

# DIE GESCHÄFTSFÜHRENDE DIREKTOREN IN DER SE

In der monistisch organisierten SE wurde mit den zwingend zu bestellenden geschäftsführenden Direktoren, die die laufenden Geschäfte der Gesellschaft führen sollen, eine neue Kategorie einer geschäftsführenden Einrichtung geschaffen. Der Gesetzgeber beabsichtigt, das monistische System zukünftig auch nationalen AGs zur Verfügung zu stellen. An der SE wollte er zunächst die ersten Erfahrungen mit diesem Institut sammeln. Im Folgenden soll ein allgemeiner Überblick über die geschäftsführenden Direktoren gegeben werden.

CLEMENS EGERMANN / STEPHAN HECKENTHALER

## 1. Allgemeines

Wenn die Satzung einer SE mit Sitz in Österreich das monistische System vorsieht, hat der Verwaltungsrat zwingend einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren zu bestellen (§ 59 Abs 1 SEG<sup>1)</sup>). Damit will der Gesetzgeber das Verwaltungsratsystem strukturieren und beim einstufigen Organisationsmodell eine eigenständige Kontrollfunktion etablieren.<sup>2)</sup> Dies scheint auch europarechtlich gerechtfertigt, weil Erwägungsgrund 14 der VO<sup>3)</sup> eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und jener Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, verlangt. Die Bestellung von geschäftsführenden Direktoren sieht die VO allerdings nicht ausdrücklich vor; die für diese geltenden Bestimmungen gehören daher dem nationalen Recht an, wobei die zwingenden europarechtlichen Grenzen zu beachten sind.

## 2. Dogmatische Einordnung

Die dogmatische Einordnung des Instituts der geschäftsführenden Direktoren ist unklar, schon die europarechtliche Ermächtigungsnorm des nationalen Gesetzgebers erschließt sich nicht ohne weiteres. Art 43 Abs 1 Satz 2 VO<sup>4)</sup> lässt die Einführung von Geschäftsführern für die laufenden Geschäfte nur unter denselben Voraussetzungen zu, wie sie für die jeweiligen nationalen AGs gelten. Da das heimische AktG neben dem Vorstand eigene Geschäftsführer für das laufende Geschäft nicht kennt, ist nicht diese Bestimmung, sondern Art 43 Abs 4 VO, der den nationalen Gesetzgeber ermächtigt, die nähere Ausgestaltung des monistischen Systems nach den Vorgaben der VO vorzunehmen, einschlägig. Die ausdrückliche Erwähnung der geschäftsführenden Direktoren im SEG, das zwingende Erfordernis ihrer Bestellung sowie die gesetzliche Umschreibung ihres Aufgabenbe-

reiches könnten auf ihre Organqualität schließen lassen, sind sie doch gesetzestechisch weitgehend gleichwertig neben den Gesellschaftsorganen Hauptversammlung (im folgenden „HV“) und Verwaltungsrat gereiht. Über Art 38 lit b VO, wonach die SE neben der HV nur über ein einziges Verwaltungsorgan verfügt, kann sich der Gesetzgeber aber nicht hinwegsetzen. Dies ist eine abschließende zwingende Regelung, andernfalls die Bestimmungen der VO unterlaufen und die Grenzen zum dualistischen System verwischt werden könnten.<sup>5)</sup> Europarechtliche Erwägungen sprechen daher eher gegen die Organqualität der geschäftsführenden Direktoren.<sup>6)</sup> Die abschließende Beantwortung dieser Frage scheint nicht zwingend erforderlich, ergeben

1) Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE) – (SE-Gesetz – SEG); dieses ist Teil des GesRÄG 2004, das in BGBl I 2004/67 kundgemacht wurde. Der Beitrag wurde Mitte Oktober 2004 abgeschlossen. Später erschienene Literatur, etwa *Kalss/Hügel* (Hrsg), SE-Kommentar (2004), konnte nur noch punktuell berücksichtigt werden.

2) JAB 488 BlgNR 22. GP 2.

3) Verordnung (EG) des Rates Nr 2157/2001 vom 8. 10. 2001, ABl L 294 vom 10. 11. 2001, nachstehend als „VO“ bezeichnet.

4) Diese Bestimmung geht auf den Wunsch der schwedischen Verhandlungsdelegation zurück. Nach schwedischem Aktienrecht gibt es neben einem einheitlichen Organ der Unternehmensleitung Geschäftsführer, deren Aufgabe ua die Führung der laufenden Geschäfte ist und die Organqualität haben. Dazu *Teichmann*, Vorschläge für das deutsche Ausführungsgesetz zur europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2002, 1109 (1113).

5) Die Frage der Europarechtskonformität des Instituts der geschäftsführenden Direktoren wird hier nicht abschließend untersucht. Die deutsche Regelung, wonach die geschäftsführenden Direktoren die Alleinvertretungsbefugnis in der SE haben, hält ein Teil der dL für europarechtswidrig. Dazu etwa *Hoffmann-Becking*, Organe: Strukturen und Verantwortlichkeiten im monistischen System, ZGR 2004, 355 (369 ff mwN).

6) Auch durch eine großzügige Gestaltung des Anstellungsverhältnisses des geschäftsführenden Direktors kann keine Organstellung geschaffen werden, da die Organe der SE in der VO und im SEG zwingend und abschließend geregelt sind. S zum Vorstand der AG OGH 16. 7. 2002, 4 Ob 163/02b.

sich deren wesentlichen Rechte und Pflichten ohnedies weitgehend aus dem SEG.<sup>7)</sup>

In Teilbereichen haben die geschäftsführenden Direktoren bei materieller Betrachtung Ähnlichkeit mit dem GmbH-Geschäftsführer. Gemeinsam ist ihnen vor allem die grundsätzliche Bindung an Weisungen im Innenverhältnis und die Möglichkeit ihrer jederzeitigen Abberufung. Anders als der GmbH-Geschäftsführer sind sie jedoch zwingend befristet zu bestellen, ihre (interne) Geschäftsführungsbefugnis ist enger. Ähnlichkeiten bestehen auch zum Prokuristen. Bei der Prokura handelt es sich zwar auch um eine gesetzliche Formvollmacht, die Dritten gegenüber unbeschränkt ist. Die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Direktoren ist allerdings umfangreicher als die des Prokuristen, da es keine §§ 48 ff HGB entsprechende Bestimmung zur Beschränkung der Außenvertretungsbefugnis gibt. Insgesamt erscheinen die geschäftsführenden Direktoren in der Tat als eine „neue Kategorie einer geschäftsführenden Einrichtung“.<sup>8)</sup>

### 3. Bestellung

#### 3.1 Allgemeines

Nach § 59 SEG sind die geschäftsführenden Direktoren durch den Verwaltungsrat zu bestellen. Dies ist eine die Organisationsverfassung der SE betreffende Kompetenzregelung und deshalb zwingender Natur.<sup>9)</sup> Die Satzung kann von ihr nicht abweichen. Weder die HV kann für die Bestellung zuständig gemacht werden, noch ist die Entsendung durch Arbeitnehmervertreter oder durch Aktionäre zulässig. In bestimmten Fällen, in denen die Vertretung der SE nicht gewährleistet ist, kann auf Antrag eine gerichtliche Bestellung erfolgen, wenn die zur Vertretung der Gesellschaft erforderliche Anzahl geschäftsführender Direktoren fehlt (§ 47 SEG – Notbestellung). Geschäftsführende Direktoren können sowohl Dritte (externe geschäftsführende Direktoren) als auch Mitglieder des Verwaltungsrats (interne geschäftsführende Direktoren) sein.<sup>10)</sup> Letzteres ist jedoch nur mit der Einschränkung möglich, dass weder der Vorsitzende des Verwaltungsrats noch dessen Stellvertreter zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden können und zudem die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern bestehen muss. Ist die Gesellschaft börsennotiert, ist die Bestellung von internen geschäftsführenden Direktoren überhaupt unzulässig (§ 59 Abs 2 SEG). Das soll eine ausreichende und unbefangene Kontrolle der Geschäftsführung sicherstellen. Ein Verwaltungsratsmitglied kann bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat über seine eigene Bestellung zum geschäftsführenden Direktor mitstimmen. Eine juristische Person oder eine

Personengesellschaft kann in diese Funktion nicht berufen werden.

Ein geschäftsführender Direktor ist zwingend befristet auf höchstens fünf Jahre zu bestellen. Wird er für einen längeren Zeitraum, für unbestimmte Zeit oder ohne Zeitangabe bestellt, ist die Bestellung nur für fünf Jahre wirksam. Die Wiederbestellung ist zulässig und bedarf zusätzlich zu der Beschlussfassung im Verwaltungsrat der schriftlichen Bestätigung durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats (§ 59 Abs 3 SEG). Da bei der Anmeldung der geschäftsführenden Direktoren zum Firmenbuch auch Nachweise über ihre Bestellung vorzulegen sind und über die Beschlüsse im Verwaltungsrat ein vom Vorsitzenden zu unterfertigendes Protokoll erstellt wird, erscheinen in der Praxis die Unterschiede zwischen Erst- und Wiederbestellung gering.

Der Verwaltungsrat kann Ausschüsse bilden, namentlich zu dem Zweck, seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführungen seiner Beschlüsse zu überwachen. Ob die Bestellung der geschäftsführenden Direktoren einem Ausschuss übertragen werden kann, ist fraglich. Aufgrund des Wortlauts des SEG und der grundlegenden Bedeutung dieser Angelegenheit ist dies uE zu verneinen.<sup>11)</sup> Es ist aber zulässig, zur Vorbereitung der Beschlussfassung im Verwaltungsrat einen (Nominierungs-)Ausschuss einzusetzen, der etwa Grundsätze für die Auswahl der Kandidaten festlegt oder die Übereinstimmung der Bewerber mit dem Anforderungsprofil überprüft. Für die Bestellung jedes einzelnen geschäftsführenden Direktors erklärt § 248 Abs 1 ArbVG bei der Mitbestimmung kraft Gesetzes die Aktionärsschutzklausel des § 110 Abs 3 ArbVG für anwendbar, wonach für den entsprechenden Beschluss die doppelte Mehrheit im Verwaltungsrat (Mehrheit der Kapitalvertreter und der Stimmen) notwendig wäre.<sup>12)</sup> Nach Art 50 Abs 1

7) *Kalss/Greda, Die Europäische Gesellschaft österreichischer Prägung nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 2004, 91 (102)*. Der Versuch, diesbezüglich weiter zwischen „formellem“ und „materiellem“ Organ zu unterscheiden, führt in diesem Zusammenhang nicht weiter. Anders als § 14 Abs 2 PSG lässt das SEG die Einführung (beliebiger) weiterer Organe gerade nicht zu. 8) So die Erläuterung RV 466 BlgNR 22. GP 3.

9) Vgl für den Aufsichtsrat *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>1</sup> §§ 75, 76 Rz 12*.

10) Im Folgenden wird das Hauptaugenmerk auf die externen Mitglieder gelegt. Auf die im Einzelfall komplexen Fragen, die sich aus der Doppelfunktion als Verwaltungsratsmitglied und geschäftsführender Direktor ergeben können, wird hier nicht näher eingegangen.

11) Das entspricht der uL zur Bestellung und Abberufung des Vorstands im dualistischen System, die eine Übertragung dieser Kompetenz an einen Aufsichtsausschuss ablehnt, selbst wenn dem Aufsichtsrat keine Arbeitnehmervertreter angehören. Dazu *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 75 Rz 6 mwN*.

12) Beim Verwaltungsrat soll bemerkenswerter Weise nur die Bestellung des Verwaltungsratsvorsitzenden und seines ersten Stellvertreters der doppelten Mehrheit bedürfen (§ 248 Abs 1 ArbVG).

VO ist im Verwaltungsrat hingegen mangels abweichender Satzungsbestimmung ein Konsensquorum von bloß der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder oder deren Vertreter erforderlich. Wie an anderer Stelle nachgewiesen,<sup>13)</sup> sind die Vorgaben der VO abschließend; der Gesetzgeber darf von ihnen nicht abweichen – mag die Anwendung der Aktionärsschutzklausel *de lege ferenda* auch wünschenswert erscheinen. Die Berufung auf das für die Arbeitnehmerbeteiligung geltende (in einer Richtlinie normierte) Vorher-Nachher-Prinzip kann in diesem Zusammenhang ebenso wenig wie die Berufung auf Art 50 Abs 3 VO zu einem anderen Ergebnis führen. Eine europarechtliche Richtlinie vermag einer EG-Verordnung nicht zu derogieren, über den eindeutigen Wortlaut des Art 50 Abs 3 VO kann man sich nicht hinwegsetzen.<sup>14)</sup> Hätte der VO-Geber anderes gewollt, hätte er dies entsprechend anordnen müssen. Mangels Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers sind deshalb die in § 248 Abs 1 ArbVG angeführten besonderen Quoren für die Bestellung der geschäftsführenden Direktoren<sup>15)</sup> nicht (auch nicht satzungsergänzend bzw lückenfüllend) anwendbar.<sup>16)</sup> Dem Satzungsgeber der SE steht es freilich trotz § 248 Abs 1 zweiter Satz ArbVG frei, eine entsprechende Bestimmung in der Satzung vorzusehen.

### 3.2 Unvereinbarkeit

Das SEG enthält hinsichtlich der geschäftsführenden Direktoren keine Regelung über Inkompatibilitäten, ebenso wenig legt es persönliche Anforderungen an diese fest. Anders als bei den Verwaltungsräten gibt es auch keine Begrenzung für die von einem geschäftsführenden Direktor zulässiger Weise innegehaltenen Mandate. Einschränkungen können sich aus dem Wettbewerbsverbot des § 60 SEG iVm § 79 AktG ergeben. Danach ist den geschäftsführenden Direktoren ua das Betreiben eines Handelsgewerbes untersagt, unabhängig davon, ob dieses der SE Konkurrenz macht. Bei den internen geschäftsführenden Direktoren entscheidet die HV, bei den externen geschäftsführenden Direktoren der Verwaltungsrat über die Entbindung vom Wettbewerbsverbot. Nach der hM erstreckt sich dieses Verbot auf die Übernahme von Ämtern als Mitglied des Leitungsorgans in anderen Gesellschaften.<sup>17)</sup> Ziel der Bestimmung ist, der SE die volle Arbeitskraft zu erhalten. Daraus lässt sich zwanglos ableiten, dass dem geschäftsführenden Direktor jedenfalls die Übernahme der Funktion als geschäftsführender Direktor in einer anderen SE untersagt ist, hätte er doch dieser einen erheblichen Teil seiner Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, wenn er deren Geschäfte führt, auch ohne formell Teil des Leitungsorgans zu sein.

Zu untersuchen ist, ob dem geschäftsführenden Direktor auch die Übernahme eines Verwaltungsratsmandats in einer fremden SE verwehrt ist. Hierbei ist danach zu differenzieren, welche Aufgaben das Verwaltungsratsmitglied konkret wahrnimmt. Besteht die Tätigkeit bloß in der nebenberuflichen Wahrnehmung von Überwachungsagenden (etwa weil überwiegend die von den geschäftsführenden Direktoren der „fremden“ SE vorgenommene Geschäftsführung überwacht wird), ist keine übermäßige Beanspruchung dieser Person zu befürchten. Die Situation ist mit der Übernahme eines Aufsichtsratsmandats im dualistischen System vergleichbar. Nimmt hingegen der Verwaltungsrat der „fremden“ Gesellschaft zu einem erheblichen Ausmaß Geschäftsführungsagenden selbst wahr, sprechen die besseren Argumente dafür, diese Tätigkeit als vom Wettbewerbsverbot umfasst zu sehen. Diesfalls kann der geschäftsführende Direktor nämlich „seiner“ SE seine Arbeitskraft nicht mehr im vollen Ausmaß zur Verfügung stellen. Es bedarf zur Beurteilung somit einer Betrachtung des jeweiligen Einzelfalles. Um die sich daraus ergebenden Abgrenzungsfragen zu vermeiden, empfiehlt sich, im Anstellungsvertrag des geschäftsführenden Direktors mit der SE eine Klarstellung bezüglich des Wettbewerbsverbots vorzunehmen.

### 3.3 Anstellung

Die gesellschaftsrechtliche Bestellung des externen geschäftsführenden Direktors<sup>18)</sup> ist von dessen dienstrechtlicher Einordnung zu unterscheiden. Letztere hängt entscheidend davon ab, ob er generell den Weisungen des Verwaltungsrats<sup>19)</sup> unterliegt. Ist er weisungsgebunden, ist er trotz seiner Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gegenüber seinem Arbeitgeber persönlich abhängig und ein Arbeitnehmer, der dem AngG unterliegt,<sup>20)</sup> sofern er die übrigen Voraussetzungen (im Wesentlichen Erbringung höherer kaufmännischer Dienste und Erreichen des erforder-

13) Egermann/Heckenthaler, Der Verwaltungsrat in der Europäischen Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung – Überlegungen zu §§ 38 ff SEG, GesRZ 2004, 256 (262).

14) So nimmt bspw auch die englische Fassung der VO in Art 50 Abs 3 ausdrücklich auf das *supervisory organ* und nicht das *administrative organ* Bezug. Daraus ist der klare Wille des VO-Gebers ersichtlich, dass er das *administrative organ* (Verwaltungsorgan) nicht erfassen wollte, auch wenn die Bestimmung unter der Überschrift „Gemeinsame Vorschriften für das monistische und das dualistische System“ steht.

15) Dies muss auch für die Bestellung des Verwaltungsratsvorsitzenden und seines ersten Stellvertreters gelten.

16) AA Kalss/Greda in Kalss/Hügel, SEG § 51 Rz 24f.

17) So zum Vorstand Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 79 Rz 2 mwN.

18) Zum internen geschäftsführenden Direktor Egermann/Heckenthaler, GesRZ 2004, 265.

19) Dazu Pkt 5.3 unten.

20) So auch Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Societas Europaea, GesRZ Sonderheft 2004, 39 (43).

lichen zeitlichen Ausmaßes der Beschäftigung) erfüllt. Der Anstellungsvertrag ist – ebenso wie die Bestellung – zwingend auf maximal fünf Jahre zu befristen. Soll der Vertrag trotz der zwingenden Befristung während seiner Laufzeit ordentlich gekündigt werden können, bedarf dies der besonderen Vereinbarung, die sich im Rahmen der arbeitsrechtlichen Beschränkungen zu bewegen hat. Oft wird der geschäftsführende Direktor auch die in Sondergesetzen näher niedergelegten Voraussetzungen des „leitenden Angestellten“ erfüllen. Exemplarisch sei erwähnt: Für den leitenden Angestellten iSd ArbVG ist der Kündigungsschutz des ArbVG nicht anwendbar,<sup>21)</sup> von der Mitgliedschaft zur Arbeiterkammer ist er ausgenommen (§ 10 Abs 2 Z 2 AKG), sodass keine Arbeiterkammerumlage zu entrichten ist. Für die leitenden Angestellten iSd AZG besteht keine Bindung an die Höchstarbeitszeitgrenzen (§ 1 Abs 2 Z 8 AZG).

Der Verwaltungsrat kann den Beschluss fassen, die geschäftsführenden Direktoren (oder einzelne geschäftsführende Direktoren) generell weisungsfrei zu stellen. Diesfalls erfüllen sie aktuell nicht die Voraussetzungen der persönlichen Abhängigkeit, sodass sie nicht als Angestellte iSd AngG, sondern als freie Dienstnehmer zu qualifizieren wären. Zu beachten ist, dass der Verwaltungsrat die geschäftsführenden Direktoren jedoch wieder an Weisungen binden kann, was im Wege der „stillen Autorität“ des Arbeitgebers<sup>22)</sup> doch die persönliche Abhängigkeit und damit die Arbeitnehmereneigenschaft begründen könnte. Anders als beim typischen durch die stille Autorität geprägten Arbeitsverhältnis hat aber das weisungsbefugte Organ Verwaltungsrat *de facto* (aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des SEG) weniger oft die Möglichkeit zur Ausübung des Weisungsrechts. Zudem wird durch den Beschluss auf Weisungsfreistellung durch den Verwaltungsrat beim geschäftsführenden Direktor eine besondere Vertrauenslage geschaffen, die eine unterschiedliche Behandlung der arbeitsrechtlichen Einordnung und der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben rechtfertigen würde. Weiters hebt sich der geschäftsführende Direktor durch seine qualifizierte gesellschaftsrechtliche Stellung in der SE vom „normalen“ (typischen) Arbeitnehmer ab,<sup>23)</sup> sodass in besonderen Konstellationen das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses nicht ausgeschlossen ist. Hat der Verwaltungsrat hingegen nur im Einzelfall auf die Erteilung von Weisungen verzichtet bzw. übt er das Weisungsrecht nicht aus, ändert dies aktuell nichts an seiner Weisungsbefugnis, weshalb der externe geschäftsführende Direktor als Arbeitnehmer iSd AngG zu qualifizieren ist.

Der Anstellungsvertrag wird zwischen dem geschäftsführenden Direktor als Dienstnehmer einerseits und der SE als

Dienstgeber andererseits geschlossen. § 59 Abs 3 letzter Satz SEG ordnet zum Abschluss des Anstellungsvertrags die sinngemäße Anwendung „dieser Vorschriften“ an. Dabei ist unklar, ob sich dieser Verweis nur auf die in § 59 Abs 3 SEG angeordnete zeitliche Befristung und Wiederbestellung oder auf alle Bestimmungen des § 59 SEG bezieht. Die zur Bestellung des Vorstands im dualistischen System in § 75 Abs 1 AktG bestehenden Bestimmungen, an denen sich der Gesetzgeber für die geschäftsführenden Direktoren orientierte, lassen bei systematischer und teleologischer Betrachtung in diesem Zusammenhang darauf schließen, dass der Verwaltungsrat eine Sondervertretungsbefugnis bezüglich des Abschlusses von Dienstverträgen mit den geschäftsführenden Direktoren hat. Die ansonsten gem § 43 Abs 1 SEG grundsätzlich bestehende kollektive Vertretungsbefugnis der SE durch den Verwaltungsrat und die geschäftsführenden Direktoren wird durch § 59 SEG als *lex specialis* verdrängt. Somit ist der Anstellungsvertrag vom Verwaltungsrat abzuschließen (zu unterfertigen). Offenbar bedarf es bei der Wiederbestellung zusätzlich der Unterschrift des Verwaltungsratsvorsitzenden.

Während die dem Verwaltungsrat eingeräumte Vertragsabschlusskompetenz bei externen geschäftsführenden Direktoren keine besonderen Probleme aufzuwerfen scheint, trifft das auf interne geschäftsführende Direktoren nicht zu, da bei ihnen regelmäßig eine Interessenkollision vorliegt, sind sie doch als Verwaltungsräte dem Unternehmenswohl verpflichtet, *in personam* aber idR wohl an der Maximierung des persönlichen Nutzens interessiert. Zur Beseitigung dieser Interessenkollision wollen die ErläutRV die Vertragsabschlusskompetenz einem Remunerationausschuss zuweisen.<sup>24)</sup> Diesem sollen offenbar die zu geschäftsführenden Direktoren zu bestellenden Mitglieder des Verwaltungsrats nicht angehören. Dem SEG lässt sich eine solche Möglichkeit, dass ein Ausschuss diesbezüglich besondere Beschluss- oder Vertragsabschlusskompetenz hätte, jedoch nicht entnehmen. UE könnte zudem die Befassung eines solchen Ausschusses zwar die Interessenkollision für die Abstimmung im Einzelfall, nicht aber generell hintanhaltend. Die Vertragsabschlusskompetenz mit den internen geschäftsführenden Direktoren sollte deshalb im SEG zweckmäßiger Weise der HV zugewiesen sein. Diese ist bereits für die Fest-

21) Hat er eigenverantwortliche Personalkompetenz, wird der geschäftsführende Direktor unter § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG zu subsumieren sein.

22) Dazu Radner in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (3. Lfg 2004), Kap 1 Rz 20 f.

23) Das belegt etwa die unbeschränkbare Außenvertretungsbefugnis (zum Prokuristen s Pkt 2. oben).

24) ErläutRV 466 BlgNR 22. GP 32 (zu § 57).

legung der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrats zuständig (§ 54 SEG iVm § 98 AktG). Darüber hinaus ist sie das einzig verbleibende unabhängige Organ der SE.

### 3.4 Exkurs: Sozialversicherungsrechtliche Einordnung

Zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung der externen geschäftsführenden Direktoren bestehen keine Sondernormen, es muss auf die allgemeinen Vorschriften zurückgegriffen werden.<sup>25)</sup> Ist ein geschäftsführender Direktor den Weisungen des Verwaltungsrats generell unterworfen, ist er sozialversicherungsrechtlich als Dienstnehmer zu qualifizieren und unter § 4 Abs 1 ASVG zu subsumieren, der ua jene Personen erfasst, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt sind. Die geschäftsführenden Direktoren sind folglich in der Unfall-, Kranken- sowie Pensionsversicherung pflichtversichert. Sofern sie als freie Dienstnehmer zu qualifizieren sind,<sup>26)</sup> unterliegen sie grundsätzlich § 4 Abs 4 ASVG, sofern für ihre Tätigkeit nicht schon eine andere Pflichtversicherung greift (Subsidiaritätsprinzip). Unabhängig von der konkreten Einordnung des geschäftsführenden Direktors ist dessen Dienstverhältnis vom Arbeitgeber bei der Krankenkasse anzumelden, diesem obliegt auch die Berechnung, die Einbehaltung und die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge. Die SE handelt bei Erfüllung dieser Aufgabe durch den Verwaltungsrat bzw die geschäftsführenden Direktoren in vertretungsbefugter Anzahl.

### 3.5 Vergütung

§ 60 SEG ordnet für die Vergütung der geschäftsführenden Direktoren die sinngemäße Anwendung der §§ 77 und 78 AktG an. Der Verwaltungsrat hat demnach, soweit es nicht interne geschäftsführende Direktoren betrifft, dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des jeweiligen geschäftsführenden Direktors einerseits und der Lage der SE andererseits stehen. Dies gilt sowohl für den Aktivbezug – also Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen aller Art – als auch für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art. Wird über das Vermögen der SE der Konkurs eröffnet, kann der Masseverwalter den Anstellungsvertrag des geschäftsführenden Direktors trotz der Befristung außerordentlich kündigen. Der geschäftsführende Direktor kann Ersatz für den ihm dadurch entstehenden Schaden nur für zwei Jahre seit dem Ende des Dienstverhältnisses verlangen (§ 75 Abs 2 AktG iVm § 60 SEG). Das Gesetz geht dabei davon aus, dass diesem durch die außerordentliche, idR vorzeitige Kündigung ein Schaden

durch den Entgeltausfall entsteht, den er als im beschränkten Maß ersatzfähig erachtet.

## 4. Innere Ordnung

Das SEG enthält im Hinblick auf die innere Organisation der geschäftsführenden Direktoren nur wenige Bestimmungen. Bspw kann die Vorrangstellung eines nicht auch dem Verwaltungsrat angehörenden Mitglieds durch Ernennung zum Vorsitzenden geschaffen werden (§ 57 Abs 2 SEG). Für diesen wird vom SEG die Bezeichnung Generaldirektor vorgeschlagen, bei Stimmgleichheit gibt seine Stimme mangels abweichender Satzungsbestimmung den Ausschlag (Dirimierungsrecht). Sind mehrere geschäftsführende Direktoren bestellt, erfolgt die Beschlussfassung innerhalb des Gremiums der geschäftsführenden Direktoren mangels abweichender Regelung etwa in dessen Geschäftsordnung wohl mit einfacher Mehrheit bei Anwesenheit aller Mitglieder.

Ebenso wie zum Aufsichtsrat im dualistischen System existieren zum Verwaltungsrat im monistischen System keine konkreten Bestimmungen über Befangenheit oder Stimmverbote. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass für den Verwaltungsrat ähnliche Prinzipien wie für den Aufsichtsrat gelten, wobei die Sonderbestimmungen zum monistischen System zu beachten sind. Beim Aufsichtsrat wird die für die Aktionäre in der HV geltende Kollisionsregel des § 114 Abs 5 AktG analog herangezogen und ein Stimmrechtsausschluss bei konkreter Interessenkollision bejaht.<sup>27)</sup> Nach der genannten Regelung sind diejenigen Aufsichtsräte, die durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden, weder für sich selbst noch für andere zur Ausübung des Stimmrechts berechtigt. Die analoge Anwendung dieser Norm scheint auch im Verwaltungsratssystem geboten, um Interessenkollisionen hintanzuhalten. Dabei stellt sich die Frage, ob ein interner geschäftsführender Direktor im Verwaltungsrat über seine Abberufung als geschäftsführender Direktor stimmberechtigt ist. Für das dualistische System der AG wird die analoge Anwendung von § 39 Abs 5 GmbHG vertreten.<sup>28)</sup> Danach gelte das grundsätzlich bestehende Stimmverbot für einen Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung, der von einer Verpflichtung befreit werden soll, nicht bei der Bestellung

25) Nach § 4 Abs 1 Z 6 ASVG sind Vorstandsmitglieder in Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert. iVm § 38 Abs 2 SEG ist diese Vorschrift auf alle Mitglieder des Verwaltungsrats anwendbar.

26) Dazu Pkt 3.3.

27) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 92 – 94 Rz 65.

28) Strasser aaO. Weitergehend vertritt Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 92 Rz 69 (mwN auch der aA) keinen Stimmrechtsausschluss für ein Aufsichtsratsmitglied, das in den Vorstand gewählt wird.

und Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern – und somit ebenso wenig im Aufsichtsrat. Auch diese Bestimmung könnte für das monistische System aufgrund vergleichbarer Wertungen analog anwendbar sein, sodass der interne geschäftsführende Direktor im Verwaltungsrat über seine eigene Abberufung grundsätzlich abstimmen könnte, sofern er nicht vom Verwaltungsratsvorsitzenden von der Teilnahme an der Sitzung ausgeschlossen wird:

§ 52 Abs 1 zweiter Satz SEG ermächtigt den Vorsitzenden des Verwaltungsrats, jene Verwaltungsratsmitglieder, die geschäftsführende Direktoren sind, von der Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats auszuschließen. Dies soll ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>29)</sup> eine unbefangene Diskussion im Verwaltungsrat sicherstellen. Bemerkenswerter Weise enthält das SEG keine konkreten Vorgaben, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsratsvorsitzende von diesem weitreichenden Recht Gebrauch machen darf (oder muss). Es wird ungeachtet des weiten Ermessensspielraums, der nach dem Wortlaut des SEG besteht, davon auszugehen sein, dass der Ausschluss nicht willkürlich oder aus sachfremden Gründen erfolgen darf, sondern es einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, soll die Sitzungspolizei des Vorsitzenden nicht überschießend sein und ihm keine unverhältnismäßige Machtposition eingeräumt werden. Allein die Tatsache, dass ein Verwaltungsratsmitglied auch geschäftsführender Direktor ist, kann nach dem Telos der Bestimmung nicht dessen Ausschluss von der Sitzung des Verwaltungsrats rechtfertigen.<sup>30)</sup> Bejaht man ein solch weitgehendes (willkürliches) Ausschlussrecht, würde dem internen geschäftsführenden Direktor die Einflussmöglichkeit auf die Beschlüsse des Verwaltungsrats weitgehend entzogen. Das Verwaltungsratsmandat wäre durch die Funktion als geschäftsführender Direktoren eingeengt. Dass es einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, um den Ausschluss zulässiger Weise anordnen zu dürfen, gilt insb dann, wenn der Verwaltungsrat in der betreffenden Sitzung keine konkrete Überwachungsfunktion gegenüber dem geschäftsführenden Direktor ausübt bzw sich überhaupt nicht mit dessen Tätigkeit befasst. Ein sorgfältiger und gewissenhafter Verwaltungsratsvorsitzender wird von seinem Ausschlussrecht daher zurückhaltend Gebrauch machen. Eines Beschlusses des Verwaltungsrats bedarf es für den Ausschluss freilich nicht; diese Entscheidung steht ausschließlich im Ermessen des Verwaltungsratsvorsitzenden. Erfolgt der Ausschluss zu Unrecht, ist der Beschluss des Verwaltungsrats mangelhaft. Die Konsequenzen bestimmen sich nach den für fehlerhafte Beschlüsse im Aufsichtsrat entwickelten Kriterien, die wohl auch für die Beschlüsse im Verwaltungsrat heranzuziehen sein werden.

Mit einem Größenschluss ist nicht nur ein Ausschluss von der gesamten Sitzung, sondern auch bloß der Ausschluss von einzelnen Tagesordnungspunkten oder die Untersagung der Ausübung des Stimmrechts zulässig. In letzterem Fall darf das Mitglied des Verwaltungsrats zumindest an der Meinungsbildung im Verwaltungsrat mitwirken. Letztlich liegt es daher in der Hand des Vorsitzenden, ob dem internen geschäftsführenden Direktor die Teilnahme an der Sitzung oder bloß das Stimmrecht verwehrt wird. Eine Verpflichtung des Verwaltungsratsvorsitzenden zum Ausschluss des internen geschäftsführenden Direktors wird aufgrund der Bindung jedes einzelnen Verwaltungsratsmitglieds an das Unternehmenswohl iSd § 39 Abs 1 SEG jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn bei dem betroffenen internen geschäftsführenden Direktor eine konkrete Interessenkollision vorliegt, etwa wenn gegen diesen Vorwürfe einer Pflichtverletzung oder einer strafbaren Handlung erhoben werden, aber wohl auch bei in seiner Person gelegenen finanziellen Interessen. Das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes rechtfertigt es, den Kollisionsschutz der Gesellschaft über das Partizipationsinteresse des internen geschäftsführenden Direktors zu stellen.<sup>31)</sup>

## 5. Aufgaben, Rechte, Pflichten

### 5.1 Führung der laufenden Geschäfte

Die Aufgaben der geschäftsführenden Direktoren sind in § 56 SEG, wonach sie die laufenden Geschäfte der SE führen, generalklauselartig umschrieben. Diese Kompetenz kommt ihnen grundsätzlich nur gemeinschaftlich mit dem Verwaltungsrat zu (*arg* § 39 Abs 1 SEG). Die Satzung oder der Verwaltungsrat können Abweichendes bestimmen. Zu Recht versucht das SEG nicht, den konkreten Umfang der laufenden Geschäfte zu definieren, zu vielfältig sind die Agenden, die zu bewältigen sind, zu mannigfaltig die denkbaren Lebenssachverhalte. Das SEG nimmt stattdessen eine negative Abgrenzung vor: Die gesetzlich zwingend dem Verwaltungsrat zugewiesenen Agenden bleiben den geschäftsführenden Direktoren (im Innenverhältnis) ver-

29) ErläutrV 466 BlgNR 22. GP 30 (zu § 52).

30) Beim Ausschluss externer geschäftsführender Direktoren gilt diese Einschränkung selbstverständlich nicht, weil diese zwar die Pflicht, nicht aber das Recht zur Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats haben. Im dualistischen System können Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuss nicht angehören, an den Ausschusssitzungen nur teilnehmen, wenn die Satzung oder der Vorsitzende des Aufsichtsrats nicht anderes bestimmt (§ 93 Abs 2 AktG).

31) Vgl für die GmbH Schmidt, Die Stimmverbote von Gesellschaftern in der Generalversammlung gem § 39 Abs 4 GmbHG, Diss Uni Wien (2000) 89 mwN. So auch der BGH 4. 5. 1999, NZG 2000, 264; aA für den GmbH-Geschäftsführer OGH 11. 7. 1991, 7 Ob 559/91 (zitiert nach Schmidt aaO).

geschlossen.<sup>32)</sup> Im Umkehrschluss kann grundsätzlich jede Aufgabe, die dem Verwaltungsrat nicht per Gesetz zugewiesen ist, (jedenfalls sofern eine entsprechende Delegation erfolgt ist) von den geschäftsführenden Direktoren wahrgenommen werden. Soweit gesetzliche Verpflichtungen den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft oder vertretungsbefugten Organen bestimmte Rechte und Pflichten zuweisen, gelten diese nur für den Verwaltungsrat und nicht die geschäftsführenden Direktoren. Daraus ist abzuleiten, dass bspw die Pflicht zur Stellung eines Konkursantrags (§ 69 KO) den Verwaltungsrat und nicht die geschäftsführenden Direktoren trifft. Letztere begehen daher keine Pflichtverletzung, wenn sie den Antrag nicht stellen. Sie können somit aus diesem Grund auch nicht wegen Verletzung von § 69 Abs 3 KO<sup>33)</sup> in Anspruch genommen werden. Die geschäftsführenden Direktoren können auch nicht zum Erlag eines Kostenvorschusses iSd § 72b Abs 1 KO verhalten werden. Diese Verpflichtung trifft ausschließlich die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats. Bei der Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags handelt es sich ähnlich den Anmeldungen und Einreichungen zum Firmenbuch<sup>34)</sup> um eine gesetzlich eigens geregelte Sonderaufgabe und nicht um eine allgemeine Vertretungsregelung.<sup>35)</sup> Aus diesem Grund ist allein der Verwaltungsrat antragsberechtigt, einer Mitwirkung der geschäftsführenden Direktoren bedarf es nicht. Selbst in den ausschließlich dem Verwaltungsrat zugewiesenen Bereichen besteht selbstverständlich die Möglichkeit, die geschäftsführenden Direktoren mit der Vorbereitung und Ausführung der Leitungsentscheidungen zu betrauen,<sup>36)</sup> da sich der Verwaltungsrat dadurch seiner Entscheidungskompetenz nicht begibt.

Nach § 40 Abs 2 SEG kann der Verwaltungsrat in der Satzung jene Geschäfte festlegen, für die ein Beschluss des Verwaltungsrats erforderlich ist, wobei in der Satzung der SE jedenfalls die in § 95 Abs 5 Z 1 bis 11 AktG genannten Geschäfte aufzunehmen sind. Der Verwaltungsrat kann sich somit bestimmte Geschäfte (im Innenverhältnis) vorbehalten, was Ausdruck seines Initiativ- und Kontrollrechtes gegenüber den geschäftsführenden Direktoren ist. Im dualistischen System darf der Aufsichtsrat von der vergleichbaren Ermächtigung zur Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte nur eingeschränkt Gebrauch machen, um die Geschäftsführung durch den Vorstand nicht unbotmäßig einzuschränken. Es ist fraglich, ob eine entsprechende Grenze auch für das monistische System gilt. Aus der grundsätzlichen Weisungsunterworfenheit der geschäftsführenden Direktoren kann man schließen, dass dies nicht unbedingt der Fall ist. Auch aufgrund der haftungsrechtlichen Verantwortung des Verwaltungsrats für die Handlungen der geschäftsführenden Direktoren erscheint es gerechtfertigt, wenn der

Verwaltungsrat im Vergleich zum dualistischen System weiterreichende Kompetenzen zur Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte hat.

## 5.2 Kompetenzkonkurrenz zum Verwaltungsrat

Wo die konkrete Trennlinie zwischen den Aufgaben von Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren verläuft, ist nicht ganz eindeutig. Nach Art 43 Abs 1 VO führt das Verwaltungsorgan die Geschäfte der SE. Dem entspricht § 39 Abs 1 SEG, wonach der Verwaltungsrat die Gesellschaft leitet und deren Geschäfte führt. Der einschränkende Halbsatz am Ende von § 40 SEG, wonach die Geschäftsführung beim Verwaltungsrat liegt, soweit diese nicht den geschäftsführenden Direktoren übertragen ist, ändert uE nichts an der generellen Geschäftsführungsbefugnis des Verwaltungsrats, sondern ermöglicht bloß die (interne) Delegation einzelner Agenden an die geschäftsführenden Direktoren. Nach § 56 SEG kommt (auch) den geschäftsführenden Direktoren die Führung der laufenden Geschäfte zu. Damit schafft der Gesetzgeber uE eine originäre Kompetenz der geschäftsführenden Direktoren, es erfolgt dadurch aber keine Übertragung (bzw Delegation) iSd § 40 SEG. Somit besteht für den Bereich der laufenden Geschäfte eine parallele Zuständigkeit des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren,<sup>37)</sup> sofern die Aufgaben nicht „delegiert“ (dh einem der beiden konkret zugewiesen) sind.

32) Zu den nicht übertragbaren Aufgaben zählen etwa die Bestellung und die Abberufung der geschäftsführenden Direktoren und die Beschlussfassung über die gem § 40 Abs 2 SEG iVm § 95 Abs 5 AktG in der Satzung genannten Geschäfte. Die Auffassung, dass die Wahrnehmung der Oberleitung „delegationsresistent“ sei, also den geschäftsführenden Direktoren nicht übertragen werden könne, vermag zur Abgrenzung der Kompetenzen wenig beizutragen, da das SEG den Begriff der Oberleitung nicht kennt. Der pauschale Verweis in diesem Zusammenhang auf das schweizerische OR (insb Art 716a) etwa durch Kalls/Greda, GesRZ 2004, 103 f und Nowotny in Kalls/Nowotny/Schauer, GesRZ Sonderheft 2004, 44, der die Bestimmung zur Oberleitung für „praktisch eins zu eins übertragbar“ hält, ist dogmatisch bedenklich: Fremde Rechtsordnungen können nur als Auslegungshilfe für österreichisches Recht herangezogen werden. Das schweizerische OR steht in Österreich nicht in Geltung, eine Übertragung seiner Wertungen scheidet daher an der gesetzlichen Grundlage. Vor einer allfälligen Berufung auf eine fremde Rechtsordnung muss zur Auslegung von Begrifflichkeiten des SEG (zunächst) auf das SEG und die VO als in Österreich geltendes Recht abgestellt werden.

33) Als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB.

34) S Pkt 5.7 unten.

35) Die Rsp geht davon aus, dass die Verpflichtung, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, jeden einzelnen Geschäftsführer einer GmbH trifft, auch wenn er nur gesamtvertretungsberechtigt ist. S etwa OGH 5. 4. 1989, 1 Ob 526/89, SZ 62/61 = ÖBA 1989, 1120 (Dellinger). Die Antragspflicht ist somit von jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrats zu erfüllen. Nach dem OGH ist ein Prokurist zur Stellung eines Konkursantrags weder berechtigt noch verpflichtet (dazu Mohr, KO<sup>2</sup> § 69 Rz 25 mN). Der Antrag auf Eröffnung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens gehört nicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes (Schinko in Straube, HGB I<sup>3</sup> § 49 Rz 3). Der Prokurist ist diesbezüglich nicht vertretungsbefugt.

36) ErläuterV 466 BlgNR 22. GP 31 (zu § 56).

37) Das gilt jedenfalls auch, weil der Verwaltungsrat die geschäftsführenden Direktoren zu überwachen hat.

Im Wege seines Weisungsrechts und seiner Personalhoheit kann der Verwaltungsrat in die Führung der laufenden Geschäfte jedenfalls eingreifen. Er ist damit den geschäftsführenden Direktoren auch in diesem Bereich übergeordnet.

Der Verwaltungsrat und die Satzung können den geschäftsführenden Direktoren mehr oder weniger Aufgaben zuweisen. Eine „Delegation“ der Geschäfte ist aber nicht zwingend erforderlich, auch wenn eine solche zumindest in großen Gesellschaften zweckmäßig ist, soll dem Verwaltungsrat kein haftungsbegründendes Organisationsverschulden vorgeworfen werden können. Sofern der Verwaltungsrat oder die Satzung nichts zum Aufgabenbereich der geschäftsführenden Direktoren regelt, greift originär die Umschreibung der Agenden in § 56 SEG. Dass sich der Verwaltungsrat nicht aller seiner Aufgaben durch Delegation an die geschäftsführenden Direktoren begeben kann, folgt aus seiner Haftungsverantwortung und den ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben. Ob der Verwaltungsrat auf der anderen Seite den geschäftsführenden Direktoren alle Kompetenzen entziehen kann, etwa indem er festlegt, dass alle Geschäfte seiner Zustimmung bedürfen bzw. überhaupt seiner Beschlussfassung vorbehalten sind, wodurch den geschäftsführenden Direktoren die laufende Geschäftsführung im Ergebnis entzogen wird, ist unklar. Europarechtliche Erwägungen könnten für die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise sprechen, weil in der VO das Verwaltungsorgan als einziges Organ neben der HV angeführt ist. Andererseits gibt es die Regelungsermächtigung an den nationalen Gesetzgeber zur Ausgestaltung des monistischen Systems. Nach dem SEG haben die geschäftsführenden Direktoren eine konkrete originäre (wenn auch nicht exklusive) Zuständigkeit. Könnte der Verwaltungsrat ohne Einschränkung alle Aufgaben an sich ziehen, verblieben für die geschäftsführenden Direktoren praktisch keine Kompetenz mehr, sie wären zu einem rein formalen Institut degradiert, das zwar zwingend zu bestellen ist, das aber materiell keine Aufgaben hat. Die Geschäftsführungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren kann daher uE zwar eingeschränkt, nicht aber gänzlich ausgeschlossen werden.

### 5.3 Weisungsgebundenheit

Ob die geschäftsführenden Direktoren den Weisungen des Verwaltungsrats unterliegen, ist im SEG nicht ausdrücklich geregelt. Gem § 56 Abs 2 SEG idF des Ministerialentwurfs<sup>38)</sup> konnte die Satzung den Verwaltungsrat zu dem Beschluss ermächtigen, die geschäftsführenden Direktoren weisungsfrei zu stellen. Daraus ließ sich ableiten, dass ohne entsprechenden Beschluss des Verwaltungsrats bzw. Satzungsbestimmung die geschäftsführenden Direktoren weisungsgebunden waren. Obwohl diese Regelung nicht Gesetz

geworden ist, gehen die Erläuterungen<sup>39)</sup> weiterhin von der Weisungsgebundenheit aus. Auch die haftungsrechtliche Verantwortung des Verwaltungsrats für die Handlungen der geschäftsführenden Direktoren kann zur Rechtfertigung der Weisungsbefugnis angeführt werden. Schließlich sprechen auch europarechtliche Erwägungen dafür: Durch das Weisungsrecht erhält der Verwaltungsrat die Möglichkeit der Einflussnahme auch auf das Tagesgeschäft. Das schafft die erforderliche Abgrenzung des strukturierten monistischen vom dualistischen System, in dem einander Leitung und Kontrolle unabhängig gegenüberstehen, ohne dass ein direkter Weisungszug bestünde. Aus diesen Erwägungen ist von der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit der geschäftsführenden Direktoren gegenüber dem Verwaltungsrat auszugehen. Eine Weisung des Verwaltungsrats gegenüber den geschäftsführenden Direktoren kann auch durch einen Ausschuss erfolgen. In der Geschäftsordnung sollten klarstellende Regelungen getroffen werden.

Es ist denkbar, dass der Verwaltungsrat auf die Erteilung von konkreten Weisungen verzichtet. Dies kann für einzelne oder generell für alle Geschäfte erfolgen. Selbst wenn der Verwaltungsrat auf die Ausübung des Weisungsrechts generell und auch für die Zukunft verzichtet, ändert das nichts an dessen grundsätzlicher Weisungsbefugnis, die ein unverzichtbares, nicht der Parteiendisposition zugängliches Wesenselement der SE österreichischer Prägung ist. Ein diesbezüglich vom Verwaltungsrat gefasster Beschluss muss nicht zwangsläufig zur Gänze unwirksam sein,<sup>40)</sup> er bindet ihn für die Zukunft aber nicht und kann schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Der geschäftsführende Direktor hat also kein subjektives Recht, dass der Verwaltungsrat auch hinkünftig das Weisungsrecht nicht ausübt. Dieser kann von seinem Beschluss wieder abgehen und Weisungen erteilen. An der Gesamtverantwortung des Verwaltungsrats auch für die Handlungen der geschäftsführenden Direktoren ändert sich durch eine solche „Weisungsfreistellung“ nichts. In der Praxis wird eine solche daher unwahrscheinlich sein: Will der Verwaltungsrat den geschäftsführenden Direktoren größeren Handlungsspielraum einräumen, wird sein Weisungsrecht schlicht nicht ausüben, solange er keinen konkreten Bedarf hierzu sieht.

### 5.4 Vertretung

Gem § 43 SEG wird die SE durch den Verwaltungsrat und die geschäftsführenden Direktoren gemeinsam gerichtlich

38) 132/ME BlgNR 22. GP

39) Diesen kommt zwar keine Normenqualität zu, sie können aber zur subjektiv-historischen bzw. teleologischen Interpretation herangezogen werden.

40) Zu der besonderen arbeitsrechtlichen Vertrauenslage s Pkt 3.3 oben.

und außergerichtlich vertreten. Dies lässt den Schluss zu, dass die geschäftsführenden Direktoren hinsichtlich der Vertretung der SE gleichberechtigt neben dem Verwaltungsrat stehen. Daran ändert auch die (formelle) Generalverweisung des § 38 Abs 3 SEG nichts. Danach ist nur der Verwaltungsrat erfasst, wenn Bestimmungen außerhalb der §§ 38 – 60 SEG von gesetzlichen Vertretern oder vertretungsbefugten Organen sprechen. Diese Bestimmung unterstreicht zwar die Stellung des Verwaltungsrats als Leitungsorgan, das für die Einhaltung der pflichtenbegründenden Bestimmungen verantwortlich ist und das damit verbundene Haftungsrisiko trägt. An der grundsätzlich gleichwertigen Außenvertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren und des Verwaltungsrats iSd § 43 SEG ändert sie nichts. Der Aufbau des SEG zeigt nämlich bei systematischer Betrachtung, dass dieses klar zwischen Geschäftsführung einerseits und Vertretung andererseits unterscheidet. Bezüglich der Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis nimmt er keine Differenzierung zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren vor.<sup>41)</sup>

Die Satzung kann vom gesetzlichen Regelfall der kollektiven Vertretungsbefugnis abweichen und einzelnen geschäftsführenden Direktoren (bzw Verwaltungsräten) besondere Vertretungsmacht einräumen. Die ErläutRV gehen davon aus, dass dies in einer bedarfsgerechten Weise erfolgt.<sup>42)</sup> Die Satzung kann die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren aber ausweislich der Gesetzesmaterialien weder vollständig entziehen noch inhaltlich einschränken. So ist es zwar möglich, einzelnen Mitgliedern Einzelvertretungsbefugnis einzuräumen, nicht jedoch, die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren (oder des Verwaltungsrats) auf bestimmte Geschäfte zu beschränken. Die Vertretung der SE durch einen geschäftsführenden Direktor allein ist daher bspw ebenso denkbar wie durch ein einziges Mitglied des Verwaltungsrats. Diesfalls verbleibt den anderen Mitgliedern des Verwaltungsrats bzw den geschäftsführenden Direktoren zumindest kollektive Vertretungsbefugnis.

Nach außen ist die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren nicht beschränkbar, unabhängig von ihrer durch Satzung oder Beschluss des Verwaltungsrats gestaltbaren Befugnis, die laufenden Geschäfte zu führen. Es handelt sich um eine gesetzliche Formalvollmacht, auch wenn für das monistische System zu konstatieren ist, dass das SEG weder für den Verwaltungsrat noch für die geschäftsführenden Direktoren eine mit § 74 Abs 2 AktG (für den Vorstand) bzw § 20 Abs 2 GmbHG (für den GmbH-Geschäftsführer) vergleichbare Bestimmung enthält, wonach Dritten gegenüber eine Beschränkung der Vertre-

tungsbefugnis ohne Wirkung ist. Da sich das SEG jedoch ausweislich der Materialien<sup>43)</sup> an § 74 AktG und der dort niedergelegten organschaftlichen Formalvollmacht orientierte, ist ungeachtet des Fehlens einer entsprechenden Bestimmung im SEG davon auszugehen, dass eine Formalvollmacht vorliegt. *Lege non distinguente* ist diese für Verwaltungsräte und geschäftsführende Direktoren ident. Wollte man einer Lösung das Wort reden, wonach die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren nur im Rahmen der laufenden Geschäfte der SE bestünde, wäre der Rechtsverkehr erheblich belastet. Diesfalls müsste der Vertragspartner, der mit der durch einen vertretungsbefugten geschäftsführenden Direktor vertretenen SE kontrahiert, streng überprüfen, ob sich die Handlung im Rahmen der internen Befugnis des geschäftsführenden Direktors bewegt. Sofern dies nicht der Fall ist (wobei unklar ist, ob auf die typische SE oder die konkret betroffene SE abzustellen ist), wäre die Vertretungshandlung nach außen aufgrund Überschreitung der internen Befugnisse ohne weiteres unwirksam. Damit würde man sich bei der durch einen geschäftsführenden Direktor vertretenen SE einer (den wirtschaftlichen Bedürfnissen abträglichen) *ultra vires* Lehre annähern. Der Vorteil der gesellschaftsrechtlichen Formalvollmacht, die dem Vertragspartner das Risiko der Überschreitung der internen Befugnisse des Machthabers weitgehend abnehmen soll, bestünde bei der SE, die der Förderung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs dienen soll, gerade nicht. UE ist daher von einer gesetzlichen Formalvollmacht der geschäftsführenden Direktoren auszugehen, die alle Agenden der SE und nicht bloß die konkrete Führung der laufenden Geschäfte umfasst. Geschäfte, die entgegen der Innenbeschränkung für die geschäftsführenden Direktoren, nur die laufenden Geschäfte der SE zu führen, abgeschlossen wurden, bleiben grundsätzlich wirksam. Anderes gilt im Falle des kollusiven Zusammenwirkens von geschäftsführenden Direktoren und Dritten. Das muss nach der Rsp auch für jene Fälle gelten, in denen sich dem Dritten das Wissen um die Überschreitung der Vertretungsmacht geradezu aufdrängen muss, dessen Unkenntnis demnach auf grober Fahrlässigkeit beruht.<sup>44)</sup> Dritte, die mit den geschäftsführenden Direktoren als Vertreter der SE Geschäfte abschließen, dürfen die Augen vor einer allfälligen Überschreitung der internen Befugnisse, die mit § 56 SEG umrissen sind, nicht verschließen. Wenn die geschäftsführenden Direktoren Handlungen setzen, die gesetzlich dem

41) AA Kalss/Greda in Kalss/Hügel, SEG § 43 Rz 6ff.

42) ErläutRV 466 BlgNR 22. GP 26 (zu § 43).

43) ErläutRV 466 BlgNR 22. GP 26 (zu § 43).

44) So zur Einlagenrückgewähr OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h, und OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f.

Verwaltungsrat obliegen oder die ganz offenkundig über die Führung der laufenden Geschäfte hinausgehen, könnten sie ihre interne Befugnis überschreiten. Die gesetzliche Umschreibung des Aufgabenbereichs rechtfertigt es uE, den Sorgfaltsmaßstab, den der Dritte bei Rechtsgeschäften mit den geschäftsführenden Direktoren als deren Vertreter einzuhalten hat, in diesem Zusammenhang als erhöht anzusehen.

Die geschäftsführenden Direktoren sowie Beginn und Art ihrer Vertretungsbefugnis sind gem § 3 Z 8 FBG zum Firmenbuch anzumelden. Dass die ersten Mitglieder eine Musterzeichnungserklärung fertigen müssten (vgl etwa § 29 Abs 3 AktG für den Vorstand bzw § 53 Abs 2 HGB für den Prokuristen), ist nicht ausdrücklich vorgesehen. § 29 Abs 3 AktG kann zur Begründung einer entsprechenden Pflicht des geschäftsführenden Direktors nicht herangezogen werden, da sich diese Bestimmung iVm § 38 Abs 2 SEG eindeutig nur auf die Mitglieder des Verwaltungsrats bezieht. § 49 Abs 3 SEG, nach dem die geschäftsführenden Direktoren eine Musterzeichnungserklärung fertigen müssen, greift nur bei der Anmeldung von Änderungen bei den geschäftsführenden Direktoren, nicht jedoch bei der erstmaligen Anmeldung. Aus Gründen des Verkehrsschutzes wird jedoch davon auszugehen sein, dass auch die geschäftsführenden Direktoren bereits bei der ersten Anmeldung eine Musterzeichnungserklärung zu fertigen und bei Gericht einzureichen haben, was sich wohl mit einer Rechtsanalogie begründen lässt.

### 5.5 Berichtspflicht

Nach § 58 Abs 1 SEG haben die geschäftsführenden Direktoren dem Verwaltungsrat mindestens vierteljährlich über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorscheurechnung unter Berücksichtigung der künftigen Entwicklung zu berichten (Quartalsbericht). Weiters haben sie dem Verwaltungsrat über wichtige Anlässe im Allgemeinen und über rentabilitäts- und liquiditätsrelevante Umstände von erheblicher Bedeutung im Besonderen zu berichten (Sonderbericht). Betrifft der Anlass Umstände, welche die Rentabilität oder Liquidität erheblich beeinflussen, muss der Sonderbericht an alle Mitglieder des Verwaltungsrats ergehen. In allen anderen Fällen des Sonderberichts genügt die Berichterstattung an dessen Vorsitzenden. Werden die Berichte nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erbracht, können vom Firmenbuchgericht Zwangsstrafen bis zu EUR 3.600 verhängt werden (§ 65 Abs 1 iVm § 58 SEG). Die Erstattung fehlerhafter Berichte steht außerdem unter strafrechtlicher Sanktion (§ 64 SEG<sup>45)</sup>).

Die geschäftsführenden Direktoren brauchen keine Jahresberichte<sup>46)</sup> zu erstellen; nach § 58 Abs 1 erster Satz SEG ist

dies eine den Verwaltungsrat gegenüber der HV treffende Aufgabe. Diese Aufgabenverteilung scheint *de lege ferenda* überprüfungsbedürftig: Die geschäftsführenden Direktoren müssen in ihren Quartalsberichten an den Verwaltungsrat ohnedies einen Vergleich zum Jahresbericht anstellen, es schiene deshalb zweckmäßig, wenn sie auch den Jahresbericht erstellen. Im dualistischen System beschließt die ordentliche HV über die Gewinnverteilung und die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat. Warum sie im monistischen System zusätzlich nähere Informationen über die laufenden Geschäfte erhalten soll – obwohl sie gerade kein Weisungsrecht gegenüber dem Verwaltungsrat hat<sup>47)</sup> und somit über den Bericht nicht sinnvoll Beschluss fassen kann –, ist nicht verständlich, selbst wenn man konzidiert, dass die Stellung der HV im monistischen System gegenüber derjenigen im dualistischen System partiell aufgewertet ist. § 96 AktG sieht für den Aufsichtsrat keine vergleichbare Berichtspflicht vor. Auch das Auskunftsrecht des Aktionärs in der HV bezieht sich nur auf Angelegenheiten, die mit der Versammlung in Zusammenhang stehen. Gem § 114 Abs 3 kann der Vorstand in der HV bei einem entsprechenden Auskunftsverlangen der Aktionäre in gewissen Fällen die Auskunft verweigern. Ein vergleichbares Auskunftsverweigerungsrecht besteht bei den (auch ohne konkretes Auskunftsverlangen durch einen Aktionär) vom Verwaltungsrat zu erstattenden Berichten iSd § 58 Abs 1 SEG nicht. Eine Information an die HV im Wege des Jahresberichts scheint auch aus allfälligen Vertraulichkeits- und Geheimhaltungsüberlegungen bedenklich.<sup>48)</sup>

### 5.6 Rechnungslegung

Nach Art 61 VO unterliegt die SE hinsichtlich der Aufstellung ihres Jahresabschlusses und gegebenenfalls ihres konsolidierten Abschlusses einschließlich des dazugehörigen Lageberichts sowie der Prüfung und Offenlegung dieser Abschlüsse grundsätzlich den aktienrechtlichen Bestimmungen

45) Ebenso wie § 255 AktG wird § 64 Abs 1 SEG als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren sein.

46) In diesen im dualistischen System vom Vorstand an den Aufsichtsrat zu erstattenden Berichten (§ 81 Abs 1 AktG) ist mindestens einmal jährlich über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens zu berichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung darzustellen. Im monistischen System ist im Jahresbericht hingegen über die laufenden Geschäfte der Gesellschaft zu berichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung darzustellen.

47) S dazu Egermann/Heckenthaler, GesRZ 2004, 260 ff.

48) Anders als die österreichische Regelung § 40 Abs 6 deutsches SE-Ausführungsgesetz (idF des Entwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 15/3405 idF BT-Drucksache 15/4053, nachfolgend „dSEAG“), der normiert, dass die geschäftsführenden Direktoren dem Verwaltungsrat entsprechend § 90 dAktG berichten, sofern die Satzung und die Geschäftsordnung nichts anderes vorsieht. § 90 dAktG ist die Parallelbestimmung zu § 81 AktG. Eine Berichtspflicht an die HV ist darin nicht vorgesehen.

des Sitzstaates. Das SEG enthält dazu in §§ 41 f SEG für das monistische System nähere Bestimmungen.<sup>49)</sup> Die geschäftsführenden Direktoren haben demnach in den ersten fünf Monaten des Geschäftsjahres den Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Anhang) sowie den Lagebericht der SE aufzustellen und den Mitgliedern des Verwaltungsrats vorzulegen (§ 41 Abs 1 SEG). Dies entspricht § 222 Abs 1 HGB. Einzelne geschäftsführende Direktoren können zwar Vorarbeiten leisten, die Beschlussfassung über diese Unterlagen muss jedoch durch alle geschäftsführenden Direktoren (im Plenum) erfolgen, sofern mehrere geschäftsführende Direktoren bestellt sind. Der Verwaltungsrat hat den von den geschäftsführenden Direktoren erstellten und durch den Abschlussprüfer geprüften Jahresabschluss zu prüfen und sich innerhalb von zwei Monaten nach Vorlage gegenüber den geschäftsführenden Direktoren darüber erklären. Der Verwaltungsrat kann entweder

- den Jahresabschluss billigen, womit dieser festgestellt ist;
- den Jahresabschluss billigen, jedoch die Feststellungsentcheidung der HV vorbehalten; oder
- die Billigung versagen, was ebenfalls das Erfordernis der Feststellung durch die HV bewirkt.

Die HV hat über die Gewinnverteilung zu beschließen, bei Vorliegen obiger Voraussetzungen ist auch die Feststellung des Jahresabschlusses durch sie möglich. Die dafür erforderliche HV ist nach nationalem Recht innerhalb der ersten acht Monate des Geschäftsjahres einzuberufen (§ 125 Abs 4 AktG). Da Art 54 Abs 1 VO für die SE verpflichtend die Abhaltung einer HV (das muss wohl nicht zwangsläufig die ordentliche sein) sechs Monate nach Abschluss des vorangegangenen Geschäftsjahres vorsieht, ist anzuraten, bereits in dieser HV über die Gewinnverteilung zu beschließen, da andernfalls die Abhaltung einer zweiten HV erforderlich wäre. Neben den speziellen Vorgaben in § 41 SEG zur Rechnungslegung enthält § 42 SEG einen generellen Verweis auf die §§ 126 und 127 AktG, mit der Maßgabe, dass die nach diesen Bestimmungen den Vorstand treffenden Pflichten vom Verwaltungsrat zu erfüllen sind. Dieser Verweis scheint einerseits überflüssig, da bereits die Verweisungsnorm des § 38 Abs 2 SEG anordnet, dass die den Vorstand treffenden Verpflichtungen vom Verwaltungsrat zu erfüllen sind. Andererseits steht der Verweis auf § 127 AktG in Widerspruch zu § 41 SEG: Nach § 41 Abs 1 SEG haben die geschäftsführenden Direktoren den Lagebericht aufzustellen. Nach § 42 SEG iVm § 127 AktG (und § 38 Abs 2 SEG) müsste hingegen der Verwaltungsrat den Lagebericht erstellen. Dieser Widerspruch ist uE so zu lösen, dass § 42 SEG nicht zur Anwendung gelangt, soweit es die Aufstellung des Lageberichts betrifft, da es sich bei dem Verweis wohl um

ein gesetzgeberisches Redaktionsversehen handelt.<sup>50)</sup> Somit sind der Jahresabschluss und der Lagebericht von den geschäftsführenden Direktoren zu erstellen. Der Gesetzgeber sollte dennoch eine Klarstellung vornehmen.

## 5.7 Firmenbuchanmeldung

Wer im monistischen System die Anmeldungen bzw. Einreichungen zum Firmenbuch zu tätigen hat, ist im SEG<sup>51)</sup> nicht ausdrücklich geregelt. Grundsätzlich wird wegen der Verweisungsnorm des § 38 Abs 2 SEG davon auszugehen sein, dass auch in all den Vorschriften, welche Anmeldungen zum Firmenbuch vorsehen, der Verwaltungsrat an die Stelle des Vorstands oder Aufsichtsrats tritt. Problematisch ist in diesem Zusammenhang das Zusammenspiel von § 38 Abs 2 SEG und der Vertretungsregel in § 43 SEG, wonach die SE grundsätzlich durch alle Verwaltungsräte und geschäftsführenden Direktoren kollektiv vertreten wird. Wie sind die Anmeldungen zum Firmenbuch in diesem Fall zu zeichnen? UE ist davon auszugehen, dass die Anmeldungen und Einreichungen zum Firmenbuch keine Vertretungsakte, sondern eigene Sonderaufgaben sind, sodass nicht § 43 SEG, sondern § 38 Abs 2 SEG zur Anwendung gelangt. Die Firmenbucheingaben sind deshalb allein vom Verwaltungsrat zu zeichnen, ohne dass es der Mitwirkung der geschäftsführenden Direktoren bedarf.<sup>52)</sup> Aus dem Inhalt der jeweiligen Bestimmung ergibt sich, ob die Anmeldungen vom Organ oder einzelnen Mitgliedern zu erfüllen ist. Die geschäftsführenden Direktoren wirken an der Anmeldung bzw. Einreichung nicht mit. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Anmeldung durch die „vertretungsbefugte“ Anzahl an Personen zu erfolgen hat, die Satzung der SE aber keine Regelung dahingehend getroffen hat, dass von der grundsätzlich bestehenden kollektive Vertretung abgewichen wird und deshalb zur Wirksamkeit von „Vertretungshandlungen“ auch die geschäftsführenden Direktoren mitwirken müssten. Diesfalls muss wohl die Anmeldung durch alle Verwaltungsratsmitglieder genügen.

49) Grundsätzlich verweist Art 61 VO auf das nationale Aktienrecht. Da dieses keine Bestimmungen zur Rechnungslegung im monistischen System enthält, kann das SEG europarechtskonformer Weise dafür eigene Bestimmungen vorsehen.

50) Andernfalls müsste man zum Ergebnis gelangen, dass eine Antinomie vorliegt, die zur Unwirksamkeit beider Bestimmungen führt. Vgl. Bydlinski in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 6 Rz 27 mwN.

51) Nach dem dSEAG sind allein die geschäftsführenden Direktoren befugt, die SE nach außen zu vertreten. Nach § 40 Abs 2 letzter Satz dSEAG treten an die Stelle des Vorstands die geschäftsführenden Direktoren, soweit nach den für AGs geltenden Rechtsvorschriften der Vorstand Anmeldungen und die Einreichung von Unterlagen zum Handelsregister vorzunehmen hat.

52) Soll der Verwaltungsrat überwiegend die strategische Leitung und Kontrolle der SE wahrnehmen und sich nicht mit Formalfragen wie Firmenbuchanmeldungen befassen müssen, sollte diese Aufgabenverteilung vom Gesetzgeber nochmals überdacht werden.

## 6. Sorgfaltspflicht und Verantwortung

Bezüglich der Haftung der geschäftsführenden Direktoren verweist § 57 Abs 3 SEG sinngemäß<sup>53)</sup> auf § 84 AktG. Sie haften demnach für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften geschäftsführenden Direktors. Da sich ihre Aufgaben von denjenigen des Vorstandes im dualistischen System unterscheiden, scheint der pauschale Verweis auf die für diesen geltenden haftungsrechtlichen Regeln problematisch. Wie an anderer Stelle näher ausgeführt,<sup>54)</sup> bedarf es einer differenzierenden Auslegung der Haftungsbestimmung. Auf die geschäftsführenden Direktoren kommt das DNHG nicht zur Anwendung.<sup>55)</sup> Auch die geschäftsführenden Direktoren trifft gegenüber der SE eine generelle Pflicht zur Treue und zur Wahrung von deren Interessen. Bemerkenswert scheint, dass bezüglich der die geschäftsführenden Direktoren grundsätzlich bindenden Weisungsbeschlüsse des Verwaltungsrats kein formelles Verfahren zur Rechtmäßigkeitskontrolle besteht.<sup>56)</sup> Mangels Fehlerkalküls wird davon auszugehen sein, dass es im Verwaltungsrat nur rechtmäßig zustande gekommene (und daher wirksame) und nicht rechtswirksam zustande gekommene (und damit schlicht unwirksame) Beschlüsse gibt. Die Kategorie des anfechtbaren Beschlusses, der beseitigt werden kann, ist im Verwaltungsratsystem nicht vorgesehen. Befürchtet ein geschäftsführender Direktor, dass er sich durch die Befolgung der Weisung ersatzpflichtig machen würde, müsste er den Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses stellen (§ 228 ZPO). Jedenfalls für den Zeitraum der Schwere ist er damit der Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Auch die nicht an kurze Fristen gebundene Möglichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit ist der Rechtssicherheit abträglich.

## 7. Beendigung der Funktionen

Die Stellung des geschäftsführenden Direktors endet durch

- Zeitablauf;
- Abberufung durch den Verwaltungsrat;
- bei internen geschäftsführenden Direktoren: Abberufung als Verwaltungsrat;
- Rücktritt;
- Tod.

## ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem Institut der geschäftsführenden Direktoren betritt der Gesetzgeber Neuland. Die Bestimmungen zum monistischen System sollen eine in sich geschlossene Regelung darstellen. An einigen Stellen gibt es Verbesse-

Zur Abberufung gilt folgendes: Gem § 59 Abs 5 SEG können geschäftsführende Direktoren jederzeit durch Beschluss des Verwaltungsrats abberufen werden. Eines wichtigen Grundes bedarf es hierfür ebenso wenig wie einer qualifizierten Mehrheit. Sofern die Satzung nichts anderes bestimmt, genügt – ebenso wie für die Bestellung – die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen bei Anwesenheit oder Vertretung zumindest der Hälfte der Mitglieder (Art 50 VO). Nach § 48 Abs 3 SEG verliert ein interner geschäftsführender Direktor mit der Abberufung aus der Funktion des Verwaltungsrats gleichzeitig auch das Amt des geschäftsführenden Direktors.<sup>57)</sup> Soll der geschäftsführende Direktor weiterhin diese Funktion ausüben, bedarf es diesfalls seiner Neubestellung durch den Verwaltungsrat.<sup>58)</sup>

Die HV hat keinen direkten Zugriff auf den externen geschäftsführenden Direktor, die Abberufungskompetenz kommt ausschließlich dem Verwaltungsrat zu. Denkbar erscheint, dass die HV ein Misstrauensvotum gegenüber einem geschäftsführenden Direktor fasst. Dies kann Anregung für den Verwaltungsrat sein, den geschäftsführenden Direktor abzuberufen, eine gesetzliche Verpflichtung ergibt sich daraus jedoch nicht. In letzter Konsequenz könnte die HV allerdings den Verwaltungsrat abberufen.

53) Bundeskanzleramt (Hrsg), Das Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Teil 1: Legistische Richtlinien (1990) bestimmt in Pkt 59 folgendes: „Eine ‚sinngemäße‘ oder ‚entsprechende‘ Anwendung anderer Rechtsvorschriften darf nicht angeordnet werden; es ist entweder uneingeschränkt auf die anderen Rechtsvorschriften in ihrer bestehenden Fassung zu verweisen oder aber anzugeben, mit welcher Maßgabe sie angewendet werden sollen.“

54) Egermann/Heckenthaler, GesRZ 2004, 264 f.

55) S Egermann/Heckenthaler, GesRZ 2004, 266 mwN.

56) Der GmbH-Geschäftsführer kann den Weisungsbeschluss für den Fall, dass er sich durch dessen Befolgung schadenersatzpflichtig machen würde, gem § 41 Abs 3 GmbHG anfechten.

57) Nowatny in Kalss/Nowatny/Schauer, GesRZ Sonderheft 2004, 42 spricht davon, dass die HV für die Abberufung des angestellten internen geschäftsführenden Direktors zuständig sei und damit auch materiell über das Schicksal des Anstellungsvertrages entscheide. Da die Abberufung nicht an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gebunden ist, muss diese aber nicht zwangsläufig auch das rechtmäßige Ende des Anstellungsvertrages mit sich bringen. Anstellungsvertrag und gesellschaftsrechtliche Bestellung sind auseinander zu halten.

58) AA Prändel/Sammer, Das monistische System in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), GeS 2004, 300 (301), die eine unmittelbare Wiederbestellung nicht zulassen wollen.

rungsmöglichkeiten bzw Regelungsbedarf für die Satzung. Insb die Verweisungsnorm des § 38 Abs 2 und 3 SEG kann im Einzelfall zu zweifelhaften Ergebnissen führen, etwa bei Rechnungslegung und Berichtspflicht.