

Versicherungsrecht, *revised*

Ersturteil Strasser: Kassation
Erträumter Feststellungen

Gehilfenzurechnung beim Warentransport
Keine erhebliche Rechtsfrage?

Unverjährte Feststellungsklage
rettet verjährte Leistungsklage

Ranganmerkung im
Anfechtungsrecht

Gewerberechtlicher Geschäftsführer
Beihilfe zum Sozialbetrug

Zum Jahreswechsel
Pflegekarenz und Pflegezeit

EuGH: Amtswegige Preisminderung
Bei Wandlungsbegehren

Wann ist ein Vereinsorgan ein Aufsichtsorgan?

Das VerG schreibt dem Verein zwar kein Aufsichtsorgan vor, hat er aber eines, so hat dieses nicht nur bestimmten Anforderungen zu genügen, sondern ist auch – ab 300 Arbeitnehmern – der Drittelparität unterworfen. Die Frage, was eigentlich ein Aufsichtsorgan iSd VerG ist, ist daher keineswegs akademisch.

THOMAS HÖHNE

A. Die Ausgangssituation

Je größer ein Verein, umso stärker wird das Bedürfnis nach professioneller Geschäftsführung. Nicht selten lässt sich dabei eine Schere zwischen den Kompetenzen des (ehrenamtlichen) Leitungsorgans und eines (bezahlten) Geschäftsführers (Generalsekretärs etc) feststellen: Der Geschäftsführer ist derjenige, der sich wirklich auskennt. In den meisten Fällen hat er aber nur geringe formale Kompetenzen und muss bei jeder wichtigeren Entscheidung den Vorstand fragen. Dieser aber hat aufgrund eigener beruflicher Verpflichtungen oft nur mehr wenig Ahnung von der täglichen Praxis des Vereins und ist in seinen Entscheidungen auf die Informationen des Geschäftsführers angewiesen. Und so trifft er Entscheidungen unter dem immer drohender werdenden Damoklesschwert der Haftung, von der man im Vorhinein nie genau weiß, welches Ausmaß sie im Ernstfall annehmen kann. Der Geschäftsführer wiederum ist durch zeitraubende Entscheidungsprozesse in seiner Tätigkeit behindert, was oft zur Frustration und Abwanderung des doch so notwendigen professionellen Geschäftsführers führt.

Will man nicht gleich den „radikalen Weg“ einer GmbH-Gründung gehen, so ist eine Professionalisierung der Strukturen auch im bestehenden Rahmen durch einige Umbauten möglich. So kann das Leitungsorgan massiv (auf die Mindestzahl von zwei

Mitgliedern) reduziert werden, die dann (zumindest eines dieser Mitglieder) diese Tätigkeit hauptberuflich und im Vollbesitz aller erforderlichen Kompetenzen ausüben. Jene Personen, die früher im Vorstand waren, bekleiden dann eine lediglich beratende Funktion in einem eigenen Konsultativorgan (Beirat etc) oder eine kontrollierende Funktion in einem zu schaffenden Aufsichtsorgan. Damit sind Kompetenz und Haftung wieder in einer Person bzw einem Organ zusammengeführt und die ehrenamtlichen Funktionäre werden nicht mehr überfordert, sondern können entsprechend ihren Fähigkeiten und Kapazitäten gezielt eingesetzt werden. Allerdings lauert hier möglicherweise eine Falle:

Da diese Aufgaben vielleicht auch Tätigkeiten darstellen, die unter den Begriff „Aufsicht“ zu subsumieren sind, stellt sich die Frage, ob ein solches Organ – ganz gleich, wie man es bezeichnet – aufgrund seiner Aufgabenstellung als Aufsichtsorgan iSd § 5 Abs 4 VerG zu werten wäre. Dies hätte, wenn ein Verein zwei Jahre lang im Durchschnitt mehr als 300 Dienstnehmer hat, zur Folge, dass diesem Organ zu einem Drittel Arbeitnehmer angehören müssten und die §§ 110 und 132 ArbVG anzuwenden wären.

RA Dr. *Thomas Höhne* ist Partner der Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG.

B. Ein Seitenblick auf die GmbH

Soweit ersichtlich, liegt zur Frage, ab wann ein Vereinsorgan, das auch Aufgaben hat, die als solche eines Aufsichtsorgans iSd § 5 Abs 4 zu qualifizieren sind, weder Judikatur noch Literatur vor. Im Recht der GmbH ist diese Fragestellung allerdings nicht unbekannt. Der AR der GmbH hat im Wesentlichen zwei Funktionen: Einerseits soll er durch Wahrnehmung seines Vetorechts die Richtigkeitsgewähr besonders risikoträchtiger in die Kompetenz der Geschäftsführer fallender Geschäfte unmittelbar erhöhen (§ 30 j Abs 5 GmbHG) und andererseits durch den besonderen Sachverstand des AR geprägte Ergebnisse von Prüfungs- und Kontrollhandlungen den Gesellschaftern zugänglich machen und damit mittelbar die Richtigkeitsgewähr vom Gesellschafterentscheidungen verbessern (insb § 30 j Abs 4, § 30 k GmbHG).¹⁾

Verboten ist es im Recht der GmbH, einen fakultativen AR mit gegenüber den §§ 29 ff GmbHG eingeschränkten Kompetenzen einzurichten. Denn dadurch würden die beteiligten Verkehrskreise getäuscht: Sie würden glauben, dass ein gesetzmäßig eingerichteter AR vorläge, hätten daher entsprechend mehr Vertrauen in das Unternehmen und dessen Geschäftsführung, und tatsächlich hätte dieser angebliche AR nicht viel zu reden.

Die Frage aber, ob dieses Verbot auch für einen Beirat gilt, der aufsichtsratsähnliche Kompetenzen hat, wurde in der Literatur unterschiedlich behandelt. So meint *Huber*,²⁾ dass die beteiligten Verkehrskreise mit dem Begriff „Beirat“ regelmäßig keine konkrete Funktionsvorstellung verbinden würden. Komme daher einem Beirat nun neben einer beratenden auch eine Kontrollfunktion zu, ist der Beirat also aufsichtsratsähnlich, würden die Erwartungen der beteiligten Verkehrskreise im Hinblick auf eine allfällige stabilisierende Funktion des Beirats sogar übererfüllt. Daraus könne man daher keineswegs die Unzulässigkeit eines aufsichtsratsähnlichen Beirats in einer aufsichtsratslosen GmbH ableiten oder einen solchen Beirat den Normen betreffend den AR unterstellen. Es handle sich in einem solchen Fall nicht um ein Umgehungsgeschäft, sondern eine betriebswirtschaftlich begründete abweichende Gestaltung.

*Reich-Rohrwig*³⁾ erblickte zwar in der 1. Auflage in einer solchen Konstruktion eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über den AR,⁴⁾ hat dies aber in der 2. Auflage⁵⁾ revidiert. Er folgt dort *Huber* und *Koppensteiner*,⁶⁾ dass ein solches Organ kein Täuschungspotenzial habe. Zwar könnten aus Verkehrsschutzgründen die einem als AR bezeichneten Organ gesetzlich eingeräumten Kompetenzen nicht beschnitten werden, aber umgekehrt seien die befürchteten Fehlvorstellungen bei Geschäftspartnern nicht denkbar, wenn eine andere Bezeichnung – etwa „Beirat“ – gewählt wird. Mit einem so bezeichneten Organ könne das Publikum gar keine konkrete Funktionsvorstellung verbinden.

Zu dem Argument, dass durch einen solchen Beirat die Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter im AR umgangen werde, führt *Reich-Rohrwig*⁷⁾ aus, dass doch dann, wenn ein AR von Gesetzes wegen gar nicht eingerichtet werden muss, die Gesellschaf-

ter selbst darüber entscheiden könnten, ob nun arbeitsverfassungsrechtliche Mitbestimmung stattfindet oder nicht. Deshalb könne ihnen auch nicht verwehrt werden, unbestreitbar eigene Zuständigkeiten auf ein eigenes Organ zu übertragen, an dem die Arbeitnehmer nicht beteiligt sind. Seiner Meinung nach könne ein Beirat mit Aufsichtsratsfunktion jedenfalls dann eingerichtet werden, wenn es keine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines AR gibt.

Sowohl diese Literaturstimmen wie auch die gegenteiligen werden in einer jüngeren E des OGH⁸⁾ ausführlich dargestellt. Bezeichnenderweise handelt es sich um eine arbeitsrechtliche E. Der OGH konzedierte zwar, dass das Argument des Verkehrsschutzes bzw der Vermeidung von Täuschungen nicht das tragende ist. Abgesehen davon, dass die Existenz eines Beirats Personen außerhalb der Gesellschaft in der Regel gar nicht bekannt sein wird, könne den Teilnehmern am Rechtsverkehr wegen der unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Beirats nicht zugesonnen werden, damit bestimmte Vorstellungen zu verbinden. Der Gerichtshof hält allerdings die von *Löschnigg*⁹⁾ vorgetragenen Argumente für stichhaltig, dass aus der Freiheit, einen AR einzurichten, nicht auch darauf geschlossen werden könne, dass die Kernkompetenz eines AR einem Beirat zugewiesen werden könne, ohne dass diesen auch die sonstigen gesetzlichen Auflagen treffen würden. Der Gerichtshof spricht hier von Typenzwang, was wohl so zu verstehen ist, dass man dann, wenn man so etwas Ähnliches wie einen AR installiere, nur die Wahl zwischen den vom Gesetzgeber vorgesehenen Typen habe, und da der Gesetzgeber für diese Kompetenzen eben nur den AR anbietet, könne man für aufsichtsratsähnliche Kompetenzen nichts anderes als eben einen AR schaffen.

Immerhin als zu weit gehend bezeichnet der OGH die Meinung *Putzers*¹⁰⁾, wonach selbst geringfügige Zuweisungen an einen Beirat zur Drittelparität führen würden. Für die Aufsichtsratsähnlichkeit sei auf die Zuweisung von Kernkompetenzen eines AR abzustellen, dann könne man von einer Umgehung

1) So wörtlich *Huber*, Fakultativer Aufsichtsrat, Beirat und Arbeitnehmermitwirkung in der GmbH, *ecolex* 1995, 807.

2) AaO 809.

3) Das österreichische GmbH-Recht I (1983).

4) So auch in *Der Beirat der GmbH*, *ÖJZ* 1981, 509: Die Aufgaben des Beirats dürfen dann, wenn kein Aufsichtsrat besteht, nicht den gesetzlichen Mindestkompetenzen eines Aufsichtsrats deckungsgleich entsprechen, andernfalls der Beirat als Aufsichtsrat zu qualifizieren wäre. Wenn die Gesellschafter ein Organ vertraglich einrichten, auf das die gesetzlich typisierten Funktionsmerkmale des gesetzlichen Organs „Aufsichtsrat“ zu treffen, dann sei es auch den diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften zu unterstellen.

5) Das österreichische GmbH-Recht I (1997) 4/498.

6) *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 35 Rz 54, die ebenfalls meinen, dass im Unterschied zum fakultativen Aufsichtsrat, von dem wegen der Identität seiner Bezeichnung mit dem gesetzlich zwingenden Aufsichtsrat angenommen werden wird, ihm stünden auch dessen Befugnisse zu, dies für ein Beirat genanntes Organ gerade nicht zutrefte.

7) AaO 4/499.

8) OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 130/05 s.

9) Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat – Reorganisation rechtlicher Probleme des § 110 ArbVG (1985).

10) Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat.

sprechen, die nach dem wahren Willen der Gesellschafter bei Schaffung des Organs zu beurteilen sei.

Im Anlassfall ging der OGH im Ergebnis davon aus, dass die Gesellschaft ihrem Verwaltungsrat Kernkompetenzen des AR zugewiesen habe. Dazu würden neben der Kontroll- und Überwachungsfunktion sowie der ausnahmsweisen Vertretungstätigkeit der Gesellschaft (insb gegenüber den Geschäftsführern) insb die Vorbehalte des § 30 j GmbHG zählen. Der Gerichtshof hat nun ganz konkret die Geschäftsordnung des Verwaltungsrats den entsprechenden Bestimmungen des GmbHG gegenübergestellt und dabei festgestellt, dass wesentliche Teile der Geschäftsordnung, zum Teil sogar wörtlich, bestimmten Passagen von § 30 sowie § 30 j GmbHG entsprachen. Zwar hatten sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag etliche Kompetenzen, die sonst einem AR zustehen würden, vorbehalten, dieses „scheinbare Manko“ (so die Worte des OGH) wurde aber nach Ansicht des Gerichtshofs dadurch kompensiert, dass dem Verwaltungsrat Aufgaben zugewiesen wurden, die der AR sonst nicht hat, wie etwa ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer oder die Zustimmung zum Wirtschafts- und Investitionsplan. Der OGH kam zum Ergebnis, dass diese Gestaltung wegen der Umgehung zwingender Normen, insb der Arbeitnehmermitbestimmung, unzulässig war, was dazu führte, dass der „Verwaltungsrat“ als AR zu werten war und demzufolge auch die Bestimmungen über die Arbeitnehmervertretung (§ 110 ArbVG) Anwendung zu finden hatten.

Diese Entscheidung ist in der Literatur mehrfach auf entschiedene Kritik gestoßen. So meint *Feltl*,¹¹⁾ dass die Auffassung des OGH zu weit gehe. Eine Umgehung mit der Konsequenz der analogen Anwendung der umgangenen Norm (hier: Arbeitnehmermitbestimmung, § 110 ArbVG) setze nach allgemeinen Grundsätzen voraus, dass die Umgehungshandlung den Zweck der Norm vereiteln würde. Dies sei hier gerade nicht der Fall: Wenn kein gesetzlicher Zwang zur Einrichtung eines AR besteht, so könne auch keine Umgehung zwingender Normen angenommen werden, weder durch Nichteinrichtung eines AR noch durch Einrichtung anderer Organe, wie etwa eines Beirats, der eben gerade nicht ein AR ist. Wenn keine Verpflichtung zur Einrichtung eines AR besteht, so bestehe auch keine Verpflichtung zur Einrichtung einer Arbeitnehmervertretung, die durch Etablierung eines Beirats umgangen werden könne.

Ähnlich argumentiert *Auer*.¹²⁾ Die Behauptung des Typenzwangs sei verfehlt, da das GmbHG zu den Kompetenzen eines Beirats (im Gegensatz zu jenen eines fakultativen AR) nichts sage, das GmbHG sage auch nicht, dass ein kompetenzgleicher GmbH-Beirat einem AR gleichzusetzen sei. Dann herrsche aber nicht Typenzwang, sondern Vertragsfreiheit: Wenn ein AR von Gesetzes wegen nicht eingerichtet werden muss, dann entscheiden die Gesellschafter darüber, ob Mitbestimmung stattfindet oder nicht. Die E werfe darüber hinaus für die Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten auf: Laut OGH sei die Zuweisung von Kernkompetenzen ausreichend, geringfügige Zuweisungen genügen nicht. Wo aber die Grenze anzusetzen sei, erfahren wir nicht. Es werde sich also nichts

daran ändern, dass die Praxis sich bisher mit einem möglichst großen Abstand der Beiratskompetenzen zu jenen eines AR beholfen habe; ein taxativer Kompetenzkatalog sei jedenfalls empfehlenswert.

C. Keine Anwendung auf das Vereinsrecht

Abgesehen davon, dass außerdem das „Kompensations-Argument“ des OGH eher vom Ergebnis diktiert als logisch zwingend erscheint (dieser Verwaltungsrat zeichnete sich ja eben gerade dadurch aus, dass er sich wesentlich von einem klassischen AR unterschied, da er einerseits Aufgaben hatte, die jener nicht hat, und andererseits Aufgaben, die jener hat, eben nicht hatte), kann diese auf das Recht der GmbH bezogene Sichtweise des OGH, auch wenn man einmal von der dargestellten Kritik an der Entscheidung absieht, nicht für das Vereinsrecht übernommen werden.

Das Vereinsrecht kennt weder einen zwingenden noch einen fakultativen AR, sondern ein in § 5 Abs 4 VerG zwar genanntes, aber nicht näher definiertes Aufsichtsorgan. Alles, was wir über dieses Aufsichtsorgan erfahren, ist, dass es aus mindestens drei natürlichen Personen bestehen muss, seine Bestellung der Mitgliederversammlung unterliegt, seine Mitglieder der unabhängig und unbefangen sein müssen und

11) Entscheidungsanm, GesRZ 2007, 201.

12) Zum GmbH-Beirat, der ein fakultativer Aufsichtsrat sein soll, Ges 2007, 183.

keinem Organ mit Ausnahme der Mitgliederversammlung angehören dürfen, dessen Tätigkeit Gegenstand der Aufsicht ist. Über seine Aufgaben sagt das Gesetz überhaupt nichts, und es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass gem § 3 Abs 1 die Gestaltung der Vereinsorganisation den Gründern und den zur späteren Beschlussfassung über Statutenänderungen berufenen Vereinsorganen im Rahmen der Gesetze ausdrücklich freigestellt wird.

Aus der Tatsache, dass das Vereinsgesetz weder einen auch nur fakultativen AR inhaltlich vorgibt, noch normiert, welche (Mindest-)Kompetenzen ein Aufsichtsorgan iSd § 5 Abs 4 haben muss, ergibt sich, dass (selbst wenn man dem Umgehungsargument des OGH näher treten wollte) es hier absolut *keine Norm gibt, die umgangen werden könnte* – auch § 110 ArbVG nicht, denn die Arbeitnehmer-Mitbestimmung kommt ja erst zwingend zum Tragen, wenn ein Aufsichtsorgan vorliegt.

Das heißt: Es liegt entweder ein Aufsichtsorgan vor oder es liegt keines vor, undenkbar ist aber ein Organ, das kein Aufsichtsorgan ist, aber die Umgehung eines solchen darstellt und daher als solches mit der Rechtsfolge der Arbeitnehmer-Mitbestimmung zu behandeln wäre.

Die einzige Frage, die sich stellt, ist daher, welche Kompetenzen einem Organ (wie immer es nun benannt werden möge) zuzuweisen sind, um es zu einem Aufsichtsorgan iSd § 5 Abs 4 zu machen. Und diese müssen eindeutige Aufsichts-Kompetenzen sein. Hierfür genügen zweifellos nicht solche Kompetenzen, die dem AR der GmbH zugewiesen sind – denn diesem werden in § 30 j GmbHG viele Kompetenzen zugewiesen, die mit Aufsicht überhaupt nichts zu tun haben. Eine Aufsichtskompetenz reinsten Wassers wird ihm in Abs 1 zugewiesen,¹³⁾ und auch die in Abs 2 (Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen) und Abs 3 (Bücher, Schriften, Gesellschaftskasse etc einsehen und prüfen) zugewiesenen Kompetenzen sind eindeutige Aufsichtskompetenzen. Dass aber die in § 30 j GmbHG aufgelisteten Kompetenzen des AR nicht ausschließlich Überwa-

chungskompetenzen sind, zeigt schon Abs 4, nach dem der AR eine Generalversammlung einzuberufen hat, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert, oder § 30 i (Vertretung der Gesellschaft in Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern und bei Rechtsstreitigkeiten gegen diese).

Würden also einem Vereinsorgan Kompetenzen zugedacht, die zwar der AR der GmbH hat, die aber keine reinen Aufsichtskompetenzen sind, so würde es dadurch nicht zu einem Aufsichtsorgan iSd § 5 Abs 4 VerG, da ja dem VerG das *tertium comparationis* (das im GmbHG die positivrechtlich normierten Kompetenzen des AR sind) fehlt. Ein Aufsichtsorgan iSd § 5 Abs 4 ist ein solches, dem Aufsichtskompetenzen zugewiesen werden, dem also entweder ganz pauschal eine Kompetenz wie dem AR der GmbH in § 30 j Abs 1 GmbHG zugewiesen wird, oder detailliert aufgeführte einzelne Aufsichtskompetenzen, wie Einsichtsrechte, Anspruch auf Berichterstattung oder Verlangen eines Berichts und ähnliche. Nicht aber reichen mE Zustimmungskompetenzen, wie sie § 30 Abs 5 GmbHG auflistet, aus. Denn diese könnten im Verein (was bei kleineren Vereinen ja gar nicht selten der Fall ist) auch der Mitgliederversammlung zugewiesen werden, die dadurch ganz zweifellos nicht zu einem Aufsichtsorgan mit der Rechtsfolge der Drittelparität würde.

13) „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.“

SCHLUSSSTRICH

Ein Aufsichtsorgan iSd § 5 Abs 4 VerG ist ein solches, dem Aufsichtskompetenzen zugewiesen werden, dem also entweder ganz pauschal eine Kompetenz wie dem AR der GmbH in § 30 j Abs 1 GmbHG zugewiesen wird, oder detailliert aufgeführte einzelne Aufsichtskompetenzen, wie Einsichtsrechte, Anspruch auf Berichterstattung oder Verlangen eines Berichts. Bloße Zustimmungskompetenzen reichen jedenfalls nicht aus.