

Christopher Schrank/Alexander Stücklberger

# Pflichten und Haftung des neu bestellten Aufsichtsrats

*Gerade in den ersten Monaten ihrer Organfunktion sind Aufsichtsratsmitglieder einer Vielzahl an Haftungsfallen ausgesetzt. Die kurze Amtszeit gilt – wie eine aktuelle Entscheidung bestätigt – nicht als Rechtfertigung für Fehler beim Überwachen des Vorstands. Dieser Beitrag soll deshalb häufige Fehler aufzeigen und zu deren Vorbeugung beitragen.*



## 1. EINLEITUNG

Verletzen Aufsichtsratsmitglieder schuldhaft ihre Pflichten und entsteht der Gesellschaft daraus ein Schaden, so haften sie gegenüber der Gesellschaft (und unter bestimmten Umständen auch deren Gläubigern) persönlich und betraglich unbeschränkt. Das gilt auch für neu bestellte Aufsichtsratsmitglieder; eine Schonfrist bei Mandatsübernahme existiert nicht. Dies bestätigt ein aktuelles Urteil des OLG Düsseldorf,<sup>(1)</sup> das ein Aufsichtsratsmitglied zum Schadenersatz an die (insolvente) AG verurteilte, weil es zu Beginn seiner Amtszeit verabsäumt hatte, zu verhindern, dass der Vorstand nachteilige Geschäfte abschließt.<sup>(2)</sup>

## 2. SACHVERHALT

Nachdem der alte Aufsichtsrat geschlossen zurückgetreten war, bestellte die Hauptversammlung der AG drei neue Aufsichtsratsmitglieder. Das später verurteilte Mitglied wurde über den Rücktrittsgrund des alten Aufsichtsrats unrichtig informiert: Ihm wurde gesagt, der Rücktritt sei aus Altersgründen erfolgt. Tatsächlich trat der alte Aufsichtsrat aber zurück, weil der Vorstand – mit Unterstützung der Eigentümer – Forderungen des Aufsichtsrats zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage nicht erfüllt hatte. Insbesondere hatte der Vorstand gegen den Willen des alten Aufsichtsrats Anteile an einem Start-up zu einem stark überhöhten Preis erworben.

Noch am Tag der Wahl fanden die konstituierende Sitzung des neuen Aufsichtsrats sowie die ordentliche Hauptversammlung statt, die auch die Behandlung des Jahresabschlusses zum Inhalt hatte. Der Jahresabschluss wurde dem neuen Aufsichtsrat in der konstituierenden Sitzung vorgelegt. Da der Aufsichtsrats *de facto* keine Zeit hatte, den Jahresabschluss zwischen der konstituierenden Sitzung und der Hauptversammlung zu prüfen, fasste er den Beschluss,

den Abschluss nicht zu prüfen, sondern ihn unmittelbar der Hauptversammlung zur Feststellung vorzulegen. Folglich wurde der Jahresabschluss mit Hauptversammlungsbeschluss festgestellt. Wenig später erwarb der Vorstand weitere Anteile am selben Start-up, ohne den Aufsichtsrat darüber auch nur in Kenntnis zu setzen.

In weiterer Folge schlitterte die Gesellschaft in die Insolvenz und nach einer Klage des Insolvenzverwalters wurde das Aufsichtsratsmitglied zum Schadenersatz verurteilt. Nach Auffassung des Gerichts hätte sich das Aufsichtsratsmitglied insbesondere durch Prüfung des Jahresabschlusses und Überprüfung der Tätigkeit des vorigen Aufsichtsrats ein genaues Bild über die Lage der Gesellschaft machen müssen. Dadurch wäre es in der Lage gewesen, den Vorstand durch Androhung der Abberufung dazu zu bringen, weitere schädigende Geschäfte zu unterlassen und die Gesellschaft möglicherweise zu sanieren. Das Gericht meint insbesondere auch, dass der Aufsichtsrat so den späteren Kauf der weiteren Anteile an dem Start-up verhindern hätte können und müssen.

## 3. QUALIFIKATION DES AUFSICHTSRATS

Der Frage, welche Pflichten neu gewählte Aufsichtsratsmitglieder haben, ist die Frage nach den erforderlichen Qualifikationen eines Aufsichtsratsmitglieds vorgelagert.

Der OGH fasst die Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder dahin gehend zusammen, dass jedes Mitglied die Fähigkeit haben muss, „*schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen*“.<sup>(3)</sup> Sohlin ist ganz allgemein zu verlangen, dass ein Aufsichtsratsmitglied über überdurchschnittliche Intelligenz und Durchsetzungskraft verfügen muss. Es muss in der Lage sein, Berichte des Vorstands und des Abschlussprüfers, insbesondere den Jahresabschluss, sowie allfällige Aus-

MMag. Dr. Christopher Schrank ist Partner einer Rechtsanwalts-GmbH in Wien.

Alexander Stücklberger ist juristischer Mitarbeiter bei derselben Gesellschaft.

(1) OLG Düsseldorf 6. 11. 2014, I-6 U 16/14, ZIP 2015, 1586.

(2) Aufgrund der nahezu identen Rechtslage kann diese Entscheidung weitgehend auf Österreich umgelegt werden.

(3) OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76, EvBl 1978/4.

künfte von Sachverständigen zu verstehen und zu überprüfen (sogenannte *financial literacy*). Außerdem sind grundlegende Kenntnisse der Branche des Unternehmens notwendig.<sup>(4)</sup>

Über diese generellen Anforderungen an jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied hinaus muss der Gesamtaufsichtsrat als Organ weitere Qualifikationen aufweisen. Der Aufsichtsrat muss so zusammengestellt sein, dass das Gesamtorgan über überdurchschnittliches Wissen und überdurchschnittliche Erfahrung in allen Tätigkeitsgebieten der Gesellschaft verfügt.<sup>(5)</sup> Folglich sollte sich der Aufsichtsrat aus Experten verschiedener Gebiete (zB Recht, Finanzen, Technik) zusammensetzen. Fehlt ein entsprechend qualifiziertes Mitglied, hat sich der Aufsichtsrat um eine Ergänzung zu bemühen.

Zu beachten ist, dass der für Aufsichtsratsmitglieder geltende Sorgfaltsmaßstab objektiv gilt. Dies bedeutet, dass es im Schadensfall bei der Beurteilung des Verschuldens nicht auf die individuellen Fähigkeiten des konkreten Aufsichtsratsmitglieds ankommt, sondern auf jene Fähigkeiten, die normalerweise von einem Aufsichtsratsmitglied erwartet werden. Wird daher etwa ein Techniker zum Aufsichtsratsmitglied bestellt, kann er sich nicht damit „herausreden“, aufgrund seiner Ausbildung nicht in der Lage gewesen zu sein, die Bilanz zu lesen. Wird ein Mitglied wegen solcher besonderen Fachkenntnisse in einem Gebiet bestellt, wird aber umgekehrt seine Sorgfalt sogar am Maßstab eines Sachverständigen gemessen. Dasselbe gilt für Mitglieder von Ausschüssen (insbesondere des Prüfungsausschusses), die ebenfalls über Spezialwissen auf dem Aufgabengebiet des Ausschusses verfügen müssen.

#### 4. DIE ERSTEN MONATE ALS AUFSICHTSRATSMITGLIED

##### 4.1. Vorbemerkung

Gesetz und Rechtsprechung unterscheiden nicht zwischen erfahrenen Aufsichtsratsmitgliedern und „rookies“. Insbesondere wird neuen Aufsichtsratsmitgliedern keine Einarbeitungs- oder Orientierungsphase zugestanden. Rechte und Pflichten, vor allem auch der Sorgfaltsmaßstab und die Haftung, gelten ab der Annahme des Mandats für alle Mitglieder unterschiedslos. Vor diesem Hintergrund ist der oft eingeschlagene Weg, das Mandat während der ersten Monate der Aufsichtsratsfunktion eher zurückhaltend auszuüben und sich erst einmal in die

Gesellschaft einzuarbeiten, falsch. Vielmehr müssen die Aufsichtsratsmitglieder die Gesellschaft und deren wirtschaftliche Situation von Beginn an kennen, weil sie andernfalls gar nicht beurteilen können, welche Handlungen geboten sind und welche Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft liegen.

##### 4.2. Überblick über die Gesellschaft

Die Intensität, mit der der Aufsichtsrat die Geschäftsleitung überwachen muss, ist von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft abhängig. Dabei lässt sich die Intensität grob in drei Stufen einteilen: begleitende, unterstützende und gestaltende Überwachung.<sup>(6)</sup> Bei normalem Geschäftsverlauf muss der Aufsichtsrat seine Überwachungstätigkeit zurückhaltend im Sinne einer begleitenden Überwachung ausüben; das bedeutet im Wesentlichen eine allgemeine Kontrolle der Führungsentscheidungen der Geschäftsleitung. Sobald Gefahren für die Gesellschaft bestehen, erhöht sich sein Sorgfaltsmaßstab und er muss seine Überwachungstätigkeit verstärken: Der Aufsichtsrat muss etwa seine Sitzungsfrequenz erhöhen, zusätzliche Berichte anfordern, Stellungnahmen abgeben oder Zustimmungsvorbehalte setzen. Verschlechtert sich die Lage weiter, befindet sich die Gesellschaft also in der Krise, muss der Aufsichtsrat alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel ergreifen. Vor allem muss geprüft werden, ob die Geschäftsleitung fähig ist, die Gesellschaft aus der Krise zu führen. Sofern bzw. sobald die Führungskraft (wieder) gegeben ist, muss gemeinsam mit der Geschäftsleitung ein Sanierungskonzept erarbeitet und ausgeführt werden. Sollten die Sanierungsbemühungen scheitern, muss der Aufsichtsrat darauf hinwirken, dass ein Insolvenzantrag gestellt wird; selbst antragsberechtigt ist der Aufsichtsrat jedoch nicht.<sup>(7)</sup>

Um zu erkennen, wo die Gesellschaft „steht“ und wie intensiv die Überwachungstätigkeit ausgeübt werden muss, muss sich der neu gewählte Aufsichtsrat unverzüglich die zur Beurteilung der Lage der Gesellschaft erforderlichen Unterlagen (insbesondere die letzten Jahresabschlüsse, den Prüfbericht des Abschlussprüfers, wichtige Vorstandsberichte) von der Geschäftsleitung vorlegen lassen. Weiters muss sich der Aufsichtsrat auch die Protokolle der Aufsichtsratssitzungen der letzten Jahre vorlegen lassen, um sich ein Bild über die Beschlusslage des bisherigen Aufsichtsrats machen zu können, zumal die Beschlüsse des „alten“ Aufsichtsrats durch

Gesetz und Rechtsprechung unterscheiden nicht zwischen erfahrenen Aufsichtsratsmitgliedern und „rookies“. Insbesondere wird neuen Aufsichtsratsmitgliedern keine Einarbeitungs- oder Orientierungsphase zugestanden.

(4) Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 34 Rz 20 ff mwN.

(5) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k.

(6) Kalss in Münchener Kommentar zum AktG<sup>4</sup>, § 111 Rz 141.

(7) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> (2012) § 95 Rz 21.

den Wechsel nicht ihre Gültigkeit verlieren. Welcher Zeitraum dem Aufsichtsrat in weiterer Folge für die Einarbeitung zur Verfügung steht, ist im Einzelfall zu beurteilen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Aufsichtsratsfunktion eine Nebentätigkeit ist.<sup>(8)</sup> Folglich kann auch für die Einarbeitung grundsätzlich kein darüber hinausgehender Umfang verlangt werden. Sollten jedoch bereits bei der Einarbeitung Umstände erkennbar werden, die auf eine Krise der Gesellschaft hinweisen und folglich eine erhöhte Überwachungsintensität notwendig erscheinen lassen, ist die Einarbeitungsphase entsprechend zu intensivieren.

Ist nur ein einzelnes oder sind mehrere (nicht jedoch alle) Mitglieder des Aufsichtsrats neu, kann auch die Hilfe der „alten“ Mitglieder in Anspruch genommen werden. Keinesfalls aber sollte ein neues Aufsichtsratsmitglied aufgrund einer solchen „Einführung“ durch andere Aufsichtsratsmitglieder auf die Vorlage der erforderlichen Unterlagen und die persönliche Prüfung dieser Unterlagen verzichten. Schließlich müssen Aufsichtsratsmitglieder ihre Pflichten höchstpersönlich wahrnehmen und haften für die Einhaltung dieser Pflichten der Gesellschaft gegenüber solidarisch.<sup>(9)</sup> Das Mitverschulden anderer Organe bzw. Organmitglieder wirkt weder haftungsbefreiend noch haftungsmindernd.<sup>(10)</sup>

#### 4.3. Notwendige Entscheidungen in den ersten Monaten

##### 4.3.1. Allgemeines

Der Aufsichtsrat hat neben der allgemeinen Überwachung auch (begrenzte) Entscheidungsgewalt in der Gesellschaft. So erfordern beispielsweise bestimmte Geschäfte die Zustimmung des Aufsichtsrats (§ 95 Abs 5 AktG; § 30j Abs 5 GmbHG). Außerdem muss der Aufsichtsrat den Jahresabschluss prüfen, bei der AG im Regelfall auch feststellen.

Um das Fortkommen der Gesellschaft nicht zu bremsen, können Entscheidungen notwendig werden, bevor sich das neue Aufsichtsratsmitglied einen umfassenden Überblick über die Gesellschaft verschafft hat. Die Frage ist nun, wie sich das neu bestellte Aufsichtsratsmitglied in solchen Situationen zu verhalten hat, zumal ja – wie ausgeführt – der anzuwendende objektive Sorgfaltsmaßstab nicht zwischen neu bestellten und erfahrenen Mitgliedern unterscheidet.

Einen gewissen Rettungsanker bietet allerdings die seit 1. 1. 2016 auch gesetzlich in § 84 Abs 1a AktG bzw. § 25 Abs 1a GmbHG verankerte Business Judgment Rule, die nach Maßgabe des § 99 AktG bzw. des § 33 Abs 1 GmbHG auch für den Aufsichtsrat gilt. Demnach handelt er „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 Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“<sup>(11)</sup> Aus dem Begriff der Angemessenheit lässt sich nun ableiten, dass der Gesetzgeber nicht durchgehend eine 100%ige Information verlangt. Vielmehr ist auch die Frage, wann die Entscheidungsgrundlage ausreichend ist, eine eigene unternehmerische Entscheidung. Dabei ist sowohl das Verhältnis von Kosten und Nutzen zu beachten als auch die Frage der Dringlichkeit einer schnellen Entscheidung ausschlaggebend.<sup>(12)</sup> Während strategische Entscheidungen auf Grundlage breiter, möglichst allumfassender Information gefällt werden müssen, können Entscheidungen, die besonders dringend sind oder nur geringen Umfang oder aus sonstigen Gründen geringe Bedeutung für das Unternehmen haben, aufgrund von weniger umfangreicher Information und dementsprechend schneller getroffen werden. Maßgeblich ist, ob das Aufsichtsratsmitglied aufgrund seines Sorgfaltsmaßstabs (siehe dazu oben Punkt 3.) annehmen durfte, dass die Information nach Maßgabe der Bedeutung und Dringlichkeit der Entscheidung angemessen ist. Darüber hinaus ist zu beachten, dass bei neuen Aufsichtsratsmitgliedern durchaus auch ein geringerer Grad an Information angemessen sein kann als bei alteingesessenen Mitgliedern. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass das Aufsichtsratsmandat lediglich eine Nebentätigkeit ist.

Das Aufsichtsratsmitglied hat anhand der ihm zur Verfügung stehenden Informationen, die auch die eigene Kenntnis über die Gesellschaft umfassen, eine Prognose aufzustellen. Nach dieser Prognose ist schließlich im besten Interesse der Gesellschaft zu entscheiden.

##### 4.3.2. Prüfung des Jahresabschlusses

Zur Prüfung des Jahresabschlusses stehen dem Aufsichtsrat zwei Monate ab Vorlage durch die Geschäftsleitung zur Verfügung. Wann ge-

Verletzen Aufsichtsratsmitglieder schuldhaft ihre Pflichten und entsteht der Gesellschaft daraus ein Schaden, so haften sie gegenüber der Gesellschaft (und unter bestimmten Umständen auch deren Gläubigern) persönlich und betraglich unbeschränkt.

(8) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k.

(9) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 95 Rz 151.

(10) Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch, § 34 Rz 66.

(11) Hervorhebung durch die Autoren.

(12) Spindler in Münchener Kommentar zum AktG<sup>4</sup>, § 93 Rz 48.

nau die Vorlagepflicht der Geschäftsleitung erfüllt ist, ist jedoch strittig:

Die Vorlagepflicht ist in § 96 AktG und § 222 UGB geregelt. Während § 96 AktG von Vorlage an den „Aufsichtsrat“ spricht, verlangt § 222 UGB die Vorlage an die „Mitglieder des Aufsichtsrats“ (das GmbHG enthält keine eigene Vorgabe, weshalb nur § 222 UGB anwendbar ist). Ein Teil der Lehre meint, § 222 UGB ginge als speziellere Vorschrift vor, weshalb beispielsweise die Vorlage an den Aufsichtsratsvorsitzenden allein nur dann ausreicht, wenn eine Vereinbarung mit dem Gesamtaufichtsrat besteht und die Unterlagen auch tatsächlich bei den einzelnen Mitgliedern ankommen. Anderenfalls muss die Geschäftsleitung die Unterlagen jedem einzelnen Mitglied übergeben.<sup>(13)</sup> Demgegenüber meint ein anderer Teil der Lehre, dass die unterschiedliche Wortwahl keine besondere rechtliche Bedeutung hat. Es handle sich um ein Recht des Gesamtaufichtsrats, somit wären auch die Unterlagen dem Gesamtaufichtsrat und nicht einzelnen Mitgliedern vorzulegen.<sup>(14)</sup> Aufgrund der persönlichen Haftung und der höchstpersönlichen Mandatsausübungspflicht ist unseres Erachtens die erste Ansicht zutreffend, weil sie jedem Aufsichtsratsmitglied die volle Frist zur Prüfung gewährleistet. Anderenfalls würde ein knapp zwei Monate nach Übermittlung des Abschlusses an den Aufsichtsrat erfolgter Wechsel im Aufsichtsrat dazu führen, dass ein neues Mitglied den Jahresabschluss möglicherweise nicht ausreichend prüfen kann, aber muss, was vom Gesetz nicht beabsichtigt sein kann. Dem schließt sich wohl auch das OLG Düsseldorf im gegenständlichen Fall an: Es spricht aus, dass dem verurteilten Aufsichtsratsmitglied noch die volle Frist zur Prüfung offengestanden wäre.

Neue Aufsichtsratsmitglieder sollten daher den Jahresabschluss jedenfalls sorgfältig prüfen und allenfalls auch die Zweimonatsfrist ausnutzen. Sofern die übrigen Aufsichtsratsmitglieder dennoch schon früher über den Jahresabschluss beschließen wollen, trifft das Aufsichtsratsmitglied eine weitere Pflicht: In einem solchen Fall reicht es nämlich nicht aus, zur Vermeidung von eigenen Haftungen einfach nur gegen den Beschluss zu stimmen. Vielmehr muss das Mitglied vor der Beschlussfassung seine Situation darlegen, um so die anderen Mitglieder durch sachliche Argumente davon zu überzeugen, dass eine Sistierung des Beschlusses notwendig wäre.

Die Tatsache, dass ein Wechsel im Aufsichtsrat somit dazu führen kann, dass der Jahresabschluss erst später geprüft und festgestellt

werden kann, muss nun aber auch von den ausscheidenden Mitgliedern berücksichtigt werden. Sollte es nämlich wegen eines Rücktritts mehrerer Aufsichtsratsmitglieder dazu kommen, dass der Jahresabschluss erst verspätet geprüft und festgestellt werden kann, können die zurückgetretenen Mitglieder wegen Rücktritts zur Unzeit haften.<sup>(15)</sup>

### 4.3.3. Genehmigung von Geschäften

Bei zustimmungspflichtigen Geschäften ist es öfters notwendig, den diesbezüglichen Aufsichtsratsbeschluss rasch zu fassen. Klarerweise ist es für ein neues Aufsichtsratsmitglied ungleich schwieriger, ein mögliches Geschäft zu beurteilen. Die von der Geschäftsleitung übermittelten Unterlagen werden in aller Regel allein nicht genügen, um die Auswirkungen des Geschäfts für die Gesellschaft, insbesondere auf Strategie und Budget, zu beurteilen. Es sind also weitere Informationen anzufordern, bis nach Maßgabe der Sorgfaltspflicht davon ausgegangen werden kann, dass die Information der Tragweite und Dringlichkeit des Geschäfts angemessen ist (zur Angemessenheit siehe oben Punkt 4.3.1.).

Auch hier gilt aber, dass im Zweifel gegen die Maßnahme gestimmt und versucht werden sollte, die übrigen Aufsichtsratsmitglieder davon zu überzeugen, den Beschluss aufzuschieben. Für genehmigte Maßnahmen haftet das Aufsichtsratsmitglied nämlich nach den allgemeinen Grundsätzen. Wird hingegen ein Geschäft wegen des neuen Aufsichtsratsmitglieds nicht genehmigt, ist eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder kaum denkbar, weil der Vorstand in der Regel die Möglichkeit hat, sich das Geschäft von der Hauptversammlung absegnen zu lassen.<sup>(16)</sup>

## 5. FAZIT

Gerade ein neues Aufsichtsratsmitglied sollte bei Ausübung seines Mandats Vorsicht walten lassen. Da das Haftungsrecht nicht zwischen „rookies“ und langgedienten Aufsichtsratsmitgliedern unterscheidet, muss insbesondere bei Beschlussfassung über den Jahresabschluss sowie bei der Genehmigung von zustimmungspflichtigen Geschäften besonders aufgepasst werden. Hat das neue Aufsichtsratsmitglied noch keine ausreichenden Informationsgrundlagen oder überhaupt noch nicht ausreichend Zeit, den Beschlussgegenstand zu prüfen, muss es versuchen, den Beschluss zu verschieben. Gelingt das nicht, ist gegen den Beschluss zu stimmen.

Gerade ein neues Aufsichtsratsmitglied sollte bei Ausübung seines Mandats Vorsicht walten lassen.

<sup>(13)</sup> Kalss/E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 96 Rz 18 mwN.

<sup>(14)</sup> Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> (2011) § 97 Rz 54 mwN.

<sup>(15)</sup> OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k.

<sup>(16)</sup> Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup>, § 97 Rz 40.