- Informationsbesorgung über alle relevanten Fragen der Geschäftsentwicklung (inkl. Risikolage und Risikomanagement) der Muttergesellschaft und der relevanten Konzernunternehmen (L-Regel 9)

- Vorabgenehmigung von Geschäften (inkl. deren Konditionen) zwischen Vorstand und Muttergesellschaft sowie zwischen Vorstand und Konzernunternehmen, ausgenommen Geschäfte des täglichen Lebens (L-Regel 24)
- Festlegung der Informations- und Berichtspflichten des Vorstands, auch für Tochtergesellschaften in der zu erstellenden Geschäftsordnung (C-Regel 34)
- Konkretisierung des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte und Festlegung von Betragsgrenzen für die Muttergesellschaft und auch für wesentliche konzern-relevante Geschäfte von Tochtergesellschaften (L-Regel 35)
- Konzernrechnungslegung und -berichterstattung (L-Regel 40)
- Konzernabschlussprüfung (C-Regeln 77 und 81a, L-Regeln 78 und 81)

Der letzte Punkt beinhaltet eine auch für die Konzernaufsicht maßgebliche Überwachungsperspektive.

Praktische Fragen

Horizontale und vertikale Organverflechtungen

Was ist eine horizontale/vertikale Verflechtung?

Ein Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft darf nicht gleichzeitig gesetzlicher Vertreter in einer Tochtergesellschaft sein (§ 86 Abs. 2 Z 2 AktG bzw. § 30a Abs. 2 Z 2 GmbHG; § 90 Abs. 1 erster Satz AktG bzw. § 30e Abs. 1 erster Satz GmbHG; für SE gilt das AktG sinngemäß). Der Grund: der Vorstand oder Geschäftsführer der Tochtergesellschaft würde durch seine Aufsichtsrats Tätigkeit in der Mutter sich selbst kontrollieren. Darin läge ein Verstoß gegen das natürliche Organgefälle im Konzern vor, der einer wirkungsvollen Kontrolle der Muttergesellschaft entgegenstehen und die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates unterlaufen würde.

Begriff Tochtergesellschaft/Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 UGB)

Unter „Tochterunternehmen“ sind jene Unternehmen zu verstehen, die nach den Vorschriften über die vollständige Zusammenfassung der Jahresabschlüsse verbundener Unternehmen in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens gemäß § 244 UGB einzubeziehen sind, das als oberstes

herrschendes Unternehmen den am weitest gehenden Konzernabschluss gemäß §§ 244 bis 267 UGB aufzustellen hat.

Für die Qualifikation als verbundenes Unternehmen ist es unbedeutend, in welcher Rechtsform das Tochterunternehmen geführt wird. Ebenso unbeachtlich ist es, ob der Sitz der Tochtergesellschaft im In- oder Ausland liegt. Es liegt auf der Hand: Die Gefahren für eine unbefangene Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied, die aus einer Doppelorganfunktion gegen das natürliche Organisationsgefälle im Konzern resultieren können, bestehen unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Tochtergesellschaft.

Verflechtung mit Enkelgesellschaften

Die Gefahren einer Beeinträchtigung der Unbefangenheit des Aufsichtsratsmitgliedes durch eine Verletzung des natürlichen Organisationsgefälles im Konzern bestehen unabhängig davon, ob die beiden Gesellschaften in einem direkten oder indirekten Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Die oben dargestellte Unverträglichkeitsregel gilt daher auch im Verhältnis zwischen Konzernmutter- und Enkelgesellschaft.

Verbot der Überkreuzverflechtung

Wer andere Personen überwacht, soll nicht von einer der überwachten Personen seinerseits überwacht werden. Daher

bestimmt § 86 Abs. 2 Z 3 AktG, dass sich Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft in anderen Gesellschaften nicht in umgekehrten Rollen gegenüberstehen dürfen. Gleiches ordnet § 30a Abs. 2 Z 3 GmbHG für Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH an. Das Verbot der Überkreuzverflechtung gilt ebenfalls für die SE: nachdem das SE-Gesetz keine Regelung über das Verbot der Überkreuzverflechtung (im dualistischen System) enthält, gilt das AktG gem. Art 9 und Art 10 SE-VO sinngemäß.

Innerhalb eines Konzerns darf, wie eingangs erwähnt, insbesondere ein gesetzlicher Vertreter der Tochtergesellschaft kein Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft sein.

Doppelmandat

Die gleichzeitige Organfunktion im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft oder die parallele Mitgliedschaft im Vorstand der Muttergesellschaft und im Vorstand der Tochtergesellschaft bzw. im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft ist erlaubt. Allerdings ist es bedenklich, weil die doppelte Aufsichtsratsmitgliedschaft zum Teil zu einer eigenen Überwachung führt, nämlich zur Überwachung im Rahmen der Konzernüberwachung durch den Vorstand.

Die doppelte Organfunktion ermöglicht zwar eine einfache Informationsschiene und eine Kontinuität in der Arbeitsweise, allerdings spricht der Umstand der Überwachung der eigenen Tätigkeit aus den weiter oben ausgeführten Gründen gegen die Doppelfunktion – ohne in dieser Konstellation aber gesetzlich verboten zu sein.

Gleiches gilt für eine Konstellation mit gleichzeitigen Mandaten als gesetzlicher Vertreter oder leitender Angestellter der Muttergesellschaft und Aufsichtsratsmitglied einer Tochtergesellschaft: eine solche Gestaltung entspricht zwar dem natürlichen Organgefälle, allerdings kann es im Falle eines Interessenkonflikts (siehe nächste Überschrift) zu einer komplizierten Abwägungsproblematik kommen. Daher sollten derartige Gestaltungen gut überlegt sein.

Interessenkonflikt bei Doppelmandat im Konzern (Geschäftsführer/Vorstand in der Muttergesellschaft, paralleles Mandat im Aufsichtsrat in der Tochtergesellschaft)

Ein Doppelmandat im Konzern ist, wie bereits oben erwähnt, erlaubt. Im Falle eines Konflikts innerhalb des Konzerns hat das Gesellschaftsorgan mit Doppelfunktion Folgendes zu beachten:

Aus der Sicht des Aufsichtsratsmitglieds:

- (i) Ist eine ständige Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktion gegeben und kann der Interessenkonflikt dauerhaft nicht anders gelöst werden, hat das Aufsichtsratsmitglied das Mandat abzulehnen bzw. es bei späterem Auftreten der permanenten Konfliktsituation unverzüglich niederzulegen.
- (ii) Besteht der Interessenkonflikt nur im Randbereich und wird das Aufsichtsratsmitglied mit Doppelmandat nur punktuell von Interessenkonflikten erfasst, ist die Situation im Einzelfall unter Beachtung des Unternehmensinteresses zu beurteilen: nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz reicht es aus, jenes gelindeste Mittel einzusetzen, mit dem der Interessenkonflikt bewältigt werden kann, so z. B. durch einen partiellen Ausschluss des Mitglieds von sensiblen Informationen, die Nichtteilnahme an Aufsichtsratssitzungen oder Beratungen, die kritische Punkte betreffen, oder durch die Nichtausübung des Stimmrechts.

Aufsichtsratsmitglieder haben dem Aufsichtsrat bestehende Interessenkonflikte grundsätzlich offenzulegen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der organschaftlichen Treuepflicht. Ansprechperson in diesem Fall ist der Aufsichtsratsvorsitzende;

unterliegt dieser selbst einem Interessenkonflikt, so hat er sich an seinen Stellvertreter zu wenden.

Aus der Sicht des Geschäftsführers/Vorstands:

Der Geschäftsführer/Vorstand („GF“) muss bei der Unternehmensführung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes handeln. Ebenso ist der GF der Gesellschaft zur Treue verpflichtet, da er fremdes Vermögen verwaltet. Diese Verpflichtung ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, ergibt sich jedoch aus der Rechtsnatur als Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft.

Demnach hat der GF für eine bestmögliche Verwirklichung des Gesellschaftszwecks zu sorgen. Es handelt sich also um eine unbestimmte Verhaltenspflicht, die dem Geschäftsführer im jeweiligen Einzelfall unterschiedliche Pflichten oder Beschränkungen auferlegt. Aus der Treuepflicht ist eine Interessenwahrungspflicht des GFs abzuleiten. Der GF muss stets das Interesse der Gesellschaft vorziehen.

Im Falle eines Interessenkonflikts darf der GF aus der Treuepflicht sämtliche Interessenkonflikte uneingeschränkt offenlegen. Das Handeln des GFs während des Interessenkonflikts ist zwar nicht per se pflichtwidrig, es muss aller-

dings näher geprüft werden, ob die Entscheidungen des GFs trotz des Interessenkonflikts im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft getroffen worden sind. Handlungsmaßstab für eine ordentliche und der Treuepflicht entsprechende Geschäftsführung im Fall eines Interessenkonflikts ist das Interesse der Gesellschaft zu wahren und eventuellen Schaden zu verhindern.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das natürliche Organgefälle

Eine Aufsichtsratsmitgliedschaft entgegen dem natürlichen Organisationsgefälle im Konzern bei oder nach Aufnahme der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied zieht die Nichtigkeit der gleichwohl vorgenommenen Bestellung gem. § 879 Abs. 1 ABGB nach sich, zumal der Zweck der Verbotsnorm die Ungültigkeit der Mitgliedschaft verlangt.

Berichts- und Informationsregime, Einsichts- und Prüfungsrechte, Gesprächspartner

- *Wie verläuft der Informationsfluss an den Aufsichtsrat im Konzern?*
- *Welche Möglichkeiten hat der Aufsichtsrat, sich erforderliche Informationen zu beschaffen?*
- *Wer sind seine Ansprechpersonen und Gesprächspartner?*

Die Regelberichte

Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat einmal jährlich über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens zu berichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung darzustellen (Jahresbericht). Weiters hat der Vorstand dem Aufsichtsrat regelmäßig, mindestens vierteljährlich, über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorscheurechnung unter Berücksichtigung der künftigen Entwicklungen zu berichten (Quartalsbericht). In diesen Berichten hat der Vorstand nicht nur auf die eigene Gesellschaft einzugehen, sondern auch auf Tochtergesellschaften, sofern sie für die Muttergesellschaft von Relevanz sind. Dies wird dann als gegeben erachtet, wenn geschäftliche Vorgänge in Tochtergesellschaften die Geschäftslage der Muttergesellschaft beeinflussen oder beeinflussen können.

Dem Vorstand obliegt somit eine konzerndimensionale Berichtspflicht: sie umfasst auch die Geschäftslage des Gesamtkonzerns und wichtige einzelne Geschäftsbereiche der Konzerngesellschaften.

Denn der Aufsichtsrat kann die Geschäftsführung des Vorstands der Muttergesellschaft nur überwachen, wenn er über das Geschehen und die Entwicklung auch in den Tochtergesellschaften unterrichtet ist. In einer an der Konzernspitze stehenden Muttergesellschaft lassen sich die künftige Geschäftspolitik, die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage, der Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens nur sinnvoll und zuverlässig beurteilen, wenn der Vorstand in seinen Berichten auch auf die Situation in den Tochtergesellschaften eingeht.

Bei Holdinggesellschaften ist es geboten, eine den gesamten Konzern erfassende Vorscheurechnung zu legen und die Quartalsberichte entsprechend aufzubauen.

Die Sonderberichte

Bei wichtigem Anlass ist der Vorstand verpflichtet, dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats unverzüglich zu berichten (Sonderbericht an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats). An den (gesamten) Aufsichtsrat hat er unverzüglich über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, zu berichten (Sonderbericht an den Aufsichtsrat). Anlass zur Sonderberichterstattung können naturgemäß auch konzernale Angelegenheiten sein.

Der Maßstab sind allerdings immer die Verhältnisse der Muttergesellschaft, so etwa Rentabilität und Liquidität der Muttergesellschaft. Somit unterliegen Vorgänge in Tochtergesellschaften nur dann der Berichtspflicht, wenn sie für die Rentabilität und Liquidität der Muttergesellschaft von erheblicher Bedeutung sind und sich somit unmittelbar auf die Erfolgsaussichten oder Finanzgebarung der Muttergesellschaft auswirken.

Der Anforderungsbericht

Das Gesetz normiert, dass der Aufsichtsrat auch einen Bericht vom Vorstand verlangen kann: Der Aufsichtsrat kann vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen verlangen. Ein solcher Anforderungsbericht kann sich auf alle Beziehungen der Muttergesellschaft zu einer Tochtergesellschaft beziehen. Er kann daher alle Umstände beinhalten, die die Unternehmensverbindung betreffen, weil diese Angelegenheiten Angelegenheit der Muttergesellschaft selbst sind. Darüber hinaus werden Angelegenheiten von Tochtergesellschaften dann zu solchen der Muttergesellschaft, wenn sie eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten. Wenn sie daher die wirtschaftliche Lage der Muttergesellschaft erheblich beein-

flussen oder beeinflussen können, kann der Aufsichtsrat vom Vorstand Bericht über die Geschäftslage des Gesamtkonzerns, über wichtige einzelne Geschäftsbereiche und über wichtige Tochtergesellschaften sowie auch über einzelne geschäftliche Vorgänge der Tochtergesellschaften verlangen.

Den Anforderungsbericht kann der Aufsichtsrat nur von „seinem“ Vorstand verlangen. Gegenüber dem Vorstand einer Tochtergesellschaft hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft keine direkte Durchsetzungsmöglichkeit. Der Aufsichtsrat muss sich daher an den Vorstand der Muttergesellschaft wenden und diesen zur Berichterstattung auffordern. Der Vorstand hat sodann entsprechend seiner Befugnisse danach zu trachten, selbst die erforderliche Information zu erhalten und sie an den Aufsichtsrat weiterzuleiten.

Exkurs: Informationsrechte des Vorstands der Muttergesellschaft vom Vorstand der Tochtergesellschaft

Damit der Vorstand der Muttergesellschaft seine Pflicht zur Konzernleitung sachgerecht ausüben kann, braucht er die dafür erforderlichen Informationen der Tochtergesellschaften. Hat der Vorstand ein durchsetzbares Recht auf diese Informationen und hat die Tochtergesellschaft die Pflicht, die Informationen zu geben?

Aus den im Gesetz angeordneten konzernbezogenen Informationsrechten, insbesondere §§ 92 Abs. 5 und 118 AktG, wird eine Auskunftspflicht der gesetzlichen Vertreter der Tochtergesellschaften abgeleitet. Ebenso aus § 247 Abs. 3 UGB: Die Tochterunternehmen haben dem Mutterunternehmen ihre Jahresabschlüsse, Lageberichte etc. unverzüglich zu übermitteln, und das Mutterunternehmen kann von jedem Tochterunternehmen alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die die Aufstellung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts erfordert.

Einsichts- und Prüfungsrechte

Das Gesetz gibt dem Aufsichtsrat umfangreiche Einsichts- und Prüfungsrechte. So kann der Aufsichtsrat die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse (Gesellschaftskonten) und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen. Vom Einsichtsrecht sind sämtliche Bücher erfasst, die die Gesellschaft nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung führt, wobei auch EDV-Datenträger unter diesen Begriff fallen. Unter Schriften werden alle Belege und sonstigen Geschäftsunterlagen verstanden, beispielsweise Vorstandsprotokolle, Planungs- und Investitionsrechnungen, Buchungsbelege, Quittungen, Verträge, Pro-

jektunterlagen, Statistiken etc. Das Einsichts- und Prüfungsrecht steht dem Aufsichtsrat als Gesamtorgan, nicht dagegen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zu. Einzelne Aufsichtsratsmitglieder können nur durch Beschluss des Aufsichtsrats mit der Durchführung einer Untersuchung betraut werden. Der Aufsichtsrat ist darüber hinaus berechtigt, Sachverständige hinzuziehen. Das Einsichts- und Prüfungsrecht bezieht sich auf die Muttergesellschaft und auf die dort vorhandenen Unterlagen. Sind daher Unterlagen bei der Muttergesellschaft über Vorgänge in Tochtergesellschaften vorhanden, kann der Aufsichtsrat jedenfalls in die Unterlagen Einsicht nehmen oder sie prüfen. Liegen die Informationen allerdings nicht bei der Muttergesellschaft auf und ist auch der Vorstand nicht in der Lage, diese von den Tochtergesellschaften zu beschaffen, ist der Aufsichtsrat nicht berechtigt, unmittelbar bei den Tochtergesellschaften die Unterlagen einzusehen und Prüfungen durchzuführen. Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ist diesbezüglich davon abhängig, dass der Vorstand der Muttergesellschaft diese Informationen von der Tochtergesellschaft besorgen kann.

Ansprechpersonen und Gesprächspartner

Die primäre Ansprechperson des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft ist der Vorstand dieser Gesellschaft.

Der Vorstand hat gesetzlich normierte Berichtspflichten an den Aufsichtsrat, der Aufsichtsrat wiederum hat das Recht, einen Anforderungsbericht zu verlangen. Aber auch neben diesen gesetzlichen Formalismen ist es vor allem das Gespräch, in dem sich Vorstand und insbesondere der Vorsitzende des Aufsichtsrats austauschen.

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung, die vom Vorstand der Muttergesellschaft ausgeübt wird, zu überwachen, nicht hingegen die Geschäftsführungen der Tochtergesellschaften durch deren geschäftsführendes Organ. Daher kann der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft auch nicht direkt an den Vorstand einer Tochtergesellschaft herantreten. Zwischen diesen Organen bestehen keine Berechtigungen oder Verpflichtungen.

Darf der Aufsichtsrat im Unternehmen leitende Angestellte befragen?

An leitende Angestellte und sonstige Mitarbeiter der Muttergesellschaft darf der Aufsichtsrat nicht unmittelbar herantreten. Er hat immer den Weg über den Vorstand der Muttergesellschaft zu gehen.

Teilweise wird vertreten, dass bei begründeter Notwendigkeit der Aufsichtsrat das Recht und die Pflicht hat, unmittel-

bar und allein mit einzelnen Personen aus der Muttergesellschaft zu sprechen, um Informationen zu erhalten, die der Aufsichtsrat benötigt, allerdings vom Vorstand nicht oder nicht in der erforderlichen Zeit erlangen kann. Begründete Notwendigkeit kann etwa vorliegen, wenn der konkrete Verdacht eines schwerwiegenden Fehlverhaltens des Vorstands besteht oder wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet.

Bezüglich der leitenden Angestellten und sonstigen Mitarbeiter von Tochtergesellschaften gilt, dass der Aufsichtsrat auf diese nicht zugreifen kann. Das ist allerdings dann denkbar, wenn die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft dies zulässt.

Genehmigungspflichtige Geschäfte

- *Gibt es auch im Konzern genehmigungspflichtige Geschäfte?*
- *Wenn ja, gilt derselbe Katalog an genehmigungspflichtigen Geschäften wie beim Aufsichtsrat eines (Einzel-) Unternehmens?*

Im AktG (und auch im GmbHG) ist ein Katalog von Geschäften aufgezählt, bei denen der Vorstand die Genehmigung des Aufsichtsrats einholen muss. Darunter fallen etwa die

Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik, die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten, der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen und die Erteilung der Prokura.

Die Auflistung der genehmigungspflichtigen Geschäfte richtet sich in erster Linie an die nicht konzernverbundene Gesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob die Aufzählung der genehmigungspflichtigen Geschäfte im Konzern auch für Geschäfte der Tochtergesellschaften gilt und ob es daher eine Genehmigungspflicht des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft bei bestimmten Geschäften der Tochtergesellschaften gibt.

Die Antwort darauf ist eindeutig: die Zustimmungsvorbehalte des § 95 Abs. 5 AktG sind nicht direkt auf Geschäfte in Tochtergesellschaften anwendbar. Der Katalog der genehmigungspflichtigen Geschäfte ist für Tochtergesellschaften ungeeignet und auch nicht konzipiert. Auch eine analoge Anwendung der Zustimmungsvorbehalte auf Geschäfte in Tochtergesellschaften ist zu verneinen.

Das bedeutet Folgendes: Plant eine Tochtergesellschaft den Erwerb einer Beteiligung, so kann dieses Geschäft grundsätzlich nur der Genehmigungspflicht durch den Aufsichtsrat

der Tochtergesellschaft unterliegen, von Gesetzes wegen und durch Analogieschluss jedoch nicht der Genehmigungspflicht durch den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft.

Dass sich der gesetzliche Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte nicht auf den Konzern an sich bezieht, bedeutet allerdings nicht, dass er auf Konzernsachverhalte nicht ausgeweitet werden kann oder nicht ausgeweitet werden soll.

Aus § 95 Abs. 5 AktG wird abgeleitet, dass der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft im Konzern verpflichtet ist, den Katalog der im Gesetz aufgezählten zustimmungspflichtigen Geschäfte im jeweils notwendigen Rahmen zu ergänzen. Er hat sich dabei am Zweck und den Auswirkungen für die Muttergesellschaft zu orientieren. Etwa ist es sinnvoll, für Geschäfte ab einem gewissen Umfang oder für mit Risiken verbundene Geschäfte des Tochterunternehmens Zustimmungsvorgehalte vorzusehen, wenn diese einem aufsichtsratspflichtigen Geschäft der Muttergesellschaft entsprechen. Beispiele sind etwa die Besetzung von Führungspositionen oder der Erwerb von Beteiligungspapieren.

Basis für einen Konzernkatalog an zustimmungspflichtigen Geschäften wird sicherlich der Katalog des § 95 Abs. 5

AktG sein. Doch die Erarbeitung dieses Konzernkatalogs ist keine einmalige Angelegenheit. Vielmehr ist dieser laufend dahingehend zu überprüfen, ob er an die Veränderungen im Konzern anzupassen ist.

- *Welche Organe sind bei zustimmungspflichtigen Geschäften im Konzern involviert?*
- *Kann sich der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft tatsächlich immer durchsetzen?*

Wurde ein Konzernkatalog an zustimmungspflichtigen Geschäften erarbeitet und steht nun ein solches Geschäft in einer Tochtergesellschaft an – wie erlangt der Vorstand der Tochtergesellschaft die Zustimmung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft?

Der Vorstand der Tochtergesellschaft und der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft stehen in keinem direkten Über- oder Unterordnungsverhältnis. Gesetzlich gibt es keine Pflichten des Vorstands der Tochtergesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat der Muttergesellschaft. Umgekehrt hat auch der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft keine unmittelbare Handhabe gegenüber dem Vorstand der Tochtergesellschaft.

Daher sind im Rahmen der Erstellung des Konzernkatalogs an zustimmungspflichtigen Geschäften die Möglichkeiten der Einflussnahme des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft auf das geschäftsführende Organ der Tochtergesellschaft zu erarbeiten.

Diese hängen insbesondere davon ab, ob es sich bei der Tochtergesellschaft um eine GmbH oder eine AG handelt.

- *Warum ist die Rechtsform der Tochtergesellschaft von Bedeutung?*

GmbH als Tochtergesellschaft

Nach einheitlicher Lehre und Rechtsprechung ist bei der GmbH die Generalversammlung dem Geschäftsführer gegenüber weisungsbefugt. Im Gesellschaftsvertrag können daher Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafter vorgesehen werden. Wie kann das Zustimmungsverfahren ablaufen?

Gesellschafter der Tochtergesellschaft ist die Muttergesellschaft, vertreten durch deren Vorstand. Bevor allerdings der Vorstand der Muttergesellschaft seine Zustimmung gibt, muss er sich die Zustimmung seines Aufsichtsrats einholen.

Hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft dem Geschäft zugestimmt, so ist der Vorstand in Ausübung seiner Geschäftsführung berechtigt, in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft seine Zustimmung zu erteilen.

Hat die GmbH einen Aufsichtsrat eingerichtet, so kann es passieren, dass dasselbe Geschäft nicht nur der Zustimmung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft (ausgeübt durch den Vorstand der Muttergesellschaft als Gesellschafter der Tochtergesellschaft) bedarf, sondern auch der Zustimmung des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft. Wird dem Geschäft nicht von beiden Seiten zugestimmt, so kommt es zum Organkonflikt. Wie hat die Geschäftsführung dann vorzugehen? In diesem Fall hat die Geschäftsführung der Weisung der Gesellschafter zu entsprechen.

AG als Tochtergesellschaft

Einfluss durch die Hauptversammlung

§ 103 Abs. 1 AktG bestimmt, dass in den im Gesetz oder in der Satzung ausdrücklichen bestimmten Fällen die Hauptversammlung beschließt. Nach herrschender Lehre ist jedoch aufgrund der zwingenden gesetzlichen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Organen eine Ausweitung der Zuständigkeiten in der Satzung nicht zulässig.

Eine andere Möglichkeit bietet § 103 Abs. 2 AktG: die Hauptversammlung kann auch über sonst in die Zuständigkeit des Vorstands fallende Fragen der Geschäftsführung entscheiden – dies allerdings nur, wenn der Vorstand dies verlangt. Und diese Entscheidung liegt im freien Ermessen des Vorstands. Er kann dazu auch nicht durch Bestimmungen in der Satzung angehalten werden.

Dies ergibt sich daraus, dass der Vorstand – außer in den im Gesetz geregelten Fällen – nicht an Weisungen der Hauptversammlungen gebunden ist.

Einfluss durch den (eigenen) Aufsichtsrat

Der Vorstand der AG ist nicht nur der Hauptversammlung gegenüber weisungsfrei, sondern auch – abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Zustimmungsvorbehalten – dem Aufsichtsrat gegenüber.

In der Praxis übernimmt oft der Vorstand der Muttergesellschaft ein Aufsichtsratsmandat in der Tochtergesellschaft. Wenn die Person als Vorstand der Muttergesellschaft durch den eigenen Aufsichtsrat zu einer bestimmten Entscheidung verpflichtet wird, ist verbreitete Ansicht, dass sie sich dann auch in Ausübung ihres Amtes als Aufsichtsrat der Tochterge-

sellschaft an die vorgegebene Linie zu halten hat. Allerdings: jedes Aufsichtsratsmitglied ist in Erfüllung seiner Aufgaben frei und an keine Weisungen gebunden. Es hat stets eigenverantwortlich und ohne Bindung an Weisungen zu entscheiden.

Beherrschungsvertrag und Konzernrichtlinien

Oftmals wird die Meinung vertreten, durch Abschluss von so genannten Beherrschungsverträgen könnten im Konzern Weisungen wirksam durchgesetzt werden. Allerdings: der Vorstand ist gesetzlich verpflichtet, das Unternehmen eigenverantwortlich, somit weisungsfrei, zu führen. An dieser Pflicht ändert auch die Tatsache nichts, dass die Gesellschaft Teil eines Konzerns ist. Wird dem Vorstand eine Weisung im Konzern erteilt, so hat er zu beurteilen, ob die Befolgung dieser Weisung dem Wohl und den Interessen seiner Gesellschaft entspricht. Kommt er zu dem Schluss, dass die Weisung geeignet ist, die Eigeninteressen der Tochtergesellschaft zu beeinträchtigen, so ist er verpflichtet, die Weisung nicht zu befolgen.

Die in der Praxis häufig vorkommenden Konzernrichtlinien sind keine Weisung im engeren Sinn. Sie sind ein privatrechtlicher Akt und enthalten meist allgemein gefasste Grundsät-

ze für die Führung des Konzerns. Stehen sie allerdings im Widerspruch zu zwingendem Recht des AktG, so sind sie für die Tochtergesellschaft nicht rechtsverbindlich.

Die Haftung des Aufsichtsrats im Konzern

- *Wem gegenüber haftet der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft – gegenüber der Muttergesellschaft und/oder der Tochtergesellschaft?*
- *Wofür haften der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft und der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, und welche Pflichten haben sie zu erfüllen, um nicht zu haften?*

Wem gegenüber haftet der Aufsichtsrat?

Es gibt keine speziellen Regelungen, die die Haftung des Aufsichtsrats im Konzern regeln. Es sind daher die allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechts anzuwenden. Es handelt sich bei der Aufsichtsratshaftung um eine Verschuldenshaftung, weshalb der Aufsichtsrat nur bei rechtswidriger und schuldhafter Schadenszufügung haftbar werden kann.

Der Aufsichtsrat haftet gegenüber „seiner“ Gesellschaft, also der Muttergesellschaft, deren Aufsichtsrat er ist (Innenhaftung). Hierbei haftet er für die Verletzung seiner Pflicht, die

Geschäftsführung zu überwachen. Vom Aufsichtsrat wird die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds in Bezug auf die Überwachungspflicht verlangt. Das heißt, dass das Mitglied in geschäftlichen und finanziellen Belangen über Erfahrung und Wissen verfügt, das zur kompetenten Erledigung der Aufgaben des Aufsichtsrats erforderlich ist. Das umfasst auch die Kompetenz, die Berichte mit der entsprechenden Sachkenntnis zu erfassen und daraus die richtigen Schlüsse ziehen zu können.

Haftet der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft auch gegenüber der Tochtergesellschaft?

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft haftet auch gegenüber Dritten, wobei darunter auch Tochtergesellschaften zu verstehen sind. Hierbei handelt es sich um die Außenhaftung. Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft kann somit gegenüber der Tochtergesellschaft für Schäden haften, die er rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat. Der Aufsichtsrat wird gegenüber einem Dritten, insbesondere gegenüber einer Tochtergesellschaft, haftbar, wenn er ein Schutzgesetz verletzt. Ein Schutzgesetz ist ein Gesetz, das zufälligen Schädigungen vorzubeugen sucht.

Der Aufsichtsrat hat insbesondere die Strafbestimmung § 255 AktG (bzw. § 122 GmbHG) zu beachten, da es sich bei

dieser um ein Schutzgesetz handelt. Demnach macht sich strafbar, wer als Aufsichtsratsmitglied die Verhältnisse oder erheblichen Umstände der Gesellschaft oder abhängiger Unternehmen unrichtig wiedergibt, verschleiert oder verschweigt, wenn diese an die Öffentlichkeit oder die Gesellschafter gelangen sollen. Es handelt sich hierbei insbesondere um Informationen im Konzernabschluss, Jahresabschluss, (Konzern-)Lagebericht, öffentliche Aufforderungen zur Beteiligung an der Gesellschaft, Vorträge/Auskünfte in der Hauptversammlung oder Auskünfte, die nach § 272 UGB einem Abschlussprüfer oder sonstigen Prüfern zu übermitteln sind. Es sind sowohl die vorsätzliche unrichtige Mitteilung als auch die Unterlassung einer gebotenen Mitteilung strafbar.

Es haftet der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft, wenn dieser ein Schutzgesetz verletzt, das auch die Tochtergesellschaft schützen soll. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall: Der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft haftet der Muttergesellschaft für Schäden, die dieser entstanden sind, wenn der Tochtergesellschaftsaufsichtsrat ein Schutzgesetz verletzt.

Eine weitere wichtige Haftungsbestimmung ist § 100 AktG: Laut dieser Bestimmung hat derjenige für Schäden einzu-

stehen, der einen Sondervorteil erlangen möchte und dafür seinen Einfluss auf ein Mitglied des Aufsichtsrates ausübt. Ziel der Einflussnahme ist, das Aufsichtsratsmitglied zu einer schadhafte Handlung gegen die Gesellschaft zu verleiten. Haftbar wird auch das Aufsichtsratsmitglied (der AG bzw. GmbH), das sich anstiften lässt und dadurch seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt. Die Ersatzpflicht tritt nur dann nicht ein, wenn der Einfluss benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen (Konzern-) Interessen dient (§ 100 Abs. 3 AktG). Diese Regelung ist eng auszulegen und rechtfertigt die Einflussnahme für die mittelbare Beeinträchtigung einer Konzerngesellschaft bei überwiegendem Nutzen für den Gesamtkonzern, ohne dass der Bestand der betroffenen Konzerngesellschaft in Frage gestellt wird.

Für den Aufsichtsrat im Konzern ist diese Bestimmung insoweit interessant, als auch die Muttergesellschaft Täterin iSd § 100 AktG sein und somit haftbar werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Organe der Muttergesellschaft die Organe der Tochtergesellschaft dazu bestimmen, zum Schaden der Tochtergesellschaft zu handeln, um Sondervorteile zu erhalten. In einem solchen Fall ist die Muttergesellschaft zum Schadenersatz verpflichtet, wobei die Haftung gegenüber

der Tochtergesellschaft, deren Gläubigern und Aktionären besteht. Gem. § 100 Abs. 2 AktG haften die Mitglieder des Aufsichtsrates der Tochtergesellschaft für das Anstiftenlassen gegenüber der Muttergesellschaft, deren Gläubigern und Aktionären.

Wenn der Aufsichtsrat im Rahmen der Überwachung des Vorstandes der Muttergesellschaft nicht die Anweisung zu schädlichen Geschäften an die Tochtergesellschaft unterbunden hat, haftet das einzelne Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft trotzdem nicht direkt gegenüber der Tochtergesellschaft, da es in Österreich keine Konzern-Innenhaftung des Aufsichtsrats gibt.

Wofür haften der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft und der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft und welche Pflichten haben sie zu erfüllen, um nicht zu haften?

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft und der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft haften bei Verletzung ihrer konzernspezifischen Pflichten nach den oben dargestellten Grundsätzen. Die Pflichten werden im Folgenden kurz dargestellt.

Pflichten des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft:

- Kontrolle der Konzernleitungsentscheidungen des Vorstands
- Überwachung der Konzernführungsfunktion
- Erweiterung der zustimmungspflichtigen Geschäfte
- Zustimmung des Aufsichtsrats bei Geschäften, die für die Rentabilität und Liquidität von maßgeblicher Bedeutung sind
- Überwachung von Vorgängen mit potenzieller Beeinflussung der Geschäftslage der Muttergesellschaft
- Informationsbeschaffung für die ordnungsgemäße Konzernleitungsüberwachung
- Abhilfemaßnahmen bei Tatsachen, die gem. § 273 Abs. 2 UGB den Bestand oder die Entwicklung des Konzerns maßgeblich beeinträchtigen oder schwerwiegende Verstöße gegen das Gesetz oder die Satzung darstellen
- Wahlvorschlag für die Konzernprüferwahl
- Beurteilung des Prüfungsvertrages mit dem Konzernabschlussprüfer
- Prüfung des Konzernabschlusses
- Vermeidung von Überwachungslücken
- Informationsbeschaffung durch Mitarbeiter in Krisensituationen
- Ausrichtung der Überwachungstätigkeit am Unternehmensinteresse

Pflichten des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft:

- Ausrichtung der Überwachungstätigkeit am Unternehmensinteresse der Tochtergesellschaft
- Überwachung der Zulässigkeit von Eingriffen der Muttergesellschaft

Grenzüberschreitende Sachverhalte

- *Gibt es Besonderheiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten?*

Hat ein Konzern eine ausländische Tochtergesellschaft, so muss der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft die Einhaltung von ausländischen Rechtsvorschriften durch den Vorstand der Muttergesellschaft ebenfalls überprüfen und darauf achten, ob das Handeln des Vorstands frei von Interessenkonflikten ist.

Zur Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns im Konzern als Aspekt der Überwachung durch den Aufsichtsrat gehören im internationalen (multinationalen) Konzern auch die Einhaltung des fremden Rechts sowie die Berücksichtigung der für multinationale Unternehmen festgelegten Grundsätze. Auch wenn diese letzteren kein formelles Recht sind, so gehört ihre Berücksichtigung doch zu den Grundsätzen ordnungs-

gemäß der Konzerngeschäftsführung. Das aber bedeutet, dass eine Abweichung von diesen Regeln jedenfalls der Begründung gegenüber dem Aufsichtsrat bedarf.

Diese Überwachungspflicht des Aufsichtsrats für die Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften durch den Vorstand der Muttergesellschaft ergibt sich aus der allgemeinen Verpflichtung des Vorstands, die Geschäfte nur im Rahmen der Gesetze zu führen. Soweit das Handeln des Vorstands die ausländischen Rechtsvorschriften direkt berührt, ist die Einhaltung der Rechtsvorschriften durch den Aufsichtsrat zu überwachen.

Das Verbot der Überkreuzverflechtung gilt auch bei einer Vertretungsfunktion eines Aufsichtsratsmitglieds in einer ausländischen Kapitalgesellschaft. Ist das betreffende Aufsichtsratsmitglied einer inländischen Zielgesellschaft gesetzlicher Vertreter einer ausländischen Kapitalgesellschaft und unterliegt es nach den dort geltenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Kontrolle einer Person, die in der inländischen Zielgesellschaft Vorstandsmitglied ist, so gilt das Verbot der Überkreuzverflechtung auch in diesem Fall. (Ähnlich in Deutschland: dort können grundsätzlich gesetzliche Vertreter einer deutschen Kapitalgesellschaft Aufsichts-

ratsmitglieder einer ausländischen Kapitalgesellschaft sein, auch wenn ein gesetzlicher Vertreter der ausländischen Gesellschaft dem Aufsichtsrat der deutschen Gesellschaft angehört, soweit das jeweils anwendbare ausländische Recht dies zulässt.)

Kennt die ausländische Gesellschaft hingegen keine Zweiteilung der Verwaltung in ein geschäftsführendes Vorstandsgremium und ein überwachendes Aufsichtsgremium, so gilt das Verbot der Überkreuzverflechtung mangels Beeinträchtigung der Unbefangenheit und Unabhängigkeit nicht. Dies gilt auch dann, wenn die (ausländische) Kapitalgesellschaft eine monistische SE ist.

Der Aufsichtsrat im Konzern und der Konzernabschluss

- *Hat der Aufsichtsrat im Konzern besondere Aufgaben im Zusammenhang mit dem Konzernabschluss?*

Besteht die Pflicht, einen Konzernabschluss und Konzernlagebericht aufzustellen, haben die gesetzlichen Vertreter diese innerhalb von fünf Monaten nach Ende des Geschäftsjahres dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung vorzulegen.

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft hat gem. § 96 Abs. 3 iVm Abs. 1 AktG (bzw. § 30k GmbHG) den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht zu prüfen, sich gegenüber dem Vorstand darüber zu erklären und einen Bericht an die Hauptversammlung zu erstatten. Die Prüfung des Konzernabschlusses zählt zum Kernbereich der Aufgaben des Aufsichtsrats im Konzern. So wie für die Prüfung des Jahresabschlusses hat der Aufsichtsrat auch hier zwei Monate ab Vorlage durch den Vorstand Zeit.

Das Gesetz erlegt dem Aufsichtsrat bezüglich der Prüfung dieselbe Pflicht wie für den Jahresabschluss der Muttergesellschaft auf. Dies gilt auch bezüglich des Prüfungsumfanges. Auch bei der Prüfung des Konzernabschlusses ist die Prüfungspflicht des Aufsichtsrates umfangreicher als die des Konzernabschlussprüfers. Auch hier hat der Aufsichtsrat – wie bei der Prüfung des Jahresabschlusses – die Zweckmäßigkeit, Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu prüfen.

Hinzuweisen ist auf Folgendes: Der Jahresabschluss muss zwingend festgestellt werden. Dies erfolgt entweder durch Billigung des Aufsichtsrates oder – wenn sich Aufsichtsrat und Vorstand daraufhin verständigen – durch eine Feststellung durch die Hauptversammlung. Der Konzernabschluss wird

nicht festgestellt. Es erfolgt weder eine Billigung durch den Aufsichtsrat noch eine Feststellung durch die Hauptversammlung. Die Feststellung unterbleibt deshalb, weil im Unterschied zum Jahresabschluss dem Konzernabschluss keine Gewinnbemessungs- und Ausschüttungsbemessungsfunktion zukommt.

Wahl und Beauftragung des (Konzern-)Abschlussprüfers

Der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses wird von den Gesellschaftern gewählt, und – falls ein Aufsichtsrat eingerichtet ist – schließt der Aufsichtsrat mit dem Abschlussprüfer den Prüfungsvertrag ab und vereinbart das Entgelt.

Was gilt für den Konzernabschlussprüfer?

Der Konzernabschlussprüfer wird durch die Gesellschafter des Mutterunternehmens gewählt (§ 270 Abs. 1 UGB). Erfolgt keine gesonderte Wahl des Konzernabschlussprüfers und wird in der Hauptversammlung lediglich der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses der Muttergesellschaft gewählt, so gilt gem. § 270 Abs. 2 der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses des Mutterunternehmens auch als Abschlussprüfer des Konzernabschlusses bestellt.

Der Vertrag über die Konzernabschlussprüfung muss jedenfalls abgeschlossen werden. Er wird nicht etwa durch den

Vertrag über die Prüfung des Jahresabschlusses mit abgedeckt! Es spricht allerdings nichts dagegen, beide Prüfungen in einem Vertrag zu vereinbaren.

Berichterstattung des Konzernabschlussprüfers

Wie bei der Prüfung des Jahresabschlusses hat der Abschlussprüfer des Konzernabschlusses über das Ergebnis seiner Prüfung einen Prüfungsbericht zu verfassen und den gesetzlichen Vertretern und Mitgliedern des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft vorzulegen.

Den Sitzungen des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft, die sich mit der Prüfung des Konzernabschlusses befassen, ist der Konzernabschlussprüfer beizuziehen; ebenso den Sitzungen des Prüfungsausschusses, die sich mit der Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses und der Prüfung des Jahres- und Konzernabschlusses befassen.

Berichterstattung des Aufsichtsrats

Nach der Prüfung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts hat der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft die Pflicht, der Hauptversammlung der Muttergesellschaft über die Prüfungstätigkeit zu berichten. In seinem Bericht muss der Aufsichtsrat das Ergebnis seiner Prüfung des Konzern-

abschlusses darlegen sowie zum Ergebnis der Prüfung durch den Konzernabschlussprüfer Stellung nehmen.

Exkurs/Ausblick

- *Kommen auf den Aufsichtsrat im Konzern Neuerungen zu?*
- *Womit ist zu rechnen?*

Zurzeit gibt es in Österreich keine Bestrebungen ein vollständig kodifiziertes Konzernrecht zu schaffen, doch sollen einzelne Problemkreise des Konzernrechts einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Diese Problemkreise betreffen vor allem den Gläubiger- und Minderheitsschutz in der Tochtergesellschaft, nämlich die Konzerneingangskontrolle und die Konzernleitungskontrolle, den Minderheitsschutz in der Obergesellschaft und konzernbezogene Haftungsfragen.

Auf europäischer Ebene gab es zwar Ansätze für eine vollständige Harmonisierung des Konzernrechts, diese wurden jedoch bisher nicht weiter verfolgt. Die angedachte neunte Richtlinie über die Konzernrechtsangleichung ist nach allgemeiner Ansicht gescheitert. Doch finden sich im Aktionsplan der Europäischen Kommission für 2013 und 2014 Initiativen, die auch für Konzerne interessant werden können. Allen vo-

ran die verstärkte Einbindung der Aktionäre in die Corporate Governance. Sie sollen bessere Möglichkeiten erhalten, die Vergütungspolitik und Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen zu überwachen.

Somit bleibt es bis auf Weiteres beim bereits vorhandenen gesellschaftsrechtlichen Instrumentarium, um konzernbezogene Konstellationen und Besonderheiten – insbesondere aus der Aufsichtsperspektive – zu behandeln.

Ansprechpartner

WP/StB Dr. Aslan Milla

Senior Partner

PwC Österreich

Tel.: +43 1 501 88-1700

E-Mail: aslan.milla@at.pwc.com

PwC Österreich GmbH

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Erdbergstraße 200, 1030 Wien

www.pwc.at

RA Dr. Martin Brodey, LL.M.

Partner

DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte

Tel.: +43 1 533 47 95-38

E-Mail: martin.brodey@dbj.at

DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH

Universitätsring 10, 1010 Wien

www.dbj.at

Publikationen aus der Serie „Tool-Box für Aufsichtsräte“

Aufsichtsrat von A bis Z

Das Nachschlagewerk für den besseren Überblick

Praktisches Nachschlagewerk mit den wichtigsten Themen der Aufsichtsratsmitglieder.

Der Prüfungsausschuss

Praxisleitfaden zur effizienten Überwachung

Rahmenbedingungen für die Bildung eines Prüfungsausschusses und deren Tätigkeit sowie Darstellung von Best Practices.

Die innere Ordnung des Aufsichtsrates

Rechte und Pflichten

Überblick über Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder. Relevante Bestimmungen zu Ausschüssen, Sitzungen, Beschlüssen und Niederschriften.

Fragen des Aufsichtsrates an den Abschlussprüfer

Anregungen und Herausforderungen

Anregungen für den Aufsichtsrat, um das nachhaltige Verständnis des Abschlussprüfers für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens und sein Umfeld zu überprüfen.

IFRS für Aufsichtsräte

Überblick und Leitfaden für die Überwachung

Grundlegender Überblick zu einzelnen wesentlichen Bilanzierungsfragen rund um die immer wichtiger werdende IFRS-Berichterstattung.

Interne Revision

Überwachung und Nutzen für Aufsichtsorgane

Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Aufsichtsrates in der Internen Revision sowie Abhandlungen zu den wichtigsten Fragen der Informationsbeschaffung.

M&A für Aufsichtsräte

Ein Leitfaden für die Praxis

Wesentliche Fragestellungen, Aufgaben, Pflichten und Haftung des Aufsichtsrates bei einer M&A-Transaktion.

Nachhaltigkeit und Unternehmensverantwortung

Gemeinsame Pflichten und neue Herausforderungen

Als Kontrollorgan kommt hierbei gerade dem Aufsichtsrat eine besondere Bedeutung zu.

Risikomanagement und Interne Kontrolle für Aufsichtsräte

Neue Herausforderungen und praxisgerechte Lösungen

Die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates entwickelt sich zu einer weiteren wichtigen Kernaufgabe, die vielfältige Herausforderungen mit sich bringt.

Steuern für Aufsichtsräte

Ein kompakter Leitfaden

Durch die zunehmende Komplexität und Geschwindigkeit der Steuergesetzgebung wird es auch für Aufsichtsräte immer wichtiger einen Überblick über den aktuellen Stand des Steuerrechts zu haben.

Sie können alle Broschüren aus der Serie „Tool-Box für Aufsichtsräte“ bei **Ulrike Hammer** bestellen:

Tel.: +43 1 501 88-5101

E-Mail: ulrike.hammer@at.pwc.com

Oder kostenlos als iPhone/iPad-App herunterladen:

www.pwc.at/aufsichtsrat

Diese Broschüre wurde von DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte und PwC Österreich erstellt. Eine kommerzielle Vervielfältigung bedarf unserer Zustimmung. Die Autoren übernehmen keine Haftung und Gewährleistung für Vollständigkeit und Richtigkeit; diese Broschüre kann nicht als Entscheidungsgrundlage für konkrete Sachverhalte dienen.

Für Rückfragen stehen Ihnen Ihre Berater von DORDA BRUGGER JORDIS und PwC gerne zur Verfügung.

„PwC“ bezeichnet das PwC-Netzwerk und/oder eine oder mehrere seiner Mitgliedsfirmen. Jedes Mitglied dieses Netzwerks ist ein selbständiges Rechtssubjekt. Weitere Informationen finden Sie unter www.pwc.com/structure.

www.pwc.at