

Gleichzeitige Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand verbundener Aktiengesellschaften*

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der aktienrechtlichen Frage einer möglichen Unvereinbarkeit der Vorstands-/Aufsichtsrats Tätigkeit in der Muttergesellschaft mit einer Vorstands- und/oder Aufsichtsratsfunktion in damit verbundenen Tochtergesellschaften desselben Konzerns.

1. Einleitung

Folgender Anlassfall: Die Herren Dr. S und Dipl.-Ing. C sind derzeit Mitglieder des dreiköpfigen Vorstandes der Mutter-AG. Dipl.-Ing. C soll des weiteren Aufsichtsratsmitglied der Tochter-AG werden. Herr S wurde zwischenzeitlich zum weiteren Vorstandsmitglied der Tochter-AG bestellt. Die Mutter-AG ist zu 11 % an der Tochter-AG beteiligt; eine Rückbeteiligung der Tochter-AG besteht nicht. Abzuklären ist, ob die (vorgesehene) Mitgliedschaft von Herrn Dr. S und Herrn Dipl.-Ing. C im Vorstand bzw. Aufsichtsratsgremium der Tochter-AG nach aktienrechtlichen Vorschriften zulässig ist?

2. Unvereinbarkeit im Recht der AG

2.1 Bestellungsverbot de lege lata?

Gesetzliche Unvereinbarkeitsvorschriften, die eine Doppelfunktion im Konzern verbieten, bestehen nach österreichischem Aktienrecht nicht.¹ Dennoch vertritt ein Teil der Lehre² bereits de lege lata für den Aufsichtsrat ein Bestellungsverbot, das verhindern soll, dass die abhängigen Vorstände den Konzernvorstand über die Aufsichtsratsfunktion des herrschenden Unternehmens kontrollieren.³ Für die Unzulässigkeit einer **Bestellung gegen das Organisationsgefälle**⁴ spricht immerhin der Telos des § 90 Abs 1 AktG.⁵ Desweiteren sei eine sogenannte **Überkreuzverflechtung** insoweit unzulässig, als der Vorstand der einen Aktiengesellschaft zugleich zum Aufsichtsrat der anderen bestellt würde, während umgekehrt der Vorstand der anderen Aktiengesellschaft gleichzeitig Aufsichtsrat der einen Aktiengesellschaft wäre.⁶ Dies wird nach bestrittener Auffassung⁷ damit begründet, dass derjenige, der überwachen soll, nicht selbst in einer anderen Gesellschaft der Überwachung durch den Überwachten unterliegen kann.⁸

Die in § 100 Abs. 2 Z 2 dAktG ausgedrückten und von einem Teil der österreichischen Lehre geforderten Beschränkungen haben ihren Grund darin, dass vom Vorstandsmitglied eines

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.

¹ Zutreffend, *Lutter*, Interessenkonflikte durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat, RdW 1987, 314, 318 mwN.

² *Jud*, GesRZ 1982, 113 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 4/61 f; *Wiünsch*, GmbHG, § 30a Rz 9; **aA** *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrecht⁵, 243; *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität in FS Strasser (1983), 843, 850, der dogmatisch unterstützenswert lediglich für ein Teilnahme- und Stimmrechtsverbot eintritt.

³ Vgl demgegenüber das positivrechtliche Verbot des § 100 Abs 2 Z 2 dAktG: „Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist“.

⁴ Der Vorstand der Tochtergesellschaft ist im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft.

⁵ So zutreffend *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 86 Rz 14 aE.

⁶ Vgl dazu § 100 Abs 2 Z 3 dAktG: „Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört“.

⁷ Vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, aaO § 86 Rz 14 mwN.

⁸ Ähnlich das zivilprozessuale Verbot, Richter in eigener Sache zu sein - nemo iudex in sua causa (§ 20 Z 1 JN).

abhängigen Unternehmens nicht erwartet werden kann, dass jemand denjenigen, von dem er selbst abhängig ist, sorgfältig und gewissenhaft (§ 99 iVm § 84 AktG) überwacht.

Die einzige positivrechtliche **Unvereinbarkeitsbestimmung des § 90 AktG** betrifft lediglich den Fall der gleichzeitigen Zugehörigkeit zum Vorstand und Aufsichtsrat ein und derselben Aktiengesellschaft.⁹ Eine zeitlich vorübergehende Ausnahme gewährt § 90 Abs 2 AktG bei kurzzeitiger Verhinderung von Vorstandsmitgliedern. In dieser Zeit der Vertretung ruht allerdings das Aufsichtsratsmandat. Das Wettbewerbsverbot des § 79 AktG gilt allerdings in dieser Zeit nicht. Im Übrigen bleibt es bei der strengen Inkompatibilität zwischen der Aufsichtsrat- und Vorstandsfunktion bei ein und derselben AG. Das Verbot des § 90 Abs 1 Satz 2 AktG wird von der hM¹⁰ dahingehend weit ausgelegt, dass die Unvereinbarkeit nicht nur für "geschäftsführende" Angestellte, sondern für sämtliche Arbeitnehmer gilt. Die Einhaltung dieser innergesellschaftlichen Kontrollmechanismen steht sogar im öffentlichen Interesse, dessen Verletzung zu einer Abweisung des entsprechenden Eintragungsgesuches beim Firmenbuch führt.¹¹

Für die Zulässigkeit der Bestellung eines Vorstandmitglieds des herrschenden Unternehmens zum Aufsichtsratsmitglied der beherrschten Aktiengesellschaft spricht mE bereits das **Konzernprivileg des § 86 Abs 2 Satz 4 AktG**. Demzufolge sind auf die Höchstzahl von zehn Aufsichtsratsmandaten des § 86 Abs 2 Satz 2 AktG die Sitze einer Person in mehreren Aufsichtsräten konzernmäßig verbundener Gesellschaften insgesamt nur als ein Sitz einzurechnen. Der Gesetzgeber hat sich bei dieser Vorschrift offenbar von der Erwägung leiten lassen, dass Aufsichtsratsmandate in den Konzerntöchtern zum üblichen Pflichtenbereich des Aufsichtsrats/Vorstands des herrschenden Unternehmens gehören und diesen weder eine zusätzliche Belastung noch zusätzlichen Einfluss auf das Tochterunternehmen verschaffen würde. Zweck der Bestimmung ist es offenbar, eine Besetzung der Aufsichtsratsposten von Konzerntöchtern mit Führungskräften der nächsten Ebene zu vermeiden.¹² Selbst nach der strengeren Auffassung eines Teils der Lehre¹³ wäre also nur die Kombination zwischen Aufsichtsrat bei der Mutter und Vorstand bei der Tochter verboten, alle anderen Kombinationsmöglichkeiten sind zulässig, also insbesondere der Doppel-Aufsichtsrat bei Mutter und Tochter, der Vorstand bei der Mutter und gleichzeitiger Aufsichtsrat bei der Tochter und schließlich auch der Doppel-Vorstand bei Mutter und Tochter. Dies bedeutet für den konkreten Anlassfall, selbst wenn es sich bei der Tochter-AG um ein von der Mutter-AG beherrschtes Unternehmen handeln würde, bestünden keine Bedenken gegen die Mitgliedschaft von Herrn Dr. S und Herrn Dipl.-Ing. C im Vorstand beziehungsweise Aufsichtsgremium der Tochter-AG. Gemäß § 15 Abs 2 AktG wird von einem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von den anderen Unternehmen abhängig ist. Bei einer Beteiligung von 11 % liegt ein solches Abhängigkeitsverhältnis jedoch nicht vor.

2.2 Wettbewerbsverbot

Schließlich ist das **für Vorstandsmitglieder nach § 79 Abs 1 AktG** bestehende Wettbewerbsverbot zu beachten. Demnach ist auch die Übernahme von Vorstandstätigkeiten in einer anderen Handelsgesellschaft unzulässig.¹⁴ Dadurch soll erreicht werden, dass das Vorstandsmitglied seiner Gesellschaft die volle Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Für die

⁹ Deutlich *Schiemer*, Handkommentar zum AktG³, § 90 Anm 1.1.

¹⁰ *Schiemer*, aaO § 90 Anm 3.1; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, aaO § 90 Rz 5f.

¹¹ OGH 25.9.1997, 6 Ob 174/97z, ARD 4921/24/98 = *ecolex* 1998, 707 = *GesRZ* 1998, 94 = *RdW* 1998, 73 = *SZ* 70/189.

¹² In diese Richtung auch die deutsche Literatur, allen voran *Hüffer*, AktG⁴ (1999), § 100 Rz 4 mwN.

¹³ Zur an § 100 Abs 2 Satz 1 dAktG orientierten Meinung siehe oben FN (2).

¹⁴ Eingehend dazu *Strasser in Jabornegg/Strasser*, aaO §§ 77-84 Rz 73, 76.

Freistellung von Vorstandmitgliedern von dem Verbot ist der Aufsichtsrat zuständig. Da das Wettbewerbsverbot des § 79 AktG dem Schutz der Gesellschaft dient, kann dieses durch die Satzung auch eingeschränkt und das Vorstandsmitglied in weiten Bereichen von dem Verbot freigestellt werden.¹⁵ Die Gesellschaft kann gemäß § 79 Abs 2 AktG Schadenersatz verlangen oder ihr Eintrittsrecht ausüben, d.h. die Ergebnisse des Geschäftes an sich ziehen. Betätigt sich ein Vorstandsmitglied daher unzulässigerweise als Vorstand einer anderen Gesellschaft, so bezieht sich das Eintrittsrecht idR auf Überlassung der gezahlten Vergütung, oder auf den „Eintritt“ und damit auf etwaige Gewinnanteile, die aus Konkurrenzgeschäften diese Gesellschaft gezogen hat.¹⁶

3. Zusammenfassung

Aus Sicht der aktienrechtlichen Unvereinbarkeitsvorschriften bestehen keine Bedenken gegen eine Doppelmitgliedschaft von Vorständen der Muttergesellschaft im Aufsichtsrat bzw. Vorstand der zugehörigen Tochtergesellschaft. Die wesentlichen aktienrechtlichen Beschränkungen ergeben sich aus dem einzuhaltenden Wettbewerbsverbot des § 79 AktG, das jedoch satzungsmäßig einschränkbar ist, sowie der Unvereinbarkeitsregel des § 90 AktG.

¹⁵ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, aaO §§ 77-84 Rz 70 und 78.

¹⁶ Im einzelnen zur Wahlobligation *Strasser in Jabornegg/Strasser*, aaO §§ 77-84 Rz 79, 82 ff.