# Aufsichtsrat

Fachinformation für die verantwortungsvolle Kontrolle und Beratung von Unternehmen und Stiftungen



#### **Das aktuelle Interview**

Benedikt Kommenda spricht mit Dr. Eva-Maria Ségur-Cabanac

## Rechtsfragen für den Aufsichtsrat

Verantwortung für Bilanzfälschung durch Vorstandsmitglieder Nicht börsenotierte Gesellschaften und Emission von Eigenkapital Ist der Auszahlungszeitpunkt von Corona-Prämien frei gestaltbar?

## Praxisfragen rund um den Aufsichtsrat

Personalkosten vs Vorstands- und Aufsichtsratsvergütungen 2019 Der 20er-Aufsichtsrat – Professionalität im Jahr 2020 (Teil IV)

### **Aufsichtsrats-Workshop**

Fallbeispiel mit Lösung: Wünsche und Erwartungen der Eigentümer

#### Rechtsprechung

Gesellschafterausschluss und eigene Aktien

## Literaturrundschau



Jakob Deutsch / Alexander Leonhartsberger

## Wünsche und Erwartungen der Eigentümer

#### Praktisches Fallbeispiel mit Lösungsskizze – Teil II

Den Workshops des 10. Österreichischen Aufsichtsratstags zu börsenotierten, öffentlichen und Familienunternehmen lag eine Fallstudie zugrunde, die das Generalthema der Veranstaltung – "Wünsche und Erwartungen der Eigentümer" – widerspiegelte.(1) Auch dieses Jahr wird im Rahmen einer zweiteiligen Reihe eine Lösungsskizze präsentiert. Der zweite Teil(2) beleuchtet die Kompetenzverteilung auf Aufsichtsrats-, Gesellschafter- und Vorstandsebene sowie die Rolle des Aufsichtsrats bei der strategischen Begleitung und Mediation eines Familienunternehmens in einer Krisensituation.





#### 1. SACHVERHALT - FORTSETZUNG

#### 1.1. Was bisher geschah ...

Die Lerer Aqua AG durchlebt turbulente Zeiten. Seitdem die Enkel des Gründers je die Hälfte der Anteile des Unternehmens halten, sorgen externe Faktoren stets für neue Herausforderungen sowohl für den Aufsichtsrat als auch für den Vorstand. Die Struktur des Unternehmens verstärkt die wirtschaftliche Schieflage. Die Pattsituation auf Eigentümerebene strahlt durch die Besetzung mit familiennahen Personen auf die Ebene des Aufsichtsrats und des Vorstands aus. Die Talfahrt des Unternehmens spiegelt sich in der immer präsenten Übernahmegefahr und einem scheinbar unlösbaren Konflikt der widerstreitenden Interessensgruppen wider. Die Freude über die - temporäre - Entschärfung dieser Krise durch die Bestellung eines neuen und innovativen Vorstandsmitglieds und die Einbringung neuer Ideen ist nur kurzfristig, weil dadurch die Kluft zwischen den entgegengesetzten Interessen der Eigentümerfamilien noch größer wurde und die Maßnahmen nicht den gewünschten Effekt erzielten.

## 1.2. Chance durch Innovation – ein hoher Preis

Mit den neuen Anwendungen wurde der Umsatz mit den Getränken kurzfristig leicht gesteigert, dann erfährt das Unternehmen aber eine deutliche Umsatzdelle. Zunächst wurde wieder eine Diabetes-Studie veröffentlicht, die den Fruchtzucker in noch schlechteres Licht rückt. Die Sensibilität der Kunden ist nunmehr deutlich höher und die Umsatzzahlen sinken spürbar. Um die Abhängigkeit von den Getränken zu senken, werden neue Geschäftsfelder gesucht. Die Chemikerin Silvia schlägt vor, in den

stark wachsenden Markt für Fleischersatzprodukte (*plant-based meat*) einzusteigen, zumal das HPP-Verfahren eingesetzt werden könnte und es möglich wäre, Geschmack und Farbe "wirklichkeitsnah" nachzubilden. Dadurch könnte gerade auch bei Fleischliebhabern Interesse am Produkt geweckt werden.

Trotz der Synergien wären für dieses Vorhaben Investitionen iHv 45 Mio € notwendig (Produktionsstandort, Kosten für Produktentwicklung und -vertrieb etc), die angesichts der schwachen Ertragslage nur im geringen Maß durch den Cashflow finanziert werden könnten. Bei Fremdkapitalfinanzierung wäre für mindestens drei Jahre nicht mit Gewinnausschüttungen zu rechnen.

Ludwig, der nach wie vor über Andreas Bestellung als Vorstandsmitglied nicht hinweg ist, sieht keine Chance in dieser Erweiterung. Etliche Unternehmen seien in der Sparte plantbased meat schon viel weiter; der Trend sei auch nur eine kurze Modeerscheinung.

Stefan ist von dem hohen Investitionsbetrag abgeschreckt und spricht sich schon deshalb gegen die Pläne aus. Dennoch nimmt Benjamin - auf Initiative von Maria - die Investition und die Frage der Finanzierung auf die Tagesordnung für die nächste Aufsichtsratssitzung. Andrea übermittelt die von Silvia stammenden konkreten Pläne für den Einstieg in die Sparte plant-based meat samt Finanzierungsvorschlag an Benjamin und formuliert auch schon einen Antrag für den Aufsichtsrat aus. Silvia wendet sich an Andrea, fordert für ihr bisheriges Engagement und ihre Inputs ein stark über den Marktpreis gelegenes Beratungsentgelt und drückt Andrea eine Honorarnote in die Hand. Andrea ist zwar überrascht über Silvias Forderung, hält sie aber angesichts der klar aufgelisteten Stunden, des Ideenspendens und der noch

Jakob Deutsch, LL.M. (WU) ist Universitätsassistent prae doc am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

Alexander Leonhartsberger, LL.M. (WU) ist Universitätsassistent prae doc am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

<sup>(1)</sup> Siehe dazu Deutsch, Tagungsbericht zum 10. Österreichischen Aufsichtsratstag, Aufsichtsrat aktuell 2/2020, 28.

<sup>(2)</sup> Zum ersten Teil des Sachverhalts samt Lösungsskizze siehe *Deutsch/Leonhartsberger*, Wünsche und Erwartungen der Eigentümer – praktisches Fallbeispiel mit Lösungsskizze, Aufsichtsrat aktuell 4/2020, 23 (23 ff).

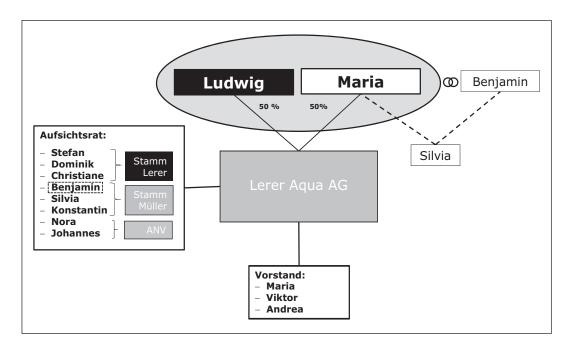


Abbildung 1: Gesellschaftsstruktur

folgenden Beratungsleistungen für gerechtfertigt und stellt das Beratungsentgelt auf die Tagesordnung der Aufsichtsratssitzung.

Zwei Wochen später findet die Aufsichtsratssitzung statt. Stefan bleibt der Sitzung fern. Ohne ihn könne schließlich kein Beschluss gefasst werden. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats sieht nämlich vor, dass sowohl die Anwesenheit des Aufsichtsratsvorsitzenden als auch die des Stellvertreters (zwischen denen der Vorsitz alle zwei Jahre wechselt) notwendig ist, um beschlussfähig zu sein.

Die Sitzung wird dennoch abgehalten. Die Beschlüsse werden mit Zustimmung der Vertreter der Familie *Müller* und der Arbeitnehmervertreter gefasst und von *Benjamin* als angenommen festgestellt und protokolliert. Bereits am nächsten Tag bringt *Andrea* die erste Honorarnote für *Silvias* Leistungen zur Überweisung und beginnt die Suche nach zwei bis drei Mitarbeitern für dieses Projekt.

#### 1.3. Das völlige Zerwürfnis

Ludwig und sein Vater fühlen sich überrumpelt. Andrea habe überhaupt kein Recht, "irgendwelche" Anträge in der Aufsichtsratssitzung zu stellen. Weiters seien die Beschlüsse aufgrund der Abwesenheit von Stefan nicht gültig zustande gekommen und das Beratungshonorar an Marias Tochter sei übertrieben.

Am selben Tag "passiert" auch noch der "Rausschmiss" von *Ludwigs* Schwiegersohn *Ottmar* durch *Andrea*. *Ottmar* leitete den Direktverkauf ("*Lerer Aqua Boutique*") mit Verköstigung und Unternehmensführungen. Er sei gegenüber einer Gruppe zu forsch aufgetreten.

Ludwig möchte nun Andrea so schnell wie möglich loswerden und droht mit einem Verkauf seiner Anteile, wenn Andrea nicht sogleich abberufen wird. Er nimmt mit den alten Interessenten Kontakt auf.

Maria hat zwar ein Vorkaufsrecht, das zum Erwerb des Angebotspreises abzüglich 10 % berechtigt. Aufgrund des (noch) hohen Unternehmenswerts und der relativ geringen Privatmittel (schlechte Privatinvestments), wird sie den Preis wohl kaum stemmen können. Daher nimmt Maria die Drohung ihres Cousins ernst, bespricht mit ihren Aufsichtsratsmitgliedern, Andrea nicht weiter im Team zu belassen und kündigt sofort den von Andrea mit Silvia abgeschlossenen Beratungsvertrag.

In der zwei Tage später stattfindenden Aufsichtsratssitzung wird eine einvernehmliche Aufgabe des Mandats mit *Andrea* mit sofortiger Wirkung erzielt. Der Dienstvertrag sieht eine für *Andrea* günstige Abfindungsregelung vor, die nunmehr der Aufsichtsrat nur zu 50 % zahlen will. *Andrea* droht, die volle Abfindung einzuklagen. Schließlich habe sie lediglich die Wünsche der Familie *Müller* umgesetzt.

Für die Familie *Lerer* kommt das gar nicht in Frage. Die *Müllers* sollen ausbaden, was sie verbockt haben.

#### 2. ANREGUNGEN FÜR EINE LÖSUNG

## 2.1. Marktdiversifizierung – Plant-Based Meat

Der inhaltliche Vorschlag des Aufsichtsratsmitglieds *Silvia* zur Erweiterung des Produktsortiments ist jedenfalls zulässig, erzeugt aber keine rechtliche Bindungswirkung. Gerade in Familienunternehmen ist die offene Kommuni-

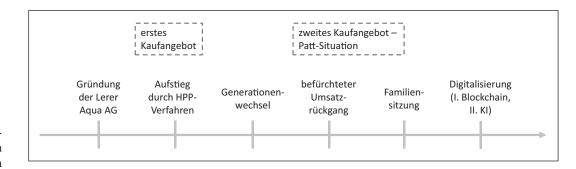


Abbildung 2: Zeitleiste I – Entstehung im Ganzen

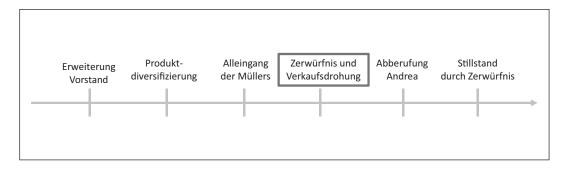


Abbildung 3: Zeitleiste II – die jüngsten Entwicklungen

kation zwischen Aufsichtsrat und Vorstand zumeist besonders stark ausgeprägt. Wenn dieser Input außerhalb der gewöhnlichen Tätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds erteilt wird, muss jedoch unter Umständen § 95 Abs 5 Z 12 AktG beachtet werden (siehe dazu sogleich). Trotz rechtlicher Zulässigkeit empfiehlt es sich, von der Initiativimpulssetzung im Zweifel abzusehen, zumal dadurch die klare Kompetenzzuweisung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand empfindlich gestört werden könnte.

# 2.2. Der Aufsichtsrat in der Pflicht – der Weg zum Zustimmungsbeschluss

Spätestens vor Vornahme der geplanten Maßnahme ist die Einbindung des Aufsichtsrats zwingend notwendig. Fehlt eine Regelung zur Koppelung der Zustimmungspflicht in § 95 Abs 5 Z 4 bzw Z 5 AktG an eine bestimmte satzungsmäßig oder durch den Aufsichtsrat festgelegte Betragsgrenze, ist jedes tatbestandsmäßige Geschäft an die Zustimmung des Aufsichtsrats geknüpft. Die Festlegung der Betragsgrenzen stellt nämlich eine Ordnungsvorschrift dar, deren Fehlen jedes tatbestandsmäßige Geschäft mit der Zustimmungspflicht sanktioniert.(3) Ebenso wird durch die Investition die Zustimmungspflicht nach § 95 Abs 5 Z 7 AktG begründet, da ein neuer Teilbereich der Geschäftstätigkeit innerhalb des Unternehmensgegenstands etabliert wird.

Als Aufsichtsratsvorsitzender ist *Benjamin* zur Einberufung der Aufsichtsratssitzung, die über die Zustimmung der Maßnahme entscheiden soll, berechtigt und auch verpflichtet. Die Vorformulierung der Anträge durch die Vorständin *Andrea* ist zulässig und auch notwendig, da diese die Informationsgrundlage für die Entscheidung des Aufsichtsrats bildet.

Das vom Aufsichtsratsmitglied Silvia gelegte Honorar ist wohl nicht bloß geringfügig. Da die Beratungsleistung regelmäßig erfolgen soll, unterliegt der zugrunde liegende Beratungsvertrag gemäß § 95 Abs 5 Z 12 AktG ebenso der Genehmigungspflicht des Aufsichtsrats. Dem Vorstand kommt jedoch kein Initiativrecht zu, Tagesordnungspunkte für Aufsichtsratssitzungen aufzusetzen. Die Tagesordnung wird vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats erstellt, der die Sitzung einberuft. Aus der Kompetenz des Vorstands, die Einberufung in Angelegenheiten, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, zu verlangen, folgt ebenso die Kompetenz des Vorstands die Ergänzung neuer Tagesordnungspunkte vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu verlangen. Eine unmittelbare Ergänzung der Tagesordnungspunkte scheidet aber aufgrund der klaren Kompetenzzuweisung grundsätzlich(4) aus; der Vorstand kann bloß mittelbar eine Ergänzung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden bewirken. Die gelebte Praxis zeigt jedoch, dass Tagesordnungspunkte häufig vom Vorstand ausformuliert und dem Aufsichtsratsvorsitzenden übermittelt werden, der diese dann meist

<sup>(3)</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> (2012) § 95 Rz 131; Briem in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) § 12 Rz 32.

<sup>(4)</sup> Eine unmittelbare Ergänzungskompetenz entsteht ausnahmsweise, wenn dem Verlangen auf Ergänzung der Tagesordnungspunkte nicht nachgekommen wird.

nach Durchsicht übernimmt. Zwar ist die Aufstellung durch den Vorstand rechtlich nicht bindend, jedoch kann die Annahme und die folgende Übernahme der Auflistung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden zu einer Deutung des rechtlich nicht bindenden Dokuments in – vom Aufsichtsratsvorsitzenden abgesegnete – Tagesordnungspunkte des Aufsichtsrats führen.

# 2.3. Koppelung der Beschlussfähigkeit an bestimmte Aufsichtsratsmitglieder

Das in § 92 Abs 5 AktG normierte Präsenzquorum kann durch eine Satzungsbestimmung verschärft werden - eine Verringerung des Quorums ist nicht zulässig. Diese zulässige Verschärfung kann auch an sonstige Voraussetzungen geknüpft werden, sofern der Aufsichtsrat durch diese Klausel in seiner Beschlussfähigkeit nicht gelähmt und einzelne Rechte der Aufsichtsratsmitglieder nicht beschnitten werden. Eine Satzungsbestimmung, die die Beschlussfähigkeit an die Anwesenheit des Stellvertreters Stefan knüpft, ist somit grundsätzlich zulässig. Keine derartige Wirkung entfaltet indes eine Individualpräsenzklausel die - wie im vorliegenden Fall - ausschließlich in der Geschäftsordnung verankert wurde, zumal die Geschäftsordnung eine derartige Satzungsbestimmung nur wiederholen, nicht aber eigenständig festlegen kann.(5) Die Beschlussfähigkeit ist daher - trotz Abwesenheit von Stefan – gegeben.

# 2.4. Der fehlerhafte Beschluss und die Wirkung der Beschlussfeststellung

Die konkreten Beschlussfassungen über die Investition, über die damit verbundene Fremdkapitalaufnahme und über die Zulässigkeit des Abschlusses des Beratungsvertrags werden mit der einfachen Mehrheit der Stimmen beschlossen. Für die Beschlussfassung betreffend den Beratungsvertrag unterliegt Silvia einem Stimmverbot, weil sie selbst Begünstigte des genehmigungspflichtigen Vertrags ist. Als Vater von Silvia könnte auch der Aufsichtsratsvorsitzende Benjamin einem Interessenkonflikt und dadurch einem Stimmverbot für diesen Beschlussgegenstand unterliegen. Bei typisierender, abstrakter Betrachtungsweise könnte bei nahen Angehörigen eine unbefangene Willensbildung nicht mehr gewährleistet sein. Gerade bei einem erwachsenen Familienmitglied, mit dem keine nennenswerte wirtschaftliche Beziehung mehr besteht, ist jedoch nicht ohne weiteres auf den Gleichklang der wirtschaftlichen Interessen zu schließen. Abhängig von der Beurteilung, ob Benjamin einem

Interessenkonflikt unterliegt, ergeben sich spannende rechtliche Fragen.

## 2.4.1. Annahme I: kein Interessenkonflikt bei Benjamin

Als vom Organgeschäft betroffenes Aufsichtsratsmitglied unterliegt Silvia in der Beschlussfassung über den Beratungsvertrag jedenfalls einem Stimmverbot. Ein Beschluss, der unter Mitwirkung eines von einem Stimmverbot erfassten Aufsichtsratsmitglieds zustande kommt, dürfte vom Vorsitzenden bei der Abstimmung nicht gezählt werden. Der Beschluss ist bei Zählung der Stimme fehlerhaft. Eine Nichtigkeit wird indes nur begründet, sofern sich das Beschlussergebnis bei korrekter Beschlussfeststellung ändern würde. Der vorliegende Beschluss würde jedoch auch bei Wegfall von Silvias Stimme mit einfacher Mehrheit zustande kommen (vier von sechs Stimmen), womit die Fehlerhaftigkeit keine Nichtigkeit begründet.

## 2.4.2. Annahme II: Interessenkonflikt bei Benjamin

Wird der Interessenkonflikt von *Benjamin* bejaht, hätte dieser in Zusammenhang mit dem Beratungsvertrag seiner Tochter nicht mitstimmen dürfen. Auch hier ist die Beschlussfeststellung für den Beratungsvertrag durch die Zählung der interessenkonfliktbehafteten Stimmen zwar fehlerhaft, eine Nichtigkeit des Beschlusses kann daraus dennoch nicht abgeleitet werden, da auch bei korrektem Verfahren kein anderes Ergebnis zustande gekommen wäre (drei von fünf Stimmen).

Zu beachten ist jedoch, dass der Aufsichtsratsvorsitzende primär als Sitzungsleiter fungiert und daher auch für die Protokollierung und Beschlussfeststellung zuständig ist. Entscheidet dieser über die Gültigkeit seiner eigenen Stimmabgabe im Rahmen der Beschlussfeststellung, richtet er in eigener Sache, weshalb die subsidiäre Kompetenz der Sitzungsleitung durch seinen Stellvertreter *Stefan* greifen würde. Dieser ist in der einschlägigen Aufsichtsratssitzung jedoch nicht anwesend, womit für die konkrete Beschlussfassung ein Ad-hoc-Vorsitzender vom Aufsichtsrat zu wählen wäre, der für den ordnungsgemäßen Ablauf der Sitzung zu sorgen hätte.(6)

#### 2.5. Zulässigkeit des Beratungshonorars?

Die Zahlung eines in Relation zur erbrachten Leistung überhöhten Honorars an einen Ge-

<sup>(5)</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 92 Rz 127.

<sup>(6)</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 92 Rz 38.

sellschafter ist ein geradezu klassisches Beispiel für einen verdeckten Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Neben dem Problemkreis des Genehmigungsbeschlusses besteht daher ein weiterer Fallstrick betreffend den Beratungsvertrag in der Beziehung von Silvia zur Ankeraktionärin Maria. Das Verbot der Einlagenrückgewähr gilt zwar unmittelbar nur für die Gesellschafter. Als Tochter einer Gesellschafterin gehört Silvia jedoch zum potenziellen Adressatenkreis des Verbots der Einlagenrückgewähr, da dem Gesellschafter nahestehende Dritte wie Gesellschafter behandelt werden, wenn die Leistung im Ergebnis dem Gesellschafter selbst zukommt: Wenn Silvia bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise und aufgrund ihrer Nahebeziehung zu Maria als unechte Dritte zu qualifizieren ist, wäre sie uneingeschränkt Normadressatin des § 52 AktG.(7) Nach der hier vertretenen Ansicht indiziert eine Leistung an eine nahe Angehörige zwar den Zusammenhang zwischen der Inäquivalenz zugunsten der Dritten und der Verbindung zur Anteilseignerin, jedoch ist diese Vermutung widerlegbar, wenn der Beweis gelingt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keine ausreichende Nahebeziehung besteht. Dies wird bei einem erwachsenen und wirtschaftlich unabhängigen Familienmitglied wohl gelingen.

Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, könnten die Folgen des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr unter Umständen durch eine betriebliche Rechtfertigung abgewendet werden, wobei dies in Anbetracht der gravierenden Äquivalenzstörung unwahrscheinlich wäre.

Als Rechtsfolge ist die Teilnichtigkeit im Sinne einer Senkung des Beratungshonorars auf einen marktüblichen Preis samt Rückzahlung des übersteigenden Betrags naheliegend, weil das Festhalten am Vertrag für die strategische Neuausrichtung im Zeitpunkt des Verstoßes für das Unternehmen sinnvoll erscheint.

#### 2.6. Vorkaufsrecht und Vorkaufsfall

Die Zulässigkeit einer statutarischen Vorkaufsklausel zugunsten einzelner Aktionäre ist – zumindest bei vinkulierten Namensaktien – für nicht-börsenotierte AGs höchstgerichtlich anerkannt.(8) Als Ausdruck der Satzungsautonomie gilt dies jedenfalls bei nicht börsenotierten Gesellschaften, welche die Anteilsübertragung immobilisieren. Der Vorkaufsfall – also das Ereignis, mit dem die Pflicht des Vorkaufsver-

pflichteten entsteht, dem Berechtigten die Sache zur Einlösung anzubieten – tritt jedenfalls mit dem Abschluss eines Kaufvertrags oder eines wirksamen und beidseitig bindenden Vorvertrags ein. Nach überwiegender Ansicht stellt auch ein bindendes Kaufangebot eines Dritten einen Vorkaufsfall dar, sofern der Vorkaufsverpflichtete tatsächlich verkaufswillig ist.(9)

Unter der Annahme der Zulässigkeit des Vorkaufsrechts in der betreffenden Familiengesellschaft wurde die Anbietungspflicht von *Ludwig* nicht bereits mit dem Kaufoffert der gesamten Anteile durch den US-amerikanischen bzw den niederländischen Lebensmittelkonzern(10) begründet, zumal beide Angebote unter der Bedingung der vollständigen Übernahme standen und der Bedingungseintritt Voraussetzung für den Eintritt des Vorkaufsfalls ist.(11) Da diese aufschiebende Bedingung mangels Verkaufswillen der *Maria* nicht eingetreten ist, tritt auch der Vorkaufsfall nicht ein.

Gleiches gilt nunmehr bei der Verkaufsdrohung durch *Ludwig*: Der Verkaufswille steht unter der aufschiebenden Bedingung einer unterlassenen Abberufung der *Andrea*. Erst wenn dieses Ereignis eintritt, sich ein tatsächlicher Verkaufswille manifestiert und ein bindendes Kaufangebot eines alten Interessenten vorliegt, tritt der Vorkaufsfall ein. Die Verkaufsdrohung allein stellt noch keinen Vorkaufsfall dar.

# 2.7. Aktionärsdialog und einvernehmliche Abberufung

Sowohl *Ludwig* als auch *Maria* sind sich einig, dass die Vorständin *Andrea* gehen muss. Die folgende Abberufung geschieht prompt und wird maßgeblich durch das Treiben der beiden Großaktionäre bewirkt. Trotz der Struktur der Gesellschaft und des eindeutigen Wunsches der beiden Anteilseigner liegt die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung des Vorstands ausschließlich beim Aufsichtsrat. Die Aussagen der Anteilsinhaber können somit keine rechtlich bindende Entscheidung des Aufsichtsrats ersetzen. Der Dialog zwischen den Aktionären mit einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern ist jedoch zulässig, solange er dem Gesellschaftsinteresse nicht zuwiderläuft.

Die Abberufung vor Ende der regulären Amtszeit verlangt das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sofern nicht – wie im Fall der *And*rea – eine einvernehmliche Auflösung gelingt. Für die einvernehmliche Auflösung ist ebenso

<sup>(7)</sup> OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18x, GesRZ 2019, 193.

<sup>(8)</sup> OGH 8. 5. 2013, 6 Ob 28/13f, GesRZ 2014, 73.

<sup>(9)</sup> Mader in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 1072 Rz 17.

<sup>(10)</sup> Siehe dazu Deutsch/Leonhartsberger, Aufsichtsrat aktuell 4/2020, 23 (24 [Pkt 1.3.]).

<sup>(11)</sup> Mader in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang, ABGB3, § 1072 Rz 20.

eine Willenserklärung der Gesellschaft notwendig, die mit der Beschlussfassung des Plenums wirksam erfolgte.

Ein wichtiger Grund zur Abberufung iSd § 75 Abs 4 AktG liegt jedoch nicht vor: Während eine grobe Pflichtverletzung wohl weder durch die Kündigung des Ottmar noch durch den Abschluss des Beratungsvertrags begründet wird,(12) könnte ein wichtiger Grund im Vertrauensverlust der Aktionäre liegen. Ein Vertrauensentzug ist zulässig, sofern er nicht aus offenbar unsachlichen Gründen erfolgt. Daran sind keine strengen Maßstäbe zu setzen, weshalb die (zu) rasche Kündigung des Ottmar, der überzogene Beratungsvertrag und vor allem der durch die Handlungen der Andrea entstandene Verkaufswille eines Ankeraktionärs und die dadurch begründete Gefahr des Eindringens eines Fremden in das Familienunternehmen einen solchen Vertrauensentzug rechtfertigen können. Dieser Vertrauensentzug muss jedoch förmlich im Rahmen eines Hauptversammlungsbeschlusses (Misstrauensvotum) ausgesprochen werden. Die bloße Kundgabe der Unzufriedenheit der Aktionäre mit der Vorständin würde dafür nicht ausreichen.

#### 2.8. Der streitende Aufsichtsrat

Die im Dienstvertrag vorgesehene Abfindungsregelung wird im Zuge der einvernehmlichen Mandatsauflösung schlagend. Mit der partiellen Zahlungsverweigerung setzt der Aufsichtsrat die Gesellschaft einem Haftungsrisiko aus. Für die passive Prozessführung einer Rechtsstreitigkeit gegen ein Vorstandsmitglied ist der Aufsichtsrat vertretungsbefugt. (13) Der Aufsichtsrat hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen, ob eine Prozessführung notwendig ist bzw ob diese Frage der Hauptversammlung vorzulegen ist.

Der Prozess ist jedenfalls zu führen, wenn die Hauptversammlung dies beschließt; entgegen einem derartigen Beschluss besteht die Pflicht zur Prozessführung nach pflichtgemäßen Ermessen, wenn der Ersatz der Befriedigung der Gläubiger dient.(14) Im Zuge dieser Befassungspflicht hat der Aufsichtsrat daher die Entscheidung zu treffen, ob die Gesellschaft sich auf eine Rechtsstreitigkeit mit einem Vorstandsmitglied mit ungewissem Ausgang und womöglich nicht konkret abschätzbaren Kosten einlassen soll. Dabei hat dieser die Wahrscheinlichkeit eines Prozesssiegs mit dem dadurch verringerten Abfindungsbetrag in Relation zu den Kosten und dem Aufwand einer potenziellen Prozessniederlage zu setzen und nach dieser Abwägung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsrats zu entscheiden, ob eine Prozessführung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dem Wohl der Gesellschaft dient.

#### 2.9. Der Mediator in der Krise

Die durch das Zerwürfnis entstandene vergiftete Stimmung führt zu einer Lähmung des Familienunternehmens und zu einer ungewissen Zukunft. Gerade in solchen Krisensituationen ist der Aufsichtsrat in der Pflicht, neben seiner Überwachungsfunktion auch als Mediator zwischen den widerstreitenden Parteien zu fungieren. Als Mittler hat der Aufsichtsrat den Dialog zu suchen und muss sich mit Fingerspitzengefühl für eine rasche und kluge Konfliktlösung einsetzen, damit das Unternehmen wieder auf Erfolgskurs gesetzt werden kann. Freilich ist das in der vorliegenden Konstellation - alle Kapitalvertreter kommen aus einer der Eigentümerfamilien oder stehen diesen zumindest nahe - kein einfaches Unterfangen.

<sup>(12)</sup> Vgl zur Gravität einer solchen groben Pflichtverletzung etwa die demonstrative Auflistung bei Reich-Rohrwig/ Szilagyi in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> (2018) § 75 Rz 216.

<sup>(13)</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 97 Rz 16.

<sup>(14)</sup> Kalss, Die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in der AG, in *Danzl/Dauner-Lieb/Wittwer* (Hrsg), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, FS Ch. Huber (2020) 273 (276 ff).

Linde Zeitschriften

> Auch online verfügbar: lindedigital.at



15. Jahrgang / Dezember 2019 / Nr. 6 ıfsichtsrat aktuell Das aktuelle Interview Benedikt Kommenda spricht mit Prof. Mag. Helmut Kern, MA Rechtsfragen für den Aufsichtsrat Vergütungspolitik und Vergütungsbericht nach dem AktRÄG 2019 (Teil II) Die Förderung von Whistleblowing aus der Perspektive des Aufsichtsrats **Betriebswirtschaft** Wirtschaftliche Herbststimmung kommt auf Praxisfragen rund um den Aufsichtsrat Der wirksame Aufsichtsrat

Jetzt 20 % sparen!

Aufsichtsrat aktuell-Jahresabo 2020 (16. Jahrgang, Heft 1-6)

€ 172,-\* statt € 215,-\*

# Jetzt Jahresaho 2020 bestellen und 20 % sparen!

#### Bestellformular Ja, ich bestelle

Aufsichtsrat aktuell-Jahresabo 2020 (16. Jahrgang 2020, Heft 1-6)

**Aufsichts-Gala 2019** Die AREX-Preisträger 2019

Kärntner Seilbahnen: Kann Verkauf erzwungen werden?

Rechtsprechung

Literaturrundschau

EUR 172,statt EUR 215,- Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abbestelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag. at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag. at/datenschutzbestimmungen: lindeverPreise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H Scheydgasse 24, 1210 Wien Handelsgericht Wien FB-Nr: 102235X, ATU 14910701 DVR: 000 2356









