

# 1. Grundlagen

## 1.1. Zweck und Funktion

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft wird oft **1** als gesetzliches Überwachungsorgan<sup>1</sup> bezeichnet. Im Aktienrecht<sup>2</sup> ist der Aufsichtsrat als **gesetzliches Pflichtorgan** für jede AG zwingend und ausnahmslos vorgesehen.

Die zentrale allgemeine **Funktion** des Aufsichtsrates einer Kapitalgesellschaft lässt sich bereits aus dem Begriff *Aufsichtsrat* ableiten: Kernaufgabe dieses Gremiums ist einerseits die **Aufsicht** über die Geschäftsführung der Gesellschaft. Dazu gehören die Überwachung<sup>3</sup> und die Kontrolle der Recht- bzw. Gesetzmäßigkeit einzelner Tätigkeiten der Geschäftsführungsorgane ebenso wie die Mitbestimmung des Aufsichtsrates bei bedeutsamen Entscheidungen, die das Wohl des Unternehmens betreffen. Andererseits zählt auch die Begleitung und **Beratung** des Vorstandes<sup>4</sup> bei strategischen oder operativen Entscheidungen zu einer Kernkompetenz des Aufsichtsrates.

Der Aufsichtsrat ist ein Kontroll- und nicht Geschäftsführungsorgan und daher grundsätzlich nicht befugt, die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Das **Vertretungsmonopol** liegt beim **Vorstand**. Der Aufsichtsrat ist nur in Ausnahmefällen zur Vertretung der AG befugt. Diese **Ausnahmen** sind in § 97 AktG<sup>5</sup> aufgezählt, der eine Vertre-

---

<sup>1</sup> Temmel, Der Aufsichtsrat – Ein Handbuch für die Praxis (2003) 1.

<sup>2</sup> Für Auszüge aus dem Aktiengesetz und dem Corporate-Governance-Kodex s. Anhang Rechtsquellen.

<sup>3</sup> Vgl. dazu den Wortlaut des § 95 Abs 1 AktG und den gleichlautenden § 30j Abs 1 GmbHG: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.“

<sup>4</sup> Das gilt auch im GmbH-Recht, wo der Aufsichtsrat die Geschäftsführer zu beraten hat: s. Gellis, GmbHG<sup>7</sup> (2009) § 30j Rz 5.

<sup>5</sup> Die analoge Bestimmung im GmbH-Recht ist § 30 GmbHG. Dazu Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 30 Rz 1 ff.

tungsbefugnis des Aufsichtsrates bei der Vornahme von Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern vorsieht. Weiters vertritt er die Gesellschaft, wenn die Hauptversammlung beschlossen hat, gegen Vorstandsmitglieder streitig vorzugehen, sowie bei der Einbringung von Klagen und der Führung der daraus entstehenden Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder ohne oder sogar gegen einen Beschluss der Hauptversammlung, falls die Verantwortlichkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes in Frage kommt.

4 Die *check-and-balance*-Funktion des Aufsichtsrates im Organgefüge einer Aktiengesellschaft spiegelt sich auch in den **Bestellungs- und Abberufungskompetenzen** des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand wider:<sup>6</sup> Die körperschaftsrechtliche Bestellung und Abberufung<sup>7</sup> eines Vorstandsmitgliedes als Organ der AG<sup>8</sup> fällt ebenso in die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrates,<sup>9</sup> wie die Ernennung des Vorstandsvorsitzenden<sup>10</sup> und die Kontrolle der Vorstandsbezüge nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>11</sup>

5 Der Aufsichtsrat hat jedoch **kein Weisungsrecht** gegenüber dem Vorstand und übt seine Tä-

---

<sup>6</sup> Bestellung und Abberufung des Vorstandes auch *Gintzler/Brodey*, Der AG-/SE-Vorstand (2008), 46.

<sup>7</sup> Zum Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes, der nur aus wichtigem Grund erfolgen darf, s. *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> §§ 1–136 (2012) § 75 Rz 20 ff.

<sup>8</sup> Vorstandsmitglieder dürfen vom Aufsichtsrat höchstens für die Dauer von fünf Jahren bestellt werden, wobei die Frist ab Funktionsbeginn des Vorstandsmitgliedes zu laufen beginnt (vgl. § 75 AktG).

<sup>9</sup> Einzige Ausnahme ist die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes durch das Gericht; vgl. dazu § 76 AktG.

<sup>10</sup> *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 75 Rz 19.

<sup>11</sup> S. zu den Kompetenzen des Aufsichtsrates bei der Gehaltsregelung der Vorstandsmitglieder *Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 100 ff.

tigkeit ebenfalls unabhängig und weisungsfrei gegenüber der Hauptversammlung aus.

Die in der Praxis maßgeblichen Aufgaben des **6** Aufsichtsrates einer AG beschränken sich freilich nicht nur auf die im Gesetz knapp umschriebene Überwachungspflicht der Geschäftsführung: Neben der **Personalhoheit über den Vorstand** verfügt der Aufsichtsrat auch über die Kompetenz, bei der **Bestellung der Abschlussprüfer** konkret mitzuwirken und zwar im Rahmen der Vorschlagspflicht gegenüber der Hauptversammlung (§ 270 Abs 1 UGB).

Weiters hat der Aufsichtsrat den Vorstand über **strategische Planungsaspekte** für das Unternehmen zu beraten. Insofern ist der Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft „*deutlich mehr als bloß ein retroaktiv agierender Revisor des Vorstands*“<sup>12</sup> und kann unternehmerische Entscheidungen und Kontrollmaßnahmen auch *präventiv* beeinflussen.<sup>13</sup>

Die **Überwachungspflicht** des Aufsichtsrates **7** lässt sich je nach ihrer Intensität in **drei Stufen** teilen: Fragen der allgemeinen Kontrolle kann man unter dem Titel *begleitende Überwachung* zusammenfassen. Genehmigungsvorbehalte des Aufsichtsrates kommen hingegen im Rahmen der den Vorstand *unterstützenden Überwachung* zum Tragen. Zustimmungspflichten des Aufsichtsrates resultieren aus seiner *gestaltenden Überwachungsfunktion*.<sup>14</sup>

Praktisch teilt sich die Überwachungsaufgabe **8** des Aufsichtsrates in eine Überwachung der fachlichen Aufgaben sowie der Führungsaufgaben der Geschäftsführung. Die Überwachung der organisa-

---

<sup>12</sup> Plastisch Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 6.

<sup>13</sup> Temmel, Der Aufsichtsrat, Überwachung und Kontrolle durch den AR und Informationspflichten, 72 ff stellt allerdings fest, dass dieses „*Potenzial*“ des Aufsichtsrates in der Praxis von den einzelnen Mitgliedern oft unterschätzt wird. So würden viele Agenden und Rechte des Aufsichtsrates aus Mangel an Wissen um die Stärke ihrer Position von den meisten Aufsichtsratsmitgliedern praktisch in vielen Fällen nicht ausgeübt.

<sup>14</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 18 ff.

torischen und fachlichen Aufgaben der Geschäftsführung in Form von Stichproben umfasst insbesondere die Ausrichtung auf die Zielsetzung des Unternehmens, die Zweckmäßigkeit der Organisation der Gesellschaft, die Erfüllung der allgemeinen rechtlichen Bestimmungen sowie die Beachtung der Kompetenzen durch die einzelnen Organmitglieder. Die Überwachung der Führungsaufgaben durch den Aufsichtsrat umfasst unter anderem die Auswahl, Überwachung und Neueinstellung der richtigen Mitarbeiter, die Überwachung der Pflicht der Geschäftsführung zur Vorgabe von Einzelzielen und Soll-Werten für die Abteilungsleiter sowie die Überwachung der Förderung der Mitarbeiter.

**9** Die **Intensität der Kontrolle** durch den Aufsichtsrat wird aber im Allgemeinen auch von der jeweiligen *wirtschaftlichen Lage des Unternehmens* abhängen.<sup>15</sup> Gegenüber einer erfolgreich arbeitenden Geschäftsführung wird sie eher punktueller Natur sein. Bei Vorliegen konkreter Besorgnisgründe hingegen oder im Falle einer Unternehmenskrise wird die Überwachung je nach Lage der Dinge erweitert und intensiviert werden müssen. Damit wird in florierenden Unternehmen die Überwachung durch den Aufsichtsrat häufig eher dem „Bild der kooperativen Beratung“ entsprechen und nur ausnahmsweise in formellen Maßnahmen sichtbar werden.<sup>16</sup>

**10** Aus der sprachlichen Formulierung des § 95 Abs 1 AktG<sup>17</sup> lässt sich schließen, dass die Adressateneigenschaft der Überwachungspflicht des Aufsichtsrates nicht nur auf den Vorstand zutrifft, **sondern auf alle Personen**, die im Rahmen der **Geschäftsführung** auf irgendeine Art und Weise tätig sind, unabhängig davon, ob diesen Personen Organstellung innerhalb der Gesellschaft zukommt

---

<sup>15</sup> Für den Bereich des GmbH-Rechts *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 30j Rz 6.

<sup>16</sup> *Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 820.

<sup>17</sup> § 95 Abs 1 AktG lautet: „*Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.*“

oder nicht.<sup>18</sup> Gegenstand der Überwachung durch den Aufsichtsrat kann daher unter Umständen auch die Tätigkeit eines Konsulenten oder eines ad-hoc beigezogenen Beraters sein.<sup>19</sup>

Sonderprobleme ergeben sich im Konzernverhältnis. Als Grundsatz ist festzuhalten, dass Gegenstand der Tätigkeit des Aufsichtsrates der Obergesellschaft das ist, was für die Obergesellschaft bedeutsam ist. Auf die Verhältnisse einzelner Untergesellschaften kommt es nur mittelbar – dh soweit eine Auswirkung auf die Obergesellschaft besteht – an. Der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft hat daher nicht die gesamten geschäftsführenden Tätigkeiten der einzelnen Konzernunternehmen zu überwachen. Ihm obliegt vielmehr nur die Überwachung des Vorstandes der Konzernmuttergesellschaft im Rahmen der Konzernleitung.<sup>20</sup>

Der Aufsichtsrat darf seine konkrete Überwachungsaufgabe im gesellschaftsrechtlichen Gefüge nie direkt, sondern stets nur auf **indirektem** Wege, dh über den Vorstand, ausüben.<sup>21</sup> Will der Aufsichtsrat mit einzelnen Personen aus dem Unter-

---

<sup>18</sup> Für den Bereich des GmbH-Rechts siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 30j Rz 4. Nach *Koppensteiner* seien Adressaten der Überwachung durch den Aufsichtsrat einzig und allein die Geschäftsführer der GmbH, nicht hingegen etwa auch diesen nachgeordnete Personen mit Leitungsfunktion. Diese Auffassung kann damit begründet werden, dass die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates Entscheidungen betrifft, für welche die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer außer Frage steht.

<sup>19</sup> *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> (2010) §§ 95–97 Rz 8; dagegen aber eindeutig *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 11, die vertritt, dass nachgeordnete Mitarbeiter, die auch Managementtätigkeiten erfüllen, nicht der unmittelbaren Aufsicht des Aufsichtsrates unterliegen; dies jedoch differenzierend im Falle der Delegation von Geschäftsführungsaufgaben durch den Vorstand an nachgeordnete Personen.

<sup>20</sup> *Frotz/Schörghofer*, Aufgaben des Aufsichtsrates in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 20.

<sup>21</sup> *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 95–97 Rz 8.

nehmen (zB mit dem Leiter des Controllings) sprechen, so muss die Einladung dennoch über den Vorstand erfolgen.<sup>22</sup> Ein direkter Zugriff auf Mitarbeiter der Gesellschaft unter Umgehung des Vorstandes ist dem Aufsichtsrat daher dem Grunde nach verwehrt.<sup>23</sup>

**13** Kontrollkriterien bzw **Kontrollmaßstäbe** der Überwachungstätigkeit sind primär die Rechtmäßigkeit bzw die Ordnungsmäßigkeit der Maßnahmen,<sup>24</sup> aber auch die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.<sup>25</sup>

**14** Als **Mittel** der Kontrolle gelten neben speziellen, im Gesetz vorgesehenen Kompetenzen, insbesondere Beanstandungen durch den Aufsichtsrat bzw bei Vorgängen, die noch nicht abgeschlossen sind, Mitteilungen darüber, welche Vorgangsweise der Aufsichtsrat für richtig hält.<sup>26</sup>

### **Vergleichender Exkurs: Der Aufsichtsrat bei der GmbH und bei Genossenschaften**

**15** Anders als Aktiengesellschaften müssen **Gesellschaften mit beschränkter Haftung** nur unter **bestimmten** gesetzlich normierten **Voraussetzungen** einen obligatorischen Aufsichtsrat bestellen.

---

<sup>22</sup> Bei akuten Anlassfällen ist der Vorstand zumindest vor der unmittelbaren Kontaktaufnahme des Aufsichtsrates mit dem einzelnen Mitarbeiter vom Gespräch zu informieren: *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 12.

<sup>23</sup> Ausnahmen sollen nach *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 12 uE zu Recht für besonders prekäre Situationen gelten, in denen der Vorstand zB jede Informationsaufnahme zu unterbinden versucht. In diesem Sinne auch *Krejci*, Der neugierige Aufsichtsrat, GesRZ 1993, 2 (6).

<sup>24</sup> Für die GmbH bildet jedenfalls auch § 25 GmbHG, der die Pflichten der Geschäftsführer normiert, einen Überwachungsmaßstab: so *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 30j Rz 5.

<sup>25</sup> Dabei geht es vor allem um die Vertretbarkeit der Entscheidung: s *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 30j Rz 5.

<sup>26</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 30j Rz 7.

Zentrale Bestimmung des **GmbH-Rechts** für **16** die **Errichtung** eines **obligatorischen Aufsichtsrates** ist § 29 GmbHG: Danach *muss* für die GmbH ein Aufsichtsrat bestellt werden, wenn das Stammkapital der GmbH 70.000 € *und* die Anzahl der Gesellschafter fünfzig übersteigen; ebenfalls, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer<sup>27</sup> durchschnittlich dreihundert übersteigt; weiters kann sich im Konzernverhältnis bei einheitlicher Leitung oder bei Beherrschung eines Konzerns durch eine GmbH eine Pflicht zur Errichtung eines Aufsichtsrates ergeben. Andere Fälle, die zu einem obligatorischen Aufsichtsrat für die GmbH führen, betreffen unter gewissen Voraussetzungen die GmbH & Co KG sowie die grenzüberschreitende Verschmelzung.<sup>28</sup> Im Übrigen darf für die GmbH ein **fakultativer Aufsichtsrat** bestellt werden. Wenn die Gründungsgesellschafter keinen Aufsichtsrat bestellen, kann es sich empfehlen, bereits anlässlich der Errichtung der GmbH gesellschaftsvertraglich Vorsorge für einen späteren fakultativen Aufsichtsrat zu treffen.<sup>29</sup>

Anders als bei der AG gestaltet sich die **17** Rechtslage bei der GmbH auch im Hinblick auf Bestellungs- und Abberufungskompetenzen des Aufsichtsrates gegenüber der Geschäftsführung: Im **GmbH-Recht** hat der **Aufsichtsrat keine Kompetenz zur Bestellung und Abberufung**

---

<sup>27</sup> Keine Arbeitnehmer im Sinne dieser Bestimmung sind die Geschäftsführer der GmbH sowie leitende Angestellte, denen maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebs zukommt. Maßgeblicher Stichtag für das Überschreiten der Arbeitnehmerzahlen ist nach § 29 Abs 4 GmbHG jeweils der 1. Jänner eines Kalenderjahres.

<sup>28</sup> Zur detaillierten Regelung des § 29 GmbHG vgl zB *Gellis, GmbHG*<sup>7</sup> (2007) § 29 Rz 1 ff.

<sup>29</sup> Eine solche Klausel könnte in etwa folgendermaßen lauten: „*Die Gesellschafter können mit drei Viertel der abgegebenen Stimmen in der Generalversammlung einen Aufsichtsrat mit mindestens drei, höchstens sechs Mitgliedern, bestellen.*“

von Geschäftsführern.<sup>30</sup> Auf Grund dieser fehlenden Kompetenz und der stärkeren Rechtsstellung der Generalversammlung durch ihr Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern kommt dem Aufsichtsrat bei der GmbH meist **geringere Bedeutung** zu als bei der AG.<sup>31</sup> Andererseits kann dem Aufsichtsrat einer GmbH aufgrund von § 301 Abs 4 iVm § 20 Abs 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss ein **Weisungsrecht** gegenüber den **Geschäftsführern** eingeräumt werden, was im Falle einer AG nicht möglich ist.<sup>32</sup>

**18** Im Vergleich zur AG sind die **genossenschaftlichen Regelungen** zum Aufsichtsrat relativ karg (vgl §§ 24 ff GenG): Bei **Genossenschaften** werden die Aufsichtsratsmitglieder von der **Generalversammlung** aus dem Kreis der Genossenschafter und der Organmitglieder gewählt. Sie können nicht gleichzeitig Vorstandsmitglied der Genossenschaft sein.<sup>33</sup> Die innere Ordnung des Aufsichtsrates wird vom GenG weitgehend der Generalversammlung überlassen.<sup>34</sup>

## 1.2. Die innere Ordnung<sup>35</sup>

**19** Der Aufsichtsrat kann sich selbst und auch dem Vorstand eine Geschäftsordnung geben.

---

<sup>30</sup> Klarstellend *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung<sup>2</sup> I 417 (2/608). Eine solche Kompetenz kann dem Aufsichtsrat einer GmbH auch nicht per Gesellschafterbeschluss und auch nicht im Gesellschaftsvertrag übertragen werden. Die Bestellung und Abberufung obliegt im GmbH-Recht den Gesellschaftern.

<sup>31</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> 620 (4/6).

<sup>32</sup> *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>6</sup> (2008) Rz 435.

<sup>33</sup> *Nowotny*, Genossenschaft in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) 5/86.

<sup>34</sup> Mit dem URÄG 2008 wurde die innere Ordnung teilweise den Regelungen der GmbH angeglichen.

<sup>35</sup> Zur inneren Ordnung s ausführlicher Kapitel 3.