

Dr. Clemens EGERMANN, Rechtsanwalt, Wien  
Mag. Stephan HECKENTHALER, Wien

## Der Verwaltungsrat in der Europäischen Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung – Überlegungen zu §§ 38 ff SEG<sup>\*</sup>

**Das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea - SE) schafft die nähere Grundlage für das monistische System in einer österreichischen SE. Der folgende Beitrag untersucht einzelne Fragen zum Verwaltungsrat. Diese resultieren vor allem aus dem Spannungsverhältnis von SEG zu den europarechtlichen Vorgaben.**

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgewählte Fragen zum Verwaltungsrat
  - 1. Gesetzestechnik, insb am Beispiel Wiederbestellung
  - 2. Kontrollfunktion
  - 3. Konkrete Wahrnehmung der Kontrolle
  - 4. Weisungsbefugnis der Hauptversammlung?
  - 5. Präsenzquorum
  - 6. Sitzungsfrequenz
  - 7. Funktionsperiode
  - 8. Haftung der geschäftsführenden Direktoren
  - 9. Exkurs: Anstellungsvertrag
- III. Fazit

### I. Einleitung

Am 8.10.2004 wird die Europäische Gesellschaft<sup>1)</sup> (Societas Europaea – im Folgenden: „SE“) nach jahrzehntelangen Geburtswehen das Licht der Welt erblicken. Ob sie eine europa- und ordnungspolitische Missgeburt<sup>2)</sup> oder das Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts<sup>3)</sup> darstellt, wird die Zukunft weisen. Nachstehende Überlegungen befassen sich mit der Einführung des monistischen Systems<sup>4)</sup> in der SE österreichischer Prägung, wobei einige für die Praxis besonders relevante Aspekte zur Diskussion gestellt werden.<sup>5)</sup> Eine der wesentlichen Neuerungen der supranationalen Gesellschaftsform der SE stellt die Wahlmöglichkeit<sup>6)</sup> zwischen zwei Organisationsmodellen dar: Zum einen gibt es das (vertraute) dualistische (zweistufige) System mit einem Aufsichtsorgan (in Österreich: Aufsichtsrat) und einem Leitungsorgan (in Österreich: Vorstand). Zum anderen gibt es das monistische (einstufige) System mit einem einzigen Verwaltungsorgan.<sup>7)</sup> Während im dualistischen System die Geschäftsführung und die Überwachung organisatorisch voneinander getrennt sind, werden diese Aufgaben im monistischen Modell von einem einzigen Organ wahrgenommen. Die Hauptversammlung der Aktionäre besteht in beiden Systemen zwingend. Die Entscheidung für das jeweilige Organisationsmodell erfolgt in der Satzung, wobei das Wahlrecht nicht durch die Gründung der SE konsumiert ist. Durch Satzungsänderung ist ein Abgehen vom gewählten System möglich.

Die SE hat ihre Grundlage in einer europarechtlichen Verordnung, diese ermächtigt<sup>8)</sup> in Art 43 Abs 4 jene Mitgliedstaaten, die das einstufige Organisationsmodell nicht kennen, entsprechende Vorschriften in Bezug auf die SE zu erlassen. Von dieser Regelungsermächtigung macht der österreichische Gesetzgeber Gebrauch. Die §§ 38 bis 60 des Gesetzes über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea - SE) – (SE-Gesetz – SEG)<sup>9)</sup> gestalten den innerstaatlichen rechtlichen Rahmen für das monistische System aus. In der Terminologie des SEG ist das einheitliche Leitungs- und Kontrollorgan der *Verwaltungs-*

<sup>\*</sup>) Der Beitrag entstand bei Arbeiten an einem Praxishandbuch zur SE sowie an einer Dissertation zum monistischen System und wurde Anfang Juli 2004 abgeschlossen.

<sup>1)</sup> Eingehende Darstellung ua in *Schwarz*, Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001, 1847; *Schulz/Geismar*, Die Europäische Aktiengesellschaft, DStR 2001, 1978; *Bungert/Beier*, Die Europäische Aktiengesellschaft, EWS 2002, 1.

<sup>2)</sup> *Wiesner*, Der Nizza-Kompromiss zur Europa AG – Triumph oder Fehlschlag? ZIP 2001, 397 (398). Zum Folgenden auch *Kübler*, Leitungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts, ZHR 167 (2003) 222 (Sonderdruck).

<sup>3)</sup> *Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise oder neue Anläufe, ZIP 1998, 96 (99).

<sup>4)</sup> Den Verwaltungsrat nicht unmittelbar betreffende Bestimmungen, etwa die arbeitsrechtliche Mitbestimmung oder Fragen der Gründung, bleiben außer Betracht.

<sup>5)</sup> Die nachfolgenden Überlegungen wollen sich als Denkanstoß aus der Praxis verstehen und alternative Interpretationsmöglichkeiten aufzeigen. Einige der hier aufgeworfenen Fragen wird der EuGH zu lösen haben.

<sup>6)</sup> Art 38 lit b der Verordnung (EG) des Rates Nr 2157/2001 vom 8.10.2001, ABI EG L 294 vom 10.11.2001; diese wird nachstehend als „VO“, „Statut der Europäischen Gesellschaft“ oder „SE-Statut“ bezeichnet.

<sup>7)</sup> Die Vergrößerung der Satzungsautonomie bei der SE aufgrund der Einführung zahlreicher inhaltlicher Wahlmöglichkeiten ist grundsätzlich zu begrüßen. Es erscheint aber zweifelhaft, ob die Praxis bereit sein wird, von den aus den nationalen Rechtsordnungen vertrauten gesellschaftsrechtlichen Organisationsstrukturen abzugehen und ob das monistische System für in Österreich ansässige SE durchschlagenden Erfolg haben wird. Viele Unternehmen werden wohl vor den damit verbundenen Unsicherheiten zurückschrecken.

<sup>8)</sup> Zur Qualifikation als Ermächtigung siehe *Artmann*, Die Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, WBI 2002, 189 (190); *Kübler*, ZHR 167 (2003) 231; *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft (2002) 57.

<sup>9)</sup> Dieses ist Teil des GesRÄG 2004, RV 466 BlgNR 22. GP, das in BGBl I 2004/67 kundgemacht wurde. Paragraphenangaben ohne Nennung des Gesetzes beziehen sich in der Folge auf das SEG.

rat, der zur Abwicklung des Tagesgeschäfts *geschäftsführende Direktoren* zu bestellen hat.

## II. Ausgewählte Fragen zum Verwaltungsrat

### 1. Gesetzestechnik, insb am Beispiel Wiederbestellung

Zunächst soll ein Blick auf die vom Gesetzgeber im SEG gewählte Regelungstechnik geworfen werden: Das Statut der Europäischen Gesellschaft ist eine europarechtliche Verordnung. Als solche gilt sie gem Art 249 EGV unmittelbar und bedarf keiner weiteren Transformation oder Inkorporation ins nationale Recht. Die Besonderheiten des SE-Statuts mit seinen zahlreichen Regelungsaufträgen und Wahlrechten für die nationalen Gesetzgeber machen abweichend davon ein Ausführungsgesetz erforderlich. Um das Funktionieren der SE im nationalen Recht zu gewährleisten, enthält die VO nämlich zahlreiche Verweise ins mitgliedstaatliche Recht bzw ermächtigt den nationalen Gesetzgeber, im Rahmen der VO eigene Vorschriften für die SE zu erlassen. Das SE-Statut stellt kein abschließendes Normengebilde dar,<sup>10)</sup> sondern überlässt dem österreichischen Gesetzgeber die Ausgestaltung einzelner Teilaspekte,<sup>11)</sup> insb in Bezug auf das Organisationsrecht des monistischen Systems. Die nationalen Bestimmungen dürfen der VO nicht widersprechen.<sup>12)</sup> Bei der Ausführung einer Verordnung durch den nationalen Gesetzgeber ist grundsätzlich die Wiederholung deren Inhaltes (oder auch von Teilen desselben) unzulässig.<sup>13)</sup> Dadurch soll vermieden werden, dass der Normunterworfenen über den Normgeber im Unklaren ist.<sup>14)</sup> Ausnahmen lässt der EuGH im Wesentlichen nur aufgrund schwieriger nationaler Gesetzesstrukturen zu.<sup>15)</sup>

Der österreichische Gesetzgeber hat sich im SEG entschieden, zum Verwaltungsrat teilweise den Inhalt der VO wiederzugeben. So wiederholt er bspw in § 46 Abs 1 Satz 1 im Wesentlichen die in Art 43 Abs 3 Satz 1 VO niedergelegte Kompetenz der Hauptversammlung zur Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats. Im Gegensatz zu Art 43 Abs 3 Satz 2 VO normiert das SEG aber nicht, dass die ersten Mitglieder des Verwaltungsrats auch durch die Satzung bestellt werden können. § 46 Abs 1 Satz 2 lehnt sich inhaltlich an Art 46 Abs 2 VO an, der die Wiederbestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats zulässt. Die nach der VO bestehende Möglichkeit, in der Satzung Einschränkungen für die Wiederbestellung von Mitgliedern der Organe zu normieren, ist dem SEG nicht zu entnehmen. Diese Regelungstechnik erschwert dem Rechtsanwender das Auffinden der konkret anwendbaren Bestimmungen. Bei flüchtiger Betrachtung könnte man beim vorgenannten Beispiel des § 46 Abs 1 etwa zum Schluss gelangen, die Frage der (Wieder-)Bestellung der Verwaltungsräte sei im SEG abschließend geregelt. Allzu leicht könnte aufgrund der Aufnahme einer der VO inhaltlich *prima vista* entsprechenden Bestimmung in das SEG die (nicht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers stehende) Möglichkeit, in der Satzung Einschränkungen bei der Wiederbestellung der Verwaltungsräte vorzusehen bzw die ersten Verwaltungsräte in der Satzung zu bestel-

len, übersehen<sup>16)</sup> werden. Der Rechtsanwender sieht sich also mit einer komplizierten Gemengelage aus gemeinschaftsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Bestimmungen sowie in der Satzung enthaltenen Regelungen konfrontiert, weshalb bei der Auslegung des SEG erhöhte Aufmerksamkeit geboten ist. Zum richtigen Verständnis und zur korrekten Interpretation des SEG bedarf es auch bei den Bestimmungen, die dem äußeren Anschein nach eine abschließende Regel enthalten, einer Zusammenschau mit der VO.<sup>17)</sup> Für eine andere Lösung des komplexen Regelungsproblems, vor das die VO die nationalen Gesetzgeber stellt, hat sich beim vorgenannten Beispiel der Bestellung der Verwaltungsräte der deutsche Gesetzgeber entschieden. Das deutsche SE-Ausführungsgesetz<sup>18)</sup> enthält dazu lediglich einen allgemeinen Verweis auf die VO.<sup>19)</sup>

Fraglich ist in diesem Zusammenhang weiters, ob sich der österreichische Gesetzgeber bei der Ausführung des SE-Statuts innerhalb der Grenzen, die ihm von der VO vorgegeben sind, bewegt.<sup>20)</sup> In Teilbereichen hat es den Anschein, als ob er nicht scharf zwischen der von der VO eingeräumten Regelungsermächtigung an die *Mitgliedstaaten* einerseits und derjenigen an die *Satzung* der SE

<sup>10)</sup> So wird das für die SE geltende Recht in Europa nicht etwa völlig vereinheitlicht, die supranationale Rechtsform der SE erfährt eine jeweils nationale Prägung.

<sup>11)</sup> Zu Recht weisen *Kalss/Greda*, Die Europäische Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 2004, 91 (92) darauf hin, dass es schwierige Abgrenzungsfragen zwischen supranationaler und nationaler Regelungsebene gibt. Ob der österreichische Gesetzgeber beim monistischen System diese alle richtig gelöst hat, erscheint zweifelhaft – über die richtige Grenzziehung wird es noch erhebliche Diskussionen geben (dazu unten Punkte II.5. bis II.7.).

<sup>12)</sup> Zur Rechtswirkung einer europarechtlichen Verordnung s allgemein *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>2</sup> (2001) 58 und insb 69 ff. In diesem Zusammenhang könnte die Aussage von *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 92, die VO enthalte im Bereich der Organisationsverfassung wenige zwingende Vorgaben, missverstanden werden. Klarer ist es, wenn man mit *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 (442) von einer geringen Regelungsdichte spricht, weil dies nicht den Schluss zulässt, die Bestimmungen der VO seien dispositiv.

<sup>13)</sup> EuGH Rs 34/73, *Variola*, Slg 1973, 981 Rz 10.

<sup>14)</sup> *Obenaus*, Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die österreichische Legistik, JRP 1999, 111 (113). EuGH Rs 34/73, *Variola*, Slg 1973, 981 Rz 11.

<sup>15)</sup> EuGH Rs C-272/83, *Kommission gegen Italien*, Slg 1985, 1057 Rz 26 f.

<sup>16)</sup> Der Hinweis in den Gesetzesmaterialien auf die durch die Satzung mögliche Abdingbarkeit der Wiederbestellungsregelung (ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 28 [zu § 46 Abs 1]) entschärft die Problematik nicht überzeugend.

<sup>17)</sup> Dieser europarechtlichen Besonderheit trägt § 1 Abs 1, wonach das SEG dem Wirksamwerden der VO dient, nur bedingt Rechnung. Im Hinblick auf den Anwendungsvorrang und die unmittelbare Geltung der VO ist § 1 Abs 1 dSEAG (FN 18) klarer gefasst. Danach ist das dSEAG nur anzuwenden, soweit nicht die VO gilt.

<sup>18)</sup> Gesetzentwurf der deutschen BReg vom 21.6.2004, BT-Drucksache 15/3405: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG), abrufbar unter <http://dip.bundestag.de/btd/15/034/1503405.pdf>, das in Art I das SE-Ausführungsgesetz (SEAG), in der Folge „dSEAG“, enthält. Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags war der Gesetzgebungsprozess in Deutschland noch nicht abgeschlossen.

<sup>19)</sup> § 28 Abs 1 dSEAG: „Die Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats richtet sich nach der Verordnung.“

<sup>20)</sup> S dazu Punkte II.5. bis II.7. unten.

andererseits unterscheidet. In diese Richtung deuten die Erläuterungen zu § 45 Abs 3: Nach Art 47 Abs 1 VO kann die Satzung der SE vorsehen, dass eine juristische Person Mitglied eines Organs sein kann, sofern das für Aktiengesellschaften maßgebliche Recht nichts anderes bestimmt. Die Gesetzesmaterialien zum SEG sprechen in dem Zusammenhang davon, dass von der Ermächtigung der VO kein Gebrauch gemacht werden soll, was so verstanden werden könnte, als ob der Gesetzgeber Art 47 Abs 1 VO als Regelungsermächtigung an *ihn* deutet.<sup>21)</sup> Die im SE-Statut enthaltenen Ermächtigungen an die Satzung und diejenigen an die Mitgliedstaaten sind streng auseinander zu halten. Erfasste die Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers auch die durch die VO geregelten oder die der Satzung übertragenen Aspekte, könnte der Gesetzgeber die Vorgaben des SE-Statuts außer Kraft setzen.<sup>22)</sup> Man könnte zwar versuchen zu argumentieren, die Satzung der SE habe nur eine aus dem nationalen Recht abgeleitete Regelungskompetenz, sodass mit jeder Ermächtigung an die Satzung implizit auch eine Ermächtigung an den nationalen Gesetzgeber einhergehe. Ein solcher Begründungsversuch überzeugt aufgrund der von der VO vorgenommenen Differenzierung jedoch nicht. Auch Art 9 Abs 1 lit c VO<sup>23)</sup> verdeutlicht, dass der nationale Gesetzgeber das monistische System nur im Rahmen der VO ausgestalten darf: Nach dieser Bestimmung unterliegt die SE nationalem Recht grundsätzlich nur in Bezug auf die nicht durch die VO geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf die nicht von der VO erfassten Aspekte. Bestimmungen der VO gehen nationalem Recht vor. Art 68 Abs 1 VO, dem zufolge die Mitgliedstaaten alle geeigneten Vorkehrungen zu treffen haben, um das Wirksamwerden der VO zu gewährleisten, ändert daran nichts. Er normiert nur generell die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur näheren Ausführung des SE-Statuts, die durch die bewusste „Lückenhaftigkeit“ der VO notwendig wird.<sup>24)</sup>

## 2. Kontrollfunktion

Nach dem dem monistischen System inhärenten Wesen vereinigt das Verwaltungsorgan in der SE die Leitungs- und Kontrollfunktion. Dass diesem Organ auch eine Überwachungsaufgabe zukommt, ist der VO nicht explizit zu entnehmen. Art 43 Abs 1 VO spricht (nur) davon, dass es die Geschäfte der SE führt. Auch das SEG normiert nicht ausdrücklich, dass der Verwaltungsrat die Überwachungsaufgaben führt. Nach § 38 Abs 2 tritt zwar der Verwaltungsrat in den dort näher bezeichneten Bereichen an die Stelle von Vorstand und Aufsichtsrat, sofern nicht Rechte und Pflichten den geschäftsführenden Direktoren zugewiesen werden. Bei dieser Bestimmung handelt es sich aber bloß um eine (formelle) Verweisungsnorm ohne inhaltliche Umschreibung der Agenden. Nach der (materiellen) Definition der Aufgaben und Rechte des Verwaltungsrats in § 39 Abs 1 leitet dieser die Gesellschaft und führt deren Geschäfte, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfor-

dert. Ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>25)</sup> orientierte sich der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung an § 70 Abs 1 AktG, nicht hingegen auch an § 95 Abs 1 AktG. Die Überwachung ist in dieser ursprünglich auf den Vorstand abstellenden Norm nicht ausdrücklich erwähnt. Dass auf eine vollständige klare Hervorhebung – oder programmatische Aufzählung – aller Aufgaben des Verwaltungsrats an einer Stelle des SEG verzichtet wurde, ist aus Sicht des mit dem Wesen des einstufigen Organisationsmodells nicht zwangsläufig vertrauten Rechtsanwenders bedauerlich, liegt doch gerade in den Organzuständigkeiten ein wesentlicher Unterschied zwischen monistischem und dualistischem System. Der (aufgrund stärkerer Akzentuierung der Kontrollfunktion im Verhältnis zum Vorstand umfänglichere) Aufgabenbereich des Verwaltungsrats hätte in der Umschreibung von dessen Kompetenzen deutlicher herausgearbeitet werden sollen.

Es wird versucht, die fehlende ausdrückliche Anführung der Kontrollfunktion durch eine extensive Interpretation des Leitungsbegriffs iSd § 39 Abs 1 und durch einen Rekurs auf das Schweizer Obligationenrecht (OR) auszugleichen.<sup>26)</sup> Bei extensiver Interpretation des Leitungsbegriffs des SEG umfasste dieser neben der Geschäftsführung und Vertretung eben auch die Überwachung. Die zum AktG entwickelte Auslegung des Leitungsbegriffs<sup>27)</sup> könnte für den Verwaltungsrat österreichischer Prägung nicht unmittelbar fruchtbar gemacht werden. Dem SEG läge ein eigener, (in Teilbereichen) umfassenderer Begriff der Leitung zu Grunde. Über diesen interpretativen Ansatz kann man zwar zum gewünschten Ergebnis gelangen, an der Unschärfe der *Verba legalia* vermag er aber nichts zu ändern. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung und zwecks leichter Handhabbarkeit sollte bei so nahe verwandten Materien des Gesellschaftsrechts wie dem Recht der AG und dem der SE nach Möglichkeit eine Differenzierung der Begrifflichkeiten vermieden werden. Sogar innerhalb des SEG wären die Leitungsbegriffe des ein- und des zweistufigen Organisationsmodells unterschiedlich. In diesem Zusammenhang wird weiters vertreten, die Kontrolle der

<sup>21)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 27 (zu § 45 Abs 3). Ob der Gesetzgeber damit vielleicht sagen will, er könne das *AktG* entsprechend ändern, bleibt unklar.

<sup>22)</sup> Artmann, WBI 2002, 190.

<sup>23)</sup> Neben dieser Generalverweisung gibt es entsprechend formulierte Spezialverweisungen (etwa in den Art 51 und 53 VO) und Regelungsaufträge (Art 19 letzter Satz VO). Dazu auch Schindler, Europäische Aktiengesellschaft 8 f.

<sup>24)</sup> Wären die Bestimmungen der VO aufgrund von Art 68 Abs 1 VO tatsächlich abdingbar, hätte der Verordnungsgeber mit einem Federstrich seine Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung zunichte gemacht. Zu dieser Frage auch Brandt, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991.

<sup>25)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 24 (zu § 39 Abs 1).

<sup>26)</sup> S in dem Zusammenhang Kalss/Greda, GesRZ 2004, 103.

<sup>27)</sup> Der Begriff der Leitung (dazu Fleischer, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1) umfasst nach der hM zum AktG (ausführlich Strasser, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 447) die Geschäftsführung im Innenbereich und die Vertretung nach außen. Zöge man den zum AktG entwickelten Leitungsbegriff auch für das SEG heran, wäre die Anführung der Geschäftsführung in § 39 Abs 1 tautologisch.

Geschäftsführung sei (im Hinblick auf die festgelegten Ziele) den Leitungsaufgaben iS einer Oberleitung zuzuordnen.<sup>28)</sup> Auch wenn dies im Ergebnis zutreffen mag, wird zur Begründung dieser Ansicht nicht auf das (mit Unschärfen behaftete) Wesen des monistischen Systems, sondern auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Schweizer Verwaltungsrats<sup>29)</sup> verwiesen. Zum Verständnis dieser Argumentation genügt die bloße Auslegung des SEG – und seiner europarechtlichen Grundlagen – nicht, sondern es bedarf zusätzlich des Blickes über die Grenze in die Schweiz und der näheren Auseinandersetzung mit deren Verwaltungsratssystem: Art 716a OR nennt in Z 1 als delegationsfeste Aufgabe<sup>30)</sup> des Verwaltungsrats die Oberleitung der Gesellschaft.<sup>31)</sup> Der Inhalt des Begriffs der Oberleitung wird durch die nachfolgenden Ziffern des Art 716a OR weiter konkretisiert.<sup>32)</sup> So wird in Z 5 *leg cit* als weitere unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen, ausdrücklich angeführt. Daraus folgt für den Schweizer Verwaltungsrat die Kontrolle der Geschäftsführung bezüglich Gesetzmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Zielgerichtetheit. Anders als im SEG ist im OR die Überwachungsaufgabe schon dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen.

Den Praktiker befriedigt der Versuch, die dargestellte begriffliche Unschärfe des SEG durch Rekurs auf eine fremde Rechtsordnung zu kompensieren (sofern dogmatisch überhaupt zulässig), ebenso wenig wie die Ableitung der Kontrollfunktion aus einem im Vergleich zum AktG modifizierten Leitungsbegriff. Die Frage der Umschreibung der Aufgaben des Verwaltungsrats ist keine bloß akademische, der Ruf nach einem deutlichen Hinweis auf die Kontrollfunktion hat einen realen Hintergrund, nämlich die Haftungsfolgen für den Verwaltungsrat und dessen Sorgfaltsmaßstab. Kann sich ein Mitglied des Verwaltungsrats zur Vermeidung persönlicher Haftung wegen unzureichender Kontrolle der Unternehmensführung etwa darauf berufen, § 39 Abs 1 erwähne diese Aufgabe nicht? Ist der Sorgfaltsmaßstab eines sorgfältigen und gewissenhaften Verwaltungsrats iSd § 55 gegenüber dem des sorgfältigen und gewissenhaften Überwachenden iSd § 99 AktG gar herabgesetzt? Auch wenn § 55 für die Haftung des Verwaltungsrats sinngemäß auf §§ 84 und 99 AktG verweist und aus diesen Bestimmungen allein die Überwachungsaufgaben nicht zwangsläufig folgen, muss die Antwort „Nein“ lauten. Die gegenüber dem Vorstand erweiterte Kontrollfunktion des Verwaltungsrats kann bei inhaltlicher Betrachtung aus jenen Bestimmungen des SEG abgeleitet werden, die dem Verwaltungsrat Aufgaben zuweisen, die im dualistischen System dem Aufsichtsrat übertragen sind. So kann der Verwaltungsrat bspw die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände wie die Gesellschaftskasse, den Waren- und Wertpapierbestand einsehen und prüfen (§ 39 Abs 4).<sup>33)</sup> Ihm kommt etwa auch das Recht zu, die Hauptversammlung einzuberufen,

wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert (§ 39 Abs 2).<sup>34)</sup> Die in § 95 Abs 5 Z 1 bis Z 11 AktG genannten Geschäfte bedürfen seiner Zustimmung (§ 40 Abs 2).<sup>35)</sup>

Gerade wegen der Haftungsverantwortung, die für die Organwalter mit ihren Aufgaben verbunden ist, wäre eine griffige und klare gesetzliche Definition der Agenden des Verwaltungsrats (zumindest in Form einer Generalklausel) wünschenswert. Zur Beseitigung der Zweifel empfiehlt sich jedenfalls die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Satzung. Vorbild für eine über Zweifel erhabene Positivierung der Kontrollkompetenz im SEG hätte die in Deutschland getroffene Regelung sein können: Nach § 22 Abs 1 dSEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und *überwacht deren Umsetzung*.<sup>36)</sup>

### 3. Konkrete Wahrnehmung der Kontrolle

Nach dem SEG hat der Verwaltungsrat geschäftsführende Direktoren zu bestellen, welche die laufenden Geschäfte besorgen (§§ 56, 59). Das ist Ausfluss der europarechtlichen Empfehlung, eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und jener Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, zu schaffen.<sup>37)</sup> Wie die Kontrolle durch den Verwaltungsrat in der Praxis erfolgt, ist durch das SEG nicht explizit vorgegeben. Diesbezüglich besteht Regelungsspiel-

<sup>28)</sup> *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 103, in Anlehnung an ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 24 (zu § 39 Abs 1).

<sup>29)</sup> Der Gesetzgeber nimmt nach den ErläutRV bei den Bestimmungen zum Verwaltungsrat im SEG Anleihe im OR und dessen Verwaltungsratssystem. Wegen ähnlicher Rechtstradition ist dieser Rekurs zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ob es aber auch gerechtfertigt ist, für die Interpretation des SEG auf das OR zurückgreifen zu müssen, ist fraglich, zumal dem SEG selbst der Begriff der Oberleitung als *Terminus technicus* fremd ist.

<sup>30)</sup> Solche delegationsfesten Aufgaben sind unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zugewiesen. Er hat diese selbst zu erfüllen; die Betrauung anderer Organe oder Dritter ist nicht zulässig.

<sup>31)</sup> *Böckli*, Schweizer Aktienrecht<sup>2</sup> (1996), Rz 1528; *Watter* in *Honsell/Vogt/Geiser*, Kommentar zum Schweizer Privatrecht OR II (1994) Art 716a Rz 4. Die Oberleitung umfasst neben der Festlegung der Unternehmenspolitik die Wahl der Mittel zur Erreichung der Ziele und das Weisungsrecht an die Geschäftsführung.

<sup>32)</sup> *Homburger* in *Gauch/Schmidt*, Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch V (1997) Art 716a Rz 534.

<sup>33)</sup> Zu den vergleichbaren Befugnissen des Aufsichtsrats s § 95 Abs 3 AktG.

<sup>34)</sup> Vgl für den Aufsichtsrat § 95 Abs 4 AktG.

<sup>35)</sup> Wesentliches Merkmal des monistischen Modells ist somit, dass die Letztverantwortung für die Unternehmenspolitik allein beim Verwaltungsrat liegt. Demgegenüber verteilt sich die Verantwortung beim dualistischen Modell auf zwei Organe: Der Aufsichtsrat kann sich der Verantwortung für Fehlleistungen des Vorstandes nicht entziehen, da er zu überwachen hat; umgekehrt trägt der Vorstand eine originäre Eigenverantwortung, da der Aufsichtsrat keine Weisungsbefugnis hat und auch in seiner Personalhoheit wegen der eingeschränkten Abberufbarkeit des Vorstands Grenzen unterliegt.

<sup>36)</sup> § 22 Abs 1 dSEAG ist an Art L 225-35 Code de Commerce angelehnt. Er soll deutlich machen, dass die Aufgaben des Verwaltungsrats weiter reichen als diejenigen des Aufsichtsrats im dualistischen Modell (BT-Drucksache 15/3405, 36 [zu § 22 dSEAG]).

<sup>37)</sup> Erwägungsgrund 14 der VO. Anders noch die RV, nach der bei nicht börsennotierten Gesellschaften die Bestellung von geschäftsführenden Direktoren in der Satzung ausgeschlossen werden konnte.

raum, das monistische System österreichischer Prägung ermöglicht eine flexible Gestaltung. Neben der Befassung des Gesamtorgans ist bspw die Einrichtung eines *Kontrollausschusses* denkbar. Wie jeder Ausschuss muss auch dieser aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen.<sup>38)</sup> Um eine ausreichende, unbefangene Überwachung sicherzustellen, scheint es zweckmäßig, wenn die mit der Überwachung betrauten Mitglieder des Ausschusses nicht auch die von ihnen geprüften Geschäftsführungsagenden wahrnehmen. Sinnvollerweise werden daher die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder die geschäftsführenden Direktoren überwachen. Zwingend erforderlich ist dies jedoch nicht, besteht doch im monistischen System in der Ausgestaltung des SEG keine generelle Inkompatibilität von Geschäftsführung und Aufsicht.<sup>39)</sup> Bei Befangenheit bzw Interessenkollision eines Verwaltungsratsmitglieds, das auch zum geschäftsführenden Direktor bestellt wurde, wird dieses im Verwaltungsrat bei Abstimmung über seine Geschäftsführungstätigkeit kein Stimmrecht haben. Theoretisch nicht ausgeschlossen erscheint, dass der Verwaltungsrat eine *Ressortverteilung* vorzunehmen und die Überwachung der Geschäftsführung einem einzigen Verwaltungsratsmitglied zu übertragen wünscht. Die Zulässigkeit der Ressortverteilung folgt aus der Übernahme der für den Vorstand im AktG in diesem Zusammenhang bestehenden Regelungen in das SEG. Aus diesen leitet die hM zum AktG<sup>40)</sup> die Möglichkeit einer Ressortverteilung ab. Das müsste auch im Anwendungsbereich des SEG gelten. Es ist daher ein Nebeneinander von Ressort- und Ausschussbildung im Verwaltungsrat möglich, ebenso wie die Befassung des Gesamtorgans, die in Teilbereichen zwingend ist. Inwieweit die Praxis aber davon Gebrauch machen wird, für Überwachungsagenden ein Ressort einzurichten, ist fraglich. Haftungsrechtliche Erwägungen werden diese Entscheidungen mitbestimmen, weil die Gesamtverantwortung des Verwaltungsrats von dieser Aufteilung grundsätzlich unberührt bleibt. Nehmen Mitglieder des Verwaltungsrats ihre Kontrollaufgabe (etwa zur Verschleierung von Fehlern, die ihnen bei der Geschäftsführung unterlaufen sind) nicht unbefangen und sorgfältig wahr, kann dies Schadenersatzansprüche begründen. Fraglich ist jedoch, ob solche Verfehlungen bei Fehlen einer auch organisatorisch unabhängigen Kontrollinstanz rechtzeitig aufgedeckt werden.

#### 4. Weisungsbefugnis der Hauptversammlung?

Die VO beantwortet die Frage nach der Gebundenheit des Verwaltungsorgans an Weisungen der Hauptversammlung nicht ausdrücklich. Für das Leitungsorgan im dualistischen System bestimmt Art 39 Abs 1 VO, dass dieses die Geschäfte in eigener Verantwortung führt. Für das Verwaltungsorgan im monistischen System bestimmt Art 43 Abs 1 VO, dass dieses die Geschäfte der SE führt. Dass dies *unter eigener Verantwortung* zu erfolgen habe, ist der VO nicht zu entnehmen. Daraus wird abgeleitet, die VO normiere ein Weisungsrecht der Hauptversammlung gegenüber dem Verwaltungsorgan.<sup>41)</sup> Sowohl die Ge-

schäftsführung als auch das Verhältnis des Verwaltungsorgans zur Hauptversammlung bedürften als europarechtliche Begriffe einer autonomen Auslegung und seien nicht aus der Warte des nationalen Normenbestandes<sup>42)</sup> zu deuten. Diese Auffassung ist zu überprüfen. UE regelt die VO nicht ausdrücklich, ob ein Weisungsrecht besteht.<sup>43)</sup> Die allfällige Weisungsunterworfenheit des Verwaltungsorgans gehört zur Ausgestaltung des monistischen Systems, sie betrifft insb das Verhältnis der Organe zueinander. Die Frage nach der möglichen Weisungsbefugnis ist uE daher aus dem SEG zu lösen.<sup>44)</sup>

Das SEG enthält diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung. Die Gesetzesmaterialien indizieren, dass der Gesetzgeber iSd subjektiv-historischen Interpretation eher davon ausgeht, dass kein Weisungsrecht besteht: Die Erläuterung zum Ministerialentwurf enthielten noch den Hinweis, die Hauptversammlung könne als Minus zur jederzeit möglichen Abberufung der Verwaltungsräte wohl auch *Anleitungen* geben.<sup>45)</sup> Dies allein vermochte zur Klärung nichts

<sup>38)</sup> § 51 Abs 4 Satz 3. Vgl für den Aufsichtsrat allgemein *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG<sup>4</sup> §§ 92 – 94 Rz 74 ff.

<sup>39)</sup> Eine gewisse Reserviertheit gegenüber einer zu engen Verknüpfung der Kontrolle mit der Geschäftsführung ist bspw aus dem möglichen Ausschluss der internen geschäftsführenden Direktoren von den Sitzungen des Verwaltungsrates (§ 52 Abs 1), der Inkompatibilität des Vorsitzes im Verwaltungsrat mit der Position als geschäftsführender Direktor (§ 50 Abs 2) und dem Erfordernis der Mehrheit von nicht geschäftsführenden Mitgliedern im Verwaltungsrat (§ 59 Abs 1) abzuleiten. Ein Ausschuss des Verwaltungsrats zur Führung der laufenden Geschäfte darf nicht bestellt werden (§ 51 Abs 3).

<sup>40)</sup> Dazu umfassend *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG<sup>4</sup> § 70 Rz 30 ff mwN.

<sup>41)</sup> S dazu *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 106.

<sup>42)</sup> *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 106 verwenden in diesem Zusammenhang den Begriff der „nationalen Brille“.

<sup>43)</sup> Anderes gilt, wenn man das Fehlen der Wendung „in eigener Verantwortung“ in Art 43 Abs 1 VO als eine bewusste Auslassung ansieht, woraus der positive Normsetzungswille iSd Anordnung der Weisungsbefugnis abzuleiten sei. Entscheidend ist, ob eine bewusste Unterlassung (iS einer positiven Anordnung), eine irrtümliche Unterlassung (eine Regelungslücke iS einer planwidrigen Unvollständigkeit) oder die bewusste Nicht-Regelung dieser Thematik erfolgte. Die abschließende Klärung dieser Frage obliegt dem EuGH. Für die weiteren Ausführungen wird davon ausgegangen, dass die VO für diese Frage bewusst keine positive Regelung trifft und die Regelungsermächtigung des nationalen Gesetzgebers greift.

<sup>44)</sup> Unklar ist das Verhältnis von Art 43 Abs 4 VO, der dem nationalen Gesetzgeber die Ausgestaltung des monistischen Systems ermöglicht, zu Art 52 VO, der bezüglich der Kompetenzen der Hauptversammlung subsidiär ins nationale Aktienrecht verweist. Wäre die Frage der Weisungsgebundenheit des Verwaltungsrats unter die Kompetenzen der Hauptversammlung zu subsumieren (in diese Richtung tendenziell JAB 488 BlgNR 22. GP, 2), würde schon aus Art 52 VO und dem darin normierten Verweis in das AktG die Unzulässigkeit der Erweiterung der Kompetenzen der Hauptversammlung durch die Einführung eines Weisungsrechts gegenüber dem Verwaltungsrat folgen. Die Frage nach einem allfälligen Weisungsrecht scheint uE jedoch von Art 43 Abs 4 VO (als *Lex specialis* gegenüber Art 52 VO) umfasst zu sein. Diese Bestimmung ermächtigt den nationalen Gesetzgeber zu einer – (im Rahmen der Vorgaben der VO) grundsätzlich auch vom nationalen Aktienrecht abweichenden – Ausgestaltung des monistischen Systems. Art 43 Abs 4 VO müsste wohl auch das Verhältnis der Organe zueinander umfassen, andernfalls wäre die Ausgestaltung des monistischen Systems nur im Rahmen der für die Hauptversammlung bestehenden aktienrechtlichen Strukturen möglich.

<sup>45)</sup> Erläut zu 132/ME BlgNR 22. GP, 21 (zu § 39 Abs 1).

beizutragen, weil unklar blieb, ob dies in Form einer Weisung oder durch das Druckmittel der (unbegründeten) Aberufung erfolgt. In den ErläutRV wurde dieser Satz gestrichen.<sup>46)</sup> Der Bericht des Justizausschusses scheint davon auszugehen, dass kein Weisungsrecht besteht.<sup>47)</sup> Anders als § 70 AktG für den Vorstand spricht § 39 Abs 1 nicht davon, dass der Verwaltungsrat die Gesellschaft *in eigener Verantwortung* leitet. Wie schon oben zur VO ausgeführt, kann aus dem Fehlen dieser Wendung im SEG nicht zwangsläufig der Umkehrschluss gezogen werden, dass jedenfalls ein Weisungsrecht gegenüber dem Verwaltungsrat angeordnet wäre. Ebenso könnte aus der Tatsache, dass im Gesetz kein Weisungsrecht erwähnt ist, geschlossen werden, dass dieses gerade nicht bestehen soll. Dies gilt umso mehr, als die sich diesbezüglich voneinander unterscheidenden Bestimmungen (§ 70 AktG und § 39 Abs 1) in zwei unterschiedlichen Gesetzen zu finden sind. Aus der nicht erfolgten Übernahme einer Wendung des AktG kann nicht zwangsläufig auf einen positiven Normsetzungswillen im SEG geschlossen werden. Ein vergleichender Blick auf andere österreichische Normen spricht gegen ein Weisungsrecht.<sup>48)</sup> So wird etwa für den GmbH-Geschäftsführer<sup>49)</sup> in § 20 Abs 1 GmbHG ausdrücklich angeordnet, dass diesem durch Beschluss der Gesellschafter Weisungen erteilt werden können. Anderes gilt für den Stiftungsvorstand: In § 17 Abs 1 PSG ist zwar nicht eigens angeführt, dass der Stiftungsvorstand die Privatstiftung unter eigener Verantwortung verwaltet und vertritt; es besteht jedoch eine Bindung an den Stiftungszweck. Aus dieser Bindung wird für den Stiftungsvorstand von der hL<sup>50)</sup> dessen grundsätzliche Weisungsfreiheit abgeleitet. Auch für den Verwaltungsrat besteht eine Zweckbindung bei der Leitung der SE: Nach § 39 Abs 1 hat im monistischen System die Leitung der Gesellschaft zum Wohl des Unternehmens (unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses) zu erfolgen.<sup>51)</sup> Der Verwaltungsrat ist daher in der Ausübung seiner Leitungsbefugnis an die Zielvorgaben des § 39 Abs 1 gebunden und vorrangig dem Wohl des Unternehmens verpflichtet.<sup>52)</sup> Somit verbietet sich eine zu starke Einflussnahme durch andere Organe in Form eines Weisungsrechts. Unter der (hier abgelehnten) Annahme, dass ein Weisungsrecht existiert, stünde der Verwaltungsrat regelmäßig vor komplizierten Abwägungsfragen.<sup>53)</sup> Unter sinngemäßer Anwendung der aktienrechtlichen Grundsätze vermag nämlich eine rechtmäßige Weisung der Hauptversammlung den Verwaltungsrat zwar im Verhältnis zur Gesellschaft, nicht hingegen zu den Gesellschaftsgläubigern von einer Haftung zu befreien.<sup>54)</sup> Dem Verwaltungsrat stellte sich die Frage, ob eine gegen die in § 39 Abs 1 niedergelegten Ziele verstoßende (etwa eine am gesellschaftsfremden Vorteil eines einzelnen Aktionärs orientierte) Weisung überhaupt beachtlich wäre. Selbst wenn ein Weisungsrecht bestünde, müsste das ausdrücklich positivierte Unternehmenswohl Vorrang vor dem (abgeleiteten) Weisungsrecht haben, sodass die Gesellschaftsgläubiger im Rahmen des § 84 Abs 5 AktG die Befolgung einer gegen das Unternehmenswohl versto-

ßenden Weisung gegenüber dem Verwaltungsrat relevieren könnten.

Wollte man einer Weisungsbefugnis der Hauptversammlung das Wort reden, wäre der Verwaltungsrat zu deren Vollzugsorgan degradiert. Diesfalls würde sich auch die Frage nach der Sinnhaftigkeit der erforderlichen Mindestanzahl von drei Verwaltungsratsmitgliedern stellen. Diese soll ua eine wechselseitige Kontrolle der einzelnen Organträger im Interesse des Unternehmenswohls gewährleisten. Müssten bloß die Beschlüsse der Hauptversammlung exekutiert werden, liefe die interne Kontrolle, die auch durch die Interaktion mehrerer Organwalter sichergestellt werden soll, ins Leere. Auch rechtspolitische Überlegungen sprechen gegen ein Weisungsrecht: Die Rechtsform der SE ist auf Gesellschaften zugeschnitten, die in mehreren Mitgliedstaaten ihre Tätigkeit entfalten.<sup>55)</sup> Die Hauptversammlung hat idR nicht den erforderlichen Sachverstand zur eingehenden Beurteilung der anstehenden Themen, von einzelnen Geschäftsführungsmaßnahmen bis hin zu wichtigen, langfristigen Strategieentscheidungen. Nur in Ausnahmefällen, etwa bei sonstiger Interessenkollision, scheint ihre Befassung vertretbar.<sup>56)</sup> Selbst bei ausreichender fachlicher Kompetenz verfügt sie idR nicht über die (zur eingehenden Vorbereitung eines Weisungsbeschlusses) erforderlichen Informationen, besteht doch außerhalb der Hauptversammlung für die Aktionäre kein Auskunftsrecht.<sup>57)</sup> Bei einer Weisungsgebundenheit wäre das Machtgefüge zugunsten der Hauptversammlung verschoben, das könnte sich als (wirtschaftlicher) Hemmschuh der SE erweisen. Diese fände sich gelähmt und unfähig, am Markt die gebotenen Entscheidungen rasch und von Partikularinteressen unbeeinflusst zu treffen. Aus all dem folgt, dass auch in der Satzung der SE kein Weisungsrecht

<sup>46)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 24 (zu § 39 Abs 1).

<sup>47)</sup> JAB 488 BlgNR 22. GP, 2.

<sup>48)</sup> Dass die Bestimmungen zur AG den zur SE erlassenen Regeln näher stehen als andere gesellschaftsrechtliche Normen, steht außer Zweifel. Im AktG gibt es grundsätzlich keine Weisungsbefugnis der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand. Der im Folgenden auf andere benachbarte Gebiete zu werfende Blick soll veranschaulichen, dass dem Gesetzgeber die ausdrückliche Anordnung einer Weisungsbefugnis nicht fremd ist.

<sup>49)</sup> Auf das GmbH-Recht verweist auch JAB 488 BlgNR 22. GP, 2.

<sup>50)</sup> S zum Stiftungsvorstand *Arnold*, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz (2002) § 14 Rz 29 f.

<sup>51)</sup> Nach § 70 AktG gilt dies grundsätzlich auch für den Vorstand im dualistischen System; vgl dazu *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG<sup>4</sup> § 70 Rz 1 ff.

<sup>52)</sup> Die ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 24 (zu § 39 Abs 1) betonen zu Recht, dass die „oberste Leitschnur“ für den Handlungs- und Sorgfaltsmaßstab des Verwaltungsrats die Verfolgung des Unternehmenswohls unter Einbeziehung der im Gesetz genannten Interessen ist.

<sup>53)</sup> Diese sind mit den Abwägungsfragen, die den GmbH-Geschäftsführer treffen, nicht unmittelbar vergleichbar; § 18 Abs 1 GmbH führt das Unternehmenswohl nicht ausdrücklich an.

<sup>54)</sup> § 55 iVm § 84 Abs 5 AktG.

<sup>55)</sup> Erwägungsgrund 1 und 10 der VO. Eine grundlegende Erörterung der Vor- und Nachteile eines Weisungsrechts unterbleibt hier. Für internationale Unternehmen könnte der direkte Zugriff auf Konzerngesellschaften *qua* Weisungsrecht aber ein wesentliches Kriterium der Rechtsformwahl darstellen.

<sup>56)</sup> S Punkt II.9. unten.

<sup>57)</sup> Vgl § 112 AktG.

der Hauptversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat normiert werden kann, eine solche Anordnung wäre wegen Widerspruchs zum dargestellten Strukturprinzip unwirksam.<sup>58)</sup>

Auch ohne formales Weisungsrecht hat die Hauptversammlung einen direkten (faktischen) Zugriff auf den Verwaltungsrat und somit eine im Vergleich zum dualistischen System stärkere Position, weil sie dessen Mitglieder jederzeit abberufen kann. Gem § 48 Abs 1 ist dafür (nur) eine qualifizierte Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich, ohne dass es (wie beim Vorstand) eines wichtigen Grundes bedarf. Die Satzung kann eine andere Mehrheit – auch die einfache – vorsehen. Wird die erforderliche Mehrheit erreicht, steht der Verwaltungsrat vor der Wahl, dem Willen der Hauptversammlung nachzukommen oder seine Abberufung zu riskieren – *de facto* wird er sich daher oft an den Anleitungen der Hauptversammlung orientieren.<sup>59)</sup>

### 5. Präsenzquorum

Beschlüsse des Verwaltungsrats können nach § 51 in Sitzungen oder schriftlicher Abstimmung gefasst werden, Letzteres nur, sofern kein Mitglied des Verwaltungsrats diesem Verfahren widerspricht. Dies gilt auch für fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung, etwa via Internet oder Videokonferenz. Über die Verhandlungen und Beschlüsse ist nach Abs 1 *leg cit* eine Niederschrift anzufertigen, die vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter zu unterzeichnen ist. Nach Art 50 Abs 1 VO ist vorbehaltlich näherer Satzungsbestimmungen die Beschlussfähigkeit der Organe der SE bei Anwesenheit oder Vertretung von mindestens der Hälfte der Mitglieder gegeben. Für die Beschlussfassung ist grundsätzlich die einfache Stimmenmehrheit erforderlich. Nach § 51 Abs 4 soll der Verwaltungsrat – ebenso wie der Aufsichtsrat<sup>60)</sup> – dann beschlussfähig sein, wenn an einer Sitzung mindestens drei Mitglieder teilnehmen. Die ErläutRV<sup>61)</sup> berufen sich für die Festlegung dieses Präsenzquorums im Verwaltungsrat auf die Ermächtigung des Art 43 Abs 4 VO.

Dabei scheint der Gesetzgeber vom Vorrang seiner Befugnis zur Ausgestaltung des monistischen Systems auch gegenüber den im SE-Statut enthaltenen Bestimmungen auszugehen. Bei Zutreffen dieser These wären die Regelungen der VO – für die Mitgliedstaaten, die bislang das monistische System nicht kannten – dispositiv. Diese Auffassung ist bedenklich: Die Ermächtigung des Art 43 Abs 4 VO kann sich wohl nur auf jene Bereiche beziehen, die von der VO nicht geregelt sind. Andernfalls könnte der nationale Gesetzgeber – im Widerspruch zu dem Wesen und der Zielsetzung einer europarechtlichen Verordnung – die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unterlaufen.<sup>62)</sup> Art 50 Abs 3 VO, wonach die Mitgliedstaaten bei Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsehen können, dass sich die Quoren im Aufsichtsorgan der SE nach den (jeweiligen nationalen) aktienrechtlichen Vorschriften richten, kann ebenso wenig zur Rechtfertigung der österreichischen Lö-

sung herangezogen werden. Diese Ermächtigung bezieht sich nach ihrem Wortlaut nur auf das *Aufsichtsorgan*, das nach der Terminologie des SE-Statuts<sup>63)</sup> nur im dualistischen System besteht. Sie kann daher für das *Verwaltungsorgan* des monistischen Systems nicht nutzbar gemacht werden. Schließlich bietet auch der Begriff „*mindestens*“ in Art 50 Abs 1 lit a VO keine Rechtfertigung für ein durch den nationalen Gesetzgeber angeordnetes abweichendes Präsenzquorum im Verwaltungsrat. Die VO normiert, dass zur Beschlussfähigkeit zumindest die Hälfte der Mitglieder anwesend sein muss. Anders als bei einer RL – bei der eine solche Wortwahl ob des darin gelegenen Mindestanfordernisses für den nationalen Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum dahin gehend schafft, dass er zwar keinen niedrigeren Prozentsatz, wohl aber einen höheren festlegen könnte – stellt diese Wendung in der VO eine abschließende materiell-rechtliche Regelung eines konkreten, nicht mehr auslegungs- oder ergänzungsbedürftigen Mehrheitserfordernisses dar. Das Mehrheitserfordernis ist keiner weiteren Ausgestaltung zugänglich; für den nationalen Gesetzgeber besteht keine Regelungsbefugnis.<sup>64)</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint § 51 Abs 4 europarechtlich problematisch: Hat ein Verwaltungsrat drei oder vier Mitglieder, reicht mangels abweichender Satzungsbestimmung die Anwesenheit von zwei Mitgliedern zur Beschlussfähigkeit aus, weil das nach Art 50 Abs 1 lit a VO erforderliche Präsenzquorum erreicht ist. Bei sieben oder mehr Mitgliedern des Verwaltungsrats genügt die Anwesenheit von drei Mitgliedern hingegen nicht, weil das Präsenzquorum nach Art 50 Abs 1 lit a VO nicht erreicht ist. Für die Anwendung von § 51 Abs 4 bleibt diesfalls aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts kein Raum.

<sup>58)</sup> AA *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 106.

<sup>59)</sup> Die Gestaltung des Vertragsverhältnisses eines Mitglieds des Verwaltungsrats zur SE und die daraus resultierenden Vergütungsfragen ermöglichen interessante Akzentuierungen. Da der Vertrag (anders als beim Vorstand oder geschäftsführenden Direktor) nicht befristet werden muss, ist mangels anderer Vereinbarung bei Abschluss auf unbestimmte Zeit eine ordentliche Kündigung durch die Gesellschaft möglich – ein weiterer Anreiz, den Anleitungen der Hauptversammlung zu folgen.

<sup>60)</sup> Vgl § 92 Abs 5 AktG.

<sup>61)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 30 (zu § 51).

<sup>62)</sup> *Artmann*, WBl 2002, 190. Zur Bindung des nationalen Gesetzgebers an das SE-Statut bei Ermächtigungs- und Verpflichtungsnormen vgl auch *Brandt*, NZG 2002, 992. Anderes könnte gelten, wenn man *H. Torggler*, Zur Europäischen Gesellschaft (SE) I, *ecolex* 2001, 142 f folgt, der die VO offenbar nicht (in allen Aspekten) für ohne weiteres anwendbar und damit effektiv hält. Ohne darauf näher eingehen zu können, muss doch zumindest bei ausdrücklich von der VO umfassten Bereichen (diese sind Gegenstand dieses Beitrags) von der Wirksamkeit und unmittelbaren Anwendbarkeit der Regeln der VO ausgegangen werden können.

<sup>63)</sup> Vgl insb Art 38 VO.

<sup>64)</sup> Dass die VO neben abschließenden Bestimmungen, die unabhängig sind, auch solche kennt, die nur ein Mindestanfordernis darstellen, belegt exemplarisch Art 59 Abs 1 VO zur Satzungsänderung. Ob eine abschließende oder nur teilweise Regelung vorliegt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln; dazu *Casper*, Der Lückenschluß im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, in FS *Ulmer* (2003) 51 (67).

Der deutsche Gesetzgeber hat eine gemeinschaftsrechtskonforme Lösung zur Beschlussfassung im Verwaltungsrat gefunden, indem er in § 35 dSEAG keine Regelung hinsichtlich der erforderlichen Quoren trifft. Dazu führt er europarechtliche Erwägungen ins Treffen: Nach der Begründung zum dSEAG wurde der (ua das Präsenzquorum für den Aufsichtsrat in einer AG behandelnde) § 108 Abs 2 dAktG in das dSEAG nicht übernommen, da bereits Art 50 VO die Beschlussfassung im Verwaltungsrat regle.<sup>65)</sup>

### 6. Sitzungsfrequenz

Nach Art 44 Abs 1 VO tritt das Verwaltungsorgan in den durch die Satzung bestimmten Abständen, mindestens jedoch alle drei Monate, zusammen, um über den Gang der Geschäfte der SE und deren voraussichtliche Entwicklung zu beraten. Eine explizite Ermächtigung des nationalen Gesetzgebers, Bestimmungen hinsichtlich der Sitzungshäufigkeit zu treffen, enthält die VO nicht. § 53 Abs 3 normiert, dass der Verwaltungsrat mindestens sechsmal im Geschäftsjahr eine Sitzung abzuhalten hat. Die Abstände zwischen den Sitzungen dürfen nicht mehr als zwei Monate betragen. Neben einer Mindestanzahl an Sitzungen wird dadurch auch eine Sitzungsfrequenz festgelegt. Der Gesetzgeber will durch diese – im Vergleich zum Aufsichtsrat – höhere Sitzungsfrequenz der Stellung des Verwaltungsrats als in die Geschäftsführung eingebundenes Gesellschaftsorgan Rechnung tragen. Dabei geht er von der im Grundsatz zutreffenden Überlegung aus, dass der Verwaltungsrat zur Erfüllung seiner (gegenüber dem Aufsichtsrat erweiterten) Aufgaben öfter zusammenkommen soll, als dies beim Aufsichtsrat notwendig ist.<sup>66)</sup>

So sachgerecht und sinnvoll die erhöhte Sitzungsfrequenz auch wäre, ist fraglich, ob der Gesetzgeber bei deren Festlegung nicht eine Regelungskompetenz arrogiert, welche die VO nur der Satzung vorbehält: Enthält das SE-Statut Regelungsermächtigungen bzw -verpflichtungen für die Satzung, gehen nach der in Art 9 Abs 1 VO niedergelegten Normenhierarchie<sup>67)</sup> in deren Ausführung erlassene Satzungsbestimmungen dem nationalen Recht vor. Da der nationale Gesetzgeber durch Art 44 Abs 1 VO nicht ermächtigt wird, darf dieser keine Regelung zur Sitzungsfrequenz treffen. Die im SE-Statut getroffene Bestimmung stellt eine abschließende, durch den nationalen Gesetzgeber nicht ausführungsbedürftige materielle Regelung dar.<sup>68)</sup> Die Europarechtskonformität von § 53 Abs 3 erscheint somit im Hinblick auf Art 44 Abs 1 VO zweifelhaft. Die Satzung einer österreichischem Recht unterliegenden SE könnte zulässiger Weise vorsehen, dass Sitzungen alle drei Monate (oder öfter) stattzufinden haben. Aufgrund der unmittelbaren Geltung und des Anwendungsvorrangs der VO gelangt selbst bei Fehlen einer diese Thematik regelnden Satzungsbestimmung<sup>69)</sup> die in der VO normierte Sitzungsfrequenz zur Anwendung. § 53 Abs 3 hat auch bei Schweigen der Satzung keine lückenfüllende bzw verordnungsverdrängende Wirkung.<sup>70)</sup> Wiederum zeigt das dSEAG einen Weg einer gemeinschaftsrechtskonformen Regelung auf. Es enthält keine Bestimmungen zur Sit-

zungshäufigkeit. Dies wird mit der Regelung in Art 44 Abs 1 VO begründet.<sup>71)</sup>

Die Untersuchung der Frage, inwieweit der Satzungsgeber der SE aufgrund der ihn treffenden Sorgfaltspflicht zur Vermeidung von Haftungsfolgen bei der Satzungsgestaltung verpflichtet ist, eine höhere als die von der VO niedergelegte Sitzungsfrequenz vorzusehen, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Es scheint denkbar, dass die Gesellschafter einer SE, deren Agenden bei bloß alle drei Monate stattfindenden Sitzungen des Verwaltungsrats ganz offensichtlich nicht ordnungsgemäß geführt werden können, ein haftungsbegründendes Organisationsverschulden trifft, wenn sie keine Satzungsbestimmung erlassen, die entsprechend häufige Sitzungen anordnet.<sup>72)</sup> Jedenfalls sind die Mitglieder des Verwaltungsrats gehalten, dafür Sorge zu tragen, dass der Verwaltungsrat in ausreichend kurzen Abständen zu Sitzungen zusammentrifft, wollen sie nicht selbst haftungsrechtlich verantwortlich werden.

### 7. Funktionsperiode

Nach Art 46 Abs 1 VO werden die Mitglieder der Organe der SE, somit auch die Mitglieder des Verwaltungsrats, für einen in der Satzung festgelegten Zeitraum, der sechs Jahre nicht überschreiten darf, bestellt. Gem § 46 Abs 1 werden die Mitglieder des Verwaltungsrats von der Hauptversammlung für einen von der Satzung festgelegten Zeitraum, der fünf Jahre nicht überschreiten darf, bestellt. Der österreichische Gesetzgeber meint, mit dieser Bestimmung den nach der VO möglichen Zeitraum nicht auszuschöpfen.<sup>73)</sup> Im Lichte der Vorgabe des SE-Statuts scheint diese Inanspruchnahme einer Regelungskompetenz bedenklich.<sup>74)</sup> Die Bestimmung der VO zur Funk-

<sup>65)</sup> BT-Drucksache 15/3405, 38 (zu § 35 dSEAG).

<sup>66)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 31 (zu § 53 Abs 3).

<sup>67)</sup> Ausführlich *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547; *Casper* in FS *Ulmer*, 53.

<sup>68)</sup> S bereits Punkt II.1. und II.5. oben.

<sup>69)</sup> Diesfalls wäre die Satzung unvollständig. Zur Vermeidung eines Verbesserungsauftrags im Firmenbuchverfahren (§ 17 FBG) ist die Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung in die Satzung ratsam.

<sup>70)</sup> Zur europarechtlichen Sperrwirkung *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>2</sup>, 73 f; *Brandt*, NZG 2002, 992.

<sup>71)</sup> BT-Drucksache 15/3405, 38 (zu § 37 dSEAG) führt zur Rechtfertigung zwar Art 44 Abs 2 VO an. Dabei handelt es sich aber um ein offenkundiges Redaktionsversehen, weil Abs 2 *leg cit* nicht die Sitzungsfrequenz, sondern das Informationsrecht der Verwaltungsräte behandelt.

<sup>72)</sup> Ungeklärt ist, inwieweit den Satzungsgeber der SE (das sind die Gründer bzw die Gesellschafter) eine größere Sorgfaltspflicht trifft als bspw denjenigen bei der AG oder GmbH. Wegen der größeren Anzahl der Fragen, die in der Satzung zu regeln sind, könnte er verpflichtet sein, von seinem Recht auf Ausgestaltung der Satzung der SE in sorgfältigerer, auch Gläubigerinteressen berücksichtigender Weise Gebrauch zu machen. Gegen eine strengere Haftungsverantwortung spricht aber seine wirtschaftliche Gestaltungs- und Handlungsfreiheit und die Tatsache, dass die Gesellschaftsgläubiger vom Schutzzweck der (hauptsächlich interne Belange regelnden) Organisationsverfassung wohl nicht unmittelbar umfasst sind.

<sup>73)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 28 (zu § 46 Abs 1).

<sup>74)</sup> Zu dieser Thematik bereits Punkt II.1., II.5. und II.6. oben.



tionsperiode ist insofern abschließend, als sie zwar der Satzung eine Regelungskompetenz einräumt, nicht hingegen dem nationalen Gesetzgeber. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts könnte eine in Österreich ansässige SE sohin zulässigerweise in der Satzung vorsehen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats für sechs Jahre (oder weniger) bestellt werden. Auch § 48 Abs 2, wonach die Bestellung des ersten Verwaltungsrats nur bis zur ersten Hauptversammlung gilt, die nach Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch zur Beschlussfassung über die Entlastung stattfindet, scheint im Hinblick auf obige Ausführungen europarechtswidrig und unanwendbar. Die Satzung der SE muss eine Funktionsperiode für die Verwaltungsräte festlegen, andernfalls ist sie unvollständig.<sup>75)</sup> Diese Festlegung sollte durch Normierung einer Höchstdauer in der Satzung erfolgen. Durch den Bestellungsbeschluss der Hauptversammlung wird die Funktionsperiode in diesem Rahmen jeweils konkretisiert. Anders als bei der Bestellung des Vorstandes im dualistischen System scheint für den Verwaltungsrat eine an der Bestelldauer des Aufsichtsrats orientierte, auf die Hauptversammlung abstellende Funktionsperiode vorteilhaft. Bei Zusammenfallen des Endes der Funktionsperiode des Verwaltungsrats mit der über die Entlastung beschließenden Hauptversammlung müsste keine (außerordentliche) Hauptversammlung zur Bestellung von Verwaltungsräten einberufen werden.

#### 8. Haftung der geschäftsführenden Direktoren

Im SEG finden sich haftungsrechtliche Sonderbestimmungen, wobei an dieser Stelle nur auf die Haftung der geschäftsführenden Direktoren eingegangen wird.<sup>76)</sup> § 57 Abs 3 verweist in diesem Zusammenhang sinngemäß auf § 84 AktG, maßgeblicher Sorgfaltsmaßstab ist demnach derjenige eines ordentlichen und gewissenhaften geschäftsführenden Direktors. Anders als der Vorstand haben die geschäftsführenden Direktoren kein Leitungsmonopol in der Gesellschaft, ihnen obliegt nicht die (Gesamt-)Leitung der SE, sondern (nur) die Führung der laufenden Geschäfte (§ 56 Satz 1). Die Geschäftsführung (§ 40 Abs 1) und Vertretung (§ 43 Abs 1) erfolgen idR gemeinsam mit den Mitgliedern des Verwaltungsrats. Die geschäftsführenden Direktoren unterliegen wohl den Weisungen des Verwaltungsrats. Dies ist im SEG zwar nicht ausdrücklich positiviert, scheint aber mit auftragsrechtlichen Erwägungen begründbar.<sup>77)</sup> Zudem trifft den Verwaltungsrat eine Gesamtverantwortung auch für die Handlungen der geschäftsführenden Direktoren, die bei Fehlen einer grundsätzlichen Weisungsbefugnis eine (unsachlich belastende) Erfolgshaftung für das Verhalten Dritter darstellen würde.<sup>78)</sup> Bei der Anwendung des § 84 AktG auf die geschäftsführenden Direktoren können aufgrund unterschiedlicher Ausgangslagen folgende Fallgruppen gebildet werden:<sup>79)</sup>

Bei der *Innenhaftung* (gegenüber der Gesellschaft) ist zunächst zwischen weisungsgebundenen und weisungsfrei gestellten geschäftsführenden Direktoren zu unterscheiden. Sofern diese (aufgrund eines entsprechenden Be-

schlusses des Verwaltungsrats) keinen Weisungen unterliegen, ist die sinngemäße Anwendung von § 84 AktG<sup>80)</sup> ohne Einschränkungen gerechtfertigt. Die Stellung der geschäftsführenden Direktoren ist diesfalls im Hinblick auf das Tagesgeschäft an jene des Vorstands angenähert.<sup>81)</sup> Unterliegen die geschäftsführenden Direktoren den Weisungen des Verwaltungsrats, ist dahin gehend zu unterscheiden, ob sie dem Verwaltungsrat angehören (interne geschäftsführende Direktoren) oder nicht (externe geschäftsführende Direktoren, die keine Position im Verwaltungsrat bekleiden). Ist die Person, die der SE durch die Ausführung einer rechtsgültigen Weisung des Verwaltungsrats Schaden zufügt, ein *externer geschäftsführender Direktor*, müsste die Innenhaftung grundsätzlich entfallen. Das ist die Folge vom fehlenden Handlungs- und Ermessensspielraum dieser Person. Bewegt sich die Handlung im Rahmen der erteilten Weisung, liegt in der Person des geschäftsführenden Direktors keine Rechtswidrigkeit vor, sofern nicht gegen andere unmittelbar einwirkende Gesetze oder sonstige Verpflichtungen verstoßen wird. Eine allfällige Haftung des Verwaltungsrats wegen der schadensursächlichen Weisung ist für diesen gesondert zu prüfen. Einen *internen weisungsgebundenen geschäftsführenden Direktor*, welcher der Gesellschaft durch die Befolgung einer ihn bindenden Weisung des Verwaltungsrats Schaden zufügt, kann gegenüber der Gesellschaft eine Ersatzpflicht treffen, wenn er als Mitglied des Verwaltungsrats nicht gegen die schadensursächliche Weisung gestimmt hat. Die Haftung knüpft in diesem Fall weniger an die Funktion des

<sup>75)</sup> Der vom SEG normierte Zeitraum von fünf Jahren hat auch bei Schweigen der Satzung keine lückenfüllende Wirkung. Aufgrund der ausdrücklichen Regelung durch die VO ist für die Anwendung von § 46 Abs 1 kein Platz.

<sup>76)</sup> Die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats und § 61 bezüglich Handeln zum Schaden der Gesellschaft zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile bleiben außer Betracht.

<sup>77)</sup> Ebenso auf Grundlage des Ministerialentwurfs *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 106. Deutlich noch 132/ME BlgNR 22. GP, der in § 56 Abs 2 ausführte: „Die Satzung kann den Verwaltungsrat zu dem Beschluss ermächtigen, dass die geschäftsführenden Direktoren seinen Weisungen nicht unterliegen.“ Dies ließ den Umkehrschluss zu, dass ohne entsprechenden Beschluss ein Weisungsrecht besteht. Trotz Entfalls dieser Bestimmung geht der Gesetzgeber wohl weiterhin von einem Weisungsrecht des Verwaltungsrats gegenüber den geschäftsführenden Direktoren aus: ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 31 (zu § 56), ist ungeachtet der Streichung des vorzitierten Abs 2 im Entwurf des Gesetzestexts gegenüber dem Ministerialentwurf im Ergebnis unverändert geblieben. Siehe auch ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 32 (§ 57 Abs 3). Eindeutig zur Weisungsunterworfenheit der geschäftsführenden Direktoren die Regelung in Deutschland (§ 44 Abs 2 dSEAG).

<sup>78)</sup> Die unter Punkt II.4. angestellten Überlegungen lassen sich auf das Verhältnis von Verwaltungsrat zu geschäftsführenden Direktoren nicht übertragen.

<sup>79)</sup> In der Praxis und durch die Rspr ist dieser Tatsache durch eine differenzierende Interpretation des Terminus „*sinngemäß*“ in § 57 Abs 3 Rechnung zu tragen. Dieser lässt Spielraum für eine individuelle und an der konkreten Aufgabenstellung orientierte Haftung der geschäftsführenden Direktoren.

<sup>80)</sup> Insofern kann sinngemäß auf die Lehre und Rspr zu § 84 AktG verwiesen werden.

<sup>81)</sup> Daneben besteht die solidarische haftungsrechtliche (Mit-)Verantwortung des Verwaltungsrats. S ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 31 (zu § 56).

geschäftsführenden Direktors, als vielmehr an diejenige im Verwaltungsrat. Aus dieser ist der Organwalter verpflichtet, alle Maßnahmen zur Abwehr von Schäden der Gesellschaft zu ergreifen. Der interne geschäftsführende Direktor kann verpflichtet sein, seine Funktion zurückzulegen, wenn er die Ausführung eines schadensverursachenden Beschlusses, dessen Fassung er im Verwaltungsrat nicht verhindern konnte, nicht sonst abwehren kann.

Von der „Außenhaftung“ (die von Gesellschaftsgläubigern der SE geltend gemacht wird) vermag eine Weisung den geschäftsführenden Direktor ob der sinngemäßen Anwendbarkeit des § 84 Abs 5 AktG,<sup>82)</sup> der eine direkte Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der SE durch Gläubiger der SE ermöglicht, soweit sie von der SE keine Befriedigung erlangen können, hingegen nicht ohne weiteres zu befreien. Ist eine Weisung nicht offenkundig rechtswidrig und sohin unbeachtlich, muss der geschäftsführende Direktor diese grundsätzlich befolgen. Weisungen, die den geschäftsführenden Direktor gegenüber Dritten zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlich haftbar oder strafbar machen würden, sind nichtig und können ignoriert werden.<sup>83)</sup> Bei einer Weisung, die nach Auffassung eines geschäftsführenden Direktors möglicherweise schadensbegründend ist, müsste er zur Vermeidung persönlicher Haftungsfolgen Maßnahmen ergreifen (und sollte diese auch dokumentieren), um den Verwaltungsrat zu deren Aufhebung zu bewegen. Zur Vermeidung einer Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft kann die Niederlegung des Mandats erforderlich sein, wenn der Verwaltungsrat auf der Ausführung seiner (für den geschäftsführenden Direktor beachtlichen) Weisung beharrt. Bereits eine (bloß) dem Unternehmenswohl widersprechende Weisung des Verwaltungsrats gegenüber dem geschäftsführenden Direktor für unbeachtlich (als nichtig) zu erachten, stünde im Widerspruch zur dem Verwaltungsrat zukommenden Leitungsbefugnis (arg § 56 Satz 2), weil der geschäftsführende Direktor nicht ausdrücklich an das Unternehmenswohl gebunden ist. Anders als dem GmbH-Geschäftsführer, der nach § 41 Abs 3 GmbHG einen Weisungsbeschluss anfechten kann, wenn er sich durch dessen Ausführung ersatzpflichtig oder strafbar machen würde (s auch § 196 Abs 1 Z 5 AktG), steht dem geschäftsführenden Direktor kein eigenes formelles Verfahren zur Überprüfung von für ihn möglicherweise haftungsbegründenden Weisungen des Verwaltungsrats offen. Dies führt zu einem Rechtsschutzdefizit.

### 9. Exkurs: Anstellungsvertrag

Die Frage der Weisungsunterworfenheit der Mitglieder des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren ist auch für die Einordnung des Vertragsverhältnisses zur SE von Bedeutung. Ein *geschäftsführender Direktor*, der an Weisungen des Verwaltungsrats gebunden ist, erfüllt die Voraussetzungen der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit und ist daher (bei Vorliegen der sonstigen Erfordernisse) trotz seiner Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als Dienstnehmer iSd AngG zu qua-

lizieren. Ist er hingegen weisungsfrei gestellt, liegt wohl ein freier Dienstvertrag vor.<sup>84)</sup> Zu beachten ist, dass nach § 59 Abs 1 die Bestellung zum geschäftsführenden Direktor ebenso wie dessen Anstellungsvertrag zwingend auf höchstens fünf Jahre zu befristen ist.<sup>85)</sup> Wird der Vertrag auf unbestimmte Zeit oder einen längeren Zeitraum abgeschlossen, endet dieser gem § 59 Abs 3 dessen ungeachtet nach fünf Jahren. Abgeschlossen wird der Anstellungsvertrag mit den externen geschäftsführenden Direktoren durch den Verwaltungsrat als Vertreter der SE.<sup>86)</sup> Im Falle der Wiederbestellung bedarf es zusätzlich der schriftlichen Bestätigung durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats.

Auch die *Mitglieder des Verwaltungsrats* stehen mit der SE in einem Dauerschuldverhältnis. Besorgen sie als geschäftsführende Direktoren das Tagesgeschäft, könnten sie einen Anstellungsvertrag abschließen, weil die Geschäftsführungs- die Überwachungsaufgaben überwiegen. Aufgrund ihrer fehlenden Weisungsunterworfenheit wird dieser wohl als freier Dienstvertrag, auf den das AngG nicht zur Anwendung gelangt, zu qualifizieren sein. In der Funktion als geschäftsführende Direktoren wären sie zwar grundsätzlich an Weisungen des Verwaltungsrats gebunden, die Anwendung des AngG scheint jedoch ob der dienstgeberähnlichen Stellung der Verwaltungsräte nicht zielführend. Befassen sich die Verwaltungsräte nicht unmittelbar mit der Führung des Tagesgeschäfts, sondern (überwiegend) mit Kontrollaufgaben, liegt das Schwergewicht in Auftrags- und Werkvertragsselementen. Das Vertragsverhältnis ist auf längere Zeit ausgerichtet und daher wohl als solches *sui generis* bzw als gemischter Vertrag einzustufen. Unklar ist, wer die SE beim Abschluss des Vertrages mit einem Mitglied des Verwaltungsrats vertritt, weil das SEG die Vertragsabschlusskompetenz bedauerlicherweise nicht regelt. § 59 Abs 1 und 3 kann für den Ver-

<sup>82)</sup> Der Gesetzeswortlaut von § 57 Abs 3 umfasst eindeutig den Verweis auch auf § 84 Abs 5 AktG. Diese Bestimmung kann bei geschäftsführenden Direktoren aber zu zweifelhaften Ergebnissen führen und schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen.

<sup>83)</sup> Vgl zum GmbH-Geschäftsführer *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997) Rz 2/410 mwN.

<sup>84)</sup> Da der Verwaltungsrat die geschäftsführenden Direktoren wieder an Weisungen binden kann, selbst wenn sie zuvor weisungsfrei gestellt waren, sollte der Anstellungsvertrag sowohl für den Fall der Weisungsfreiheit als auch für den Fall der Weisungsgebundenheit gleichermaßen Vorsorge treffen. Insb im Hinblick auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses und den Kündigungsschutz des AngG sind in der Praxis kreative Gestaltungen möglich.

<sup>85)</sup> Diesbezüglich bewegt sich der Gesetzgeber im Rahmen seiner Regelungskompetenz. Für einen dem AngG unterliegenden Dienstnehmer scheint diese zwingende Befristung bemerkenswert. Wegen der verhältnismäßig einfachen Abberufungsmöglichkeit aus der gesellschaftsrechtlichen Funktion empfiehlt sich aus Sicht der SE die Aufnahme einer Kündigungsmöglichkeit auch im befristeten Vertrag.

<sup>86)</sup> Die ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 31 (zu § 54) bezeichnen in diesem Zusammenhang die Verwaltungsräte, die nicht zugleich geschäftsführende Direktoren sind, als *nicht geschäftsführende Direktoren*. Das ist kein Begriff des SEG und geht mit dessen Systematik insofern auch nicht konform, als nach diesem der Verwaltungsrat – und nicht die geschäftsführenden Direktoren – das wesentliche Organ der SE ist. Die Begriffsbildung des nicht geschäftsführenden Direktors ist an den angloamerikanischen „*non-executive director*“ angelehnt. Sie schwächt begrifflich die Position des Verwaltungsrats.

waltungsrat nicht unmittelbar nutzbar gemacht werden. Die Empfehlung der Gesetzesmaterialien,<sup>87)</sup> wonach der Vertragsabschluss für die internen geschäftsführenden Direktoren Aufgabe eines Remunerationsausschusses des Verwaltungsrats sei, erscheint ungeeignet, Interessenkollisionen beim Vertragsabschluss zwischen Verwaltungsratsmitgliedern und SE wirksam hintanzuhalten. Entgegen der allgemeinen Vertretungsregel ist uE von der Zuständigkeit der Hauptversammlung auszugehen. Dies folgt aus deren Zuständigkeit zur Festsetzung der Vergütung<sup>88)</sup> gegenüber dem Verwaltungsrat (§ 54 iVm § 98 AktG) und aus der Tatsache, dass sie das einzig verbleibende unabhängige Organ ist.

Auf die Verwaltungsratsmitglieder gelangt wegen ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DNHG) mit seinen Haftungsprivilegien jedenfalls nicht zur Anwendung. Auch auf die geschäftsführenden Direktoren ist das DNHG – trotz ihrer möglichen Dienstnehmereigenschaft – nicht anwendbar. Bei der besonderen Haftungsregel des § 57 Abs 3 handelt es sich um eine im Interesse der Allgemeinheit und zum Schutz der Gläubiger zwingende Bestimmung, die ohne Rücksicht auf die interne Gestaltung des Rechtsverhältnisses der geschäftsführenden Direktoren zur SE gilt. Die Anwendung des DNHG ist somit durch § 57 Abs 3 als *Lex specialis* und *posterior* ausgeschlossen.<sup>89)</sup>

### III. Fazit

Zur Ausgestaltung des monistischen Systems in einer SE österreichischer Prägung werden weitgehend die aktienrechtlichen Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat als Ausgangspunkt genommen und in Kombination für den Verwaltungsrat anwendbar gemacht. Dies ist von der grundsätzlich zu begrüßenden Absicht getragen, einen möglichst weit gehenden Gleichlauf der für die SE geltenden Regelungen mit den Bestimmungen des Aktienrechts herbeizuführen. Aufgrund der komplexen europarechtlichen Vorgaben des SE-Statuts ist die Übernahme der aktienrechtlichen Bestimmungen für den Verwaltungsrat in der SE nicht immer ohne weiteres möglich. Die Bestimmungen des SEG zu Präsenzquorum, Sitzungsfrequenz und Funktionsperiode des Verwaltungsrats gehen mit dem SE-Statut nicht konform.

<sup>87)</sup> ErläutRV 466 BlgNR 22. GP, 32 (zu § 57 Abs 2). Anstelle theoretischer Überlegungen hätte der Gesetzgeber besser eine klare Regelung getroffen.

<sup>88)</sup> Vgl für den Aufsichtsrat *Pichler/Weniger*, Aktienrecht in der Managerpraxis (2002) 125. Aus § 43 Abs 4 folgt ungeachtet der restriktiven Interpretation in den Gesetzesmaterialien nichts Gegenteiliges. Aufgrund der finanziellen Interessen wird oft Befangenheit vorliegen.

<sup>89)</sup> So für den GmbH-Geschäftsführer OGH 30.1.1979, 5 Ob 686/78, EvBl 1979/135; 26.1.2000, 9 ObA 326/99b, SZ 73/20.