
2. Sorgfaltspflicht bei der Auswahl des Managements

Gliederung	Seite
2.1. Die Sorgfaltspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds einer AG	27
2.1.1. Ermessensspielraum	29
2.1.2. Erforderliche Kompetenz eines Aufsichtsratsmitglieds	31
2.1.3. Zuständigkeit bei Bestellung eines Nominierungsausschusses	34
2.1.4. Anforderungen an den Auswahlprozess	36
2.1.5. Sachgerechte Auswahlentscheidung	40
2.1.6. Gesetzliche Vermutung der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt	41
2.2. Pflichten der GmbH-Gesellschafter bei der Managementauswahl	44
2.2.1. Pflichten der Gesellschafter bei der Auswahl des Managements	44
2.2.2. Sorgfaltspflicht des Gesellschaftervertreters bei der Auswahl des Managements	48

Wenn Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder sonstige rechtliche Rahmenbedingungen keine spezifischen Vorgaben für die Auswahl des Top-Managements enthalten, müssen diese aus der **allgemeinen Sorgfaltspflicht** der besetzenden Organe abgeleitet werden. Diese bezieht sich auf sämtliche Handlungen der Organe für das betreffende Unternehmen, also nicht nur die Auswahl des Managements, sondern auch auf sonstige unternehmensbezogene Entscheidungen, wie etwa über Investitionen, über Budgets, über Vertragsabschlüsse etc.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das besetzende Organ (Aufsichtsrat, Gesellschafter etc) bei der Auswahl des obersten Managements eines Unternehmens nicht überwachend, sondern selbst unternehmerisch tätig wird und insoweit funktional selbst ein **Geschäftsleitungsorgan** ist.²² Bei der Entscheidung über das Management entsprechen daher die Sorgfaltspflichten grundsätzlich jenen der Geschäftsleiter der diversen Rechtsträger, und zwar unabhängig davon, wer zu ihrer Auswahl berechtigt bzw verpflichtet ist.²³ Unterschiede ergeben sich nur insoweit, als bestellte Organe oder die Eigentümer bzw Gesellschafter handeln. Außerdem sind die Rahmenbedingungen in diversen Gesetzen unterschiedlich geregelt. So kann etwa die Bestellung des Vorstands einer Genossenschaft nur aus dem Kreis der Genossenschafter oder deren vertretungsbefugten Organmitgliedern erfolgen (§ 15 Abs 1 GenG).

Die **Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter** wird von den unterschiedlichsten Gesetzen weitgehend übereinstimmend definiert. Wenig erhellend verlangen sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters²⁴ oder verweisen auf den Sorgfaltsmaßstab des AktienG,²⁵ das seinerseits

²² Doralt/Doralt in Semler/v. Schenk/Wilsing, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 73.

²³ Vgl OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; Schrank/Kollar, AR aktuell 6/2016, 6; Karollus in Kodek, Untreue NEU 61 ff.

²⁴ § 39 Abs 1 BankwesenG; § 17 Abs 2 PrivatstiftungsG; § 16 Abs 7 SparkassenG; § 24 Abs 1 VereinsG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters“); § 20 Abs 2 VerwertungsgesellschaftenG („Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers“); § 2 Abs 3 Bundesmuseen-G.

²⁵ §§ 55 und 57 G über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE); § 20 Abs 2 und § 22 Abs 4 ORF-G.

die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters verlangt. Manche Gesetze – zB das Aktiengesetz – ergänzen noch die Anforderung der Gewissenhaftigkeit. Das bedeutet aber nicht, dass diese von den Geschäftsleitern, bei welchen diese Anforderung im Gesetz fehlt, nicht erwartet wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Rechtsordnung von einem alle Geschäftsleiter gleichermaßen treffenden Sorgfaltsmaßstab ausgeht, unabhängig davon, in welcher Rechtsform ein Unternehmen betrieben wird, allerdings angepasst an die jeweilige Branche, seine Größe und allfällige Besonderheiten der jeweiligen Rechtsform etc.²⁶

Diese Arbeit beschränkt sich daher auf die Darstellung der praktisch relevantesten Fälle, nämlich der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats einer AG und der Sorgfaltspflicht der Gesellschafter(vertreter) einer GmbH bei der Besetzung des obersten Managements. Allerdings werden diese Ausführungen – mangels gesetzlicher Sonderregelungen – grundsätzlich **unabhängig von der konkreten Rechtsform**, und zwar auch dann, wenn gesetzliche Regelungen über die Sorgfaltspflicht des das Management bestellenden Organs fehlen, sinngemäß gelten.²⁷

2.1. Die Sorgfaltspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds einer AG

In einer Aktiengesellschaft entscheidet der Aufsichtsrat über den Vorstand. Er **trifft die Auswahlentscheidung**. Die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ist im § 99 AktG geregelt, der seinerseits auf § 84 AktG und damit die Sorgfaltspflicht des Vorstandes verweist.²⁸ Danach haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Judikatur verlangt allerdings bei der Übertragung der Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter auf die Mitglieder des Aufsichtsrats, dass auf deren Aufgabenstellung Bedacht zu nehmen ist.²⁹ Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsrat gegenüber dem Geschäftsleiter in der Regel nur einen eingeschränkten Zugang zu den Informationsquellen hat. Er ist meistens auf die Informationen angewiesen, die er vom Vorstand erhält, und kann sich bei entsprechender Plausibilität darauf verlassen. Das gilt aber nicht für die Auswahl des Vorstands. Hier hat der Aufsichtsrat selbst für eine ausrei-

26 Vgl OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

27 Vgl dazu § 1299 ABGB: Danach hat – vereinfacht ausgedrückt – derjenige, der ein Geschäft oder eine Funktion übernimmt, dessen Ausführung entsprechende Kenntnisse und Sorgfalt erfordern, dafür einzustehen, dass er darüber verfügt und entsprechend handelt. Siehe auch *Eberhardt in Eberhardt/Gurmann*, Managerhaftung in der Praxis 81, der darauf hinweist, dass in der Genossenschaft dem aus dem Kreis der Genossenschafter zu bestellenden Vorstand oft die Eignung fehlt und dieser daher verpflichtet sei, eine geeignete Person zum Bevollmächtigten zu bestellen, wobei er diese Auswahl mit entsprechender Sorgfalt zu treffen habe. Weiters *Told, ecolex 2023, 301*, die hinsichtlich der die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsräte präzisierenden Business Judgement Rule (dazu siehe Punkt „B.2.1.6. Gesetzliche Vermutung der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt“) betont, dass es sich dabei um ein universelles Phänomen handle, das nicht auf Kapitalgesellschaften beschränkt sei; diese Regel greife bei allen organisationsimmanenten Entscheidungen, die unter Unsicherheit zu treffen seien.

28 § 99 AktG: „Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 84 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.“

29 OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; ebenso *Doralt/Doralt*, § 16 Haftung und Schadenersatz, in *Semler/v. Schenk/Wilsing*, *Arbeitshandbuch*⁵ Rz 54.

chende Informationsbasis zu sorgen.³⁰ Er wird dabei selbst geschäftsleitend tätig und hat daher für die entsprechende Sorgfalt einzustehen.

Beim Aufsichtsrat ist demnach zwischen überwachenden und geschäftsleitenden Tätigkeiten zu unterscheiden. Ganz generell gilt, dass jedes Aufsichtsratsmitglied bei seiner Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds³¹ anzuwenden hat, die – wie oben dargelegt wurde – bei der Besetzung des Vorstandes der **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** entspricht. Diese umfasst ganz allgemein die Verpflichtung, Entscheidungen nach gesicherten betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen sowie unter Beachtung aller relevanten Rechtsvorschriften zu treffen und dabei den Vorteil der Gesellschaft zu wahren bzw Schaden von ihr abzuwenden.³²

Aus der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern wird weiters abgeleitet, dass das Aufsichtsratsmitglied über die Fähigkeit verfügen muss, die Vorgänge in der Gesellschaft sachgerecht zu beurteilen sowie für das Wissen und die Erfahrung einzustehen hat, die zur kompetenten Bewältigung der Aufgaben des Aufsichtsrats erforderlich sind.³³ Darüber hinaus ist die Ausübung der **Aufsichtsratsfunktion am Unternehmenswohl auszurichten**.³⁴ Bei mehreren möglichen Entscheidungsalternativen ist von den Organen jene zu wählen, die dem Unternehmenswohl am besten entspricht.

Für die Auswahl eines Vorstandsmitglieds lassen sich daraus folgende **drei übergeordneten Sorgfaltsanforderungen** formulieren:

1. Das Aufsichtsratsmitglied muss die erforderliche **Kompetenz** mitbringen, um den Auswahlprozess professionell abzuwickeln oder zumindest abwickeln zu lassen und die Entscheidung sachgerecht zu treffen,
2. der **Auswahlprozess** muss so gestaltet werden, dass der beste verfügbare Kandidat überhaupt mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit gefunden werden kann³⁵ und
3. die Entscheidung muss sachgerecht und zum **Wohle der Gesellschaft** getroffen werden.³⁶

³⁰ Vgl OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b.

³¹ OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4; 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b; *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 45 Rz 12; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 9; *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 99 Rz 9.

³² OGH 9. 1. 1985, 3 Ob 521/84, GesRz 1986, 97; *Gurmman* in *Eberhardt/Gurmman*, Managerhaftung in der Praxis 26 f.

³³ OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; ebenso *Doralt/Doralt*, § 16 Haftung und Schadenersatz, in *Semler/v. Schenk/Wilsing*, Arbeitshandbuch⁵ Rz 54.

³⁴ OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b; BGH 21. 4. 1997 ZIP 1997, 883; *Rieder/Lehner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand Rz 34; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/428 f; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 27. Vgl auch *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 17 Rz 10, wonach für den Aufsichtsrat die nach § 70 AktG geltenden Sorgfaltsanforderungen für den Vorstand bei der Auswahl des Vorstands analog gelten.

³⁵ *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats 23.

³⁶ *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats 22 f, hält den Besetzungsbeschluss inhaltlich nur bei eklatanten Fehlentscheidungen für gerichtlich nachprüfbar; der Sorgfaltsmaßstab binde weniger das Ergebnis, sondern den Weg dorthin. An die Stelle einer Ergebniskontrolle trete daher eine Verfahrenskontrolle. Diese Ansicht ist verfehlt. Natürlich ist auch diese Managemententscheidung wie jede andere inhaltlich nachprüfbar, auch wenn die Aufsichtsratsmitglieder einen Ermessensspielraum haben. Dazu siehe im folgenden Punkt ausführlicher.

Bevor aber im Einzelnen auf die oben genannten Punkte eingegangen wird, ist auf den Ermessensspielraum des Aufsichtsrats bei seinen Entscheidungen einzugehen.

2.1.1. Ermessensspielraum

Im Zuge des Auswahlprozesses für das Management wird es in den verschiedensten Stadien, aber auch hinsichtlich des Prozesses selbst sowohl Fragen geben, die jeweils nur eine richtige Antwort zulassen, als auch Entscheidungen, die im Rahmen eines Ermessensspielraums zu treffen sind.³⁷ So ist die Frage, ob der am besten geeignete Bewerber mit der Funktion des Vorstands betraut werden muss, mit „ja“ zu beantworten,³⁸ wenn es sonst keine Unternehmensinteressen gibt, die dagegensprechen. Es gibt aber bei unternehmerischen Entscheidungen auch Fragen, die mehrere schlüssige Antworten zulassen. Der Aufsichtsrat hat, wenn er wie der Vorstand unternehmerische Entscheidungen zu treffen hat, wie dieser einen Ermessensspielraum.³⁹ Das gilt auch für die **Personalauswahl**, beispielsweise für die Beurteilung, wie der am besten geeignete Kandidat ermittelt wird, oder für die Einschätzung des Erfüllungsgrades geforderter Persönlichkeitsmerkmale. Je nach Ausnützung dieses Spielraums kann das zu **unterschiedlichen Ergebnissen** führen.⁴⁰ Das bedeutet aber nicht, dass er auch den zweit- oder drittgerihten Kandidaten bestellen darf, auch wenn diese nur knapp schlechter qualifiziert sind als der am besten geeignete. Der Aufsichtsrat hat den Ermessensspielraum lediglich bezüglich der Herleitung und Begründung der Besteignung.⁴¹ Wenn diese aber feststeht, ist er **verpflichtet, den am besten geeigneten Kandidaten zum Vorstand zu bestellen.**⁴²

Das Vorhandensein eines Ermessensspielraums bedeutet nicht, dass das besetzende Organ den Erfüllungsgrad bestimmter Anforderungen freihändig einschätzen darf. Vielmehr muss es sich hier anerkannter Methoden zur Beurteilung bedienen. Das beginnt bereits bei der Definition des Ermessensspielraums. Diese hat nach allgemeinen **betriebswirtschaftlichen Grundsätzen** für die Gestaltung von Prozessen zur Vorbereitung und Herleitung von Unternehmensentscheidungen zu erfolgen.⁴³ Das setzt eine angemessene Informationsbasis voraus.⁴⁴ Der Umfang der einzuholenden Informationen hängt unter anderem von der Tragweite der Ent-

37 Vgl. *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 16, wonach ein Ermessensspielraum auch hinsichtlich Art und Umfang der Informationsbeschaffung bestehen könne.

38 Vgl. *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 17 Rz 10.

39 OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 213 f.

40 OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b; zum Vorstand ua auch OGH 3. 8. 2021, 8 ObA 109/20t; *Gruber*, AR aktuell 2022, 15.

41 Ein Beispiel für einen Ermessensspielraum bei der Auswahl von Leitungsorganen ist die Einschätzung von Persönlichkeitsmerkmalen, wenn nicht grundlos ihr Fehlen angenommen oder – positiv formuliert – auf deren Vorhandensein aus bestimmten persönlichen Wahrnehmungen nachvollziehbar geschlossen wird. Den Ermessensspielraum wird man aber wohl verlassen haben, wenn die Einschätzung losgelöst von irgendwelchen konkreten Wahrnehmungen „freihändig, aus dem Bauch heraus“ erfolgt.

42 Vgl. BGH 21. 4. 1997, ZIP 1997, 883, wonach der Aufsichtsrat den Ermessensspielraum des Vorstands bei der Prüfung von Schadenersatzansprüchen gegen diesen zu berücksichtigen habe; wenn er aber nach sorgfältiger Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass diese zustehen, dann habe er keinen Ermessensspielraum mehr, sondern müsse die Ansprüche geltend machen, wenn auch sonst nichts dagegenspricht.

43 *Harreiter* in *Hinterhofer*, Praxishandbuch Untreue 8; ebenso *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/445.

44 *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 336 und 385 (Sorgfaltspflichtverletzung bei Uninformiertheit bei der Personalauswahl); *Schrank/Kollar*, AR aktuell 6/2016, 8; OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b.

scheidung, den damit verbundenen Kosten und der Komplexität des Sachverhalts ab.⁴⁵ Auf Informationen, welche die Entscheidung wahrscheinlich beeinflussen, darf grundsätzlich nicht verzichtet werden. Insgesamt besteht aber auch ein Ermessensspielraum dafür, welche Informationen zu beschaffen sind.⁴⁶ Da die Entscheidung über die Besetzung des Vorstands eine überragende Bedeutung für die Entwicklung der Gesellschaft hat und die mit einer umfassenden Informationsbeschaffung zusammenhängenden Kosten vergleichsweise niedrig sind, werden die Anforderungen an die Sorgfalt der Aufsichtsratsmitglieder insoweit hoch anzusetzen sein.

Keinesfalls kann durch Verzicht auf Informationsbeschaffung der Ermessensspielraum erweitert werden. Wenn etwa in einem Auswahlverfahren für ein Vorstandsmitglied auf eine Ausschreibung oder sonst geeignete Ansprache von potenziellen Bewerbern verzichtet wird und deshalb nur wenige Bewerbungen vorliegen, dann fehlt eine **angemessene Informationsbasis**. Dasselbe gilt, wenn ein Bewerber, der grundsätzlich die Anforderungen erfüllt und daher eine möglicherweise interessante Option ist, aufgrund von offenen Fragen zu seinem Lebenslauf ohne Nachfrage aus dem Verfahren ausgeschieden wird. Offensichtlich fehlende Informationen sind vor der Entscheidung zu beschaffen bzw ist der betreffende Kandidat zur Klärung zu einem Interview einzuladen, wenn denkbar ist, dass sich dieser als am besten geeignet erweist.⁴⁷

Die beschafften Informationen müssen – soweit für die Entscheidung erforderlich – in der Folge analysiert werden. Diese Analyse muss unter dem Gesichtspunkt des Unternehmenswohls⁴⁸ logisch nachvollziehbar, ohne Argumentationslücken zu den daraus gezogenen Schlussfolgerungen führen. Das können und sollten – soweit zutreffend – auch mehrere unterschiedliche Schlussfolgerungen sein. Wenn wesentliche Entscheidungsalternativen gar nicht erkannt und behandelt werden, stellt das die Sorgfältigkeit des Entscheidungsprozesses infrage. Die aus der analysierten Informationsbasis sachlich und logisch nachvollziehbaren Schlussfolgerungen⁴⁹ ergeben schließlich den **maximalen Ermessensspielraum**; das schließt eine ausgewogene Abwägung der Chancen und Risiken mit ein.⁵⁰ Wenn etwa einem Auswahlkriterium sehr hohes Gewicht in der Bewertung eingeräumt wird, so kann das zur Folge haben, dass ein Kandidat als am besten geeignet aus dem Auswahlverfahren hervorgeht, der dieses Kriterium erfüllt, bei ihm aber andere, für die Funktion ebenfalls wichtige Kenntnisse und Persönlichkeitsmerkmale weniger stark ausgeprägt sind. Damit sind Risiken verbunden, die es abzuwägen gilt. So können einem Kandidaten, der sich in einer Vertriebsorganisation verdient gemacht hat, möglicherweise manche sinnvollen Managementfähigkeiten fehlen. Das macht ihn aber nicht in jedem Fall für die Funktion ungeeignet, wenn er die Mindestanforderungen erfüllt.

Der Ermessensspielraum wird auch durch die **Sachlichkeit von persönlichen Einschätzungen** und die Gewichtung von Eignungskriterien begrenzt. So wäre etwa die Entscheidung für

45 *Schrank/Kollar*, AR aktuell 6/2016, 8; zum Vorstand: *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand Rz 23; *Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 84 Rz 186 ff.

46 Vgl *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand Rz 28.

47 *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats 33.

48 OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b.

49 In diesem Zusammenhang ist auch die vom VwGH (15. 5. 2013, 2012/12/0013) zur freien Beweiswürdigung der Behörden geforderte Schlüssigkeit, die dann vorliege, wenn die Erwägungen „den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut nicht widersprechen“, durchaus passend.

50 Vgl *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 31.

einen Quereinsteiger zwar möglicherweise logisch argumentierbar (neuer unbefangener Blick auf das Unternehmen etc), aber sachlich nicht zu rechtfertigen, wenn dem betreffenden Kandidaten das fachliche Vorwissen und die Managementenerfahrung fehlen. Ebenso wäre möglicherweise die extreme Gewichtung einer von mehreren für die Funktion notwendigen Anforderungen argumentierbar, aber wohl selten sachlich gerechtfertigt, jedenfalls dann nicht, wenn dadurch letztlich den übrigen (gleichfalls notwendigen) Anforderungen keine mitentscheidende Bedeutung mehr zukommt. Diese Mindestanforderungen müssen, wenn sie nicht erfüllt sind, zum Ausschluss des jeweiligen Kandidaten aus dem weiteren Auswahlverfahren führen.⁵¹

Aber auch bei der Definition dieser Mindestanforderungen muss das besetzende Organ den Ermessensspielraum sachlich begründbar ausnützen. Wenn diese Mindestanforderungen den Bewerberkreis unsachlich einschränken, dann ist auch insoweit der Ermessensspielraum überschritten.⁵²

Der Ermessensspielraum ebnet daher keinesfalls den Weg zu einer freihändigen Entscheidung, sondern schafft nur eine Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren zulässigen Entscheidungsalternativen, von der begründet Gebrauch zu machen ist.

2.1.2. Erforderliche Kompetenz eines Aufsichtsratsmitglieds

Ein Aufsichtsratsmitglied muss über die für die Ausübung der Funktion erforderliche Kompetenz verfügen; sonst darf es diese nicht annehmen. Konkret muss es nach der Judikatur über die Fähigkeit verfügen, die Vorgänge in der Gesellschaft sachgerecht zu beurteilen, sowie das Wissen und die Erfahrung haben, die zur kompetenten Bewältigung der Aufgaben des Aufsichtsrats erforderlich sind.⁵³ Der OGH verlangt von den Aufsichtsratsmitgliedern ferner jene Sorgfalt, die man von einem ordentlichen Aufsichtsratsmitglied verlangen kann, „also von einem Menschen, der in geschäftlichen und finanziellen Belangen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen als ein durchschnittlicher Kaufmann und die Fähigkeit besitze, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen“.⁵⁴ Das Aufsichtsratsmitglied hat demnach über Grundkenntnisse der rechtlichen Rahmenbedingungen und ein betriebswirtschaftliches Basiswissen zu verfügen.⁵⁵

⁵¹ Gerhartl, ASoK 2023, 129.

⁵² Vgl Gerhartl, ASoK 2023, 129, wonach Ausschreibungen durch eine unsachliche Gestaltung des Anforderungsprofils den Eindruck erwecken können, dass geeignete Kandidaten von einer Bewerbung abgehalten und/oder ungeeignete dazu animiert werden sollen.

⁵³ OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; ebenso Doralt/Doralt, § 16 Haftung und Schadenersatz, in Semler/v. Schenk/Wilsing, *Arbeitshandbuch*⁵ Rz 54.

⁵⁴ OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4; 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b; Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser, *Kommentar zum AktienG*⁵ §§ 98, 99 Rz 35, verlangt die Erfüllung dieser Anforderungen allerdings nicht von jedem Mitglied, sondern vom gesamten Aufsichtsrat (ebenso Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper, *AktG-ON* § 99 Rz 11 ff). Außerdem unterscheidet Strasser nach Fragen, die von allen Aufsichtsratsmitgliedern beurteilt werden können und Fragen mit besonderen wirtschaftlichen, finanziellen, technischen und rechtlichen Problemen (Rz 33 ff). Vgl auch Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, *Handbuch für den Aufsichtsrat*² Kap 2 Rz 73.

⁵⁵ Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, *Handbuch für den Aufsichtsrat*² Kap 2 Rz 73; Schauer in Kalss/Kunz, *Handbuch für den Aufsichtsrat*² Kap 45 Rz 21 f; Schopper in *Kommenda*, AR aktuell 2023, 43.

Da die Bestellung des Vorstands zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats zählt,⁵⁶ muss folglich von einem Aufsichtsratsmitglied verlangt werden, dass es zumindest in groben Zügen weiß, wie es für die Funktion des Vorstands den am besten geeigneten Kandidaten finden kann, sprich wie auf Basis aktueller Erkenntnisse⁵⁷ ein entsprechender Auswahlprozess durchzuführen, wie die Entscheidung zu treffen und welcher rechtliche Rahmen einzuhalten ist. Diese **Personalkompetenz** wird man von sämtlichen Aufsichtsratsmitgliedern erwarten müssen,⁵⁸ da gemeinsam im Aufsichtsrat darüber zu entscheiden ist,⁵⁹ wer mit der Leitungsfunktion betraut werden soll⁶⁰ und die sachgerechte Beurteilung dieser Frage entsprechende Kompetenz voraussetzt.⁶¹

Wenn von einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats der Auswahlprozess sorgfaltswidrig vorangetrieben wird, kann sich das Aufsichtsratsmitglied, das vielleicht weniger Erfahrung mit solchen Prozessen hat, nicht darauf berufen, dass es sich hier auf die Kollegen im Aufsichtsrat oder auf den allenfalls eingerichteten Nominierungsausschuss verlassen hat. Es muss auch in dieser Frage zumindest so kompetent sein, dass es den Prozess entsprechend hinterfragen und Anzeichen für Unzulänglichkeiten erkennen sowie richtig bewerten kann.⁶²

Eine höhere Kompetenz wird jedenfalls von den **Mitgliedern eines Nominierungsausschusses** zu verlangen sein.⁶³ Alle Aufsichtsratsmitglieder trifft insoweit die Verantwortung dafür, dass der Nominierungsausschuss über das erforderliche Know-how verfügt.⁶⁴ Für die dafür erforderliche Kompetenz hat ebenfalls jedes Aufsichtsratsmitglied einzustehen.

Die Beauftragung von **Personalberatern** kann die objektive Sorgfaltswidrigkeit ausschließen, wenn diese ergebnisoffen erfolgt.⁶⁵ Das Aufsichtsratsmitglied kann sich aber auch in diesem Fall nicht damit begnügen, seiner Entscheidung die Ergebnisse zugrunde zu legen, wenn

56 Frotz/Schörghofer in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 11 Rz 6 und 9; *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 17 Rz 1.

57 *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 12; *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 2 Rz 96 (auch zur insoweit bestehenden Fortbildungsverpflichtung).

58 Vgl *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 404 f.

59 Die Auswahlentscheidung ist nicht delegierbar: so *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 207; *Vetter* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 52 Rz 46; *Schimka* ebenda Kap 29 Rz 70 f (zweifelnd allerdings in Rz 60); *Fritz*, AR aktuell 2022, 34.

60 *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 17 Rz 2.

61 Vgl OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, der von „**allen**“ Mitgliedern des Aufsichtsrats die Fähigkeit verlangt, die Vorgänge in dem Unternehmen sachgerecht zu beurteilen. Das muss mE ganz besonders für den Auswahlprozess für den Vorstand gelten. Vgl auch *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 12, wonach jedes einzelne Mitglied in der Lage sein muss, die normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne sachverständige Hilfe zu verstehen und sachgerecht zu beurteilen (ebenso *Doralt/Doralt*, in *Semler/v. Schenk/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 118).

62 *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 411 f; vgl auch *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktienG³ §§ 98, 99 Rz 35; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 20.

63 Dazu im folgenden Punkt ausführlicher.

64 *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 412; *Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 29 Rz 14 und 71; *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 99 Rz 15 f.

65 OGH 11. 6. 2016, 6 Ob 198/15h; 18. 2. 2021, 6 Ob 207/20i: Nicht hingegen Gefälligkeitsgutachten (ebenso *Doralt/Doralt*, in *Semler/v. Schenk/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 107).

durch plausibilisierendes Nachfragen⁶⁶ bzw Sichtung der Bewerbungsunterlagen erkennbar ist, dass diese nicht gesetzeskonform oder sonst entsprechend fundiert sind bzw der Personalberater nicht geeignet ist. Dabei ist die Erkennbarkeit wieder nach den Maßstäben eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds, das über entsprechendes Wissen über die Durchführung von Auswahlverfahren verfügt, zu beurteilen. Die Entscheidungen selbst müssen auch bei der Beauftragung von Personalberatern vom Aufsichtsrat getroffen⁶⁷ und entsprechend begründet werden.

Soweit die Kompetenz bei einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern dennoch nicht vorliegt und diese die Übernahme des Mandats nicht abgelehnt haben, ist sie unverzüglich im erforderlichen Ausmaß aufzubauen.⁶⁸ Ein Aufsichtsratsmitglied muss selbst zumindest in Grundzügen wissen, wie derartige Auswahlprozesse zu gestalten sind, um das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Es muss sich daher – wenn das Know-how dafür innerhalb des Aufsichtsrats fehlt – selbst informieren oder vom Personalberater informieren lassen, wie der Prozess zu gestalten und wie die Auswahlentscheidung herbeizuführen ist. Nur dann kann es die für das Unternehmen überaus wichtige Frage, wer dieses künftig führen soll, sachgerecht beurteilen und darauf aufbauend eine sorgfältige Entscheidung treffen.⁶⁹

Allerdings ist dieses Know-how auch bei Personalberatern nicht zuverlässig zu finden.⁷⁰ Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Personalauswahl ist eine Disziplin der **Wirtschaftspsychologie bzw der Personalwirtschaftslehre**; eine entsprechende Ausbildung aus dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften oder der Psychologie ist aber nicht Voraussetzung für die Berechtigung, das Gewerbe des auf Personalfragen spezialisierten Unternehmensberaters auszuüben. Dazu kommt, dass mit den Sorgfaltsanforderungen, dem GleichbehandlungsG und sonstigen gesetzlichen Regelungen (etwa dem StellenbesetzungsG) rechtliche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind. Bei der Auswahl des Personalberaters sind daher die einschlägigen Qualifikationen kritisch zu hinterfragen, weil die Haftung nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Aufsichtsrat davon ausgehen konnte, einen fachlich und persönlich geeigneten Berater⁷¹ ausgewählt zu haben. Die zur Beurteilung dieser Frage erforderlichen Kenntnisse sind ebenfalls von einem Aufsichtsratsmitglied zu verlangen.⁷²

Die Begleitung des Auswahlprozesses durch einen **externen Berater** ist aber in der Regel bei Top-Managementfunktionen überaus **sinnvoll**,⁷³ weil sie administrativ einen entsprechen-

66 *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand Rz 30; *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 11; *Karollus in Kodek*, Untreue NEU 76; vgl auch OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b, der bei zustimmungspflichtigen Aufgaben des Vorstands eine Plausibilitätsprüfung seitens der Aufsichtsratsmitglieder verlangt. Das muss noch mehr für eigene Aufgaben des Aufsichtsratsmitglieds gelten, wenn deren Erledigung von anderen vorbereitet wird.

67 *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats 41 f, der darauf hinweist, dass den Kenntnissen und Fähigkeiten der Entscheidungsträger die Entscheidungsfindung anvertraut ist und diese daher verpflichtet seien, ihren Willen selbst zu bilden.

68 *Doralt/Doralt*, in *Semler/v. Schenk/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 118.

69 Vgl zum Vorhandensein von ausreichendem eigenen Wissen bereits OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4.

70 In diesem Fall wird allenfalls ein (Regress-)Anspruch gegenüber den Beratern bestehen.

71 *Karollus in Grünwald/Schummer/Zollner* in FS Jud 321.

72 Vgl *Doralt/Doralt*, in *Semler/v. Schenk/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 108.

73 *Bellmann in Sarges*, Management-Diagnostik⁴ 899; *Grau in Semler/v. Schenk/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 26.

den Aufwand verursacht, das Know-how in der Regel größer und für alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen zugänglich ist. Die professionelle Beratung kann auch zur Vermeidung eines möglicherweise zu engen Blickwinkels bei der Suche beitragen.⁷⁴

Die in der Praxis mitunter übliche **Beiziehung des Vorstandsvorsitzenden** halte ich zwar für zulässig;⁷⁵ sie widerspricht daher mE grundsätzlich nicht der Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder. Allerdings darf dem Vorstandsvorsitzenden dabei faktisch keine entscheidende Rolle zugestanden werden, auch eine – wenn auch nur informelle – Vorschlagskompetenz geht mE zu weit,⁷⁶ weil damit das Organisationskonzept der AG unterlaufen wird. Die Zustimmung zu einem Kandidaten oder dessen Ablehnung durch den Vorstandsvorsitzenden kann unterschiedlichste Gründe haben. Jedenfalls kann nicht gesichert davon ausgegangen werden, dass sich die Haltung des Vorstandsvorsitzenden (den insoweit keine Verantwortlichkeit trifft) zu einzelnen Kandidaten ausschließlich am Interesse der Gesellschaft und dem Maßstab eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds orientiert. Deshalb sollte sich die Beiziehung darauf beschränken, für die Auswahl relevante Basisinformationen einzuholen, das Aufgabengebiet abzustimmen und die vom Aufsichtsrat definierten Anforderungen allenfalls einem kritischen Gegencheck zu unterziehen. Weniger problematisch wird die Beiziehung des freiwillig ausscheidenden Vorgängers vor allem hinsichtlich seiner Erfahrungen mit allfälligen internen Kandidaten sein; aber auch hier gilt: Die Verantwortung für die Besetzungsentscheidung trifft ausschließlich den Aufsichtsrat bzw seine Mitglieder und nicht den ausscheidenden Vorstand.⁷⁷ Dessen Rolle im Auswahlverfahren muss daher eine entsprechend eingeschränkte bleiben.

2.1.3. Zuständigkeit bei Bestellung eines Nominierungsausschusses

Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen, namentlich zu dem Zweck, seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen (§ 92 Abs 4 AktG). Auf dieser Grundlage kann er einen Nominierungsausschuss zur Vorbereitung der Beschlüsse zur Vorstandswahl bestellen. Diesem Nominierungsausschuss können nur **Mitglieder des Aufsichtsrats** angehören. An seinen Sitzungen können auch Mitglieder teilnehmen, die dem Nominierungsausschuss nicht angehören, wenn die Satzung oder der Vorsitzende des Aufsichtsrats nichts anderes bestimmt (§ 93 Abs 2 AktG).

Von den Mitgliedern eines Nominierungsausschusses ist eine **höhere Kompetenz in Personalfragen** zu verlangen.⁷⁸ In der Praxis dürfte es mitunter schwierig sein, entsprechend

74 Vgl dazu *Fritz*, AR aktuell 2021, 234, wonach starke CEOs häufig nach den Fähigkeiten, die sie selbst besitzen, suchen.

75 Ebenso *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 17 Rz 4.

76 *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 208 f (der allerdings unverbindliche Vorschläge des Vorstands für zulässig hält); vgl auch *Grau* in *Semler/v. Schenck/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 20, wonach die Besetzung aufgrund des Vorschlags des Vorstandsvorsitzenden unerwünschte Abhängigkeiten schaffen kann.

77 *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 212 f; *Grau* in *Semler/v. Schenck/Wilsing*, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 20: Aufsichtsrat muss „Herr des Verfahrens“ bleiben.

78 *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 410 ff; auch zu den erhöhten Anforderungen von Spezialisten unter den Aufsichtsratsmitgliedern: 393 f und 406 ff; *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 45 Rz 25 und 46; *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 2 Rz 87;

kompetente Mitglieder in den Ausschuss zu entsenden, weil Aufsichtsratsmitglieder, die vielleicht in ihrem Stammbetrieb Personalverantwortung haben, Personalberater oder ihre Personalabteilungen einsetzen und nur einen Bruchteil der Auswahlprozesse miterleben oder in ihrem eigenen, kleineren Unternehmen mangels Know-how keine anerkannten Methoden der Personalauswahl einsetzen oder vielleicht sogar noch nie Personalverantwortung gehabt haben.⁷⁹ Das Vertrauen in das eigene „Bauchgefühl“ oder die langjährige Erfahrung reichen alleine jedenfalls nicht. Zahlreichen Aufsichtsräten fehlt daher das entsprechende professionelle Personalwissen.⁸⁰ Das ändert aber nichts daran, dass diese Kompetenz von Aufsichtsräten, soweit sie im Nominierungsausschuss oder im Aufsichtsrat selbst den Auswahlprozess vorantreiben, zu verlangen ist.⁸¹ Das heißt nicht, dass sie die Expertise von Headhuntern einbringen müssen, sondern nur, dass sie konkrete Erfahrungen und Kenntnisse über die Gestaltung professioneller Auswahlprozesse und/oder die rechtlichen Rahmenbedingungen aufweisen müssen. Wesentlich ist, dass bei der Zusammensetzung des Nominierungsausschusses sichergestellt wird, dass diese Expertise insgesamt vorliegt.⁸²

Umstritten ist, wie weit die **Kompetenzen des Nominierungsausschusses** bei der Auswahl des Vorstands reichen dürfen. Der § 92 Abs 4 letzter Halbsatz AktG⁸³ erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, als könnten Ausschüsse auch Beschlüsse über die Bestellung des Vorstands fassen; mit der Formulierung könnte aber ebenso nur die Vorbereitung und Überwachung der Ausführung derartiger Beschlüsse gemeint sein. Für letztere Ansicht spricht auch der Wortlaut des § 92 Abs 4 Satz 1 AktG, der als Ausschusszweck nur die Vorbereitung und Überwachung von Beschlüssen des Aufsichtsrats anspricht. Überwiegend wird in diesem Sinne davon ausgegangen, dass die Entscheidung für einen bestimmten Kandidaten letztlich vom gesamten Gremium zu treffen ist.⁸⁴ Die nicht dem Nominierungsausschuss angehörenden Mitglieder haben hinsichtlich dessen Aufgaben eine reduzierte Verantwortung.⁸⁵ Sie trifft insoweit aber eine

Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 13; allgemein zu höheren Kompetenzanforderungen für Ausschussmitglieder Kraßnig, AR aktuell 1/2015, 13.

- 79 *Bellmann in Sarges, Management-Diagnostik⁴ 899, wonach die mit der Auswahl oberster Führungspositionen befassten Personen in der Regel keine Spezialisten für die Personalselektion seien.*
- 80 *Fritz in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 18 Rz 26.*
- 81 *Vgl Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 13 und 19. Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 2 Rz 74 und 79 fordern insoweit nur ein entsprechendes Einschätzungsvermögen der Aufsichtsratsmitglieder. Das ist sicherlich hilfreich, mE aber völlig unzureichend, wenn darüber hinaus keine Kenntnisse über effektive Methoden zur Auswahl des Managements vorhanden sind.*
- 82 *Doralt/Doralt, in Semler/v. Schenk/Wilsing, AR-Arbeitshandbuch⁵ Rz 131 ff.*
- 83 *Die „in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder des Betriebsrats haben Anspruch darauf, daß in jedem Ausschuß des Aufsichtsrats mindestens ein von ihnen namhaft gemachtes Mitglied Sitz und Stimme hat; dies gilt nicht für Sitzungen und Abstimmungen, die die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstands betreffen, ausgenommen Beschlüsse auf Bestellung oder Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds sowie“ (...).*
- 84 *Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder² 192; Vetter in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 52 Rz 46; Schimka ebenda Kap 29 Rz 70 f (zweifelnd allerdings in Rz 60); Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 3/337 und 3/641; Fritz, AR aktuell 2022, 34; aA Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 99 Rz 38.*
- 85 *Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Kap 45 Rz 46; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ § 92 Rz 3; allgemein bei Bestellung von Ausschüssen: Kraßnig, AR aktuell 1/2015, 13.*