

## Zustimmungspflichtige Geschäfte

Robert Briem

§§: 95 Abs 5 AktG; 30j Abs 5 GmbHG; Punkt 35 ÖCGK (L-Regel)

### Literatur

**Ö:** *Aicher/Felll*, Zur Durchsetzbarkeit eines „Atomausstiegs“ nach österreichischem Aktienrecht – Möglichkeiten und Grenzen, in FS Torggler (2013) 1; *Wolf-Dieter Arnold*, Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH): Gefahr des Anspruchsverlustes? Aufsichtsrat aktuell 1/2010, 8; *Arlt*, Verwaltungs- und Aufsichtsrechte im Konzern (Corporate Governance), GesRZ 2019, 259; *Brix*, Die Satzung (2011) 387; *Chini*, Strategische Planung als dominante Aufgabe des Aufsichtsrats; Aufsichtsrat aktuell, 5/2015, 16; *Sonja Bydlinski/Pilles/Gregory/Stögerer*, Die Ausnahme für marktübliche Geschäfte im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb, GesRZ 2020, 113; *Ebner*, Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens und die Verletzung von Zustimmungsvorbehalten, GesRZ 2020, 191; *Eckert/Gassauer-Fleissner*, Überwachungspflichten des Aufsichtsrates im Konzern, GeS 2004, 416; *Felll*, Der Aufsichtsrat und die Geschäftspolitik, Aufsichtsrat aktuell 3/2015, 16; *derselbe*, Die zustimmungspflichtigen Maßnahmen des § 95 Abs 5 AktG, Aufsichtsrat aktuell 4/2015, 5; *Frotz/Spitznagel*, Zur konzernweiten Wirkung von Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates einer AG, RWZ 2011, 161; *Gagawczuk/Gahleitner/Leitsmüller/Preiss/Schneller*, Der Aufsichtsrat<sup>3</sup> (2009) 103; *J. P. Gruber*, Die Zustimmung des Aufsichtsrats im Konzern, Aufsichtsrat aktuell 2021, 81; *M. Gruber*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, GesRZ 2021, 291; *Harrer*, Kompetenzprobleme im Recht der GmbH, in FS Koppensteiner (2016) 129; *Hauser*, Die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten als Aufsichtsrats-zustimmungspflichtige Geschäfte, GES 2017, 270; *Justich* in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012) 367; *Kalss*, Leitung und Überwachung im Konzern, Aufsichtsrat aktuell 3/2009, 4; *dieselbe*, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137; *dieselbe*, Hausaufgaben im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2018, 1; *dieselbe*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern im Lichte der aktuellen Entwicklung, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2021) 181; *dieselbe*, Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats, in Fleischer/Kalss/Vogt, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006) 263; *Kraus*, Kann der Aufsichtsrat das Vorlagerecht des Vorstands seiner Zustimmung unterstellen? GesRZ 2020, 118; *Reischauer*, Gedanken zur Aufsichtsratszustimmung nach § 95 Abs 5 AktG, in FS Strasser (1993) 287; *Lobnik*, Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates bei fehlenden Betragsgrenzen, GES 2021, 181; *Nowotny*, Geschäftsordnung für den Vorstand einer AG, in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch, Band 3 (2006) 206; *Reich-Rohrwig*, Erweiterung der AR-zustimmungspflichtigen Geschäfte, ecolex 2006, 35 f; *Schima*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35; *Schima*, Weisung und Zustimmungsvorbehalt als Steuerungsmittel in der GmbH, in FS Koppensteiner (2016) 259; *derselbe*, (Konzern-)Weisungen an den Vorstand, GesRZ 2021, 310; *Schima/Arlt*, Leitung und Überwachung – Corporate Governance im Konzern in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) 279; *Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), JBl 2012, 482; *Stern*, Der Aufsichtsrat bei Umgründungen in Beteiligungsgesellschaften und im Konzern, RdW 1999, 308; *Stummer*, Zur Anwendbarkeit des § 30j Abs 5 Z 2 GmbHG auf Prokuristen, NZ 2016, 92; *Straube/Rauter/Ratka*, Die Aufsichtsratsgeschäftsordnung<sup>2</sup> (2006) 124; *Temmel*, Der Aufsichtsrat (2003) 83; *Wagner*, Zu § 95 Abs 5 AktG und § 30j Abs 5 GmbHG, NZ 1983, 97; *Wörle*, Die Regulierung von Related Party Transactions durch die zweite Aktionärsrechte-Richtlinie und in Umsetzung in das österreichische Recht – Ministerialentwurf zum AktRÄG 2019, wbl 20199, 365; *Zimmermann*, Zur Konzernleitungspflicht des Vorstands und Konzernüberwachungspflicht des Aufsichtsrats, ecolex 2021, 744; *Zischg*, Überwachung von Investitionsvorhaben durch den Aufsichtsrat, Aufsichtsrat aktuell 2018/6, 27.

*Dtl:* M. Arnold, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4; *Berrar*, Die zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs 4 AktG im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, DB 2001, 2181; *Fleischer*, Vorstandshaftung wegen pflichtwidrig unterlassener Einholung eines Zustimmungsbeschlusses des Aufsichtsrats, DB 2018, 2619; *Fleischer*, Sag, wie hältst du's mit dem Zustimmungsvorbehalt? AR 11/2013, 157; *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841; *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9; *Semler*, Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Überwachung durch den Aufsichtsrat, in FS Peter Doralt (2004), 609; *Zwissler*, Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen, AR 05/2015, 72.

| <b>Gliederung</b>  | <b>Rz</b> |
|--|-----------|
| I. Einleitung .....  | 1–7       |
| II. Der Katalog des § 95 Abs 5 AktG .....  | 8–40      |
| A. Gesetzeswortlaut .....  | 8–11      |
| B. Die einzelnen Ziffern des § 95 Abs 5 AktG .....   | 12–26     |
| C. Konzerndimension .....  | 27–37     |
| D. Betragsgrenzen .....  | 38–40     |
| III. Nicht vom Katalog des § 95 Abs 5 AktG erfasste<br>Maßnahmen .....                             | 41–59     |
| A. Budget – Jahres- und Mehrjahresplanungen .....  | 41–46     |
| B. Geschäfte mit nahestehenden Personen; § 95a AktG .....  | 47–56     |
| C. Bestellung der Organe von verbundenen Unternehmen .....   | 57        |
| D. Sonstige nicht vom Katalog erfasste Maßnahmen .....   | 58–59     |
| IV. Die Ausgestaltung des konkreten Katalogs .....   | 60–74     |
| A. Gegenstand des Zustimmungskatalogs .....  | 63–66     |
| B. Grundsatz der Wesentlichkeit .....  | 67–70     |
| C. Einzelne Geschäfte .....  | 71        |
| D. Ort der Regelung .....  | 72–73     |
| E. Anpassung .....   | 74        |
| V. Unternehmerisches Ermessen – Haftung .....  | 75–93     |
| A. Business Judgement Rule .....   | 75–79     |
| B. Entscheidung über die Zustimmung als<br>unternehmerische Entscheidung .....                     | 80–81     |
| C. Informationsgrundlagen für die Entscheidung des<br>Aufsichtsrats .....                          | 82–87     |
| D. Umfang der Prüfungspflicht .....  | 88–89     |
| E. Haftung .....   | 90–93     |
| VI. Die Entscheidung über zustimmungspflichtige<br>Maßnahmen .....                                 | 94–109    |
| A. Verfahren bei der Erteilung der Zustimmung .....  | 94–100    |
| B. Das Ermessen des Aufsichtsrats .....  | 101–102   |
| C. Entscheidungsvarianten bei Vorliegen eines<br>zustimmungspflichtigen Geschäftes .....           | 103–104   |
| D. Zweifel über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines<br>zustimmungspflichtigen Geschäftes ..... | 105–106   |
| E. Vorratsbeschlüsse .....   | 107–109   |
| VII. Anhang: Beispiel eines Katalogs zustimmungspflichtiger<br>Geschäfte .....                     | 110–112   |

## I. Einleitung

- 1 § 95 Abs 5 AktG enthält einen Katalog jener Geschäfte, welche nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Bei diesem Katalog handelt es sich nur um einen „**Mindestkatalog**“. Die Satzung oder der Aufsichtsrat kön-

nen auch anordnen, dass – darüber hinaus – bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen (§ 95 Abs 5 letzter Satz AktG). Der Aufsichtsrat kann somit die Kontrolldichte jederzeit erhöhen.

Der Zustimmungsvorbehalt ist ein wesentliches Instrument der **präventiven Kontrolle** durch den Aufsichtsrat. Im Ergebnis beinhaltet der Zustimmungsvorbehalt ein Vetorecht. In der praktischen Bedeutung geht der Zustimmungsvorbehalt jedoch weit darüber hinaus: Der Vorstand hat den Aufsichtsrat über die zustimmungspflichtigen<sup>1</sup> Geschäfte in einer Weise zu informieren, dass die für die Entscheidung erforderlichen Entscheidungsgrundlagen vorliegen. Mitunter führt ein Zustimmungsvorbehalt auch zu Verhandlungen zwischen dem Vorstand und Aufsichtsrat. Insoweit ist es zutreffend, von einer „**mitgestaltenden Kontrolle**“ des Aufsichtsrats zu sprechen.<sup>2</sup> MaW liegt im Umfang der zustimmungspflichtigen Geschäfte eine Mitwirkung des Aufsichtsrats an der Geschäftsführung und nicht nur eine bloße Überwachung der Geschäftsführung vor.<sup>3</sup> Dies zeigt sich insbesondere darin, dass „die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik“ der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf (§ 95 Abs 5 Z 8 AktG). Dahinter verbirgt sich die Strategie des Unternehmens. Die **Mitwirkung an der Strategiearbeit** ist eine der wesentlichen Aufgaben des Aufsichtsrats.

Mit dem Zustimmungsvorbehalt ist **kein Weisungsrecht** verbunden. Maßnahmen der Geschäftsführung können kraft der gesetzlichen Anordnung des § 95 Abs 5 Satz 1 AktG dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Weiters kommt dem Aufsichtsrat auch **kein Initiativrecht** zu.<sup>4</sup>

Die Leistungsverantwortung bleibt beim Vorstand. Der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte darf daher nicht soweit gehen, dass er den Vorstand in seiner Geschäftsführungstätigkeit faktisch lahm legt<sup>5</sup> (sogenanntes „**Lähmungsverbot**“). Aus den Worten „bestimmte Arten von Geschäften“ in § 95 Abs 5 Satz 5 AktG ergibt sich das **Verbot generalklauselartiger Formulierungen**. Eine Regelung, wonach „alle wichtigen oder alle für die Lage der Gesellschaft bedeutsamen Geschäfte“ der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, wäre unter diesem Blickwinkel unzulässig und unwirksam.<sup>6</sup>

Andererseits muss es Ziel eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte sein, **Geschäfte von grundlegender Bedeutung** zu erfassen. Geschäfte von grundlegender Bedeutung sind solche, die nach Umfang, Gegenstand, Bedeutung oder Risiko für das Unternehmen der betreffenden Art und Größe aus dem routinemäßigen Geschäftsbetrieb signifikant hervorragenden oder von spezifischer unter-

<sup>1</sup> Sprachlich korrekt müsste es statt „zustimmungspflichtig“ zustimmungsvorbehaltspflichtig oder zustimmungsbedürftig lauten. Das sich jedoch der Begriff „zustimmungspflichtig“ eingebürgert hat, wird der leichteren Lesbarkeit auch im Folgenden dieser Begriff verwendet.

<sup>2</sup> Siehe *Mertens/Cahn* in *Kölnner Kommentar zum AktG*, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 86.

<sup>3</sup> Siehe *Rodewig/Rodely* in *Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 12.

<sup>4</sup> Siehe nur *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG*<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 94.

<sup>5</sup> Siehe nur OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k und *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus, AktG* (2018) § 95 Rz 39.

<sup>6</sup> *M. Arnold*, Aufgaben und Kompetenzen in *Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat*<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 404.

nehmensstrategischer Bedeutung sind.<sup>7</sup> Die Frage, was grundlegende Geschäfte sind, kann sich im Zeitablauf ändern. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte in regelmäßigen Abständen, etwa alle drei bis fünf Jahre, **auf seine Aktualität zu prüfen**. Die Aufgabe, den Katalog zu erweitern oder umgekehrt zu straffen, ist jedenfalls eine Aufgabe des Aufsichtsrats und sollte nicht nur in den Händen des Vorstands oder der Geschäftsführung liegen. Zulässig und sinnvoll ist es, den Katalog vorweg mit dem Vorstand oder der Geschäftsführung zu erörtern. Eventuelle Unklarheiten können bei dieser Vorgangsweise noch vor der Verabschiedung des Katalogs beseitigt werden.

6 Je nach der Ausgestaltung des Katalogs handelt es sich um eine Gesellschaft mit einem „starken“ Aufsichtsrat oder mit einem „starken“, weil weitgehend in seiner Geschäftsgebarung unabhängigen, Vorstand. Durch die Ausgestaltung des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte kann es daher zu einer **Verschiebung des Kräfteverhältnisses** zwischen Vorstand und Aufsichtsrat kommen. Welche Bedeutung dem Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zukommt, zeigt sich insbesondere auch bei **Familiengesellschaften**, bei denen einzelnen Stämmen syndikatsvertraglich ein Nominierungsrecht für einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats zukommt und bei denen regelmäßig um die konkrete Ausgestaltung des Katalogs gerungen wird.

7 Der nachfolgende Beitrag befasst sich nur mit dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Auch bei einer **GmbH**<sup>8</sup> handelt es sich in § 30j Abs 5 GmbHG nur um einen Mindestkatalog, welcher abhängig von den Verhältnissen der Gesellschaft zu erweitern ist. Bei der GmbH besteht jedoch die Besonderheit, dass die Generalversammlung als höchstes Organ der Gesellschaft nicht an die Entscheidung des Aufsichtsrats gebunden ist und jederzeit auch eine der Entscheidung des Aufsichtsrats entgegengesetzte **Weisung** erlassen kann, welche der Entscheidung des Aufsichtsrats vorgeht.<sup>9</sup> Auch wenn der Geschäftsführer die Angelegenheit der Generalversammlung vorlegt oder schon vorgelegt hat oder die Generalversammlung bereits eine Weisung erteilt hat, ist es dennoch notwendig, dass der Geschäftsführer die Maßnahme auch dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorlegt. Dies, obgleich eine Ablehnung durch den Aufsichtsrat nichts an der Durchführungspflicht ändert. Sowohl zur Einhaltung der Aufsichtsratszuständigkeit als auch aus Gründen der Transparenz gegenüber dem Aufsichtsrat – diesem wird damit die Möglichkeit zur Diskussion und Einbringung neuer Aspekte geboten – ist die Vorlage an den Aufsichtsrat geboten. Anders als sonst (siehe Rz 104) kann sich der Aufsichtsrat jedoch im vorliegenden Fall mit Hinweis auf die bereits von den Gesellschaftern getroffene Entscheidung selbst einer Entscheidung enthalten. Bei der GmbH ist zu entscheiden, welche Maßnahmen der Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Zustimmung der Generalversammlung oder allenfalls der Zustimmung beider Or-

<sup>7</sup> Siehe *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 847 und *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 84.

<sup>8</sup> Zu den Besonderheiten des Aufsichtsrats in der GmbH siehe den Beitrag von *M. Heidinger* in diesem Handbuch.

<sup>9</sup> Siehe nur *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, August 2013) § 30j Rz 69.

gane bedürfen. Je nach der Ausgestaltung wird die Gesellschaft entweder mehr von den Gesellschaftern oder vom Aufsichtsrat kontrolliert.

## II. Der Katalog des § 95 Abs 5 AktG

### A. Gesetzeswortlaut

§ 95 Abs 5 AktG regelt als Mindestinhalt des Katalogs zustimmungspflichtiger 8  
Geschäfte insgesamt 15 Maßnahmen. Folgende Geschäfte dürfen nach § 95 Abs 5  
Satz 2 AktG nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden:

1. der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen (§ 189a Z 2 UGB) sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben;
2. der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört;
3. die Errichtung und die Schließung von Zweigniederlassungen;
4. Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;
5. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen;
6. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört;
7. die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten;
8. die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;
9. die Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an leitende Angestellte im Sinne des § 80 Abs 1;
10. die Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft an Arbeitnehmer und leitende Angestellte der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens sowie an Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von verbundenen Unternehmen;
11. die Erteilung der Prokura;
12. der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 189a Z 7 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat;
13. die Übernahme einer leitenden Stellung (§ 80) in der Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren nach Zeichnung des Bestätigungsvermerks durch den Abschlussprüfer, durch den Konzernabschlussprüfer, durch den Abschlussprüfer eines bedeutenden verbundenen Unternehmens oder durch den den jeweiligen Bestätigungsvermerk unterzeichnenden Wirtschaftsprüfer sowie eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion bei der Prüfung ausgeübt hat, soweit dies nicht gemäß § 271c UGB untersagt ist;
14. Maßnahmen, mit denen der Vorstand von einer ihm gemäß § 102 Abs 3 oder 4 erteilten Ermächtigung Gebrauch macht;

15. der Antrag auf Zulassung von Aktien der Gesellschaft zum Handel an einer anerkannten Börse im Sinn des § 3 sowie der Antrag auf Widerruf einer solchen Zulassung.
- 9 Zu den in Z 1 und 2 genannten Geschäften kann die Satzung oder der Aufsichtsrat Betragsgrenzen festsetzen, zu den in den Z 4, 5 und 6 genannten Geschäften haben die Satzung oder der Aufsichtsrat eine Betragsgrenze festzusetzen (Satz 4). Die Satzung oder der Aufsichtsrat kann auch anordnen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden sollen (Satz 5).
- 10 Der gesetzliche Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen ist **nicht abschließend**. Vielmehr ist der Aufsichtsrat berechtigt und verpflichtet, soweit dies zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe erforderlich ist, weitere Geschäftsarten seiner Zustimmung zu unterwerfen.<sup>10</sup> Der gesetzliche Katalog ist somit ein **Mindestkatalog**.<sup>11</sup> Der Mindestkatalog stammt aus dem Jahr 1982, ist also mehr als 40 Jahre alt und bildet die damalige Best Practice der Governance ab, die sich zwischenzeitlich weiterentwickelt hat, sodass der Katalog für die jeweilige Gesellschaft jedenfalls angepasst und erweitert werden muss. Der Aufsichtsrat darf den Kreis zustimmungspflichtiger Maßnahmen nur erweitern, nicht jedoch einschränken. Gleiches gilt im Verhältnis zu einem in der Satzung geregelten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. Dem gesetzlichen Konzept, insbesondere § 95 Abs 5 Satz 4 und 5 AktG, ist zu entnehmen, dass es dem Satzungsgeber freisteht, bei Festsetzung der Zustimmungsvorbehalte gänzlich untätig zu bleiben. Dann liegt es nur beim Aufsichtsrat, seiner Verpflichtung nach § 95 Abs 5 AktG nachzukommen und den gesetzlichen Mindestkatalog entsprechend den konkreten Verhältnissen der Gesellschaft anzupassen.<sup>12</sup>
- 11 Bei **Kreditinstituten** bestehen Sonderbestimmungen, die zusätzlich zu den rechtsformspezifischen Bestimmungen vom Aufsichtsrat einzuhalten sind. Dies gilt insbesondere für Großkredite, welche zwingend der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.<sup>13</sup>

## B. Die einzelnen Ziffern des § 95 Abs 5 AktG

Im Folgenden werden die einzelnen Ziffern des § 95 Abs 5 AktG kurz kommentiert:<sup>14</sup>

<sup>10</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 81 ff.

<sup>11</sup> Nach *Kalss*, Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats, in Fleischer/Kalss/Vogt, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 246 kann die Verwendung allein dieses Katalogs ohne jede Anpassung bereit ein Indiz für eine Sorgfaltswidrigkeit sein.

<sup>12</sup> *M. Arnold*, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 388.

<sup>13</sup> Siehe hierzu *Kunz*, Gesellschaftsrechtliches Aufsichtsrats-Know-how – Überblick für die Praxis unter Berücksichtigung von Kreditinstituten<sup>2</sup> (2024).

<sup>14</sup> Eine umfangreiche Kommentierung zu den Kataloggeschäften findet sich bei *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 107 – 135 sowie bei *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 73 bis 109.

**1. der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen (§ 189a Z 2 UGB) sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben:** 12

Nach dieser Ziffer unterliegen der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen im Sinne des § 189a Z 2 UGB sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen oder Betrieben der Zustimmung des Aufsichtsrats. Die Art des **Erwerbs** ist unerheblich. Sowohl ein Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (zB im Rahmen einer Verschmelzung oder Spaltung) als auch ein Erwerb im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge (zB Kauf, Sacheinlage) bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats.<sup>15</sup> Dasselbe gilt für die Veräußerung der vorgenannten Vermögenswerte. **Veräußerung** ist im Sinne der Aufgabe des Eigentumsrechtes zu verstehen, unabhängig davon, ob diese auf entgeltlicher, auf unentgeltlicher oder auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage erfolgt. Dies kann zur Folge haben, dass der Aufsichtsrat mit ein und derselben Angelegenheit zweimal befasst wird, einmal im Rahmen der Umgründung (zB Prüfung nach § 220c AktG) und einmal im Rahmen der Beteiligungs- oder Unternehmensübertragung.<sup>16</sup>

Die Ziffer 1 erfasst zunächst **Beteiligungen** im Sinne des § 189a Z 2 UGB. Nach dieser Bestimmung bedeutet Beteiligung Anteile an einem anderen Unternehmen, die dazu bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb dauernd zu dienen. Wenn der Anteil am Kapital des Unternehmens mindestens 20% beträgt, wird das Vorliegen einer Beteiligung vermutet. Sonstige Finanzanlagen, welche nicht den Beteiligungsbegriff erfüllen, fallen nicht darunter. Die bloße **Erhöhung bestehender Beteiligungen** fällt nicht unter den Wortlaut der Ziffer 1. ZT wird in der Literatur erwogen, auch Beteiligungserhöhungen unter Ziffer 1 zu subsumieren.<sup>17</sup> ME empfiehlt sich, den Fall der Erhöhung einer Beteiligung, einschließlich der Gewährung von Gesellschafterzuschüssen, ausdrücklich zu regeln. Zu hybriden Finanzierungen siehe Rz 16.

Der Begriff **Unternehmen** deckt sich mit jenem des allgemeinen Unternehmensrechts. Der Begriff **Betrieb** orientiert sich an § 12 UmgrStG, was eine Gleichstellung mit § 3 Z 15 FBG nahe legt.<sup>18</sup> Teile der Literatur subsumieren auch Teilbetriebe, sofern sie nicht von völlig untergeordneter Bedeutung sind, unter die Ziffer 1.<sup>19</sup> **Stilllegung** des Unternehmens ist die vollständige Einstellung der Geschäftstätigkeit, welche mit einer Auflösung der Geschäftstätigkeit einhergeht. Stilllegung des Betriebes ist die Aufgabe des Betriebszwecks unter gleichzeitiger

<sup>15</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 74.

<sup>16</sup> AA *Jordis* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> (2010) § 9 Rz 26, wonach dann, wenn das Gesetz spezielle Zuständigkeiten vorsieht, wie die Erststellung des Verschmelzungsprüfungsberichtes oder des Spaltungsprüfungsberichtes, der allgemeine Zustimmungsvorbehalt verdrängt wird.

<sup>17</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 107.

<sup>18</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 107.

<sup>19</sup> Siehe die Nachweise bei *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 76.

Auflösung der Betriebsorganisation (die bloße Produktionseinstellung ist nicht ausreichend).<sup>20</sup>

Die Belastung einer Beteiligung oder eines Unternehmens unterliegt – anders als nach Ziffer 2 – nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats. Nach Teilen der Literatur fallen, über den Gesetzeswortlaut hinaus, auch die Verpachtung oder sonstige Nutzungsüberlassung, wenn der Betrieb oder das Unternehmen eine entsprechende Bedeutung hat, unter den Zustimmungsvorbehalt.<sup>21</sup>

Zu den in Ziffer 1 genannten Maßnahmen kann die Satzung Betragsgrenzen festlegen. Derartige Betragsgrenzen können vor allem für Minderheitsbeteiligungen, Beteiligungen an Projektgesellschaften oder Beteiligungen an Liegenschaftsprojekten in Form von Kapital- oder Personengesellschaftsanteilen sinnvoll sein, um die Aufgaben des Aufsichtsrats nicht zu überfrachten.

### 13 2. der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört:

Nach dieser Ziffer unterliegen der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften der Zustimmung des Aufsichtsrats.

Der Begriff **Liegenschaften** ist mE im Sinne des Zivilrechts auszulegen. Liegenschaften sind unbewegliche Sachen iS des § 293 ABGB.<sup>22</sup> Zur Liegenschaft gehört das Grundstück einschließlich des sogenannten Zugehört, wie insbesondere die auf der Liegenschaft befindlichen Gebäude. Kraft ausdrücklicher Anordnung gilt auch das Baurecht als unbewegliche Sache und damit als Liegenschaft (§ 6 Abs 1 BauRG). Anders hingegen das **Superädifikat** (Gebäude auf fremden Grund und Boden). Dieses gilt im Sinne des Zivilrechts als bewegliches Vermögen.<sup>23</sup> Dies führt zu dem befremdlichen Ergebnis, dass der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Superädifikaten nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Vom Sinn und Zweck der Bestimmung wäre eine Ausdehnung des Zustimmungsvorbehaltes auch auf Superädifikate geboten, doch bereitet die Feststellung einer planwidrigen Lücke, welche Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist, Schwierigkeiten. Es ist daher zu empfehlen, den Zustimmungsvorbehalt um Superädifikate zu ergänzen.

Die Begriffe Erwerb und Veräußerung sind gleich wie in der Ziffer 1 auszulegen. Nach Teilen der Literatur fallen auch dem Erwerb oder der Veräußerung vergleichbare Übertragungs- und Nutzungsvereinbarungen, wie etwa Leasing, Pacht und die Begründung eines Baurechts, unter den Zustimmungsvorbehalt.<sup>24</sup> Unter den Begriff **Belastungen** sind jedenfalls sämtliche dingliche Belastungen (Pfandrechte, Sicherungsübereignungen, Reallasten, Servitute, Baurechte, Veräußerungsverbote,

<sup>20</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 76.

<sup>21</sup> Siehe nur *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 107.

<sup>22</sup> Siehe *Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht, Band I<sup>15</sup> (2018) Rz 770.

<sup>23</sup> Ständige Rechtsprechung: siehe die Nachweise bei *Hinteregger* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> (2020) § 435 Rz 6.

<sup>24</sup> Siehe nur *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 108 und *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 79.

verbücherte Bestandrechte),<sup>25</sup> mE jedoch auch bloß schuldrechtliche Belastungen zu verstehen, welche bei Eintritt des Sicherungsfalles dieselben Auswirkungen wie eine dingliche Belastung haben. Dementsprechend bedarf mE die Unterfertigung einer Schuld- und Pfandbestellungsurkunde, welche bei der Bank nur hinterlegt wird, ebenfalls der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats.<sup>26</sup>

Die Einschränkung „**soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört**“, wurde durch das URÄG 2008 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollten damit Unternehmen erfasst werden, deren Unternehmensgegenstand den Erwerb und die Veräußerung von Liegenschaften umfasst, aber auch zB Kreditinstitute, bei denen der Erwerb von Liegenschaften im Zuge einer Sicherheitenverwertung in die Kompetenz der Geschäftsleiter fällt.<sup>27</sup>

Zu den in Ziffer 2 genannten Maßnahmen kann die Satzung Betragsgrenzen festlegen.

### 3. die Errichtung und die Schließung von Zweigniederlassungen:

14

Der Begriff „**Zweigniederlassung**“ wird im Gesetz an verschiedenen Stellen verwendet (siehe zB §§ 12, 33 Abs 3 UGB, § 3 Abs 1 Z 6 FBG, § 254 AktG). Unter Zweigniederlassung im Rechtssinn wird nach heute gefestigter Auffassung „*ein von der Hauptniederlassung räumlich getrennter Teil des Unternehmens [verstanden], in dem dauerhaft und selbständig Geschäfte abgeschlossen werden und der die hierfür erforderliche Organisation in sachlicher und personeller Sicht (unter anderem eine eigene Leitung) aufweist*“.<sup>28</sup>

Nach Teilen der Literatur ist der Begriff Zweigniederlassung im Sinne der Ziffer 3 nicht formal (im Sinne einer rechtlichen Anknüpfung an den Zweigniederlassungsbegriff) auszulegen. Vielmehr seien auch Filialgeschäfte, bloß faktische Niederlassungen und Betriebsstätten, die keine Zweigniederlassung im Rechtssinn sind, hierunter zu subsumieren. Umgekehrt wird auch der Wegfall einer organisatorischen Selbständigkeit durch verstärkte Eingliederung in das Unternehmen als „Schließung“ der Zweigniederlassung behandelt.<sup>29</sup>

Der Begriff „Zweigniederlassung“ ist mE **im Rechtssinn auszulegen**. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dem Begriff der Zweigniederlassung ein anderes Verständnis als sonst beimisst, liegen nicht vor.<sup>30</sup> Zudem würde die Ziffer 3 bei einem weiten Verständnis des Zweigniederlassungsbegriffes jede scharfe Kontur verlieren. ZB würde jede Eröffnung eines Vertriebsbüros bereits unter den Zustimmungsvorbehalt fallen, obgleich diese Maßnahme für das Unternehmen nicht von grundlegender Bedeutung ist.

<sup>25</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (57. Lfg, November 2008) § 30j Rz 79.

<sup>26</sup> In diesem Sinne auch *Temmel*, Der Aufsichtsrat (2003) 84.

<sup>27</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 78.

<sup>28</sup> *Zib* in Zib, UGB, Großkommentar, Bd I/1 (2010) Vor § 12 Rz 14 mwN.

<sup>29</sup> Siehe die Nachweise bei *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 81; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 109.

<sup>30</sup> *GIA Eckert/Schopper* in U. Torggler, GmbHG (2014) § 30j Rz 21: Ein im Vergleich zu den gesetzlichen Bestimmungen „erweitertes oder wirtschaftliches Begriffsverständnis ist nicht veranlasst.“

**15**     **4. Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen:**

Der Begriff der Investition ist denkbar weit. Er umfasst nicht nur die Anschaffung von Vermögensgegenständen für den unternehmerischen Betrieb der Gesellschaft (zB Produktionsmaschinen, EDV-Anlagen), sondern jede Mittelverwendung, welche dem Ziel der Erwirtschaftung von Erträgen dient. In der Praxis können hierunter fast alle Ausgaben einer Gesellschaft, beginnend bei Aufwendungen, die dem Geschäftsbetrieb unmittelbar oder mittelbar dienen (zB Anschaffung von Fahrzeugen, Erneuerung des Maschinenparks, Bau einer Lagerhalle, aber auch der Ankauf von Bleistiften oder sonstigem Büromaterial), über die Durchführung einer Mitarbeiterveranstaltung bis hin zu Kulturförderung und Sponsoring fallen.<sup>31</sup> Nach dem Gegenstand der Investition lassen sich Sachinvestitionen, immaterielle Investitionen und Finanzinvestitionen unterscheiden.

Soll der Begriff der Investition nicht völlig konturlos werden, ist er mE **auf Investitionen in das Anlagevermögen einzuschränken**. Abzustellen ist auf den Begriff des Anlagevermögens iS des § 198 Abs 2 UGB. Maßgeblich ist somit, ob der angeschaffte Gegenstand dazu bestimmt ist, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob es sich um Neuinvestitionen, Ersatz- oder Erhaltungsinvestitionen handelt. Damit werden viele umgangssprachliche Investitionen nicht erfasst, wie etwa Mitarbeiterschulungen für neue Programme, die durchaus große Aufwendungen für die Gesellschaft bedeuten können. Sollen auch diese erfasst werden, müssen derartige Aufwendungen ausdrücklich in den Zustimmungsvorbehalt einbezogen werden. Jedenfalls soll in der Gesellschaft zur Reichweite des Begriffes „Investitionen“ im Zusammenhang mit dem Katalog der zustimmungspflichtigen Maßnahmen ein klares Verständnis hergestellt werden. Bei der Frage, ob eine zustimmungspflichtige Investition vorliegt, ist auf die **wirtschaftliche Einheit** der Investition abzustellen. Eine Aufspaltung der Investition in mehrere Teilinvestitionen ändert am Zustimmungsvorbehalt nichts.<sup>32</sup>

Zu den in Ziffer 4 genannten Maßnahmen haben die Satzung oder der Aufsichtsrat eine Betragsgrenze festzusetzen.

**16**     **5. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag im einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen:**

Diese Ziffer erfasst nicht nur die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, sondern **jede sonstige Aufnahme von Fremdmitteln**, in welcher rechtlichen Form dies auch immer geschieht.<sup>33</sup> Die Zustimmungspflicht umfasst nicht nur die ausgenutzten Kredite, sondern auch die Aufnahme eines Kreditrahmens.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> *Temmel*, Der Aufsichtsrat (2003) 84.

<sup>32</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 83.

<sup>33</sup> *Temmel*, Der Aufsichtsrat (2003) 85; *Brogányi/Rieder* in Napokoj/H. Foglar-Deinhartstein/Pelinka, AktG (2020) § 95 Rz 43.

<sup>34</sup> *Jordis* in Kalls/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> (2010) § 9 Rz 30.

Auch **hybride Finanzierungen**, bei denen Merkmale sowohl von Fremd- als auch von Eigenkapital vorliegen, können unter die Ziffer 5 fallen. Der gesetzlichen Konzeption liegt die Unterscheidung zwischen Eigenkapital einerseits (Ziffer 1) und Fremdkapital andererseits (Ziffern 5 und 6) zugrunde. Eine Finanzierung, welche Merkmale sowohl von Eigen- als auch Fremdkapital aufweist, ist daher mE darauf hin zu prüfen, ob sich die Stellung des Gläubigers mehr jener eines Gesellschafters oder mehr jener eines Forderungsgläubigers annähert. Die Frage ist daher gleich jener nach dem bilanziellen Ausweis von hybriden Finanzierungen zu beantworten.<sup>35</sup> Dementsprechend ist etwa die Aufnahme eines typischen (echten) stillen Gesellschafters unter Ziffer 5 zu subsumieren. Der Beitritt als atypisch stiller Gesellschafter, welcher auch am Verlust und den stillen Reserven des Inhabers des Unternehmens teilnimmt und welchem Kontroll- und Mitspracherechte zukommen, ist hingegen unter Ziffer 2 zu subsumieren (und spiegelbildlich in der Bilanz des stillen Gesellschafters als Beteiligung auszuweisen). ME empfiehlt es sich, hybride Finanzierungsformen, bei denen die Zuordnung zum Eigen- oder Fremdkapital nicht eindeutig ist, ausdrücklich der Zustimmung vorzubehalten.

Festzulegen sind und der Beschlussfassung unterliegen der Kreditbetrag, die Verzinsung, die Rückzahlung sowie sonstige wesentliche Bedingungen (wie insbesondere Sicherheiten). Ändern sich maßgebliche Bedingungen der Kreditaufnahme, so bedürfen diese ebenfalls der Aufsichtsratszustimmung.<sup>36</sup>

Zu den in Ziffer 5 genannten Maßnahmen haben die Satzung oder der Aufsichtsrat eine Betragsgrenze festzusetzen.

#### **6. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört:** 17

Gleich der Ziffer 5 erfasst diese Ziffer nicht nur die Gewährung von Darlehen und Krediten, sondern auch jede sonstige Zurverfügungstellung von Fremdkapital.

Zum „gewöhnlichen Geschäftsbetrieb“ kann die Gewährung von Zahlungszielen an Kunden oder der Abschluss von Ratengeschäften, aber auch die Leistung von Gehaltsvorschüssen gehören.<sup>37</sup> Im Übrigen ist auf die Ausführungen oben in Rz 16 zu verweisen.

Zu den in Ziffer 6 genannten Maßnahmen haben die Satzung oder der Aufsichtsrat eine Betragsgrenze festzusetzen.

#### **7. die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten:** 18

Geschäftszweige bilden Teilbereiche der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens. Die Produktionsart beschreibt die Herstellung eines bestimmten Produktes.<sup>38</sup> Die Aufnahme neuer Geschäftszweige oder Produktionsarten, welche der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, ist nur innerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes ohne Zustimmung der Hauptversammlung zulässig.

<sup>35</sup> Siehe hierzu *Pinetz/Rauter* in Wiener Kommentar zum UGB (94. Lfg, 2020), § 189a Rz 63, 74.

<sup>36</sup> Zu § 95 Abs 5 Z 5 AktG: *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 112; *Brogányi/Rieder* in Napokoj/H. Foglar-Deinhartstein/Pelinka, AktG (2020) § 95 Rz 45.

<sup>37</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 88.

<sup>38</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 113.

Nicht jede Aufnahme einer neuen Produktionsart bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats, sondern nur eine solche, welche **erhebliche Eingriffe in die bisherige Betriebsorganisation** mit sich bringt.<sup>39</sup> Die Grenzen sind hier fließend. ME kommt es bei der Frage, ob eine Maßnahme nach Ziffer 7 der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, darauf an, ob diese Maßnahme aus dem routinemäßigen Geschäftsbetrieb herausragt oder von spezifischer unternehmensstrategischer Bedeutung ist (siehe Rz 67).

### 19 **8. die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik:**

Unter die Festlegung der allgemeinen Grundsätze der Geschäftspolitik fällt die gesellschaftliche Zielbildungs- und Strategiefindung, die Gestaltung und Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit und Rentabilität und der sozialen Dimension des Unternehmens einschließlich der Mittelbereitstellung und -zuteilung.<sup>40</sup> Die Mitwirkung an der **Strategiearbeit** ist eine der Kernaufgaben des Aufsichtsrats. Konkreter Ausfluss der Strategiearbeit ist die mittel- oder längerfristige Unternehmensplanung (siehe Rz 41 ff).

Auch faktische Änderungen der bisherigen Geschäftspolitik (zB die, auch nur teilweise, Verlagerung der Produktion oder Änderung der Vertriebsstruktur) bedürfen nach dieser Ziffer der Zustimmung des Aufsichtsrats.<sup>41</sup> Detailfragen der Unternehmensstrategie sowie die Umsetzung der festgelegten Strategie sind hingegen Aufgabe des Vorstands, soweit nicht für Einzelmaßnahmen (zB Erwerb eines Unternehmens) besondere Zustimmungsvorbehalte bestehen.

### 20 **9. die Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an leitende Angestellte im Sinne des § 80 Abs 1:**

**Leitende Angestellte** sind gemäß § 80 Abs 1 Satz 2 AktG „die Geschäftsführer und Betriebsleiter, die zur selbständigen Einstellung oder Entlassung der übrigen im Betrieb oder in der Betriebsabteilung Beschäftigten berechtigt sind oder denen Prokura oder Generalvollmacht erteilt ist.“ Prokuristen oder Generalbevollmächtigte, die weder Geschäftsführer noch Betriebsleiter sind, fallen nicht unter diese Bestimmung.

Nach der Ziffer 9 unterliegen **nur die Grundsätze** über die Gewährung von Gewinn- und Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an leitende Angestellte dem Zustimmungsvorbehalt. Diese Grundsätze beziehen sich auf die allgemeinen Richtlinien für **erfolgsabhängige Gehaltsbestandteile** sowie auf **Pensionszusagen**, unabhängig davon, ob diese fix oder variabel sind. Dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen sowohl Direktzusagen als auch Ansprüche aus einer Pensions- oder Versorgungskasse.<sup>42</sup> Dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen jeweils

<sup>39</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 92; *Hauser*, Die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten als Aufsichtsrats-zustimmungspflichtige Geschäfte, GES 2017, 270, 271.

<sup>40</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 114.

<sup>41</sup> *Jordis* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> (2010) § 9 Rz 33.

<sup>42</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 115.

nur die Grundsätze für die Einräumung der genannten Vorteile, nicht jedoch der Einzelvertrag.

Fehlen Grundsätze über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen oder Pensionszusagen, ist strittig, ob in diesem Fall der Einzelvertrag (Anstellungsvertrag, womit die Gewinn- oder Umsatzbeteiligung oder die Pensionszusage eingeräumt wird) dem Zustimmungsvorbehalt unterliegt.<sup>43</sup> ME ist der Ansicht zu folgen, dass dann, wenn Grundsätze über die Einräumung der genannten Vorteile fehlen, eben jede Gewährung dieser Vorteile dem Zustimmungsvorbehalt unterliegt. Zweck der Regelung ist es, das Vermögen der Gesellschaft zu schützen. Soll der Gewinn der Gesellschaft durch gewinn- oder umsatzabhängige Vergütungen oder Pensionszusagen geschmälert werden, bedarf es der vorherigen Befassung des Aufsichtsrats. Die Erleichterung durch die Ziffer 9 besteht darin, dass der Aufsichtsrat eben nur mit den Grundsätzen über die Gewährung dieser Vorteile zu befassen ist.

**10. die Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft an Arbeitnehmer und leitende Angestellte der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens sowie an Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von verbundenen Unternehmen:** 21

Das Gesetz folgt bei der Einräumung von Aktienoptionen den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen für Entlohnungsfragen, zugleich bindet es aber den Aufsichtsrat durch den Zustimmungsvorbehalt in die Entscheidung ein. Es ist zwischen der Einräumung der Aktienoptionen und der Beschaffung der den Optionen zugrunde liegenden Aktien zu unterscheiden. Während sich die **Beschaffung** der Aktien nach allgemeinen Regelungen richtet (zB bedingte Kapitalerhöhung nach den §§ 159 ff AktG oder genehmigtes Kapital nach den §§ 169 ff AktG für neue Aktien oder § 65 AktG für eigene Aktien), benötigt der Vorstand für die **Einräumung** der Aktienoptionen die Zustimmung des Aufsichtsrats. Es wird somit gleichsam eine geteilte Zuständigkeit festgelegt: Die Entscheidung über die Einräumung von Aktienoptionen zugunsten von Arbeitnehmern (einschließlich der leitenden Angestellten) liegt beim Vorstand. Er ist hierbei jedoch an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden.<sup>44</sup> Für die Einräumung von Aktienoptionen an den Vorstand ist gemäß § 75 AktG der Aufsichtsrat ausschließlich zuständig. Werden Aktien an Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften gewährt, so sind sowohl die Zuständigkeitserfordernisse auf Ebene der Tochtergesellschaft als auch jene auf Ebene der Muttergesellschaft einzuhalten. Dies kann dazu führen, dass die Zustimmung sowohl des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft als auch des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft einzuholen ist.

<sup>43</sup> Dafür *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, Bd I<sup>2</sup> (1997) Rz 4/362; *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> (2018) § 95 Rz 55; dagegen *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 115; *Jordis* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> (2010) § 9 Rz 34; *Wünsch*, GmbHG (1987) § 30j Rz 134, mit der Begründung, dass Einschränkungen der an sich unbeschränkten und unbeschränkbareren Vertretungsmacht eng auszulegen sind.

<sup>44</sup> Siehe zum Ganzen *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 138 f.

## 22 11. die Erteilung der Prokura:

Anders als bei einer GmbH bedarf die Erteilung einer Prokura bei einer Aktiengesellschaft in jedem Fall der Zustimmung des Aufsichtsrats. Bei einer GmbH bedarf die Entscheidung, ob Prokura oder Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb erteilt werden darf, nach § 35 Abs 1 Z 4 GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses. Dieses Zustimmungserfordernis kann nach § 35 Abs 2 GmbHG abbedungen werden, nicht hingegen jenes nach § 95 Abs 5 Z 11 AktG. Insbesondere bei einer Aktiengesellschaft, die mehrere Prokuristen hat, wirkt dieses Zustimmungserfordernis anachronistisch und kann zu einer oftmaligen Befassung des Aufsichtsrats führen. Wünschenswert wäre eine Beschränkung dieses Zustimmungserfordernisses auf die Grundsätze der Prokuraerteilung. Vor der Entscheidung über die Erteilung der Prokura sollten dem Aufsichtsrat zumindest der Lebenslauf des Kandidaten, dessen beruflicher Werdegang sowie das Entscheidungspouvoir des Kandidaten dargelegt werden.<sup>45</sup> Nicht unter die Ziffer 11 fällt die Erteilung einer Handlungsvollmacht; dies gilt auch für die Erteilung einer Generalvollmacht.

## 23 12. der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 189a Z 7 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat:

Dieser im Jahr 2005 eingefügte Zustimmungsvorbehalt hat Interessenkonflikte im Fokus, welche dadurch entstehen können, dass Aufsichtsratsmitglieder außerhalb ihrer Aufsichtsrats­tätigkeit für die Gesellschaft tätig werden. Durch diese Regelung wird der mögliche Interessenkonflikt den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern zur Kenntnis gebracht, welche über den Abschluss derartiger Verträge zu entscheiden haben.<sup>46</sup>

Der Zustimmungsvorbehalt erfasst **jede Art von Verträgen** zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft, nicht nur Dienstleistungsverträge, wie etwa Beratungsverträge, sondern auch Kauf- und Lieferverträge. Erfasst werden nicht nur Leistungen des Aufsichtsratsmitgliedes gegenüber der Gesellschaft, sondern auch solche der Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied. Die Leistungen des Aufsichtsratsmitgliedes müssen **außerhalb seiner Aufsichtsrats­stätigkeit** liegen, es darf sich somit nicht um Leistungen handeln, die ohnehin in den Pflichtenkreis der gewöhnlichen Aufsichtsrats­tätigkeit fallen. Auch Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein **erhebliches wirtschaftliches Interesse** hat, fallen hierunter. Ein solches wirtschaftliches Interesse ist mE bereits bei Vorliegen einer Beteiligung im Sinne des § 189a Z 2 UGB anzuneh-

<sup>45</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 127.

<sup>46</sup> Siehe zum Ganzen Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 119 ff sowie *die-selbe*, Rz 13/1 ff in diesem Handbuch.

men.<sup>47</sup> Hierfür sprechen der weit gehaltene Wortlaut der Ziffer 12 sowie die Gesetzesmaterialien.<sup>48</sup>

Leistungen, die das Aufsichtsratsmitglied gegenüber einem Tochterunternehmen der Gesellschaft erbringt, unterliegen ebenfalls dem Zustimmungsvorbehalt; nicht hingegen Geschäfte mit einer Mutter- oder Schwestergesellschaft.<sup>49</sup> Bei der Abstimmung über die Zustimmung zu diesem Geschäft ist das betroffene Aufsichtsratsmitglied von seinem Stimmrecht ausgeschlossen<sup>50</sup> (im Unterschied dazu verbietet § 95a Abs 4 AktG bereits die Teilnahme des betroffenen Aufsichtsratsmitgliedes an der Abstimmung; siehe hiezu unten Rz 56).

Liegt eine nach Ziffer 12 erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats nicht vor, so kommt das Geschäft zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied oder dem Unternehmen, an dem ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat, nach den Grundsätzen des Vollmachtsmissbrauchs nicht zustande, weil das Aufsichtsratsmitglied als Organ der Gesellschaft von der fehlenden Zustimmung des Aufsichtsrats Kenntnis hat oder diesen Umstand zumindest kennen musste.<sup>51</sup>

Zum Zustimmungserfordernis im Fall börsennotierter Unternehmen für Related Party Transaktionen nach § 95a AktG siehe unten Rz 47 ff. Bei den von § 95 Abs 5 Z 12 AktG erfassten Verträgen wird idR kein Zustimmungserfordernis nach § 95a AktG bestehen, weil es an der Wesentlichkeit im Sinne des § 95a Abs 3 AktG fehlt oder weil ein Geschäft vorliegt, welches im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen wird (§ 95a Abs 6 AktG).

**13. die Übernahme einer leitenden Stellung (§ 80) in der Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren nach Zeichnung des Bestätigungsvermerks durch den Abschlussprüfer, durch den Konzernabschlussprüfer, durch den Abschlussprüfer eines bedeutenden verbundenen Unternehmens oder durch den den jeweiligen Bestätigungsvermerk unterzeichnenden Wirtschaftsprüfer sowie eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion bei der Prüfung ausgeübt hat, soweit dies nicht gemäß § 271c UGB untersagt ist:** 24

Bereits nach § 271c UGB dürfen der Abschlussprüfer, der Konzernabschlussprüfer, der Abschlussprüfer eines bedeutenden verbundenen Unternehmens und der den jeweiligen Bestätigungsvermerk unterzeichnende Wirtschaftsprüfer inner-

<sup>47</sup> Im Schrifttum wird eine erhebliche Beteiligung überwiegend bei einer Beteiligung von mehr als 50% oder bei Vorliegen einer Beteiligung im Sinne des § 189a Z 2 UGB angenommen (siehe Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 123 und die weiteren Nachweise bei Rauter in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 103).

<sup>48</sup> 927 der Blg StenProt XXII. GP: „Entscheidend wird letztlich sein, ob durch diesen Vertrag und die wirtschaftliche Bedeutung des Entgelts für das jeweilige Aufsichtsratsmitglied der Anschein einer Befangenheit entstehen könnte.“

<sup>49</sup> Kalss in Münchener Kommentar<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 196.

<sup>50</sup> Siehe Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 126.

<sup>51</sup> Zum Vollmachtsmissbrauch ausführlich OGH 25.04.1019, 6 Ob 35/19 w; weiters Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 129; Brogyányi/Rieder in Napokoj/H. Foglar-Deinhartstein/Pelinka, AktG (2020) § 95 Rz 76. Siehe weiters Rz 91 in diesem Beitrag.

halb eines Jahres nach Zeichnung des Bestätigungsvermerks weder eine Organfunktion noch eine leitende Stellung (§ 80 AktG) in der Gesellschaft einnehmen (sogenannte „Cooling Off-Periode“). Dieses Tätigkeitsverbot wird bei Unternehmen von öffentlichem Interesse oder großen Unternehmen, bei denen das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft (§ 221 Abs 3 Satz 1 iVm Abs 4 bis 6 UGB) überschritten wird (sogenannte „sehr große“ Gesellschaften) auf zwei Jahre verlängert. Zweck dieser Regelung ist der Schutz der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, welche nicht durch seinen Wechsel zum geprüften Unternehmen beeinträchtigt werden soll.

Nur soweit § 271c UGB nicht anwendbar ist, greift die Ziffer 13.<sup>52</sup> Durch diesen Zustimmungsvorbehalt wird der Aufsichtsrat in die Übernahme einer leitenden Stellung iS des § 80 AktG (siehe dazu Rz 20) durch eine nach Ziffer 13 ausgeschlossene Person eingebunden. Sollte die ausgeschlossene Person zum Vorstand bestellt werden, so ist für die Bestellung ohnehin der Aufsichtsrat allein zuständig.

**25** *14. Maßnahmen, mit denen der Vorstand von einer ihm gemäß § 102 Abs 3 oder 4 erteilten Ermächtigung Gebrauch macht:*

Nach der Ziffer 14 bedürfen Maßnahmen, bei denen der Vorstand aufgrund der ihm in der Satzung erteilten Ermächtigung zur Teilnahme der Aktionäre an der Hauptversammlung im Wege der elektronischen Kommunikation (§ 102 Abs 3 AktG) oder zur elektronischen Übertragung der Hauptversammlung (§ 102 Abs 4 AktG) Gebrauch macht, der Zustimmung des Aufsichtsrats. Diese Bestimmung setzt eine satzungsmäßige Anordnung oder Ermächtigung voraus und unterwirft nur die konkrete Umsetzung dieser Ermächtigung der Zustimmung des Aufsichtsrats.<sup>53</sup>

**26** *15. der Antrag auf Zulassung von Aktien der Gesellschaft zum Handel an einer anerkannten Börse im Sinne des § 3 sowie der Antrag auf Widerruf einer solchen Zulassung:*

Sowohl der Antrag auf Zulassung von Aktien zum Handel an einer anerkannten Börse als auch der Antrag auf Widerruf einer solchen Zulassung bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats. Beim Antrag auf Widerruf der Börsenzulassung kommt dem Aufsichtsrat jedoch nur ein geringer Entscheidungsspielraum zu, weil das Delisting ohnehin von einer Dreiviertelmehrheit der Aktionäre verlangt bzw. beschlossen werden muss (§ 38 Abs 7 BörseG).<sup>54</sup> Die Ziffer 15 dient primär der Einbindung der Arbeitnehmervertreter in den Vorgang des Delistings.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 106.

<sup>53</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>33</sup> (2021) § 95 Rz 128.

<sup>54</sup> *Brogányi/Rieder* in Napokoj/H. Foglar-Deinhartstein/Pelinka, AktG (2020) § 95 Rz 83 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, sowie *Bertsch* in Napokoj/H. Foglar-Deinhartstein/Pelinka, AktG (2020) § 146 Rz 4.

<sup>55</sup> *Kalss* in Münchener Kommentar<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 194 unter Hinweis auf *Dobrowolski*, GesRZ 2017, 294.

### C. Konzerndimension

Der Aufsichtsrat hat den Vorstand nicht nur hinsichtlich der Leitung der konkreten Gesellschaft, sondern bei Vorliegen eines Konzerns auch hinsichtlich der **Konzernleitung** zu überwachen. Nach hM besteht nämlich eine gewisse „Konzernleitungspflicht“ des Vorstands. Die Organe der Muttergesellschaft leiten nicht nur die Muttergesellschaft, vielmehr erfasst die Leitungstätigkeit auch die Gesellschaften, an denen die Gesellschaft beteiligt ist.<sup>56</sup> Um das Bewusstsein für diese wesentliche Aufgabe des Vorstands der Muttergesellschaft zu schärfen, empfiehlt es sich, diese Aufgabe auch in der Geschäftsordnung des Vorstands ausdrücklich festzuhalten. Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats bleibt jedoch auf die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands der Konzernobergesellschaft (Muttergesellschaft) beschränkt. Ein direkter „Zugriff“ auf die Organe der Tochtergesellschaften, etwa durch Anordnung von zustimmungspflichtigen Maßnahmen, ist damit nicht verbunden.

In diesem Sinn erstreckt sich die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft nicht auf jede einzelne Tätigkeit der Tochtergesellschaften, sondern nur auf solche, welche „konzernrelevant“ sind. **Konzernrelevanz** ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich Maßnahmen einer Tochtergesellschaft auch auf die Vermögens- und Ertragslage der Muttergesellschaft nicht bloß unbedeutend auswirken.<sup>57</sup>

Grundsätzlich gilt der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte nur für jene Gesellschaft, bei der der jeweilige Aufsichtsrat angesiedelt ist. Die auf Ebene der Muttergesellschaft angesiedelten Zustimmungsvorbehalte haben als solche **keine unmittelbaren Rechtsfolgen für die Organe der Tochterunternehmen**. Weder die Satzung der Muttergesellschaft noch ihr Aufsichtsrat können den Vorstand oder den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft binden. Wird daher ein Zustimmungsvorbehalt in der Muttergesellschaft aufgenommen, so ist nur der Vorstand der Muttergesellschaft daran gebunden. Dieser ist zugleich verpflichtet, diese Maßnahme auch in der Tochtergesellschaft zustimmungspflichtig zu machen.<sup>58</sup>

Auf Ebene einer Tochtergesellschaft ist – unabhängig von der Entscheidung der Muttergesellschaft – zu entscheiden, ob das jeweilige Geschäfte auch dort

<sup>56</sup> OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h, Rz 29 (sogenannte *Waagner-Biro* Entscheidung); siehe dazu die Entscheidungsbesprechung von *Koppensteiner*, wbl 2021, 351 ff; *Kalss*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern im Lichte der aktuellen Entwicklung, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2021) 181, 191 ff; *dieselbe*, Entscheidungsbesprechung, NZG 2021, 647, 654 ff; *Schima*, (Konzern-) Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310 ff; *Zimmermann*, Zur Konzernleitungspflicht des Vorstands und Konzernüberwachungspflicht des Aufsichtsrats, eolex 2021, 744 ff; *M. Gruber*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, GesRZ 2021, 291 ff; *J. P. Gruber*, Die Zustimmung des Aufsichtsrats im Konzern, Aufsichtsrat aktuell 2021, 81; *Oppitz*, Vom Schadenersatzrecht zum Gesellschaftsrecht – und zurück: Konzernrechtliches vom österreichischen OGH (6 Ob 209/20h) in FS Dauner-Lieb (2025) 1163 ff.

<sup>57</sup> OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h, Rz 35, 36 und 45.

<sup>58</sup> *Kalss*, Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats, in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 253.

der Zustimmung eines eventuellen Aufsichtsrats bedarf. Ein und dieselbe Maßnahme kann daher mehreren Beschlussfassungen von Aufsichtsräten unterliegen (**Beschlusskaskade**).<sup>59</sup> Vorlagepflichtig ist jeweils nur der Vorstand der eigenen Gesellschaft, nicht jedoch einer Tochtergesellschaft (keine „Sprung-Vorlage“).<sup>60</sup> Grundsätzlich empfiehlt es sich, eine nach oben verdünnende Pyramide von Zustimmungsvorbehalten in dem Sinne vorzusehen, dass die Betragsgrenzen je nach der Hierarchiestufe ansteigen (zB: auf Ebene der untersten Gesellschaft bedürfen Darlehen ab EUR 100.000,-, auf Ebene der mittleren Gesellschaft ab EUR 500.000,- und auf Ebene der obersten Gesellschaft ab EUR 1 Mio der Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Gesellschafter).<sup>61</sup>

- 31 Hat ein Geschäft in einer Tochtergesellschaft eine bedeutende Auswirkung auf den Konzern, so ist der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft verpflichtet, ein derartiges Geschäft seiner Zustimmung vorzubehalten. Eine solche Verpflichtung besteht insbesondere dann, wenn eine Geschäftsführungsmaßnahme einer Tochtergesellschaft wesentliche Auswirkungen auf den Gesamtkonzern, insbesondere auf die Muttergesellschaft, hat (das Geschäft wird damit „**zustimmungsvorbehaltspflichtig**“). Dabei darf der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte der Muttergesellschaft nicht 1:1 auf die Tochtergesellschaften umgelegt werden, vielmehr ist dieser Katalog auf konzernrelevante Geschäfte zu beschränken.<sup>62</sup>
- 32 Soweit ist die Rechtsprechung klar. Unklar ist hingegen, ob bei Fehlen eines konzernbezogenen Zustimmungsvorbehaltes dieser **durch Auslegung auf konzernrelevante Geschäfte zu erstrecken ist**. ME spricht die OGH-Entscheidung 6 Ob 209/20h eher dafür, dass Zustimmungsvorbehalte bei Vorliegen eines konzernrelevanten Geschäfts auf Konzernsachverhalte zu erstrecken sind.<sup>63</sup> Folgt man diesem Verständnis, so ist ein Zustimmungsvorbehalt **konzernbezogen auszulegen**, soweit es um konzernrelevante Geschäfte geht. Damit wird jedoch, bei Fehlen eines ausdrücklichen konzernweiten Zustimmungsvorbehaltes, dem Vorstand auf-

<sup>59</sup> Zum doppelten Zustimmungserfordernis bei Gruppengroßkrediten siehe auch Punkt III.1. des FMA-Rundschreibens vom 01.01.2014 zu § 28b BWG und *Herbst* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2016) § 35 Rz 157.

<sup>60</sup> Siehe nochmals *Kalss*, Das Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, in Fleischer/Kalss/Vogt, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 255.

<sup>61</sup> Ein Beispiel für einen derart „gestuften“ Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte findet sich bei *Hasch*, Macht und Konflikt – Rechtliche Möglichkeiten der Vorsorge und des Ausgleichs, in Schützinger, Erfolgreiche Unternehmensnachfolge (2015) 111, 119.

<sup>62</sup> OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h, Rz 40 bis 42.

<sup>63</sup> Rz 41 der Entscheidung lautet: „Allerdings ist im Konzern grundsätzlich von einer **konzernweiten Wirkung von Zustimmungsklauseln** auszugehen [...]“. In Rz 42 heißt es: „[...] ob die Erstreckung eines für die Muttergesellschaft geltenden Zustimmungsvorbehalts, der nicht ausdrücklich auf Maßnahmen in Konzerngesellschaften Bezug nimmt, auf Konzernsachverhalte **durch Auslegung geboten** ist, ist nach dem Zweck der Bestimmung sowie der Bedeutung der Maßnahme, das heißt ob die Maßnahme in der Tochter- oder Enkelgesellschaft unmittelbare wirtschaftliche (finanzielle/strategische) oder sonstige relevante Auswirkungen auf die Muttergesellschaft und den Konzern hat, zu beurteilen“ (Hervorhebungen durch den Verfasser). – Diese Auffassung ausdrücklich ablehnend hingegen *Gruber*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, GesRZ 2021, 291, 294. Auch nach *Kalss*, Das Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, in Fleischer/Kalss/Vogt, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 254 ist ein Zustimmungsvorbehalt im Zweifel nicht konzernbezogen auszulegen.

gebürdet zu beurteilen, ob eine Maßnahme konzernrelevant ist und dem Aufsichtsrat vorzulegen ist. Der Vorstand der Muttergesellschaft hätte damit permanent die Konzernrelevanz von Entscheidungen in Tochtergesellschaften zu beobachten und eventuelle Defizite in der Ausgestaltung der Geschäftsordnungen durch eine ad hoc -Vorlage an den Aufsichtsrat auszugleichen.<sup>64</sup> Die konzernbezogene Auslegung von Zustimmungsvorbehalten ist daher mit der Gefahr der Rechtsunsicherheit behaftet und wird aus der Sicht der Gesellschaft und der Organträger vor allem zu einer häufigeren Befassung führen.

**Beispiele** für Maßnahmen von Tochtergesellschaften, welche konzernrelevant sein könnten und dementsprechend auch auf Ebene der Muttergesellschaft der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, sind:<sup>65</sup> **33**

- a) wesentliche Investitionsvorhaben,
- b) Finanzinvestitionen, welche einen bestimmten Betrag überschreiten,<sup>66</sup>
- c) der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen und von Unternehmen,
- d) der Abschluss von Syndikatsverträgen,
- e) der Erwerb und die Veräußerung von Liegenschaften,
- f) Umgründungen,
- g) die Erschließung neuer Geschäftsfelder,
- h) die strategische Ausrichtung der Tochterunternehmen,
- i) die Aufnahme von Fremdmitteln,
- j) die Gewährung von Fremdmitteln sowie die Übernahme von Haftungen,
- k) die Gewinnverwendung in Tochtergesellschaften,
- l) der Abschluss von Betriebsvereinbarungen,
- m) die Lohnpolitik.

Aus praktischer Sicht ist bei jedem Punkt des Katalogs zustimmungspflichtiger Maßnahmen<sup>67</sup> zu prüfen, ob die jeweilige Maßnahme, sofern sie auf Ebene einer Tochtergesellschaft gesetzt wird, konzernrelevant sein könnte. Ist diese Frage zu bejahen, so ist der Zustimmungsvorbehalt auch auf die Tochtergesellschaften zu erstrecken. Eine Regelung, wonach Geschäfte dann dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen, wenn sie „konzernrelevante Bedeutung“ haben oder „konzernrelevant“ sind, ist hingegen zu unbestimmt und damit unzulässig.<sup>68</sup> **34**

Bei der Festlegung von Zustimmungsvorbehalten ist zu überlegen, bestimmte konzerninterne Transaktionen (zB Darlehensgewährungen) von der Zustimmungspflicht auszunehmen. Hingegen ist bei konzerninternen Umgründungen – auch im Hinblick darauf, dass sich der Konzernaufbau dadurch wesentlich verändern kann, aber auch im Hinblick auf steuerrechtliche Risiken – Vorsicht geboten. Dies spricht grundsätzlich dagegen, derartige konzerninterne Umgründungen von einem Zustimmungsvorbehalt auszunehmen. **35**

<sup>64</sup> *Oppitz*, Vom Schadenersatzrecht zum Gesellschaftsrecht – und zurück: Konzernrechtliches vom österreichischen OGH (6 Ob 209/20h) in FS Dauner-Lieb (2025) 1163 ff.

<sup>65</sup> Vgl. *Frotz/Spitznagel*, Zur konzernweiten Wirkung von Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats einer AG, RWZ 2011, 161, 165.

<sup>66</sup> Dies wird primär nur dann von praktischer Bedeutung sein, wenn es nicht ohnehin konzernweite Veranlagungsrichtlinien gibt.

<sup>67</sup> Siehe das Beispiel eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte unten Rz 110.

<sup>68</sup> *Schima*, (Konzern-) Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310, 317.

36 Adressat des Zustimmungsvorbehalts ist der Vorstand der Gesellschaft. Die auf Ebene der Muttergesellschaft bestehenden Zustimmungsvorbehalte haben, wie bereits dargelegt, **keine unmittelbaren Wirkungen** für die Organe der Tochtergesellschaften. Es ist jedoch Pflicht des Vorstands der Muttergesellschaft, im Rahmen seiner Möglichkeiten darauf hinzuwirken, dass dem Zustimmungsvorbehalt auf Ebene der Tochter-Gesellschaften zum Durchbruch verholfen wird.<sup>69</sup> Der Vorstand der Muttergesellschaft hat gegenüber den Organen der Tochtergesellschaften jene Maßnahmen zu nennen, welcher im Rahmen seiner Konzernleitung seiner Zustimmung bedürfen. Diese Maßnahmen müssen nicht mit jenen Maßnahmen ident sein, welche der Vorstand der Muttergesellschaft seinerseits seinem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorlegen muss. Im GmbH-Konzern hat der Vorstand die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften anzuweisen, dass eine Maßnahme so lange zu unterbleiben hat, bis der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zugestimmt hat. Im AG-Konzern hat der Vorstand der Muttergesellschaft (allenfalls durch eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft) darauf hinzuwirken, dass entweder in den Satzungen oder in den jeweiligen Geschäftsordnungen der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte nach unten „gespiegelt“ wird. Soweit es sich nicht um 100%ige Tochtergesellschaften handelt, kann die Umsetzung des Zustimmungsvorbehalts in den Tochtergesellschaften allerdings Schwierigkeiten bereiten. Soweit keine außenstehenden Minderheitsgesellschafter bestehen, wird in diesem Zusammenhang im Schrifttum zT sogar ein Weisungsrecht des Vorstands der Muttergesellschaft gegenüber dem Vorstand der Tochtergesellschaft angenommen.<sup>70</sup>

37 Im Konzern kann somit eine Kaskade von Zustimmungsvorbehalten entstehen. Eine **gemeinsame Beschlussfassung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft** ist nicht vorgesehen. Die beiden Aufsichtsräte müssen vielmehr jeweils gesondert einen Beschluss fassen. Wird ausnahmsweise eine gemeinsame Sitzung der beiden Aufsichtsräte für eine Angelegenheit abgehalten, so ist eine gesonderte Protokollierung der Beschlussfassung vorzunehmen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Sitzung gemeinsam durchgeführt wurde.<sup>71</sup> Auch bei Kaskadenbeschlüssen sollte die gemeinsame Sitzung die Ausnahme und nicht der Regelfall sein.

## D. Betragsgrenzen

38 Zu den in § 95 Abs 5 Z 1 und 2 AktG genannten Geschäften kann die Satzung oder der Aufsichtsrat Betragsgrenzen festsetzen, zu den in den Z 4, 5 und 6 genannten Geschäften haben die Satzung oder der Aufsichtsrat eine Betragsgrenze festzusetzen (Satz 4). Wird die Betragsgrenze nicht erreicht, ist das Geschäft

<sup>69</sup> *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 93. Zu den Leitungsinstrumenten im Konzern siehe auch *Rizzi*, Aufsichtsrat und Konzern, in *Harer/Neumayer/Told*, Organhaftung (2022), 503, 507 ff sowie *Gruber*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, GesRZ 2021, 297 f, nach dessen Auffassung konzerndimensionale Zustimmungsvorbehalte der Muttergesellschaft nur in Tochter-GmbHs wirklich durchsetzbar sind.

<sup>70</sup> *Schima*, (Konzern-) Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310, 321 ff.

<sup>71</sup> *Kalss/Probst*, Handbuch Familienunternehmen<sup>2</sup> (2025) Rz 14.221; *Hartlieb/Zollner*, Gemeinsame Aufsichtsratssitzungen im GmbH-Konzern? GES 2023, 282.

zustimmungsfrei. Bei Überschreiten der Betragsgrenze ist die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen.

Die Betragsgrenze kann ein **Fixbetrag** sein oder **relativ** zu einer bestimmten Zahlengröße (zB Umsatz, Eigenkapital, EGT, EBITDA) bemessen werden.<sup>72</sup> Zulässig ist auch eine Regelung, wonach auf **eine bestimmte vom Aufsichtsrat jeweils selbst festgelegte Größe** abgestellt wird (zB: die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, soweit diese im Einzelfall den Betrag von EUR \*\*\* oder im Geschäftsjahr insgesamt den hierfür *im Finanzplan* für diesen Zeitraum ausgewiesenen und *vom Aufsichtsrat genehmigten Betrag* übersteigen<sup>73</sup>). In jedem Fall ist danach zu trachten, die Bezugsgröße klar zu definieren, damit diese leicht handhabbar ist. Anstelle einer Vielzahl von unterschiedlichen Betragsgrenzen kann oft mit zwei oder drei Betragsgrenzen das Auslangen gefunden werden, welche sich alle Beteiligten leichter merken. Soweit es sich um Betragsgrenzen handelt, welche nach dem Gesetz zwingend vorzusehen sind (also bei Geschäften nach § 95 Abs 5 Z 4, 5 und 6), muss mE die Betragsgrenze **immer eine zahlenmäßige Größe** sein, wobei auch auf eine vom Aufsichtsrat selbst festgelegte Größe abgestellt werden darf. ZB wäre es unzulässig, generell die Gewährung konzerninterner Darlehen vom Zustimmungsvorbehalt auszunehmen.<sup>74</sup> Diese Ausnahme mag zwar sinnvoll erscheinen, ist jedoch vom Gesetz nicht gedeckt. In der Praxis kann man sich auch damit behelfen, dass man für konzerninterne Geschäfte höhere Betragsgrenzen als für Geschäfte mit Dritten vorsieht. Anderes gilt, wenn es sich um Geschäfte handelt, welche nur vom Aufsichtsrat mit einer Betragsgrenze versehen wurden. Hier ist es zulässig, **konzerninterne Geschäfte** von der Zustimmungspflicht auszunehmen (zB die Übernahme von Haftungen, ausgenommen zugunsten von Konzerngesellschaften). Kurz gesagt, kann bei den in den Ziffern 1, 2, 4 bis 6 des § 95 Abs 5 AktG genannten Geschäften immer auf ein bereits vom Aufsichtsrat bewilligtes Budget verwiesen werden. Bei Geschäften, die weder nach dem Gesetz noch nach der Satzung einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen, steht es im Ermessen des Aufsichtsrats, ob und in welchem Umfang er diese Maßnahmen seiner Zustimmung vorbehält.

Ist in der Satzung die Betragsgrenze festgelegt, so darf der Aufsichtsrat die Grenze nur reduzieren, nicht jedoch erhöhen oder gar beseitigen.<sup>75</sup> Wie auch sonst, gilt der Grundsatz: Der Aufsichtsrat darf gegenüber der Satzung die Kontrolldichte nur erhöhen, nicht jedoch reduzieren. Fehlt eine Betragsgrenze zu den in § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4 bis 6 AktG genannten Geschäften, hat dies zur Folge, dass jedes der dort genannten Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf.<sup>76</sup> Völlig utopische Betragsgrenzen (zB EUR 1 Mrd bei einem mittelständischen Unterneh-

<sup>72</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2023) § 95 Rz 130.

<sup>73</sup> Siehe die Formulierung bei *Straube/Rauter/Ratka*, Die Aufsichtsratsgeschäftsordnung<sup>2</sup> (2006) 124.

<sup>74</sup> *AA Jordis* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 9 Rz 41: „Sind Betragsgrenzen zulässig, so ist es auch gestattet, etwa für konzerninterne Geschäfte die Zustimmungspflicht überhaupt auszuschließen.“

<sup>75</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 130.

<sup>76</sup> hM: siehe die Nachweise bei *Lobnik*, Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats bei fehlenden Betragsgrenzen, GES 2021, 181, 182.

men) sind dem Fehlen einer Betragsgrenze gleichzuhalten.<sup>77</sup> Hat der Aufsichtsrat eine Betragsgrenze festgelegt, so kann die Satzung die Betragsgrenze reduzieren.<sup>78</sup> Zu den Geschäften nach Z 4 (Investitionen) und 5 (Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten) verlangt das Gesetz die Festlegung von Betragsgrenzen sowohl für das jeweilige Einzelgeschäft als auch für das gesamte Geschäftsjahr. Gleiches kann auch für sonstige Maßnahmen angeordnet werden. In diesem Fällen greift – entgegen dem missverständlichen Gesetzeswortlaut – der Zustimmungsvorbehalt ein, wenn auch nur eine der Grenzen überschritten wird.<sup>79</sup> Nach *Kalss* kann die Festlegung nur einer der beiden Betragsgrenzen nach Art und Tätigkeit der konkreten Gesellschaft sachlich gerechtfertigt sein, wenn diese Betragsgrenze so gestaltet ist, dass der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungspflicht die über das Tagesgeschäft hinausgehenden Maßnahmen jedenfalls erfasst und andererseits das Tagesgeschäft nicht behindert wird.<sup>80</sup>

### III. Nicht vom Katalog des § 95 Abs 5 AktG erfasste Maßnahmen

#### A. Budget – Jahres- und Mehrjahresplanungen

41 Zunächst fällt auf, dass der Aufsichtsrat nach dem gesetzlichen Mindestkatalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen nicht in die Aufstellung von Budgets eingebunden ist. Das **Budget** als Teil der Unternehmensplanung ist jedoch ein wesentliches Instrument zur Steuerung und Kontrolle eines Unternehmens und Grundlage für den Soll-Ist-Vergleich, den der Aufsichtsrat regelmäßig durchzuführen hat. Nach § 81 Abs 1 AktG hat der Vorstand dem Aufsichtsrat einmal jährlich über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens zu berichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung darzustellen (Jahresbericht). Der Vorstand hat weiters dem Aufsichtsrat regelmäßig, mindestens vierteljährlich, über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorscheurechnung zu berichten (Quartalsbericht). Eine **Vorscheurechnung** im Sinne dieser Bestimmung besteht aus einer Planbilanz, einer Plan-Gewinn- und Verlustrechnung sowie einer Plan-Cashflow-Rechnung. Falls das Unternehmen zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist, hat der Vorstand eine den gesamten Konzern umfassende Vorscheurechnung, somit ein Konzernbudget, vorzulegen.<sup>81</sup> Üblicherweise wird das Budget für ein Geschäftsjahr erstellt, wobei Unternehmen mehr und mehr dazu übergehen, revolvierende Budgets zu erstellen, welche insbesondere abhängig von der Absatzentwicklung vierteljährlich angepasst werden. Fixkosten und Investitionen werden idR nach wie vor auf Jahresbasis geplant. Das Budget setzt sich aus der Umsatz-, Personal-, Investitions-, Finanz- und Ergebnisplanung zusammen. Bei Produktionsunternehmen beinhaltet das Budget auch

<sup>77</sup> *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 95 Rz 64*.

<sup>78</sup> *Strasser* in *Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> (2010) §§ 95 bis 97 Rz 44*.

<sup>79</sup> *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 95 Rz 64*; *Rauter* in *Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 110*.

<sup>80</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 131*.

<sup>81</sup> *Siehe Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 81 Rz 5*.

eine Produktions-, Beschaffungs- und Absatzplanung.<sup>82</sup> Eine eigene Definition des Budgets im Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte ist idR entbehrlich, weil im jeweiligen Unternehmen ohnehin bereits ein Budgetwesen existiert und auf diesem Begriffsverständnis aufgebaut werden kann.

ME ist es grundsätzlich geboten, dass der Aufsichtsrat auch Budgets seiner Zustimmung vorbehält. Verzichtet der Aufsichtsrat darauf, die Budgets seiner Zustimmung vorzubehalten, so begibt er sich eines wesentlichen Steuerungsinstrumentes und degradiert sich selbst zu einem Organ der nachprüfenden Kontrolle.<sup>83</sup> 42

Im deutschen Schrifttum ist zwischenzeitig für die **Jahresplanung** nahezu unbestritten<sup>84</sup>, dass diese der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehalten werden kann. Für die Ansicht, dass auch Jahresplanungen dem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden können, spricht insbesondere, dass sich in der Jahresplanung nicht nur Vorstellungen des Vorstands über den zukünftigen Verlauf der „normalen“ Geschäftsführung, sondern auch über strategische Fragen der zukünftigen Geschäftspolitik niederschlagen. Meist werden auch einzelne Investitionen, die in der Planung enthalten sind, eine Größenordnung erreichen, die über den nach § 95 Abs 5 Z 4 AktG zustimmungsfreien Rahmen hinausgehen.<sup>85</sup> 43

Strittig ist hingegen im deutschen Schrifttum, ob auch eine **Mehrjahresplanung** ganz oder teilweise an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden werden darf.<sup>86</sup> Einen Anknüpfungspunkt dafür, dass eine **Mehrjahresplanung**, welcher notwendigerweise auch strategische Vorstellungen des Vorstands zugrunde liegen, der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehalten werden kann, bietet § 95 Abs 5 Z 8 AktG, wonach „die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik“ der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf. Unter die allgemeinen Grundsätze der Geschäftspolitik fallen die gesellschaftliche Zielbildung und Strategiefindung, die Gestaltung und Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit, der Rentabilität und der sozialen Dimension des Unternehmens einschließlich der Mittelbereitstellung und -zuteilung.<sup>87</sup> Der Vorstand hat mit Zustimmung des Aufsichtsrats geeignete, hinreichend konkrete und nachprüfbare Ziele festzulegen. Teil der Aufgabe des Aufsichtsrats ist somit, nach dem klaren Gesetzeswortlaut, die **Mitwirkung an der Strategiearbeit** und nicht bloß die nachprüfende Kontrolle, ob die festgelegten 44

<sup>82</sup> Rodewig in Semler/von Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>4</sup> (2013) § 8 Rz 64.

<sup>83</sup> Siehe auch Rodewig/Rodely in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 31: „Die Unternehmensplanung ist unverzichtbare Grundlage für die Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsrates, weil sie ihm einen Gesamtüberblick über die beabsichtigte Geschäftspolitik und ihre voraussichtliche Entwicklung verschaffen sollte.“

<sup>84</sup> Siehe nur Rodewig/Rodely in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 31 ff§ 8 Rz 32; Koch, AktG<sup>18</sup> (2024) § 111 Rz 64; Mertens/Cahn in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 79, 86, jeweils mwN.

<sup>85</sup> Mertens/Cahn in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 79, 86.

<sup>86</sup> Zum Meinungsstand siehe Koch, AktG<sup>18</sup> (2024) § 111 Rz 64; Hopt/Roth in Großkommentar AktG (2018) § 111 Rz 692; Habersack in Münchener Kommentar zum AktG, Bd 2<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 128. Das deutsche Aktiengesetz kennt keinen gesetzlichen Mindestkatalog. § 111 Abs 4 deutsches AktG sieht nur einen allgemeinen Regelungsauftrag vor.

<sup>87</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 114.

Ziele erreicht wurden.<sup>88</sup> Im Unterschied zu den anderen zustimmungspflichtigen Geschäften des § 95 Abs 5 AktG erfordert die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik nicht bloß eine anlassspezifisch-punktueller, sondern eine fortwährende Abstimmung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat.<sup>89</sup>

- 45 Der Aufsichtsrat darf daher mE sowohl die Jahresplanung als auch die Mittelfristplanung seiner Zustimmung vorbehalten. Insbesondere die Mittelfristplanung ist Teil der Strategiearbeit, in welcher sich der Aufsichtsrat unmittelbar einzubringen hat. Aus meiner Sicht ist es grundsätzlich geboten, dass der Aufsichtsrat die jährlichen Budgets seiner Zustimmung vorbehält.
- 46 Trotz grundsätzlicher Zustimmung zur Planung steht es dem Aufsichtsrat frei, einzelnen Umsetzungsentscheidungen die Zustimmung zu verweigern.<sup>90</sup> Es ist jedoch zulässig, im Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte festzulegen, dass eine konkrete Umsetzungsmaßnahme insoweit nicht einer weiteren Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, als die Maßnahme bereits konkret in dem vom Aufsichtsrat genehmigten Budget genannt ist<sup>91</sup> und der im Budget hierfür vorgesehene Betrag im Rahmen der Umsetzung der budgetierten Maßnahme nicht überschritten wird<sup>92</sup> (siehe unten Rz 110).

## B. Geschäfte mit nahestehenden Personen; § 95a AktG

- 47 Nach § 97 Abs 1 AktG ist der Aufsichtsrat befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten. Nach der Judikatur und einem Teil der Lehre hebt § 97 Abs 1 AktG zwar das Vertretungsmonopol des Vorstands auf, dem Aufsichtsrat wird jedoch nur eine zum Vorstand konkurrierende, somit **keine ausschließliche Vertretungsbefugnis** eingeräumt.<sup>93</sup> Soweit es um Geschäfte geht, die mit der Organfunktion des Vorstandsmitgliedes in Verbindung stehen (zB Pensionsvertrag, freiwillige Aufwandübernahme), besteht jedoch in jedem Fall eine ausschließliche Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats.<sup>94</sup>
- 48 Abgesehen von § 80 Abs 3 AktG (Organkredite) und § 95 Abs 5 Z 12 AktG (für Geschäfte mit Aufsichtsratsmitgliedern) und dem nunmehrigen § 95a AktG (Related Party Transaktionen) für börsennotierte Unternehmen enthalten die aktienrechtlichen Regelungen keine Bestimmung, welche die Befassung des Aufsichtsrats auch auf Geschäfte mit nahen Angehörigen eines Vorstandsmitgliedes oder diesem nahe stehenden Gesellschaften erstreckt.

<sup>88</sup> Vgl nochmals *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 114.

<sup>89</sup> *Feltl*, Der Aufsichtsrat und die Geschäftspolitik, Aufsichtsrat aktuell 3/2015, 16, 17. Siehe auch *Chini*, Strategische Planung als dominante Aufgabe des Aufsichtsrats, Aufsichtsrat aktuell, 5/2015, 16 ff.

<sup>90</sup> *Hopt/Roth* in Großkommentar AktG (2018) § 111 Rz 694.

<sup>91</sup> Siehe auch *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 40.

<sup>92</sup> Siehe auch *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 40.

<sup>93</sup> Siehe die Nachweise bei *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 97 Rz 7, welche jedoch die Ansicht vertritt, dass dem Aufsichtsrat eine ausschließliche Vertretungskompetenz zukommt.

<sup>94</sup> Siehe nochmals *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 97 Rz 10.

Im Sinne einer wirksamen Corporate Governance kann es sich daher empfehlen, sämtliche Geschäfte mit Vorstandsmitgliedern einschließlich nahen Angehörigen im Sinne des § 25 BAO und verbundenen Unternehmen im Sinne des § 189a Z 8 UGB der Zustimmung des Aufsichtsrats zu vorzubehalten. Dementsprechend wird im Schrifttum<sup>95</sup> die Auffassung vertreten, ein sorgfältig handelnder Aufsichtsrat sollte den Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte unbedingt über den Anwendungsbereich des § 97 Abs 1 AktG hinaus auf die vorgenannten Geschäfte ausdehnen. Derartige Regelungen fügen sich typischerweise in die generellen Compliance-Richtlinien für die Geschäfte von Mitarbeitern der Gesellschaft ein. 49

Abhängig von der Aktionärsstruktur kann auch überlegt werden, **Geschäfte mit Aktionären** einschließlich naher Angehörigen im Sinne des § 25 BAO und verbundenen Unternehmen im Sinne des § 189a Z 8 UGB der Zustimmung des Aufsichtsrats vorzubehalten. 50

Seit dem AktRÄG 2019 gilt für börsennotierte Gesellschaften, dass der Abschluss wesentlicher Geschäfte der Gesellschaft mit nahestehenden Unternehmen oder Personen (sogenannte **Related Party Transaktionen, REP-Transaktionen**), sofern das Geschäft nicht im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes und zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen wird, der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf und gegebenenfalls öffentlich bekanntzumachen ist (**§ 95a AktG**).<sup>96</sup> 51

Zu den Begriffen „**nahestehende Unternehmen und Personen**“<sup>97</sup> verweist das Gesetz auf die internationalen Rechnungslegungsstandards.<sup>98</sup> Hierzu gehören vor allem beherrschende oder über maßgeblichen Einfluss verfügende Gesellschafter sowie Manager mit einer Schlüsselposition in der Gesellschaft oder in einem Mutterunternehmen (erfasst werden jedenfalls sämtliche Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats). Diesen gleichgestellt werden bestimmte Familienangehörige wie Ehegatten, Lebenspartner und Kinder (auch jene des Ehegatten oder Lebenspartners), sowie Angehörige, die von der Person oder ihrem Ehegatten oder Lebenspartner wirtschaftlich abhängig sind. „Nahestehende Unternehmen“ sind alle Unternehmen, sofern sie derselben Unternehmensgruppe angehören, somit alle Mutter-, Tochter- und Schwesterunternehmen. 52

Das jeweilige Geschäft gilt unter dem Blickwinkel des Zustimmungsvorhalts nur dann als **wesentlich**, wenn sein Wert 5% der Bilanzsumme laut Einzelabschluss (oder bei Aufstellung eines Konzernabschlusses: 5% der Bilanzsumme laut Konzernabschluss) übersteigt. Mehrere Geschäfte innerhalb eines Jahres sind zusammenzurechnen (§ 95a Abs 3 AktG). Für die Frage der Veröffentlichungs- 53

<sup>95</sup> Schima, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrats in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35, 38.

<sup>96</sup> Mittelgroße und große Gesellschaften sind überdies verpflichtet, Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen im Anhang anzugeben, wenn diese wesentlich sind und zu marktunüblichen Bedingungen abgeschlossen werden (§ 238 Abs 1 Z 12 UGB).

<sup>97</sup> Siehe im Einzelnen *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95a Rz 14 ff und AF-RAC-Stellungnahme 10, Nahestehende Unternehmen und Personen (Juni 2018).

<sup>98</sup> Derzeit IAS 24.9. iVm IAS 28.3. und 28.5. sowie IAS 24.11. (siehe *M. Arnold* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 439).

pflicht ist hingegen maßgeblich, dass der Wert des jeweiligen Geschäfts 10% der Bilanzsumme laut Einzel- bzw Konzernabschluss übersteigt (§ 95a Abs 5 AktG).

- 54 Abweichend hierzu und unabhängig vom Erreichen der Wesentlichkeitsschwelle bedarf **ein im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb und zu marktüblichen Bedingungen geschlossenes Geschäft** weder der Zustimmung des Aufsichtsrats noch einer Veröffentlichung (§ 95a Abs 7 AktG). Der Begriff des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs entspricht § 95 Abs 5 Z 2 und 6 AktG (siehe oben Rz 13). Marktüblich ist ein Geschäft, wenn es zu fremdüblichen Bedingungen abgeschlossen wird und somit einem Drittvergleich standhält. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>99</sup> Für die Frage der Fremdüblichkeit können die im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr im Gesellschaftsrecht entwickelten Kriterien sinngemäß herangezogen werden.<sup>100</sup>
- 55 Nach § 95a Abs 6 AktG hat der Aufsichtsrat ein internes Verfahren (sogenanntes **RPT-Monitoring**) festzulegen, in dem regelmäßig zu bewerten ist, ob die vorgenannten Voraussetzungen (gewöhnlicher Geschäftsbetrieb, marktübliche Bedingungen) vorliegen. Mit anderen Worten hat der Aufsichtsrat ein auf die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft zugeschnittenes Verfahren zu entwickeln, um die nicht unter die Ausnahmebestimmungen fallenden Geschäfte (also außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs abgeschlossene Geschäfte und nicht zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossene Geschäfte) verlässlich zu erfassen.<sup>101</sup>
- 56 Fällt ein Geschäft unter den Zustimmungsvorbehalt nach § 95a AktG, muss die Entscheidung über die Zustimmung zu diesem Geschäft – anders als bei Beschlüssen nach § 95 Abs 5 AktG – zwingend im **Gesamtaufichtsrat** gefasst werden. Nur die Vorbereitung der Entscheidung des Aufsichtsrats und die Überwachung können einem Ausschuss übertragen werden. An der Abstimmung über die Erteilung darf das betroffene Aufsichtsratsmitglied nicht teilnehmen (§ 95a Abs 4 AktG). Anders als im deutschen Recht besteht daher nicht nur ein Stimmverbot, sondern ein Verbot der Teilnahme an der Abstimmung (wohl gemeint: am Abstimmungsvorgang). Ob das betroffene Aufsichtsratsmitglied an der der Abstimmung vorgelagerten Erörterung teilnehmen darf, ist – nach den allgemeinen Grundsätzen zu Interessenkollisionen – im Einzelfall zu entscheiden. Ein pauschales Verbot an der vorgelagerten Debatte teilzunehmen, besteht jedoch nicht.<sup>102</sup>

### C. Bestellung der Organe von verbundenen Unternehmen

- 57 Ebenfalls nicht im Katalog des § 95 Abs 5 AktG enthalten ist die Bestellung von Organen (insbesondere Geschäftsführern und Mitgliedern des Aufsichtsrats) von verbundenen Unternehmen im Sinne des § 189a Z 8 UGB. Dieser personalpo-

<sup>99</sup> Siehe zum Ganzen *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95a Rz 51, 53 ff.

<sup>100</sup> Vgl AFRAC-Stellungnahme 10, Nahestehende Unternehmen und Personen (Juni 2018), Rz 21.

<sup>101</sup> Siehe hierzu im Einzelnen *Sonja Bydlinski/Pilles/Gregory/Stögerer*, Die Ausnahme für marktübliche Geschäfte im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb, GesRZ 2020, 113, 114 ff.

<sup>102</sup> *Wörle*, Die Regulierung von Related Party Transactions durch die zweite Aktionärsrechte-Richtlinie und in Umsetzung in das österreichische Recht – Ministerialentwurf zum AktRÄG 2019, wbl 20199, 365, 372; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95a Rz 36.

litischen Entscheidung kommt jedoch wesentliche Bedeutung zu. Abhängig von der Größe des Konzerns empfiehlt es sich, entweder die Bestellung sämtlicher Organe von verbundenen Unternehmen oder zumindest der Organe von Gesellschaften, welche Divisionsverantwortung oder überregionale Bedeutung haben, der Zustimmung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft vorzubehalten.

### D. Sonstige nicht vom Katalog erfasste Maßnahmen

Nach § 95 Abs 5 Z 6 AktG bedarf nur die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehören, nicht jedoch die **Übernahme von Haftungen** der Zustimmung des Aufsichtsrats. Da mit der Übernahme von Haftungen (Bürgschaften, Garantien u.ä.) zumindest ein der Darlehensgewährung vergleichbares Risiko verbunden ist, empfiehlt es sich, auch die Übernahme von Haftungen zugunsten Dritter (allenfalls ausgenommen zugunsten von Konzernunternehmen) sowie vergleichbare Maßnahmen, wie etwa die Abgabe einer Patronatserklärung, der Zustimmung des Aufsichtsrats vorzubehalten.<sup>103</sup> 58

Weitere Maßnahmen, die nicht unter den gesetzlichen Katalog fallen, sind unter anderem<sup>104</sup>: 59

- a) der Erwerb eigener Aktien,
- b) die Leistung von Gesellschafterzuschüssen,<sup>105</sup>
- c) der Abschluss und die Änderung von Betriebsvereinbarungen,
- d) die Erteilung und die Änderung von Pensionszusagen an andere Personen als leitende Angestellte iS des § 80 Abs 1 AktG,
- e) die Zusage von Jubiläumsgeldern,
- f) der Abschluss und die Änderung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte, insbesondere Lizenzverträge,
- g) die Gewinnverwendung und die Bildung von Gewinnrücklagen in Tochterunternehmen,
- h) bestimmte Wertpapier- und Finanzgeschäfte, wie Optionsgeschäfte oder Termingeschäfte, insbesondere wenn diese nicht der Absicherung offener Positionen dienen,
- i) der Abschluss und die Änderung von Syndikatsverträgen,
- j) die Gewährung von Spenden, insbesondere auch an politische Parteien.<sup>106</sup>

## IV. Die Ausgestaltung des konkreten Katalogs

Wie in Rz 5 erwähnt, ist es Aufgabe des Aufsichtsrats, Geschäfte von grundlegender Bedeutung seiner Zustimmung vorzubehalten. Geschäfte von grundlegender Bedeutung sind solche, die nach Umfang, Gegenstand, Bedeutung oder Risiko 60

<sup>103</sup> In diesem Sinn auch *Straube/Rauter/Ratka*, Die Aufsichtsratsgeschäftsordnung<sup>2</sup> (2006) 127 FN 14.

<sup>104</sup> Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 86 und *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> (2010) §§ 95 bis 97 Rz 47.

<sup>105</sup> *Kalss*, Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats, in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 246.

<sup>106</sup> *Kalss*, Spenden und Parteispenden – Was sagt das Gesellschaftsrecht? in *FS Brandstetter* (2022) 255 ff.

für das Unternehmen der betreffenden Art und Größe aus dem routinemäßigen Geschäftsbetrieb signifikant hervorragend oder von spezifischer unternehmensstrategischer Bedeutung sind.<sup>107</sup> Der Katalog des § 95 Abs 5 AktG stellt somit keinen „sicheren Hafen“ in dem Sinn dar, dass bei Aufnahme der nur im Gesetz genannten Maßnahmen der Aufsichtsrat seine Überwachungspflicht jedenfalls ordnungsgemäß erfüllt hat.<sup>108</sup> Andererseits ist es nicht die Pflicht des Aufsichtsrats, sämtliche Geschäfte von grundlegender Bedeutung zu katalogisieren. Einen allumfassenden Katalog aufzustellen, ist ex ante weder möglich noch geboten noch zielführend.<sup>109</sup>

- 61** Die Frage, welche Geschäfte – zusätzlich zu den im Gesetz geregelten – der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen werden, ist eine **unternehmerische Entscheidung** (siehe hierzu Rz 75 ff). Es gibt keinen allgemein gültigen, für jede Gesellschaft passenden Zustimmungskatalog. Es wäre daher verfehlt, die in den diversen Musterhandbüchern zusammengestellten Musterkataloge unkritisch abzuschreiben. Geboten ist vielmehr eine sorgfältige Ausgestaltung des Katalogs in Anpassung an die Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens und seines Geschäftsumfeldes. Wie auch sonst, gilt hier der Grundsatz: Wer alles kontrollieren will, kontrolliert am Ende nichts.<sup>110</sup>
- 62** Aus **Haftungsgesichtspunkten** ist zu berücksichtigen: Ist der Katalog zu eng formuliert und fallen wesentliche Maßnahmen, deren Eintritt mit einiger Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, nicht darunter, kann dies haftungsbegründend sein. Ist der Katalog zu weit, so gibt es vielfältige Entscheidungen, bei denen eine falsche Entscheidung des Aufsichtsrats möglich ist. Gesichtspunkte einer möglichen Haftung des Aufsichtsrats sollten mE jedoch, vor allem auch unter dem Blickwinkel der Business Judgement Rule (siehe Rz 75 ff), bei der Ausgestaltung des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte nicht im Vordergrund stehen. Im Vordergrund sollte vielmehr die Frage stehen, bei welchen Maßnahmen es im Interesse des Unternehmens liegt, dass diese nicht nur vom Vorstand gesetzt, sondern auch von einem weiteren Organ, dem Aufsichtsrat, geprüft werden.

## A. Gegenstand des Katalogs zustimmungspflichtiger Maßnahmen

- 63** Als Gegenstand des Katalogs zustimmungspflichtiger Maßnahmen<sup>111</sup> kommen grundsätzlich **alle Maßnahmen der Geschäftsführung** in Betracht. Hierzu zählen der Abschluss von Rechtsgeschäften und interne Leitungsmaßnahmen. Ausgangsbasis für die Auswahl der Maßnahmen sind alle regelmäßig anfallenden oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands. Bei der Formulierung des Katalogs sind Informationen aus der Unternehmensplanung, der Prognose- und Risikoberichterstattung und dem

<sup>107</sup> Siehe *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 847 und *Mertens/Cahn* in *Kölner Kommentar zum AktG*, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 84.

<sup>108</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 86.

<sup>109</sup> *M. Arnold* in *Goette/Arnold*, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 389.

<sup>110</sup> *Fleischer*, Sag, wie hältst du's mit dem Zustimmungsvorbehalt? AR 11/2013, 157.

<sup>111</sup> Siehe zum Folgenden *Zwissler*, Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen, AR 05/2015, 72.

Risikomanagementsystem zu berücksichtigen. Aus den vorgenannten Unterlagen sind unternehmensspezifische Risiken ersichtlich.

Unzulässig ist es hingegen, ein bestimmtes **Unterlassen** von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen. Die Verweigerung der Zustimmung zu einem Unterlassen (zB Nichtteilnahme an einem Online-Handelssystem) bedeutet nämlich im Ergebnis, dass der Aufsichtsrat den Vorstand zur Durchführung bestimmter Maßnahmen (im Beispielsfall zur Teilnahme an einem Online-Handelssystem) zwingen könnte; dies würde jedoch einem unzulässigen Weisungsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand gleichkommen.<sup>112</sup> Hingegen wäre im Beispielsfall eine Regelung, wonach die Teilnahme an einem Online-Handelssystem der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, zulässig, sofern diese Frage für die Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung ist. **64**

Weiters ist es unzulässig, Geschäftsführungsmaßnahmen der Zustimmungspflicht zu unterwerfen, zu denen der Vorstand **kraft Gesetzes verpflichtet** ist<sup>113</sup>, zB die Aufstellung des Jahresabschlusses, die Einberufung und die Vorbereitung einer Hauptversammlung.<sup>114</sup> **65**

Die Maßnahmen, welche für einen Zustimmungsvorbehalt in Betracht kommen, lassen sich wie folgt systematisieren<sup>115</sup>: **66**

1. Unternehmensplanung
2. Investitionen und Desinvestitionen
3. Aufbau und Aufgabe bestehender Geschäftsfelder und/oder Produktionsarten
4. Personal
5. Fremdmittelaufnahme und -gewährung sowie vergleichbare Finanzierungsgeschäfte
6. Vereinbarungen (insbesondere Betriebsvereinbarungen und Vereinbarungen mit einer längeren Bindungsfrist oder einer erheblichen jährlichen Belastung für die Gesellschaft)
7. Geschäfte mit nahestehenden Personen
8. Geschäfte und Maßnahmen in Konzernunternehmen

## B. Grundsatz der Wesentlichkeit

Der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte soll jene Maßnahmen erfassen, die bei verständiger Betrachtung als wesentlich einzustufen sind (**Untermaßverbot**). Wesentlich sind solche, die nach Umfang, Gegenstand, Bedeutung oder Risiko für das Unternehmen der betreffenden Art und Größe aus dem routinemäßigen Geschäftsbetrieb signifikant hervorragen oder von spezifischer unternehmensstra- **67**

<sup>112</sup> *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 852.

<sup>113</sup> *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup>, Band 2/2 (2013) § 111 Rz 88.

<sup>114</sup> Auch das Recht des Vorstands gemäß § 103 Abs 2 AktG, eine Entscheidung der Hauptversammlung über eine Frage der Geschäftsführung zu verlangen, kann nicht von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig gemacht werden (siehe eingehend *Kraus*, Kann der Aufsichtsrat das Vorlagerecht des Vorstands seiner Zustimmung unterstellen? GesRZ 2020, 118, 120 ff).

<sup>115</sup> *Zwissler*, Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen, AR 05/2015, 72.

tegischer Bedeutung sind. Geschäfte, die nach ihrer Art und unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse der Gesellschaft nicht von grundlegender Bedeutung für die Gesellschaft sind, dürfen keinem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden (**Übermaßverbot**). Durch einen solchen Katalog würde unzulässigerweise in die Geschäftsführungskompetenz des Vorstands eingegriffen werden.<sup>116</sup> Unzulässig wäre es zB, Warenbestellungen ab einem bestimmten Warenwert der Zustimmung des Aufsichtsrats vorzubehalten, wenn derartige Bestellungen zum Tagesgeschäft der Gesellschaft gehören.

- 68 Der Katalog muss **bestimmt** genug formuliert sein. Eine Regelung, wonach der Vorstand für alle Maßnahmen von grundlegender Bedeutung die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen hat, wäre unzulässig. An eine solche Regelung wäre der Vorstand nicht gebunden.<sup>117</sup>
- 69 Soweit nicht bereits auf Grund des § 95 Abs 5 AktG eine Verpflichtung zur Nennung von Betragsgrenzen besteht, ist die Einführung von **Wesentlichkeitsschwellen** (insbesondere Wertgrenzen, die Bilanzsumme, Eigenkapital, Gewinn oder Umsatz) zu überlegen. Die Einschränkung, dass der Zustimmungsvorbehalt nur insoweit gilt, als die Maßnahme „über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb“ hinausgeht, wird gerade noch als zulässig angesehen,<sup>118</sup> ist jedoch – infolge ihrer Auslegungsbedürftigkeit – nach Möglichkeit zu vermeiden. Die Wesentlichkeitsschwelle kann jedoch auch in einem bestimmten **politischen Risiko oder Reputationsrisiko**<sup>119</sup> begründet sein, welches mit einer bestimmten Maßnahme verbunden ist (zB: *Der Vertrieb von Waren in \*\*\* bedarf der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats*). Dabei sind auch neue Risiken (geopolitische Risiken, ESG-Risiken, gesellschaftliche Exponiertheit etc) zu berücksichtigen.
- 70 Vor der Verabschiedung des Katalogs empfiehlt sich die **Einbindung des Vorstands**. Damit hat der Vorstand die Möglichkeit, seine Überlegungen einzubringen. Eventuelle Unklarheiten können bei dieser Vorgangsweise noch vor der Verabschiedung des Katalogs beseitigt werden.

### C. Einzelne Geschäfte

- 71 Nach zutreffender Auffassung ist es dem Aufsichtsrat nicht nur gestattet, bestimmte Arten von Geschäften, sondern auch einzelne Geschäfte seiner Zustimmung vorzubehalten.<sup>120</sup> Voraussetzung ist auch hier, dass es sich um ein Geschäft von grundlegender Bedeutung handelt. Der Zustimmungsvorbehalt zu einem ein-

<sup>116</sup> *Zwissler*, Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen, AR 05/2015, 73.

<sup>117</sup> Siehe bereits oben Rz 4.

<sup>118</sup> *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 848; *Zwissler*, Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen, AR 05/2015, 73. Für Österreich gilt dies umso mehr, als der Gesetzgeber die Einschränkung „soweit dies nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehört“ in § 95 Abs 5 Z 1 und 6 AktG selbst verwendet.

<sup>119</sup> Siehe *Judt/Klausegger*, Was ist eigentlich ... das Reputationsrisiko? ÖBA 2016, 56.

<sup>120</sup> strittig. Siehe die Nachweise bei *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 87 und *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 117, welche sich beide dafür aussprechen, dass auch einzelne Geschäfte dem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden können. In Deutschland entspricht es der hM, dass

zelen Geschäft kann etwa dann geboten sein, wenn der Aufsichtsrat der Auffassung ist, dass eine Geschäftsführungsmaßnahme unvertretbar ist.<sup>121</sup> Andernfalls müsste der Aufsichtsrat sehenden Auges zulassen, dass eine Maßnahme, welche seines Erachtens unvertretbar ist, vom Vorstand gesetzt wird.<sup>122</sup> Da ein derartiger Beschluss in seinen Wirkungen dem Verbot der Durchführung von Maßnahmen gleichkommt, ist jedoch von diesem Instrument nur sparsam Gebrauch zu machen.

## D. Ort der Regelung

Als Ort der Regelung des Katalogs empfiehlt sich die **Geschäftsordnung des Vorstands**. Der Vorstand ist nämlich unmittelbarer Adressat des Katalogs. Mitunter findet sich der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte nur in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats. In diesem Fall sollte vom Vorstand schriftlich bestätigt werden, dass er den Zustimmungskatalog erhalten und zur Kenntnis genommen hat.<sup>123</sup> Darüber hinaus kommt die Regelung in der **Satzung** in Betracht. Größere Flexibilität besteht jedoch, wenn der Katalog nur außerhalb der Satzung geregelt wird. Zusätzlich ist es dem Aufsichtsrat gestattet, auch durch einen **ad hoc-Beschluss** zustimmungspflichtige Geschäfte einzuführen.<sup>124</sup> 72

Die Entscheidung über die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten obliegt dem **Plenum** des Aufsichtsrats und kann einem Ausschuss nicht übertragen werden.<sup>125</sup> 73

## E. Anpassung

Der Aufsichtsrat hat den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte anzupassen, wenn er Erkenntnisse gewinnt, die darauf schließen lassen, dass bisher nicht als wesentlich eingestufte Maßnahmen als wesentlich zu erachten sind oder umgekehrt Maßnahmen, die bisher als wesentlich eingestuft wurden, ihre Relevanz verloren haben.<sup>126</sup> Besteht ein Anlass für die Anpassung des Katalogs, so ist die Anpassung unverzüglich vorzunehmen. Es empfiehlt sich, den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte alle drei bis fünf Jahre auf seine Aktualität zu prüfen.<sup>127</sup> Sinnvoll ist es, diese Anpassung jeweils zu Beginn einer neuen Funktionsperiode des Aufsichtsrats vorzunehmen. 74

---

auch einzelne Geschäfte der Zustimmung vorbehalten werden können (siehe *Koch*, AktG<sup>18</sup> (2024) § 111 Rz 62).

<sup>121</sup> *Martens/Cahn* in *Kölnner Kommentar zum AktG*<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 83. Siehe auch *Kittel*, *Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder* (2006) 263, 268.

<sup>122</sup> Siehe *Semler*, *Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Überwachung durch den Aufsichtsrat*, FS Peter Doralt (2004), 609, 612.

<sup>123</sup> *Zwissler*, *Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen*, AR 05/2015, 73 f.

<sup>124</sup> *M. Arnold* in *Goette/Arnold*, *Handbuch Aufsichtsrat*<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 395.

<sup>125</sup> *Fonk*, *Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat*, ZGR 2006, 841, 845.

<sup>126</sup> *Zwissler*, *Grundsätze für die Erstellung und Überprüfung von Zustimmungskatalogen*, AR 05/2015, 74 f.

<sup>127</sup> *Fonk*, *Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat*, ZGR 2006, 841, 857 schlägt eine Überprüfung alle zwei bis drei Jahre vor.

## V. Unternehmerisches Ermessen – Haftung

### A. Business Judgement Rule

- 75 Nach § 84 Abs 1a AktG handelt ein Vorstandsmitglied „jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Informationen annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Über den Verweis des § 99 AktG gilt diese Regelung (sogenannte „**Business Judgement Rule**“) auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats.
- 76 Ein Mitglied des Aufsichtsrats, welches sich an die vorgenannten Voraussetzungen der Business Judgement Rule hält, handelt nicht rechtswidrig (im Sinne von nicht objektiv sorgfaltswidrig), womit ein Schadenersatzanspruch gegen das Mitglied ausgeschlossen ist.<sup>128</sup>
- 77 Voraussetzungen für die Zuerkennung des weiten Entscheidungsermessens sind, dass
1. es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt (eine solche liegt dann vor, wenn das Organ nicht durch Gesetz, Satzung oder Organbeschlüsse zu einem bestimmten Handeln gezwungen ist; damit sollen insbesondere Prognoseentscheidungen erfasst werden),
  2. das Aufsichtsratsmitglied frei von Sonderinteressen und anderen sachfremden Einflüssen handelt (das Vorliegen von Interessenkollisionen ist daher schädlich),
  3. die Entscheidung auf angemessenen Informationen basiert (ohne sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen gibt es kein schutzwürdiges unternehmerisches Ermessen) und
  4. das Aufsichtsratsmitglied auf der Grundlage der erteilten Informationen annehmen darf, dass es zum Wohle der Gesellschaft handelt.
- 78 Sind die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, bewegt sich das Aufsichtsratsmitglied im Rahmen des „**sicheren Hafens**“, womit Schadenersatzansprüche gegen das Mitglied ausgeschlossen sind. Handelt das Aufsichtsratsmitglied nicht innerhalb des ausdrücklichen Rahmens unternehmerischen Ermessens im Sinne des § 84 Abs 1a AktG, weil es etwa nicht auf der Grundlage angemessener Informationen entscheidet, so handelt es nicht automatisch sorgfaltswidrig. Lediglich der Effekt des sicheren Hafens nach § 84 Abs 1a AktG entfällt. In diesem Fall ist nach der allgemeinen Regel des § 84 Abs 1 AktG zu prüfen, ob eine Sorgfaltswidrigkeit im Sinne dieser Bestimmung vorliegt.<sup>129</sup>
- 79 Das unternehmerische Ermessen kommt im vorliegenden Zusammenhang auf mehreren Ebenen zu tragen:

<sup>128</sup> Siehe nur *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgement Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286, 290. Zur Anwendung der Business Judgement Rule bei Aufsichtsratsmitgliedern siehe OGH 15.09.2020, 6 Ob 58/20b.

<sup>129</sup> Siehe *Kalss/Durstberger*, Die Business Judgement Rule bei der Aufstellung der Bilanz, RWZ 2016, 60 ff.

- a) bei der Ausgestaltung des Katalogs zustimmungspflichtiger Maßnahmen (siehe Rz 60),
- b) bei der Entscheidung des Vorstands, ob eine zustimmungspflichtige Maßnahme vorgenommen werden soll;
- c) bei der Entscheidung des Aufsichtsrats, ob er einer zustimmungspflichtigen Maßnahme zustimmen soll (siehe Rz 80).

## B. Entscheidung über die Zustimmung als unternehmerische Entscheidung

Die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Zustimmung zu einer dem Zustimmungsvorbehalt unterliegenden Maßnahme ist eine **unternehmerische Entscheidung**.<sup>130</sup> Für die Mitglieder des Aufsichtsrats gelten dabei dieselben Regelungen über die Sorgfaltspflichten und die Verantwortlichkeit wie bei Vorstandsmitgliedern. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie die geplante Maßnahme wie ein Vorstandsmitglied nach allen Richtungen durchzudenken und zu prüfen haben. Sie können vielmehr davon ausgehen, dass dies bereits durch den Vorstand geschehen ist. Die Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, die Gründe des Vorstands kritisch zu prüfen und sich hierzu umfassend informieren zu lassen und sich auf dieser Basis eine Meinung darüber zu bilden, ob die geplante Maßnahme dem Wohl des Unternehmens entspricht. Dabei ist zu prüfen, ob die Maßnahme im Interesse der Gesellschaft liegt, den durch die Satzung und die allgemeine Geschäftspolitik des Unternehmens gezogenen Rahmen einhält, und ob der Vorstand nach Überzeugung des Aufsichtsrats **die Chancen und Risiken der geplanten Maßnahme zutreffend abgewogen** hat.<sup>131</sup> 80

Es ist zu erwarten, dass im Rahmen der Entscheidung des Vorstands über die Durchführung bestimmter Maßnahmen und der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Zustimmungserteilung in näherer Zukunft **künstliche Intelligenz (KI)** eingesetzt werden wird. Eine Stärke der KI könnte in der Vorhersage zukünftiger Ereignisse und dem Aufzeigen von Wechselwirkungen zukünftiger Ereignisse liegen. Zentrale Fragen beim Einsatz von KI sind unter anderem die Produktauswahl, die Erklärbarkeit der von der KI vorgeschlagenen Entscheidungen und die Datenauswahl. Trägt die KI nur festumrissene einzelne Elemente zur Entscheidungsfindung bei, handelt es sich im Kern weiterhin um eine unternehmerische Entscheidung mit einem breiten Handlungsspielraum der Organe. Die Leitungsmacht des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats als solche können hingegen der KI nicht übertragen werden. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion 81

<sup>130</sup> hM: siehe nur *M. Arnold* in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 415; *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 113.

<sup>131</sup> OGH 15.09.2020, 6 Ob 58/20b. Vgl zum Ganzen *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 113 ff. Eine beispielhafte Aufzählung der Kriterien, welche bei der Zustimmung des Aufsichtsrats zu einer Investition zu berücksichtigen sind, findet sich bei *Zischg*, Überwachung von Investitionsvorhaben durch den Aufsichtsrat, Aufsichtsrat aktuell 2018/6, 27.

über die Zulässigkeit und die Grenzen des Einsatzes der KI hat jedoch erst begonnen.<sup>132</sup>

### C. Informationsgrundlagen für die Entscheidung des Aufsichtsrats

- 82 Der Frage, ob die Zustimmung des Aufsichtsrats auf **angemessenen Informationen** basiert und die Mitglieder des Aufsichtsrats auf der Grundlage dieser Informationen aus der Sicht ex ante annehmen durften, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, kommt daher wesentliche Bedeutung zu. Die Aufbereitung der Informationen für einen Aufsichtsratsbeschluss hat durch den Vorstand zu erfolgen. Sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die vom Vorstand zur Verfügung gestellten Informationen falsch sind (hierbei ist auch eigenes Wissen zu berücksichtigen, welches Aufsichtsratsmitglieder aus einer Tätigkeit außerhalb ihrer Aufsichtsratsfunktion erlangen), darf der Aufsichtsrat auf die ihm vom Vorstand zur Verfügung gestellten Informationen vertrauen.<sup>133</sup> Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat die für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen **zeitgerecht** und nicht nur als Tischvorlage zur Verfügung zu stellen, sodass diesem ausreichend Zeit zum Studium der Unterlagen verbleibt. In der Praxis soll mindestens ein Wochenende zwischen dem Erhalt der Unterlagen und der Sitzung für das Studium der Unterlagen zur Verfügung stehen.
- 83 Den Aufsichtsrat trifft die Verpflichtung, unternehmerische Entscheidungen auf der Grundlage angemessener Informationen zu treffen, „sinngemäß“. Hieraus wurde zT gefolgert, dass dem Aufsichtsrat die Unterlagen vorgelegt werden müssen, die ein pflichtbewusster und sorgfältig arbeitender Vorstand benötigt, wenn er über das anstehende Geschäft entscheidet. Nach mE zutreffender Auffassung sind jedoch die Information des Vorstands an den Aufsichtsrat und eine gegebenenfalls darauffolgende Diskussion im Aufsichtsrat niemals mit der Vorstandsarbeit, weder in der Qualität noch in der Quantität, vergleichbar. Die Vorstandsvorlagen haben auf die für die Aufsichtsratsmitglieder zur Verfügung stehende und diesen zumutbare Vorbereitungszeit Rücksicht zu nehmen. So ist etwa der **wesentliche Inhalt** der abzuschließenden Verträge und einer durchgeführten Due Diligence vom Vorstand **komprimiert darzustellen**. Bei komplizierteren Verträgen soll die Information derart sein, dass die „Vertragslogik“ aus der Vorstandsvorlage ersichtlich ist. Es bleibt den Aufsichtsratsmitgliedern überlassen, weitere Verträge, Berichte oder Unterlagen zur Durcharbeitung anzufordern.<sup>134</sup> Im Sinne einer effizienten Vorgangsweise kann es sich empfehlen, dass der Aufsichtsrat das Schema der jeweiligen Vorstandsvorlage vorgibt.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Siehe *Langenbacher*, Künstliche Intelligenz in der Leitungsentscheidung des Vorstands, ZHR 187 (2023) 732, 737 f sowie *dieselbe*, KI und Aktienrecht, EuZW 2024, 854 ff.

<sup>133</sup> *Kalss*, Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand, Aufsichtsrat aktuell 4/2011, 5.

<sup>134</sup> Siehe zum Ganzen *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 862.

<sup>135</sup> Siehe *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 93.

Bei sämtlichen Maßnahmen sind grundsätzlich sowohl die Chancen als auch die Risiken aufzuzeigen (wenn erforderlich, ist auch eine Worst Case Betrachtung durchzuführen). Eine Vorstandsunterlage, welche nur Chancen, aber keine Risiken aufzeigt, ist vom Aufsichtsrat bereits per se kritisch zu hinterfragen. 84

Beim **Unternehmens- oder Beteiligungserwerb** ist der Aufsichtsrat in besonderer Weise gefordert. Ein verfehlter Beteiligungserwerb ist in der Regel nicht mehr korrigierbar. Wenige Entscheidungen sind vergleichbar schwierig und bedürfen in gleicher Weise der Mitprüfung durch den Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat muss, unabhängig vom Preis, Wert auf eine umfassende Unterrichtung legen.<sup>136</sup> Es ist nicht ausreichend, dass dem Aufsichtsrat nur die wesentlichen Eckdaten der geplanten Transaktion (insbesondere Kaufpreis, Kaufgegenstand, Finanzierung) bzw im Falle des schrittweisen Anteilserwerbs die wesentlichen Daten der entsprechenden Optionsvereinbarungen (Put- und Call-Option, allenfalls beim Veräußerer verbleibende Minderheitsrechte, Optionsausübungspreis, Optionsdauer) mitgeteilt werden. Neben dem Preis wird es häufig erforderlich sein, nähere Untersuchungen über den Wert des Zielunternehmens, allenfalls durch Einholung eines Bewertungsgutachtens, durchzuführen. Insbesondere wenn ein bisher nicht rentables Unternehmen erworben wird, sind die der Kaufentscheidung zugrunde liegenden Annahmen, insbesondere zur künftigen Ertragsentwicklung, kritisch zu hinterfragen. Regelmäßig ist auch zu fragen, welche Alternativvarianten zur Verfügung stehen. Der Aufsichtsrat muss auch prüfen, wie der Erwerb finanziert wird. Keinesfalls darf die Existenz des eigenen Unternehmens gefährdet werden. In der Regel (insbesondere beim Erwerb von mittleren oder größeren Unternehmen) hat dem Unternehmenserwerb eine wirtschaftliche und rechtliche, mitunter auch eine technische **Due Diligence** (DD) voranzugehen. Besondere Risiken, welche im Rahmen der Due Diligence hervortreten, sind dem Aufsichtsrat ebenfalls mitzuteilen. Enthält der DD-Bericht eine „Executive Summary“, so wird dem Aufsichtsrat mitunter diese Zusammenfassung übermittelt. Sofern der DD-Bericht nicht besondere Risiken aufzeigt, ist es nicht erforderlich, dass dem Aufsichtsrat die DD-Berichte zur Gänze übermittelt werden und dieser die Berichte im Detail studiert. Der Aufsichtsrat hat sich zu vergewissern, inwieweit sich die Gesellschaft gegen vorhandene Risiken durch übliche **Garantien oder Gewährleistungen** abgesichert hat. Ist eine derartige vertragliche Absicherung unterblieben, so sind die Gründe hierfür kritisch zu hinterfragen. 85

Weitere Beispiele für Unterlagen, die vor der Entscheidung über eine zustimmungspflichtige Maßnahme einzuholen sind, sind **Marktanalysen** bei der Einführung neuer Produkte oder dem Eintritt in neue Märkte, außerdem im Einzelfall sachverständige **Gutachten** zu technischen oder rechtlichen (insbesondere steuerrechtlichen) Fragen, mit denen ein besonderes Risiko verbunden ist.<sup>137</sup> Bei **Investitionen** ist zu differenzieren, ob es sich um Ersatz- oder Erhaltungsinvestitionen oder Neuinvestitionen handelt. In letzterem Fall ist dem Aufsichtsrat die Rentabilität der Investition durch eine **Wirtschaftlichkeitsrechnung** nachzuweisen. Aber auch im ersten Fall kann eine Wirtschaftlichkeitsrechnung geboten sein, 86

<sup>136</sup> Siehe zum Ganzen *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 73 f.

<sup>137</sup> *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 861.

wenn etwa mit der Ersatzinvestition Rationalisierungseffekte oder Kapazitätserweiterungen einhergehen.<sup>138</sup> Bei Großinvestitionen gelten ähnliche Prüfpflichten wie beim Erwerb von Beteiligungen.<sup>139</sup>

- 87 Ein allgemein gültiger Leitfaden, welche Informationen für welche Entscheidungen zu verlangen sind, existiert nicht. Als Richtschnur gilt: Die Unterlagen sollen komprimiert und aussagekräftig sein und die wesentlichen, insbesondere wirtschaftlichen, Auswirkungen der Maßnahme für das Unternehmen, einschließlich möglicher Risiken, aufzeigen. Bloße Zahlenfriedhöfe sind zu wenig. Eine eigene verbale Beschreibung der Chancen und Risiken durch den Vorstand, und sei es nur im Rahmen von Powerpoint-Präsentationen, wird regelmäßig erforderlich sein.

#### D. Umfang der Prüfungspflicht

- 88 Das Zeitmaß der gewöhnlichen Vorbereitungs- und Sitzungsdauer begrenzt im Regelfall den Umfang der Aufgaben des Aufsichtsrats. Für die Prüfung der vorgelegten Unterlagen folgt hieraus, dass der Aufsichtsrat nicht verpflichtet ist, bei einer ihm zur Zustimmung vorgelegten Maßnahme einen eigenen, vollständigen unternehmerischen Entscheidungsprozess durchzuführen. Er hat vielmehr – im Rahmen einer **Plausibilitätsüberprüfung** – lediglich zu überprüfen, ob die Entscheidung plausibel begründet und ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Der Aufsichtsrat hat hierbei zu prüfen, ob der Vorstand bei seiner Entscheidung so vorgegangen ist, wie es dem Standard eines sorgfältigen, den Risikograd der Entscheidung beachtenden Verfahrens entspricht.<sup>140</sup> **Zusätzlich** zu dieser Prüfung der vom Vorstand vorgelegten Unterlagen und Informationen hat sich der Aufsichtsrat mE auf Basis der vorgelegten Unterlagen und Informationen **selbst eine Meinung** darüber **zu bilden**, ob die geplante Maßnahme für das Unternehmen von Vorteil ist. Ist der Aufsichtsrat nicht der Auffassung, dass die Maßnahme dem Wohle des Unternehmens entspricht, darf er mE der Maßnahme nicht zustimmen. Mit der bloßen Plausibilitätskontrolle ist es daher mE nicht getan (vgl Rz 102).<sup>141</sup>
- 89 Als Richtschnur dient: Je bedeutsamer die durchzuführende Maßnahme ist, desto intensiver ist auch die Prüfungspflicht des Aufsichtsrats. Weiters richtet sich die Intensität der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats nach der Lage des Unternehmens. Im Normalfall kann sich der Aufsichtsrat darauf beschränken, Vorstandsberichte zu prüfen, gegebenenfalls ergänzende Berichte anzufordern, und den Vorstand mit Gegenvorstellungen zu konfrontieren. Ist die Lage der Gesell-

<sup>138</sup> Rodewig in Semler/von Schenk, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*<sup>4</sup> (2013) § 8 Rz 113.

<sup>139</sup> Rodewig/Rodely in Semler/von Schenk/Wilsing, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 86.

<sup>140</sup> Siehe zum Ganzen *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte im AG-Aufsichtsrat, ZGR 2006, 841, 865; weiters *Mertens/Cahn* in *Kölner Kommentar zum AktG*, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 111. Zur Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern siehe jüngst OGH 27.8.2024, 6 Ob 142/23k.

<sup>141</sup> strittig. Im Schrifttum wird zT die Auffassung vertreten, dass sich der Aufsichtsrat auf eine bloße Vertretbarkeitsprüfung beschränken kann (siehe nur *Mertens/Cahn* in *Kölner Kommentar zum AktG*, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 111 mwN).

schaft angespannt oder bestehen sonstige risikoträchtige Besonderheiten, so muss der Aufsichtsrat seine Überwachungstätigkeit entsprechend intensivieren.<sup>142</sup>

## E. Haftung

Setzt der Vorstand eine Maßnahme, welche der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen, begeht er eine **Pflichtwidrigkeit**, die bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zu einer Schadenersatzpflicht führt. Die Nichteinholung der Zustimmung des Aufsichtsrats ist nämlich keine unternehmerische Entscheidung, für welche ein unternehmerisches Ermessen gilt (siehe oben Rz 77). In der Regel wird die Nichteinholung der Zustimmung des Aufsichtsrats auch einen Abberufungsgrund im Sinne des § 75 Abs 4 AktG darstellen.<sup>143</sup> Nach der Judikatur des deutschen BGH<sup>144</sup>, welcher mE auch für Österreich zu folgen ist, kann der Vorstand, welcher die erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats nicht eingeholt hat, einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte (**Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens**). Nach allgemeinen Grundsätzen liegt die Beweislast für die hypothetische Zustimmung des Aufsichtsrats beim Vorstand (diesen trifft nämlich die Beweislast, dass der entstandene Schaden auch bei Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung eingetreten wäre). Die bloße Möglichkeit oder die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes genügen nicht. Sehr häufig wird der Vorstand diesen Beweis nicht erbringen können.<sup>145</sup>

Im **Außenverhältnis** ist die vom Vorstand gesetzte Maßnahme gleichwohl wirksam, es sei denn, das Vorliegen der Zustimmung des Aufsichtsrats wurde zur Geschäftsbedingung erhoben (sogenannter „**Gremialvorbehalt**“). Das Verbot zur Durchführung der Maßnahme im Innenverhältnis kann auf das Außenverhältnis durchschlagen, wenn der Vorstand und der Vertragspartner absichtlich zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirken (sogenanntes „**kollusives Zusammenwirken**“) oder der Vertragspartner Kenntnis oder grob fahrlässig keine Kenntnis von der Nichteinholung der Aufsichtsratszustimmung hat (sogenannter „**Vollmachtmisbrauch**“). Erkundigungspflichten des Geschäftspartners, ob eine allenfalls erforderliche Aufsichtsratszustimmung eingeholt wurde, bestehen jedoch grund-

<sup>142</sup> Koch, AktG<sup>18</sup> (2024) § 111 Rz 30 und zuletzt OGH 27.8.2024, 6 Ob 142/23k

<sup>143</sup> Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> § 12 Rz 156 weist zutreffend darauf hin, dass nicht jede Missachtung von Zustimmungsvorbehalten durch den Vorstand zwingend einen Abberufungsgrund im Sinne des § 75 Abs 4 AktG darstellt. Zum einen bereite die Auslegung der Zustimmungstatbestände mitunter Schwierigkeiten. Zum anderen könne etwa die Überschreitung einer Zuständigkeitsgrenze infolge einer Kostenüberschreitung im Einzelfall dem Vorstand nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er von der Kostenüberschreitung erst verspätet Kenntnis erlangt habe.

<sup>144</sup> BGH 10.7.2018, II ZR 24/17, DB 2018, 2423 = GesRZ 2018, 308 (*Drobnik/Nutz*); hierzu *Fleischer*, Vorstandshaftung wegen pflichtwidrig unterlassener Einholung eines Zustimmungsbeschlusses des Aufsichtsrats, DB 2018, 2619; *Ebner*, Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens und die Verletzung von Zustimmungsvorbehalten, GesRZ 2020, 191; *Schneller*, Wider die Fiktion einer ohnehin erteilten Aufsichtsratszustimmung/Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens), Aufsichtsrat aktuell 4/2020, 6.

<sup>145</sup> *Fleischer*, Vorstandshaftung wegen pflichtwidrig unterlassener Einholung eines Zustimmungsbeschlusses des Aufsichtsrats, DB 2018, 2623.

sätzlich nicht.<sup>146</sup> Bei Maßnahmen im Sinne des § 95 Abs 5 Z 12 AktG (Verträge mit Mitgliedern des Aufsichtsrats oder diesen nahestehenden Unternehmen) wird die Nichteinholung der erforderlichen Aufsichtsratszustimmung regelmäßig auf das Außenverhältnis durchschlagen.<sup>147</sup>

- 92 Die Aufsichtsratsmitglieder trifft eine **Schadenersatzpflicht**, wenn sie die Zustimmung zu einer Maßnahme erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen.<sup>148</sup> Insoweit trifft den Aufsichtsrat eine Mitverantwortung bei der Durchführung von zustimmungspflichtigen Maßnahmen. Im Regelfall wird sich der Aufsichtsrat jedoch auf den „sicheren Hafen“ des § 84 Abs 1a AktG (siehe oben Rz 75 ff) berufen können, mit der Folge, dass ein Ersatzanspruch ausgeschlossen ist. Verweigert hingegen der Aufsichtsrat die Zustimmung zu einer Maßnahme, so kommt (ausnahmsweise) eine Haftung des Aufsichtsrats dann in Betracht, wenn sich die unternehmerischen Erwägungen des Aufsichtsrats gemessen am Gesellschaftszweck als unvertretbar herausstellen und die Unterlassung eines Geschäfts eine Schädigung der Gesellschaft zur Folge hätte.<sup>149</sup>
- 93 Dadurch, dass der Aufsichtsrat die Maßnahme gebilligt hat, wird die **Ersatzpflicht des Vorstands** nicht ausgeschlossen (§ 84 Abs 4 zweiter Satz AktG). Die allfällige Haftung der Aufsichtsratsmitglieder tritt neben jene der Vorstandsmitglieder. Anderes gilt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. In diesem Fall entfällt die Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft (§ 84 Abs 4 erster Satz AktG), nicht jedoch jene gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (§ 84 Abs 5 dritter Satz AktG).

## VI. Die Entscheidung über zustimmungspflichtige Maßnahmen

### A. Verfahren bei der Erteilung der Zustimmung

- 94 Das **grundsätzliche Prozedere** bei Vorliegen eines zustimmungspflichtigen Geschäftes ist, vom zeitlichen Ablauf her, wie folgt:
- a) Erarbeitung der Strategie,
  - b) darauf aufbauend Erarbeitung eines Planes für eine konkrete Maßnahme,
  - c) die Entwicklung eines konkreten Projektes,
  - d) spätestens dann, wenn der Vorstand der Überzeugung ist, dass diese Maßnahme durchgeführt werden soll, Information des Aufsichtsrats und Antrag des Vorstands auf Zustimmung zur geplanten Maßnahme (Maßnahmen, welche

<sup>146</sup> Siehe zum Ganzen *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 96 und *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 65.

<sup>147</sup> *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 129 und *Rauter* in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 65. Siehe weiters oben Rz 23.

<sup>148</sup> *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 114.

<sup>149</sup> *M. Arnold*, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 415 unter Verweis auf BGHZ 219, 193. Nach *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>2</sup> (2010) §§ 95 bis 97 Rz 41 kommt eine Haftung des Aufsichtsrats bei Verweigerung der Zustimmung nicht in Betracht, weil es dem Vorstand nach § 103 Abs 2 AktG freisteht, zu der jeweiligen Maßnahme eine Entscheidung der Hauptversammlung zu verlangen.

- dem Aufsichtsrat vorzulegen sind, fallen zwingend in die Zuständigkeit des Gesamtvorstands<sup>150</sup>),
- e) Entscheidung des Aufsichtsrats über die Erteilung der Zustimmung,
  - f) bei Erteilung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat: Umsetzung der Maßnahme,
  - g) allenfalls ex-post Kontrolle der Maßnahme nach einem bestimmten Zeitraum (insbesondere auch unter dem Blickwinkel, ob die der Entscheidung über die Durchführung der Maßnahme zugrunde liegenden Annahmen zutreffend waren).

In der Regel ist der Aufsichtsrat bereits in die dem Vorstandsantrag vorgelegerten Phasen eingebunden, sodass ihn der konkrete Antrag des Vorstands auf Aufsichtsratszustimmung nicht „wie der Blitz vom Himmel“ trifft. Bei funktionierender Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat weiß somit der Aufsichtsrat, beginnend mit der Erarbeitung der Strategie, welche Überlegungen einer geplanten Maßnahme zugrunde liegen, ehe er formal um Zustimmung er sucht wird. In jedem Fall ist der **Antrag des Vorstands** auf Erteilung der Zustimmung der formalen Befassung des Aufsichtsrats vorgelagert. Es ist die Aufgabe des Vorstands, diesen Antrag zu formulieren. Kommt der Vorstand zu keiner Entscheidung, ob eine bestimmte Maßnahme (vorbehaltlich der Zustimmung des Aufsichtsrats) durchzuführen ist, so ist die Sache noch nicht reif, an den Aufsichtsrat herangetragen zu werden. Es ist daher unzulässig, zunächst die Meinung des Aufsichtsrats (durch Einholung einer Zustimmung) zu „erfragen“, wenn die Willensbildung im Vorstand noch zu keinem Ergebnis geführt hat. Der Antrag des Vorstands wird mitunter während der Aufsichtsratsitzung, über Anregung des Aufsichtsrats, **geändert**, um Bedenken des Aufsichtsrats Rechnung zu tragen. Gegen diese Vorgangsweise bestehen im Interesse einer raschen Entscheidungsfindung, insbesondere bei Einvernehmen aller Beteiligten, keine Einwände. Keine Einwände bestehen auch dagegen, dass der Aufsichtsrat Anpassungen des gestellten Antrages verlangt oder gar eigene Alternativvarianten vorschlägt. Darin liegt kein Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung. Dem Vorstand steht es nämlich frei, die Vorschläge des Aufsichtsrats umzusetzen. Er kann die Vorschläge aber auch unverwirklicht lassen und anderweitig auf einen Kompromiss mit dem Aufsichtsrat hinwirken.<sup>151</sup>

Während die Festlegung des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte An gelegenheit des Gesamtaufwichtsrats ist, kann die Entscheidung über die Zustimmung im Einzelfall, allenfalls beschränkt auf einzelne Geschäftsarten, auch einem **Ausschuss** übertragen werden.<sup>152</sup> Dem Vorsitzenden oder einem bestimmten Mitglied des Aufsichtsrats kann die Zustimmungskompetenz nicht übertragen wer-

<sup>150</sup> *Kalss*, Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats, in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 239.

<sup>151</sup> *M. Arnold*, Aufgaben und Kompetenzen in *Goette/Arnold*, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 420.

<sup>152</sup> Siehe *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> (2021) § 92 Rz 177; *Straube/Rauter/Ratka*, Die Aufsichtsratsgeschäftsordnung<sup>2</sup> (2006) 29, welche allerdings darauf hinweisen, dass Beschlüsse nach § 95 Abs 5 Z 8 AktG (Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäfts politik) auf Grund ihrer Bedeutung der Zustimmung des Aufsichtsratsplenums bedürfen

den.<sup>153</sup> Die Entscheidung über Geschäfte iSd § 95a AktG (Related Party Transaktionen) sind hingegen stets vom Gesamtaufsichtsrat zu treffen.

- 97 Die Zustimmung ist einzuholen, bevor die Gesellschaft rechtliche oder faktische Bindungen eingetht. Das Erfordernis der **vorherigen Zustimmung** kann Schwierigkeiten bereiten, wenn eine Maßnahme noch nicht entscheidungsreif ist, die Entscheidung aber voraussichtlich vor der nächsten Sitzung des Aufsichtsrats getroffen werden muss. In diesem Fall kann es sinnvoll sein, dass der Aufsichtsrat den Stand des Vorhabens erörtert und bei positiver Tendenz beschließt, die abschließende Entscheidung im **Umlaufweg** zu beschließen.<sup>154</sup> Generell gilt, dass Beschlüsse über zustimmungspflichtige Maßnahmen von erheblicher Bedeutung in **Sitzungen** gefasst werden sollen. Nur in der Sitzung besteht die Möglichkeit des unmittelbaren Gedankenaustausches zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern untereinander und mit den Vorstandsmitgliedern.
- 98 Das Erfordernis der vorherigen Zustimmung gilt auch **in dringenden Fällen**. Ist die Zustimmung für derartige Eilfälle nicht einem Ausschuss übertragen, so ist der gesamte Aufsichtsrat zu befassen. Der Aufsichtsrat wird angesichts der heutigen Kommunikationsmittel (Telefon, Telefax, E-Mail, DocuSign, Videokonferenzen) auch Eilentscheidungen grundsätzlich rechtzeitig treffen können. Insbesondere die Möglichkeit, virtuelle Aufsichtsratsitzung abzuhalten, lässt rasche Entscheidungen zu. Eine Notwendigkeit, eine Aufsichtsratszustimmung erst im Nachhinein einzuholen, wird daher auch bei Eilfällen regelmäßig nicht vorliegen.<sup>155</sup>
- 99 Die erteilte Zustimmung deckt eine Maßnahme nur bei **Fortbestand der Rahmenbedingungen**. Ändern sich diese maßgeblich, so hat der Vorstand um eine neuerliche Zustimmung des Aufsichtsrats anzusuchen.<sup>156</sup> Bei jenen Fällen, in dem ein Zustimmungsvorbehalt an eine bestimmte Wertgrenze anknüpft, ist eine strikte formale Betrachtung geboten und bereits bei geringem Überschreiten der Betragsgrenze eine neuerliche Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen. Bei sonstigen Abweichungen ist hingegen zu fragen, ob mit der eingetretenen Änderung eine

(glA Rauter in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (109. Lfg, November 2019) § 30j Rz 70).

<sup>153</sup> Rodewig/Rodely in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 53; M. Arnold, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 414.

<sup>154</sup> Rodewig/Rodely in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 55; Habersack in Münchener Kommentar zum AktG, Bd 2<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 142.

<sup>155</sup> Ähnlich M. Arnold, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 427: „nachträgliche Zustimmung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen“; nach Habersack in Münchener Kommentar zum AktG, Bd 2<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 124 ist am Erfordernis der vorherigen Zustimmung entgegen der hM auch für eilbedürftige Maßnahmen festzuhalten; zur Entscheidung durch einen drei- bis vierköpfigen Ausschuss Rodewig/Rodely in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 56.

<sup>156</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 97; Mertens/Cahn in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 114.

Risikoerhöhung verbunden ist.<sup>157</sup> Mitunter kann es sinnvoll ein, im Zustimmungsbeschluss eine Toleranzschwelle von bis zu 10% festzulegen, um nicht bei jeder kleinen Überschreitung eine neuerliche Beschlussfassung des Aufsichtsrats herbeiführen zu müssen. Weiters ist um eine neuerliche Zustimmung anzuschauen, wenn die Aufsichtsratszustimmung **befristet** erteilt wurde und die Befristung abgelaufen ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Aufsichtsrat eine bereits erteilte Zustimmung auch **widerrufen** kann. Diese Frage ist mE grundsätzlich zu verneinen, andernfalls würde sich der Aufsichtsrat treuwidrig gegenüber dem Vorstand, welcher auf den Bestand der Zustimmung vertraut, handeln. Erlangt jedoch der Aufsichtsrat Kenntnis von Umständen, welche ihm im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht bekannt waren, und ist er auf Grund dieser Umstände der Ansicht, dass die Umsetzung der Maßnahme für die Gesellschaft von Nachteil ist, so kommt ausnahmsweise der Widerruf einer erteilten Zustimmung durch den Aufsichtsrat in Betracht.<sup>158</sup>

Den Vorstand trifft **keine Umsetzungsverpflichtung** zu einer Maßnahme, zu welcher der Aufsichtsrat seine Zustimmung erteilt hat.<sup>159</sup> Ist der Vorstand der Auffassung, dass die Maßnahme, zu welcher der Aufsichtsrat seine Zustimmung erteilt hat, nicht (mehr) den Interessen der Gesellschaft entspricht, so hat die Ausführung der Maßnahme zu unterbleiben. **100**

## B. Das Ermessen des Aufsichtsrats

Wie bereits oben zu Rz 75 ff dargelegt, handelt es sich bei der Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung um eine unternehmerische Entscheidung. Die Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung steht im **pflichtgemäßen Ermessen** des Aufsichtsrats. **101**

Der Aufsichtsrat kann die Zustimmung nicht nur versagen, wenn er die Maßnahme für pflichtwidrig oder nachteilig hält (in diesem Fall hat er eine Ablehnungspflicht), sondern auch dann, wenn die Maßnahme seinen eigenen geschäftspolitischen Vorstellungen nicht entspricht. Auch bei Geschäften, die der Vorstand innerhalb seines eigenen geschäftspolitischen Ermessens vorschlägt, besteht **keine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats**, wenn er der Auffassung ist, dass dieses Geschäft nicht zum Vorteil des Unternehmens ist. Andernfalls müsste der Aufsichtsrat dem Geschäft zustimmen und damit die Mitverantwortung übernehmen, obwohl der Vorstand ihn nicht davon überzeugen konnte, dass die geplante Maßnahme zum Wohle des Unternehmens ist.<sup>160</sup> Mit anderen Worten hat der Aufsichtsrat bei der Entscheidung über eine zustimmungspflichtige Maßnahme ein **102**

<sup>157</sup> *Habersack* in Münchener Kommentar zum AktG, Bd 2<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 147.

<sup>158</sup> *Fehl*, Die zustimmungspflichtigen Maßnahmen des § 95 Abs 5 AktG, Aufsichtsrat aktuell 4/2015, 5, 6, allerdings ohne die Einschränkung, dass der Aufsichtsrat Kenntnis von Umständen erlangt, welche ihm im Zeitpunkt der Zustimmungserteilung noch nicht bekannt waren.

<sup>159</sup> *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 11 und *Habersack* in Münchener Kommentar zum AktG, Bd 2<sup>4</sup> (2014) § 111 Rz 128.

<sup>160</sup> Vgl *Rodewig/Rodely* in Semler/von Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup> (2021) § 9 Rz 118.

**eigenes unternehmerisches Ermessen**, welches – im Sinne eines Vetorechtes – jenem des Vorstands vorgeht (vgl Rz 88).<sup>161</sup>

### C. Entscheidungsvarianten bei Vorliegen eines zustimmungspflichtigen Geschäftes

**103** Der Aufsichtsrat hat mehrere Varianten der Entscheidung über eine zustimmungspflichtige Maßnahme:

- i. Der Aufsichtsrat erteilt seine **Zustimmung** zur geplanten Maßnahme. Diese Zustimmung kann vorbehaltlos oder unter **Nebenbestimmungen** (insbesondere Auflagen, Bedingungen oder Befristungen) erfolgen. Die Auflage kann etwa beim Erwerb eines Unternehmens darin bestehen, dass bestimmte Garantien oder Gewährleistungen in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen werden oder dass bestimmte Fragenbereiche im Rahmen der Due Diligence noch genauer geprüft werden. Im Hinblick auf die Leitungshoheit des Vorstands (und damit verbunden dem Geschäftsführungsverbot des Aufsichtsrats) ist jedoch bei Bedingungen, die den Vorstand zu einem bestimmten Verhalten veranlassen sollen, Zurückhaltung geboten.<sup>162</sup> Bezogen auf die konkrete Maßnahme, welche dem Aufsichtsrat zur Entscheidung vorgelegt wird, geht es im Regelfall um die **grundsätzliche Entscheidung** und nicht um ihre Ausführung im Detail.<sup>163</sup> Im Beschluss genügt die Nennung des konkreten Vorhabens mit den wesentlichen Eckdaten (zB: *Es wird die Zustimmung zur Errichtung eines neuen Werkstandortes in \*\*\* mit einem Investitionsvolumen von EUR \*\*\* erteilt.*). Die Beauftragung der konkreten bauausführenden Firmen und der Maschinenlieferanten ist diesfalls allein Angelegenheit des Vorstands. Im Regelfall wird zur Konkretisierung der Maßnahme ein Verweis auf die Vorstandsunterlage ausreichen. Um eine Mehrfachvorlage an den Aufsichtsrat zu vermeiden, kann der Aufsichtsrat dem Vorstand in seiner Zustimmung einen Spielraum einräumen. Er kann etwa bestimmten Geschäften innerhalb gewisser **Wertgrenzen** und **Preisrahmen** zustimmen.<sup>164</sup>
- ii. Der Aufsichtsrat **lehnt** die geplante Maßnahme **ab**. Die Maßnahme hat zu unterbleiben.
- iii. Der Aufsichtsrat **vertagt** die Entscheidung und fordert vom Vorstand weitere Unterlagen an, welche für die Entscheidung des Aufsichtsrats erforderlich sind. In diesem Fall wird die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Zustimmungserteilung – nach Einlangen der angeforderten Unterlagen – mitunter im Umlaufweg getroffen.

<sup>161</sup> *Habersack* in Münchener Kommentar zum AktG, Bd 2<sup>6</sup> (2023) § 111 Rz 145; *Schima*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrats in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35.

<sup>162</sup> *M. Arnold*, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 419.

<sup>163</sup> *Reischauer*, Gedanken zur Aufsichtsratszustimmung nach § 95 Abs 5 AktG, in FS Strasser (1993) 290.

<sup>164</sup> *M. Arnold*, Aufgaben und Kompetenzen in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2024) § 4 Rz 425.

- iv. Der Aufsichtsrat verlangt gemäß § 103 Abs 2 AktG, dass die Hauptversammlung über diese Maßnahme entscheidet. Die Möglichkeit zur **Vorlage an die Hauptversammlung** besteht unabhängig davon, ob der Aufsichtsrat eine inhaltliche Entscheidung zur geplanten Maßnahme (Billigung oder Ablehnung) getroffen hat.<sup>165</sup> Denkbar ist auch, dass der Aufsichtsrat die Maßnahme billigt oder versagt und zusätzlich einen Beschluss auf Entscheidung durch die Hauptversammlung fasst; dies ist jedoch mE der Ausnahmefall. Bei Anrufung der Hauptversammlung muss diese über die Zustimmung zur geplanten Maßnahme entscheiden, die Zustimmung also entweder erteilen oder ablehnen.<sup>166</sup> Die Hauptversammlung ist jedoch an den Entscheidungsvorschlag des vorliegenden Organs (Vorstand oder Aufsichtsrat) nicht gebunden.<sup>167</sup>

Hingegen ist es dem Aufsichtsrat **nicht gestattet, sich** bei Vorliegen eines zustimmungspflichtigen Geschäftes und sämtlicher Entscheidungsvoraussetzungen (insbesondere ausreichender Informationsgrundlagen) **einer Entscheidung zu enthalten**.<sup>168</sup> Vielmehr hat der Aufsichtsrat bei Vorliegen sämtlicher Entscheidungsvoraussetzungen binnen angemessener Frist zu entscheiden. Gebietet die geplante Maßnahme eine rasche Entscheidung, so hat der Aufsichtsrat unverzüglich zu entscheiden. **104**

#### **D. Zweifel über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines zustimmungspflichtigen Geschäftes**

Mitunter befasst der Vorstand den Aufsichtsrat mit einer Maßnahme, welche entweder keinem Zustimmungsvorbehalt unterliegt oder bei welcher zweifelhaft ist, ob es sich um eine zustimmungspflichtige Maßnahme handelt. Eine Untergruppe dieser Fallkonstellation ist, dass der Vorstand den Aufsichtsrat mit dieser Maßnahme nicht nur im Sinne einer Information befasst, sondern ausdrücklich die Zustimmung zu dieser Maßnahme beantragt. **105**

Der Aufsichtsrat hat auch hier mehrere Varianten der Entscheidung: **106**

- i. Der Aufsichtsrat erteilt zu dieser Maßnahme seine **Zustimmung**. Diese Entscheidung inkludiert die Entscheidung des Aufsichtsrats, dass er sich für diese Maßnahme als zuständig erachtet. Dieses Vorgehen ist unproblematisch, weil der Aufsichtsrat jederzeit ad hoc eine Maßnahme seiner Zustimmung vorbehalten kann.
- ii. Der Aufsichtsrat stellt fest, dass **die Maßnahme nicht in seine Zuständigkeit fällt**, gibt jedoch eine Stellungnahme zur geplanten Maßnahme ab. Diese Stellungnahme kann positiv oder negativ sein. Da es sich bei der Entscheidung des Aufsichtsrats zur inhaltlichen Frage, ob die Maßnahme durchgeführt werden soll, um eine bloße Stellungnahme handelt, steht es dem Vorstand frei, dieser Stellungnahme zu folgen oder sie zu ignorieren. Die mögliche Haftung des Aufsichtsrats ist bei dieser Fallkonstellation erheblich reduziert. Anstelle einer Stellungnahme kann sich der Aufsichtsrat auch jeglicher inhaltlichen Äußerung zur geplanten Maßnahme enthalten.

<sup>165</sup> *Bachner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> (2012) § 103 Rz 21.

<sup>166</sup> *Geßler* in Geßler/Hefermehl, AktG, Bd II (1973) § 111 Rz 79.

<sup>167</sup> *Deutsch/Leonhartsberger* in Doral/Kalss/Nowotny, AktG<sup>3</sup> (2021) § 103 Rz 21.

<sup>168</sup> Siehe *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 95 Rz 101.

Die Entscheidung des Aufsichtsrats, dass kein zustimmungspflichtiges Geschäft vorliegt, kann jedoch unzutreffend sein. Die Satzung der AG und damit auch der dort enthaltene Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte sind objektiv auszulegen.<sup>169</sup> Dasselbe gilt mE auch für den in einer Aufsichtsrats- oder Vorstandsgeschäftsordnung enthaltenen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. Denn auch dieser Katalog hat insoweit Drittwirkung, als er Handlungsanweisungen für einen Dritten (den Vorstand) enthält, nämlich vor der Durchführung bestimmter Maßnahmen die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen. Dem Aufsichtsrat steht es frei, diesen außerhalb der Satzung geregelten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte jederzeit zu ändern. Aus dem Abgehen von einem außerhalb der Satzung vom Aufsichtsrat selbst festgelegten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte kann daher mE dem Aufsichtsrat kein Vorwurf gemacht werden; in diesem Fall liegt keine Pflichtwidrigkeit des Aufsichtsrats vor.

- iii. Der Aufsichtsrat nimmt die Maßnahme bloß „zur Kenntnis“, ohne zur Frage der Zuständigkeit Stellung zu nehmen. Geht dieser Entscheidung keine inhaltliche Diskussion über die Maßnahme voraus, aus welcher erkennbar ist, dass der Aufsichtsrat der Maßnahme kritisch gegenübersteht, könnte diese vorbehaltlose Kenntnisnahme der geplanten Maßnahme auch als Zustimmung gewertet werden. Die Rechtsfolgen wären in diesem Fall dieselben wie im Fall (i). Falls der Aufsichtsrat die Kenntnisnahme nicht als Zustimmung gewertet wissen möchte, empfiehlt es sich, dies ausdrücklich klarzustellen. Möchte der Vorstand bei einer Maßnahme, bei welcher zweifelhaft ist, ob sie der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, Gewissheit darüber erlangen, ob er die Maßnahme umsetzen darf, muss er mE einen förmlichen Antrag auf Zustimmung durch den Aufsichtsrat stellen. In diesem Fall muss der Aufsichtsrat zunächst die Frage entscheiden, ob er zuständig ist, und bei Bejahung der Zuständigkeit auch inhaltlich entscheiden, ob er der Maßnahme zustimmt oder diese ablehnt. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass der Aufsichtsrat zu Unrecht seine Zuständigkeit verneint hat, und der Vorstand zwischenzeitig die Maßnahme trotz Nichtvorliegen einer Aufsichtsratszustimmung vorgenommen haben, so kann dem Vorstand hieraus grundsätzlich kein Vorwurf gemacht werden.
- iv. Fällt die Maßnahme nicht unter den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte, ist sie jedoch von grundlegender Bedeutung und ist der Aufsichtsrat der Auffassung, dass die Durchführung der Maßnahme für die Gesellschaft von Nachteil ist, so hat er die Maßnahme **abzulehnen**. Die Situation ist vergleichbar jenem Fall, dass der Aufsichtsrat – ohne dass eine konkrete Maßnahme zur Beschlussfassung ansteht – der Auffassung ist, dass Geschäfte mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorgenommen werden könnten, welche grundlegende Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft haben, und diese daher seiner Zustimmung vorbehält. Hier kann sich das Recht des Aufsichtsrats, Geschäfte seiner Zustimmung zu unterwerfen, zu einer entsprechenden Pflicht verdichten.

<sup>169</sup> Siehe *Kalss*, Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats, in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat (2023) 233, 254 f.

## E. Vorratsbeschlüsse

Der Aufsichtsrat muss nicht immer jedes zustimmungspflichtige Geschäft individuell behandeln.<sup>170</sup> Soweit die Geschäfte durch Gesetz oder Satzung einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden, kann er seine Zustimmung nur innerhalb enger Grenzen durch **Vorratsbeschlüsse** im Vorhinein erteilen. Vorratsbeschlüsse kommen nur dann in Betracht, wenn die Maßnahme zumindest ihrer Art nach konkretisiert ist und die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen für die Maßnahme bereits vorliegen. So kann etwa die Zustimmung zu einem bestimmten Investitionsvorhaben dadurch erfolgen, dass der Investitionsplan durch den Aufsichtsrat genehmigt wird, wodurch auch die in diesem Plan genannten einzelnen Investitionsvorhaben als mitgenehmigt gelten, ohne dass noch die Zustimmung zu jedem einzelnen Investitionsvorhaben einzuholen ist.<sup>171</sup> 107

Abzulehnen ist hingegen die Auffassung, dass Vorratsbeschlüsse nur bei Geschäften von untergeordneter Bedeutung und geringem Risiko in Betracht kommen, wenn es gilt, Verzögerungen sowie eine Lähmung der Geschäftsführung zu vermeiden.<sup>172</sup> Zum einen haben Geschäfte von untergeordneter Bedeutung im Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte nichts verloren, zum anderen ist der Katalog so auszugestalten, dass eben eine Lähmung der Geschäftsführung bereits vom Ansatz her vermieden wird. 108

Anderes gilt, wenn sich die Zustimmungspflicht nicht durch Gesetz oder Satzung, sondern nur auf Grund eines Beschlusses des Aufsichtsrats ergibt. In diesem Fall kann der Aufsichtsrat oder, auf Grund einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den Aufsichtsrat, auch ein Ausschuss, ohne weitere Einschränkungen, seine Zustimmung zum Abschluss von zustimmungspflichtigen Geschäften im Vorhinein erteilen.<sup>173</sup> 109

## VII. Anhang: Beispiel eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte

(1) Folgende Geschäfte und Maßnahmen bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats: 110

### 1. Investitionen/Desinvestitionen

- 1.1. der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Beteiligungen (einschließlich der Erhöhung bestehender Beteiligungen), die Gründung von Tochterunternehmen im Sinne des § 189a Z 7 UGB (kurz „**Tochterunternehmen**“) (einschließlich der Beschlussfassung über Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen und die Ausgabe von Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten bei Tochterunternehmen), der

<sup>170</sup> Nach § 28b Abs 1 BWG sind zB bei Großkrediten, welche mindestens EUR 500.000,-- betragen, Vorratsbeschlüsse unzulässig.

<sup>171</sup> Siehe *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> (2010) §§ 95 bis 97 Rz 41; *Reischauer*, Gedanken zur Aufsichtsratszustimmung nach § 95 Abs 5 AktG, in FS Strasser (1993) 292. Siehe oben Rz 46.

<sup>172</sup> *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 30j Rz 46.

<sup>173</sup> Vgl *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/2<sup>3</sup> (2013) § 111 Rz 109.

- Abschluss von stillen Gesellschaftsverträgen, Zusammenschlüsse und Umgründungen im weiteren Sinn sowie der Erwerb, die Veräußerung, die Verpachtung, die Belastung und die Stilllegung von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
- 1.2. der Erwerb und die Veräußerung von Liegenschaften, Superädifikaten oder grundstücksgleichen Rechten, sofern der Transaktionswert den Betrag von EUR \*\*\* übersteigt, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 1.3. die Belastung von Anlagevermögen, die Durchführung von Sale und Leaseback Finanzierungen sowie wirtschaftlich gleichwertiger Transaktionen, sofern der Transaktionswert den Betrag von EUR \*\*\* übersteigt, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 1.4. Investitionen in das Anlagevermögen, soweit das Einzelprojekt in seiner wirtschaftlichen Einheit Anschaffungs- oder Herstellungskosten von EUR \*\*\* übersteigen oder soweit diese in einem Geschäftsjahr den Betrag von insgesamt EUR \*\*\* übersteigen, sowie Leasingverträge, wenn die daraus entstehenden Verpflichtungen den Betrag von EUR \*\*\* übersteigen, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
2. Budget/Gewinnverwendung in Tochterunternehmen
    - 2.1. die Aufstellung und Änderung der jährlichen Budgets auf Konzernebene (Konzernbudget);
    - 2.2. die Gewinnverwendung und die Bildung von Gewinnrücklagen in Tochterunternehmen;
  3. Finanzierung
    - 3.1. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen, Krediten und sonstiger Fremdmittel, die im Einzelfall EUR \*\*\* oder im Geschäftsjahr insgesamt den Betrag von EUR \*\*\* übersteigen, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
    - 3.2. die Übernahme von Haftungen, Bürgschaften, die Abgabe von Patronatserklärungen, die Bestellung sonstiger Sicherheiten und die Gewährung von Darlehen, Krediten und sonstiger Fremdmittel, soweit sie nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehören und im Einzelfall den Betrag von EUR \*\*\* übersteigen, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  4. Geschäftspolitik, Geschäftszweige/Produktionsarten, Zweigniederlassungen
    - 4.1. die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
    - 4.2. die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen oder Produktionsarten durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
    - 4.3. die Errichtung und die Schließung von Zweigniederlassungen durch die Gesellschaft;
  5. Personalangelegenheiten
    - 5.1. die Geschäftsverteilung zwischen den Vorstandsmitgliedern der Gesellschaft;

- 5.2. die Bestellung von Prokuristen der Gesellschaft und die Bestellung von Geschäftsführern in Tochterunternehmen, die Erteilung einer Generalvollmacht durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 5.3. der Abschluss und die Änderung von Geschäftsführerverträgen sowie die Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen an Geschäftsführer und leitende Angestellte im Sinne des § 80 Abs 1 AktG durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 5.4. der Abschluss und die Änderungen von Verträgen mit Geschäftsführern der Gesellschaft oder Tochterunternehmen einschließlich nahen Angehörigen im Sinne des § 25 BAO und verbundenen Unternehmen im Sinne des § 189a Z 8 UGB durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 5.5. der Abschluss und die Änderung von Dienst- oder Werkverträgen mit Mitarbeitern, deren Jahresbruttogehalt EUR \*\*\* übersteigt, durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 5.6. der Abschluss und die Änderung von D&O-Versicherungen zur Versicherung von Haftpflichtfällen von Mitgliedern der Leitungs- und Aufsichtsorgane durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 5.7. die Erteilung und die Änderung von Pensionszusagen durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 5.8. der Abschluss und die Änderung von Vereinbarungen mit dem Betriebsrat und sonstigen Betriebsvereinbarungen durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen, soweit diese von überregionaler Bedeutung sind;
  - 5.9. die Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft an Arbeitnehmer und leitende Angestellte der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens sowie an Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von verbundenen Unternehmen durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
6. Verträge
- 6.1. der Abschluss von Verträgen betreffend Patente, Markenrechte, Gebrauchsmusterrechte und sonstige gewerbliche Schutzrechte (ausgenommen Standardsoftware) durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 6.2. der Abschluss von Verträgen mit einer Bindungsfrist von mehr als drei Jahren und einer jährlichen Belastung von mehr als EUR \*\*\* durch die Gesellschaft selbst oder ihre Tochterunternehmen;
  - 6.3. der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmern (§ 189a Z 7 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat;
  - 6.4. der Abschluss von Verträgen mit nahestehenden Personen oder Unternehmen im Sinne des IAS 24.9., welche den Betrag von EUR \*\*\* überstei-

gen, durch die Gesellschaft oder ihre Tochterunternehmen, ausgenommen Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren Tochterunternehmen und Verträge zwischen ihren Tochterunternehmen;

- 6.5. der Abschluss und die Beendigung von Stimmbindungsverträgen (Syndikatsverträgen);
7. die Übernahme einer leitenden Stellung durch den Abschlussprüfer die Übernahme einer leitenden Stellung im Sinne des § 80 AktG in der Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren nach Zeichnung des Bestätigungsvermerks durch den Abschlussprüfer, durch den Konzernabschlussprüfer, durch den Abschlussprüfer eines bedeutenden verbundenen Unternehmens oder durch den den jeweiligen Bestätigungsvermerk unterzeichnenden Wirtschaftsprüfer sowie eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion bei der Prüfung ausübt, soweit dies nicht gemäß § 271c UGB untersagt ist;
8. Einsatz elektronischer Medien in der Hauptversammlung  
Maßnahmen des Vorstands, mit denen der Vorstand von der ihm in § \*\*\* der Satzung erteilten Ermächtigung zur Teilnahme der Aktionäre an der Hauptversammlung im Wege der elektronischen Kommunikation oder zur elektronischen Übertragung der Hauptversammlung Gebrauch macht;
9. Listing oder Delisting  
Anträge auf Zulassung von Aktien zum Handel an einer anerkannten Börse im Sinne des § 3 AktG sowie der Antrag auf Widerruf einer solchen Zulassung *[nur von Relevanz, wenn die Gesellschaft börsennotiert ist]*.

**111** (2) Soweit die vorgenannten Maßnahmen bereits in einem vom Aufsichtsrat genehmigten Budget konkret genannt sind und der im Budget hierfür vorgesehene Betrag im Rahmen der Umsetzung der budgetierten Maßnahme nicht überschritten wird, bedürfen diese Maßnahmen keines gesonderten Aufsichtsratsbeschlusses mehr.

**112** (3) Die in Abs 1 genannten Beträge sind derart wertgesichert, dass sie sich in demselben Verhältnis erhöhen und vermindern, wie sich die von der Statistik Austria verlaubliche Indexzahl des Index der Verbraucherpreise 2020 jeweils gegenüber der für den Monat der jeweiligen Ausgangsgrundlage verlaublichen Indexzahl erhöht oder vermindert. Ausgangsgrundlage der erstmaligen Wertanpassung ist die für den Monat \*\*\* verlaubliche Indexzahl. Die Wertanpassung hat nur alle drei Jahre jeweils auf Basis der für den Monat Jänner verlaublichen Indexzahl, erstmals auf Basis der für den Monat Jänner \*\*\* verlaublichen Indexzahl, zu erfolgen. Sollte der Index der Verbraucherpreise 2020 nicht mehr ermittelt werden, so wird der Wertsicherung jener Index zugrunde gelegt, welcher an Stelle des zuletzt verlaublichen Index tritt.