

Die überhastete Expansion

SUSANNE KALSS / CHRISTOPH KLAMPFL*

Der vorliegende Fall stellt die Chronologie der Expansion einer mittelgroßen Unternehmensgruppe im Familieneigentum dar.¹ Dabei kommt es sowohl zu einer Ausweitung des Gegenstands der unternehmerischen Tätigkeit durch Nutzung alternativer Energiequellen als auch zu einer geografischen Expansion. Die Fallstudie konzentriert sich dabei auf die Grundsatzentscheidung und die Entwicklung des ersten Einzelprojekts in Polen. Parallel dazu laufen noch weitere, hier nicht näher beschriebene Auslandsprojekte sowie das bisherige Kerngeschäft im Inland.

I. Sachverhalt

1. Ausgangssituation

Die Unternehmensgruppe PielachPower betreibt in Österreich, insb im Voralpenland, Wasserkraftwerke, einen Metallverarbeitungsbetrieb sowie eine Windkraftanlage. Der jährliche Umsatz beträgt 300 Mio Euro und die Gruppe beschäftigt 280 Arbeitnehmer. Das Unternehmen wird in der dritten Generation geführt und war ursprünglich im Bereich der Präzisionsschleifung von Metallwerkzeugteilen tätig. Mittlerweile sind die Kraftwerke der wichtigste und umsatzstärkste Unternehmensbereich.

Das Unternehmen wird von der Familienholding PielachPower AG geführt, der die vier operativen Tochtergesellschaften PielachPower Hydro GmbH (mit freiwillig eingerichtetem Aufsichtsrat), PielachPower Alternate GmbH (mit freiwillig eingerichtetem Aufsichtsrat), PielachPower Logistics GmbH und PielachMetall GmbH im 100%-Eigentum untergeordnet sind.

Die Eigentümerstruktur der PielachPower AG setzt sich aus etwa 30 Mitgliedern einer Familie zusammen, die sich auf drei Linien der drei Geschwister Anton (60 %), Brigitte (30 %) und Cölestin (10 %) verteilen. Jährlich findet eine Syndikatsversammlung der Gesellschafter statt, die auch als Informationsveranstaltung über das Unternehmen gestaltet ist.

Der Aufsichtsrat der PielachPower AG besteht aus fünf Kapitalvertretern. Der Vorsitzende stammt aus der Linie Anton, die Stellvertreterin aus der Linie Brigitte, ein Mitglied aus der Linie Cölestin, zwei Mitglieder sind familienfremd. Diese Aufsichtsratsmitglieder sind auch in den zwei Aufsichtsräten der operativen Tochtergesellschaften vertreten, denen zusätzlich Arbeitnehmervertreter angehören.

Der Vorstand der PielachPower AG besteht aus einem Mitglied der Linie Anton als Vorsitzendem und einem Familienfremden. Der Vorstand involviert sich stark in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaften. Die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften sind familienfremd.

Der 76-jährige Aufsichtsratsvorsitzende Erich war bis 2006 selbst Vorstandsvorsitzender, danach übernahm sein Sohn Richard die Geschäfte. Zur gleichen Zeit wurde die Position des Familienfremden im Vorstand mit Hubert, einem

Studienfreund des Sohnes, neu besetzt. Beide haben langjährige Management-Erfahrung, Richard im Familienunternehmen, Hubert bei einem internationalen Mischkonzern.

Die syndikatsvertraglichen Regelungen für die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat² nach Familien- bzw Stammzugehörigkeit sind sehr allgemein: Jeder Familienstamm muss jedenfalls in den Aufsichtsräten der Holding und der Tochtergesellschaften vertreten sein.

2. 2008 – Grundsatzentscheidung und Start

Der Vorstand entwickelt die Strategie „PielachPower 2020“, die auf Grundlage der ersten guten Erfahrungen im Bereich der Windkraftenergie in Österreich vorsieht, die in der Unternehmensgruppe vorhandenen finanziellen Reserven in den Aufbau von Windkraftanlagen in ausgewählten anderen Ländern zu investieren. Das Vorhaben muss schnell umgesetzt werden, da sonst die „Großen“ am Energiemarkt die Chancen aufgreifen.

Das Konzept wird dem Aufsichtsrat vorgelegt. Als erster Schritt werden der Erwerb von Liegenschaften und der Antrag einer Konzession für eine große Windkraftanlage an der Ostseeküste Polens präsentiert. Dafür soll eine polnische AG, eine *Spółka Akcyjna* (S.A.), übernommen werden, die im Land bereits Kraftwerke betreibt, aber nicht ausreichend finanzielle Mittel hat.

Dem Aufsichtsrat wird die Einschätzung der Beratungsgesellschaft UB I zu PielachPower 2020 vorgelegt, die bestätigt, dass nun eine besonders günstige Gelegenheit zum Einstieg in den aufstrebenden Markt erneuerbarer Energiequellen besteht. Eine von der PielachPower Logistics GmbH im Auftrag gegebene *second opinion* einer anderen Beratungsgesellschaft Clever UB II zu dem Projekt in Polen wird nicht vorgelegt, da es nach Ansicht des Vorstands in dieser Sitzung nur um die „Grundsatzentscheidung“ gehe. In dem zweiten Gutachten wird auf nicht einschätzbare Risiken für einzelne Genehmigungen und Auflagen, kartellrechtliche Vorgaben sowie auf technische Herausforderungen aufgrund der Bodenbeschaffung hingewiesen.

Nach längerer Diskussion im Aufsichtsrat und trotz Zweifels darüber, sich zu übernehmen, spricht sich der Aufsichtsratsvorsitzende Erich schließlich für das Vorhaben aus. Er vertraue seinem Sohn. Mut und Entscheidungsfreude hätten die Unternehmensgruppe auch bisher ausgezeichnet. Der Auf-

* Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) lehrt am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Mag. Christoph Klampfl, LL.M. (London) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Institut.

¹ Es handelt sich um die gekürzte Fassung einer im Workshop für Familienunternehmen am 4. Österreichischen Aufsichtsratstag am 27.2.2014 an der Wirtschaftsuniversität Wien behandelten Fallstudie, die um eine Lösungsskizze ergänzt wurde.

² Wenn allgemein von „Aufsichtsrat“ und „Vorstand“ gesprochen wird, sind die Organe der Holding gemeint.

sichtsrat stimmt letztlich einstimmig „PielachPower 2020“ mit einem Budgetrahmen von insgesamt 35 Mio Euro zu.

Der 100-%-Erwerb der polnischen S.A. durch die PielachPower AG wird über die PielachPower Alternate GmbH abgewickelt. Um Kontinuität am polnischen Markt zu signalisieren, werden vorerst keine Änderungen in der Organbesetzung der neuen Enkelgesellschaft vorgenommen.

Im Vorstand vereinbart Richard mit Hubert (= familienfremd), dass dieser das polnische Projekt begleiten soll. Richard will neue Projekte sondieren.

3. 2009 – Umsetzung I

Während sich Richard daher den Planungen für eine weitere Windkraftanlage in Ägypten widmet, kommt das Projekt in Polen ins Stocken. Neue Auflagen, der Widerruf von Zustimmungen von Liegenschaftsnachbarn sowie standortbedingte, spezielle technische Anforderungen führen zu Mehrkosten und Verzögerungen. Hubert wird unmittelbar vom Geschäftsführer der polnischen Gesellschaft darüber unterrichtet, leitet die Information aber nicht weiter. Notwendige Leistungen – Organisation, IKS, Risikomanagement, technische Gutachten etc – lagert Hubert in die PielachPower Logistics GmbH aus, da die polnische Enkelgesellschaft offenbar überlastet ist. Der erhöhte Aufwand wird dort unter laufenden Mehrkosten wegen der komplexer werdenden internationalen Geschäfte verbucht. Die PielachPower Logistics GmbH verrechnet auf Zuruf Huberts zugleich einige Leistungen parallel an zwei Schwestergesellschaften, ohne dass diese sie in Anspruch nehmen. Auch die Kommunikation mit der polnischen Enkelgesellschaft ist aufgrund der Sprachbarrieren schwierig.

Der interne Controller Otto der PielachPower Logistics GmbH spricht am Rande einer Vortragsveranstaltung zur Energiewende gegenüber dem familienfremden Aufsichtsratsmitglied Friedrich die Probleme an. Friedrich, selbst Vorstandsmitglied in der deutschen Tochter eines internationalen Erdgaskonzerns, informiert den Aufsichtsratsvorsitzenden Erich über das Gespräch.

In der darauffolgenden gemeinsamen Sitzung von Aufsichtsrat und Vorstand legt Hubert die Probleme offen. Die Stimmung ist angespannt, aber der Vorstand (beide Mitglieder) kann den Aufsichtsrat überzeugen, dass man da nun „durch müsse“. Die stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende Bettina (Stamm Brigitte) spricht sich für eine personelle Erweiterung des Holding-Vorstands aus. Sie bietet an, selbst aus dem Aufsichtsrat in den Vorstand zu wechseln. Erich sowie Christian (Stamm Cölestin) winken ab, da dies die seit Jahrzehnten bewährte Balance zwischen den Familienstämmen stören würde. Die familienfremden Aufsichtsratsmitglieder halten sich aus der Diskussion heraus, da dies ihrer Meinung nach eine „Familienangelegenheit“ sei. Weiters verlangt Bettina, dass die interne Controlling-Abteilung der PielachPower Logistics GmbH um zwei erfahrene Mitarbeiter ergänzt werde, um die Expansion überwachen zu können. Hubert verspricht, sich „darum zu kümmern“. Tatsächlich wird zwei Monate später das Controlling-Team um einen HTL-Absolventen verstärkt.

Als weitere Maßnahme wird das familienfremde Aufsichtsratsmitglied Friedrich in den Aufsichtsrat der polni-

schen Enkelgesellschaft bestellt. Zudem wird ein sofortiger Liquiditätszuschuss von 8 Mio Euro an die polnische Gesellschaft beschlossen. Eine umfassende Neubestellung der Organe und Neuorganisation werden aber aufgeschoben. Zunächst soll die Anlage „anlaufen“.

Der Aufsichtsratsvorsitzende Erich ersucht Friedrich in einem persönlichen Gespräch nach der Sitzung, ein Auge auf den weiteren Projektverlauf zu haben, und übergibt ihm zu diesem Zweck auch eine von ihm selbst unterschriebene Ermächtigung für Nachforschungen im gesamten Unternehmen.

4. 2010 – Umsetzung II

Das Projekt in Polen entwickelt sich nur langsam weiter. Friedrich wendet sich unter Vorlage der Ermächtigung regelmäßig an Mitarbeiter sowohl der PielachPower Logistics GmbH als auch der polnischen Enkelgesellschaft. Er spricht auch Polnisch und findet sich daher halbwegs zurecht. Für den Geschäftsführer der polnischen Enkelgesellschaft wird er zur *De-facto*-Ansprechperson. Der Vorstand hat seine Reisen nach Polen wegen hoher Arbeitsbelastung eingestellt. Die Konkurrenz sowohl am heimischen Energiemarkt als auch in der Metallbearbeitung wird spürbar stärker. Die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Auftragslage machen sich bemerkbar. Hubert bittet daher einen befreundeten Anwalt mit einer Kanzleifiliale in Warschau, regelmäßig bei der Geschäftsführung nachzufragen.

Im Rahmen seiner „Projektüberwachung“ erhält Friedrich Zugang zum Intranet des Unternehmens und damit zu einem Gutachten der Clever UB II über mögliche Standorte in Dänemark, die für eine weitere Windkraftanlage geeignet sind. Zur selben Zeit beschließt der internationale Erdgaskonzern, für den er in Deutschland arbeitet, *Renewable-energy*-Projekte zu testen. Mit den von Friedrich übermittelten Informationen sichert sich die dänische Konzernniederlassung die erstgereichte Option und Friedrich wird im Konzern bald als nächster CEO für Deutschland gehandelt.

5. 2011 – Projektende?

Nach der Reaktorkatastrophe in Japan wird in den Medien bekannt, dass die polnische S.A. Anteile an zwei osteuropäischen Atomkraftwerksbetreibern hält. Die Nachricht gefährdet das Image als Vorreiter erneuerbarer Energie. Zur Schadensbegrenzung weist der Vorstand als Eigentümervertreter mit Genehmigung des Aufsichtsrats die Geschäftsführung der polnischen Gesellschaft an, die Anteile sofort zu verkaufen. Der Erlös liegt unterhalb des Marktwerts.

Expansionsschritte in anderen Ländern haben bisher keinen Gewinn abgeworfen.

Überraschend verstirbt der Aufsichtsratsvorsitzende Erich. Seine Stellvertreterin Bettina beruft unverzüglich nach dem Begräbnis eine Sitzung ein. Die Linie Anton hat noch kein neues Mitglied namhaft gemacht. Alle Mitglieder nehmen teil. Nach siebenstündiger Diskussion erreicht Bettina Beschlüsse, die Genehmigung für „PielachPower 2020“ zurückzunehmen, sich auf das Kerngeschäft in Österreich zu konzentrieren und die – jetzt profitable – polnische Enkelgesellschaft wieder abzustoßen.

Drei Wochen später wird Georg als Vertreter der Linie Anton gewählt. Die Wahl eines neuen Aufsichtsratsvorsitzenden wird aufgeschoben. Georg ist überzeugt, dass die Strategie „PielachPower 2020“ sinnvoll ist. Bei seiner ersten Aufsichtsratssitzung hält Georg ausdrücklich fest, dass die in der von Bettina geleiteten Sitzung zustande gekommenen Beschlüsse nichtig seien, da sie ohne Beteiligung der Linie Anton in syndikatsvertrags-, daher rechtswidriger Weise gefasst wurden. Bettina schafft es in der folgenden Diskussion nicht, eine Mehrheit für einen nochmaligen Beschluss zusammenzubringen. Georg unterrichtet nach der Sitzung den Vorstand, dass er die alten Aufsichtsratsbeschlüsse für nichtig halte und daher „PielachPower 2020“ wie geplant fortgesetzt werden könne.

II. Lösungsansätze

1. Ausgangssituation

1.1. Aufsichtsratsbesetzung

1.1.1. Bevor auf Einzelfragen der Gestaltung einzugehen ist, soll an dieser Stelle die Grundsatzfrage der Sinnhaftigkeit der Gestaltung der Governance der Unternehmensgruppe angesprochen werden; im Sachverhalt wird ausgeführt, dass der Aufsichtsrat in den Tochtergesellschaften nur freiwillig eingerichtet ist; sinnvoll wäre es jedenfalls darüber nachzudenken, ob mit einem Beirat das Auslangen gefunden werden kann. Dazu bedarf es dann aber vorher auch der Analyse, wie die Entscheidungswege im Gesamtunternehmen und das unternehmerische Machtzentrum insgesamt gestaltet werden sollen.

1.1.2. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der PielachPower AG mit bloß fünf Kapitalvertretern ist in Frage zu stellen, nämlich insofern, ob hier nicht auch Arbeitnehmervertreter hinzukommen müssten, zumal sich der Vorstand der PielachPower AG stark in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaften einmengt. Daher ist die Anwendbarkeit von § 110 Abs 6a ArbVG zu überlegen. Es handelt sich nicht um eine rein beteiligungsverwaltende Holding.

1.1.3. Zu überlegen ist weiters die Zulässigkeit und Sachgerechtigkeit des Doppelmandatsverbands der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder in der Holding und in den Tochtergesellschaften. Dies ist gesetzlich nicht verboten, §§ 86 und 90 AktG und die entsprechenden Bestimmungen des GmbH-Rechts (§ 30a Abs 2 Z 2 und § 30e GmbHG) verbieten nur die Mitgliedschaft gegen das Organisationsgefälle, nicht aber im Mandatsverbund. Hier ist auch eine 100%ige Eigentümerstellung gegeben, sodass die Interessenkonflikte jedenfalls – zu Beginn – überschaubar bleiben. Geht es allerdings um Investitionen in der einen oder anderen Tochtergesellschaft oder die Verlagerung von Kapazitäten, können sich rasch Interessenkonflikte zeigen, die schwer zu bewältigen sind; die durchgehende Personalunion ist daher sehr zu hinterfragen. Deutlich wird dies – wie hier – in schlechten Zeiten für die einzelnen Tochtergesellschaften. Unzulässig wird die Aufsichtsratsbesetzung bei Übernahme operativer Tätigkeiten (vgl Pkt II.4.2.2.).

1.1.4. Zu hinterfragen ist die Besetzung des Aufsichtsratsvorsitzenden mit dem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Erich.

Mangels Börsennotierung und da der Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat bereits 2006 vollzogen worden ist, ist die *Cooling-off*-Periode gem § 86 Abs 4 Z 2 AktG nicht relevant.

1.1.5. Für das Alter des Aufsichtsratsvorsitzenden von 76 Jahren wäre – trotz Gesetzeskonformität – eine Regelung empfehlenswert, die zB bei 70 oder 75 Jahren zumindest Sollbruchstellen mit zwingenden Ausschlussgründen vorsieht oder eine Rechtfertigung für eine weitere Fortsetzung der Tätigkeit verlangt.

1.1.6. Zu empfehlen ist generell eine präzisere Gestaltung der Aufsichtsratsbesetzung. Vorsitz und Stellvertretung des Vorsitzes sind offenbar nur als Übung festgelegt, nicht als Regel. Die bestehende syndikatsvertragliche Regelung läuft *de facto* auf eine Einpersonen-Mitgliedschaft pro Familienstamm hinaus. Dies kann, muss aber nicht sachgerecht sein. Sinnvoll wäre auch die Festlegung des Verhältnisses der Familienmitglieder zu externen Mitgliedern.

1.2. Vorstandsbesetzung

1.2.1. Die Vorstandsbestellung ist formal nicht genauer beschrieben. Inhaltlich sind die Kriterien formal erfüllt, das Familienmitglied Richard ist auch schon im Familienunternehmen tätig gewesen. Er ist vor allem auch Mitglied des stärksten Familienzweigs. Hubert, der Familienfremde, wird offenbar von Richard vorgeschlagen, dh, dass hier eine hohe Abhängigkeit besteht. Sie sind Studienfreunde. Ganz offensichtlich läuft die Auswahl über den Vorstand. Dies ist nicht untypisch, sollte aber nicht der Standard sein.

1.2.2. Im Syndikatsvertrag ist offenbar über die Vorstandsebene keine Regelung enthalten. Empfehlenswert wäre eine Qualifikationsbeschreibung, die jedenfalls erfüllt werden muss. Sinnvoll wäre auch eine klare Beschreibung des Auswahlprozesses und des zuständigen Auswahlgremiums, abgesehen von der Bestellung durch den Aufsichtsrat durch einen allfälligen Ausschuss. Damit würde der Prozess professionalisiert werden und auch der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats entsprechen.

2. 2008 – Grundsatzentscheidung und Start der Umsetzung

2.1. Strategiefreigabe im Aufsichtsrat

2.1.1. Der Vorstand einer AG ist für die Strategie verantwortlich. Er hat sie zu entwickeln und mit dem Aufsichtsrat zu diskutieren. Zu trennen sind die Strategie insgesamt mit Zielen und einzelnen Maßnahmen sowie die einzelnen Maßnahmen selbst. Dafür ist es jedenfalls erforderlich, zwei getrennte Diskussions- und Beschlusskreise zu haben. Nach dem Sachverhalt wird dies relativ rasch abgehandelt und zusammengezogen und die Strategie als solche nicht in Frage gestellt.

2.1.2. Der Aufsichtsrat hat jedenfalls die Strategie als solche zu diskutieren und kritisch zu hinterfragen. Er ist nicht für die Entwicklung der Strategie verantwortlich, aber für eine kritische Auseinandersetzung mit dieser, dh konkret, ob das Unternehmen, das in Metallschleiferei und Wasserkraftbetrieb sowie nur geringfügig in Windkraftenergie tätig ist, sofort voll in die Windkraft einsteigen soll.

2.1.3. Insofern ist das Vorhaben des Vorstands, Strategiefragen im Grundsätzlichen und konkrete Einzelmaßnahmen zusammenzuziehen, nicht sachgerecht in der Vorlage und im Vorlagebericht, sodass darin eine Sorgfaltswidrigkeit des Vorstands gesehen werden kann.

2.1.4. Auch der Aufsichtsrat hat genau diese Fragen zu trennen, einzeln zu diskutieren und eigenständigen Entscheidungen zuzuführen und sich vor allem für die Strategiefrage insgesamt einen längeren Denk- und Entscheidungsprozess zu gestatten. Da die Strategiefrage eine Grundsatzfrage und für das Wohl der Gesellschaft und der gesamten Gruppe wesentlich ist, darf dies nicht am Entscheidungshorizont von wenigen Wochen und Monaten hängen.

2.1.5. Der Aufsichtsrat hätte daher die Strategie viel eingehender zu hinterfragen, hätte wohl in einer eigenen Klausur oder in einer gemeinsamen Klausur mit dem Vorstand diese Fragen zu vertiefen und sich insgesamt damit auseinanderzusetzen, in welche Richtung sich die Gesellschaft und Unternehmensgruppe entwickeln soll. Dies fehlt hier vollkommen, vielmehr begnügt sich der Aufsichtsrat einfach mit der Auseinandersetzung mit einem Einzelprojekt.

2.2. Vorlagebericht und Sachverständigengutachten

2.2.1. Der Vorstand handelt sorgfaltswidrig, da er dem Aufsichtsrat nicht die volle bzw sachgerechte Information für sein Projekt zur Verfügung stellt. Insb trägt er nur positive Informationen vor, hingegen werden kritische, risikoabwägende Informationen (Gutachten von Clever UB II) zurückgehalten. Insofern liegt bereits eine Sorgfaltswidrigkeit in einer mangelhaften Vorlageberichterstattung des Vorstands gem § 95 Abs 5 Z 1 AktG vor, da der Vorlagebericht für ein derart umfassendes Projekt eine angemessene Information zu enthalten hat.³ Die mangelhafte Information führt dazu, dass es zu keiner Sanktionierung durch diesen Aufsichtsratsbeschluss im Innenverhältnis kommt.

2.2.2. Die Vermengung von Grundsatzentscheidung und Einzelprojekt wird weiter durchgezogen und schlägt auch auf die Vorlage der Sachverständigengutachten durch.

2.2.3. Das Gutachten zur Strategie scheint ein Werbegutachten für die UB I zu sein. Die Strategie selbst ist jedoch viel zu wenig konkretisiert und müsste mit Zahlen, konkreten Zielen und Umsetzungsvorhaben im Allgemeinen unterlegt werden, ehe Einzelprojekte begonnen werden.

2.2.4. Der Aufsichtsrat müsste sich auch deutlich intensiver mit dem Projekt in Polen beschäftigen. Die vom Vorstand vorgelegten Informationen taugen dazu offenbar nicht. Hier wäre es durchaus angezeigt gewesen, dass der Aufsichtsrat seinerseits ein Gutachten einholt – auf Kosten der Gesellschaft.

2.3. Geschäftsordnung des Vorstands

Offenbar fehlt eine allgemeine Geschäftsverteilung für den Vorstand der PielachPower AG. Eine Geschäftsverteilung ist eigentlich Angelegenheit und Zuständigkeit des Aufsichtsrats und es obliegt seiner Sorgfaltspflicht, für den Vorstand eine

Geschäftsverteilung sowie eine Geschäftsordnung festzulegen. Das ist Ausfluss seiner Personalkompetenz. Diese Aufgabe soll er eigentlich nicht dem Vorstand überlassen. Darin liegt eine Sorgfaltswidrigkeit des Aufsichtsrats, die nicht nur der Vorsitzende, sondern jedes Mitglied aufzugreifen hat. Um eine ordnungsgemäße Überwachung sicherzustellen, soll auch eine klare Verantwortungszuweisung durch den Aufsichtsrat vorgenommen werden. Der Aufsichtsrat ist für die Organisation des Vorstands der AG verantwortlich, selbst wenn der Vorstand sie selbst mit Zustimmung des Aufsichtsrats erlässt.⁴

3. 2009 – Umsetzung I

3.1. Projektbegleitung durch Holding-Vorstand I

3.1.1. Der Grundfehler in der Projektbegleitung liegt darin, dass die Organstrukturen nicht an die neue Eigentümersituation angepasst werden. Dies ist insb dem Vorstand, aber auch dem Aufsichtsrat der Holding vorzuhalten.

3.1.2. Die Information des polnischen Geschäftsführers an Hubert entspricht zwar nicht den Organstrukturen, ist aber üblich und mit Hilfe eines schuldrechtlichen Vertrages iS einer Matrizen- oder Linienkonzernführung zulässig.

3.1.3. Hubert handelt jedoch rechtswidrig, wenn er die auftretenden erheblichen Probleme nicht dem Aufsichtsrat bekannt gibt und diesen daher über den Fortgang des Projekts im Unklaren lässt. Zwar setzt Hubert gegensteuernde Maßnahmen, indem er IKS, Risikomanagement und technische Begleitung von einer Schwestergesellschaft leisten lässt, dennoch sind diese negativen Nachrichten, nämlich Mehraufwand, mangelnde Leistungsfähigkeit, Erbringung der Leistung durch eine Schwestergesellschaft, unmittelbar an den Aufsichtsrat weiterzugeben.

3.2. Buchungen über Mehraufwand und Leistungsverrechnung an Schwestergesellschaften

3.2.1. Abgesehen von der mangelnden Information werden Kosten vertuscht und als gewöhnlicher Aufwand verbucht, sodass darin eine Rechtswidrigkeit des Vorstands Hubert liegt.

3.2.2. Die Auslagerung von Organisation, IKS, Risikomanagement, technischen Gutachten an eine Tantengesellschaft (PielachPower Logistics GmbH) im Verhältnis zur polnischen Gesellschaft ist grundsätzlich zulässig und muss durch einen schuldrechtlichen Auftrag abgesichert werden. Zudem muss die Nichtengesellschaft im Verhältnis zu ihrer Tante diese Leistungen abgelten.

3.2.3. Offenbar wird dies nicht gemacht, sondern wird der Aufwand dafür von der PielachPower Logistics GmbH anders verbucht und insofern versteckt. Darin liegt ein mehrfacher Verstoß: Einerseits ein Verstoß gegen die Buchhaltung, der sich gem § 255 AktG (§ 122 GmbHG) auswirken könnte, weiters kann darin eine steuerrechtlich relevante Gewinnredu-

³ Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 95 Rz 93.

⁴ Von Schenk in Semler/von Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder⁴ (2013) § 1 Rz 67; siehe ferner Kals in MünchKomm AktG⁴, § 77 Rz 61; zur GmbH siehe von Schenk in Semler/von Schenk, Arbeitshandbuch⁴, § 1 Rz 69 (hier sind die Gesellschafter für die Geschäftsordnung zuständig, können ihre Befugnis aber auf den Aufsichtsrat übertragen).

zierung der PielachPower Logistics GmbH liegen. Schließlich liegt darin eine Einlagenrückgewähr, weil die Gesellschaft auf Geheiß von Hubert, somit auf Veranlassung der Muttergesellschaft, Leistungen erbringt, für die sie keine volle Gegenleistung erhält.⁵ Damit werden jedenfalls abstrakt Gläubiger geschädigt. Die Verrechnung anderer Kosten mit Schwestergesellschaften, die keine Leistungen in Anspruch nehmen, ist ebenfalls als Einlagenrückgewähr auf Veranlassung der Muttergesellschaft zu qualifizieren.

3.2.4. Geht man davon aus, dass diese Leistungen verbotene Einlagenrückgewährleistungen sind und nicht bloß nachteilige Weisungen vorliegen, so ist dies durch Nachschüsse der Muttergesellschaft zu sanieren oder jedenfalls mit harten Haftungsübernahmen oder mit harten Zuschusserklärungen, die jederzeit abgerufen werden können.

3.3. Informationsweitergabe über Controller Otto

3.3.1. Der Controller Otto dürfte grundsätzlich nicht direkt mit dem Aufsichtsratsmitglied Friedrich sprechen. Zulässig ist diese unmittelbare Kontaktaufnahme nur bei Misstrauen gegenüber dem Vorstand oder in der Situation, dass der Vorstand seinen Pflichten nicht nachkommt, was hier nicht auszuschließen ist. Insofern erscheint die Handlungsweise des Controllers Otto durchaus sachgerecht und zulässig.

3.3.2. Friedrich handelt in dieser Phase ordnungsgemäß, wenn er als schlichtes Aufsichtsratsmitglied den Aufsichtsratsvorsitzenden über das Gespräch informiert.

3.4. Handlungsbedarf zur Vorstandsbesetzung?

3.4.1. Offenbar sind im Aufsichtsrat nur der Mehraufwand und die Kostenbewältigung ein Thema, nicht das Verhalten des Vorstands. Dies wäre als Angelegenheit des Aufsichtsrats aufzugreifen.

3.4.2. Der Wechsel von Bettina in den Vorstand wäre zulässig. Sie würde gem § 90 AktG ihr Amt ruhend stellen und dürfte in den Aufsichtsrat wechseln. Sie muss aber vom Aufsichtsrat in den Vorstand bestellt werden, was die Aufsichtsratsmitglieder nicht zu tun bereit sind.

3.4.3. Die Vorstandsbesetzung wird nicht weiter diskutiert. Der Aufsichtsrat hätte aber zu überprüfen, ob tatsächlich ein drittes Vorstandsmitglied notwendig ist, um die aufgrund der Expansion erhöhte Vielfalt und den größeren Umfang der Vorstandstätigkeit bewältigen zu können. Bettina nur aus Gleichgewichtsgründen in der Familie abzulehnen, ohne auf den unternehmerischen Bedarf einzugehen, ist nicht ausreichend, damit der Aufsichtsrat seiner Personalkompetenz sorgfaltsgemäß nachkommt.

3.5. Ausbau der Controlling-Abteilung

Die Ergänzung der PielachPower Logistics GmbH mit weiteren Personen ist als Forderung zulässig. Die Ausführung

durch Aufstockung des Controlling-Teams mit einem HTL-Absolventen erscheint nicht sachgerecht, da für Controlling eine spezifische Ausbildung erforderlich ist. Der Auftrag und die Anregung des Aufsichtsrats werden damit nicht sachgerecht umgesetzt.

3.6. Bestellung und „Ermächtigung“ des Aufsichtsratsmitglieds Friedrich

3.6.1. Die Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds Friedrich in die polnische Gesellschaft ist zulässig, es ist aber wiederum auf die Problematik des Doppel- oder Mehrfachverbunds von Mandaten zu verweisen (vgl Pkt II.1.1.). Die Neubestellung der Organe in der polnischen Gesellschaft wird aufgeschoben. Darin liegt wiederum eine Unzulänglichkeit und unter Umständen eine Sorgfaltswidrigkeit (vgl Pkt II.3.1.).

3.6.2. Der Aufsichtsrat kann gem § 95 Abs 3 AktG (§ 30j Abs 3 GmbHG) die Prüfung bestimmter Gegenstände oder Vorfälle einzelnen Mitgliedern durch Beschluss übertragen.⁶ Die Zuständigkeit für die Beauftragung liegt beim Aufsichtsrat oder bei einem Ausschuss, nicht aber beim Aufsichtsratsvorsitzenden. Der Aufsichtsratsvorsitzende kann für bestimmte Aufgaben bevollmächtigt werden, den Aufsichtsrat nach außen zu vertreten. Insofern könnte durch das Ermächtigungsschreiben, unterzeichnet durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, eine Anscheinsvollmacht begründet werden, sofern die anderen Aufsichtsratsmitglieder nicht dagegen monieren. Dritte, somit die angesprochenen Geschäftsführer können daher darauf vertrauen, dass eine wirksame Ermächtigung vollzogen worden ist.

3.6.3. Eine weitere Frage ist, wie weit die Prüfungsbefugnisse des beauftragten Aufsichtsratsmitglieds reichen. Die Einsichtnahme und Prüfung von Unterlagen bei konzernabhängigen Gesellschaften kann nur vollzogen werden, wenn der Vorstand zu dieser Vornahme berechtigt und dies für die Überwachung der Konzernleitung notwendig ist.⁷ Nachforschungen im gesamten Unternehmen sind nicht zulässig, sondern nur in der eigenen Gesellschaft, dh, der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ist nur für die Beaufsichtigung der Muttergesellschaft zuständig.⁸ Aufsichtsratsmitglieder können daher nicht unmittelbar an die Konzerngesellschaften herantreten. Im vorliegenden Fall besteht aber die Situation der doppelten und mehrfachen Mitgliedschaft von Friedrich in den einzelnen Aufsichtsratsgremien. Da er auch in der Tochtergesellschaft und auch in der Enkelgesellschaft Aufsichtsratsmitglied ist, könnte er Nachforschungen in diesen Gesellschaften vornehmen. In einer Krisensituation kann eine solche Vorgehensweise zweckmäßig sein.

4. 2010 – Umsetzung II

4.1. Projektbegleitung durch Holding-Vorstand II

Der Vorstand der PielachPower AG ist für das Beteiligungsmanagement und daher auch in Polen verantwortlich, er hat zwar keine Konzernleitungspflicht, aber jedenfalls eine Kon-

⁵ Vgl zur Diskussion *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 52 Rz 32; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 52 Rz 48 ff (Rz 49 zu Leistungen auf Veranlassung des Aktionärs, Rz 51 zur 100%-Beteiligung an Empfänger-gesellschaft, Rz 53 zu sonstigen Konzernsachverhalten und Leistungen an Schwestergesellschaften); OGH 14.9.2011, 6 Ob 29/11z, GesRZ 2012, 122 (*U. Torggler*); vgl auch *Bayer in MünchKomm AktG³*, § 57 Rz 70 ff (Rz 74 zu Vermögensleistungen an Schwestergesellschaften).

⁶ *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 95 Rz 64.

⁷ *Kalss*, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137 (141); *dies in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 95 Rz 63.

⁸ OGH 17.6.2013, 2 Ob 112/12b.

zernüberwachungsverpflichtung.⁹ Die Überwachungspflicht liegt in ihrer Ausgestaltung im unternehmerischen Ermessen des Vorstands. Allerdings hat er kein so weites Ermessen, dass er diese Kernaufgabe in extrem loser und dezentraler Art und Weise einem Anwalt überantworten kann. Dies umso mehr, als es sich um einen Krisenfall handelt, der is einer gesteigerten Überwachungspflicht die Aufmerksamkeit des Vorstands verlangt.¹⁰ Der Vorstand erfüllt daher seine Aufgaben in dieser Phase nicht ordnungsgemäß.

4.2. Friedrich im Aufsichtsrat der polnischen Gesellschaft

4.2.1. Mit dem unmittelbaren Gespräch mit Mitarbeitern der jeweiligen Unternehmen wendet Friedrich ein Instrument an, das er nur mit Zustimmung der Geschäftsführung einsetzen darf oder wenn ein Misstrauensfall vorliegt, in dem der Geschäftsführer entgegen dem Anliegen des Aufsichtsrats keine Auskunft gibt. Die Zustimmung der Geschäftsführung ist hier offenkundig gegeben, zumal Friedrich der Einzige ist, der sich tatsächlich der Sache annimmt und kein Widerspruch erhoben wird.

4.2.2. Zu beachten ist, dass Friedrich nicht nur als Überwacher mit Sonderaufgaben gem § 95 Abs 3 AktG (§ 30j Abs 3 GmbHG) handelt. Vielmehr übernimmt er als Ansprechpartner faktisch die Geschäftsführung in der polnischen Gesellschaft. Dies steht im Widerspruch zu seiner Aufsichtsrats-tätigkeit, weil er nunmehr *de facto* entgegen dem Organgefälle tätig wird und dies auch nicht mehr unter eine einzelne Beauftragung gem § 95 Abs 5 Z 12 AktG (§ 30j Abs 5 Z 10 GmbHG) fallen kann. Friedrichs Tätigkeit liegt zwar außerhalb der Aufsichtstätigkeit, sie ist aber *de facto* Geschäftsführung der Tochtergesellschaft – insofern sollte die Unvereinbarkeit von § 90 Abs 1 AktG (§ 30e Abs 1 GmbHG) greifen. Rechtsfolge der Unvereinbarkeit ist grundsätzlich die Nichtigkeit des Bestel-lungsaktes.¹¹ Auch bei faktischer Vollübernahme von Geschäftsführungsaufgaben ist daher nicht nur von Anfechtbarkeit,¹² sondern von Nichtigkeit auszugehen (siehe schon Pkt II.1.1.3).¹³

4.3. Informationszugang und -verwendung durch das Aufsichtsratsmitglied Friedrich

4.3.1. Ursprünglich ist durch den Fokus Energie (Erdgas) eine Nähe des Unternehmens, in dem Friedrich als Vorstand arbeitet, gegeben, aber keine unmittelbare Wettbewerbssituation. Dies ändert sich durch den Einstieg des Erdgasunternehmens in den Markt erneuerbarer Energiequellen. Daher besteht zunächst die rechtliche Pflicht zur Offenlegung dieser neuen Wettbewerbssituation.¹⁴

4.3.2. Friedrich erhält Zugang zum Intranet. Als Aufsichtsratsmitglied hat er zwar eine Gesamtzuständigkeit, aber nicht für Einzelmaßnahmen. Sein Informationsauftrag und seine Untersuchungsbefugnis sind funktional ausgerichtet.

Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit begeht Friedrich durch die Weitergabe der Information für unternehmensfremde Zwecke, indem er sogar konkurrenzierend für sein Stammunternehmen gegenüber dem beauftragenden Unternehmen tätig wird. Dies stellt einerseits einen klaren Verstoß gegen die organschaftliche Treuepflicht und Geheimhaltungsverpflichtung¹⁵ dar, andererseits einen Verstoß gegen das Verbot der Ausnützung von Geschäftschancen (*corporate opportunities*), der daher einen weiteren Treuepflichtverstoß über die Informationsweitergabe hinaus etabliert.¹⁶ Dies ist ein Grund für eine vorzeitige Abberufung auch aufgrund eines 10%igen Minderheitsantrags unter Vorliegen eines wichtigen Grundes, die Gesellschaftermehrheit könnte ihn jederzeit abberufen. Hinzu käme ein möglicher Schadenersatz *ad personam*.¹⁷

5. 2011 – Projektende?

5.1. Beteiligungsveräußerung

Die Weisung des Vorstands der PielachPower AG über die jeweilige Weisungskette oder entsprechende Matrizen zur Veräußerung der Beteiligung an osteuropäischen Atomkraftwerken durch die polnische Gesellschaft ist zulässig. Angesichts der Reputationsgefährdung ist es auch zulässig, einen nicht marktkonformen Preis zu akzeptieren, da das Schädigungs- und Gefährdungspotenzial deutlich höher eingeschätzt wird. Die Veräußerung der Beteiligung an Atomkraftwerken ist daher sachgerecht und daher auch unter den Aspekten der Konzernüberwachung und rechtzeitiger Maßnahmen als rechtmäßig zu qualifizieren.

5.2. Beendigung der „PielachPower 2020“-Strategie

5.2.1. Die Beendigung der Strategie ist formal korrekt beschlossen. Die inhaltliche Auseinandersetzung erscheint nachvollziehbar, insb wird intensiv diskutiert, die Strategie „PielachPower 2020“ als solche für verfehlt angesehen und daher widerrufen und eine Konzentration auf das Kerngeschäft vollzogen. Die Beschlüsse sind unter diesem Blickwinkel zulässig.

5.2.2. Dass der Stamm Anton mit 60 % Risikokapital nicht vertreten ist, ist wohl als treuwidriges Handeln der anderen Aufsichtsratsmitglieder, insb von Bettina, anzusehen. Allerdings könnte argumentiert werden, dass eine Notsituation und Gefahr im Verzug bestehen. Bettina vollzieht dies auch nicht alleine, vielmehr werden von ihr Beschlüsse mit Familienmitgliedern und familienexternen Mitgliedern gefasst.

⁹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/934; zu den Konzernaufgaben OGH 17.6.2013, 2 Ob 112/12b; *Kalss*, Konzernrecht, ZVglRWiss 3/2014 (in Druck).

¹⁰ Zur gesteigerten Überwachungspflicht des Aufsichtsrats vgl *Kalss/Oelkers* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 24 Rz 8 ff; dies ist parallel auf einen Konzernvorstand mit Überwachungspflichten zu übertragen.

¹¹ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 90 Rz 6 (Aufsichtsratsbestellung durch Hauptversammlungsbeschluss bzw Entsendung) und § 92 Rz 116 (Vorstandsbestellung durch Aufsichtsratsbeschluss).

¹² OGH 10.10.2002, 6 Ob 97/02m.

¹³ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 90 Rz 6.

¹⁴ *St. Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, § 18 Rz 23 f und 26 ff.

¹⁵ Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 99 Rz 21 ff.

¹⁶ *P. Doralt/W. Doralt* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch⁴, § 13 Rz 112; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 99 Rz 20; *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, § 34 Rz 44.

¹⁷ Vgl *Kalss* in *MünchKomm AktG⁴*, § 101 Rz 269 ff (Abberufungsmöglichkeiten); *dies* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 99 Rz 37 ff (zu Rechtsfolgen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, auch die Möglichkeit strafrechtlicher Konsequenzen gem § 11 UWG; vgl dazu *Thiele* in *Wiebe/Kodek*, UWG², § 11 Rz 16, zur Anwendbarkeit auf Aufsichtsratsmitglieder).

5.2.3. Die Veräußerung der polnischen Enkelgesellschaft ist als zulässige Maßnahme zu qualifizieren. Sie steht im unternehmerischen Ermessen primär des Konzernvorstands. Der Aufsichtsrat hat aber die Berechtigung, die Konzernüberwachung zu begleiten. Er ist berechtigt, eine Stellungnahme dazu abzugeben. Eine Weisung auf den Verkauf kann er nicht geben.

5.3. *Feststellung der Nichtigkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse*

5.3.1. Die Nichtigkeit der Beschlüsse, wie sie Georg, das neue Aufsichtsratsmitglied aus der Linie Anton, behauptet, kann nicht überprüft werden, da mangels Auskunft im Sachverhalt nicht klar ist, welche Voraussetzungen für einen wirksamen Aufsichtsratsbeschluss bestehen, nämlich ob der Vor-

sitzende anwesend sein muss bzw ob ein Vertreter aus der Linie Anton vertreten sein muss. Von Gesetzes wegen ist dies nicht erforderlich, weil die Aufsichtsratsvorsitzende-Stellvertreterin, die nunmehr das Amt des Vorsitzenden ausübt, vertreten ist.

5.3.2. Die Einschätzung von Georg ist die eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds. Sie ist daher keine bindende Handlung des Aufsichtsrats. Die Einschätzung von Georg ist daher nicht ein *contrarius actus* zum Aufsichtsratsbeschluss. Der Vorstand kann sich auf diese Aussage nicht verlassen. Zudem steht keine Bevollmächtigung des Georg fest und ist er angesichts seiner ersten Sitzung bzw einer der ersten Handlungsweisen auch für den Vorstand nicht unbedingt Beauftragter und Bevollmächtigter des Aufsichtsrats, umso weniger, als er tatsächlich auch nicht Aufsichtsratsvorsitzender ist.