

# 1 Der Aufsichtsrat als (Pflicht-)Organ der Gesellschaft

---

## 1.1 Aktiengesellschaft

Für Aktiengesellschaften ist die Errichtung eines Aufsichtsrats zwingend (§ 23 Abs 1 AktG).

Dies gilt ohne Einschränkungen für alle Aktiengesellschaften unabhängig von deren Grundkapital, Anzahl der Arbeitnehmer, Umsatz oder Unternehmensgegenstand.

## 1.2 GmbH

### 1.2.1 Obligatorischer Aufsichtsrat

Gemäß § 29 Abs 1 GmbHG besteht in folgenden Fällen die Pflicht, einen Aufsichtsrat zu bestellen („obligatorischer Aufsichtsrat“):

- wenn das Stammkapital der GmbH EUR 70.000,- übersteigt und die Gesellschaft mehr als 50 Gesellschafter hat (Z 1);
- wenn die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt<sup>1</sup> 300 übersteigt (Z 2);
- wenn die GmbH AGs, aufsichtsratspflichtige GmbHs oder GmbHs iSd § 29 Abs 2 Z 1 GmbHG<sup>2</sup> einheitlich leitet (§ 15 Abs 1 AktG<sup>3</sup>)

---

1 Der Durchschnitt der Arbeitnehmeranzahl bestimmt sich nach § 29 Abs 3 GmbHG nach den Arbeitnehmeranzahlen an den jeweiligen Monatsletzten innerhalb des vorangegangenen Kalenderjahres.

2 Gesellschaften unter einheitlicher Leitung einer aufsichtsratspflichtigen Kapitalgesellschaft oder die von einer aufsichtsratspflichtigen Kapitalgesellschaft aufgrund einer mehr als 50%igen direkten Beteiligung beherrscht werden – und die im Durchschnitt nicht mehr als 500 Arbeitnehmer haben.

3 § 15 AktG definiert den Konzernbegriff; § 15 Abs 1 AktG lautet:

„Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

oder aufgrund einer mehr als 50 %igen unmittelbaren Beteiligung beherrscht – und sie mit diesen (in beiden Fällen) zusammen im Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer hat (Z 3);

- wenn die GmbH persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) einer Kommanditgesellschaft (GmbH & Co KG) ist und die Anzahl der Arbeitnehmer in der GmbH und der Kommanditgesellschaft zusammengerechnet im Durchschnitt 300 übersteigt (Z 4); oder
- wenn aufgrund des VIII. Teils des Arbeitsverfassungsgesetzes die Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft das Recht haben, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen (Z 5).

§ 29 Abs 2 GmbHG enthält Ausnahmen von der Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrats gemäß Abs 1.

Keine Aufsichtsratspflicht besteht im Fall des § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG (im Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer), wenn die Gesellschaft unter einheitlicher Leitung einer aufsichtsratspflichtigen Kapitalgesellschaft steht oder von einer solchen aufgrund einer mehr als 50 %igen unmittelbaren Beteiligung beherrscht wird – und (in beiden Fällen) die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt 500 nicht übersteigt (§ 29 Abs 2 Z 1 GmbHG).

Im Fall des § 29 Abs 1 Z 4 GmbHG (Komplementär-GmbH) besteht keine Aufsichtsratspflicht, wenn neben der GmbH eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) der Kommanditgesellschaft (GmbH & Co KG) ist und von deren Vertretung nicht ausgeschlossen ist (§ 29 Abs 2 Z 2 GmbHG).

### 1.2.2 Fakultativer Aufsichtsrat

Gemäß § 29 Abs 6 GmbHG kann – wenn keine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung eines Aufsichtsrats gemäß Abs 1 besteht – im Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines Aufsichtsrats festgesetzt werden („fakultativer Aufsichtsrat“).

Das GmbHG unterscheidet hinsichtlich der Rechte und Pflichten nicht zwischen dem fakultativen und dem obligatorischen Aufsichtsrat. Nach der Rechtsprechung des OGH<sup>4</sup> haben daher die (einmal bestellten) Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats im selben Umfang Pflichten und Rechte (vgl § 30j GmbHG) wie die Mitglieder eines obligatorisch zu bestellenden Aufsichtsrats. Die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats haften ebenso

---

<sup>4</sup> OGH 26.2.2002, GeS 2002, 26 (*Fantur*).

wie diese (vgl zur Haftung des Aufsichtsrats einer GmbH §§ 33 iVm 25 bis 27 GmbHG).

### 1.3 Aufsichtsratspflicht aufgrund von Sondergesetzen / Unternehmensgegenstand

Ein Aufsichtsrat kann nur dann eingerichtet werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist. Daraus ergibt sich, dass bei Personengesellschaften (OG, KG, stille Gesellschaft) kein Aufsichtsrat eingerichtet werden kann. Wenn bei einer solchen Gesellschaft ein Überwachungsorgan eingerichtet werden soll, kann ein Beirat eingerichtet werden. Diesem können weitreichende – und aufsichtsratsähnliche – Kompetenzen eingeräumt werden.<sup>5</sup>

Abgesehen von der im AktG und GmbHG normierten Aufsichtsratspflicht aufgrund der Rechtsform bzw Stammkapital, Anzahl der Arbeitnehmer bzw Gesellschafter und Umsatz, ist in weiteren Gesetzen eine Pflicht zur Einrichtung eines Aufsichtsrats festgelegt. Diese Gesetze stellen meist auf den Unternehmensgegenstand – dh auf die Art der von der jeweiligen Gesellschaft betriebenen Geschäfte – ab:<sup>6</sup>

Gesellschaft / Unternehmensgegenstand	Gesetzliche Grundlage
Austria Wirtschaftsservice Gesellschaft mit beschränkter Haftung	§ 3 Abs 1 AWS-G
Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE) (Wahlrecht zwischen monistischem System [one board system] mit Verwaltungsrat oder dualistischem System mit Vorstand und Aufsichtsrat)	§§ 34 ff SEG
FMA (Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit)	§ 4 FMABG
Gemeinnützige Bauvereinigungen	§ 1 WGG
Genossenschaften (fakultativ; obligatorisch, wenn die Genossenschaft dauernd mindestens 40 Arbeitnehmer beschäftigt)	§ 24 GenG
Glückspielgesellschaften	§ 14 Abs 2 Z 3 GSpG

5 Zum Beirat siehe ausführlich *Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1988).

6 Die Aufzählung erfolgt – unabhängig von der praktischen Bedeutung der einzelnen sondergesetzlichen Regelungen – in alphabetischer Reihenfolge. Für eine ausführliche Darstellung der einzelnen (abweichenden) Regelungen siehe *Temmel*, Aufsichtsrat 8 ff und 151 ff.

Gesellschaft / Unternehmensgegenstand	Gesetzliche Grundlage
Kapitalanlagegesellschaften in Form einer GmbH	§ 2 Abs 5 InvFG (außer Kraft!!!)
Kreditinstitute (keine gesonderte Aufsichtsratspflicht in BWG, sondern faktisch, da Kreditinstitute nur in bestimmten Rechtsformen eingerichtet werden dürfen: Kapitalgesellschaften [Aktiengesellschaft oder GmbH], Genossenschaft, Sparkasse)	§ 5 Abs 1 Z 1 BWG
ÖIAG	§ 3 Abs 1 ÖIAG-G
Pensionskasse (dürfen nur in Rechtsform einer Aktiengesellschaft betrieben werden)	§ 27PKG
Privatstiftung (fakultativ; obligatorisch, wenn die Privatstiftung (i) mehr als 300 Arbeitnehmer hat oder (ii)  inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften bzw Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt)	§ 14 Abs 1 PSG; § 22 PSG
Sparkassen (Aufsichtsrat bei Sparkassen AG; Sparkassenrat bei Gemeindesparkassen, Sparkassenvereinen)	§ 1 Abs 3 SpG; § 14 Abs 1 SpG; §§ 17f SpG
Versicherungen (dürfen nur in Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit betrieben werden)	§ 3 Abs 1 VAG; 43 Abs 1 VAG