

Florian Ebner/Alexander Leonhartsberger/Sophie Natlacen

Die Lengenfels AG reloaded: Neue Chancen

Praktisches Fallbeispiel mit Lösungsskizze

Beim diesjährigen Aufsichtsratstag wurde ein praktisches Fallbeispiel zum Thema „Transformation“, das heißt die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle und gleichzeitige Wandlung des Unternehmens, diskutiert.⁽¹⁾ Im Rahmen einer zweiteiligen Reihe soll auf die besonderen Aufgaben des Aufsichtsrats in dieser Situation eingegangen und eine Lösung vorgeschlagen werden.



1. SACHVERHALT

1.1. Ausgangslage

Die Lengenfels AG mit Sitz im oststeirischen Hartberg ist im Bereich der Energieerzeugung, -speicherung, -leitung und -rückgewinnung tätig. Die Lengenfels-Gruppe verkauft ihre Produkte in 42 Ländern mit acht Betriebsstandorten und einem jährlichen Umsatz von 900 Mio €. In den letzten Jahren hat die Lengenfels AG – nicht ohne Eigenverschulden – arge Turbulenzen durchlitten.

Die Familie Lengenfels hält mittelbar 38 % der Aktien der Lengenfels AG über die Lengenfels Beteiligungsholding-GmbH (LBH-GmbH). An der Lengenfels AG sind auch die Familie Roller, die ursprünglich als Finanzier eingestiegen ist (21 %), sowie Hans Butz, der ebenfalls rund 21 % hält, beteiligt. Diese agieren eigenständig. An dem Unternehmen sind noch 12 weitere 1- bis 2%ige Gesellschafter beteiligt.

Nach dem Tod der Mutter im Jahr 2017 befinden sich die Familienanteile mittelbar im alleinigen Besitz ihrer drei Kinder Josef, Katharina und Gerhard. Ein ursprünglich geplanter Verkauf an einen schweizerischen Konzern ist letztlich nicht vollzogen worden.

Da Katharina Lengenfels (36 Jahre) ohnehin für den Aufsichtsrat als Nachfolgerin ihrer Mutter vorgesehen war, nahm sie während der letzten zwei Jahre vor dem Tod ihrer Mutter bereits als ständiger Gast an den Aufsichtsratssitzungen teil. Zum Teil übernahm sie auch die Protokollführung, nämlich dann, wenn die Hauptsekretärin des Vorstands Kurt Klein verhindert war. Nach dem Tod ihrer Mutter Theresa Lengenfels wurde Katharina Lengenfels in den Aufsichtsrat der Lengenfels AG bestellt und übernahm sogleich die Position der Aufsichtsratsvorsitzenden, nachdem sie wenige Monate zuvor (spät, da nach zwei Unterbrechungen) ihr Masterstudium „International Management“ an der Wirt-

schaftsuniversität Wien abgeschlossen hatte. Sie löste somit ihren Bruder Josef Lengenfels ab, welcher dem Aufsichtsrat als einfaches Mitglied weiterhin angehört und dessen Ehefrau Martha Lengenfels Leiterin der Abteilung für Forschung und Entwicklung in der Lengenfels AG ist.

Nach dem völlig überraschenden Ausscheiden des Vorstandsmitglieds Friederike Fischer, die aufgrund eines außergewöhnlichen Angebots aus Deutschland das Unternehmen verlässt, übernimmt Katharina Lengenfels kurz entschlossen vorübergehend ein Vorstandsmandat. So soll die Suchzeit für das Mandat überbrückt werden. Das Aufsichtsratsmitglied Hans Butz (56 Jahre) übernimmt nach dem Wechsel von Katharina Lengenfels in den Vorstand die Position des Aufsichtsratsvorsitzenden. Herbert Haller ist vor Kurzem aus dem Aufsichtsrat der Lengenfels AG ausgeschieden, da er mit Vollendung des 78. Lebensjahres die Altersgrenze der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat überschritten hat. Seine Position wird nicht nachbesetzt, da er vor allem der Vertraute der Mutter war. Die Satzung der Lengenfels AG sieht vier bis sechs Mitglieder für den Aufsichtsrat vor. Die weiteren Kapitalvertreter im Aufsichtsrat der Lengenfels AG sind Felix Roller (65 Jahre) und seit sechs Monaten Christina Lohr (48 Jahre). Letztere ist Informatikprofessorin an der Fachhochschule Krams. Weiters befinden sich drei Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Lengenfels AG.

1.2. Eine verpasste Chance für die Lengenfels AG

Der Lengenfels AG ist es mit der Verwendung von runden Zellen, welche deutlich mehr Energie speichern können als Flachzellen, gelungen, in die Herstellung von Autoakkus einzusteigen. Neben der Leitung und Speicherung von Energie im Allgemeinen hat das Unternehmen vor zwei Jahren das Geschäftsfeld auf die Autozulieferung erweitert.

Florian Ebner, LL.M. (WU), Alexander Leonhartsberger, LL.M. (WU) und Sophie Natlacen, LL.M. (WU) sind Universitätsassistenten am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

(1) Das von Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) und ihren Mitarbeitern erarbeitete Fallbeispiel wurde beim 8. Österreichischen Aufsichtsratstag am 1. 3. 2018 für drei verschiedene Unternehmenstypen diskutiert (Familienunternehmen, börsennotierte Unternehmen sowie öffentliche Unternehmen). Im Folgenden wird der (gekürzte) Sachverhalt für den Workshop „Familienunternehmen“ wiedergegeben, wobei in der Lösungsskizze punktuell auf die Besonderheiten bei börsennotierten Gesellschaften eingegangen wird.

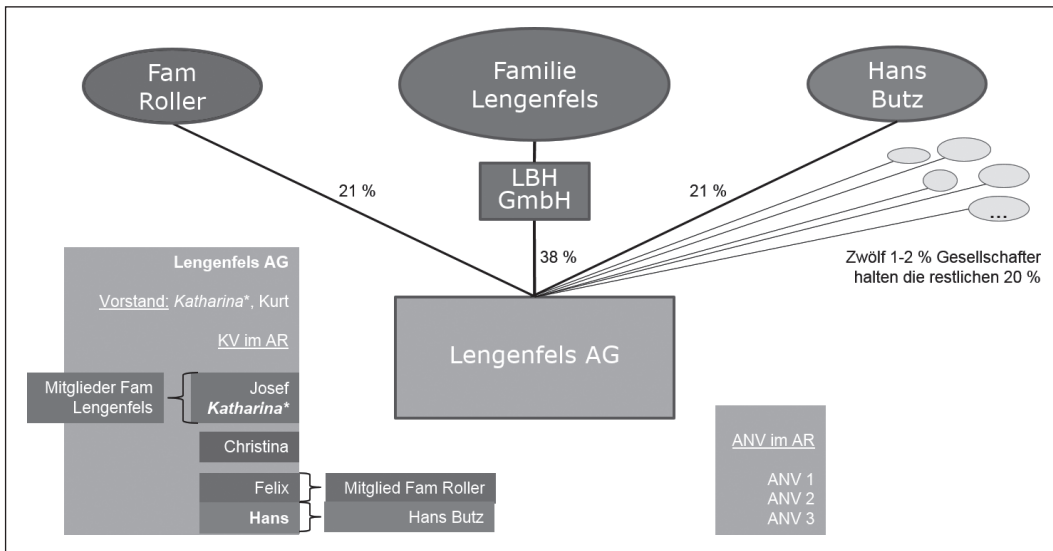


Abbildung 1

Nach dem geplatzten Verkauf an den schweizerischen Konzern wollen die Vorstandsmitglieder Kurt Klein und Katharina Lengenfels das Geschäftsfeld der Lengenfels AG „neu aufstellen“. Dabei kommt die Möglichkeit des Kaufs der Flow GmbH gerade recht. Bei der Flow GmbH handelt es sich um ein junges, innovatives Unternehmen, das Ladestationen für Elektroautos entwickelt. Über die letzten fünf Jahre hat das Unternehmen in drei Ländern bzw. Regionen (Österreich, Liechtenstein, Südtirol) schwerpunktmäßig in kleineren Ballungsräumen eine Infrastruktur für Elektroautofahrer geschaffen und bietet öffentliche Ladestationen an Tankstellen, Supermärkten und bewachten Parkplätzen ebenso an wie private Ladestationen für zu Hause.

Durch die technische Weiterentwicklung der Flow GmbH verringert sich die Zeit, die der Akku des Autos zum Vollladen braucht, spürbar. Das Prestigeprojekt der Flow GmbH ist das sogenannte induktive Laden. Der Ladevorgang vollzieht sich dabei über speziell ausgerüstete Bodenplatten, auf denen ein Elektroauto parkt. Die Energiezufuhr kommt völlig ohne Ladekabel aus. Derzeit arbeitet die Flow GmbH daran, das Risiko möglicher Unfälle komplett zu eliminieren.

In einem weiteren Schritt könnten ganze Straßen mit solchen – noch fortzuentwickelnden – Ladeplatten ausgestattet werden, um ein Aufladen auch während des Fahrens zu ermöglichen. Experten sind sich einig, dass bis zum Durchbruch dieser Ladetechnik zwar noch einige Jahre vergehen werden; gelingt der nächste Schritt, so könnte diese Ladetechnik der entscheidende Schub für die gesamte Autobranche zugunsten der Elektroautos und weg von Autos mit Verbrennungsmotoren sein.

Geschäftsführender Gesellschafter der Flow GmbH ist der vor Selbstüberschätzung strotzende Kevin Fidelspitz. Diesem gelang es kürz-

lich, mit der Ausstattung von acht Parkstraßen in Paris einen echten Prestigeauftrag an Land zu ziehen. Der Auftrag verursachte aber ein dickes Minus bei der Flow GmbH, da sich die ursprünglichen Kalkulationen wegen nachträglich notwendig gewordener Bewilligungen, einiger Denkmalschutzprobleme und des Ausstiegs eines französischen Partners als viel zu optimistisch erwiesen. Die Gesellschafter, unter anderem Kevin Fidelspitz, mussten der Flow GmbH ziemlich viel Geld zuschießen, um die Gesellschaft über die Folgemonate „zu bringen“. Der Preis für die Flow GmbH (45 Mio €) ist zwar extrem hoch angesetzt, wäre für die Lengenfels AG aber durchaus leistbar und gegebenenfalls eine überlegenswerte Investition.

Für die beiden Vorstandsmitglieder der Lengenfels AG ist dieses Geschäftsfeld die logische Weiterentwicklung für die Lengenfels AG. Im Lichte des Wandels der Automobilbranche in Richtung Elektromobilität scheint die flächendeckende Versorgung von Elektroautos mit Strom ein lukratives Geschäftsfeld darzustellen und sollte der Eintritt mithilfe der Flow GmbH ohne große technische Schwierigkeiten möglich sein. Das bestehende Know-how der Lengenfels AG könnte zu einer deutlichen Verbesserung der Ladeplatten beitragen. Nach einer kurzen Information durch Kurt Klein reklamiert sich Hans Butz, der Vorsitzende des Aufsichtsrats, – wegen seiner langen Erfahrung – in die Verhandlung und will wegen der Bedeutung der Transaktion für die Gesellschaft zumindest an den Gesprächen teilnehmen.

Im Aufsichtsrat der Lengenfels AG scheint sich jedoch nach zwei Diskussionsrunden im Plenum sehr schnell die ablehnende Haltung des Gremiums gegenüber dem Erwerb der Flow GmbH abzuzeichnen. Insbesondere Hans Butz ist von der Idee wenig begeistert und weist auf die hohe politische Abhängigkeit dieser Branche hin. Wenn die entsprechende Infra-

struktur von staatlicher Seite nicht erschlossen wird, wären sämtliche Investitionen in diesem Bereich völlig wertlos und daher hochriskant. In Wahrheit liegt die Abneigung von Hans Butz diesem Projekt gegenüber allerdings primär im arroganten Auftreten des Kevin Fidelspitz begründet. Hans Butz kann sich von der ersten Begegnung an nicht vorstellen, mit Kevin Fidelspitz dauerhaft zusammenzuarbeiten oder dessen Produkt zu übernehmen. Nach und nach redet Hans Butz den weiteren Aufsichtsratsmitgliedern das Projekt aus, seien die Risiken und möglichen negativen Folgen des Projekts doch zu groß. Gerhard Lengenfels sowie weitere Teile der Familien Lengenfels und Roller stehen der Investition ebenfalls skeptisch gegenüber, da ihnen die Vorhersagen und die dauerhafte Abhängigkeit von Förderungen nicht geheuer sind.

Das Projekt scheitert schließlich am Widerstand des Aufsichtsrats. Christina Lohr ist erst seit Kurzem im Aufsichtsrat der Lengenfels AG tätig und argumentiert ausschließlich wissenschaftlich unter Heranziehung von Zitaten aus Fachzeitschriften. Sie unterlässt es aber, tiefer gehende Gespräche mit einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern zu führen, um die Aussagen aus den Fachzeitschriften zu erläutern, da diese ihrer Meinung nach ohnehin „sonnenklar“ sind. Insgesamt hält sie das Geschäft mit den Ladeplatten für durchaus zukunftsfähig und mit dem Geschäftsfeld der Lengenfels AG sehr gut vereinbar. Felix Roller und Josef Lengenfels stehen dem Projekt eher indifferent gegenüber, folgen letztlich aber der Ansicht von Hans Butz, sodass das Projekt nicht einmal mehr zum Antrag genommen wird.

2. LÖSUNGSSKIZZE

2.1. Flow GmbH: Handeln die folgenden (Mitglieder der) Organe angemessen?

2.1.1. Vorstand

Dem Kollegialorgan Vorstand obliegt die Leitung der Gesellschaft sowie deren Vertretung nach außen (§§ 70 und 71 AktG). Der Vorstand der AG hat zum Wohle des Unternehmens zu handeln. Dabei muss er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden.⁽²⁾ Der potenzielle Erwerb der Flow GmbH fällt somit in die Kompetenz des Vor-

stands der Lengenfels AG, derzeit bestehend aus Katharina Lengenfels und Kurt Klein. Die beiden Vorstandsmitglieder sind folglich zuständig für die Verhandlungsführung und nehmen diese Aufgabe auch wahr. Katharina Lengenfels und Kurt Klein treten – ganz im Sinne eines Kollegialorgans – geschlossen auf; sie sehen beide den Erwerb der Flow GmbH als Chance für die Weiterentwicklung der Lengenfels AG in Richtung Elektromobilität. Konkrete Anhaltspunkte für etwaige Pflichtverletzungen sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Nun stellt sich die Frage nach der Einbindung des Aufsichtsrats. Gemäß § 95 Abs 5 Z 1 AktG ist der Erwerb eines Unternehmens oder einer Beteiligung (§ 189a Z 2 UGB) ein zustimmungspflichtiges Geschäft. Vor Erwerb der Flow GmbH muss der Aufsichtsrat der Lengenfels AG der Transaktion zustimmen. Die Entscheidung über den Erwerb der Flow GmbH stellt sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat eine unternehmerische Entscheidung dar.⁽³⁾ Verweigert der Aufsichtsrat die Zustimmung, verbleibt jedoch für den Vorstand kein Ermessensspielraum und das Geschäft hat zu unterbleiben.⁽⁴⁾ Katharina Lengenfels und Kurt Klein müssen den Aufsichtsrat mit entsprechender Information versorgen (Vorlagebericht),⁽⁵⁾ damit der Aufsichtsrat eine fundierte Entscheidung treffen kann. In der Praxis sollte der Aufsichtsrat sinnvollerweise schon während der Verhandlungen informell eingebunden werden. Selbstverständlich darf es dadurch aber zu keiner Kompetenzverschiebung kommen; die Verhandlungsführung hat beim Vorstand zu verbleiben.

2.1.2. Aufsichtsratsvorsitzender Hans Butz

Der Aufsichtsrat überwacht den Vorstand. Der Aufsichtsratsvorsitzende Hans Butz drängt sich in die Verhandlung über den Erwerb der Flow GmbH. Dies verstößt jedoch gegen die Trennung von Unternehmensleitung und -aufsicht. In der Praxis ist es sinnvoll, den Aufsichtsrat bzw den Aufsichtsratsvorsitzenden informell in bestimmte Geschäfte (wie etwa einen Unternehmenserwerb) einzubinden, schließlich muss der Aufsichtsrat dem Geschäft später zustimmen. Eine aktive Rolle bei den Verhandlungen darf der Aufsichtsrat aber nicht spielen. Hans Butz überschreitet somit seine Kompetenz als Aufsichtsratsvorsitzender.

(2) Vgl § 84 Abs 1 AktG; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/425.

(3) Vgl zum unternehmerischen Ermessen des Vorstands *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht², Rz 3/444; *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) § 41 Rz 1 ff; zum unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrats *R. Briem* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 12 Rz 59 ff und 84 ff.

(4) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 95 Rz 102.

(5) Siehe dazu *R. Briem* in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 12 Rz 65 ff.

Es stellt sich schließlich heraus, dass der Aufsichtsratsvorsitzende Hans Butz dem Geschäft aufgrund einer persönlichen Animosität gegenüber dem derzeitigen Geschäftsführer der Flow GmbH ablehnend gegenübersteht. Auch Aufsichtsratsmitglieder haben bei der Ausübung ihrer Funktion Sorgfalts- und Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft zu beachten.⁽⁶⁾ Persönliche Befindlichkeiten dürfen demnach nicht Grundlage einer Entscheidung sein. Natürlich kann eine „schwierige Person“ beim Erwerb eines Unternehmens ein zu berücksichtigender Faktor sein, insbesondere wenn die Person auch nach dem Erwerb weiterhin eine Rolle im erworbenen Unternehmen spielen wird. Trotzdem sollte dieser Faktor möglichst objektiv beurteilt und nicht als ausschließliches Argument für die Ablehnung einer Transaktion herangezogen werden. Hans Butz handelt nicht sorgfaltsgemäß, da er sich bei seiner Entscheidungsfindung ausschließlich von persönlichen Befindlichkeiten leiten lässt.

Hans Butz trifft jedoch nicht nur seine persönliche Entscheidung auf Grundlage von unzureichenden Gründen, sondern „überredet“ wegen seiner Abneigung gegenüber Kevin Fidelspitz auch die restlichen Aufsichtsratsmitglieder, das Geschäft abzulehnen. Auch hier handelt Hans Butz nicht sorgfaltsgemäß. Er hätte seine Abneigung gegenüber Kevin Fidelspitz offenlegen müssen, um so eine Diskussion über diesen Punkt sowie eine losgelöste Auseinandersetzung mit der Transaktion als solcher zuzulassen.

2.1.3. Aufsichtsrat

Um seiner Pflicht, den Unternehmenskauf zu evaluieren und schließlich dem Geschäft zuzustimmen oder es abzulehnen, nachkommen zu können, benötigt der Aufsichtsrat ausreichend Informationen. Stellt der Vorstand diese Informationen nicht zur Verfügung, muss der Aufsichtsrat nachfragen und die relevanten Informationen verlangen.⁽⁷⁾ Hier ist insbesondere der Aufsichtsratsvorsitzende Hans Butz als Bindeglied zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat gefragt. In einem zweiten Schritt hat der Aufsichtsratsvorsitzende die Informationen, die er vom Vorstand erhält, an das Gesamtgremium weiterzuleiten.

Gleichzeitig haben auch die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder die Pflicht, sich mit der Transaktion selbst auseinanderzusetzen und nicht bloß unüberlegt der Meinung des Hans Butz zu folgen. Sind nicht ausreichend Infor-

mationen vorhanden, um eine fundierte Entscheidung treffen zu können, ist das einzelne Mitglied verpflichtet, sich selbst um die Informationsbeschaffung zu kümmern. Das Aufsichtsratsmitglied hat sich dazu nicht nur an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu wenden, sondern kann bzw muss (bei Untätigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden) die Informationen auch direkt vom Vorstand verlangen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats der Lengenfels AG hatten es unterlassen, weitergehende Informationen beim Vorstand einzuholen, und konnten sich folglich nicht ausreichend mit der potenziellen Transaktion auseinandersetzen. Sie haben sich daher sorgfaltswidrig verhalten.

Der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK) empfiehlt dem Aufsichtsrat (eines börsennotierten Unternehmens) die Festlegung der Informations- und Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat in der Geschäftsordnung.⁽⁸⁾ Außerdem hat der Aufsichtsrat die zustimmungspflichtigen Geschäfte zu konkretisieren.⁽⁹⁾

2.1.4. Christina Lohr

Bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist auf die fachliche und persönliche Qualifikation der Mitglieder und auf eine fachlich ausgewogene Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu achten. Christina Lohr ist aufgrund ihrer Qualifikation als Informatikprofessorin an der Fachhochschule Krems und wegen ihres Fachwissens gut geeignet, den Aufsichtsrat der Lengenfels AG zu ergänzen. Nachdem im Aufsichtsrat mehrere Personen mit unterschiedlichen Hintergründen zusammentreffen, ist es für eine funktionierende Kommunikation unerlässlich, dass jedes Aufsichtsratsmitglied seine Kenntnisse in eine für alle verständliche Sprache „übersetzt“. Wenn Christina Lohr bloß aus Fachjournalen zitiert und es unterlässt, diese Aussagen zu erläutern, kann niemand von ihrem Wissen profitieren und dieses als Basis für eine Entscheidung heranziehen. Dennoch sind auch die weiteren Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, nachzufragen, wenn diese mit für sie nicht verständlichen Ausführungen konfrontiert werden. Ebenso müsste der Aufsichtsratsvorsitzende Hans Butz auf verständliche Angaben von Christina Lohr hinwirken. Im Ergebnis verhalten sich der Aufsichtsrat und Christina Lohr im Speziellen nicht sorgfaltsgemäß, da eine fundierte Entscheidungsfindung so nicht möglich ist.

⁽⁶⁾ *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht*², Rz 3/705 ff.

⁽⁷⁾ Vgl *Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch*², § 26 Rz 63 ff.

⁽⁸⁾ Vgl C-Regel 34 des ÖCGK.

⁽⁹⁾ Vgl L-Regel 35 des ÖCGK; siehe dazu *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht*², Rz 3/302.

2.2. Teilnahme von Katharina Lengenfels an den Aufsichtsratssitzungen sowie Protokollführung vor Mandatsübernahme

Gemäß § 93 Abs 1 AktG dürfen Personen, die weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand angehören, an den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse grundsätzlich nicht teilnehmen. Ausnahmen kennt das Gesetz nur in sehr engen Grenzen, beispielsweise für Sachverständige und Auskunftspersonen: Diese dürfen nach dem Wortlaut des Gesetzes zur Beratung über einzelne (!) Gegenstände hinzugezogen werden.

Die Langzeitstudentin Katharina Lengenfels ist weder als Sachverständige noch als Auskunftsperson anzusehen. Ihre Teilnahme ist vielmehr dadurch motiviert, dass sie zur Eigentümerfamilie gehört und sie bald ihrer Mutter im Aufsichtsrat nachfolgen soll. Vom Gesetz ist dieser Fall nicht gedeckt. Die Teilnahme von Katharina an den Aufsichtsratssitzungen ist somit grundsätzlich unzulässig. Allein die Motivation, dass Katharina bereits vor Mandatsübernahme in die Aufsichtsratsaktivität reinschnuppern kann und ein Gespür dafür bekommen soll, wie die Arbeit als Aufsichtsrätin funktioniert, und dadurch die Mandatsübergabe von Mutter zu Tochter erleichtert wird, rechtfertigt die ständige Teilnahme einer aufsichtsratsratsfremden, wenngleich der Eigentümerfamilie entstammenden Person an den Aufsichtsratssitzungen über einen Zeitraum von zwei Jahren (!) nicht.

Der punktuellen Zulässigkeit der Sitzungsteilnahme von aufsichtsratsratsfremden Personen liegt der Gedanke der Effizienzsteigerung bei der Erfüllung der Überwachungsarbeit zugrunde.⁽¹⁰⁾ Ein unmittelbarer Mehrwert für die Beratung im Gremium ist durch die Teilnahme von Katharina nicht zu erkennen. Mittelbar könnte durch ihre Teilnahme insofern ein Mehrwert für die Aufsichtsratsarbeit entstehen, als eine reibungslose „Übergabe“ des Aufsichtsratsmandats von der Mutter an die Tochter und somit ein durchgängiges „Funktionieren“ des Gremiums Aufsichtsrat gewährleistet wird. Dem stehen allerdings die Gefahren gegenüber, die durch die Teilnahme externer Personen an vertraulichen Aufsichtsratssitzungen entstehen, zumal Katharina vor Annahme des Aufsichtsratsmandats in keinem Vertragsverhältnis zur Lengenfels AG steht und somit keinen (Verschwiegenheits-)Verpflichtungen unterliegt. Auch wenn die Gefahr der Informationsweitergabe nach außen durch die Zugehörig-

keit Katharinas zur Eigentümerfamilie geringer sein wird als bei der Teilnahme „echter Dritter“ an der Aufsichtsratssitzung, können die möglichen längerfristigen positiven Auswirkungen auf die Aufsichtsratsarbeit dennoch keine ständige, zweijährige Teilnahme von Katharina an den Aufsichtsratssitzungen rechtfertigen. Zu groß ist die Gefahr der Informationsweitergabe an Dritte. Dennoch hat die unrechtmäßige Teilnahme von Katharina an den Aufsichtsratssitzungen keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der dort gefassten Beschlüsse.⁽¹¹⁾

Ist die (Un-)Zulässigkeit der Teilnahme von Katharina an den Aufsichtsratssitzungen anders zu beurteilen, wenn sie für die Protokollführung benötigt wird? Gemäß § 92 Abs 2 AktG ist von den Verhandlungen und Beschlüssen des Aufsichtsrats eine Niederschrift anzufertigen, die der Aufsichtsratsvorsitzende zu unterzeichnen hat. Anfertigen muss der Aufsichtsratsvorsitzende die Niederschrift hingegen nicht persönlich. Die Hinzuziehung einer externen Person wie Katharina für den Zweck der Protokollanfertigung ist zumindest dann zulässig, wenn kein Aufsichtsratsmitglied widerspricht.⁽¹²⁾ Jedenfalls sollte aber eine Vertraulichkeitsvereinbarung mit Katharina abgeschlossen werden.

2.3. Eintritt von Katharina Lengenfels in den Aufsichtsrat sowie Übernahme des Vorsitzes

Nur wenige Monate nach dem Studienabschluss steigt die Langzeitstudentin Katharina Lengenfels in den Aufsichtsrat ein. Es ist fraglich, ob ihre Qualifikationen (BWL-Studium mit Managementspezialisierung) und die Familienzugehörigkeit ausreichen, um das Gremium zu bereichern. Jedenfalls fehlt es ihr an Erfahrung.

Zielführender wäre es gewesen, Katharina zuerst im Unternehmen Erfahrungen sammeln zu lassen, bevor sie ein Aufsichtsratsmandat erhält. Hier zeigt sich ein schweres Versäumnis der Familie Lengenfels: Es fehlt eine Familienverfassung. Eine solche Familienverfassung könnte unter anderem den Eintritt der nächsten Generation in das Familienunternehmen regeln.

Weiters hätte Katharina nicht sogleich zur Aufsichtsratsvorsitzenden gewählt werden sollen. Die Rolle der Aufsichtsratsvorsitzenden erfordert enormes Fingerspitzengefühl. Daher ist es wichtig, bereits viel Erfahrung gesammelt zu haben (in anderen Gremien oder als einfaches Aufsichtsratsmitglied). Der Aufsichtsratsvor-

⁽¹⁰⁾ Zollner in *Kalss/Kunz*, Handbuch², § 22 Rz 67.

⁽¹¹⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) §§ 92 – 94 Rz 41.

⁽¹²⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 92 Rz 56; für die Notwendigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses, um die Protokollführung durch einen Dritten zu verhindern, *Hopt/Roth* in *Großkommentar zum AktG*⁴, § 107 Rz 102 und 175.

sitzende muss im Gremium respektiert werden und dem Vorstand auf Augenhöhe begegnen können. Es ist kaum vorstellbar, dass Katharina diese Eigenschaften ganz ohne Erfahrung in ihrem noch relativ jungen Alter mitbringt.

2.4. Vorübergehende Übernahme des Vorstandsamtes durch Katharina Lengenfels

Gemäß § 90 Abs 2 AktG kann der Aufsichtsrat für einen im Voraus begrenzten Zeitraum einzelne seiner Mitglieder zu Vertretern von verhinderten Vorstandsmitgliedern bestellen. Nachdem Friederike Fischer überraschend aus dem Vorstand ausgeschieden ist, übernimmt Katharina Lengenfels – zur Überbrückung der Suchzeit für ein neues Vorstandsmitglied – vorübergehend das Vorstandsmandat. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines temporären Wechsels vom Aufsichtsrat in den Vorstand liegen vor.⁽¹³⁾

Für die Übernahme des Vorstandsmandats ist ein Bestellungsbeschluss des Aufsichtsrats erforderlich. Bei der vorübergehenden Bestellung von Katharina zum Vorstandsmitglied sind die allgemeinen Bestimmungen, also auch die Aktionärsschutzklausel, einzuhalten. So erfordert die Bestellung Katharinas in den Vorstand sowohl die Mehrheit des Gesamtaufsichtsrats als auch die Mehrheit der Kapitalvertreter.⁽¹⁴⁾

Es muss bei einer temporären Vertretung bleiben, da ansonsten eine Verletzung des aktienrechtlichen Kompetenzgefüges durch Aufweichung des Prinzips der Trennung von Unternehmensleitung und Unternehmensaufsicht die Folge wäre.⁽¹⁵⁾

2.5. Konstellation Josef Lengenfels als Aufsichtsratsmitglied, Martha Lengenfels als leitende Angestellte und Katharina Lengenfels als temporäres Vorstandsmitglied

Das Prinzip der Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat, also Leitung und Überwachung, ist in der gegebenen Konstellation potenziell gefährdet, da die Mitglieder der Familie Lengenfels durch die – wenn auch nur vorübergehende – Übernahme des Vorstandsmandats durch das Familienmitglied Katharina nun auf allen „Seiten“ vertreten sind. Katharina, die ei-

gentlich Aufsichtsratsmitglied ist und den Vorsitz erst unlängst von ihrem Bruder Josef übernommen hat, wird nun von diesem kontrolliert. Durch die Tatsache, dass die Ehefrau von Josef, nämlich Martha, eine leitende Stellung im Unternehmen innehat, wird der Interessenkonflikt noch verschärft. Auch hier lässt sich die Planlosigkeit der Familie Lengenfels erkennen. Diese Interessenkonflikte hätten durch die Implementierung einer Familienverfassung mit klaren Vorgaben verhindert werden können.

2.6. Festlegung einer Altersgrenze in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats

Altersgrenzen für Aufsichtsratsmitglieder in Satzungen sind zulässig und sinnvoll, um zu vermeiden, dass Personen ein Mandat innehaben, die die Aufsichtsratsfähigkeit nicht mehr im vollen Umfang leisten können.⁽¹⁶⁾ Bei der Einführung einer Altersklausel sollte darauf Bedacht genommen werden, dass nicht alle Aufsichtsratsmitglieder gleichzeitig ausscheiden, damit das bestehende Wissen im Gremium nicht verloren geht.⁽¹⁷⁾ Aufgrund des unterschiedlichen Alters der Aufsichtsratsmitglieder der Lengenfels AG ist dies nicht zu befürchten.

Fraglich ist, ob eine Altersklausel in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ebenfalls zulässig ist. Für den Aufsichtsratsvorsitzenden könnte das Gremium jedenfalls eine Altersgrenze vorsehen, nach deren Erreichen das Mitglied den Aufsichtsratsvorsitz nicht mehr innehat. Es handelt sich hier nämlich um eine Angelegenheit der Innenorganisation des Gremiums Aufsichtsrat; die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden obliegt dem Gremium. In unserem Fall sieht die Geschäftsordnung das Ausscheiden der Aufsichtsratsmitglieder aus dem Gremium mit Vollendung des 78. Lebensjahres vor. Während eine Altersgrenze durchaus sinnvoll ist, ist das in der Geschäftsordnung vorgesehene automatische Ausscheiden aus dem Gremium problematisch. Da der Gesamtaufsichtsrat keine Kompetenz zur Abbestellung seiner eigenen Mitglieder hat, erscheint es zweifelhaft, ob die Klausel ohne Zustimmung durch das betroffene Mitglied diese Wirkung entfalten kann. Eine derartige Regelung sollte daher in der Satzung verankert werden. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann aber (außer zur Unzeit) jederzeit freiwillig sein Mandat niederlegen.⁽¹⁸⁾

(13) Vgl. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 90 Rz 14.

(14) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 90 Rz 17.

(15) Siehe dazu näher Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 90 Rz 16 f.

(16) Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch², § 2 Rz 15 und 102.

(17) M. Doralt in Kalss/Kunz, Handbuch², § 8 Rz 85; Eigner, Neue Regeln zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, GesRZ 2012, 208 (220).

(18) Siehe näher Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch², § 45 Rz 78.