

# TE OGH 2006/9/27 9ObA130/05s

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.09.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Krüger und Mag. Thomas Maurer-Mühlleitner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat Elektrizitätswerke R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinz Mildner, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Elektrizitätswerke R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Greiter Pegger Kofler & Partner, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Entsendung von Arbeitnehmervertretern gemäß § 110 Abs 5 ArbVG (Streitwert EUR 21.800), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. April 2005, GZ 13 Ra 26/05d-14, womit das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 6. Dezember 2004, GZ 42 Cga 164/04w-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Krüger und Mag. Thomas Maurer-Mühlleitner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat Elektrizitätswerke R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinz Mildner, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Elektrizitätswerke R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Greiter Pegger Kofler & Partner, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Entsendung von Arbeitnehmervertretern gemäß Paragraph 110, Absatz 5, ArbVG (Streitwert EUR 21.800), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. April 2005, GZ 13 Ra 26/05d-14, womit das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 6. Dezember 2004, GZ 42 Cga 164/04w-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.189,44 (darin EUR 198,24 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb eines Elektrizitätswerks ist, hat insgesamt sechs Gesellschafter, nämlich die Marktgemeinde R\*\*\*\*\* als Hauptgesellschafterin mit einer Stammeinlage von EUR 10,909.500 sowie fünf weitere Gesellschafter, nämlich den Bürgermeister sowie Gemeinderäte bzw Gemeindevorstände der Marktgemeinde R\*\*\*\*\* mit Stammeinlagen von je EUR 100. Die Beklagte hat zu keiner Zeit im

Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Betrieb der Beklagten ist ein gemeinsamer Arbeiter- und Angestelltenbetriebsrat eingerichtet, von dem die Mitglieder B\*\*\*\*\*\*, W\*\*\*\*\* und H\*\*\*\*\* in den „Verwaltungsrat“ der beklagten Partei entsendet wurden. Seitens der Beklagten wird diesen Personen aber Sitz und Stimme im Verwaltungsrat verwehrt.

Der (zuletzt in der außerordentlichen Generalversammlung vom 8. 11. 2004 angepasste) Gesellschaftsvertrag vom 5. 10. 1994 sieht folgende - für die weitere Beurteilung relevante - Regelungen vor:

„§ 6 Organe der Gesellschaft. Organe der Gesellschaft sind: a) Geschäftsführer, b) Generalversammlung.“

§ 9 des Gesellschaftsvertrags lautet: „§ 9 Gesellschafterausschuss (Verwaltungsrat). Die Generalversammlung ist verpflichtet, einen Ausschuss (Verwaltungsrat) einzusetzen, der sie in allen Angelegenheiten berät und dem sie die Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen kann. Dieser Verwaltungsrat besteht aus mindestens drei, höchstens sechs Mitgliedern, die auch Mitglieder des Gemeinderates der Marktgemeinde Reutte sein müssen. Der Gesellschafter Marktgemeinde Reutte ist, solange er mehr als 70 % des eingezahlten Stammkapitals als Stammeinlage hält, berechtigt, die Mitglieder in den Verwaltungsrat zu entsenden und aus diesem abzuberufen. Dieses Recht der Entsendung und Abberufung üben die einzelnen im Gemeinderat vertretenen Parteien aus. Hiefür ist die Unterschrift der Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder der betreffenden Gemeinderatspartei erforderlich. Die Gemeinderatsparteien haben im Verhältnis ihrer Stärke Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat wählt den Vorsitzenden und dessen Stellvertreter aus seiner Mitte. Der Verwaltungsrat entscheidet mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, es sei denn, die Generalversammlung setzt für bestimmte Beschlüsse und Maßnahmen qualifizierte Mehrheiten fest. Die Generalversammlung hat für den Verwaltungsrat eine Geschäftsordnung zu beschließen, die insbesondere Regelungen über den Zeitpunkt und die Einberufung der Sitzungen, Tagesordnung, Anwesenheit, Rechte der Mitglieder, Beschlussfähigkeit sowie Anwesenheits- und Berichtspflichten der Geschäftsführung enthält.“ Paragraph 9, des Gesellschaftsvertrags lautet: „§ 9 Gesellschafterausschuss (Verwaltungsrat). Die Generalversammlung ist verpflichtet, einen Ausschuss (Verwaltungsrat) einzusetzen, der sie in allen Angelegenheiten berät und dem sie die Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen kann. Dieser Verwaltungsrat besteht aus mindestens drei, höchstens sechs Mitgliedern, die auch Mitglieder des Gemeinderates der Marktgemeinde Reutte sein müssen. Der Gesellschafter Marktgemeinde Reutte ist, solange er mehr als 70 % des eingezahlten Stammkapitals als Stammeinlage hält, berechtigt, die Mitglieder in den Verwaltungsrat zu entsenden und aus diesem abzuberufen. Dieses Recht der Entsendung und Abberufung üben die einzelnen im Gemeinderat vertretenen Parteien aus. Hiefür ist die Unterschrift der Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder der betreffenden Gemeinderatspartei erforderlich. Die Gemeinderatsparteien haben im Verhältnis ihrer Stärke Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat wählt den Vorsitzenden und dessen Stellvertreter aus seiner Mitte. Der Verwaltungsrat entscheidet mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, es sei denn, die Generalversammlung setzt für bestimmte Beschlüsse und Maßnahmen qualifizierte Mehrheiten fest. Die Generalversammlung hat für den Verwaltungsrat eine Geschäftsordnung zu beschließen, die insbesondere Regelungen über den Zeitpunkt und die Einberufung der Sitzungen, Tagesordnung, Anwesenheit, Rechte der Mitglieder, Beschlussfähigkeit sowie Anwesenheits- und Berichtspflichten der Geschäftsführung enthält.“

§ 10 des Gesellschaftsvertrags lautet: Paragraph 10, des Gesellschaftsvertrags lautet:

„§ 10 zustimmungspflichtige Maßnahmen.

a) Außer den im Gesetz und Gesellschaftsvertrag der Generalversammlung zur Beschlussfassung zugewiesenen Gegenständen, bedürfen folgende Geschäfte und Maßnahmen der Zustimmung der Generalversammlung, wobei eine Mehrheit von drei Viertel der gültig abgegebenen Stimmen erforderlich ist:

1. Zustimmung zur Teilung, Belastung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen.
2. Änderung des Gesellschaftsvertrages einschließlich der Änderung des Unternehmensgegenstandes.
3. Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben.
  1. 4.Ziffer 4  
Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen.
  2. 5.Ziffer 5

Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten.

3. 6.Ziffer 6

Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik.

4. 7.Ziffer 7

die Erteilung von Prokura und Handlungsvollmacht durch die Geschäftsführer.

b) Folgende Geschäfte und Maßnahmen bedürfen der Zustimmung der Generalversammlung,

welche diese Kompetenz dem Verwaltungsrat übertragen kann:

5. 1.Ziffer eins

Genehmigung des jährlichen Wirtschafts- und Investitionsplanes.

6. 2.Ziffer 2

Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, deren gemeiner Wert EUR 20.000 im Einzelnen überschreitet.

3. Investitionen, deren Anschaffungskosten EUR 400.000 im Einzelnen überschreiten.

4. Investitionen, deren Anschaffungskosten EUR 40.000 im Einzelnen übersteigen und nicht im Investitionsplan enthalten sind.

5. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die den Betrag von EUR 400.000 übersteigen.

6. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

7. 7.Ziffer 7

die Bestellung und Abberufung des Abschlussprüfers.

8. 8.Ziffer 8

die Klärung der Fragen, die sich aus der Anwendung der Richtlinien der Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung ergeben.

9. Folgende Personalangelegenheiten:

◦ -Strichaufzählung

Angelegenheiten der Geschäftsführer

◦ -Strichaufzählung

Anstellung, Beförderung und Kündigung von Angestellten (ab Verwendungsgruppe VAnstellung, Beförderung und Kündigung von Angestellten (ab Verwendungsgruppe römisch fünf)

◦ -Strichaufzählung

generelle Lohn- und Gehaltsregelungen

◦ -Strichaufzählung

Regelung freiwilliger Sozialleistungen."

Die Generalversammlung der Beklagten richtete entsprechend § 9 des Gesellschaftsvertrags einen „Verwaltungsrat“ ein und beschloss in ihrer Sitzung vom 2. Februar 1995 folgende „Geschäftsordnung des Verwaltungsrates“: Die Generalversammlung der Beklagten richtete entsprechend Paragraph 9, des Gesellschaftsvertrags einen „Verwaltungsrat“ ein und beschloss in ihrer Sitzung vom 2. Februar 1995 folgende „Geschäftsordnung des Verwaltungsrates“:

„§ 1 Der Verwaltungsrat hat, soweit durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung nichts anderes bestimmt ist, seine Tätigkeit nach den Vorschriften des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung auszuüben (Anm.: Hervorhebung durch das Gericht). „§ 1 Der Verwaltungsrat hat, soweit durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung nichts anderes bestimmt ist, seine Tätigkeit nach den Vorschriften des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung auszuüben Anmerkung, Hervorhebung durch das Gericht).

....

§ 3 Der Verwaltungsrat ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder, darunter der Vorsitzende oder seine Stellvertreter, anwesend ist. Eine Vertretung der Verwaltungsratsmitglieder ist ausgeschlossen. Paragraph 3, Der Verwaltungsrat ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder, darunter der Vorsitzende oder seine Stellvertreter, anwesend ist. Eine Vertretung der Verwaltungsratsmitglieder ist ausgeschlossen.

§ 4 Der Verwaltungsrat fasst seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Für die

Beschlussfassung über die gemäß § 6 Punkt 1 und Punkt 8 dieser Geschäftsordnung von der Generalversammlung an den Verwaltungsrat übertragenen Befugnisse ist eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Paragraph 4, Der Verwaltungsrat fasst seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Für die Beschlussfassung über die gemäß Paragraph 6, Punkt 1 und Punkt 8 dieser Geschäftsordnung von der Generalversammlung an den Verwaltungsrat übertragenen Befugnisse ist eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich.

....

§ 6 Die Generalversammlung überträgt dem Verwaltungsrat die Kompetenz für folgende Geschäfte und Maßnahmen: Paragraph 6, Die Generalversammlung überträgt dem Verwaltungsrat die Kompetenz für folgende Geschäfte und Maßnahmen:

1. 1.Ziffer eins

Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer.

2. 2.Ziffer 2

Genehmigung des jährlichen Wirtschafts- und Investitionsplans.

3. 3.Ziffer 3

Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, deren gemeiner Wert S 200.000 überschreitet.

4. 4.Ziffer 4

Investitionen, deren Anschaffung S 5 Mio im Einzelnen übersteigen.

5. 5.Ziffer 5

Investitionen, deren Anschaffung S 500.000 im Einzelnen übersteigen und nicht im Investitionsplan enthalten sind.

6. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die den Betrag von S 5 Mio übersteigen.

7. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

1. 8.Ziffer 8

die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Haftungen.

2. 9.Ziffer 9

Bestellung und Abberufung des Abschlussprüfers.....

3. 11.Ziffer 11

die Klärung von Fragen, die sich aus der Anwendung der Richtlinien der Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung EW-R\*\*\*\*\* AG ergeben.

12. Folgende Personalangelegenheiten:

Angelegenheiten der Geschäftsführer

Anstellung, Beförderung oder Kündigung von Angestellten ab

Verwendungsgruppe V

generelle Lohn- und Gehaltsregelungen

Regelung freiwilliger Sozialleistungen.

1. 13.Ziffer 13

Abschluss von Geschäftsführerdienstverträgen.

2. 14.Ziffer 14

Erlassung der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und Genehmigung der Geschäftsverteilung.

15. Vorberatung aller der Gesellschafterversammlung vorbehaltenen Beschlüsse.

.....

§ 9 Paragraph 9,

Änderungen der Geschäftsordnung bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen in der Generalversammlung.

§ 10 Paragraph 10,

Der Vorsitzende und sein Stellvertreter sind berechtigt, sich über jede Angelegenheit der Gesellschaft bei den Geschäftsführern zu informieren. Die Verwaltungsratsmitglieder sind berechtigt, in der Verwaltungsratssatzung von den Geschäftsführern Auskünfte zu verlangen."

Der aus fünf Personen bestehende Verwaltungsrat der Beklagten ist auf der Internet-Homepage der Marktgemeinde R\*\*\*\*\* neben diversen Gemeindeausschüssen als weiteres Gremium genannt.

Der Betriebsrat der Beklagten fasste in seiner Sitzung vom 3. April 2003 den Beschluss, zwei Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden und ersuchte die Beklagte, die namhaft gemachten Arbeitnehmervertreter zu allen weiteren Sitzungen des Verwaltungsrats einzuladen. Der Verwaltungsrat beschloss in seiner Sitzung vom 26. Juni 2003, dass der Betriebsrat keinen Sitz im Verwaltungsrat erhalte. Am 26. Mai 2004 änderte der Betriebsrat sein Verlangen dahin ab, dass er die Entsendung von drei Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsrat verlangte.

Mit seiner Klage vom 26. August 2004 begehrte der klagende Betriebsrat die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, den vom Betriebsrat entsendeten Betriebsratsmitgliedern B\*\*\*\*\*, W\*\*\*\*\* und H\*\*\*\*\* Sitz und Stimme in ihrem Verwaltungsrat zu gewähren, in eventu, drei vom Betriebsrat entsendete Betriebsratsmitglieder mit Sitz und Stimme in den Verwaltungsrat aufzunehmen. Hiezu wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Beklagte einen gesellschaftsvertraglich zwingenden Verwaltungsrat eingerichtet habe, dessen Aufgaben und Funktionen jedoch denen eines freiwilligen Aufsichtsrats einer GmbH entsprechen. Richte eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung einen solchen „Beirat“ ein, dem aufsichtsratsähnliche Funktionen zukämen, bestehe gemäß § 110 Abs 5 Z 1 ArbVG ein Recht der Belegschaft auf Mitwirkung in einem solchen Organ wie in einem Aufsichtsrat, um Umgehungen der zwingenden Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer hintanzuhalten. Die Mitwirkung der Belegschaft sei gemäß § 110 Abs 1 ArbVG eine „Drittelpartizipation“, das heißt zumindest ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrats haben daher Arbeitnehmervertreter zu sein. Da im Verwaltungsrat fünf Kapitalvertreter vorhanden seien, habe der Betriebsrat das Recht auf Entsendung von drei Arbeitnehmervertretern. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie sei von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bestellen. Der von ihr eingerichtete Verwaltungsrat entspreche weder einem obligatorischen noch einem fakultativen Aufsichtsrat, sondern einem Beirat, welcher gemäß § 20 Abs 2 GmbHG zulässigerweise eingerichtet sei. Dieser weise auch nicht die gesetzlichen Mindestkompetenzen eines gesetzlichen Aufsichtsrats auf, insbesondere fehlten ein allgemeines, umfassendes Überwachungsrecht, ein unumschränktes Berichtsrecht, weiters sei der Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte gegenüber dem GmbH-Gesetz eingeschränkt. Es fehle das Recht zur Prüfung des Jahresabschlusses, des Gewinnverteilungsvorschages und des Lageberichtes und es fehle auch die Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften der GmbH mit den Geschäftsführern. Der Verwaltungsrat der Beklagten unterscheide sich vom gesetzlichen GmbH-Aufsichtsrat auch durch die Art seiner Beschriftung, die nicht durch die Gesellschafter, sondern durch Dritte, nämlich die im Gemeinderat vertretenen Parteien entsprechend ihrem Stärkeverhältnis, erfolge. Abgesehen davon, dass es sich bei dem von der Beklagten eingerichteten Verwaltungsrat nicht um ein aufsichtsratsähnliches Organ handle, sei es nach jüngerer Lehre zulässig, Beiräte mit völlig deckungsgleichen Kompetenzen eines Aufsichtsrats ohne Arbeitnehmerbeteiligung einzurichten, wenn von Gesetzes wegen ein Aufsichtsrat nicht eingerichtet werden müsse. Mit seiner Klage vom 26. August 2004 begehrte der klagende Betriebsrat die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, den vom Betriebsrat entsendeten Betriebsratsmitgliedern B\*\*\*\*\*, W\*\*\*\*\* und H\*\*\*\*\* Sitz und Stimme in ihrem Verwaltungsrat zu gewähren, in eventu, drei vom Betriebsrat entsendete Betriebsratsmitglieder mit Sitz und Stimme in den Verwaltungsrat aufzunehmen. Hiezu wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Beklagte einen gesellschaftsvertraglich zwingenden Verwaltungsrat eingerichtet habe, dessen Aufgaben und Funktionen jedoch denen eines freiwilligen Aufsichtsrats einer GmbH entsprechen. Richte eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung einen solchen „Beirat“ ein, dem aufsichtsratsähnliche Funktionen zukämen, bestehe gemäß Paragraph 110, Absatz 5, Ziffer eins, ArbVG ein Recht der Belegschaft auf Mitwirkung in einem solchen Organ wie in einem Aufsichtsrat, um Umgehungen der zwingenden Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer hintanzuhalten. Die Mitwirkung der Belegschaft sei gemäß Paragraph 110, Absatz eins, ArbVG eine „Drittelpartizipation“, das heißt zumindest ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrats haben daher Arbeitnehmervertreter zu sein. Da im Verwaltungsrat fünf Kapitalvertreter vorhanden seien, habe der Betriebsrat das Recht auf Entsendung von drei Arbeitnehmervertretern. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie sei von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bestellen. Der von ihr eingerichtete Verwaltungsrat entspreche weder einem obligatorischen noch einem fakultativen Aufsichtsrat, sondern einem Beirat, welcher gemäß Paragraph 20, Absatz 2, GmbHG zulässigerweise eingerichtet sei. Dieser weise auch nicht die gesetzlichen Mindestkompetenzen eines gesetzlichen Aufsichtsrats auf, insbesondere fehlten ein allgemeines, umfassendes Überwachungsrecht, ein unumschränktes Berichtsrecht, weiters sei der Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte gegenüber dem GmbH-Gesetz eingeschränkt. Es fehle das Recht zur Prüfung des Jahresabschlusses, des Gewinnverteilungsvorschages und des

Lageberichtes und es fehle auch die Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften der GmbH mit den Geschäftsführern. Der Verwaltungsrat der Beklagten unterscheide sich vom gesetzlichen GmbH-Aufsichtsrat auch durch die Art seiner Beschickung, die nicht durch die Gesellschafter, sondern durch Dritte, nämlich die im Gemeinderat vertretenen Parteien entsprechend ihrem Stärkeverhältnis, erfolge. Abgesehen davon, dass es sich bei dem von der Beklagten eingerichteten Verwaltungsrat nicht um ein aufsichtsratsähnliches Organ handle, sei es nach jüngerer Lehre zulässig, Beiräte mit völlig deckungsgleichen Kompetenzen eines Aufsichtsrats ohne Arbeitnehmerbeteiligung einzurichten, wenn von Gesetzes wegen ein Aufsichtsrat nicht eingerichtet werden müsse.

Das Erstgericht wies das Klagehaupt- und Eventualbegehren ab. Es schloss sich im Wesentlichen der Rechtsmeinung der Beklagten an. Die Beklagte habe keinen Aufsichtsrat eingerichtet und sei nach dem Gesellschaftsvertrag dazu auch nicht verpflichtet. Es sei den Gesellschaftern einer GmbH ohne Aufsichtsratspflicht unbenommen, einen Beirat - hier: „Verwaltungsrat“ - einzusetzen, dem wesentliche Kompetenzen eines Aufsichtsrats zugewiesen werden könnten, ohne dass darin eine verpönte Umgehung liege. Es bestehe kein Recht der Arbeitnehmervertreter auf Teilnahme im Sinn des § 110 ArbVG in einem solchen, von den Gesellschaftern freiwillig eingesetzten Beirat. Das Berufungsgericht gab der Berufung des klagenden Betriebsrats Folge und gab dessen Klagehauptbegehren statt. Die Beklagte habe mit der Schaffung eines „Verwaltungsrats“ ein Kollegium geschaffen, welches wesentliche Aufgaben eines (freiwilligen) Aufsichtsrats einer GmbH ausübe. Teilweise gingen die Befugnisse über die gesetzlichen Aufgaben eines Aufsichtsrats hinaus, in einigen Punkten (hinsichtlich des Rechts der Einberufung der Generalversammlung, der Zustimmungspflicht zu den in § 30j Abs 5 GmbHG genannten Geschäften, welche der Generalversammlung vorbehalten worden seien sowie hinsichtlich der Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern) blieben sie hinter den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats zurück. Die Rechte auf Überwachung der Geschäftsführung, auf jederzeitige Auskunftserteilung der Geschäftsführer und auf Einsicht in die Bücher und Prüfung derselben seien zwar nicht ausdrücklich zugewiesen, doch seien diese durch die dem Verwaltungsrat eingeräumten Weisungs- und Informationsbefugnisse weitgehend gewahrt, sodass diesem insgesamt die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrates zukämen. Unter Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Lehrmeinungen schloss sich das Berufungsgericht jenen Autoren an, welche die Meinung vertreten, dass auch dort, wo keine Verpflichtung zur Schaffung eines Aufsichtsrats bestehe, die Zuweisung von Kernkompetenzen des Aufsichtsrats an einen „Verwaltungsrat“ oder „Beirat“ als Umgehung, nicht zuletzt um Arbeitnehmervertreter an der Teilnahme im Gremium zu verhindern, zu werten sei. Daraus folge, dass der von der Beklagten eingesetzte „Verwaltungsrat“ als „Aufsichtsrat“ zu werten sei, welcher vom klagenden Betriebsrat mit drei Vertretern zu beschicken sei. Das Erstgericht wies das Klagehaupt- und Eventualbegehren ab. Es schloss sich im Wesentlichen der Rechtsmeinung der Beklagten an. Die Beklagte habe keinen Aufsichtsrat eingerichtet und sei nach dem Gesellschaftsvertrag dazu auch nicht verpflichtet. Es sei den Gesellschaftern einer GmbH ohne Aufsichtsratspflicht unbenommen, einen Beirat - hier: „Verwaltungsrat“ - einzusetzen, dem wesentliche Kompetenzen eines Aufsichtsrats zugewiesen werden könnten, ohne dass darin eine verpönte Umgehung liege. Es bestehe kein Recht der Arbeitnehmervertreter auf Teilnahme im Sinn des Paragraph 110, ArbVG in einem solchen, von den Gesellschaftern freiwillig eingesetzten Beirat. Das Berufungsgericht gab der Berufung des klagenden Betriebsrats Folge und gab dessen Klagehauptbegehren statt. Die Beklagte habe mit der Schaffung eines „Verwaltungsrats“ ein Kollegium geschaffen, welches wesentliche Aufgaben eines (freiwilligen) Aufsichtsrats einer GmbH ausübe. Teilweise gingen die Befugnisse über die gesetzlichen Aufgaben eines Aufsichtsrats hinaus, in einigen Punkten (hinsichtlich des Rechts der Einberufung der Generalversammlung, der Zustimmungspflicht zu den in Paragraph 30 j, Absatz 5, GmbHG genannten Geschäften, welche der Generalversammlung vorbehalten worden seien sowie hinsichtlich der Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern) blieben sie hinter den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats zurück. Die Rechte auf Überwachung der Geschäftsführung, auf jederzeitige Auskunftserteilung der Geschäftsführer und auf Einsicht in die Bücher und Prüfung derselben seien zwar nicht ausdrücklich zugewiesen, doch seien diese durch die dem Verwaltungsrat eingeräumten Weisungs- und Informationsbefugnisse weitgehend gewahrt, sodass diesem insgesamt die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrates zukämen. Unter Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Lehrmeinungen schloss sich das Berufungsgericht jenen Autoren an, welche die Meinung vertreten, dass auch dort, wo keine Verpflichtung zur Schaffung eines Aufsichtsrats bestehe, die Zuweisung von Kernkompetenzen des Aufsichtsrats an einen „Verwaltungsrat“ oder „Beirat“ als Umgehung, nicht zuletzt um Arbeitnehmervertreter an der Teilnahme im Gremium zu verhindern, zu werten sei. Daraus folge, dass der von der Beklagten eingesetzte „Verwaltungsrat“ als „Aufsichtsrat“ zu werten sei, welcher vom klagenden Betriebsrat mit drei Vertretern zu beschicken sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil zur Frage der Mitbestimmung nach § 110 ArbVG im „Verwaltungsrat“ einer nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH, dem die Kernkompetenz eines Aufsichtsrats zukomme, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle und im Schrifttum unterschiedliche Lehrmeinungen vertreten werden. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit einer Rechts- und Mängelrüge. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil zur Frage der Mitbestimmung nach Paragraph 110, ArbVG im „Verwaltungsrat“ einer nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH, dem die Kernkompetenz eines Aufsichtsrats zukomme, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle und im Schrifttum unterschiedliche Lehrmeinungen vertreten werden. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit einer Rechts- und Mängelrüge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht aufgezeigten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Zur behaupteten Mängelhaftigkeit:

Diese wurde geprüft, sie liegt nicht vor § 510 Abs 3 ZPO). Die Marktgemeinde R\*\*\*\*\* hat ihren Elektrizitätswerks-Betrieb im Jahr 1994 in die Beklagte eingebracht. Ab diesem Zeitpunkt ist jedenfalls GmbH-Recht anzuwenden. Ob und inwieweit schon vorher ein „Gesellschafterausschuss“ bestanden hat, ist ohne Relevanz. Wesentlich ist vielmehr die durch den Gesellschaftsvertrag und die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgenommene Ausgestaltung des „Verwaltungsrats“. Diese wurde geprüft, sie liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Die Marktgemeinde R\*\*\*\*\* hat ihren Elektrizitätswerks-Betrieb im Jahr 1994 in die Beklagte eingebracht. Ab diesem Zeitpunkt ist jedenfalls GmbH-Recht anzuwenden. Ob und inwieweit schon vorher ein „Gesellschafterausschuss“ bestanden hat, ist ohne Relevanz. Wesentlich ist vielmehr die durch den Gesellschaftsvertrag und die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgenommene Ausgestaltung des „Verwaltungsrats“.

Zur Rechtsrüge:

In der herrschenden Lehre (Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts5, 402; Reich-Rohrwig, „Der Beirat der GmbH“ in ÖJZ 1981, 509 f; derselbe, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 4/132; Jabornegg, „Aufsichtsratsmitwirkung im Konzern mit Untergesellschaften in der Rechtsform der GmbH“ in DRdA 1999, 433; Floretta/Strasser, Kommentar zum ArbVG 1975, 728; Löschnigg, „Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat - organisationsrechtliche Probleme des § 110 ArbVG“ 53 f; Preiss in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller ArbVG III<sup>3</sup> Anm 44; Putzer, „Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat“ 27 f) besteht Einigkeit dahin, dass dort, wo ein Aufsichtsrat nicht auf gesetzlicher, sondern nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage besteht (sei es obligatorisch oder nur fakultativ), die Bestimmungen über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat im Sinn des § 110 Abs 5 Z 1 ArbVG zwingend Anwendung zu finden haben. Zweifel an dieser Auffassung (Huber, „Fakultativer Aufsichtsrat, Beirat und Arbeitnehmermitwirkung in der GmbH“ in ecolex 1995, 807 f) sind vereinzelt geblieben und überzeugen nicht. In der herrschenden Lehre (Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts5, 402; Reich-Rohrwig, „Der Beirat der GmbH“ in ÖJZ 1981, 509 f; derselbe, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 4/132; Jabornegg, „Aufsichtsratsmitwirkung im Konzern mit Untergesellschaften in der Rechtsform der GmbH“ in DRdA 1999, 433; Floretta/Strasser, Kommentar zum ArbVG 1975, 728; Löschnigg, „Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat - organisationsrechtliche Probleme des Paragraph 110, ArbVG“ 53 f; Preiss in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller ArbVG III<sup>3</sup> Anmerkung 44; Putzer, „Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat“ 27 f) besteht Einigkeit dahin, dass dort, wo ein Aufsichtsrat nicht auf gesetzlicher, sondern nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage besteht (sei es obligatorisch oder nur fakultativ), die Bestimmungen über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat im Sinn des Paragraph 110, Absatz 5, Ziffer eins, ArbVG zwingend Anwendung zu finden haben. Zweifel an dieser Auffassung (Huber, „Fakultativer Aufsichtsrat, Beirat und Arbeitnehmermitwirkung in der GmbH“ in ecolex 1995, 807 f) sind vereinzelt geblieben und überzeugen nicht.

Die überwiegende Meinung, welche insbesondere aus § 20 Abs 2 GmbHG abgeleitet wird, geht dahin, dass es den Gesellschaftern einer GmbH unbenommen ist, neben einem Aufsichtsrat oder dort, wo ein solcher nicht besteht, „Beiräte“ zu gründen, wobei jedoch hinsichtlich des Umfangs und der Kompetenzen eines solchen Beirats unterschiedliche Auffassungen bestehen (stellvertretend für viele: Die überwiegende Meinung, welche insbesondere aus Paragraph 20, Absatz 2, GmbHG abgeleitet wird, geht dahin, dass es den Gesellschaftern einer GmbH

unbenommen ist, neben einem Aufsichtsrat oder dort, wo ein solcher nicht besteht, „Beiräte“ zu gründen, wobei jedoch hinsichtlich des Umfangs und der Kompetenzen eines solchen Beirats unterschiedliche Auffassungen bestehen (stellvertretend für viele):

Kastner/Doralt/Nowotny aaO 401; Kastner, „Beiräte im österreichischen Gesellschaftsrecht“ in RdW 1983, 98 f; Reich-Rohrwig ÖJZ 1981, 509 f; derselbe, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 4/497; Löschnigg aaO 106 f; Koppensteiner GmbHG § 20 Rz 18; Heidinger, „Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH“ 376 f). Ein Meinungsstreit besteht besonders dort, wo von den Gesellschaftern einer nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH ein „Beirat“ eingesetzt wurde, der „Kernkompetenzen“ eines Aufsichtsrats ausübt, nicht aber als solcher bezeichnet wird. Kastner/Doralt/Nowotny aaO 401; Kastner, „Beiräte im österreichischen Gesellschaftsrecht“ in RdW 1983, 98 f; Reich-Rohrwig ÖJZ 1981, 509 f; derselbe, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 4/497; Löschnigg aaO 106 f; Koppensteiner GmbHG Paragraph 20, Rz 18; Heidinger, „Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH“ 376 f). Ein Meinungsstreit besteht besonders dort, wo von den Gesellschaftern einer nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH ein „Beirat“ eingesetzt wurde, der „Kernkompetenzen“ eines Aufsichtsrats ausübt, nicht aber als solcher bezeichnet wird.

Reich-Rohrwig vertrat in ÖJZ 1981, 509 (aaO) noch folgende Meinung:

Sieht das Gesetz keine Aufsichtsratspflicht vor, so steht es der Gesellschaft frei, ob sie im Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines Aufsichtsrats vorsieht. Wenn sie aber ein Organ vertraglich einrichtet, auf das die gesetzlich typisierten Funktionsmerkmale des gesetzlichen Organs „Aufsichtsrat“ zutreffen, dann ist es auch den diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften zu unterstellen. Denn die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter, ob ein Aufsichtsrat installiert wird, impliziert nicht die Freiheit, wenn einer eingerichtet wird, die daran anknüpfenden zwingenden Rechtsfolgen vertraglich abzubedingen. Eine weitergehende Wahlfreiheit der Gesellschafter, ein Organ mit der Funktion des Aufsichtsrats unter Umgehung der daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu installieren, besteht nicht; insofern besteht Typenzwang bei den Organen. Eine anders lautende Bezeichnung eines Organs mit Aufsichtsratsfunktion, auch wenn sie zur Täuschung Dritter keinen Anlass geben könnte, hindert nicht die Unterstellung unter die zwingenden Vorschriften über den Aufsichtsrat. Demnach sind auf einen Beirat, dem dieselben Mindestkompetenzen wie einem Aufsichtsrat zukommen, die Vorschriften über den Aufsichtsrat anzuwenden, da es sich insoweit um zwingendes Recht handelt, das nicht durch die Bestellung eines „Beirats“ umgangen werden darf. Eine solche Beiratsgestaltung ist gleichzeitig eine Umgehung der Arbeitnehmermitbestimmung (§ 110 ArbVG) und auch aus diesem Grunde unzulässig. Sieht das Gesetz keine Aufsichtsratspflicht vor, so steht es der Gesellschaft frei, ob sie im Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines Aufsichtsrats vorsieht. Wenn sie aber ein Organ vertraglich einrichtet, auf das die gesetzlich typisierten Funktionsmerkmale des gesetzlichen Organs „Aufsichtsrat“ zutreffen, dann ist es auch den diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften zu unterstellen. Denn die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter, ob ein Aufsichtsrat installiert wird, impliziert nicht die Freiheit, wenn einer eingerichtet wird, die daran anknüpfenden zwingenden Rechtsfolgen vertraglich abzubedingen. Eine weitergehende Wahlfreiheit der Gesellschafter, ein Organ mit der Funktion des Aufsichtsrats unter Umgehung der daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu installieren, besteht nicht; insofern besteht Typenzwang bei den Organen. Eine anders lautende Bezeichnung eines Organs mit Aufsichtsratsfunktion, auch wenn sie zur Täuschung Dritter keinen Anlass geben könnte, hindert nicht die Unterstellung unter die zwingenden Vorschriften über den Aufsichtsrat. Demnach sind auf einen Beirat, dem dieselben Mindestkompetenzen wie einem Aufsichtsrat zukommen, die Vorschriften über den Aufsichtsrat anzuwenden, da es sich insoweit um zwingendes Recht handelt, das nicht durch die Bestellung eines „Beirats“ umgangen werden darf. Eine solche Beiratsgestaltung ist gleichzeitig eine Umgehung der Arbeitnehmermitbestimmung (Paragraph 110, ArbVG) und auch aus diesem Grunde unzulässig.

Nach Löschnigg (aaO 108 f) stellen die Mindestkompetenzen, die dem Aufsichtsrat aufgrund des Gesetzes zustehen, den sachlichen Kern auch der Arbeitnehmermitwirkung dar. Die Drittelparität an sich und der Entsendungsmechanismus bestimmen nur den Grad der Intensität bzw die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Befugnis. Sei die Errichtung des Aufsichtsrats obligatorisch, so könnten dessen Aufgaben keinem Beirat übertragen werden. Die Mitwirkung der Arbeitnehmer sei in diesem Fall von vornherein gesichert. Fehle es hingegen an einer gesetzlichen Verpflichtung zur Errichtung eines Aufsichtsrats, so stelle sich die Frage, ob nicht die Funktion eines fakultativen Aufsichtsrats von einem anderen Gremium, zB einen Beirat übernommen werden könne. Der Autor wendet sich ausdrücklich gegen die Meinung, dass es Gesellschaftern freistehe, einen Beirat mit Funktionen

auszustatten, die den Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats entsprächen. Wenngleich zuzugeben sei, dass die Vertragsfreiheit im Handelsrecht einen breiteren Raum einnimmt als in manch anderen Privatrechtsdisziplinen, so sei der Größenschluss in dieser generalisierenden Form auch im Gesellschaftsrecht nicht haltbar. Typenzwang und zwingendes Recht tauchten im Privatrecht in abgestufter Intensität, die von der Schutzwürdigkeit und Schutznotwendigkeit des betroffenen Personenkreises abhänge, immer wieder auf. Wenn zB ein Hauseigentümer mit einem Wohnungsmieter einen Bestandvertrag abschließe, dann sei die Ausgestaltung und insbesondere die Beendigung des Mietvertrags von einer Reihe gesetzlicher Regelungen beschränkt, wenngleich das „ob“ des Abschlusses völlig den Vertragsparteien anheimgestellt werde. Vor allem der fakultative Aufsichtsrat stehe der kritisierten Meinung diametral gegenüber. Wenn nämlich ein Aufsichtsrat gebildet werde, dann seien die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes zwingend. Werde also ein Beirat mit Kernkompetenz eines Aufsichtsrats gebildet, komme es auch zur Anwendung der Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmervertreter in dieses Gremium.

Nach der von Heidinger in seiner Dissertation (aaO 383 f) vertretenen Ansicht ist die Einrichtung eines Beirats zur Umgehung einer gesetzlichen Aufsichtspflicht unzulässig. Dies müsse aber auch für einen gesellschaftsvertraglichen Aufsichtsrat gelten. Denn hier herrsche zwingende Aufgabenzuweisung an den Aufsichtsrat. Dieser habe die Geschäftsführung zu überwachen sowie Jahresabschluss, Gewinnvorschlag und Geschäftsbericht zu überprüfen und darüber zu berichten. Diese Kontrollfunktion könne nur von einem Aufsichtsrat wahrgenommen werden, wobei die sorgfältige Überwachung durch die Haftungsbestimmungen des GmbHG gesichert werden solle. Die Zuweisung der Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats an einen „Beirat“ sei eine Umgehung des Aufsichtsrats, sodass ein solcher Beirat als Aufsichtsrat zu qualifizieren sei.

Einen in diesem Zusammenhang weitergehenden Standpunkt vertritt Putzer (aaO 104), nach dessen Auffassung jede Auslagerung von Aufsichtsratskompetenzen - unabhängig von Gegenstand und Umfang - an ein anderes Gremium zur Mitwirkung der Arbeitnehmer im Rahmen der Drittelparität führen müsse.

Den vorgenannten Literaturstimmen sind andere Autoren entgegengetreten:

Koppensteiner (aaO Rz 54, 55 zu§ 35 GmbHG) wendet sich zunächst gegen die Meinung, dass Beiräte mit den Funktionen eines Aufsichtsrats allgemein für unzulässig gehalten und/oder als Aufsichtsrat qualifiziert werden. Das in diesem Zusammenhang gebrachte Argument des Täuschungspotenzials, welches einem solchen Organ innewohne, sei nicht begründet. Im Unterschied zum fakultativen Aufsichtsrat, von dem wegen der Identität seiner Bezeichnung mit dem gesetzlich zwingenden Aufsichtsrat angenommen werde, ihm stünden auch dessen Befugnisse zu, treffe dies für ein „Beirat“ genanntes Organ gerade nicht zu. Über Beiräte sage das Gesetz nichts und ihnen werden in der Praxis die unterschiedlichsten Aufgaben zugewiesen. Mit einem so bezeichneten Organ könne das Publikum also keine konkrete Funktionsvorstellung verbinden. Ein weiteres Argument werde nach Koppensteiner zu Unrecht aus der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat hergeleitet. Wenn ein Aufsichtsrat von Gesetzes wegen nicht eingerichtet werden müsse, dann bedeute dies, dass die Gesellschafter darüber entscheiden könnten, ob Mitbestimmung stattfinde oder nicht. Deshalb könne es ihnen auch nicht verwehrt werden, unbestreitbar eigene Zuständigkeiten auf ein Organ zu übertragen, an dem die Arbeitnehmer nicht beteiligt seien. Aus diesen Gründen sei anzunehmen, dass ein Beirat mit Aufsichtsratsfunktion jedenfalls dann eingerichtet werden könne, wenn es keinen Rechtszwang zur Errichtung eines Aufsichtsrats gebe. Bei Fehlen eines Aufsichtsrats könnten dem Beirat daher im Rahmen des zwingenden Rechts Kompetenzen in grundsätzlich beliebigem Umfang zugewiesen werden. Koppensteiner (aaO Rz 54, 55 zu Paragraph 35, GmbHG) wendet sich zunächst gegen die Meinung, dass Beiräte mit den Funktionen eines Aufsichtsrats allgemein für unzulässig gehalten und/oder als Aufsichtsrat qualifiziert werden. Das in diesem Zusammenhang gebrachte Argument des Täuschungspotenzials, welches einem solchen Organ innewohne, sei nicht begründet. Im Unterschied zum fakultativen Aufsichtsrat, von dem wegen der Identität seiner Bezeichnung mit dem gesetzlich zwingenden Aufsichtsrat angenommen werde, ihm stünden auch dessen Befugnisse zu, treffe dies für ein „Beirat“ genanntes Organ gerade nicht zu. Über Beiräte sage das Gesetz nichts und ihnen werden in der Praxis die unterschiedlichsten Aufgaben zugewiesen. Mit einem so bezeichneten Organ könne das Publikum also keine konkrete Funktionsvorstellung verbinden. Ein weiteres Argument werde nach Koppensteiner zu Unrecht aus der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat hergeleitet. Wenn ein Aufsichtsrat von Gesetzes wegen nicht eingerichtet werden müsse, dann bedeute dies, dass die Gesellschafter darüber entscheiden könnten, ob Mitbestimmung stattfinde oder nicht. Deshalb könne es ihnen auch nicht verwehrt werden, unbestreitbar eigene

Zuständigkeiten auf ein Organ zu übertragen, an dem die Arbeitnehmer nicht beteiligt seien. Aus diesen Gründen sei anzunehmen, dass ein Beirat mit Aufsichtsratsfunktion jedenfalls dann eingerichtet werden könne, wenn es keinen Rechtszwang zur Errichtung eines Aufsichtsrats gebe. Bei Fehlen eines Aufsichtsrats könnten dem Beirat daher im Rahmen des zwingenden Rechts Kompetenzen in grundsätzlich beliebigem Umfang zugewiesen werden.

Mit ähnlichen Argumenten hält Huber (aaO) in der nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH die Schaffung eines Beirats mit Kompetenzen eines Aufsichtsrats für zulässig. Gesellschafter, welche einen solchen Beirat einrichteten, seien keine „Normumgeher“, sondern machten von einem Recht auf betriebswirtschaftlich begründete abweichende Gestaltung Gebrauch.

Auch Reich-Rohrwig (Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 4/498) hat sich nunmehr den Meinungen von Koppensteiner und Huber angeschlossen. Im Wesentlichen begründet er seine von der früher vertretenen Auffassung abweichende Meinung damit, dass das Publikum mit einem „Beirat“ keine konkrete Funktionsvorstellung verbinde, sodass Täuschungs- bzw Verkehrsschutzargumente nicht überzeugen können. Koppensteiner, Huber und Reich-Rohrwig ist darin zu folgen, 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, kann den Teilnehmern am Rechtsverkehr wegen der unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Beirats nicht zugesonnen werden, damit bestimmte Vorstellungen zu verbinden. Wesentliche Bedeutung kommt hingegen den Argumenten Löschniggs (aaO) zu, dass aus der Freiheit, einen Aufsichtsrat einzurichten, nicht auch darauf geschlossen werden kann, es dürfe die Kernkompetenz eines Aufsichtsrats einem „Beirat“ zugewiesen werden, ohne dass diesen auch die sonstigen gesetzlichen Auflagen treffen. Das von Löschnigg genannte Beispiel des Mietvertrags veranschaulicht genauso den Typenzwang, wie er zutreffend von Reich-Rohrwig früher (ÖJZ 1981, 509) für den freiwilligen Aufsichtsrat aufgezeigt und auch in der Folge nicht entkräftet wurde. Ist daher bei einem nur auf gesellschaftsvertraglicher Basis beruhenden Aufsichtsrat die Teilnahme der Arbeitnehmervertreter zwingend, muss dies auch dann gelten, wenn ein solcher Aufsichtsrat nicht besteht, stattdessen jedoch ein als „Beirat“ bezeichnetes Gremium durch Gesellschaftsvertrag gebildet wird und diesem die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats zugewiesen werden (Heidinger aaO). Zu weitgehend ist wohl die Meinung Putzers (aaO 104), wonach selbst geringfügige Kompetenzzuweisungen an einen Beirat zur Arbeitnehmer-Drittelparität führen. Seine Begründung, die Gesellschafter könnten sonst für jede Aufsichtsratskompetenz eigene Gremien schaffen, ist insbesondere unter dem Blickwinkel der Wirtschaftlichkeit wenig realistisch. Für die „Aufsichtsratsähnlichkeit“ (Preiss aaO 543) ist vielmehr auf die Zuweisung von Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats abzustellen. Nur dann wird von einer „Umgehung“ gesprochen werden können, die nach dem wahren Willen der Gesellschafter bei Schaffung des Organs zu beurteilen ist.

Trotz der von der Beklagten in ihrer Revision vorgebrachten Einwände ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die Beklagte ihrem „Verwaltungsrat“ diese Kernkompetenzen zugewiesen hat. Dazu zählen neben der Kontroll- und Überwachungsfunktion sowie der ausnahmsweisen Vertretungstätigkeit der Gesellschaft (insbesondere gegenüber den Geschäftsführern) (Putzer aaO 29 ua) insbesondere die Zustimmungsvorbehalte des § 30j GmbHG (Koppensteiner aaO § 29 Rz 18). Zunächst fällt auf, dass die Gesellschafterversammlung der Beklagten in § 1 der Geschäftsordnung bestimmte, dass der Verwaltungsrat seine Tätigkeit „nach den Vorschriften des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ auszuüben hat. Da das GmbHG die Funktionen eines „Beirats“ bzw „Verwaltungsrats“ überhaupt nicht regelt, den Gesellschaftern jedoch zu unterstellen ist, dass sie mit dieser Formulierung eine bestimmte Absicht verfolgten, ergibt sich schon daraus ein Hinweis auf die - im Gesetz geregelte - Funktion als Aufsichtsrat. Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht auch der Bestellmodus nicht gegen diese Absicht. § 30c GmbHG sieht nämlich ausdrücklich vor, dass durch Gesellschaftsvertrag bestimmten Gesellschaftern oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Geschäftsanteile das Recht eingeräumt werden kann, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Dies wird von der herrschenden Lehre (Koppensteiner aaO § 30c Rz 1; Kastner/Doralt/Nowotny aaO 401 f, Reich-Rohrwig GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rn 4/99) dahin interpretiert, dass der Gesellschaftsvertrag bezüglich aller von den Kapitaleignern zu besetzenden Aufsichtsratssitze die Entsendung anstelle der Bestellung durch Beschluss vorsehen kann. Im vorliegenden Fall wurde dieses Recht betreffend den „Verwaltungsrat“ in § 9 des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich der Hauptgesellschafterin Marktgemeinde R\*\*\*\*\* eingeräumt. Die Nominierung durch die Gemeinderatsfraktionen ist als gemeinde(=gesellschafter)interne Willensbildung zu beurteilen, die an der Entsendung durch die Gesellschafterin nichts ändert. Trotz der von der Beklagten in ihrer Revision vorgebrachten Einwände ist im Ergebnis davon auszugehen,

dass die Beklagte ihrem „Verwaltungsrat“ diese Kernkompetenzen zugewiesen hat. Dazu zählen neben der Kontroll- und Überwachungsfunktion sowie der ausnahmsweisen Vertretungstätigkeit der Gesellschaft (insbesondere gegenüber den Geschäftsführern) (Putzer aaO 29 ua) insbesondere die Zustimmungsvorbehalte des Paragraph 30 j, GmbHG (Koppensteiner aaO Paragraph 29, Rz 18). Zunächst fällt auf, dass die Gesellschafterversammlung der Beklagten in Paragraph eins, der Geschäftsordnung bestimmte, dass der Verwaltungsrat seine Tätigkeit „nach den Vorschriften des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ auszuüben hat. Da das GmbHG die Funktionen eines „Beirats“ bzw „Verwaltungsrats“ überhaupt nicht regelt, den Gesellschaftern jedoch zu unterstellen ist, dass sie mit dieser Formulierung eine bestimmte Absicht verfolgten, ergibt sich schon daraus ein Hinweis auf die - im Gesetz geregelte - Funktion als Aufsichtsrat. Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht auch der Bestellmodus nicht gegen diese Absicht. Paragraph 30 c, GmbHG sieht nämlich ausdrücklich vor, dass durch Gesellschaftsvertrag bestimmten Gesellschaftern oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Geschäftsanteile das Recht eingeräumt werden kann, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Dies wird von der herrschenden Lehre (Koppensteiner aaO Paragraph 30 c, Rz 1; Kastner/Doralt/Nowotny aaO 401 f, Reich-Rohrwig GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rn 4/99) dahin interpretiert, dass der Gesellschaftsvertrag bezüglich aller von den Kapitaleignern zu besetzenden Aufsichtsratssitze die Entsendung anstelle der Bestellung durch Beschluss vorsehen kann. Im vorliegenden Fall wurde dieses Recht betreffend den „Verwaltungsrat“ in Paragraph 9, des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich der Hauptgesellschafterin Marktgemeinde R\*\*\*\*\* eingeräumt. Die Nominierung durch die Gemeinderatsfraktionen ist als gemeinde(=gesellschafter)interne Willensbildung zu beurteilen, die an der Entsendung durch die Gesellschafterin nichts ändert.

Unterzieht man zunächst die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende, von den Gesellschaftern beschlossene Geschäftsordnung des Verwaltungsrats einer näheren Prüfung, ergibt sich folgendes Bild:

§ 6 Z 3 entspricht § 30j Abs 5 Z 2 iVm Abs 6 GmbHG; die Ziffern 4 und 5 haben ihre Entsprechung in § 30 Abs 5 Z 4 GmbHG; die Z 6 findet in § 30j Abs 5 Z 5 GmbHG Deckung; Z 7 entspricht sogar wörtlich § 30 Abs 5 Z 6 GmbHG. Z 8 findet in § 30j Abs 6 2. Satz GmbHG Deckung. Z 9 (Bestellung, Abberufung des Abschlussprüfers) scheint zwar eine untypische Funktion zu sein, doch kann auch eine solche Funktion im Gesellschaftsvertrag einem Aufsichtsrat zugewiesen werden (Koppensteiner aaO § 22 Rz 25). Z 12 der Geschäftsordnung geht in ihrem Wortlaut noch über die Kompetenz des § 30j Abs 5 Z 9 GmbHG hinaus. Auch die Funktion der Z 13 (Abschluss der Geschäftsführerdienstverträge) ist durch Gesellschaftsvertrag einem Aufsichtsrat übertragbar (Koppensteiner aaO § 15 Rz 21). § 14 (Erlassung einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer) geht zwar über die ausdrücklich im Gesetz genannten Kompetenzen eines Aufsichtsrats hinaus, doch ist es nach § 30 I Abs 4 GmbHG möglich, dem Aufsichtsrat weitere Funktionen zu übertragen (Koppensteiner aaO § 30 I Abs 4 GmbHG Rz 10 f). Lediglich folgende Kompetenzen haben sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag (§ 10 lit a) ausdrücklich vorbehalten, nämlich den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, sowie den Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben (§ 10 lit a Z 3 des GV = § 30j Abs 5 Z 1 GmbHG), die Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen (§ 10 lit a Z 4 des GV = § 30j Abs 5 Z 3 GmbHG), die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten (§ 10 lit a Z 5 des GV = § 30j Abs 5 Z 7 GmbHG) sowie die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik (§ 10 lit a Z 6 des GV = § 30j Abs 5 Z 8 GmbHG). Paragraph 6, Ziffer 3, entspricht Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer 2, in Verbindung mit Absatz 6, GmbHG; die Ziffern 4 und 5 haben ihre Entsprechung in Paragraph 30, Absatz 5, Ziffer 4, GmbHG; die Ziffer 6, findet in Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer 5, GmbHG Deckung; Ziffer 7, entspricht sogar wörtlich Paragraph 30, Absatz 5, Ziffer 6, GmbHG. Ziffer 8, findet in Paragraph 30 j, Absatz 6, 2. Satz GmbHG Deckung. Ziffer 9, (Bestellung, Abberufung des Abschlussprüfers) scheint zwar eine untypische Funktion zu sein, doch kann auch eine solche Funktion im Gesellschaftsvertrag einem Aufsichtsrat zugewiesen werden (Koppensteiner aaO Paragraph 22, Rz 25). Ziffer 12, der Geschäftsordnung geht in ihrem Wortlaut noch über die Kompetenz des Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer 9, GmbHG hinaus. Auch die Funktion der Ziffer 13, (Abschluss der Geschäftsführerdienstverträge) ist durch Gesellschaftsvertrag einem Aufsichtsrat übertragbar (Koppensteiner aaO Paragraph 15, Rz 21). Paragraph 14, (Erlassung einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer) geht zwar über die ausdrücklich im Gesetz genannten Kompetenzen eines Aufsichtsrats hinaus, doch ist es nach Paragraph 30, I Absatz 4, GmbHG möglich, dem Aufsichtsrat weitere Funktionen zu übertragen (Koppensteiner aaO Paragraph 30, I Absatz 4, GmbHG Rz 10 f). Lediglich folgende Kompetenzen haben sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag (Paragraph 10, Litera a,) ausdrücklich vorbehalten, nämlich den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, sowie den Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben (Paragraph 10, Litera a, Ziffer 3, des GV = Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer eins, GmbHG), die Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen (Paragraph 10, Litera a, Ziffer 4, des GV =

Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer 3, GmbHG), die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten (Paragraph 10, Litera a, Ziffer 5, des GV = Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer 7, GmbHG) sowie die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik (Paragraph 10, Litera a, Ziffer 6, des GV = Paragraph 30 j, Absatz 5, Ziffer 8, GmbHG).

Es kann aber nicht übersehen werden, dass dem „Verwaltungsrat“

Aufgaben (- für einen Aufsichtsrat zulässig gemäß § 30 I Abs 4 GmbHGAufgaben (- für einen Aufsichtsrat zulässig gemäß Paragraph 30, I Absatz 4, GmbHG:

Koppensteiner aaO § 30 I Abs 4 Rz 10 f; derselbe § 20 Rz 18 -) zugewiesen wurden, welche in ihrer Bedeutung das scheinbare Manko hinsichtlich der bei der Gesellschafterversammlung verbliebenen Kompetenzen jedenfalls kompensieren. So sieht § 6 Z 1 der Geschäftsordnung ein umfassendes Weisungsrecht des „Verwaltungsrats“ gegenüber dem Geschäftsführer vor; Z 2 bindet den jährlich von den Geschäftsführern zu erstellenden Wirtschafts- und Investitionsplan an die Zustimmung des „Verwaltungsrats“. Das Informationsrecht nach § 10 der Geschäftsordnung entspricht im Wesentlichen § 30j Abs 2 GmbHG. So können sich der Vorsitzende und sein Stellvertreter jederzeit bei den Geschäftsführern über jede Angelegenheit der Gesellschaft informieren. Das Verlangen einzelner Mitglieder betreffend Berichterstattung an den Verwaltungsrat (§ 10 zweiter Satz des Geschäftsordnung) findet in § 30j Abs 2 zweiter Satz GmbHG seine Entsprechung. Soweit die Beklagte die ausdrückliche Zuweisung eines weitergehenden Überwachungsrechts, insbesondere auch durch Bucheinsicht bzw der sonst einem Aufsichtsrat zukommenden Vertretungsrechte vermisst, übersieht sie, dass diese Kompetenzen nicht der Gesellschafterversammlung vorbehalten wurden. Kommen aber, wovon nach obiger Darstellung auszugehen ist, dem „Verwaltungsrat“ der Beklagten Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats zu, kann kein Zweifel daran bestehen, dass durch die Gleichstellung mit einem Aufsichtsrat auch diese nicht ausdrücklich genannten Kompetenzen von Gesetzes wegen diesem Gremium zukommen. Koppensteiner aaO Paragraph 30, I Absatz 4, Rz 10 f; derselbe Paragraph 20, Rz 18 -) zugewiesen wurden, welche in ihrer Bedeutung das scheinbare Manko hinsichtlich der bei der Gesellschafterversammlung verbliebenen Kompetenzen jedenfalls kompensieren. So sieht Paragraph 6, Ziffer eins, der Geschäftsordnung ein umfassendes Weisungsrecht des „Verwaltungsrats“ gegenüber dem Geschäftsführer vor; Ziffer 2, bindet den jährlich von den Geschäftsführern zu erstellenden Wirtschafts- und Investitionsplan an die Zustimmung des „Verwaltungsrats“. Das Informationsrecht nach Paragraph 10, der Gesch

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)