

Der Aufsichtsratsvorsitz

Eva Baumgartner und Stefan Heidinger

§§: 75 AktG, 86 AktG, 87 AktG, 88 AktG, 92 AktG, 93 AktG, 94 AktG, 95 Abs 2 AktG, 108 Abs 4 AktG, 28a Abs 1 GmbHG, 30 GmbHG, 30b, 30c und 30g GmbHG, 5 Abs 1 Z 6-13 BWG, 28a BWG, 271a Abs 1 UGB

Literatur

Ö: *Adensamer/Eckert/Breisch*, COVID-19: Beschlussfassungen bei Kapitalgesellschaften, GesRZ 2020, 99; *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018); *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft (2024); *Brix*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft² (2018); *Brodey/Vetter*, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (I), *ecolex* 2017, 219; *Brodey/Vetter*, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (II), *ecolex* 2017, 333; *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021); *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021); *Endl/Zumbo*, Der Aufsichtsratsvorsitzende – Erster unter Gleichen?, in FS Nowotny (2015), 285; FMA-Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen vom 18.03.2023 (03/2023); *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG – Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung² (2024); *Frotz/Dellinger/Stockenhuber*, Das neugierige Aufsichtsratsmitglied, GesRZ 1993, 181; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz⁷ (2009); *Geppert*, GmbHG-Novelle BGBl 1980/320: Zweifelsfragen im Zusammenhang mit dem Aufsichtsrat, GesRZ 1984, 76; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979); *Gruber/Auer*, Die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer nicht börsnotierten AG, GesRZ 2013, 173; *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar² (2018); *Grundner/Neuböck*, Videokonferenzen im Aufsichtsrat – eine Bestandsaufnahme, RdW 2016, 316; *A. Heidinger*, Block- und Einzelabstimmung im GmbH- und Aktienrecht, GesRZ 2000, 126; *M. Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1988); *Heinrich*, Stimmverbote in Aufsichtsrat und Vorstand, GesRZ 2020, 13; *Jabornegg/Resch/Kammler*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 1.9.2023, rdb.at); *Kalss*, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137; *Kalss*, Die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in der AG, in FS Huber (2020), 273; *Kalss*, Die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Mitglied des Vorstands, in Liber Amicorum Michael Enzinger (2024), 19; *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017); *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017); *Kalss/Oppitz*, Keine Abkühlphase vor heißem Börsegang, in GS Rebhahn (2019), 191; *Kalss/Zollner*, Blockabstimmungen im Aufsichtsrat – Zur Zulässigkeit der Abstimmung en bloc am Beispiel der Abberufung von Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2005, 66; *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, in FS Strasser (1983), 843; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² (2016); *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007); *Kristoferitsch*, Internal Investigations in der Praxis: Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Strafrecht, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsrecht und Organverantwortlichkeit (2013), 281; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023); *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG Praxiskommentar (2020); *Rauch*, Die Mitwirkung des Betriebsrats im Aufsichtsrat, ASoK 2015, 127; *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON (2024); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997); *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten (2009); *Schima*, Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG, in FS Krejci (2001), 825; *Schima/Knotzer*, Zur Protokollierung von Gremiensitzungen unter besonderer Berücksichtigung von Tonbandaufnahmen (Teil II), Aufsichtsrat aktuell 2022, 208; *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Straube/Rauter/Ratka*, Die Aufsichtsratsgeschäftsordnung² (2006); *Tichy*, Syndikatsverträge (2000); *Torggler*, UGB³ (2019); *Umfahrer*, GmbH Hand-

buch für die Praxis⁷ (2021); *Wimmer*, Die Außenkommunikation des Aufsichtsrats mit Investoren, RdW 2017, 139; *Zerbes*, Strafrechtliche Grundsatzfragen „interner Untersuchungen“ in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2013), 263.

D: *Bachmann*, Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016 (2017), 135; *Cahn*, Gesellschaftsinterne Informationspflichten bei Zusammenschluss- und Akquisitionsvorhaben, AG 2014, 525; *Diekmann/Fleischmann*, Umgang mit Interessenkonflikten in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, AG 2013, 141; *Drinhausen/Marsch-Barner*, Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden in der börsennotierten Aktiengesellschaft, AG 2014, 337; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Fleischer/Bauer/Wansleben*, Investorenkontakte des Aufsichtsrats: Zulässigkeit und Grenzen, DB 2015, 360; *Fuhrmann*, Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?, NZG 2016, 881; *Goette/Arnold*, Handbuch Aufsichtsrat² (2024); *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023); *Grigoleit*, Aktiengesetz Kommentar² (2020); *Grunewald*, Der Einfluß des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung – was ist erwünscht, was ist erlaubt?, ZIP 2016, 2009; *Hirt/Hopt/Mattheus*, Dialog zwischen dem Aufsichtsrat und Investoren, AG 2016, 725; *Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar Aktiengesetz Band 5³ (2019); *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat⁵ (2002); *Hölters/Weber*, Aktiengesetz Kommentar⁴ (2022); *Johannsen-Roth/Kießling*, Das Amt des Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrats, NZG 2013, 972; *Kalss*, Wie begegnet der Aufsichtsrat einem – zu – gesprächigen Mitglied?, in FS Grunewald (2021), 423; *Koch*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz (2015), 65; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025); *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft (2002); *Kremer/Mucic/Thomas/v. Werder*, Virtuelle Gremiensitzungen im Rahmen einer nachhaltigen Unternehmensführung, DB 2021, 1145; *Leuering/Rubner*, Der Ehrenvorsitzende des Aufsichtsrats einer AG, NJW-Spezial 2016, 271; *Leyendecker-Langner*, Kapitalmarktcommunication durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, NZG 2015, 44; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat³ (2006); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁷ (2020); *Mertens/Cahn*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II/2³ (2013); *M. Meyer*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (2021); *Nietsch*, Die Zurechnung von Aufsichtsratswissen, ZGR 2020, 923; *Reichert*, Entscheidungsbefugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden, in FS Hopt (2020), 973; *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder (2014); *Semler/v. Schenck/Wilsing*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021); *S. Schmahl*, Die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit zum Verbot der Altersdiskriminierung, EuR 2022, 612; v. *Schenk*, Der Aufsichtsrat und sein Vorsitzender – Eine Regelungslücke, AG 2010, 649; *Spindler/Stilz*, Aktienrecht Band 1⁵ (2022); *Vetter*, Kapitalmarktcommunication, Kapitalmarktdruck und Corporate Governance, AG 2014, 387.

Gliederung	Rz
I. Einleitung	1–2
II. Gesetzliche Rahmenbedingungen des AR-Vorsitzes	3–53
A. Gesetzliche Regelungen und Wirklichkeit	3–6
B. Kompetenzen des AR-Vorsitzenden	7–30
1. Gesetzliche Kompetenzen	7–12
2. Rechtsgeschäftliche Vertretung	13–17
3. Vertretung bei der Geltendmachung von Ansprüchen ...	18–21
4. Interne Untersuchung	22–24
5. Stimmrecht des Vorsitzenden und Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates	25–30
C. Anforderungen an den AR-Vorsitzenden	31–39
D. Wahl und Funktionsdauer des AR-Vorsitzenden	40–53
III. Aufgaben des AR-Vorsitzenden	54–146
A. Organisationspflicht	54–64
1. Bildung von Ausschüssen im Aufsichtsrat	55
2. Vorsitzführung in Ausschüssen	56–64

B. Informationspflichten und -funktion	65–73
C. Notwendiger und zulässiger Informationsvorsprung des AR-Vorsitzenden	74–78
D. Sitzungsformat	79–82
E. Sitzungsvorbereitung und -leitung, Protokollierung	83–98
F. Sitzungsführung: Interessenkonflikte, Informations- vorenthaltung, Teilnahmerecht, Sitzungsausschluss	99–111
G. Vertraulichkeit	112–114
H. Investorengespräche, M&A-Prozesse	115–117
I. Haftung des AR-Vorsitzenden	118–125
J. Was ist, wenn der AR-Vorsitz nicht funktioniert?	126–130
K. Stellvertreter des AR-Vorsitzenden	131–145
L. Ehrenvorsitzender	146
IV. Anhang: Übersicht über die gesetzlichen Regelungen zum AR-Vorsitz	147

I. Einleitung

Dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats (kurz „**AR-Vorsitzender**“) kommt inner- 1
halb des Aufsichtsgremiums eine besondere Bedeutung zu. Diese ergibt sich we-
niger aus den spärlichen gesetzlichen Regelungen, als aus den zahlreichen prakti-
schen Aufgaben und Herausforderungen, die ein AR-Vorsitzender zu bewältigen
hat. Trotz der geringen Dichte der gesetzlichen Regelungen zu den Rechten und
Pflichten des AR-Vorsitzenden hat dieser vielfältige Aufgaben.

Das vorliegende Kapitel behandelt die Funktion des AR-Vorsitzenden aus 2
praktischer Sicht. Ziel ist es, die tatsächlichen Aufgaben und Pflichten des AR-
Vorsitzenden und die rechtlichen Rahmenbedingungen näher zu beleuchten. Zu-
nächst wird dargestellt, was ein AR-Vorsitzender leisten und welche persönlichen
Fähigkeiten er vorweisen muss. Weiters wird ein Überblick über die Wahl und
Funktionsdauer des AR-Vorsitzenden gegeben. Anschließend widmet sich der Bei-
trag den praktischen Aufgaben und Problemstellungen, für die das Gesetz oftmals
keine im Einzelnen ausformulierten Antworten bereithält. Der Beitrag soll eine
Hilfestellung für die tägliche Arbeit des Gremiums, insbesondere die Vorbereitung
von Sitzungen, den Umgang mit Interessenkonflikten und der Kommunikation
zu den unterschiedlichen Stakeholdern bieten. Am Ende des Beitrages findet sich
eine Übersicht jener gesetzlichen Bestimmungen, welche den AR-Vorsitzenden
bzw seine Funktion ausdrücklich erwähnen.

II. Gesetzliche Rahmenbedingungen des AR-Vorsitzes

A. Gesetzliche Regelungen und Wirklichkeit

Die expliziten gesetzlichen Regelungen zum AR-Vorsitzenden bilden die 3
Funktionen und Aufgaben des AR-Vorsitzenden nur unvollständig ab. Die Auf-
gaben des AR-Vorsitzenden gestalten sich weit umfangreicher und komplexer als
jene eines einfachen Aufsichtsratsmitglieds und wurden vom Gesetzgeber – wenn
überhaupt – nur angelegt.¹

¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz³ (2021) § 92 Rz 17; *Leonharts-
berger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 3.

- 4 In der Praxis zählt es regelmäßig zu den Aufgaben des AR-Vorsitzenden, in enger Zusammenarbeit mit dem Vorstandsvorsitzenden auf Ebene des Aufsichtsrates dafür zu sorgen, dass die Grundlagen für Entscheidungen, welche zum Wohl des Unternehmens vom Aufsichtsrat getroffen werden müssen, aufbereitet werden. Mit anderen Worten muss der AR-Vorsitzende sowohl inhaltlich aber auch „politisch“ Entscheidungen so vorbereiten, dass sie überhaupt zum Wohl des Unternehmens getroffen werden können. Dafür sind einerseits genaue inhaltliche Kenntnis und Verständnis der hinter den einzelnen Beschlussgegenständen stehenden inhaltlichen Themen erforderlich. Zugleich sind auch die einzelnen Standpunkte der Mitglieder des Aufsichtsrates in ihrer Eigenschaft als Repräsentanten unterschiedlicher Stakeholder, ihre Stärken und Schwächen, zu berücksichtigen. Schließlich sind Schwerpunkte und potenzielle Interessenkonflikte² zu beachten. Der AR-Vorsitzende hat daher eine sog. „Mittlerfunktion“.³ Oftmals ist es erforderlich, dass der AR-Vorsitzende Vorgespräche mit den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrates führt. Im Zuge solcher Vorgespräche kann auf weitere Informationsbedürfnisse der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates eingegangen werden, weiters können Vor- und Nachteile einer konkreten Maßnahme, über welche Beschluss zu fassen ist, abgewogen werden.⁴ Auch die Sondierung mit „Meinungsführern“ im Aufsichtsrat ist nicht zu beanstanden und kann in manchen Fällen den effizienteren Ablauf der Sitzungen fördern und ausgewogenere Entscheidungen gewährleisten.⁵ Die Grenze des Zulässigen ist regelmäßig dann erreicht, wenn über solche Maßnahmen in der Aufsichtsratsitzung nur noch formell beschlossen wird.⁶ Es ist dem AR-Vorsitzenden freilich untersagt, das Stimmverhalten der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates zu beeinflussen.⁷
- 5 Der AR-Vorsitzende hat eine wesentliche Rolle bei der Vorbereitung der Entscheidungsfindung des AR, ohne die Entscheidung inhaltlich vorzugeben: Seine Aufgabe ist nicht *decision taking*, sondern vielmehr das *decision shaping*.⁸
- 6 Auf der anderen Seite darf der AR-Vorsitzende nicht als „Soldat“ des Vorstandsvorsitzenden auftreten, um im Aufsichtsrat die gewünschten Entscheidungen „durchzubringen“. Vielmehr ist es seine Aufgabe, die Tätigkeit des Vorstandes – und somit vorher auch die Anregungen des Vorsitzenden – kritisch zu überprüfen und zu hinterfragen. Er agiert als Sparring-Partner des Vorstandes in Strategiefragen, und kann dadurch erheblichen Einfluss auf die Richtung, in die sich die Strategie und damit das Unternehmen entwickeln, nehmen. Durch seine große Nähe zum Vorstand ist es idR auch der AR-Vorsitzende, dem allfällige Malversationen⁹

² Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 4 unter Verweis auf Drinhausen/Marsch-Barner, Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden in der boersennotierten Aktiengesellschaft, AG 2014, 337 (340 f.).

³ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 43.

⁴ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 59.

⁵ Carl in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 92; Reichert, Entscheidungsbefugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden, in FS Hopt (2020), 973 (985).

⁶ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 59.

⁷ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 43 unter Verweis auf Saxinger/Helml in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat¹ (2010) § 20 Rz 49.

⁸ Reichert in FS Hopt, 981.

⁹ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 5.

als erstes auffallen (sollten) bzw bekannt werden; seine Rolle gegenüber dem Vorstand ist auch eine überwachende. Er hat daher trotz enger Zusammenarbeit mit dem Vorstand stets eine kritische Distanz zum Vorstandsvorsitzenden bzw zum Vorstand als Organ zu wahren.

B. Kompetenzen des AR-Vorsitzenden

1. Gesetzliche Kompetenzen

Wie aus dem Anhang (Rz 147) ersichtlich, sind die gesetzlichen Kompetenzen des Aufsichtsratsvorsitzenden nur punktuell, etwa im AktG, im GmbHG, im BWG, im VAG sowie im ÖCGK bzw den PCGK, die sich primär an börsennotierte Aktiengesellschaften bzw Unternehmen im öffentlichen Eigentum richten, geregelt. 7

Konkret weist das AktG dem AR-Vorsitzenden ausdrücklich folgende Aufgaben zu: 8

- schriftliche Bestätigung der wiederholten Bestellung eines Vorstandsmitglieds (§ 75 Abs 1 AktG),
- Unterzeichnung der Sitzungsniederschrift (vgl § 92 Abs 2 AktG),
- Entscheidung über die Teilnahme an Ausschusssitzungen für Nichtmitglieder (vgl § 93 Abs 2 AktG),
- Einberufung des AR auf Verlangen eines Mitgliedes (§ 94 Abs 1 AktG),
- Verlangen nach einem Bericht des Vorstandes (§ 95 Abs 2 AktG),
- Aufgaben in der Hauptversammlung: § 102 Abs 2 Z 2 und Abs 5 (als Vorsitzender der Hauptversammlung), § 119 Abs 3 (Reihenfolge der Abstimmung), § 120 Abs 2 (Beschlussfeststellung), § 128 Abs 1 (Verkündung des Abstimmungsergebnisses),
- Verpflichtungen gemeinsam mit dem Vorstand bei Kapitalmaßnahmen (wie §§ 151, 155, 162, 180, 192, 194 AktG).

Der ÖCGK10 sieht in seinen „L“-Regelungen etwa folgende Bestimmungen vor: 9

- L 9 (Berichtspflicht des Vorstandes an den AR-Vorsitzenden bei wichtigem Anlass),
- L 79 (Berichtspflicht des Abschlussprüfers an den AR-Vorsitzenden und den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses über Umstände, die eine Befangenheit begründen könnten)

In der GmbH hat der AR-Vorsitzende – im Vergleich zum Aktienrecht – folgende Kompetenzen nicht: 10

- schriftliche Bestätigung der wiederholten Bestellung eines Geschäftsführers (anders § 75 Abs 1 AktG),
- keine gesetzliche Regelung zur Leitung der Generalversammlung durch den AR-Vorsitzenden (anders § 116 Abs 1 AktG),

¹⁰ Der ÖCGK wurde zuletzt mit Jänner 2025 überarbeitet (<https://www.corporate-governance.at/kodex/>) und wird idR im Rahmen einer freiwilligen Selbstverpflichtung des Unternehmens für anwendbar erklärt und dessen Regelungen befolgt; zwingend ist eine solche Unterwerfung unter den ÖCGK aber nicht.

- Mitwirkung an Firmenbuchanmeldungen betreffend Kapitalmaßnahmen (anders ua § 151 Abs 1, § 155 Abs 1, § 162 Abs 1 AktG)

11 Zu den weiteren Kompetenzen des AR-Vorsitzenden, welche im GmbHG, im BWG und im VAG geregelt sind, verweisen wir auf die Übersicht im Anhang.

12 **Weitere Kompetenzen:** In seiner Eigenschaft als Leiter des Kollegialorgans obliegen dem AR-Vorsitzenden eine Reihe von (ungeschriebenen) Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Führung von Sitzungen (siehe unten Kapitel E.) und der Mitigierung von Interessenkonflikten (Kapitel F.).

2. Rechtsgeschäftliche Vertretung

13 **Vertretungsbefugnis durch den Aufsichtsrat:** Grundsätzlich liegt das Vertretungsmonopol der Gesellschaft beim Vorstand (§ 71 AktG). Der Aufsichtsrat als Organ ist jedoch in manchen Fällen *ex lege* befugt, die Gesellschaft zu vertreten (siehe etwa § 97 AktG).¹¹ Es gibt auch andere Fälle, in welchen der Aufsichtsrat dazu berufen ist, die Gesellschaft zu vertreten: Darunter fallen beispielsweise der Abschluss, die Änderung und die Beendigung der Vorstandsdienstverträge sowie vorbereitende Tätigkeiten iZm mit der Kandidatenauswahl, wie etwa die Beauftragung eines Personalberaters, Abschluss eines Mietvertrages für Besprechungsräume, Erteilung eines Dispens für Wettbewerbsverbote, die Führung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsverfahren (§§ 197 Abs 2, 201 Abs 1 AktG), Beauftragung von Sachverständigen für den Aufsichtsrat,¹² aber auch der Abschluss des Prüfungsvertrages mit dem Abschlussprüfer, sofern der AR dafür zuständig ist.¹³ Die rechtsgeschäftliche Vertretung erfolgt durch die beschlussfassende Mehrheit des Aufsichtsrates. Ist die betreffende Angelegenheit einem Ausschuss übertragen, wird dieser wiederum durch beschlussfassende Mehrheit vertreten.¹⁴

14 **Bevollmächtigung:** Einzelne Mitglieder des Aufsichtsrates (auch der Vorsitzende) können zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Gesellschaft (konkludent)¹⁵ bevollmächtigt werden. Eine solche Bevollmächtigung bedarf eines Beschlusses¹⁶ des Gesamtaufichtsrates bzw des Ausschusses.

15 **Vertretung durch den Vorsitzenden:** Das Gesetz sieht auch einige Fälle vor, in welchen der AR-Vorsitzende die Gesellschaft gemeinsam mit dem Vorstand vertritt (dies betrifft etwa § 151 Abs 1 AktG, § 162 Abs 1 AktG). Der AR-Vorsitzende ist jedoch gesetzlich nicht befugt, die Gesellschaft allein rechtsgeschäftlich zu vertreten.¹⁷ Im Gegensatz zu einfachen AR-Mitgliedern kann der AR-Vorsitzende in Einzelfällen auch zum echten Vertreter der Gesellschaft werden, ohne

¹¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 5.

¹² Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 5.

¹³ Steckel in Torggler, UGB³ (2019) § 270 Rz 18 f.

¹⁴ Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 97 Rz 7.

¹⁵ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 29 ff; Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 97 Rz 7, wo festgehalten ist, dass sich eine solche konkludente Vollmachtserteilung auch durch längere Übung ergeben kann.

¹⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 29 ff; Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 97 Rz 7.

¹⁷ Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 97 Rz 7 mit Verweis auf 7 Ob 24/55; 4 Ob 17/57; 9 ObA 28/07 v; 9 Ob 42/09 f; ebenso 11 Os 52/15 d.

dass hierzu eine Spezialvollmacht vorliegt: Hat der Aufsichtsrat den AR-Vorsitzenden mit einer Generalvollmacht ausgestattet, so kann der AR-Vorsitzende auch einzelne Geschäfte wie Honorarvereinbarungen mit Prozessvertretung, die Beauftragung eines Personalberaters sowie Abschluss von Vorbereitungsgeschäften mit Wirkung für die Gesellschaft abschließen.¹⁸ Eine rechtsgeschäftliche Einzelvertretungsbefugnis des AR-Vorsitzenden ohne Bevollmächtigung für **Hilfsgeschäfte**,¹⁹ welche der AR-Vorsitzende zur Ausübung seiner Tätigkeit – beispielsweise zur Sitzungsvorbereitung – vornehmen können muss, ist zu bejahen. Wiewohl sich diese Befugnis „nur“ auf Hilfsgeschäfte bezieht, ergibt sich daraus grundsätzlich keine betragsmäßige Beschränkung, sofern ein angemessenes Verhältnis zur in Frage stehenden Entscheidung des Aufsichtsrates oder eines seiner Ausschüsse besteht. Um die wirksame rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft im Rahmen von Vorbereitungshandlungen sicherzustellen, ist zu empfehlen, eine entsprechende Generalvollmacht, welche auch Vorbereitungshandlungen zu Agenden und Sitzungen des Aufsichtsrates umfasst, zu erteilen.

Von Vertretungshandlungen zu unterscheiden sind Repräsentationsaufgaben, welche der Aufsichtsratsvorsitzende als „Gesicht nach außen“²⁰ wahrnimmt. 16

Satzungsregelung: Zu beachten ist, dass eine Bevollmächtigung eines AR-Mitgliedes zur rechtsgeschäftlichen Vertretung durch Satzungsregelung unzulässig ist,²¹ da es sich bei der Vollmachtserteilung um eine inhaltliche Gestaltung der Wahrnehmung der Aufgaben des Aufsichtsrates handelt und diese Angelegenheit der Disposition der Aktionäre daher nicht unterliegt. Oftmals wird jedoch in der Geschäftsordnung geregelt, dass der Aufsichtsrat nach außen hin durch den AR-Vorsitzenden vertreten wird. Dies ist auch zulässig.²² 17

3. Vertretung bei Geltendmachung von Ansprüchen

Ein besonderer Themenbereich, der vom AR-Vorsitzenden als Führungspersönlichkeit wahrzunehmen ist, betrifft jene Fälle, in welchen die Gesellschaft Ansprüche gegen den Vorstand geltend macht. In diesem Fall wird die Gesellschaft gemäß § 97 Abs 2 AktG vom Aufsichtsrat als Kollegialorgan vertreten. 18

¹⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 31.

¹⁹ *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 23 Rz 61; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 233 ff; siehe auch § 95 Abs 3 AktG, der den Aufsichtsrat berechtigt, in Zusammenhang mit der Buheinsicht Sachverständige zu beauftragen; zu § 111 Abs 2 S 2 dAktG ist nunmehr vom II. Zivilsenat (BGHZ 218, 122 Rz 16 = NJW-RR 2018, 800) auch klargestellt worden, dass die *leg. cit.* eine Vertretungsmacht des Aufsichtsrats im Außenverhältnis umfasst, durch welche der Aufsichtsrat berechtigt ist, für jegliche Hilfsgeschäfte zur Erfüllung seiner Aufgaben die Gesellschaft zu vertreten; siehe auch *M. Arnold* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 4 Rz 133 f. Für Österreich vertritt *Kalss* (in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 93 Rz 16) ebenso die Ansicht, dass der Aufsichtsrat oder ein Ausschuss die Beziehung eines Sachverständigen beschließen kann und das jeweilige Gremium für die Mandatierung vertretungsbefugt ist und damit die Kosten für die Vertretung von der Gesellschaft zu tragen sind.

²⁰ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 4.

²¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 32.

²² *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 97 Rz 32.

- 19 Die Formulierung des § 97 Abs 2 ist auf den ersten Blick schwer verständlich, da sie eine Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Vorstand nur dann vorsieht, wenn auch „die Verantwortlichkeit eines seiner Mitglieder“ (gemeint: eines Mitgliedes des Aufsichtsrates) in Frage kommt. Dann soll der Aufsichtsrat auch ohne oder selbst gegen einen HV-Beschluss zur Anspruchsgeltendmachung befugt sein. Die Auslegung dieser Norm ist aber dahingehend zu erweitern, dass dem Aufsichtsrat generell eine Entscheidungsbefugnis über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zukommt,²³ er hat im Rahmen unternehmerischen Ermessens zu erwägen und zu entscheiden, ob er selbstständig, dh ohne Einbindung der Hauptversammlung, einen Ersatzanspruch gegen den Vorstand geltend macht.²⁴
- 20 Es kann der Fall eintreten, dass die Anspruchsverfolgung von einer Aktionärsminderheit in der Hauptversammlung der Gesellschaft verlangt wird (§ 134 Abs 2 AktG). Auch der Aufsichtsrat muss sich – sofern es ein solches Minderheitenverlangen auf Einleitung eines Prozesses gegen den Vorstand der Aktiengesellschaft gibt – mit den erhobenen Vorwürfen auseinandersetzen. Kommt der Aufsichtsrat in einem solchen Fall zu dem Schluss, dass der Anspruch nicht zu Recht besteht, der Aufsichtsrat daher selbst keinen Gerichtsprozess gegen den Vorstand anstrengt, und wird das Minderheitenverlangen auf Bestellung eines Sondervertreters vom zuständigen Firmenbuchgericht nicht als offenbar unbegründet iSd § 134 Abs 2 Satz 2 AktG erachtet, so ist die Rolle des Aufsichtsrates – und insbesondere des AR-Vorsitzenden – besonders sensibel: Er muss in diesem Fall den bestellten Sondervertreter unvoreingenommen mit Informationen versorgen,²⁵ obwohl aus Sicht des Aufsichtsrates der Anspruch gegen die belangten Vorstandsmitglieder nicht besteht.
- 21 Es obliegt dem AR-Vorsitzenden, eine entsprechende Organisationseinheit innerhalb des Unternehmens einzurichten, in welcher die Durchführung eines solchen Verfahrens von unvoreingenommenen und weisungsfrei gestellten Mitarbeitern vorgenommen wird. Es wäre denkbar, dass diese Aufgaben von einem unvoreingenommenen Mitglied des Vorstandes (gegen den kein Prozess geführt

²³ *Kalss* in FS Huber, Die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in der AG, 276; zur Genese dieser Norm siehe auch *Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in *Kalss*, Vorstandhaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165 (199 f).

²⁴ *Kalss* in FS Huber, Die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in der AG, 277.

²⁵ Der besondere Vertreter hat ein umfassendes Auskunfts-, Einsichts- und Prüfungsrecht in jenen Angelegenheiten, welche für die Anspruchsverfolgung wesentlich sind; siehe *Csoklich* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 147 Rz 157 zum öAktG; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 134 Rz 36; *Bydlinski/Potyka* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 134 Rz 20; *Reiter* in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Praxiskommentar (2020) § 134 AktG Rz 35. Zum Teil wird vertreten, dass nicht nur die Gesellschaft, sondern die Organe der AG, deren Mitarbeiter und Berater (Rechtsanwalt, Steuerberater, Abschlussprüfer) auskunftspflichtig sind; siehe *Csoklich* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 147 Rz 157 zum öAktG; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 134 Rz 36.

wird) wahrgenommen werden, es ist aber auch möglich, diese Aufgabe dem Aufsichtsrat zuzuweisen, der als unvoreingenommenes Organ ebenfalls Adressat des Informationsbegehrens des besonderen Vertreters sein kann.

4. Interne Untersuchung

Wenn dem Aufsichtsrat (oder einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrates) **Unregelmäßigkeiten** im Unternehmen unter Involvierung von Vorstandsmitgliedern bekannt werden, so kann es notwendig sein, im Rahmen einer internen Untersuchung²⁶ Informationen zu beschaffen und den Sachverhalt näher zu erforschen und allenfalls Beweise zu sichern. Der Aufsichtsrat unterliegt aufgrund seiner Überwachungsfunktion einer **Befassungspflicht**.²⁷ Unter einer internen Untersuchung (*internal investigation*) ist eine private, dh durch das Unternehmen selbst initiierte Untersuchung zu verstehen, die durch externe Ermittler vorgenommen oder zumindest in Zusammenarbeit mit ihnen vollzogen wird und die im Zusammenhang mit drohenden und/oder stattfindenden staatlichen Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen oder gegen Angehörige des Unternehmens steht.²⁸ Die Überwachung und Durchführung interner Ermittlungen ist eine typische Geschäftsführungsaufgabe; in Personalangelegenheiten gegenüber dem Vorstand²⁹ und bei Verdacht, dass einzelne Vorstandsmitglieder Tatbeteiligte sind,³⁰ trifft diese Aufgabe jedoch den **Aufsichtsrat**. Die Leitung einer solchen Untersuchung wird in der Regel **maßgeblich vom AR-Vorsitzenden** in kleinem Kreis zu organisieren sein;³¹ für eine interne Untersuchung ist ein **Beschluss des Plenums** erforderlich.³² Im Zuge der internen Untersuchung ist höchste Vertraulichkeit zu wahren. Ist das Substrat des geltend zu machenden Anspruches erarbeitet worden, liegt es wieder am AR-Vorsitzenden, dieses in eine entsprechende Form zu gießen, um einen Beschlussantrag im Aufsichtsrat zur Entscheidung über die Verfolgung des Anspruches zur Abstimmung zu bringen.

Die Notwendigkeit, einen Plenarbeschluss für die Einleitung einer internen Untersuchung einzuholen steht in einem gewissen Spannungsfeld mit dem Erfordernis, höchste Vertraulichkeit zu wahren. In der Praxis empfiehlt es sich daher, den Beschlussantrag für das Plenum abstrakt zu formulieren und die konkrete

²⁶ Zum Begriff der internen Untersuchung *Kalss*, Die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in der AG, in FS Huber (2020), 273 (279).

²⁷ *Kalss*, Die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in der AG, in FS Huber (2020), 273 (278).

²⁸ *Kalss* in FS Huber, 280, FN 28 unter Verweis auf *Zerbes*, Strafrechtliche Grundsatzfragen „interner Untersuchungen“, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2013), 263 (271); *Kristofferitsch*, Internal Investigations in der Praxis: Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Strafrecht, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsrecht und Organverantwortlichkeit (2013), 281 (293); *Fuhrmann*, Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?, NZG 2016, 881 (882).

²⁹ *Kalss* in FS Huber, 280; *Fuhrmann*, Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun? NZG 2016, 883.

³⁰ BGHZ 135, 244 (252); *Kalss* in FS Huber, 280; *Fuhrmann*, Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun? NZG 2016, 883.

³¹ Siehe dazu auch *Kalss* in FS Huber, 279 f.

³² Siehe dazu auch *Kalss* in FS Huber, 280.

Leitung der Untersuchung einem AR-Mitglied oder einem (bereits bestehenden oder zu diesem Zweck *ad hoc* einzurichtenden) Ausschuss zu unterstellen. Dies ist gemäß § 95 Abs 3 AktG auch zulässig.³³

- 24 **Interne Revision:** Es besteht auch die Möglichkeit, dass der Aufsichtsrat die interne Revision mit der Durchführung einer Untersuchung betraut.³⁴ Handelt es sich um mögliche Verstöße von Vorstandsmitgliedern, hat die interne Revision direkt an den Aufsichtsrat zu berichten.

5. Stimmrecht des Vorsitzenden und Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates

- 25 Für die **Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates** oder eines seiner Ausschüsse ist gemäß § 92 Abs 5 AktG die Anwesenheit **mindestens dreier Mitglieder** erforderlich („**Präsenzquorum**“), dies unabhängig davon, ob es sich um Kapital- oder Arbeitnehmervertreter handelt,³⁵ und auch unabhängig davon, ob der Vorsitzende oder dessen Stellvertreter anwesend sind.³⁶ Für die Ermittlung der Beschlussfähigkeit sind nur die selbst physisch anwesenden bzw über eine qualifizierte Videokonferenzverbindung teilnehmenden Aufsichtsratsmitglieder zu zählen.³⁷ Maßgeblich ist das Vorliegen der Beschlussfähigkeit im **Zeitpunkt der Beschlussfassung**. Die Mindestvoraussetzung der Anwesenheit von drei Mitgliedern darf **nicht unterschritten** werden.³⁸ Es ist auch zulässig, dass ein Aufsichtsratsmitglied vorher bei der Sitzung nicht anwesend ist oder die Sitzung nach Beschlussfassung, aber vor Ende der Gesamtsitzung verlässt.³⁹ Der **Vorsitzende hat** sich unmittelbar vor der Beschlussfassung **zu vergewissern**, ob die Beschlussfähigkeit gegeben ist,⁴⁰ eine formelle Feststellung ist nicht erforderlich.⁴¹ Eine Beschlussfassung ohne Sitzung ist ebenfalls zulässig (§ 92 Abs 3 AktG). Die Fassung von Umlaufbeschlüssen soll aber nur zulässig sein, wenn die Beschlussfassung keine Beratung und Diskussion der AR-Mitglieder im Rahmen einer Sitzung erfordert.⁴² Vor diesem Hintergrund ist es uE zur Fassung eines wirksamen Beschlusses erforderlich, dass – falls eine Sitzung stattfindet und der Beschlussgegenstand eine Beratung erfordert – zumindest drei der Mitglieder, welche an der Beratung teilnehmen, auch an der Beschlussfassung mitwirken.

³³ Siehe dazu auch *Kalss* in FS Huber, 280.

³⁴ Siehe dazu auch *Kalss* in FS Huber, 282.

³⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 123; *Koppens-teiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007) § 30g Rz 8; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 99, 101 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 58.

³⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 123.

³⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 124.

³⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 127.

³⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 124; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 58.

⁴⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 124; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 104 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 22.

⁴¹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 104 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 22.

⁴² *Eiselsberg/Bräuer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 24 Rz 123.

Die Satzung kann eine höhere Zahl mitwirkender Mitglieder für die Beschlussfähigkeit vorsehen⁴³ und andere Voraussetzungen für das Vorliegen der Beschlussfähigkeit festlegen.⁴⁴ Die Geschäftsordnung kann derartige Regelungen der Satzung wiedergeben, jedoch nicht selbst festlegen.⁴⁵ Die Beschlussfähigkeit kann auch an die Anwesenheit bestimmter Mitglieder geknüpft werden. In der Praxis wird beispielsweise die Anwesenheit des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters verlangt. Derartige Regelungen sind zulässig, solange das Teilnahmerecht und Stimmrecht jedes Mitglieds gewahrt werden und die allgemeinen Mitwirkungsbefugnisse einzelner Gruppen von AR-Mitgliedern (AN-Vertreter, entsandte Mitglieder) nicht unterlaufen werden und zudem die Beschlussfassung als solche nicht gelähmt wird (zB Anwesenheit aller Mitglieder oder aller bis auf ein Mitglied).⁴⁶ Zu beachten ist, dass ein Organmitglied Beschlüsse nicht vereiteln darf, indem es absichtlich von Sitzungen und Beschlussfassungen fernbleibt.⁴⁷ Dies gilt auch für den Vorsitzenden.⁴⁸ **26**

Ein Mitglied, das für eine konkrete Beschlussfassung einem **Stimmverbot** unterliegt und daher von der Teilnahme an dieser Beschlussfassung ausgeschlossen ist, aber in der Sitzung anwesend ist bzw an dieser über eine qualifizierte Videokonferenzverbindung teilnimmt, ist für die Beschlussfähigkeit zu zählen, da die gesetzliche Regel⁴⁹ zur Beschlussfähigkeit in § 92 Abs 5 AktG nicht auf die Teilnahme an der Beschlussfassung durch Stimmabgabe abstellt, sondern auf die Teilnahme an der Sitzung.⁵⁰ **27**

Jedes Mitglied des Aufsichtsrates hat nur eine Stimme (**Kopfstimmrecht**).⁵¹ Ein Vetorecht darf weder dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats, dem Sitzungsleiter, dem Stellvertreter noch einem sonstigen Mitglied eingeräumt werden.⁵² Der Vorsitzen- **28**

⁴³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 127; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 8; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 106 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 58.

⁴⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 127; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 8.

⁴⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 127; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 106 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

⁴⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 127.

⁴⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 129; *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 93 Rz 56.

⁴⁸ *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, in FS Strasser (1983), 843 (857), der sich in einem solchen Fall für die Wahl eines *ad hoc* Vorsitzenden in der Sitzung ausspricht.

⁴⁹ Anders die Rechtslage in Deutschland (§ 108 Abs 2 Satz 2 und 3 dAktG).

⁵⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 125; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 58; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 102 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

⁵¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 26.

⁵² *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 108 Rz 28; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 108 Rz 8.

de oder ein sonstiges Mitglied darf nicht allein über eine Angelegenheit entscheiden.⁵³ Eine derartige Stimmgewichtung ist auch nicht durch eine Vereinbarung der Aktionäre untereinander, dh in einem Syndikatsvertrag, möglich. Allerdings können inhaltlich bereits ausgestaltete – zumindest allseitige – Syndikatsverträge eine bestimmte Bindungswirkung für das Stimmverhalten der Aufsichtsratsmitglieder, etwa zu essentiellen Struktur- und Geschäftsführungsmaßnahmen sowie negativen Personalentscheidungen (Abberufung von Vorstandsmitgliedern), haben; der Syndikatsvertrag kann in solchen Fällen satzungsgleiche Wirkung entfalten.⁵⁴

29 Dirimierungsrecht: Die Satzung oder die Geschäftsordnung können dem AR-Vorsitzenden oder im Verhinderungsfall seinem Stellvertreter ein **Dirimierungsrecht** einräumen.⁵⁵ Hat der AR-Vorsitzende das Dirimierungsrecht, so gibt seine Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag. In der Praxis stellt sich regelmäßig die Frage, ob das Dirimierungsrecht bei Verhinderung, Interessenkonflikt oder Abhandenkommen des AR-Vorsitzes aufrecht bleibt und ob es bei der Wahl zum Vorsitzenden und seinem Stellvertreter ebenfalls besteht. Ist der AR-Vorsitzende verhindert oder zurückgetreten und noch kein neuer Vorsitzender gewählt oder unterliegt er aufgrund eines Interessenkonfliktes einem Stimmverbot, so ist bei der jeweiligen Abstimmung **das Dirimierungsrecht nicht** gegeben, es geht also nicht über.⁵⁶ Dies ist auch sachgerecht, da es gerade der Vorsitzende ist, dem aufgrund seiner besonderen Rolle, seines besonderen Wissens und seiner besonderen Kenntnis über das Unternehmen die Ausübung dieses Rechtes vorbehalten sein soll. Das Dirimierungsrecht kann bei Fehlen des Vorsitzenden auch dessen Stellvertreter oder dem jeweiligen Sitzungsleiter eingeräumt sein; dies müsste aber statutarisch vorgesehen sein.

30 Das Dirimierungsrecht gilt bei entsprechender Formulierung⁵⁷ auch bei Beschlüssen, welche mit der sog „doppelten“ Mehrheit⁵⁸ zu fassen sind (siehe dazu

⁵³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83.

⁵⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83; Vgl *Schima*, Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG, in FS Krejci (2001), 825 (839 ff); *Tichy*, Syndikatsverträge (2000), 123 ff.

⁵⁵ *Kalss*, Die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Mitglied des Vorstands, in FS Enzinger (2024), 19 (27) unter Verweis auf *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 115 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Saxinger/Helml* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat¹ (2010) § 20 Rz 79; aA die deutsche Meinung: *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 108 Rz 8.

⁵⁶ *Kalss* in FS Enzinger, 28.

⁵⁷ Nach OGH 30.05.1996 SZ 69/130 jedenfalls dann, wenn in der Satzung oder der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates das Dirimierungsrecht nicht nur betreffend Beschlussfassungen, sondern auch für Wahlen gilt. So auch die hM, siehe *Jabornegg/Wolkerstorfer* in *Jabornegg/Resch/Kammler*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 110 Rz 245 (Stand 1.9.2023, rdb.at) mwN; *Mayr*, Arbeitsrecht § 110 ArbVG (Stand 1.6.2024, rdb.at) Rz E 6.; ein Teil der Lehre plädiert für eine Anwendung des Dirimierungsrecht auch ohne dezidierte Erstreckung auf Wahlen – siehe die Nachweise bei *Jabornegg/Wolkerstorfer* in *Jabornegg/Resch/Kammler*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 110 Rz 245 (Stand 1.9.2023, rdb.at).

⁵⁸ In der Fachliteratur oft auch als „qualifizierte“ Mehrheit bezeichnet; siehe etwa *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² (2016), 169 und *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 104.

unten Rz 43). Das Dirimierungsrecht gilt daher auch bei der Bestellung des Vorstands sowie der Wahl des AR-Vorsitzenden und seines Stellvertreters.⁵⁹ In diesem Fall gibt nach der hL⁶⁰ auch bei solchen Beschlüssen der mit einem Dirimierungsrecht ausgestattete AR-Vorsitzende den Ausschlag auf Ebene der Kapitalvertreter. Das Dirimierungsrecht gilt daher sowohl für die Zählung im Plenum (Kapitalvertreter und AN-Vertreter) als auch für die Zählung auf Ebene der Kapitalvertreter.

C. Anforderungen an den AR-Vorsitzenden

Zweifellos muss der AR-Vorsitzende im Lichte der Herausforderungen, denen er sowohl fachlich als auch persönlich gewachsen sein muss, über besondere Fähigkeiten verfügen. Das Gesetz schreibt generell keine spezifischen Anforderungen für AR-Vorsitzende vor,⁶¹ diese ergeben sich jedoch implizit aus den ihm vom Gesetz übertragenen Aufgaben. Die Eigentümer des Unternehmens müssen festlegen, welches Profil der AR-Vorsitzende aufweisen soll. 31

Jedes Mitglied des AR kann zum Vorsitzenden gewählt werden; Arbeitnehmervertreter können ebenso wie Kapitalvertreter zum Vorsitzenden gewählt werden,⁶² gewählte Mitglieder stehen entsandten Mitgliedern gleich. Es muss sich um eine natürliche Person handeln. Die Mandatsgrenzen und sonstigen Bestellungsverbote des § 86 bzw § 92 Abs 1a AktG müssen eingehalten werden;⁶³ bei börsennotierten Gesellschaften gilt eine geringere Höchstzahl von acht (statt zehn) Mandaten, wobei Vorsitzmandate doppelt zählen.⁶⁴ Die Cooling-Off Periode nach der Tätigkeit als Vorstandsmitglied bis zur Tätigkeit als Vorsitzender des Aufsichtsrates beträgt zwei Jahre.⁶⁵ Diese Frist kann von den Aktionären, anders als die allgemeine, sich aufgrund des Cooling-Off ergebende Unvereinbarkeit (§ 86 Abs 4 Z 2 AktG), nicht dispensiert werden.⁶⁶ 32

Der AR-Vorsitzende muss aufgrund seiner Leitungsfunktion über entsprechende **Führungsqualitäten** verfügen. Dazu gehören Koordinierungs- und Organisationstalent, kommunikative Fähigkeiten, die Fähigkeit, ein Team zu führen, Mut zum Widerspruch und zur Kritik, Autorität, Erfahrung, Entscheidungsstärke und die Fähigkeit zur Selbstreflexion.⁶⁷ Eine wichtige Eigenschaft ist auch die Ambiguitätstoleranz. Darunter versteht man die Fähigkeit sämtlichen Mitgliedern des Gremiums Raum zur Einbringung ihrer Meinung zu geben, auch wenn sie nicht 33

⁵⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83; *Kalss* in FS Enzinger, 27; *Kalss* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz. 223.

⁶⁰ Siehe die Nachweise bei *Jabornegg/Wolkerstorfer* in Jabornegg/Resch/Kammler, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 110 Rz 244 (Stand 1.9.2023 rdb.at).

⁶¹ Siehe allerdings die sehr spezifischen Anforderungen an AR-Vorsitzende in Banken und Versicherungen (§ 28a Abs 3 BWG, § 123 Abs 2 VAG sowie die jeweiligen Rechtsansichten der FMA sowie europäischen Behörden).

⁶² Üblicherweise wird der AR-Vorsitzende Kapitalvertreter sein.

⁶³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 20.

⁶⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 20, § 86 Rz 78.

⁶⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 21.

⁶⁶ *Kalss/Oppitz*, Keine Abkühlphase vor heißem Börsegang, in GS Rebhahn (2019), 191.

⁶⁷ Zu jeder einzelnen dieser Eigenschaften *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 283 ff.

die Meinung der Mehrheit vertreten oder vielleicht sogar bewusst als *advocatus diaboli* auftreten.⁶⁸ Nur dadurch sind ein kritischer Diskurs und damit in der Regel profunde reflektierte Entscheidungen des Gremiums gewährleistet. In einem Spannungsverhältnis dazu steht die Aufgabe des AR-Vorsitzenden die Gewichtung und Diskussion der Argumente in einem angemessenen und zielführenden Rahmen zu halten, um eine effiziente und effektive Vorbereitung der Beschlussfassung unter Abwägung aller berechtigter Für und Wider zu ermöglichen. Räumt der AR-Vorsitzende übertrieben **kritischen oder destruktiven Beiträgen** (etwa Äußerungen in Form des undifferenzierten Generalverdachts, dass eine beabsichtigte Maßnahme eine Untreue gemäß § 153 StGB darstellen würde, welche lediglich mit dem Ziel erhoben wird, eine bestimmte Beschlussfassung zu „torpedieren“) zu viel Raum ein, wird die Umsetzung von, in die Entscheidungskompetenz des Aufsichtsrats fallenden, für das Unternehmen notwendigen und sinnvollen Maßnahmen zunehmend unmöglich. Einer solchen (oft unsachlichen) Vorgangsweise kann üblicherweise durch Gutachten und die Beiziehung externer Experten zur Sitzung beigegeben werden, welche – im Idealfall – auf die Einwände eines übertrieben kritisch oder destruktiv handelnden AR-Mitgliedes *ad hoc* reagieren und die Zweifel des Gremiums plausibel zerstreuen können.

34 Die Satzung darf nicht vorsehen, dass bestimmte AR-Mitglieder von der Wahl zum Vorsitzenden ausgeschlossen sind; dies würde die gesetzliche Vorgabe, wonach der Vorsitzende „aus der Mitte“ des Aufsichtsrates zu wählen ist (§ 92 Abs 1 AktG), vereiteln.⁶⁹ Möglich sind nur Bestimmungen, welche eine Empfehlung in eine bestimmte Richtung abgeben (zB Familienangehöriger (oder gerade nicht), vom Mehrheitsgesellschafter entsandtes Mitglied, etc.).⁷⁰ Ebenfalls zulässig sind Bestimmungen in Syndikatsverträgen, welche vorsehen, dass die von einer bestimmten Aktionärsgruppe gewählten AR-Mitglieder sich dafür verwenden, dass bestimmte AR-Mitglieder zum Vorsitzenden oder Stellvertreter gewählt werden oder bspw ein Rotationsprinzip eingeführt wird.⁷¹

35 Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung (siehe sogleich Rz 36) ist ungeklärt, ob die Bestimmung einer **Altersgrenze** für den AR-Vorsitzenden zulässig ist. Im Gesellschaftsrecht existieren keine gesetzlichen Bestimmungen über das Höchstalter von Organen;⁷² bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist gemäß § 87 Abs 2a AktG in Rahmen der Diversität auch die Altersstruktur des Organs zu beachten.⁷³ Sonstige gesetzliche Bestimmungen zur Frage des Höchstalters fehlen.

⁶⁸ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 283 ff.

⁶⁹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 20.

⁷⁰ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 20.

⁷¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 30.

⁷² In der Hauptversammlung der Erste Group Bank AG (FN 33209 m) vom 12.5.2023 wurde die Satzung in Punkt 12.1. mit Verweis auf die zunehmende internationale Kritik dahingehend geändert, dass die Altersgrenze für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, welche zum Zeitpunkt ihrer Bestellung das 65. Lebensjahr vollendet hatten, auf 74 Jahre angehoben; siehe das im Firmenbuch zugängliche Protokoll der Hauptversammlung der Erste Bank Group AG vom 12. Mai 2023, S. 15.

⁷³ M. Doralt in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 8 Rz 83 ff.

Auf Europäischer Ebene ist das Thema hingegen virulent: Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Frage der Altersdiskriminierung umfasst zwischen 2005 und 2021 nicht weniger als 58 Entscheidungen.⁷⁴ Zudem hat der Europäische Gerichtshof mit Entscheidung vom 2. Juni 2022 (C-587/20)⁷⁵ eine Satzungsklausel einer Arbeitnehmerorganisation als unwirksam erachtet, wonach Personen, welche das 60. Lebensjahr vollendet hatten, nicht zum Vorstandsmitglied gewählt werden konnten. Das Verbot der Altersdiskriminierung wurde dem Grunde nach bereits mit der auf Grundlage von Art. 19 AEUV erlassenen RL 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („GRRL“) primärrechtlich verankert. Adressaten des Verbotes der Altersdiskriminierung sind nicht nur die Institutionen der Europäischen Union und die Mitgliedsstaaten,⁷⁶ sondern dieses Verbot entfaltet gemäß Art. 21 Abs 1 GRC iVm der GRRL mittelbare Drittwirkung.⁷⁷ 36

Nachdem die Tätigkeit des Vorsitzenden besondere Fähigkeiten und Einsatz verlangt, wäre die Einführung einer Altersgrenze innerhalb des Rahmens des § 87 Abs 2a AktG zu befürworten, wenngleich dies in einem Spannungsverhältnis zu § 92 Abs 1 AktG steht. 37

Kreditinstitute und Versicherungen: Für AR-Vorsitzende von Kreditinstituten sieht § 28a Abs 3 Z 1 bis 4 BWG besondere Anforderungen vor. Gleiches gilt für AR-Vorsitzende von Versicherungen (siehe § 123 Abs 2 VAG). Zu beachten ist weiters der „Fit & Proper“- Maßstab der Finanzmarktaufsicht (FMA)⁷⁸, welcher die Rechtsauslegung der einschlägigen Bestimmungen der Finanzmarktaufsicht wiedergibt und auf den europäischen bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben basiert. Zu erwähnen sind die dort genannten, umfassenden Anforderungen betreffend facheinschlägige Studien und Lehrgänge samt Nachweisen sowie die erforderlichen banktheoretischen Kenntnisse über zentrale Bestimmungen des europäischen und nationalen Bankaufsichtsrechts⁷⁹, sowie die einschlägigen praktischen Berufserfahrungen. Das Vorliegen dieser Kenntnisse kann von der FMA regelmäßig im Rahmen von „Fit & Proper Tests“ geprüft werden. Besonders zu erwähnen sind die Erfordernisse der Unvoreingenommenheit (mit welchem das Nichtvorliegen von Interessenkonflikten gemeint ist)⁸⁰, sowie der (formalen) Unabhängigkeit. Während die Voraussetzung des unvoreingenommenen Handelns von allen Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern fortwährend zu erfüllen ist, sieht § 28a Abs 5a BWG auch eine Mindestanzahl an unabhängigen Mitgliedern im Auf- 38

⁷⁴ S. Schmahl, Die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit zum Verbot der Altersdiskriminierung, EuR 2022, 612 (612).

⁷⁵ Siehe dazu auch NZA 2022, 1183.

⁷⁶ S. Schmahl, Die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit zum Verbot der Altersdiskriminierung, EuR 2022, 616.

⁷⁷ S. Schmahl, Die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit zum Verbot der Altersdiskriminierung, EuR 2022, 616.

⁷⁸ FMA-Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen vom 18.03.2023 (03/2023), Rz 33 ff.

⁷⁹ Beispielhaft Verordnung (EU) Nr. 575/2013 („CRR“) sowie die relevanten delegierten Verordnungen, das BWG und der EBA-Leitlinien.

⁸⁰ Siehe die detaillierten Ausführungen und Beispiele in FMA, Fit & Proper Rundschreiben, 03/2023, Rz 33 ff.

sichtsrat vor, wobei § 28a Abs 5b BWG die maßgeblichen Kriterien normiert.⁸¹ Zu beachten ist auch die Auslegung der vorgenannten Kriterien durch die FMA.⁸²

- 39 Der Grad der notwendigen Fachkenntnisse hängt stark von dem jeweiligen Unternehmen und dessen Größe ab; so erfordert eine AR-Tätigkeit in einem international agierenden Unternehmen – beispielsweise in der Automobilbranche – sowohl außerordentliches betriebswirtschaftliches als auch technisches Wissen. Vor allem bei börsennotierten Unternehmen sind die Handlungen des Aufsichtsrates von medialem Interesse. Die Funktion geht daher für AR-Vorsitzende mit einer nicht zu unterschätzenden Öffentlichkeitswirksamkeit einher: Die getroffenen Entscheidungen werden medial und öffentlich kommentiert und bewertet. Demzufolge können unbedachte öffentliche Äußerungen des AR-Vorsitzenden zu weitreichenden Folgen für das Unternehmen führen.

D. Wahl und Funktionsdauer des AR-Vorsitzenden

- 40 **Aktiengesellschaft:** Der Aufsichtsrat ist gemäß § 92 Abs 1 AktG verpflichtet, seinen Vorsitzenden aus seiner Mitte zu wählen. Diese Bestimmung ist zwingend. Das Recht zur Bestimmung des Vorsitzenden kann weder (einzelnen) Aktionären noch Mitgliedern des Aufsichtsrates eingeräumt werden⁸³ – sei es verbunden mit einem Entsendungsrecht oder sei es in Form der Nichtausübung eines dem Aktionär oder einem von diesem entsandten Aufsichtsratsmitglied eingeräumten Vetorechts. Die näheren Bestimmungen über die Wahl sind dem Gesetzeswortlaut nach durch die Satzung zu treffen. Enthält die Satzung keine näheren Bestimmungen über die Wahl, so gelten die allgemeinen Bestimmungen über Beschlussfassungen⁸⁴ unter Beachtung der Erfordernisse des § 110 Abs 3 ArbVG.
- 41 **GmbH:** Anders als § 92 Abs 1 AktG sieht § 30g Abs 1 GmbHG nicht vor, dass nähere Regelungen für die Wahl des Vorsitzenden und seines Stellvertreters *durch die Satzung* zu treffen sind. Es ist davon auszugehen, dass **auch der Aufsichtsrat** – vorbehaltlich solcher Regelungen, die zwingend im Gesellschaftsvertrag zu treffen sind⁸⁵ – spezielle Bestimmungen für den Wahlvorgang – etwa in einer spezifischen Aufsichtsratsgeschäftsordnung – vorsehen kann.⁸⁶ Bei Fehlen derartiger Sonderregeln ist die Wahl nach den allgemeinen Geschäftsordnungsbestimmungen (sofern vorhanden) durchzuführen.⁸⁷

⁸¹ FMA, Fit & Proper Rundschreiben, 03/2023, Rz 89 ff.

⁸² FMA, Fit & Proper Rundschreiben, 03/2023, Rz 92 ff.

⁸³ Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 12; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 30.

⁸⁴ Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 12; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 28.

⁸⁵ Hierunter fallen etwa die Anhebung der Anzahl der für die Beschlussfähigkeit notwendigen AR-Mitglieder, oder auch Änderungen des Präsenzquorums, wobei solche nicht unbeschränkt möglich sind; siehe zum diesbez. Meinungsstreit auch Rauter in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 106 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

⁸⁶ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 37 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

⁸⁷ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 37 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

Bestellkompetenz: Während der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gemäß § 92 Abs 1 AktG aus seiner Mitte einen **Vorsitzenden und einen Stellvertreter zu wählen** hat, sind diese bei der GmbH gemäß § 30g Abs 1 aus der Mitte des Aufsichtsrates **zu bestellen**. Aus dieser unterschiedlichen Formulierung wird abgeleitet, dass die Wahl bei der Aktiengesellschaft zwingend durch die Mitglieder des Aufsichtsrates zu erfolgen hat. Bei der GmbH hingegen wird differenziert: Bei der mitbestimmten GmbH ist nach der hM eine zwingende Bestellkompetenz des Aufsichtsrates für den Vorsitzenden und den ersten Stellvertreter anzunehmen.⁸⁸ Bei der nicht mitbestimmten GmbH wird zT die Möglichkeit einer Bestellung durch die Gesellschafter in Betracht gezogen, wobei der Gesellschaftsvertrag das ernennungsbefugte Organ (Gesellschafter oder Aufsichtsrat) bestimmen kann.⁸⁹ Nehmen die Gesellschafter eine ihnen eingeräumte Bestellkompetenz nicht wahr, so ist der Aufsichtsrat – auch ohne diesbezügliche gesellschaftsvertragliche Anordnung – für die Dauer der Untätigkeit der Gesellschafter ersatzweise zur Bestellung befugt.⁹⁰ Trifft der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zur Bestellkompetenz, ist strittig, ob Aufsichtsrat und Gesellschafter nebeneinander zur Ernennung befugt sind. Manche vertreten, dass das Zuvorkommen entscheide,⁹¹ andere, dass primär der Aufsichtsrat zuständig ist⁹² (allenfalls mit einer Ersatzbestellkompetenz der Gesellschafter⁹³).

Für die Wahl ist gemäß § 110 Abs 3 ArbVG eine sogenannte **„doppelte Mehrheit“** erforderlich: Gemeint ist einerseits eine nach den allgemeinen Beschlusserfordernissen nach dem AktG erforderliche Mehrheit (das bedeutet: einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen⁹⁴) für einen wirksamen Beschluss des Aufsichtsrates und

⁸⁸ So *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 38 (Stand 1.9.2021, rdb.at) unter Verweis auf *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30g Rz 1; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 4/185 f; *Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis⁷ (2021) Rz 413; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz¹ (2009) § 30g Rz 3; *Geppert*, GesRZ 1984, 76 [80 f]; *M. Heidinger*, Aufgaben 175 f; *Geppert*, GesRZ 1984, 76 [77 ff]; vgl auch *Straube/Rauter/Ratka*, Aufsichtsratsgeschäftsordnung² 24; *M. Heidinger* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 40 Rz 36; aA *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 403 f und guter Übersicht über den Meinungsstand.

⁸⁹ So *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 38 (Stand 1.9.2021, rdb.at); aA *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 7; krit auch *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 1, der sich für eine allfällige Ersatzzuständigkeit der Gesellschafterversammlung ausspricht.

⁹⁰ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 39 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

⁹¹ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 4/184; *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG (1987) § 30g Rz 4; wohl auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990), 403.

⁹² *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 39 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis⁷ (2021) Rz 6.55 [Dispositionsfreiheit der Gesellschafter sei im Gesellschaftsvertrag auszuüben].

⁹³ *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 1.

⁹⁴ *Jabornegg/Wolkerstorfer* in *Jabornegg/Resch/Kammler*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 110 Rz 238 (Stand 1.9.2023, rdb.at); Vgl näher *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) §§ 92 – 94 Rz 68; *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 29 f.

andererseits die Mehrheit sämtlicher (und nicht bloß jener an der Beschlussfassung teilnehmenden) Kapitalvertreter. Regelungszweck der „doppelten“ Mehrheit ist die Sicherung und gleichzeitige Begrenzung des Einflusses der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.⁹⁵ Jedes Mitglied des Aufsichtsrates (damit sowohl Kapital- als auch Arbeitnehmervertreter)⁹⁶ ist passiv wahlberechtigt und jedes Mitglied ist aktiv wahlberechtigt,⁹⁷ sofern keine das Wahlrecht ausschließende Pflichtwidrigkeit vorliegt.⁹⁸ Zudem kommt dem bisherigen, noch amtierenden Vorsitzenden bei entsprechender Formulierung auch ein allfällig eingeräumtes Dirimierungsrecht⁹⁹ zu.

44 Der **Wahlvorgang des Vorsitzenden** hat uE bei im Falle mehrerer zur Auswahl stehender Kandidaten einzeln zu erfolgen, wobei zwischen jenen Kandidaten, welche jeweils die doppelte Mehrheit auf sich vereinen, eine Stichwahl vorzunehmen ist. In der Praxis findet sich dafür oft eine entsprechende Regelung in der Satzung (zB Entscheidung durch das Los). In der österreichischen Literatur wird vertreten, dass eine geheime Wahl bei entsprechender Satzungsregelung zulässig ist;¹⁰⁰ in der deutschen Literatur ist dies umstritten.¹⁰¹ Sinnvoll kann eine geheime Wahl sein, um Belastungen im Gremium zu vermeiden. In einzelnen Gesetzen ist die geheime Wahl für Personalfragen vorgesehen, so wählt etwa gemäß § 8a Abs 2 Z 4 des Forschungs- und Technologieförderungsgesetz (FTFG) der Aufsichtsrat das Präsidium des Österreichischen Wissenschaftsfonds, mit Ausnahme der kaufmännischen Vizepräsidentin oder des kaufmännischen Vizepräsidenten, in geheimer Wahl.

45 Verläuft die Wahl über den Vorsitz ergebnislos, so ist der Vorsitzende analog zu § 89 AktG vom Gericht zu bestellen.¹⁰² Eine Bestellung durch die Hauptversammlung scheidet jedenfalls aus, weil dies eine unzulässige Kompetenzverschiebung darstellen würde.¹⁰³

⁹⁵ *Jabornegg/Wolkerstorfer* in Jabornegg/Resch/Kammler, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 110 Rz 232 (Stand 1.9.2023, rdb.at); *Rauch*, Die Mitwirkung des Betriebsrats im Aufsichtsrat, ASoK 2015, 127 (129); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 4/188.

⁹⁶ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 13; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 19.

⁹⁷ *Kalss* in FS Enzinger, 27 sowie in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 41; *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 13.

⁹⁸ *Kalss* in FS Enzinger, 28; siehe zum Stimmrechtsausschluss *Heinrich*, Stimmverbote in Aufsichtsrat und Vorstand, GesRZ 2020, 13 (18 ff), sowie *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 27.

⁹⁹ *Kalss* in FS Enzinger, 27; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 83.

¹⁰⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 29 unter Verweis auf Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 24.

¹⁰¹ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 29 mwN; gegen die Zulässigkeit einer solchen einer solchen Satzungsregelung *Hopt/Roth* in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 51; *Mertens/Cahn*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II/2³ (2013) § 107 Rz 14.

¹⁰² *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 14.

¹⁰³ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 14 mwN.

Fraglich ist, ob der Aufsichtsrat auch *vor* seiner Konstituierung bereits wirksam Beschlüsse fassen kann. Nachdem die Bestimmung des § 92 AktG eine Organisationsbestimmung darstellt, sind uE Beschlüsse des Aufsichtsrates jedenfalls dann wirksam, wenn der Aufsichtsrat einen einstimmigen Beschluss fasst, während der Vorsitzende bzw sein Stellvertreter noch nicht gewählt wurden bzw solange das Gerichtsverfahren zu deren Bestellung noch anhängig ist. In der Praxis wird oftmals ein *ad hoc*-Vorsitzender gewählt, welchem die Sitzungsleitung in der betreffenden Sitzung übertragen wird.¹⁰⁴ Diese Lösung wird regelmäßig dann angewendet, wenn der Vorsitzende oder sein Stellvertreter einem Stimmverbot unterliegen.

Die Wahl eines *ad hoc*-Vorsitzenden kann auch dann notwendig sein, wenn der Vorsitzende einem Interessenkonflikt unterliegt und daher von der Sitzungsleitung ausgeschlossen ist und kein Stellvertreter bestellt ist oder dieser an der Sitzung nicht teilnimmt. Nachdem die Sitzungsleitung (insbesondere auch die Reihung der Tagesordnung und die Beschlussfeststellung) maßgeblichen Einfluss auf den Ausgang der Sitzung haben können, ist ein solcher Interessenkonflikt zu berücksichtigen. Einem solchen *ad hoc*-Vorsitzenden kommt kein Dirimierungsrecht zu (es sei denn, dies ist in der Satzung oder Geschäftsordnung der Gesellschaft vorgesehen).

Ende des Vorsitzamtes: Die Funktionsdauer des Vorsitzenden ist gesetzlich nicht geregelt. Sofern daher im Wahlbeschluss keine Funktionsdauer festgelegt ist, gilt der Vorsitzende auf die Dauer seiner Zugehörigkeit¹⁰⁵ zum Aufsichtsrat als solcher. Das Vorsitzamt endet mit Ablauf der (allenfalls festgelegten) gesonderten Funktionsperiode für das Vorsitzamt, durch Rücktritt¹⁰⁶ oder mit Ausscheiden des Mitglieds aus dem Aufsichtsrat.

Erlischt die Vorsitzfunktion mit Ablauf des Aufsichtsratsmandats automatisch, bewirkt eine Wiederwahl als Aufsichtsratsmitglied nicht automatisch die Wieder einsetzen in das Vorsitzendenamt. Es bedarf einer neuerlichen Wahl im Plenum des Aufsichtsrates. Im Zweifel endet das Amt des Vorsitzenden aber erst mit der Wahl des neuen Aufsichtsratsvorsitzenden.¹⁰⁷

Eine **Neukonstituierung des Gremiums** ist jederzeit unter Einhaltung der allgemeinen Regelungen über die Einberufung und Beschlussfassung möglich. Die Bestellung eines Ersatzvorsitzenden (Ersatzstellvertreters), der beim Ausscheiden des Vorsitzenden (Stellvertreters) in dessen Position einrückt, ist nicht zulässig – für diesen Fall sind ein oder mehrere Stellvertreter des Vorsitzenden zu wählen.¹⁰⁸ Eine „Abwahl“ des Vorsitzenden bzw seines Stellvertreters durch das Plenum ist jederzeit ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, wobei hierfür in Analogie zu § 110 Abs 3 ArbVG das Erfordernis der doppelten Mehrheit einzuhalten ist.¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 18.

¹⁰⁵ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 17; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 33.

¹⁰⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 37.

¹⁰⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 35.

¹⁰⁸ *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 38.

¹⁰⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 36; *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 17.

- 51 Eine Verpflichtung zur Durchführung einer Wahl besteht gemäß § 92 Abs 1 AktG, wenn der Vorsitzende oder sein Stellvertreter aus der Vorsitzenden- (bzw Stellvertreter-)Funktion ausscheidet, allerdings nur hinsichtlich der betreffenden Funktion.¹¹⁰ Scheidet lediglich ein einfaches Mitglied aus dem Aufsichtsrat aus oder tritt ein neues Mitglied hinzu, hat der Aufsichtsrat aus diesem Grund keine Neukonstituierung vorzunehmen.
- 52 **Abberufung:** Bei einer Abberufung als Mitglied des Aufsichtsrates gemäß § 87 Abs 8 AktG¹¹¹ durch die Hauptversammlung genießt der AR-Vorsitzende keinen besonderen Schutz gegenüber einfachen Mitgliedern. UE bedarf im Fall, dass der Aufsichtsrat selbst einen Beschlussvorschlag gemäß § 108 Abs 1 AktG auf Abberufung des Vorsitzenden von seinem Mandat erstattet, ein solcher Beschluss (der Beschluss auf Erstattung des Beschlussvorschlages) ebenfalls der „doppelten Mehrheit“ nach § 110 Abs 3 ArbVG.
- 53 Eine gerichtliche Abberufung (weder des Vorsitzenden noch eines einfachen Mitgliedes des Aufsichtsrates) auf Antrag des Aufsichtsrates („Selbstreinigungsgerecht“) ¹¹² ist im österreichischen AktG nicht vorgesehen,¹¹³ ein solcher Abberufungsantrag kann gemäß § 87 Abs 10 AktG nur durch Aktionäre, deren Anteile gemeinsam 10 % des Grundkapitals erreichen, gestellt werden, wenn für die Abberufung ein wichtiger Grund vorliegt.

III. Aufgaben des AR-Vorsitzenden

A. Organisationspflicht

- 54 Der Aufsichtsrat ist ein Kollegialorgan, woraus sich die Notwendigkeit ergibt, dessen Zusammenarbeit zu organisieren. Diese Organisationsarbeit ist weit überwiegend vom AR-Vorsitzenden zu leisten bzw zu koordinieren.¹¹⁴ Wie bereits oben dargelegt (Rz 40 ff) ist der Aufsichtsrat gemäß § 92 Abs 1 AktG verpflichtet, aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter zu wählen.

1. Bildung von Ausschüssen im Aufsichtsrat

- 55 Dem AR steht die Möglichkeit offen, aus seiner Mitte Ausschüsse zu bilden, um das Gesamtplenium zu entlasten,¹¹⁵ Effizienzsteigerungen zu bewirken, Spe-

¹¹⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 38; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 41 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 AktG Rz 18, 25.

¹¹¹ Eine Abberufung ist mit einer qualifizierten Mehrheit (welche jedoch satzungsdisponibel ist), ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich.

¹¹² *Kalss*, Wie begegnet der Aufsichtsrat einem – zu – gesprächigen Mitglied?, in FS Grunewald (2021) 423 (426).

¹¹³ *Kalss* in FS Grunewald, 426.

¹¹⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 17; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende 15 ff.

¹¹⁵ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 35; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 131.

zialwissen zu bündeln, und die Wahrung der Vertraulichkeit zu gewährleisten¹¹⁶ (siehe dazu § 92 Abs 4 AktG, § 30g Abs 4 GmbHG). Ab einer gewissen Größe oder Komplexität von Unternehmen besteht die gesetzliche Pflicht (§ 92 Abs 4a AktG, § 30g Abs 4a GmbHG, § 6 iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 30g Abs 4a GmbHG, § 221 Abs 5 UGB) einen Prüfungsausschuss¹¹⁷ einzurichten. Gemäß §§ 29, 39c und 39d BWG sind ab einer bestimmten Größe eines Kreditinstitutes durch den Aufsichtsrat ein Nominierungsausschuss, ein Vergütungsausschuss und ein Risikoausschuss einzurichten. Dem AR-Vorsitzenden obliegt es daher die relevanten Merkmale und Gegebenheiten des Unternehmens stets im Blick zu behalten, um die Einrichtung dieser gesetzlich vorgeschriebenen Ausschüsse durch das Plenum des Aufsichtsrates rechtzeitig einleiten zu können. Ungeachtet dieser gesetzlich dezidiert vorgeschriebenen Ausschüsse sind auch stets dann – aufgrund der Pflicht zur Selbstorganisation – Ausschüsse einzurichten, wenn die Bewältigbarkeit laufender Aufgaben oder aktuelle, zusätzliche Aufgabenstellungen es erfordern. Die diesbezügliche (vorausschauende) Beurteilung obliegt wiederum dem AR-Vorsitzenden in seiner Leitungsfunktion.¹¹⁸ Durch die Bildung von Ausschüssen wird die Verantwortung für die dem Ausschuss übertragenen Angelegenheiten bei den Ausschussmitgliedern gebündelt und damit Aufgaben und Verantwortung der nicht dem Ausschuss angehörigen Mitglieder des Aufsichtsrates reduziert.¹¹⁹ Bei Delegation der Beschlusskompetenz an einen Ausschuss¹²⁰ ist der Beschluss des Ausschusses einem Beschluss des Aufsichtsrates gleichzuhalten; eine solche Delegation ist in bestimmten Angelegenheiten zulässig.¹²¹

2. Vorsitzführung in Ausschüssen

Im Gesetz findet sich keine Pflicht zur Bestellung eines Ausschussvorsitzenden. Dennoch wird es in der Regel aufgrund der Selbstorganisationspflicht geboten sein, einen Ausschussvorsitzenden zu bestellen.¹²² Lediglich einzelne gesetzliche Bestimmungen schreiben vor, dass der Ausschuss über einen Vorsitzenden verfügen muss (§ 63a Abs 4 BWG, § 123 Abs 7 VAG) bzw wer die Funktion eines

56

¹¹⁶ *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 35.

¹¹⁷ Zur Einrichtungspflicht eines Prüfungsausschusses nach § 92 Abs 4a AktG siehe *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 136 sowie *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 44; *Goette/Arnold*, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 203.

¹¹⁸ *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 35 ff; siehe auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 131 ff.

¹¹⁹ *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 36.

¹²⁰ Die Delegation muss durch Beschluss des Plenums erfolgen; siehe *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 131.

¹²¹ Hierzu zählen ua die Überwachung des Vorstandes, Bestellung von Vorstandsmitgliedern, Mitwirkung an der Feststellung des Jahresabschlusses, Erlassung der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates, Einberufung der HV oder die Einsetzung von Ausschüssen; siehe *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 38.

¹²² *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 168; *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 39; *Kalss* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 282; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 237 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

Vorsitzenden nicht übernehmen darf (für Prüfungsausschüsse: § 92 Abs 4a AktG, § 30g Abs 4a GmbHG, Vergütungsausschuss: § 39c BWG, Risikoausschuss: § 39d BWG).

- 57 Die Wahl des Ausschussvorsitzenden erfolgt durch den Gesamtaufsichtsrat bei Einrichtung des Ausschusses oder durch Delegation der Beschlussfassung an den Ausschuss.¹²³ Durch Satzung kann nicht bestimmt werden, dass ein Ausschuss keinen Vorsitzenden haben darf bzw einen solchen haben muss,¹²⁴ oder wer Ausschussvorsitzender sein muss.¹²⁵
- 58 Unzulässig sind Satzungsbestimmungen, die vorsehen, dass der AR-Vorsitzende auch Vorsitzender eines oder aller Ausschüsse ist¹²⁶ oder automatisch den Vorsitz in Ausschüssen führt, denen er angehört.¹²⁷ Demgegenüber kann die Geschäftsordnung vorsehen, dass der AR-Vorsitzende auch Vorsitzender bestimmter bzw aller Ausschüsse ist.¹²⁸
- 59 **Dirimierungsrecht:** Dem Ausschussvorsitzenden kann ein Dirimierungsrecht eingeräumt werden, dies unabhängig davon, ob er zugleich Aufsichtsratsvorsitzender ist.¹²⁹ Die Einräumung des ausschussbezogenen Dirimierungsrechts kann durch Satzung aber auch durch den Aufsichtsrat mittels Geschäftsordnung oder *ad hoc*-Beschluss erfolgen.
- 60 Kommt dem AR-Vorsitzenden im Plenum ein Dirimierungsrecht zu, hängt das Bestehen dieses Rechts im Fall, dass der AR-Vorsitzende auch Ausschussvorsitzender ist, hinsichtlich Beschlussfassungen des betreffenden Ausschusses von der konkreten Regelung in Geschäftsordnung oder Satzung ab, wobei nach Teilen der Lehre¹³⁰ im Zweifel von einer Geltung des Rechts auch für Beschlussfassungen

¹²³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 168; *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 40; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 122.

¹²⁴ *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 40; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 98, 122.

¹²⁵ *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 40; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 237 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 98, 122.

¹²⁶ *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 40; *Hopt/Roth* in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 330, 448 mwN.

¹²⁷ *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 40; *Hopt/Roth* in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 450; *Spindler* in Spindler/Stilz, Aktienrecht Band 1⁵ (2022) § 107 Rz 123; aA *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat⁵ (2002) Rz 154, 432.

¹²⁸ *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 40; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) (2023) § 107 Rz 98.

¹²⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 168; *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 43; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karolus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 42; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 99, 123, 156.

¹³⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 168; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 237

im Ausschuss auszugehen ist. Ist dem Ausschussvorsitzenden kein Dirimierungsrecht eingeräumt, ist eine Pattsituation im Ausschuss durch Beschlussfassung im Plenum zu überwinden.¹³¹

Dem Ausschussvorsitzenden kommen die gleichen Rechte und Pflichten wie dem AR-Vorsitzenden für das Plenum zu.¹³² Ob neben dem Ausschussvorsitzenden auch der Aufsichtsratsvorsitzende den Ausschuss einberufen kann, ist strittig.¹³³ Hat der Ausschuss keinen Vorsitzenden, kann ihn jedes Ausschussmitglied einberufen.¹³⁴ **61**

Büro-Assistenz: In Zusammenhang mit der Organisationspflicht stellt sich konkret auch die Frage nach der tatsächlichen Abarbeitung der Agenden des Aufsichtsrates. Die Ressourcen für diese Arbeiten werden in der Praxis oftmals vom Vorstandsbüro gestellt. Daraus können sich im Lichte der Überwachungsfunktion¹³⁵ des Aufsichtsrates jedoch Konflikte ergeben, die durch die Einrichtung eines eigenen Aufsichtsratsbüros¹³⁶ vermieden werden können. Es obliegt dem AR-Vorsitzenden, sich um die Bereitstellung dieser Ressourcen zu kümmern – wengleich hierzu im AktG keine explizite rechtliche Grundlage vorgesehen ist, ist dies mit einer Annexkompetenz, dh einer inhärent bestehenden Befugnis, um eine vorausgesetzte Aufgabe bewältigen zu können, zu begründen. Das Aufsichtsratsbüro besorgt nicht nur die organisatorischen Aufgaben, sondern leistet auch fachliche Assistenz in der Vor- und Nachbereitung; das „Büro“ kann auch ein Mitarbeiter sein, der im Unternehmen des AR-Vorsitzenden arbeitet, eine Holding Gesellschaft¹³⁷ oder ein zu diesem Zweck engagierter Dienstleister, beispielsweise eine spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei. Anders ist dies im Bankaufsichtsrecht, wo vorgesehen ist, dass der gemäß § 39c BWG in Kreditinstituten ab einer be- **62**

(Stand 1.9.2021, rdb.at); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I³ Rz 4/282; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 92–94 Rz 78; *A. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG – Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung² (2024) § 30g Rz 109; aA *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 43 (nach dem es entweder einer ausdrücklichen oder zumindest konkludenten Einräumung bedarf); *Mertens/Cahn*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II/2³ (2013) § 107 Rz 99, 131 (nach denen eine Anordnung in Satzung, Geschäftsordnung oder durch *ad hoc*-Beschluss erforderlich ist).

¹³¹ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 168; *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 43; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karolus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 42; *Habersack* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 123.

¹³² *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 169; *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 42.

¹³³ dafür: *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 42; *Hopt/Roth* in *GroßKommAktG* Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 452; dagegen: *Habersack* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 152.

¹³⁴ *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 42; *Habersack* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 152.

¹³⁵ Siehe dazu detailliert *Leonhartsberger*, *Der Aufsichtsratsvorsitzende* (2023), 271.

¹³⁶ Siehe dazu detailliert *Leonhartsberger*, *Der Aufsichtsratsvorsitzende* (2023), 262 ff; siehe auch *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 3 Rz 55.

¹³⁷ *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 3 Rz 52.

stimmten Größe einzurichtende Vergütungsausschuss über ausreichende finanzielle Mittel (beispielsweise zur Beiziehung externer Dienstleister) verfügt.¹³⁸

63 Wie dargestellt, kommt dem AR-Vorsitzenden die Verantwortung für eine **effiziente Ablauforganisation** zu. Obwohl die konkrete Umsetzung von Fall zu Fall unterschiedlich ist, stellt die folgende Liste die Schlüsselemente einer möglichen Ablauforganisation dar:

1. Permanenter, angemessen strukturierter Informationsfluss zwischen Vorstand und AR-Vorsitzendem;
2. Beschaffung von Detailinformationen nach Abstimmung mit dem Vorstand von anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern;
3. Beschaffung von Informationen aus externen Quellen;
4. Kontaktaufnahme mit relevanten Entscheidungsträgern, zB Bundesministerium für Finanzen, FMA, OeNB, EZB, APAB;
5. Suche, Bestellung und Informationsaustausch mit Rechts- und Wirtschaftsberatern des AR und der Gesellschaft;
6. Informationsaustausch mit dem Abschlussprüfer;
7. Beschaffung von Informationen über die interne Revision;
8. Informationsaustausch mit dem AR-Präsidium, gegebenenfalls über eine eigens dafür implementierte Plattform;
9. Abstimmung mit AR-Mitgliedern, die über Spezialwissen verfügen;
10. Zusammenstellung der entscheidungsrelevanten Informationen;
11. Entwicklung eines Entscheidungsvorschlages für die Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat;
12. Diskussion des Entscheidungsvorschlages mit dem Vorstand;
13. Diskussion des Entscheidungsvorschlages mit dem Präsidium des AR;
14. Übermittlung des mit dem Präsidium abgestimmten Vorschlages an den Vorstand;
15. Bereitstellung der entscheidungsrelevanten Informationen, gegebenenfalls auf der Plattform für alle AR-Mitglieder, mit der Bitte um Stellungnahme;
16. Einbau der Stellungnahmen in den Entscheidungsvorschlag;
17. Abstimmung des Entscheidungsvorschlages mit Rechts- und Wirtschaftsberatern;
18. Abstimmung des Entscheidungsvorschlages mit Aufsichtsorganen;
19. Formulierung der Anträge für die Tagesordnung der AR-Sitzung;
20. Aussendung der Tagesordnung an die AR-Mitglieder, inklusive Bereitstellung aller entscheidungsrelevanten Unterlagen, damit sich die AR-Mitglieder umfassend auf die AR-Sitzung vorbereiten können;
21. Bereitstellung weiterer Informationen, die zwischen der formalen Aussendung (Einberufung, Beschlussunterlage) und der AR-Sitzung noch zur Verfügung gestellt wurden.

64 Informationsdivergenz: Aus diesem umfangreichen Portfolio von **Einzel-schritten** folgen ein zulässiges Mehrwissen und Informationsvorsprung des AR-Vorsitzenden gegenüber sonstigen Mitgliedern des Aufsichtsrates.

¹³⁸ EBA/GL/2021/04 – Leitlinien für solide Vergütungspolitik gemäß Richtlinie 2013/36/EU, Rz 59 lit b.

B. Informationspflicht und -funktion

Vorstand – Aufsichtsrat: § 81 AktG regelt die Berichtspflichten des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat als Gesamtorgan ist Adressat der Jahres- und Quartalsberichte.¹³⁹ Lediglich der Sonderbericht aus „sonstigem Anlass“ ist dem AR-Vorsitzenden zu übermitteln, wobei dieser als Informationsvermittler tätig ist und er nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat, ob der Sonderbericht an das Gesamtorgan weiterzuleiten ist.¹⁴⁰ Nach hL¹⁴¹ bezieht sich das Ermessen des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht auf die Weiterleitung selbst, sondern nur auf die Festlegung des Zeitpunktes der Weiterleitung. Eine solche temporäre Geheimhaltung kann erforderlich sein, wenn aufgrund der Begleitumstände Bedenken bestehen, dass ein Mitglied des Aufsichtsrates nicht im besten Interesse des Unternehmens handelt. Die Klärung eines potenziellen Interessenkonfliktes eines AR-Mitgliedes kann Zeit in Anspruch nehmen, sodass eine gewisse zeitliche Streckung des Informationsvakuums notwendig ist. Eine mögliche Lösung kann sein, die temporäre Geheimhaltung so lange aufrechtzuerhalten, bis ein Ausschuss für die Behandlung des Inhalts des Sonderberichtes eingerichtet wurde.¹⁴² Die Entscheidung einer solchen temporären Geheimhaltung hat der AR-Vorsitzende im Rahmen seiner Leitungsfunktion zu treffen.¹⁴³ 65

Der AR-Vorsitzende ist berechtigt, einen Bericht nach § 95 Abs 2 AktG über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen zu verlangen, ohne dass es der Mitwirkung eines anderen Aufsichtsratsmitglieds bedarf (§ 95 Abs 2 Satz 3 AktG). Eine solche Berichts-anforderung kann jederzeit formlos¹⁴⁴ gestellt werden und bedarf keiner Begründung; erforderlich ist die klare Benennung des erwünschten Berichtsgegenstandes; eine rechtsmissbräuchliche Anforderung (zB wenn darüber bereits berichtet wurde) soll nach hL¹⁴⁵ unzulässig sein und vom Vorstand abgelehnt¹⁴⁶ werden können. 66

¹³⁹ *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 81 Rz 6.

¹⁴⁰ *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 81 Rz 6; *Kalss* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 90 Rz 83; siehe auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 17 f.

¹⁴¹ *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 81 Rz 6 und *Reich-Rohr-wig/Cl. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 81 Rz 22; zu beachten ist, dass bereits der Vorstand zu entscheiden hat, wem er die relevante Information zur Verfügung stellt (ob nur dem AR-Vorsitzenden oder dem Plenum; siehe *Reich-Rohr-wig/Cl. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 81 Rz 68).

¹⁴² *Carl* in *Goette/Arnold*, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 87.

¹⁴³ *Carl* in *Goette/Arnold*, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 87.

¹⁴⁴ *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 14; *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 95 Rz 16 unter Verweis auf *Zollner* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 22 Rz 47; siehe auch *A. Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar² (2018) § 30j Rz 26.

¹⁴⁵ *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 14 und *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 95 Rz 16 beide verweisend auf *Frotz/Dellinger/Stockenhuber*, Das neugierige Aufsichtsratsmitglied, GesRZ 1993, 181 (183); siehe auch *A. Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar² (2018) § 30j Rz 26.

¹⁴⁶ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 95 Rz 47.

nen. In Konstellationen, in welchen zumindest zwei Mitglieder des Aufsichtsrates eine Berichts-anforderung an den Vorstand richten und der AR-Vorsitzende der Ansicht ist, dass diese rechtsmissbräuchlich ist, muss dieser uE berechtigt sein, in Ausübung der ihm zukommenden Ordnungsfunktion eine solche Berichts-anforderung im Namen des Aufsichtsrates zurückzuziehen. Sofern der Vorstand sich, in Abstimmung mit dem AR-Vorsitzenden, dafür entscheidet, eine offenkundig rechtsmissbräuchliche Berichts-anforderung aus Transparenzgründen dennoch zu beantworten, besteht uE die Möglichkeit, dass der AR-Vorsitzende den Beschluss-antrag stellt, die rechtsmissbräuchlich agierenden Anforderungswerber aufgrund eines Interessenkonfliktes vom Erhalt des Berichts auszuschließen.

- 67 Aufsichtsrat – Vorstand:** Wenngleich im Gesetz nicht geregelt, bestehen auch bezüglich des umgekehrten Informationsaustausches Pflichten¹⁴⁷ sowohl auf Seiten des AR-Vorsitzenden als auch des Vorstandes. Demnach ist der AR-Vorsitzende verpflichtet, dem Vorstand als Gesprächs- und Diskussionspartner zur Verfügung zu stehen; umgekehrt muss der Vorstand für solche Beratungsgespräche offen sein und damit das Beratungsangebot annehmen.¹⁴⁸ Dies findet auch in der Regel C 37 des ÖCGK seinen Niederschlag; ähnlich sieht auch die Empfehlung D.5. des DCGK vor, dass der AR-Vorsitzende mit dem Vorsitzenden bzw Sprecher des Vorstandes Fragen der Strategie, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance des Unternehmens zu beraten hat.¹⁴⁹
- 68 AR-Vorsitzender – einzelne AR-Mitglieder:** Der AR-Vorsitzende ist verpflichtet, sitzungsvorbereitende Unterlagen (siehe dazu oben Rz 63) und Regelberichte an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder weiterzuleiten.¹⁵⁰ IdR werden diese Unterlagen in digitalisierter Form übermittelt.¹⁵¹ Der AR-Vorsitzende ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass geeignete und sichere Kommunikationswege etabliert werden.¹⁵² Sofern der Vorstand mündliche Berichte erstattet, ist der AR-Vorsitzende verpflichtet, ebenfalls mündlich an das Plenum zu berichten.
- 69 AR-Vorsitzender – Ausschüsse:** Aufgrund der Leitungsfunktion des Aufsichtsratsvorsitzenden und seiner Filterfunktion ist er dazu berufen, die bei ihm eingehenden Informationen an den jeweils zuständigen Ausschuss zu übermitteln, um die effiziente Funktionsfähigkeit des Ausschusses und letztlich des Gesamtgremiums zu fördern. Nachdem die Bestellung von Ausschussvorsitzenden nicht zwingend erforderlich ist,¹⁵³ sind sämtliche Informationen, welche in den Zuständigkeitsbereich eines Ausschusses fallen, an alle Mitglieder des Ausschusses zu übermitteln. In der Praxis wird jedoch regelmäßig ein Vorsitzender des Aus-

¹⁴⁷ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 119, unter Verweis auf *Nietsch*, Die Zurechnung von Aufsichtsratswissen, ZGR 2020, 923 (946).

¹⁴⁸ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 119, unter Verweis auf *Nietsch*, Die Zurechnung von Aufsichtsratswissen, ZGR 2020, 946.

¹⁴⁹ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 115.

¹⁵⁰ Siehe auch *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 94.

¹⁵¹ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 266 f zur IT-Sicherheit und Datenübermittlung.

¹⁵² Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 266 f zur IT-Sicherheit und Datenübermittlung.

¹⁵³ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 42.

schusses bestellt. Freilich ist es oftmals das Vorstandssekretariat, im Idealfall das Aufsichtsratsbüro, welches die Unterlagen im Auftrag des Ausschussvorsitzenden oder des AR-Vorsitzenden an die einzelnen Mitglieder des Ausschusses verteilt.

Es empfiehlt sich, für die Entscheidung, *welche* Informationen an einen Ausschuss weiterzuleiten sind, die Grundsätze der abgestuften Wesentlichkeitsprüfung¹⁵⁴ zu beachten, wonach zu unterscheiden ist, ob die jeweilige Information so wesentlich ist, dass eine Weiterleitung an die Mitglieder des Ausschusses (oder zumindest an den allenfalls bestellten Ausschussvorsitzenden) zu erfolgen hat und im nächsten Schritt zu entscheiden ist, ob die Weiterleitung unverzüglich oder erst in Vorbereitung auf die nächste Sitzung erfolgen muss. Auch für den Ausschuss gilt es aus Sicht des AR-Vorsitzenden, einen „*information overload*“¹⁵⁵ zu vermeiden, sodass unwesentliche Informationen nicht weitergeleitet werden müssen.

AR-Vorsitzender – Plenum: Die Grundsätze der abgestuften Wesentlichkeitsprüfung gelten auch für die Informationsweitergabe an das Plenum: Auch hier ist zu prüfen, ob die Information so wesentlich ist, dass sie an alle Mitglieder des Plenums weiterzuleiten ist. Weiters ist zu entscheiden, ob die Weiterleitung unverzüglich erfolgen muss oder erst in Vorbereitung zur nächsten Sitzung erfolgen kann.¹⁵⁶ Stets zu prüfen ist, ob Informationsausschlussgründe¹⁵⁷ vorliegen könnten, welche eine selektive Weiterleitung der Information nur an bestimmte Mitglieder des Aufsichtsrates gebieten (siehe dazu insbesondere Rz 66 und Kapitel F).

AR-Vorsitzender – Aktionäre: Primärer Ort der individuellen Informationsanforderung durch Aktionäre ist die Hauptversammlung. § 118 AktG regelt das Auskunftsrecht der Aktionäre über Angelegenheiten der Gesellschaft, welche zur sachgemäßen Beurteilung der Tagesordnungspunkte erforderlich sind. Festzuhalten ist, dass die informationelle Gleichbehandlung¹⁵⁸ bei Auskunftserteilung in der Hauptversammlung gewahrt ist. Die Auskunftserteilung stellt eine Geschäftsführungsmaßnahme dar und obliegt aufgrund des Geschäftsführungsmonopols dem Vorstand.¹⁵⁹ Der AR-Vorsitzende erteilt im Rahmen seiner originären Kompetenzen Informationen über Angelegenheiten zwischen der Gesellschaft und dem Vorstand sowie über Angelegenheiten des Aufsichtsrates oder einzelner Mitglieder.¹⁶⁰

Außerhalb der Hauptversammlung sind die Mitglieder des Aufsichtsrates (auch gegenüber Aktionären)¹⁶¹ zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 99 iVm § 84 Abs 1

¹⁵⁴ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 150 f.

¹⁵⁵ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 151.

¹⁵⁶ Siehe Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 151 f.

¹⁵⁷ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 153 ff; siehe näher auch Kapitel F. dieses Beitrags.

¹⁵⁸ Das AktG sieht im Gegensatz zum dAktG (§ 131 Abs 4 AktG) keine explizite Bestimmung zur informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre vor; diese wird jedoch aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot nach § 47a AktG abgeleitet; siehe Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 47a Rz 14; Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 47a Rz 17.

¹⁵⁹ Brodey/Vetter, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (I), *ecolex* 2017, 219 (220).

¹⁶⁰ Brodey/Vetter, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (I), *ecolex* 2017, 220 f.

¹⁶¹ Eckert/Schopper/Walch Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 28.

Satz 2 AktG), wobei sämtliche vertrauliche Tatsachen, welche dem Aufsichtsratsmitglied in Ausübung seiner Tätigkeit bekannt werden, von der Verschwiegenheitspflicht umfasst sind (siehe näher unten G.).¹⁶² Für die ausnahmsweise zulässige Informationserteilung an einzelne Aktionäre ist eine sachliche Rechtfertigung erforderlich (siehe dazu auch unten H.).¹⁶³

C. Notwendiger und zulässiger Informationsvorsprung des AR-Vorsitzenden

- 74 Nachdem der AR-Vorsitzende sowohl in der Praxis als auch auf gesetzliche Anordnung¹⁶⁴ als erster Informationsempfänger für den Aufsichtsrat fungiert, stellt sich vor dem Hintergrund des Grundsatzes der informationellen Gleichbehandlung¹⁶⁵ die Frage nach dem Umgang mit dem so erlangten Informationsvorsprung des Aufsichtsratsvorsitzenden. In der **Konstellation „AR-Vorsitzender – AR-Mitglieder“** ist generell zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt der AR-Vorsitzende die jeweilige Information an andere Mitglieder des Aufsichtsrates weiterleitet. Einerseits soll ein „*information overload*“ vermieden werden, andererseits soll das Gremium seine Funktion effektiv ausüben können,¹⁶⁶ sodass dem Vorsitzenden eine „Filterfunktion“ zukommt. In Österreich gibt es dazu keine gesetzliche Regelung; nach § 90 Abs 5 Satz 3 dAktG hat der AR-Vorsitzende die anderen Aufsichtsratsmitglieder von einem Bericht des Vorstandes nach § 90 Abs 1 Satz 3 dAktG (Bericht über Umsatz und Lage der Gesellschaft) spätestens in der nächsten Aufsichtsratsitzung¹⁶⁷ zu unterrichten.
- 75 Legt man diesen Maßstab auf das österreichische Recht um, so ergibt sich, dass eine Information, die zwar *wesentlich* (dies ist bei einem Bericht über Umsatz und Lage unzweifelhaft der Fall), aber nicht *dringlich* ist, spätestens in der nächsten (in Österreich quartalsweise¹⁶⁸ stattfindenden) Sitzung des Aufsichtsrates behandelt werden muss. Eine Weiterleitung *vor* diesem Zeitpunkt wäre dann geboten, wenn bspw ein Ausschuss vorbereitend tätig werden muss (zB Rechtsausschuss zur Einhaltung einer Verfahrensfrist). Zusammenfassend liegt es in den Händen des AR-Vorsitzenden, zu überblicken, wer wann tätig bzw mit welchen Informationen versorgt werden muss.

¹⁶² *Kalss* in FS Grunewald, 424; *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 27 f.

¹⁶³ *Doralt/Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 47a Rz 17.

¹⁶⁴ § 81 Abs 1 AktG, § 86 Abs 9 AktG, § 28 a GmbHG, § 42 Abs 2 BWG, § 63a Abs 1 und 3 BWG und § 70 Abs 8 BWG; Regel L 79 ÖCGK idF Jänner 2025.

¹⁶⁵ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 154; *Kalss* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 93 Rz 440; siehe *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 47a Rz 14; *Doralt/Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 47a Rz 17.

¹⁶⁶ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 151 ff, mwN spricht sich für eine „abgestufte Wesentlichkeitsprüfung“ aus; siehe auch *v.Schenck* in Semler/v. Schenck/Wilting, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 1 Rz 152.

¹⁶⁷ Bei börsennotierten dAGs sind gemäß § 110 Abs 3 dAktG zwei AR-Sitzungen im Kalenderhalbjahr zwingend, bei nicht börsennotierten dAGs ist eine Sitzung pro Kalenderhalbjahr ausreichend.

¹⁶⁸ § 94 Abs 3 AktG.

Eine Sonderkonstellation liegt vor, wenn ein oder mehrere Mitglied(er) des Aufsichtsrates einem (möglichen) Interessenkonflikt unterliegen. In solchen Fällen soll die selektive Informationserteilung durch den AR-Vorsitzenden an einzelne AR-Mitglieder unter Inkaufnahme unterschiedlicher Informationsstände innerhalb der Mitglieder des Gremiums zulässig sein, wenn ansonsten eine Schädigung der Gesellschaft zu befürchten ist.¹⁶⁹ In der Praxis kann eine solche selektive Informationserteilung beispielsweise in Fällen, in denen konkurrierende Unternehmen an der Gesellschaft beteiligt sind, die jeweils durch AR-Mitglieder vertreten sind, unerlässlich sein. Der AR-Vorsitzende entscheidet, welche Maßnahmen erforderlich und angemessen sind. Solche Leitlinien sind allerdings im Gesetz nicht verankert: Einen Ansatzpunkt bietet die Regel C 46 im ÖCGK,¹⁷⁰ wonach Interessenkonflikte dem AR-Vorsitzenden zu melden sind (somit dieser für den weiteren Umgang mit diesen zuständig ist). Wertvolle Leitlinien für das Vorliegen und den Umgang mit Interessenkonflikten finden sich in Rz 81 ff der – freilich nur unmittelbar für Kreditinstitute anwendbaren – EBA-Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen¹⁷¹ sowie dem auf dieser Basis ergangenen Rundschreiben der FMA.¹⁷² Diese Wertungen können für sämtliche Gesellschaften übernommen werden.

In der Konstellation „**Ausschussmitglieder – nicht Ausschussmitglieder**“ ist es uE unter dem Gesichtspunkt der informationellen Gleichbehandlung zulässig, dass jegliche Informationen, die in den Tätigkeitsbereich eines Ausschusses fallen, ausschließlich entweder dem Ausschussvorsitzenden bzw allen Ausschussmitgliedern übermittelt werden. Dies ergibt sich schon aus der Delegation von Kompetenzen an einen Ausschuss, aber nicht zuletzt aus § 93 Abs 2 AktG, der dem AR-Vorsitzenden auch die Kompetenz einräumt, die Teilnahme von nicht dem Ausschuss angehörigen AR-Mitgliedern an Ausschusssitzungen zu untersagen. Ungeachtet der Spezialisierung, die ein Ausschuss bewirkt, kommt auch hier dem AR-Vorsitzenden eine „Filterfunktion“ zu. Für den Fall, dass der AR-Vorsitzende nicht selbst Mitglied des betreffenden Ausschusses ist, kann es erforderlich sein, dass er Wesentlichkeit und Dringlichkeit der Information mit dem jeweiligen Ausschussvorsitzenden abklärt.

In der Konstellation **AR – Vorstand** haben grundsätzlich Offenheit und vollständiger Informationsaustausch zu herrschen.¹⁷³ Anderes gilt nur, wenn dies im objektiven Interesse der Gesellschaft ist: beispielsweise im Fall einer bevorstehenden Abberufung oder Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern oder der erforderlichen Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder (und

¹⁶⁹ *Kalss* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 93 Rz 440; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 153 f unter Verweis auf *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 116 sowie *Riss*, Doppelorganshaft und Treuepflichten (2009), 25; für Deutschland *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 87.

¹⁷⁰ ÖCGK in der Fassung vom Jänner 2023.

¹⁷¹ EBA/GL/2021/06 vom 2. Juli 2021.

¹⁷² *FMA*, Fit & Proper Rundschreiben, 03/2023.

¹⁷³ *Endl/Zumbo*, Der Aufsichtsratsvorsitzende – Erster unter Gleichen?, in FS Nowotny (2015), 285 (309).

in diesem Fall auch bereits hinsichtlich der vorangehenden internen Untersuchungen) ist eine Zurückhaltung der Information geboten.

D. Sitzungsformat

79 Die Stimmabgabe bei Beschlussfassungen des Aufsichtsrates ist gemäß § 92 Abs 3 AktG auch schriftlich sowie fernmündlich und „in anderer vergleichbarer Form“ zulässig, wenn kein Mitglied dem widerspricht. Daraus wird abgeleitet, dass auch virtuelle¹⁷⁴ oder hybride¹⁷⁵ Sitzungen des Aufsichtsrates zulässig sind.¹⁷⁶ Dafür spricht auch, dass die Regelungen des § 1 Abs 1 der COVID-19-GesG¹⁷⁷ und -VO¹⁷⁸ für Aufsichtsratssitzungen bereits gegolten haben, dann aber aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht in das Dauerrecht übernommen wurden. Für Gesellschafterversammlungen¹⁷⁹ finden sich die Regelungen für die Abhaltung von Versammlungen in virtuellem oder hybridem Format nunmehr im VirtGesG.

80 Unklar ist, ob für virtuelle AR-Sitzungen eine Grundlage in der Satzung¹⁸⁰ und/oder der Geschäftsordnung erforderlich ist und ob die Durchführung der Zustimmung aller Mitglieder bedarf oder ein Mehrheitsbeschluss ausreicht.¹⁸¹ Nach *Nicolussi* sprechen gute Gründe dafür, dass bei fehlender Grundlage in der Satzung und/oder Geschäftsordnung bei Versammlungen von Organmitgliedern ein Mehrheitsbeschluss aller Organmitglieder ausreichend ist, da nicht auf die Versammlung und den wechselseitigen Austausch verzichtet wird.¹⁸²

81 Handelt es sich um eine sogenannte „qualifizierte Videokonferenz“,¹⁸³ ist eine solche einer Sitzung unter Anwesenden (§ 93 AktG) gleichwertig und kann deshalb der AR-Vorsitzende in eigener Verantwortung entscheiden, ob eine Sitzung in diesem Format abgehalten wird.¹⁸⁴ Bei seiner Entscheidung hat der AR-Vorsitz-

¹⁷⁴ Nach § 1 Abs 2 VirtGesG ist dies eine Versammlung ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer.

¹⁷⁵ Nach § 1 Abs 4 VirtGesG ist dies eine Versammlung, bei der sich die einzelnen Teilnehmer zwischen einer physischen und einer virtuellen Teilnahme entscheiden können.

¹⁷⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 96 f.

¹⁷⁷ BGBl I 2020/16.

¹⁷⁸ BGBl II 2020/140 idF BGBl II 2020/616.

¹⁷⁹ Siehe § 1 des Virtuelle Gesellschafterversammlungen-Gesetz – VirtGesG, BGBl I Nr 9/2023.

¹⁸⁰ So für die Hauptversammlung: *Kalss/Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 102 Rz 12, 27; *Adensamer/Eckert/Breisch*, COVID-19: Beschlussfassungen bei Kapitalgesellschaften, GesRZ 2020, 99 (102).

¹⁸¹ *Nicolussi* in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON (2024) § 1 VirtGesG Rz 51; *Adensamer/Eckert/Breisch*, COVID-19: Beschlussfassungen bei Kapitalgesellschaften, GesRZ 2020, 102; *Kalss/Hollaus*, Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – ein weitreichender Schritt durch das Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Gesetz, GesRZ 2020, 84 (85).

¹⁸² *Nicolussi* in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON (2024) § 1 VirtGesG Rz 51.

¹⁸³ Damit gemeint ist eine Videokonferenz, in welcher für alle Teilnehmer jeweils gegenseitige Sicht- und Hörbarkeit gegeben ist und die audiovisuelle Qualität ein authentisches Erfassen der Einzelheiten menschlicher Mimik, Gestik, und Intonation ermöglicht und die Kommunikation vor dem Zugriff Unbefugter geschützt ist; siehe *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 97.

¹⁸⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 97; *Kalss/Hollaus*, Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – ein weitreichender Schritt durch das Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Gesetz, GesRZ 2020, 84 (88); *Brogányi/Rieder* in Napokoj/

zende auf die technischen Voraussetzungen am Sitzungsort und den (voraussichtlichen) Bedarf durch die Mitglieder abzustellen. Wesentlichstes Kriterium ist die örtliche Verfügbarkeit der Mitglieder, insbesondere im Fall dringlich einberufener Sitzungen. Freilich ist dennoch danach zu trachten, Sitzungen, welche komplexe Themen behandeln, auf Grund der Qualität der Diskussion, insbesondere der dadurch gewährleisteten Unmittelbarkeit, in Präsenz abzuhalten.¹⁸⁵

Schlägt der AR-Vorsitzende ein anderes Format als eine Präsenzsitzung oder qualifizierte Videokonferenz vor, so hat er darauf Bedacht zu nehmen, dass die für die Sitzung und Beschlussfassung erforderliche Unmittelbarkeit des Austausches der Mitglieder des Organs¹⁸⁶ dabei nur sehr eingeschränkt gewährleistet ist. Ein solches Format (beispielsweise eine Telefonkonferenz) kommt uE daher nur in Fällen äußerster Dringlichkeit verbunden mit dem Fehlen der technischen Voraussetzungen für eine qualifizierte Videokonferenz auf Seiten eines oder mehrerer Mitglieder in Frage. **82**

E. Sitzungsvorbereitung und -leitung, Protokollierung

Gemäß § 94 Abs 3 AktG muss zumindest viermal im Geschäftsjahr eine AR-Sitzung abgehalten werden. **83**

Sitzungsvorbereitung: Aufgrund seiner Leitungs- und Koordinierungsfunktion obliegen dem AR-Vorsitzenden im Zusammenhang mit der Sitzungsvorbereitung nicht nur bestimmte Formalia wie Wahl des Sitzungsortes, Einberufung, Übermittlung der Tagesordnung und Verteilung der vorbereitenden Unterlagen, sondern insbesondere auch – in Abstimmung mit dem Vorstand – die inhaltliche Vor- und Aufbereitung der zu behandelnden Themen und Beschlussgegenstände sowie jegliche sonstige organisatorische Vorkehrungen zur Sicherstellung des Funktionierens des Gremiums Aufsichtsrat.¹⁸⁷ Das Selbstorganisationsrecht des Aufsichtsrates ermöglicht es dem Gremium, vom AR-Vorsitzenden im Rahmen der Sitzungsvorbereitung getroffene Maßnahmen mit Beschluss mit der dafür gebotenen Mehrheit abzuändern. Davon sind allerdings Entscheidungen zu Rechtsfragen, wie beispielsweise die Feststellung des Vorliegens eines Stimmverbotes, ausgenommen. Die Alleinentscheidungsbefugnis des AR-Vorsitzenden für Rechtsfragen ist Ausfluss seiner Pflicht, ein rechtmäßiges Beschlussverfahren sicherzustellen.¹⁸⁸ **84**

Foglar-Deinhardtstein/Pelinka, AktG Praxiskommentar (2020) § 92 Rz 46; Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² (2016), 178; Brix, Handbuch Aktiengesellschaft (2024) Rz 8/73; Grundner/Neuböck, Videokonferenzen im Aufsichtsrat – eine Bestandsaufnahme, RdW 2016, 316 (318); aA Rauter in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 176 f (Stand 1.9.2021, rdb.at), welcher ein Widerspruchsrecht des einzelnen AR-Mitglieds anerkennt, welches freilich nicht willkürlich ausgeübt werden darf.

¹⁸⁵ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 154 unter Verweis auf *Kremer/Mucic/Thomas/v.Werder*, Virtuelle Gremiensitzungen im Rahmen einer nachhaltigen Unternehmensführung, DB 2021, 1145 (1149 ff).

¹⁸⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 93; § 93 Rz 6; Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 34; Eiselsberg/Bräuer in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 24 Rz 123.

¹⁸⁷ Kalss in FS Grunewald, 436.

¹⁸⁸ Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 85, Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 20; siehe auch Reichert in FS Hopt, 987.

- 85 Die Struktur und das zeitliche Ausmaß, welche für die Vorbereitung von Sitzungen des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse notwendig sind, hängen von Größe und Komplexität sowie der aktuellen Lage des Unternehmens ab. Ab einer bestimmten Unternehmensgröße empfiehlt es sich, dass der AR-Vorsitzende zur Vorbereitung dedizierte Sitzungen mit Vorstand und im Unternehmen sonst eingebundenen Einheiten abhält, deren Ergebnisse um Erkenntnisse aus sich sonst ergebenden informellen Gesprächen, Telefonaten und Treffen am Rande sonstiger Sitzungen ergänzt werden.¹⁸⁹ Wesentlicher Gegenstand solcher vorbereitenden Sitzungen werden regelmäßig außertourliche Themen, wie zustimmungspflichtige Geschäfte, Sonderberichte oder die Notwendigkeit zu einem Tagesordnungspunkt Sachverständige oder Berater beizuziehen, sein. Tourliche Themen, wie Quartalsberichte, werden eine Behandlung lediglich hinsichtlich Besonderheiten erfahren.¹⁹⁰
- 86 **Festsetzung der Tagesordnung:** Die Festsetzung der Tagesordnung für die AR-Sitzung obliegt typischerweise dem AR-Vorsitzenden und erfolgt regelmäßig in Abstimmung mit dem Vorstand. Zweck der Tagesordnung ist es, den Aufsichtsratsmitgliedern eine Vorbereitung auf die in der Sitzung anstehenden Beratungen und Beschlussfassungen zu ermöglichen.¹⁹¹ Die Reihung der Tagesordnungspunkte bestimmt sich primär nach Effizienz Gesichtspunkten, sodass es sich empfiehlt, Routinetagesordnungspunkte (Feststellung des Jahresabschlusses, Erstattung des Quartalsberichtes, etc.) sowie unbedingt zu behandelnde Themen vorzureihen, während weniger drängende Themen gegen Ende der Sitzung behandelt werden können.¹⁹² Die Reihung der Tagesordnungspunkte kann auch eine strategische Komponente haben: Wurde durch ein AR-Mitglied, welches bspw. einem Konkurrenzunternehmen zuzurechnen ist, ein konkurrierender Beschlussantrag, welcher aus Sicht des AR-Vorsitzenden und des Vorstandes nicht im Unternehmensinteresse liegt und auch nur geringe Chancen auf Annahme hat, gestellt, so kann durch die Nachreihung dieses Antrages erreicht werden, dass dessen Behandlung sich (inhaltlich) erübrigt. Eine solche Vorgangsweise kann sich bereits aus dem Gebot der effizienten Sitzungsführung ergeben.
- 87 In der Praxis stellt sich regelmäßig die Frage nach der Bestimmtheit der Formulierung der Tagesordnungspunkte, da schwere Mängel bei der Einberufung Nichtigkeit (Unwirksamkeit) des Beschlusses zur Folge haben können.¹⁹³ Es kann aufgrund von Geheimhaltungsinteressen oder (potenziellen) Interessenkonflikten im Unternehmensinteresse geboten sein, einen Tagesordnungspunkt bewusst vage zu formulieren.¹⁹⁴ Um dennoch eine wirksame Ankündigung des betreffenden Ta-

¹⁸⁹ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 20 ff.

¹⁹⁰ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 25.

¹⁹¹ Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 44, Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 37 mwN.

¹⁹² Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 37.

¹⁹³ Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 13.

¹⁹⁴ Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 34, 40 unter Verweis auf Cahn, Gesellschaftsinterne Informationspflichten bei Zusammenschluss- und Akquisitionsvorhaben, AG 2014, 525 (533 f); Koch, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 110 Rz 4; Henning in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 4 Rz 105; Groß-Börling/Rabe in Hölters/Weber, Aktiengesetz Kommentar⁴ (2022) § 110 Rz 17. AA ist

gesordnungspunktes sicherzustellen, sollte der AR-Vorsitzende die nicht befangenen Mitglieder informieren und ihnen auf sonstige Weise die wesentlichen Informationen, die für ihre Vorbereitung zu diesem Tagesordnungspunkt erforderlich sind, zukommen lassen.¹⁹⁵ Dieses Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens und Informationspflicht gegenüber den AR-Mitgliedern zur Herbeiführung eines wirksamen Beschlusses ist nicht abschließend lösbar, und bleibt mit Rechtsunsicherheit behaftet,¹⁹⁶ sodass der AR-Vorsitzende eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen hat.

Einberufung: Für die Einberufung ist primär der AR-Vorsitzende zuständig.¹⁹⁷ 88
Zudem kann jedes AR-Mitglied sowie der Vorstand unter Angabe von Gründen verlangen, dass vom AR-Vorsitzenden eine Sitzung einberufen wird (§ 94 Abs 1 AktG). Sollte dieser einem solchen von mindestens zwei AR-Mitgliedern oder dem Vorstand geäußerten Verlangen nicht entsprechen, können die Antragsteller selbst eine Aufsichtsratsitzung einberufen (§ 94 Abs 2 AktG). Bei Verhinderung des Vorsitzenden ist dessen Stellvertreter zur Einberufung befugt;¹⁹⁸ davon nicht umfasst sind Fälle, in welchen der AR-Vorsitzende die Sitzung nicht einberufen will. In diesem Fall ist nach § 94 Abs 2 AktG vorzugehen. Die Einberufung der Sitzung ist formfrei;¹⁹⁹ entsprechende Formvorschriften für die Einberufung (Fristen, Schriftform etc.) können in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates oder der Satzung vorgesehen sein. In der Praxis ist in Geschäftsordnungen des Aufsichtsrates oftmals eine Frist von zwei Wochen verankert.²⁰⁰

Ist in der Satzung oder der Geschäftsordnung keine Einberufungsfrist vorgesehen, ist die Einberufungsfrist so zu bemessen, dass sich die AR-Mitglieder 89

Habersack in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 110 Rz 19 f, nach dem Satzungs- oder Geschäftsordnungsregelungen, die Ausnahmen von der Pflicht zur vorherigen Mitteilung machen, unbeachtlich sind. Gleiches gilt für Bestimmungen in der Satzung oder Geschäftsordnung, die die Einberufungs- oder Mitteilungsfrist im Interesse der Geheimhaltung unangemessen verkürzen und dadurch den Aufsichtsratsmitgliedern die Möglichkeit sorgfältiger Vorbereitung nehmen. Ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft an abweichenden Regelungen ist schon deshalb nicht anzuerkennen, weil die Aufsichtsratsmitglieder uneingeschränkt der Verschwiegenheitspflicht unterliegen und die Bestimmungen in Satzung und Geschäftsordnung nicht etwa von ihrem pflichtwidrigen Verhalten ausgehen dürfen. Berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft ist nicht durch die Vorenthaltung von Informationen, sondern durch die konsequente Ahndung einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht Rechnung zu tragen.

¹⁹⁵ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 40; siehe auch *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 11.

¹⁹⁶ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 406 f, wo vorgeschlagen wird, dass zur Wahrung der Vertraulichkeit zumindest die bezughabenden Unterlagen zu einem Tagesordnungspunkt nicht schon mit der Einberufung, sondern möglichst spät übermittelt werden, sofern dadurch noch eine zeitgerechte Vorbereitung auf die Sitzung möglich ist.

¹⁹⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 4; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 4.

¹⁹⁸ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 5.

¹⁹⁹ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 7; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 5.

²⁰⁰ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 52; *Bingel* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 395.

angemessen auf Beratungs- und Beschlussgegenstände vorbereiten können.²⁰¹ Termin, Ort und Uhrzeit sind so zu bemessen, dass möglichst alle AR-Mitglieder teilnehmen können.²⁰² Die Zweiwochenfrist des § 94 Abs 1 Satz 2 AktG gilt nur für Sitzungseinberufungen auf Verlangen nach Abs 1.²⁰³ Für sonstige Sitzungen, die auf Initiative des AR-Vorsitzenden einberufen werden, kann eine längere Frist angemessen sein,²⁰⁴ im Regelfall ist von einer Mindestfrist von einer Woche auszugehen.²⁰⁵ Es kann aus § 94 Abs 1 Satz 2 AktG abgeleitet werden, dass die Einberufungsfrist in aller Regel nicht länger als zwei Wochen betragen muss.²⁰⁶

90 Redespiegel: Einen wesentlichen Beitrag zur Vorbereitung des AR-Vorsitzenden stellt die Erstellung eines detaillierten Redespiegels für die Sitzung dar. Darin ist, strukturiert anhand der Tagesordnung abschließend ausformuliert, der gesamte, bereits vorhersehbare Redetext abzubilden. Sofern für die Sitzung zu erwarten, können darin auch alternative Abläufe bestimmter Tagesordnungspunkte Aufnahme finden, ebenso wie allenfalls benötigte tiefere Erläuterungen oder rechtliche Ausführungen. Im Fall, dass eine konfliktträchtige Sitzung oder destruktives Verhalten einzelner Mitglieder zu erwarten steht, hat es sich bewährt, Ordnungsmaßnahmen vorformuliert in einem separaten Redespiegel parat zu halten.

91 Sitzungsleitung: Der AR-Vorsitzende ist der geborene Sitzungsleiter. Diese Kompetenz ergibt sich aus der allgemeinen Leitungsbefugnis²⁰⁷ des Vorsitzenden eines Kollegialorgans. Im Rahmen der Sitzungsleitung bestimmt der AR-Vorsitzende den Sitzungsablauf, die Reihenfolge der Tagesordnungspunkte und Wortbeiträge sowie Zeitpunkt und Reihenfolge der Abstimmungen.²⁰⁸ Er verkündet die Beschlussergebnisse und bestimmt einen Protokollführer.²⁰⁹ Er entscheidet auch, wann Vorstandsmitglieder oder geladene Teilnehmer den Sitzungssaal verlassen müssen.²¹⁰ Seine Aufgabe geht über jene eines bloßen „Moderators“ hinaus: er hat darauf hinzuwirken, dass die vorgesehenen Themenpunkte ausreichend behandelt werden und insbesondere Beschlüsse herbeigeführt werden.²¹¹ Er soll die

²⁰¹ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 8; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 6; siehe auch *Bingel* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 395.

²⁰² *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 9; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 6.

²⁰³ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 8; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 6.

²⁰⁴ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 8; *Bingel* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 397.

²⁰⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 94 Rz 6; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 8.

²⁰⁶ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 94 Rz 8 mwN.

²⁰⁷ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 77 ff; siehe auch *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 67 unter Verweis auf *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 3.

²⁰⁸ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 77; *Henning* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 4 Rz 118 f.

²⁰⁹ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 77.

²¹⁰ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 77.

²¹¹ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 78.

Sitzung leiten und lenken, ohne sie aber zu dominieren.²¹² Er kann auch eine vorübergehende Unterbrechung der Sitzung anordnen.²¹³ Der AR-Vorsitzende ist auch befugt, Ordnungsmaßnahmen²¹⁴ zu ergreifen, wenngleich ihm keine Kompetenz zukommt, das Rederecht eines AR-Mitgliedes zu beschränken, weil ihm weder Disziplinarbefugnisse noch Weisungsrechte gegenüber anderen AR-Mitgliedern zustehen.²¹⁵ Von der Kompetenz des AR-Vorsitzenden, Ordnungsmaßnahmen zu ergreifen, ist uE auch die Einschränkung der Nutzung elektronischer Geräte wie Mobiltelefone, Tablets oder Laptops während der Sitzung umfasst. Denn diese Geräte können nicht nur einen Störfaktor darstellen, welcher der Konzentration der Sitzungsteilnehmer und damit einer effektiven Beratung und Entscheidungsfindung abträglich ist, sondern auch ein Sicherheitsrisiko. Jedenfalls bei besonders sensiblen Tagesordnungspunkten sollte der AR-Vorsitzende daher anordnen, dass sämtliche Sitzungsteilnehmer ihre Geräte abschalten oder zumindest den Flugmodus aktivieren.²¹⁶ Die Begrenzung von Redezeiten ist hingegen erlaubt.²¹⁷ Im Zuge der Beschlussfeststellung hat der AR-Vorsitzende sicherzustellen, dass Stimmen von AR-Mitgliedern, welche einem Stimmverbot unterliegen, in der Ermittlung des Beschlussergebnisses zum betreffenden Beschlussantrag keine Berücksichtigung finden. IdR sollte bereits im Zuge der Sitzungsvorbereitung für solche Fälle Vorsorge getroffen worden sein (siehe Rz 90).

Beziehung Dritter: Über die Beziehung von Sachverständigen und Auskunftspersonen zu Sitzungen des Aufsichtsrates gemäß § 93 Abs 1 Satz 2 AktG entscheidet entweder der AR-Vorsitzende im Rahmen der Vorbereitung und Leitung der Sitzung oder das Organ des Aufsichtsrates durch Beschluss.²¹⁸ Das Plenum ist berechtigt, eine Entscheidung des Vorsitzenden abzuändern.²¹⁹ Wünschen einzelne Mitglieder eine Beziehung Dritter, erfordert dies stets einen Antrag an das Plenum.²²⁰ Jedenfalls unzulässig (und daher bereits vom AR-Vorsitzenden alleine zu entscheiden) sind Verlangen von Aufsichtsratsmitgliedern auf Beziehung Dritter zu ihrer begleitenden Beratung oder Assistenz während der Sit-

²¹² *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 78.

²¹³ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 79.

²¹⁴ *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 82.

²¹⁵ *Henning* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 4 Rz 112.

²¹⁶ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, S. 100.

²¹⁷ *Henning* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 4 Rz 112; *Carl* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 82.

²¹⁸ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 93 Rz 15; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30h Rz 17 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG § 30h Rz 4; *Habersack* in *MünchKomm*⁶ § 109 AktG Rz 21; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 109 Rz 5; *aA Rüdfler/Koppensteiner GmbH-Gesetz*³ (2007) § 30h GmbHG Rz 3 (Beschluss erforderlich).

²¹⁹ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30h Rz 17 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG § 30h Rz 4; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 93 Rz 11, 12; *A. Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar² (2018) § 30h Rz 8.

²²⁰ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 93 Rz 16; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30h Rz 18 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

zung.²²¹ Für die Hinzuziehung sonstiger Dritter bleibt, ungeachtet der einschränkenden Formulierung in § 93 Abs 1 AktG, insbesondere aus technischen oder organisatorischen Gründen, Raum. In Betracht kommt etwa die Hinzuziehung eines Protokollführers sowie von Dolmetschern, sollten einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder beigezogene Dritte der Verhandlungssprache nicht (ausreichend) mächtig sein.²²²

93 Protokollierung: Der AR-Vorsitzende ist verantwortlich für die Erstellung der Niederschrift der AR-Sitzung, wobei er diese nicht eigenhändig anfertigen muss, sondern diese Aufgabe delegieren kann, sofern kein anderes Mitglied des Aufsichtsrates widerspricht,²²³ welcher durch zustimmenden Beschluss des Aufsichtsrates überwunden werden kann. Der beigezogene Protokollführer unterliegt kraft Auftragsrecht dem Verschwiegenheitsgebot gegenüber der Gesellschaft.²²⁴ Der AR-Vorsitzende muss die Niederschrift unterzeichnen,²²⁵ nicht aber der Protokollführer.²²⁶ Nachdem der Protokollführer ausführender Gehilfe des Aufsichtsratsvorsitzenden ist, liegt die Hoheit über den Inhalt des Protokolls beim Aufsichtsratsvorsitzenden.²²⁷

94 Inhalt: Bei der Niederschrift iSd § 30g Abs 2 GmbHG bzw § 92 Abs 2 AktG handelt es sich nicht um eine bloße Beschlussniederschrift.²²⁸ Sie hat insbesondere eine Darstellung des Ablaufs der Verhandlungen in seinen wesentlichen Zügen sowie die erfolgten Beschlussfassungen zu enthalten.²²⁹ Aufzunehmen ist nach Rsp und überwiegender Lehre alles, was für das Zustandekommen, den Inhalt und die Wirksamkeit der Entscheidung über die Verhandlungsgegenstände von Bedeutung ist.²³⁰

95 Aufzunehmen sind daher insbesondere: Tagesordnung, Ort, Beginn, Ende der Sitzung, allfällige Sitzungsunterbrechungen, Namen der (auch nur teilweise) erschienenen Aufsichtsratsmitglieder, Hinweise auf entschuldigtes oder unentschuldigtes Fernbleiben von Aufsichtsratsmitgliedern, Zu- und Abgänge während der

²²¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 93 Rz 16; *Eckert/Schopper/Walch*, in *Eckert/Schopper AktG-ON* (2021) § 93 Rz 14.

²²² *Habersack* in MünchKomm⁶ § 109 AktG Rz 22.

²²³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 56; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 20.

²²⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 56; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 20.

²²⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 56; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 20.

²²⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 56.

²²⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 56.

²²⁸ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 139 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 59; *Kalss* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 232.

²²⁹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 139 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

²³⁰ OLG Wien 30. 12. 1981, 5 R 88/81, NZ 1982, 72; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 13; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 60; *A. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG – Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung² (2024) § 30g Rz 65.

Sitzung,²³¹ Namen und Funktionen sonstiger anwesender Personen, Vertretung von Mitgliedern gemäß §§ 93 Abs 3, 95 Abs 7 AktG bzw § 30j Abs 6 GmbHG, allfällige Wechsel der Sitzungsleitung, Angaben zur Beschlussfähigkeit, allfällige Verfahrenswidersprüche, Beschlussanträge und Abstimmungsergebnisse einschließlich des Stimmverhaltens der einzelnen Mitglieder (bei geheimer Abstimmung nur das Ergebnis) und Stimmrechtsausschlüsse sowie der wesentliche Inhalt der Beratungen.²³² Beschlüsse und Abstimmungsergebnisse sind vollständig und genau anzugeben.²³³ Wurden der Sitzung Sachverständige oder Gutachter beigezogen und finden deren Aussagen Eingang in das Protokoll, ist es zur Gewährleistung der Beweissicherungsfunktion des Protokolls unerlässlich, dass der AR-Vorsitzende die Formulierung dieser Passagen des Protokolls mit diesen abstimmt.

Berichtigung: Jedes Aufsichtsratsmitglied hat das Recht, der Niederschrift eine schriftliche Stellungnahme anzuschließen.²³⁴ Die Niederschrift bedarf keiner Genehmigung des Aufsichtsrates,²³⁵ wengleich dies regelmäßig erfolgt. Jedes Aufsichtsratsmitglied hat jedoch die Möglichkeit, eine Berichtigung der Niederschrift zu beantragen oder Widerspruch dagegen zu erheben;²³⁶ die Berichtigung kann grundsätzlich auch vom Vorstand bzw Geschäftsführern und sonstigen Teilnehmern, die bei der Sitzung anwesend waren, hinsichtlich Passagen, die ihre Mitwirkung oder Wortmeldungen wiedergeben, verlangt werden.²³⁷ Der AR-Vorsitzende entscheidet über Berichtigungsanträge in seiner Rolle als Protokollverantwortlicher, der Aufsichtsrat ist dafür nicht zuständig,²³⁸ wengleich in der Praxis auch darüber regelmäßig der Aufsichtsrat Beschluss fasst.

96

²³¹ Insbesondere sofern solche entweder ein bestimmtes zeitliches Maß überschreiten oder während kritischer Beratungen oder Beschlussfassungen erfolgt sind.

²³² *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 139 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 59; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 21.

²³³ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 140 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 60.

²³⁴ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 141 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 59.

²³⁵ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 61; *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 31; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) 92 Rz 22.

²³⁶ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 61; *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 31; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 22.

²³⁷ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 61.

²³⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 61; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 22; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 107 Rz 19; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 84; *aA Rauter* in Straube/Ratka/Rau-

97 Die Unterfertigung der Niederschrift erfolgt häufig erst nach Durchführung eines sog **Protokollberichtigungsverfahrens**.²³⁹ Dabei wird den AR-Mitgliedern ein Protokollentwurf übermittelt, zu dem in der nächsten Sitzung (bzw binnen einer bestimmten Frist) Einwände erhoben werden können.²⁴⁰ Einwände gegen die Protokollierung können grundsätzlich auch außerhalb einer Sitzung erhoben werden.²⁴¹ Gegenstand der Änderung sind bloß unrichtige Protokollierungen, nicht jedoch die den Protokollierungen zugrunde liegenden Tatsachen.²⁴² Bei Meinungsverschiedenheiten über die Richtigkeit der Protokollierung wird in der Literatur zT vertreten, dass die Entscheidung einer derartigen Tatsachenfrage nicht Gegenstand einer Beschlussfassung des Aufsichtsrates sein kann.²⁴³

98 **Tonaufzeichnungen von AR-Sitzungen:** Nach überwiegender Ansicht ist die Tonbandaufnahme der AR-Sitzung zur Unterstützung der Anfertigung eines schriftlichen Protokolls zulässig, sofern kein anwesendes Mitglied widerspricht.²⁴⁴ Im Fall der Ausübung des Widerspruchsrechts hat eine Interessenabwägung im Einzelfall zwischen dem Interesse der widersprechenden Person, nicht aufgenommen zu werden, und dem Verbandsinteresse an der genauen Dokumentation der Sitzung zu erfolgen.²⁴⁵ Zu bedenken ist, dass eine Tonbandaufnahme zu einer Redehemmung der AR-Mitglieder führen könnte (etwa aufgrund der Gefahr der Vervielfältigung oder der „Konservierung“ des Originaltons von Aussagen),²⁴⁶ andererseits eine Aufzeichnung der Sitzung jedoch zu einer gesitteten Gesprächsatmosphäre im Gremium beitragen kann.²⁴⁷ Einzelne Aufsichtsratsmitglieder sind – ohne Zustimmung sämtlicher anderer an der Sitzung teilnehmender Mitglieder – nicht berechtigt, Tonbandmitschnitte für sich selbst anzufertigen.²⁴⁸

ter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at): eine allfällige Genehmigung sei nur eine Wissenserklärung, weshalb eine Entscheidung durch den AR-Vorsitzenden ausscheidet und abweichende Meinungen ergänzend in die Niederschrift aufzunehmen sind.

²³⁹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 138, 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

²⁴⁰ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 61.

²⁴¹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

²⁴² *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

²⁴³ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 148 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

²⁴⁴ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, 108; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 133 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 AktG Rz 233; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 AktG Rz 79.

²⁴⁵ *Schima/Knotzer*, Zur Protokollierung von Gremiensitzungen unter besonderer Berücksichtigung von Tonbandaufnahmen (Teil II), Aufsichtsrat aktuell 2022, 208 (212 f).

²⁴⁶ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, 108.

²⁴⁷ *Schima/Knotzer*, Zur Protokollierung von Gremiensitzungen unter besonderer Berücksichtigung von Tonbandaufnahmen (Teil II), Aufsichtsrat aktuell 2022, 213.

²⁴⁸ *Kalss* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 AktG Rz 233.

F. Sitzungsführung: Interessenkonflikte, Informationsvorenthaltung, Teilnahmerecht, Sitzungsausschluss

Nachdem die Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrates als Nebenamt²⁴⁹ qualifiziert und in der Regel auch so gelebt wird, ist das Auftreten konfligierender Interessen nicht selten. Der souveräne Umgang mit Interessenkonflikten gehört daher zu den zentralen Aufgaben des AR-Vorsitzenden. 99

Voraussetzung für das Bestehen eines Interessenkonflikts ist neben der Organbeziehung zwischen dem konkreten Mitglied und der Gesellschaft das Bestehen einer weiteren direkten oder indirekten Interessenbeziehung zwischen dem Organmitglied oder einem ihm nahestehenden Rechtsträger und der Gesellschaft²⁵⁰ (Tätigkeiten in Konkurrenzunternehmen, die Mitgliedschaft von Bankenvertretern oder von Angehörigen der beratenden Berufe sowie von Komplementärunternehmen im Zuliefer- und Abnahmebereich, wenn es um einen Vertragsabschluss oder eine Vertragspartnerwahl geht, oder eine feindliche Übernahme der Gesellschaft durch das „Stammunternehmen“ des Aufsichtsratsmitglieds).²⁵¹ An der Abstimmung über den Abschluss von Geschäften mit „nahestehenden“ Personen dürfen diese gemäß § 95a Abs 4 AktG nicht teilnehmen. Aus § 125 AktG wird in analoger Anwendung²⁵² abgeleitet, dass auch AR-Mitglieder einem Stimmverbot unterliegen, wenn sie Richter in eigener Sache wären oder ein konkreter Interessenkonflikt vorliegt. 100

Unterliegt ein Mitglied des Aufsichtsrates einem Interessenkonflikt, hat es diesen dem AR-Vorsitzenden – bzw wenn dieser selbst betroffen ist, seinem Stellvertreter – offen zu legen.²⁵³ Dies sieht auch die § ÖCGK-Regel C 46 vor. Auch andere Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, auf die Offenlegung eines ihnen bekannten Interessenkonfliktes eines Aufsichtsratsmitgliedes zu dringen.²⁵⁴ Um Interessenkonflikte antizipieren zu können, sollte der AR-Vorsitzende sämtliche berufliche Tätigkeiten der Aufsichtsratsmitglieder kennen.²⁵⁵ 101

Sitzungsvorbereitung: Der AR-Vorsitzende ist dafür verantwortlich, dass die Teilnehmer der AR-Sitzung möglichst unbefangen und im Unternehmensinteresse 102

²⁴⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 68 Rz 67 unter Verweis auf OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k in GesRZ 2002, 86.

²⁵⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 86 Rz 67a; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 30 f; *Diekmann/Fleischmann*, Umgang mit Interessenkonflikten in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, AG 2013, 141 (142).

²⁵¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 86 Rz 67a.

²⁵² *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 27.

²⁵³ *Kalss* in FS Enzinger, 24; *Bingel* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 448, 489; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 33; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 89; *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 25 Rz 28 f; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁷ (2020), Rz 927; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 27.

²⁵⁴ *Kalss* in FS Enzinger, 29.

²⁵⁵ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 33.

abstimmen. Es sind mögliche Interessenkonflikte (formeller²⁵⁶, materieller²⁵⁷ und persönlicher²⁵⁸ Natur) zu berücksichtigen. Die Vorgangsweise zur Mitigierung solcher Interessenkonflikte²⁵⁹ kann unterschiedliche Ausprägungen haben: Der AR-Vorsitzende sollte im Vorfeld der Sitzung auf die einzelnen AR-Mitglieder, welche von Interessenkonflikten betroffen sind, zugehen, und die angemessene Vorgangsweise abstimmen; diese kann in einem Stimmverbot²⁶⁰ oder auch in einem Fernbleiben von der Beratung und Abstimmung (Teilnahmeverbot)²⁶¹ bestehen.

103 Informationsvorenthaltung: Es kann auch erforderlich sein, dass einem AR-Mitglied (wenn es beispielsweise einem Konkurrenzunternehmen angehört) bereits bestimmte Unterlagen zur Sitzungsvorbereitung vorenthalten werden müssen (Informationsausschluss).²⁶² Nicht alle Interessenkonflikte begründen jedoch die Gefahr einer Gesellschaftsschädigung, die es erforderlich macht, das Aufsichtsratsmitglied temporär vom Informationsfluss abzuschneiden.²⁶³ Die Information darf einem Aufsichtsratsmitglied vorübergehend vorenthalten werden, wenn dessen Nähe zu einem Konkurrenzunternehmen beispielsweise dazu führt, dass die Realisierung eines ertragsträchtigen Projekts durch vorzeitige Information gefährdet wird.²⁶⁴

104 Ausschluss von Vorbesprechungen: Weiters können auch Vorbesprechungen²⁶⁵ unter Ausschluss jener Personen, die einem Interessenkonflikten unterliegen, ein Instrument sein, um Interessenkonflikte zu mitigieren. Freilich ist zu beachten, dass Vorbesprechungen keine diskutierende und beschlussfassende AR-Sitzung ersetzen können²⁶⁶ und daher auch nicht zum Regelfall werden sollten bzw die eigentliche Sitzung durch solche Vorbesprechungen nicht vorweggenommen werden darf.

105 Vage Formulierung eines Tagesordnungspunktes: Die Gefahr der Informationsweiterleitung an Unberechtigte kann es erforderlich machen, die Tagesordnungspunkte ausnahmsweise unpräzise zu formulieren (siehe dazu oben Rz 87).

²⁵⁶ Beispielsweise könnte ein Mitglied des Aufsichtsrates Mitglied in einem Aufsichtsrat eines mit dem Unternehmen kontrahierenden Unternehmens sein und ein potenzieller Interessenkonflikt aufgrund dieser Organfunktion vorliegen.

²⁵⁷ Ein Aufsichtsratsmitglied könnte in seiner Eigenschaft als Unternehmer von einer Maßnahme, die im AR beschlossen wird, betroffen sein.

²⁵⁸ Hierzu zählen etwa Verwandtschaftsverhältnisse oder persönliche Beziehungen, die eine Befangenheit begründen können.

²⁵⁹ Zur Vorgangsweise beim Vorliegen von Interessenkonflikten siehe eingehend *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 30 f.

²⁶⁰ *Kalss* in FS Enzinger, 24; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 32.

²⁶¹ *Kalss* in FS Enzinger, 24; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 32.

²⁶² *Kalss* in FS Enzinger, 24; *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 32.

²⁶³ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 153 unter Verweis auf *M. Meyer*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (2021), 214 ff.

²⁶⁴ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 154.

²⁶⁵ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 25.

²⁶⁶ *Kalss* in FS Grunewald, 440 f.

Teilnahme an der Sitzung: Ein Beschluss, der unter Teilnahme eines mit einem Interessenkonflikt behafteten AR-Mitglieds gefasst wird, ist fehlerhaft,²⁶⁷ allerdings nur, wenn sich die Berücksichtigung der Stimme auf das Beschlussergebnis auswirkt.²⁶⁸ Es kann notwendig sein, das Teilnahmerecht des Aufsichtsratsmitgliedes temporär einzuschränken²⁶⁹ und das Aufsichtsratsmitglied von Sitzungen auszuschließen.²⁷⁰ Ein solcher Ausschluss ist dann geboten, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass das AR-Mitglied vertrauliche Informationen zu Lasten der Gesellschaft missbräuchlich verwendet (zB Konkurrenzangebot; Interesse an bestimmten Unternehmen).²⁷¹ Der AR-Vorsitzende hat das primäre Entscheidungsrecht über einen solchen Ausschluss; das Plenum kann diese Befugnis jedoch an sich ziehen und eine Beschlussfassung darüber vornehmen oder einen bereits gefassten Beschluss des AR-Vorsitzenden ändern.²⁷²

Bei konkreter Missbrauchsgefahr durch das AR-Mitglied sind die Maßnahmen des Stimm- und Teilnahmeverbots mit einer Beschränkung der Information des betreffenden AR-Mitglieds zu verbinden.²⁷³

In Einzelfällen, insbesondere bei länger andauernden Projekten, können bestimmte Angelegenheiten zur Wahrung der Vertraulichkeit auch in Ausschüsse mit Beschlusskompetenz verlagert werden, denen das betroffene AR-Mitglied nicht angehört.²⁷⁴ Denkbar ist auch die *ad hoc*-Bildung eines (vorbereitenden) Ausschusses.²⁷⁵ Dies ist deshalb eine wirksame Maßnahme, weil der AR-Vorsitzende nach § 93 Abs 2 AktG das Recht hat, Mitglieder des AR von der Teilnahme an Ausschusssitzungen auszuschließen. Dieses Recht ist nach hL²⁷⁶ nicht auf den Ausschussvorsitzenden übertragbar. Uneinheitlich sind die Auffassungen darüber,

²⁶⁷ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 27; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 89; *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 27.

²⁶⁸ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 27 unter Verweis auf *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² (2016), 171 f.

²⁶⁹ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 31; *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft (2002), 65 ff.

²⁷⁰ *Kalss* in FS Enzinger, 21; *Hopt/Roth* in Hirte/Mülberr/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 123; *Kalss* in FS Grunewald, 442.

²⁷¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 90.

²⁷² *Kalss* in FS Enzinger 2024, 21; *Hopt/Roth* in Hirte/Mülberr/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 123, 123; *Kalss* in FS Grunewald, 442.

²⁷³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 91; OGH 23.05.2019 in 6 Ob1/19v; *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 25 Rz 44; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/710.

²⁷⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 91; *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 25 Rz 45; s ferner *Schimka* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 29 Rz 49, 51; *Weiß* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 14 Rz 181.

²⁷⁵ *Leonhartsberger*, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 156.

²⁷⁶ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 93 Rz 18; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 93 Rz 18; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 93 Rz 48.

ob das Plenum des AR eine solche „Ausschlussentscheidung“ des AR-Vorsitzenden widerrufen oder abändern kann.²⁷⁷

109 Ein temporärer Informationsausschluss ist als gelinderes Mittel zunächst geboten; erst in weiterer Folge kommt ein Ausschluss des betroffenen AR-Mitgliedes von der gesamten Sitzung oder letztlich sogar eine Delegation der Angelegenheit in einen (neu) gebildeten Ausschuss in Frage. Festzuhalten ist, dass die Abberufung eines AR-Mitgliedes als *ultima ratio* anzusehen ist. Eine Mehrfachfunktion eines AR-Mitgliedes, welches als Universitätsprofessor als (objektiver) Gutachter des Mehrheitsgesellschafters tätig wurde und zugleich als Person in eigener Sache, die ihre Wahl in den Aufsichtsrat verteidigte, wurde vom OGH, in einem Verfahren über eine gerichtliche Abberufung nach § 30b Abs 5 GmbHG, welche das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraussetzt, nicht als ausreichend für eine Abberufung qualifiziert.²⁷⁸

110 Mangelnde Unabhängigkeit aufgrund Entsendung: Entsendungsrechte können die Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern potentiell gefährden. Ein Entsendungsrecht, also das Recht, eine Person eigener Wahl in den AR zu entsenden, kann Aktionären sowohl aufgrund von gesetzlichen (§ 88 Abs 1 AktG, § 30c Abs 1 GmbHG) als auch vertraglichen Grundlagen zukommen. Derartige Entsendungsrechte sind zulässig.²⁷⁹ Auch wenn das entsandte AR-Mitglied dem Wohl der Gesellschaft und nicht dem Wohl des entsendenden Aktionärs verpflichtet ist, kann es zu Interessenskonflikten kommen. Dies wird dadurch verstärkt, dass der entsendende Aktionär das AR-Mitglied jederzeit abberufen und durch ein neues AR-Mitglied ersetzen kann (§ 88 Abs 4 AktG, § 30c Abs 3 GmbHG). In solchen Konstellationen kommt dem AR-Vorsitzenden eine besonders hohe Verantwortung zu, solche zielgerichteten Interventionen zu erkennen und hintanzuhalten. Dies muss vor allem mit der Perspektive der Sicherung der Objektivierung in der Entscheidungsvorbereitung erfolgen. Jedenfalls sind auch entsandte AR-Mitglieder, die einem gravierenden Interessenkonflikt unterliegen, zum Rücktritt verpflichtet.²⁸⁰

111 UE ist es hilfreich, die **bankaufsichtsrechtlichen Bestimmungen zum Umgang mit Interessenkonflikten und Befangenheiten heranzuziehen:** Das Bankaufsichtsrecht sieht detaillierte Bestimmungen über die Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit von Aufsichtsratsmitgliedern vor (siehe Rz 38); auch hat die FMA in ihrem Rundschreiben²⁸¹ zahlreiche Beispiele und Anhaltspunkte formuliert, die ein Vorliegen von Interessenkonflikten und Abhängigkeiten indizieren.

²⁷⁷ Dafür: *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 93 Rz 47 mwN; dagegen: *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 93 Rz 18; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30h Rz 45 (Stand 1.9.2021, rdb.at); für Deutschland so auch *Hopt/Roth* in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5³ (2019) § 109 Rz 78, wobei zu beachten ist, dass sich dRL von Ö unterscheidet, da § 109 Abs 2 dAktG keine Satzungscompetenz für den Ausschluss vorsieht.

²⁷⁸ OGH 23.05.2019 in 6 Ob 1/19v in wbl 2019, 593/187.

²⁷⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 88 Rz 22 ff.

²⁸⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 88 Rz 30 ff.

²⁸¹ *FMA*, Fit & Proper Rundschreiben, 03/2023, Rz 33 ff (Unvoreingenommenheit), Rz 92 ff (Unabhängigkeit).

G. Vertraulichkeit

Die Verschwiegenheitsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder²⁸² (unabhängig davon, ob sie Kapital- oder Arbeitnehmervertreter²⁸³ sind) umfasst alle Geheimnisse der Gesellschaft, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse²⁸⁴ sowie sämtliche Informationen, bei denen ein (objektives) Interesse der Gesellschaft daran besteht, dass sie Dritten nicht bekannt werden, wie etwa Beratungen im Personalbereich, Vertragsverhandlungen, Forschungsstand, Produktionsplanung, strategische Unternehmensplanung²⁸⁵ oder auch Interna wie Beratungs- und Abstimmungsergebnisse, subjektive Absichten und Meinungen,²⁸⁶ Meinungsverschiedenheiten²⁸⁷ und Sitzungsverlauf.²⁸⁸ Umstritten ist, ob die Vertraulichkeitsverpflichtung in bestimmten Fällen aufgeweicht ist, um die Interessen von (herrschenden) Aktionären²⁸⁹ oder der Arbeitnehmervertretung²⁹⁰ zu wahren.

²⁸² Die Verschwiegenheitspflichtungen sind nach den deutschen (§ 93 Abs 1 Satz 3 dAktG) und österreichischen Rechtsordnungen im Wesentlichen gleichlautend, siehe *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 84 Rz 254; *Arlt* in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017), Rz 43/13; *Gruber/Auer*, Die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer nicht börsennotierten AG, GesRZ 2013, 173.

²⁸³ *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 18 mwN.

²⁸⁴ *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 84 Rz 262.

²⁸⁵ *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 14; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² (2016), 104; *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 84 Rz 266; *Gruber/Auer*, Die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer nicht börsennotierten AG, GesRZ 2013, 176.

²⁸⁶ *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² (2016), 105; *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 14; siehe dazu auch *Gruber/Auer*, Die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer nicht börsennotierten AG, GesRZ 2013, 176 f; siehe auch *Arlt* in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017), Rz 43/20; zu Meinungsverschiedenheiten und dem Willensbildungsprozess *Arlt* in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017), Rz 43/20; siehe auch BGH 5.6.1975 – II ZR 156/73 (BGHZ 64, 523); *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 84 Rz 264.

²⁸⁷ *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 84 Rz 264.

²⁸⁸ *Bingel* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 508; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁷ (2020), Rz 266; *Spindler* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 93 Rz 147; *Körber* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 10 Rz 5.

²⁸⁹ Für die Zulässigkeit der Informationsweitergabe in bestimmten Fällen etwa *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 44; aA *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29 sowie *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 99 Rz 32, die sich für eine solche Informationsweitergabe nur in Fällen aussprechen, in welchen dies im Interesse der AG liegt und ein entsprechender Beschluss des AR gefasst wurde. Für eine Weitergabe an nur einen bestimmten Aktionär bedarf es nach *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29 darüber hinaus einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.

²⁹⁰ *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 18 mwN.

- 113** Der AR-Vorsitzende unterliegt, gleich wie die anderen Mitglieder des Aufsichtsrates, einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht (§ 99 iVm § 84 Abs 1 S 2 AktG), welche sich insbesondere auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie jegliche sonstige vertrauliche Angelegenheiten der Gesellschaft bezieht und lediglich öffentlich bekannte Informationen ausnimmt. Die Reichweite dieser Verschwiegenheitspflicht bestimmt sich nach dem Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung der konkreten Information.²⁹¹ Jedenfalls von dieser Geheimhaltungspflicht umfasst sind Informationen über die Unternehmensplanung und die Unternehmensstrategie,²⁹² welche nur ausnahmsweise durch den AR-Vorsitzenden einzelnen Dritten gegenüber offengelegt werden dürfen: Als Voraussetzung dafür muss die Informationsweitergabe im Unternehmensinteresse²⁹³ stehen; zusätzlich muss das Ausmaß der Informationsweitergabe auf das mögliche Minimum beschränkt werden und der Aufsichtsrat für die Erteilung sachlich zuständig sein. Entscheidet sich der Aufsichtsrat mit Beschluss²⁹⁴ für die Informationsweitergabe durch den AR-Vorsitzenden, so hat diese grundsätzlich an alle Aktionäre zu erfolgen.²⁹⁵ Informationserteilungen an einzelne Dritte bedürfen darüber hinaus einer sachlichen Rechtfertigung, welche beschlussmäßig festzustellen ist.²⁹⁶
- 114** Die Informationsweitergabe an ein herrschendes Unternehmen ist zulässig, sofern diese Information für die Konzernleitung notwendig ist; jedes AR-Mitglied soll dies selbstständig beurteilen dürfen.²⁹⁷ Die Konzernleitung stellt einen sachlichen Grund für die ungleiche Informationsweitergabe dar.²⁹⁸

H. Investorengespräche, M&A-Prozesse

- 115** Während das AktG keine Regelungen vorsieht, welche die Erteilung von Informationen durch den Aufsichtsrat an Investoren erlauben, wird im Rahmen der Kapitalmarktkommunikation dennoch regelmäßig die direkte Kommunikation und

²⁹¹ Brodey/Vetter, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (II), *ecolex* 2017, 333 (335) mwN.

²⁹² Brodey/Vetter, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (II), *ecolex* 2017, 335 mwN.

²⁹³ Brodey/Vetter, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (II), *ecolex* 2017, 335 mwN. So auch Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29.

²⁹⁴ So auch Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29 unter Verweis auf Hirt/Hopt/Mattheus, Dialog zwischen dem Aufsichtsrat und Investoren, AG 2016, 725 (736 f); Bachmann, Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016 (2017) 135 (163); Fleischer/Bauer/Wansleben, Investorenkontakte des Aufsichtsrats: Zulässigkeit und Grenzen, DB 2015, 360 (366).

²⁹⁵ Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29.

²⁹⁶ Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29.

²⁹⁷ Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 34 ff; kritisch Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 99 Rz 29.

²⁹⁸ Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 34 ff.

der Dialog zwischen Aufsichtsrat und Investoren erwartet.²⁹⁹ Die frühere hA,³⁰⁰ wonach Kontakte zwischen dem Aufsichtsrat und Investoren generell untersagt wären, ist überholt. Nunmehr wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass ein Informationsaustausch hinsichtlich solcher Angelegenheiten zulässig ist, welche originär im Kompetenzbereich des Aufsichtsrates liegen (so etwa die Bestellung des Vorstandes, dessen Vergütung, die innere Organisation des Aufsichtsrates, die Nachfolgeplanung betreffend Vorstand und Aufsichtsrat, die Strategieentwicklung und -umsetzung³⁰¹ sowie das Verhältnis zum Abschlussprüfer).³⁰²

Es wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass es zu den Obliegenheiten des Aufsichtsrates bzw des AR-Vorsitzenden gehört, in begründeten Einzelfällen eigene Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben, soweit es sich um genuine Angelegenheiten des Aufsichtsrates handelt und es dem Unternehmensinteresse dient.³⁰³ Es besteht in der Literatur keine Einigkeit darüber, ob die Entscheidung über die Führung und den Eintritt in einen Investorendialog allein dem AR-Vorsitzenden obliegt, ohne dass ein gesonderter (ihn dazu ermächtigender) Aufsichtsratsbeschluss gefasst werden muss.³⁰⁴ UE fehlt für eine solche Zuständigkeit des AR-Vorsitzen-

116

²⁹⁹ Carl in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 121.

³⁰⁰ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 32 unter Verweis auf Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁷ (2020), Rz 286 und 683; Vetter, Kapitalmarktcommunication, Kapitalmarktdruck und Corporate Governance, AG 2014, 387; Selzer, Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder (2014), Rz 332.

³⁰¹ Nach Leitsatz 5 der von der Initiative „Developing Shareholder Communication“ erarbeiteten „Leitsätze für den Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat“ (<https://www.dai.de/fileadmin/dokumente/pressemitteilungen/2016-07-05%20Leitsaetze%20fuer%20den%20Dialog%20zwischen%20Investor%20und%20Aufsichtsrat.pdf> – abgerufen am 04.04.2025) hinsichtlich der überwachenden und mitwirkenden Rolle des Aufsichtsrates im Strategieprozess und seiner Einschätzung der Strategieumsetzung.

³⁰² Kalss in Gesellschaftsrechtliche Informations- und Auskunftsrechte, in Kalss/U. Torggler (Hrsg), Wiener Unternehmensrechtstag Band 5: Big Data, 7 (42); Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 32 unter Verweis auf Bachmann, Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016 (2017), 135; Fleischer/Bauer/Wansleben, Investorenkontakte des Aufsichtsrats: Zulässigkeit und Grenzen, DB 2015, 360; Koch, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz (2015), 65 (89); Leyendecker-Langner, Kapitalmarktcommunication durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, NZG 2015, 44; Grunewald, Der Einfluss des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung – was ist erwünscht, was ist erlaubt?, ZIP 2016, 2009 (2010 f); Mertens/Cahn, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II^{2/3} (2013) § 107 Rz 61; insoweit zust auch Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat³ (2006), Rz 403; aus Ö Wimmer, Die Außenkommunikation des Aufsichtsrats mit Investoren, RdW 2017, 139; für Österreich auch Brodey/Vetter, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (I), ecolex 2017, 222; so auch nach Leitsatz 1 der *Leitsätze für den Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat* sowie Anregung A.6 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der aktuellen Fassung 2022 (https://dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220627_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex_2022.pdf – abgerufen am 04.04.2025).

³⁰³ Carl in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat² (2024) § 3 Rz 121 mit weiteren Nachweisen.

³⁰⁴ Für die Legitimation des Vorsitzenden: Leonhartsberger, Der Aufsichtsratsvorsitzende (2023), 228 unter Verweis auf Fleischer/Bauer/Wansleben, Investorenkontakte des Auf-

den eine dogmatische Grundlage, sodass ein Beschluss des Plenums erforderlich ist.

- 117 Abgesehen davon ist zu beachten, dass die Unternehmenskommunikation eine Geschäftsführungsaufgabe darstellt und daher vom Vertretungsmonopol des Vorstandes umfasst ist,³⁰⁵ sodass der Aufsichtsrat diesbezüglich nur eine unterstützende Rolle³⁰⁶ ausüben kann. Daraus ergibt sich, dass der Vorstand den AR-Vorsitzenden (oder auch im Fall einer besonderen Eignung ein sonstiges Mitglied des AR) in Kommunikationsaufgaben einbinden kann, sofern es die Lage des Unternehmens erfordert (Sanierung, Verkauf oä), dies zweckmäßig ist und auf Ausnahmefälle beschränkt bleibt.³⁰⁷ Eine Möglichkeit, die diesbezügliche Rollenverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat festzulegen, liegt in der Vereinbarung einer Kommunikationsordnung zwischen diesen Organen, in welcher die Kommunikation mit Investoren (etwa auch im Rahmen von M&A-Prozessen) geregelt werden kann.³⁰⁸ Für Angelegenheiten, welche den originären Kompetenzen des Aufsichtsrates zuzuordnen sind, kann der Aufsichtsrat selbstständig eine solche Kommunikationsordnung erlassen³⁰⁹ und die Kommunikationsaufgaben an einzelne oder mehrere AR-Mitglieder (auch den AR-Vorsitzenden) übertragen. Auch die Schaffung eines eigenen Kommunikationsausschusses³¹⁰ ist denkbar.

sichtsrats: Zulässigkeit und Grenzen, DB 2015, 366; *Grunewald*, Der Einfluß des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung – was ist erwünscht, was ist erlaubt?, ZIP 2016, 2010 f; *Hirt/Hopt/Mattheus*, Dialog zwischen dem Aufsichtsrat und Investoren, AG 2016, 734 f; *Leyendecker-Langner*, Kapitalmarktkommunikation durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, NZG 2015, 46; v. *Schenk*, Der Aufsichtsrat und sein Vorsitzender – Eine Regelungslücke, AG 2010, 649 (655); dagegen: *Kalss* in Gesellschaftsrechtliche Informations- und Auskunftsrechte, in Kalss/U. Torggler (Hrsg), Wiener Unternehmensrechtstag Band 5: Big Data, 7 (43); *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 34 unter Verweis auf die ausführliche Begründung von *Koch*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz (2015), 91 f; v. *Schenck* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 1 Rz 202 vertritt die Ansicht, dass die Abgrenzung „aufsichtsratspezifischer Themen“ nicht gelingt und daher in Investorengesprächen das Risiko besteht, die Geschäftsführung zu präjudizieren, sodass die Einholung einer Ermächtigung zur Führung von Investorengesprächen geboten erscheint.

³⁰⁵ *Brodey/Vetter*, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (I), ecolex 2017, 219 unter Verweis auf *Kalss*, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137.

³⁰⁶ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 36.

³⁰⁷ *Brodey/Vetter*, Zulässigkeit und Grenzen der Kommunikation des Aufsichtsrates mit Investoren (I), ecolex 2017 219 (223 f).

³⁰⁸ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 34, 36.

³⁰⁹ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 95 Rz 36 unter Verweis auf *Koch*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz (2015), 91 f; *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) § 26 Rz 139; *Wimmer*, Die Außenkommunikation des Aufsichtsrats mit Investoren, RdW 2017, 143.

³¹⁰ *Wimmer*, Die Außenkommunikation des Aufsichtsrats mit Investoren, RdW 2017, 143; kritisch v. *Schenck* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 1 Rz 202.

I. Haftung des AR-Vorsitzenden

§ 99 AktG ordnet für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder die **sinngemäße Anwendung des § 84 AktG** über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder an. **118**

Der OGH hat seinen Grundsatz, wonach die BJR für AR-Mitglieder anwendbar ist, bestätigt³¹¹ und wiederholt, dass der Aufsichtsrat insbesondere gemäß § 84 Abs 1a iVm § 99 AktG die Auswirkungen auf die künftige Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft und die Veränderung der Risikoposition durch das Geschäft als Kriterien bei seinen Entscheidungen heranzuziehen hat.³¹² Er darf dabei allerdings auf die Informationen des Vorstandes und der Abschlussprüfer vertrauen, sofern diese Informationen einer Plausibilitätskontrolle standhalten.³¹³ **119**

Jedes Aufsichtsratsmitglied haftet nur für sein eigenes Verhalten, die gemeinsame Haftung mit anderen Schädigern richtet sich nach § 1302 ABGB.³¹⁴ Der Sorgfaltsmaßstab des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes kann nach Vorbildung, Kenntnissen und Erfahrung des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes verschieden sein, wobei jedem Aufsichtsratsmitglied³¹⁵ eine dem Durchschnittsniveau der Bevölkerung übersteigende Kenntnis und Befähigung zukommen muss.³¹⁶ Ein **gesteigerter Sorgfaltsmaßstab** einzelner Aufsichtsratsmitglieder kann sich durch deren Spezialisierung und Fachausrichtung für Angelegenheiten dieses Spezialgebietes ergeben.³¹⁷ In der deutschen Literatur wird für zusätzliche Sachqualifikationen ein überlappender, zweiter Sorgfaltsmaßstab gebildet, der sich an Beruf und besonderen Fähigkeiten des jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedes orientiert.³¹⁸ Der OGH hat in seiner kürzlich ergangenen Entscheidung zur Kommunalkredit AG³¹⁹ die gesteigerte Haftung für Sonderwissen für Aufsichtsratsmitglieder etwas zurückgenommen; der Aufsichtsrat darf in der Regel auf die Richtigkeit der ihm übermittelten Informationen vertrauen; er ist jedoch zur Plausibilitätskontrolle verpflichtet. **120**

In der Literatur wird eine **ausschussbezogene Differenzierung** dahingehend vorgenommen, dass Mitglieder eines Ausschusses für die im Ausschuss behandelten Maßnahmen besondere Qualifikationen und Fachkenntnisse aufweisen müssen und sie folglich gesteigerte Sorgfaltspflichten im Verhältnis zu den sonstigen Mitgliedern treffen.³²⁰ Den nicht dem Ausschuss angehörigen Aufsichtsratsmit- **121**

³¹¹ OGH 27.08.2024, 6 Ob 142/23k; OGH 15.9.2020, 6 Ob 58/20b.

³¹² OGH 15.9.2020, 6 Ob 58/20b Punkt 1.3.

³¹³ OGH 27.08.2024, 6 Ob 142/23k, Rz 20.

³¹⁴ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 99 Rz 5.

³¹⁵ OGH 15.9.2020, 6 Ob 58/20b, Punkt 1.4.

³¹⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 99 Rz 7; siehe OGH 15.9.2020, 6 Ob 58/20b, Punkt 1.4.

³¹⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 99 Rz 8.

³¹⁸ *P. Doralt/W. Doralt* in Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁵ (2021) § 16 Rz 123.

³¹⁹ OGH am 28. August 2024, 6 Ob 142/23 k.

³²⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 99 Rz 9; *Brogányi/Rieder* in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Praxiskommentar (2020) § 99 AktG Rz 16.

gliedern sind die in der Ausschussarbeit vorkommenden Sorgfaltsverstöße nicht zuzurechnen.³²¹ Die Ausschussbildung entlastet die übrigen Aufsichtsratsmitglieder aber nicht vollständig für die dem Ausschuss übertragenen Agenden. Sofern der Ausschuss nur vorbereitend tätig ist, hat das Plenum die vom Ausschuss aufbereiteten Entscheidungsgrundlagen auf Plausibilität zu überprüfen.³²² Bei Ausschüssen, denen Entscheidungskompetenz übertragen ist, können sich nicht ausschussangehörige Aufsichtsratsmitglieder – weitergehend – auf die Arbeit im Ausschuss verlassen.³²³ Allerdings sind die Aufsichtsratsmitglieder in allen Fällen verpflichtet, die Tätigkeit des Ausschusses zu überwachen.³²⁴

122 Aus den **Pflichten des AR-Vorsitzenden** wird in der Literatur abgeleitet, dass vom AR-Vorsitzenden besondere Fachkenntnisse und Fähigkeiten verlangt werden, um die ihm zugewiesenen Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen zu können. Der AR-Vorsitzende muss, über die von sämtlichen Aufsichtsratsmitgliedern aufzuweisenden Kenntnisse hinaus, erhöhte Entscheidungs-, Führungs- und Kommunikationsfähigkeiten vorweisen,³²⁵ um einerseits die Agenden des Aufsichtsrates koordinieren und leiten und andererseits gegenüber den Aktionären und dem Vorstand sowie bei Bedarf gegenüber der Öffentlichkeit hin kommunizieren zu können.³²⁶ Im Zusammenhang mit den Fall Wirecard judizierte LG München I³²⁷ jüngst, dass der Aufsichtsrat seine Überwachungspflichten in Krisensituationen zu intensivieren hat. Er muss beispielsweise auf eine Verschärfung der Zustimmungserfordernisse hinwirken. Es liegt zweifellos auch in der Kompetenz des AR-Vorsitzenden, dies voranzutreiben.

123 Entsprechendes soll auch für den *Stellvertreter* gelten, der zwar vor Eintritt des Vertretungsfalles keine besondere Funktion ausübt, mit Eintritt des Vertretungsfalles indes in die Stellung des AR-Vorsitzenden einrückt und deshalb für diesen Fall über eine entsprechende Qualifikation verfügen muss.³²⁸ Gleichermaßen unterliegen Ausschussvorsitzende und deren Stellvertreter gegenüber „einfachen“ Ausschussmitgliedern gesteigerten Anforderungen.³²⁹

124 Zu den Pflichten des AR-Vorsitzenden gehört unter anderem auch die Weiterleitung von Informationen und deren Inhalt an die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrates. Bei geplanten Maßnahmen, die eine Wahrung der Vertraulichkeit erfordern, liegt es in der Entscheidung des AR-Vorsitzenden, aus Gründen des Un-

³²¹ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 99 Rz 20.

³²² *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 99 Rz 20.

³²³ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 99 Rz 9.

³²⁴ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 99 Rz 20.

³²⁵ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 99 Rz 13; *Brogányi/Rieder* in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Praxiskommentar (2020) § 99 AktG Rz 15; siehe auch *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 116 Rz 27.

³²⁶ *Brogányi/Rieder* in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Praxiskommentar (2020) § 99 AktG Rz 15.

³²⁷ LG München I, 5.9.2024, 5 HK O 17452/21.

³²⁸ *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 116 Rz 27.

³²⁹ *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 116 Rz 27.

ternehmensinteresses zunächst nicht alle Mitglieder des Aufsichtsrates einzubinden und die übrigen Mitglieder erst kurzfristig vor der zu treffenden Entscheidung einzubeziehen.³³⁰ Ist eine solche Informationsvorenthaltung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt, setzt sich der AR-Vorsitzend dem Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung aus, welche im Fall eines der Gesellschaft dadurch entstehenden Schadens zu seiner Haftung führt.³³¹ Weiters kann sich der AR-Vorsitzende gegenüber der Gesellschaft haftbar machen, wenn er einem Einberufungsantrag eines AR-Mitglieds oder des Vorstandes nicht Folge leistet und der Gesellschaft daraus ein Schaden entsteht.³³² Ebenso ist die mangelnde Ergründung und Milderung eines Interessenkonfliktes, dem ein AR-Mitglied unterliegt, geeignet, eine Haftung des AR-Vorsitzenden zu begründen (siehe zu Interessenkonflikten oben Rz 99 ff),³³³ beispielsweise wenn dem Unternehmen dadurch eine sichere Geschäftschance entgeht.

Zusammenfassend kann die Tätigkeit als AR-Vorsitzender sohin besondere Haftungsansprüche begründen, welche aus den spezifischen Aufgaben und Pflichten des AR-Vorsitzenden resultieren. Auch ist es in der Praxis regelmäßig so, dass der AR-Vorsitzende aufgrund seiner zentralen Funktion aus dem Kreis der Aufsichtsratsmitglieder als Erster mit Haftungsansprüchen konfrontiert wird. **125**

J. Was ist, wenn der AR-Vorsitz nicht funktioniert?

Das AktG ermöglicht die jederzeitige Änderung der Besetzung des AR-Vorsitzes (siehe sogleich). Bevor eine solche Änderung durchgeführt wird, ist jedoch zu bedenken, dass die Neubesetzung des AR-Vorsitzes regelmäßig öffentlichkeitswirksam ist und daher gut überlegt und entsprechend vorbereitet sein soll. Idealerweise erfolgt eine Neukonstituierung in Abstimmung mit dem bisherigen AR-Vorsitzenden, um eine konsistente Kommunikation zu gewährleisten und damit negative Auswirkungen für das Unternehmen möglichst vermieden werden können. **126**

Die Einberufung einer AR-Sitzung ist auch ohne Mitwirkung des AR-Vorsitzenden möglich, wenn einem von mindestens zwei Aufsichtsratsmitgliedern oder vom Vorstand geäußerten Verlangen zur Einberufung einer Sitzung durch den AR-Vorsitzenden nicht entsprochen wurde (§ 94 Abs 2 AktG). **127**

Die Neukonstituierung des Gremiums ist jederzeit unter Einhaltung der allgemeinen Regelungen über die Einberufung und Beschlussfassung möglich.³³⁴ Dies gilt auch, wenn der AR-Vorsitzende für eine bestimmte Dauer zum Vorsitzenden **128**

³³⁰ v. *Schenck* in Semler/v. Schenck/Wilsing, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*⁵ (2021) § 1 Rz 155.

³³¹ v. *Schenck* in Semler/v. Schenck/Wilsing, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*⁵ (2021) § 1 Rz 155.

³³² v. *Schenck* in Semler/v. Schenck/Wilsing, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*⁵ (2021) § 1 Rz 80.

³³³ Siehe dazu auch *Kalss* in FS Enzinger, 29.

³³⁴ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, *Kommentar Aktiengesetz I*³ (2021) § 92 Rz 36; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, *Kommentar zum Aktiengesetz II*⁶ (2018) § 92 Rz 17.

gewählt wurde.³³⁵ Der Beschluss über die Abwahl kann jederzeit ohne wichtigen Grund³³⁶ vom Plenum gefasst werden. Sihin kann der „Austausch“ eines seinen Aufgaben und Pflichten nicht nachkommenden AR-Vorsitzenden grundsätzlich jederzeit erfolgen. Zu beachten ist, dass für die Abwahl eines AR-Vorsitzenden und seines Stellvertreters die „doppelte Mehrheit“ gemäß § 110 Abs 3 ArbVG erforderlich ist.³³⁷

129 Wie bereits oben ausgeführt (Rz 52), genießt der AR-Vorsitzende bezüglich seiner Abberufung als Mitglied des Aufsichtsrates gemäß § 87 Abs 8 AktG durch die Hauptversammlung keinen besonderen Schutz gegenüber einfachen Mitgliedern. Eine Abberufung ist mit einer qualifizierten Mehrheit (welche jedoch satzungsdienlich ist), ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich. Freilich stellt die Abberufung des AR-Vorsitzenden als Mitglied des Aufsichtsrates die *ultima ratio* dar und wird daher nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen.

130 Das Recht zur Abberufung ist zT auch sondergesetzlich geregelt (vgl. § 28a Abs 4 BWG und § 123 Abs 5 VAG) und liegt in der Kompetenz der Aufsichtsbehörden: Auf Antrag der FMA hat der zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufene Gerichtshof erster Instanz im Verfahren außer Streitsachen die Wahl zum AR-Vorsitzenden zu widerrufen, wenn dieser die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt. Die Funktion des AR-Vorsitzenden ruht in diesem Fall ab Antragstellung durch die FMA bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts, woraus sich für den Stellvertreter des AR-Vorsitzenden die Notwendigkeit zur unverzüglichen Einberufung einer Aufsichtsratssitzung zum Zweck der Wahl eines neuen AR-Vorsitzenden ergibt.

K. Stellvertreter des AR-Vorsitzenden

131 **Wahl:** Der Aufsichtsrat hat gemäß § 92 Abs 1 AktG aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter zu wählen. Die Regelung des § 92 Abs 1 AktG ist zwingend.

132 In der Praxis wird die Abstimmung über die Wahl des AR-Vorsitzenden und seines Stellvertreters oftmals *en bloc* vorgenommen (Zusammenfassung mehrerer Beschlussgegenstände zu einem einheitlichen Abstimmungsvorgang). Fraglich ist, ob Blockabstimmungen zulässig sind, da mittels Blockabstimmung „liebsame“ und „unliebsame“ Beschlussgegenstände kombiniert zur Abstimmung gebracht und dadurch die Willensbildung des Organs beeinträchtigt werden könnte; es besteht die Gefahr der Verkürzung des Stimmrechts und den Stimmberechtigten wird die Möglichkeit zu einer differenzierten Ausübung ihres Stimmrechts genommen.³³⁸ Die Satzung kann die Art der Wahl festlegen und vorsehen, dass

³³⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 36; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 17.

³³⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 36; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 17.

³³⁷ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 17.

³³⁸ In diesem Sinne *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 96 (Stand 1.9.2021, rdb.at) unter Verweis auf *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 25; siehe auch *Kalss/Zollner*, Blockabstimmungen

AR-Vorsitzender und Stellvertreter in einem zu wählen sind oder aber umgekehrt die (gesetzlich nicht vorgesehene) Blockwahl auch ausschließen.³³⁹ Mangels einer Satzungsregelung ist die Blockwahl auch für den Vorsitzenden und den Stellvertreter zulässig, wenn kein Mitglied des Aufsichtsrats widerspricht.³⁴⁰ Es ist vom AR-Vorsitzenden sicherzustellen, dass den Mitgliedern des Aufsichtsrates die Möglichkeit zu einem solchen Widerspruch erteilt wird. Es wird diskutiert, ob hierfür ein gesonderter Beschlussantrag, mit welchem die Abstimmung *en bloc* für zulässig erklärt wird, notwendig ist.³⁴¹ UE sollte es ausreichend sein, wenn der Vorsitzende *vor* der Blockabstimmung das Plenum formlos befragt, ob Einwendungen gegen die Blockabstimmungen bestehen; bestehen keine Einwendungen, sollte dies im Protokoll festgehalten werden.³⁴²

Für die Wahl des AR-Vorsitzenden und seines ersten Stellvertreters ist nach § 110 Abs 3 ArbVG die doppelte Mehrheit erforderlich. Für die Wahl weiterer Stellvertreter gilt das Erfordernis der doppelten Mehrheit nicht.³⁴³ Sind mehrere Stellvertreter bestellt, ist festzulegen, wer die Rolle des ersten Stellvertreters einnimmt;³⁴⁴ auch die Satzung kann Zahl der Stellvertreter und Reihenfolge der Vertretung festlegen.³⁴⁵ Wird hier keine konkrete Reihenfolge vorgegeben, so kann *ad hoc*³⁴⁶ darüber entschieden werden; es wird von manchen auch ein Vorrang des an Lebensjahren ältesten Stellvertreters angenommen.³⁴⁷ **133**

Für die Abwahl des ersten Stellvertreters sind – ebenso wie für die Abwahl des AR-Vorsitzenden – in Analogie zu § 110 Abs 3 ArbVG die qualifizierten Be- **134**

im Aufsichtsrat – Zur Zulässigkeit der Abstimmung *en bloc* am Beispiel der Abberufung von Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2005, 66 ff.

³³⁹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 29; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 42 (Stand 1.9.2021, rdb.at), näher zur Blockabstimmung an sich Rz 96.

³⁴⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 29; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 42 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 25.

³⁴¹ *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 25 unter Verweis auf *Kalss/Zollner*; Blockabstimmungen im Aufsichtsrat – Zur Zulässigkeit der Abstimmung *en bloc* am Beispiel der Abberufung von Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2005, 66 ff und *A. Heidinger*, Block- und Einzelabstimmung im GmbH- und Aktienrecht, GesRZ 2000, 126 (134 f).

³⁴² In diesem Sinne auch *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 25.

³⁴³ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 12; *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 12 unter Verweis auf *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979), 189; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 50.

³⁴⁴ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 12; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 31; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 53 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

³⁴⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 50.

³⁴⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH Gesetz³ (2007) § 30g Rz 4.

³⁴⁷ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 50; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 107 Rz 13.

schlussfolgernde der doppelten Mehrheit einzuhalten.³⁴⁸ Für die Abwahl der weiteren Stellvertreter gilt dies nicht.

- 135 Vertretung des AR-Vorsitzenden im Verhinderungsfall:** Ist der AR-Vorsitzende vorübergehend verhindert, etwa wegen Abwesenheit, Krankheit oder aufgrund eines Interessenskonfliktes, vertritt ihn der erste Stellvertreter mit allen Rechten und Pflichten.³⁴⁹ Auch eine bloß vorübergehende Verhinderung ist relevant, wenn die Erledigung der Angelegenheit nicht warten kann und der AR-Vorsitzende die Maßnahme in der hierfür verfügbaren Zeit nicht selbst vornehmen kann.³⁵⁰ Der Fall, dass der AR-Vorsitzende sein Amt nicht ausüben *will*, reicht für die Vertretung nicht aus.³⁵¹
- 136** Der stellvertretende Vorsitzende hat für den Zeitraum der Verhinderung des AR-Vorsitzenden auch die Leitungs- und Binfunktion, welche dem AR-Vorsitzenden obliegt und gesetzlich nicht geregelt ist, wahrzunehmen. Alle Entscheidungen über Art und Umfang der Weiterleitung von Informationen, dem Austausch von Informationen mit dem Vorstand und der Organisation von Sitzungen sowie dem Umgang mit Interessenkonflikten müssen während der Abwesenheit des AR-Vorsitzenden gut vorbereitet und getroffen werden. Es empfiehlt sich daher aus Sicht des AR-Vorsitzenden, seinen Stellvertreter, soweit möglich, auch in seine laufenden Agenden als AR-Vorsitzender mit einzubinden, um eine kompetente und professionelle Stellvertretung – insbesondere auch während nicht vorhersehbarer Verhinderung – sicher zu stellen.
- 137 Nur vom AR-Vorsitzenden ausübende Rechte:** Kommt dem AR-Vorsitzenden aufgrund der Satzung oder einer Geschäftsordnung ein Dirimierungsrecht zu, geht dieses im Fall der Verhinderung des AR-Vorsitzenden nicht automatisch auf dessen Stellvertreter über. Der Stellvertreter hat nur dann ein Dirimierungsrecht, wenn dies in der Satzung oder Geschäftsordnung vorgesehen³⁵² ist. Ist dies nicht der Fall, so entfällt das Dirimierungsrecht des AR-Vorsitzenden beispielsweise auch bei Vorliegen eines Stimmverbots des AR-Vorsitzenden³⁵³ und kann sohin nicht mehr ausgeübt werden (siehe auch Rz 29).
- 138 Auch vom Stellvertreter ausübende Rechte:** Das Recht nach § 94 Abs 1 AktG, eine Sitzung des AR einzuberufen, kommt bei Verhinderung des AR-Vor-

³⁴⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 36.

³⁴⁹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 54 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 51; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 18; siehe auch *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 70 ff; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 107 Rz 13.

³⁵⁰ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 54 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 107 Rz 13; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 72.

³⁵¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 51; *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 Rz 72 ff mwN; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 107 Rz 13.

³⁵² *Kalss* in FS Enzinger, 27 mwN; *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 108 Rz 8 ist der Ansicht, dass eine solche Regelung nur in der Satzung, nicht aber in der Geschäftsordnung zulässig ist.

³⁵³ *Kalss* in FS Enzinger, 28.

sitzenden auch seinem Stellvertreter zu.³⁵⁴ Das Recht nach § 95 Abs 2 letzter Satz AktG (Anforderungsbericht auf Verlangen des AR-Vorsitzenden), kann auch vom Stellvertreter während aktiver Vertretung des AR-Vorsitzenden ausgeübt werden.³⁵⁵ UE sollte auch das Recht, § 93 Abs 2 AktG (Untersagung der Teilnahme an einer Ausschusssitzung), das nach dem Gesetzeswortlaut ausschließlich dem AR-Vorsitzenden zukommt, bei Verhinderung durch seinen Stellvertreter ausgeübt werden dürfen³⁵⁶ (siehe dazu auch Rz 108).

Eigene Kompetenzen: Solange der Vertretungsfall nicht eingetreten ist, kommen dem Stellvertreter grundsätzlich keine besonderen Kompetenzen zu; Ausnahme hiervon ist die Kompetenz, bei Durchführung von bestimmten Kapitalmaßnahmen (§§ 151 Abs 1, 155 Abs 1, 162 Abs 1, 174 Abs 2, 176, 180 Abs 1, 192 Abs 4, 194 Abs 1 AktG), die Firmenbuchanmeldung vorzunehmen bzw Erklärungen (im Fall des § 151 Abs 2 AktG) abzugeben. Die vorgenannten Firmenbuchanmeldungen können auch dann vom Stellvertreter unterzeichnet werden, wenn der AR-Vorsitzende nicht verhindert ist; es handelt sich daher um eine eigene Kompetenz des Stellvertreters. Der Stellvertreter kann auch den Vorsitz in der Hauptversammlung gemäß § 116 Abs 1 AktG, führen, grundsätzlich selbst wenn der AR-Vorsitzende nicht verhindert ist (siehe dazu näher unten Rz 142 ff). **139**

Rechtsgeschäftliche Vertretung: § 95 Abs 7 AktG sieht vor, dass der Vorsitz nicht übertragbar ist; die Pflichten des AR-Vorsitzenden sind höchstpersönlich³⁵⁷ und können, soweit die Ausübung der Aufgaben des AR-Vorsitzenden durch seinen Stellvertreter nicht gesetzlich angeordnet sind, auch rechtsgeschäftlich nicht an andere AR-Mitglieder, somit auch nicht an den Stellvertreter delegiert werden. **140**

Fehlt der AR-Vorsitzende bzw ein Stellvertreter dauerhaft, beispielsweise im Fall seines Rücktritts, seines vorzeitigen Ausscheidens ohne gleichzeitige Neubestellung, ist unverzüglich ein neuer AR-Vorsitzender zu wählen. Im Fall der dauerhaften Abwesenheit des AR-Vorsitzenden leitet der Stellvertreter den Aufsichtsrat nur interimistisch.³⁵⁸ Der erste Stellvertreter wird nicht automatisch zum AR-Vorsitzenden.³⁵⁹ Umgekehrt führt ein Ende der Funktion des AR-Vorsitzenden nicht auch zum Amtsverlust des Stellvertreters.³⁶⁰ UE sind die Kompetenzen des Stellvertreters stets dieselben, ungeachtet dessen, ob der AR-Vorsitzende nur vorübergehend oder dauerhaft (länger andauernd) abwesend bzw verhindert ist. Freilich wird der Umfang der Aufgaben sehr unterschiedlich sein: Ist für den Stellvertreter tatsächlich absehbar, dass er die Leitung des Aufsichtsrats für einen länger andauernden Zeitraum übernehmen muss, muss er uU in diese Aufgabe **141**

³⁵⁴ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 94 Rz 5.

³⁵⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 95 Rz 48.

³⁵⁶ *Habersack* in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 109 Rz 26.

³⁵⁷ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 95 Rz 69.

³⁵⁸ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 18.

³⁵⁹ *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 92 Rz 18; *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018) § 30g Rz 11; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 56 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

³⁶⁰ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 56 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Hopt/Roth* in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 76.

sehr rasch „hineinwachsen“ und ist gehalten, unter hohem zeitlichen Druck die Agenden des AR-Vorsitzenden, samt seiner laufenden Projekte zu durchdringen und fortzuführen.

142 **Vorsitz in der Hauptversammlung:** Gemäß § 116 Abs 1 AktG führt den Vorsitz in der Hauptversammlung der AR-Vorsitzende oder sein Stellvertreter. Es handelt sich dabei um eine **alternative Zuständigkeit**, eine Vorsitzführung durch den Stellvertreter setzt grundsätzlich keine (vorübergehende oder dauerhafte) Verhinderung des Aufsichtsratsvorsitzenden voraus.³⁶¹ Allerdings darf der AR-Vorsitzende die Versammlungsleitung nicht willkürlich, etwa aus Bequemlichkeit ablehnen,³⁶² ist der AR-Vorsitzende aufgrund seiner Vertrautheit zur Gesellschaft, seiner Mittlerfunktion zwischen Aufsichtsrat und der Hauptversammlung und seiner Scharnierfunktion zum Vorstand sowie auch der umfassenden Einbindung in die Vorbereitung der Hauptversammlung, doch wie kein anderes Aufsichtsratsmitglied für die Wahrnehmung dieser Aufgabe prädestiniert.³⁶³ Gute Gründe für die Leitung durch einen Stellvertreter können dann vorliegen, wenn der AR-Vorsitzende etwa der Verhandlungssprache nicht mächtig ist³⁶⁴ oder mit den Verfahrensvorschriften nicht ausreichend vertraut ist.³⁶⁵ Eine Befangenheit in der Sache schlägt nicht automatisch auf die Leitung durch,³⁶⁶ ein Interessenkonflikt kann jedoch ein Grund sein, warum die Leitung durch einen Stellvertreter bei einem besonders heiklen Beschlussgegenstand geboten und sinnvoll sein kann.

143 Gehören dem Aufsichtsrat mehrere Stellvertreter an, kann jeder von ihnen den Vorsitz führen.³⁶⁷ Der Leiter der Hauptversammlung muss allerdings zwingend dem Kreis des AR-Vorsitzenden und seiner Stellvertreter angehören, einfache Aufsichtsratsmitglieder dürfen die Hauptversammlung – abgesehen von Fällen einer durch die Hauptversammlung gewählten Vorsitzführung (§ 116 Abs 1 AktG) – nicht leiten.³⁶⁸ Weder Aufsichtsrat noch die Satzung können davon abweichen.³⁶⁹

144 Der AR-Vorsitzende und sein(e) Stellvertreter haben einvernehmlich zu entscheiden, wer die Hauptversammlung leitet, ein Beschluss ist dazu nicht erforderlich; so kann die Leitung auch während der Hauptversammlung wechseln, was bei mehrstündigen Hauptversammlungen gerade als sinnvoll und sachgerecht ge-

³⁶¹ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 10; *Bydlinski/Potyka* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 116 Rz 1; *Eckert/Schopper/Raschner*, AktG-ON (2021) § 116 Rz 3.

³⁶² *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR², Rz 3/752.

³⁶³ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 15; wohl auch in diesem Sinn *Eckert/Schopper/Raschner*, AktG-ON (2021) § 116 Rz 3.

³⁶⁴ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 15; *Eckert/Schopper/Raschner* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 116 Rz 3.

³⁶⁵ *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR², Rz 3/752; *Eckert/Schopper/Raschner* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 116 Rz 3.

³⁶⁶ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 15.

³⁶⁷ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 10; *Bydlinski/Potyka* in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018) § 116 Rz 1; *Eckert/Schopper/Raschner* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 116 Rz 3; *Brix*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft² (2018), Rz 11.3.

³⁶⁸ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 14.

³⁶⁹ *Leonhartsberger* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 14.

sehen wird.³⁷⁰ Jedoch können nicht mehrere Personen gleichzeitig die Hauptversammlung leiten.³⁷¹

Fehlen sowohl AR-Vorsitzender als auch Stellvertreter, sei es, weil diese nicht im Amt sind oder weil diese die Vorsitzführung (pflichtwidrig) verweigern,³⁷² hat zunächst der zur Beurkundung anwesende Notar (§ 120 Abs 1 AktG) die Versammlung bis zur Wahl eines Vorsitzenden zu leiten (§ 116 Abs 1 AktG). Gewählter Leiter (*ad hoc*-Hauptversammlungsleiter) nach § 116 Abs 1 AktG können alle Teilnahmeberechtigten der HV mit Ausnahme des zur Beurkundung anwesenden Notars und der Vorstandsmitglieder sein.³⁷³ Die Funktion des gewählten Vorsitzenden endet, sobald der AR-Vorsitzende oder ein Stellvertreter (verspätet) zur Hauptversammlung erscheinen und erklären, die Leitung übernehmen zu wollen, wengleich für diesen Fall keine gesetzliche Regelung besteht.³⁷⁴

145

L. Ehrenvorsitzender

Häufig werden frühere, nicht mehr dem Aufsichtsrat angehörige AR-Vorsitzende zu Ehrenvorsitzenden ernannt. Der Ehrenvorsitz ist ein Titel, der von der HV oder dem AR verliehen wird.³⁷⁵ Die Funktion des Ehrenvorsitzenden ist ohne nähere Bestimmung nicht mit besonderen Rechten (Teilnahmerecht; Stimmrecht)³⁷⁶ ausgestattet. Der Ehrenvorsitzende hat allenfalls eine beratende Funktion.³⁷⁷ Ohne spezifische Vereinbarung unterliegt der Ehrenvorsitzende uE keiner Verschwiegenheitspflicht, steht er doch in keinem Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft (mehr). Es wird allerdings zT vertreten,³⁷⁸ dass er generell einer

146

³⁷⁰ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR², Rz 3/752; *Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 13, 16; *Eckert/Schopper/Raschner*, AktG-ON (2021) § 116 Rz 3.

³⁷¹ *Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 16.

³⁷² *Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 18; *Eckert/Schopper/Raschner* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 116 Rz 4.

³⁷³ *Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 20; *Eckert/Schopper/Raschner* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 116 Rz 5.

³⁷⁴ *Eckert/Schopper/Raschner* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 116 Rz 5; *Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 116 Rz 23; die Befugnisse eines *ad hoc*-Hauptversammlungsleiters werden auf die notwendigen Befugnisse des Vorsitzenden zur Sitzungsleitung beschränkt; nicht hingegen sonstige gesetzliche oder statutarische Rechte des AR-Vorsitzenden oder seiner Stellvertreter; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 30g Rz 66 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

³⁷⁵ *Kalss*, *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar Aktiengesetz I³ (2021) § 92 Rz 52; siehe auch *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, Aktiengesetz Kommentar² (2020) § 107 Rz 19.

³⁷⁶ *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 92 Rz 15.

³⁷⁷ *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, Aktiengesetz Kommentar² (2020) § 107 Rz 19.

³⁷⁸ *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, Aktiengesetz Kommentar² (2020) § 107 Rz 19; *Hopt/Roth* in *Hirte/Mülbert/Roth*, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 229; *Leuering/Rubner*, Der Ehrenvorsitzende des Aufsichtsrats einer AG, NJW-Spezial 2016, 271; *Johannsen-Roth/Kießling*, Das Amt des Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrats, NZG 2013, 972 (976); *Habersack* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2⁶ (2023) § 107 AktG Rz 73 (unter Hinweis auf zumindest stillschweigend einhergehenden Übernahme solcher schon aus der Natur der Sache folgenden Pflichten).

Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegt. UE ist die „konkludente Annahme“³⁷⁹ eines Vertragsverhältnisses, welches eine Verschwiegenheitsverpflichtung des Ehrenvorsitzenden begründet, nicht angezeigt; vielmehr besteht eine Verschwiegenheitsverpflichtung nur dann, wenn diese konkret vereinbart wurde. Vor diesem Hintergrund ist eine Informationsweiterleitung an den Ehrenvorsitzenden nur dann zulässig, wenn dieser vom Aufsichtsrat oder von der Gesellschaft ordnungsgemäß (zB als Auskunftsperson oder Sachverständiger) beigezogen worden ist.³⁸⁰

Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrates selbst und insbesondere in der Leitungsverantwortung des AR-Vorsitzenden, eine unsachgemäße Beeinflussung der Beratungen und Entscheidungen im Aufsichtsrat durch den Ehrenvorsitzenden zu vermeiden.³⁸¹

IV. ANHANG: Übersicht über die gesetzlichen Regelungen zum AR-Vorsitz

147 Gesetzliche Bestimmungen, in welchen der AR-Vorsitzende explizit genannt sind, sind folgende:

AktG

- § 32 Abs 1 (Eintragung im Firmenbuch)
- § 75 Abs 1 (Bestätigung der wiederholten Bestellung von Vorstandsmitgliedern durch den AR-Vorsitzenden)
- § 81 Abs 1 (Berichtspflicht des Vorstandes an den AR-Vorsitzenden bei wichtigem Anlass)
- § 86 Abs 2 Z 1 (Mandatsgrenzen für die Mitgliedschaft von AR-Vorsitzenden in anderen Aufsichtsräten)
- § 86 Abs 4 Z 1 (Mandatsgrenzen für die Mitgliedschaft von AR-Vorsitzenden in anderen Aufsichtsräten börsennotierter Gesellschaften)
- § 86 Abs 9 (Mitteilungspflicht an den AR-Vorsitzenden über den Verzicht auf einen Widerspruch gegen die gesamthafte Ermittlung des Mindestanteils).
- § 92 Abs 1 (Wahl)
- § 92 Abs 1a (cooling off)
- § 92 Abs 2 (Protokollierung von Sitzungen des Aufsichtsrates, Unterfertigung durch den AR-Vorsitzenden)
- § 93 Abs 2 (Recht des AR-Vorsitzenden, die Teilnahme von nicht dem Ausschuss angehörigen AR-Mitgliedern an Ausschusssitzungen zu untersagen)
- § 94 Abs 1 (Recht, den AR-Vorsitzenden zur Einberufung aufzufordern, Pflicht des AR-Vorsitzenden, die HV einzuberufen)
- § 96 Abs 2 (Recht des AR-Vorsitzenden, ohne Mitwirkung anderer AR-Mitglieder einen Bericht anzufordern)
- § 95 Abs 7 (Vorsitzführung kann nicht übertragen werden)

³⁷⁹ So *Grigoleit/Tomasic* in Grigoleit, Aktiengesetz Kommentar² (2020) § 107 Rz 19; *Hopt/Roth* in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar Aktiengesetz Band 5⁵ (2019) § 107 Rz 229.

³⁸⁰ *Eckert/Schopper/Walch* in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 92 Rz 15.

³⁸¹ *Johannsen-Roth/Kießling*, Das Amt des Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrats, NZG 2013, 976.

- § 116 Abs 1 AktG (AR-Vorsitzender als geborener Versammlungsleiter)
- § 151 Abs 1 (Anmeldung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung zum Firmenbuch)
- § 155 Abs 1 (Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung zum Firmenbuch)
- § 162 Abs 1 (Anmeldung des Beschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung zum Firmenbuch)
- § 174 Abs 1 (gerichtliche Hinterlegung des Beschlusses über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen)
- § 176 (Anmeldung des Beschlusses über die Kapitalherabsetzung beim Firmenbuch)
- § 180 (Anmeldung der Durchführung über die Kapitalherabsetzung beim Firmenbuch)
- § 192 Abs 4 (Anmeldung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung durch Einziehung beim Firmenbuch)
- § 194 Abs 1 (Anmeldung der Durchführung der Kapitalherabsetzung)

Als Versammlungsleiter

- § 102 Abs 2 Z 2 und Abs 5 (als Vorsitzender der Hauptversammlung), § 119 Abs 3 (Reihenfolge der Abstimmung), § 120 Abs 2 (Beschlussfeststellung), § 128 Abs 1 (Verkündung des Abstimmungsergebnisses)

GmbHG

- § 11 (Eintragung ins Firmenbuch)
- § 16a (Verständigung des AR-Vorsitzenden vom Rücktritt der Geschäftsführung)
- § 28a (Berichtspflicht an den AR-Vorsitzenden bei wichtigem Anlass)
- § 30a Abs 2 (Mandatsgrenzen für die Mitgliedschaft von AR-Vorsitzenden in anderen Aufsichtsräten)
- § 30g Abs 1 und Abs 2 (Wahl und Pflicht zur Niederschrift von Beschlüssen, welche vom AR-Vorsitzenden zu unterfertigen sind)
- § 30h Abs 2 (Teilnahme von AR-Mitgliedern an Ausschuss-Sitzungen, wenn der AR-Vorsitzende nicht anderes bestimmt)
- § 30i (Einberufungspflicht einer AR-Sitzung bei Verlangen eines AR-Mitgliedes oder des Geschäftsführers)
- § 30j Abs 6 (Unübertragbarkeit der Funktion des AR-Vorsitzenden)

FBG

- § 11 (Eintragung ins Firmenbuch)

UGB

- § 239 Abs 1 (Pflichtangaben über Organe und Arbeitnehmer im Anhang großer oder mittelgroßer Gesellschaften)

ArbVG

- § 110 Abs 3 („doppelte Mehrheit“ bei der Wahl des AR-Vorsitzenden)
- § 248 Abs 1 („doppelte Mehrheit“ bei der Wahl des AR-Vorsitzenden einer SE)

BWG

- § 28a Abs 1, 2 (Cooling Off-Periode von zwei Jahren bei Wechsel von Geschäftsleiter in AR-Vorsitz)
- § 28a Abs 3 (Anforderungen an die fachliche und persönliche Eignung des AR-Vorsitzenden)
- § 28a Abs 4 (Information der FMA über Änderungen in der Person des AR-Vorsitzenden, Antragsrecht der FMA an das Gericht die Wahl zum AR-Vorsitzenden zu widerrufen, falls dieser nicht die Anforderungen an die fachliche und persönliche Eignung erfüllt)
- § 42 Abs 3 (quartalsweise Berichtspflicht der internen Revision an den AR-Vorsitz über die Prüfungsgebiete und wesentliche Prüfungsfeststellungen, wobei AR-Vorsitz darüber jeweils in der nächstfolgenden Sitzung des Aufsichtsorgans diesem zu berichten hat)
- § 63a Abs 1 (Berichtspflicht eines im Auftrag des Aufsichtsorgans mit der Prüfung der Gesetzmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit von Angelegenheiten des Unternehmens tätigen Wirtschaftsprüfers an den AR-Vorsitz)
- § 63a Abs 3 (Berichtspflicht des Bankprüfers an den AR-Vorsitz, wenn eine Berichterstattung an die Geschäftsleiter wegen der Art und Umstände der festgestellten Ordnungswidrigkeiten den Zweck der Beseitigung der Mängel nicht erreichen würde und diese schwerwiegend sind)
- § 70 Abs 8 (unverzügliche Information des AR-Vorsitzes über alle auf Grund der in § 69 BWG genannten Bestimmungen ergangenen Bescheide der FMA)

ÖCGK (Fassung vom Jänner 2025)

- L 9 (Berichtspflicht des Vorstandes an den AR-Vorsitzenden bei wichtigem Anlass)
- C 26 (Mandatsgrenzen für die Mitgliedschaft im Vorstand, wobei AR-Vorsitz doppelt zählt)
- C 37 (Pflicht des AR-Vorsitzenden, Sitzungen vorzubereiten, Kontaktpflicht mit Vorstandsvorsitzenden, sowie Diskussionspflicht betreffend Strategie, Geschäftsentwicklung, Risikolage und Risikomanagement)
- R 40a (AR-Vorsitzender darf nicht gleichzeitig Vorsitzender des Prüfungsausschusses sein)
- C 43 (Mitgliedschaft des AR-Vorsitzenden im Vergütungsausschuss betreffend die Vergütung des Vorstandes)
- C 46 (Mitteilungspflicht bei Interessenkonflikten von Mitgliedern des AR an den Vorsitzenden; Mitteilungspflicht des AR-Vorsitzenden bei einem Interessenkonflikt an den Stellvertreter)
- L 55, L 56 (Mandatsgrenzen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat, wobei nicht AR-Vorsitzender werden kann, wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft war)
- L 79 (Berichtspflicht des Abschlussprüfers an den AR-Vorsitzenden und den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses über Umstände, die eine Befangenheit begründen könnten)

Bundes-PCGK (Fassung 2017)

- K 11.1.4. (Die Geschäftsordnung des Überwachungsorgans hat Regelungen über Stellung und Befugnisse der/des Vorsitzenden zu enthalten)
- K 11.2.1.3. (Mandatsgrenzen für die Mitgliedschaft in Überwachungsorganen, wobei AR-Vorsitz doppelt zählt)
- K 11.2.3. (Bestellung des Vorsitzenden des Überwachungsorgans)
- K bzw C 11.3. (Aufgaben des Vorsitzenden des Überwachungsorgans)
- K 14.3.4. (Berichtspflicht des Abschlussprüfers an den Vorsitzenden des Überwachungsorgans über Ausschluss- oder Befangenheitsgründe)

VAG

- § 85 Abs 4 VAG, § 119 Abs 3 VAG (Berichterstattung der internen Revision an den AR-Vorsitzenden sowie dessen Bericht ans Plenum)
- § 120 Abs 2 Z 3 VAG (Cooling off)
- § 123 Abs 2 VAG (fachliche und persönliche Anforderungen an den AR-Vorsitzenden)
- § 123 Abs 4 VAG (Anzeigepflicht betreffend die Person des AR-Vorsitzenden an die FMA)
- § 123 Abs 5 VAG (Widerruf der Wahl zum AR-Vorsitzenden durch die FMA)
- § 261 Abs 2 VAG (abschlussbezogener sowie *ad hoc*-Bericht des Abschlussprüfers an den AR-Vorsitzenden)

CRD IV-Richtlinie (RL 2013/36/EU)

- Artikel 88 Abs 1 Z e) (Regelung zur Vorbeugung von Interessenkonflikten, Vorsitzender des Leitungsorgans in Aufsichtsfunktion darf nicht gleichzeitig Geschäftsführer sein)