



Rechtliche Stellungnahme

„Murstaustufe Graz“

Rechtsanwalt Mag. Dr. Meinhard Novak



Meinhard Novak
Rechtsanwalts GmbH

Karlsplatz 3/6 Tel: +43 (0)1 890 2012-0
1010 Wien Fax: +43 (0)1 890 2012-11
Austria Mobil: +43 (0)676 656 1863
www.novakra.at Mail: mn@novakra.at

Wien, am 14.07.2016

I. Sachverhalt

Die Energie Steiermark AG beabsichtigte, gemeinsam mit der Verbund Hydro Power AG ein Laufwasserkraftwerk an der Mur im Grazer Stadtgebiet, Stadtteil Puntigam, zu errichten.

Die dazu notwendigen Genehmigungen liegen seit dem Jahr 2014 vor. Auch die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) wurde - unter Ausnutzung zahlreicher Ausnahmetatbestände - positiv abgeschossen, obwohl 17 von 18 Fachbereichen mit negativen Auswirkungen beurteilt wurden (u.a.: Grundwasser, Luft, Naherholung, Natur).

Im Zuge des UVP-Verfahrens stellte sich heraus, dass die Errichtung eines Entlastungskanals als zwingende Voraussetzung für den Bau des Laufwasserkraftwerks notwendig sei, um die hydraulische Entlastung des Grazer Kanalsystems zu gewährleisten. Das bestehende Kanalsystem könne nach Errichtung der Staustufe in der Mur Starkregenereignisse nicht mehr im notwendigen Umfang verarbeiten.

Die Stadt Graz nahm dies zum Anlass, statt eines gewöhnlichen Entlastungskanals der ESTAG den Ausbau des auf einem Abschnitt der Mur bereits bestehenden Zentralen Speicherkanals voranzutreiben. Am 25.02.2016 fasste der Gemeinderat der Stadt Graz den Beschluss, den weiteren Ausbau des Zentralen Speicherkanals umzusetzen, dies unter Vorbehalt der Errichtung des projektierten neuen Laufwasserkraftwerks.

Gemäß der Stellungnahme des Stadtrechnungshofes Graz betragen die Kosten für den Ausbau des zentralen Speicherkanals sowie der nachfolgenden Maßnahmen (Grünraumgestaltung) EUR 84 Mio. Davon sollten EUR 20 Mio von der ESTAG kommen. Die Kosten für die Stadt belaufen sich auf EUR 64 Mio.

Grundsätzlich besteht keine direkte rechtliche Verpflichtung der Stadt Graz zum Ausbau eines zentralen Speicherkanals, ob eine indirekte rechtliche Verpflichtung vorliegt, ist strittig.

Am 07.07.2016 legte die Finanzdirektion der Stadt Graz einen Bericht an den Gemeinderat vor und regt damit eine Änderung der Finanzierung des Zentralen Speicherkanals an, die lautet wie folgt:

Die Kraftwerksbetreiber verpflichten sich zur Herstellung des Zentralen Speicherkanals gegen Erstattung der Herstellungskosten durch die Stadt Graz. Während bisher ein entschädigungsloser Transfer des Zentralen Speicherkanals ins Eigentum der Stadt Graz angedacht war, soll nunmehr der Stadt Graz für die Dauer von 25 Jahren ab Inbetriebnahme eine jährliche Entschädigungszahlung auf Basis der Herstellungskosten unter Einrechnung eines Zinssatzes von 2% p.a. durch den Kraftwerksbetreiber geleistet werden.

Aufgrund der in den vergangenen Jahren gefallenen Börsenstrompreise haben die Projektentwickler noch keine finale Entscheidung über den Baubeginn getroffen, da die Wirtschaftlichkeit des EUR 110 Mio teuren Projekts in Anbetracht der Entwicklungen auf dem Strommarkt in Frage gestellt wird.

Bereits im Jahr 2014 hat die E-Control festgestellt, dass in Österreich kein Bedarf an neuen Kraftwerken besteht, da schon die bestehenden Kraftwerke mehr als doppelt so viel Strom produzieren, wie benötigt wird. Bis 2030 seien in Österreich jedenfalls keine Probleme bei der Stromversorgung zu erwarten, eine Investition in neue Kraftwerke treibe nur die Kosten für die Verbraucher in die Höhe.

Das Projekt ist in der Öffentlichkeit umstritten, unter anderem hat sich „*Rettet die Mur*“, eine Bürgerinitiative mit zahlreichen Unterstützern gebildet, die sich gegen die Errichtung des Kraftwerks ausspricht. Auch andere NGO's wie der WWF, UWD, Naturschutzbund, Alpenverein, Attac usw. treten öffentlich gegen das Projekt auf.

Ende des Jahres 2015 wurde die e3 consult GmbH, eine Gesellschaft mit Schwerpunkt auf energiewirtschaftlichen Bewertungen und Analysen, mit einer Studie über die Bewertung der wirtschaftlichen Perspektiven des Projekts „*Murkraftwerk Graz*“ beauftragt. Auftraggeber war der WWF. Die Ergebnisse dieser ausführlichen Studie, welche die spezifischen Investitionskosten, spezifischen Stromgestehungskosten und eine Cash-Flow-Analyse beinhaltet, liegen seit 08.01.2016 vor und lassen sich zusammenfassen wie folgt:

- Die Investitionskosten sind überproportional hoch. In einem Benchmark mit 60 österreichischen Wasserkraftanlagen zeigt das geplante Projekt mit EUR 1,52 (2015)/kWh die höchsten spezifischen Investitionskosten.
- Aktuell herrscht im deutsch-österreichischen Strommarkt ein sehr niedriges Strompreinsniveau, wobei die Preise bis 2020 durchwegs in einem Bereich unter EUR 30 (2015)/MWh liegen.

- Ein langfristiges Ansteigen der Börsenstrompreise ist wahrscheinlich, ein Anstieg des Jahresbasepreises auf EUR 60 (2015)/MWh bis 2030 ist aus energiewirtschaftlicher Sicht begründbar.
- Die Stromgestehungskosten des geplanten Kraftwerks sind dennoch nicht wettbewerbsfähig, da sie mit EUR 85 bis EUR 95 (2015)/MWh signifikant über den bis 2030 zu erwartenden Marktpreisen liegen.
- Die Investitionen in das geplante Projekt können auch in 50 Jahren Betriebszeit nicht zu den Kapitalkosten der Energie Steiermark AG und der Verbund Hydro Power AG wieder verdient werden. Es besteht somit ein hohes Risiko von Stranded Investments.
- Die Kapitalkosten lassen sich selbst bei einer alternativen Projektfinanzierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht in einem vertretbaren Zeitrahmen refinanzieren.
- Zumindest bei einer Inbetriebnahme vor 2030 lässt sich kein positiver Business Case für das geplante Kraftwerk ableiten.
- Wirtschaftlichkeit des Projektes kann nicht dargestellt werden.

Aufgrund der Ergebnisse dieser Studie und der mangelnden Wirtschaftlichkeit hat sich die Verbund Hydro Power AG im März 2016 aus dem Projekt zurückgezogen und jegliches Interesse an einer Realisierung des Projekts verloren. Nicht zuletzt war diese Entscheidung den Aktionären der Verbund AG geschuldet.

Der oben dargestellte Sachverhalt gründet auf nachstehenden Unterlagen, welche mir zur Prüfung vorliegen:

- Auszug aus dem APA-Onlinemanager vom 24.06.2016, „Tiroler Tageszeitung“ Nr. 153 vom 05.06.2014 Seite 20, „E-Control: Keine neuen Kraftwerke“;
- Studie „Bewertung der wirtschaftlichen Perspektiven des Projekts Murkraftwerk Graz. Spezifische Investitions- und Stromgestehungskosten sowie Cash-Flow-Analyse“, Dr. Jürgen Neubarth, e3 consult GmbH Innsbruck, Dezember 2015;
- „Studie beweist: Murstaustufe in Graz wird ökonomisches Desaster“, Pressemappe vom 08.01.2016 ;

- „Aktuelle Mitarbeiterinformation zur geplanten Murstaustufe Graz“, Hrsg: Bürgerinitiative „Rettet die Mur“, 01/2016;
- Petition an den Landtag Steiermark
- Bericht an den Gemeinderat vom 07.07.2016
- Presseaussendung „Grazer Finanzzirkus um Staustufe Graz“ der Bürgerinitiative „Rettet die Mur“ vom 07.07.2016
- Artikel „Energie Steiermark hält an Murkraftwerk Graz fest“, publiziert auf orf.at am 04.07.2016
- Offener Brief vom Komitee der unterstützenden Organisationen und ExpertInnen an die Entscheidungsträger und Initiatoren des Projektes „Murstufe Graz“ aus Politik, Holding Graz, Energie Graz und Energie Steiermark, 10.06.2016
- „Murkraftwerk: Verbund steigt aus“, 08.03.2016, www.kleinezeitung.at
- Stellungnahme 4/2016 des Stadtrechnungshofs Graz zum Thema „Begleitmaßnahmen Murkraftwerk Graz, inkl. zentraler Speicherkanal und Grünraumgestaltung (Projektprüfung)“, 15.02.2015

Ob sich die wirtschaftlichen Gegebenheiten durch die geplante Änderung der Finanzierungsmodalitäten des Zentralen Speicherkanals signifikant anders darstellen als im Gutachten der e3 consult GmbH beschrieben, lässt sich an dieser Stelle nicht beurteilen, da dazu keine Berechnungen vorliegen. Allenfalls ist zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit bei geänderter Finanzierungssituation ein neues Gutachten einzuholen.

II. Fragestellung

Der oben festgestellte Sachverhalt soll rechtlich beurteilt werden im Hinblick auf die mögliche Genehmigung des Projektes durch den Aufsichtsrat der Energie Steiermark, wobei mögliche zivil- und strafrechtliche Folgen dargestellt werden.

III. Rechtliche Beurteilung

Ein wirtschaftlich nicht darstellbares Projekt zu genehmigen, birgt für die Mitglieder der Organe einer Gesellschaft die Gefahr der zivilrechtlichen Außen- und Innenhaftung.

1. Zivilrechtliche Haftungsfolgen für den Aufsichtsrat

Organhaftung kann nicht isoliert gesehen werden, viel mehr bildet die Haftungsregelung nur ein Element einer Reihe von Sanktionsmöglichkeiten der Gesellschaft gegenüber ihren Organträgern.

Als mögliche Haftungsgrundlagen für den Aufsichtsrat kommen einerseits eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft (§ 99 AktG) und andererseits eine Außenhaftung in Frage, wenn sonstige Deliktstatbestände wie z.B. Untreue erfüllt sind.

Im Innenverhältnis haftet der Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft nach dem Maßstab der *„Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters“*. Dabei ist allerdings zu beachten, dass es sich beim Aufsichtsrat um ein Überwachungsorgan handelt, das nach der Rechtsprechung des OGH *„weder Vorgesetzter der Geschäftsführung, noch Subgeschäftsführungsorgan“* ist. Die Sorgfaltspflichten sind daher entsprechend der unterschiedlichen Funktion des Aufsichtsrates zu adaptieren.

Grundsätzlich gilt der Haftungsmaßstab für alle Aufsichtsratsmitglieder, auch für die Arbeitnehmervertreter gleich. Allerdings kann es in bestimmten Situationen zu Haftungskonzentrationen einzelner Mitglieder kommen, weil diese z.B. Experten für bestimmte Bereiche sind, über Sonderwissen über bestimmte Fakten verfügen und ist schließlich auch die Sonderrolle des Aufsichtsrats-Vorsitzenden entsprechend zu würdigen.

Nach der Rechtsprechung des OGH (OGH vom 25.09.1997, 6 Ob 474/97z) ist von den Aufsichtsratsmitgliedern zu erwarten, dass sie ihre Arbeit selbstständig, unabhängig, unter persönlichem Einsatz mit größter Sorgfalt, entsprechender Moral und frei von sachwidrigen Beschränkungen oder Interessenskollisionen ausüben. Ihre Tätigkeit hat sich primär auf das Unternehmensinteresse zu richten. Bei Interessenskonflikten ist mit Stimmenthaltung oder Fernbleiben von den Beratungen vorzugehen, in Fällen von Kollisionen ist auch ein Rücktritt erforderlich.

Der Aufsichtsrat übernimmt im Zusammenhang mit Investitionen eine besonders hohe Verantwortung. Jedes Aufsichtsratsmitglied muss in der Lage sein, geplante Investitionen von vorneherein zu beurteilen, weil diese der Zustimmungspflicht unterliegen (§ 95 Abs 5 AktG, § 30j Abs 5 GmbHG). Die Qualität von Investitionsanträgen ist in der Praxis sehr unterschiedlich. Ein Investitionsantrag –

Investitionsplan, Businessplan - sollte bei großen und bedeutenden Investitionen jedenfalls folgende Elemente enthalten:

- Ausgangssituation und Beschreibung der Investition (Notwendigkeit, Technologie, Kapazität, Standort, etc.)
- Verantwortliche und Zeitplan
- Projektverantwortung für Investitionsplanung und Erreichung des Investitionsziels
- Projektmitglieder, evtl. externe Berater, Experten und Gutachten,
- Zeitplan, Umsetzungsschritte, Meilensteine, Kommunikation des Projekts
- Investitionsstrategie und Ziel: Der Aufsichtsrat muss nachvollziehen können, welchen Stellenwert das Projekt im Rahmen der strategischen Planung hat und welche Ziele mit der Investition verfolgt werden.
- Nutzen und Chancen der Investition: Investitionen können sowohl einen rechenbaren, quantifizierbaren Nutzen (höhere Einnahmen, Kosteneinsparungen), als auch einen nicht quantifizierbaren (z.B. rascher Zugriff auf Informationen, höhere Umweltverträglichkeit, etc.) haben. Der nicht quantifizierbare Nutzen fließt zwar nicht in die Investitionsrechnung ein, sollte bei der Entscheidung aber ausreichend berücksichtigt werden.
- Risikobewertung: Ein Investitionsantrag sollte unbedingt auf sämtliche mit der Investition verbundenen Risiken eingehen, diese in Geld bewerten, und die Wahrscheinlichkeit des Eintretens beurteilen.
- Marktverhältnisse: Marktforschung, Konkurrenzanalyse, Kundenanalyse, Absatzmärkte, konkrete Werbe- und Vertriebs Szenarien, Umsetzung am Markt.
- Auswirkungen auf bestehende Einheiten, Betriebsstätten, Strukturen
- Personalplanung
- Finanzplanung, Investitionsausgaben/Einnahmen, Wirtschaftlichkeitsberechnung
- Finanzierung: Aus dem erwirtschafteten Cash-Flow (Eigenfinanzierung), neues Eigenkapital (Börsengang, neue Gesellschafter), Kreditaufnahme (Fremdkapital), Förderungen, Auswirkungen auf die Finanzierungsstruktur.

Das sind die Kriterien, an denen sich die Aufsichtsräte bei ihrer Entscheidung orientieren müssen.

2. Strafrechtliche Relevanz der Genehmigung

Die Leitlinien der strafrechtlichen Verantwortung orientieren sich an der so genannten *Business Judgement Rule*. Ein Fehlschlagen unternehmerischer Entscheidungen führt daher nicht notwendig zur Haftung. Es besteht auch ein

weitgehender Haftungsfreiraum bei Ermessensentscheidungen. Allerdings liegt im vorliegenden Fall gar keine Ermessensentscheidung vor, weil die Wirtschaftlichkeit des Projektes von dritter Seite festgestellt wurde.

Durch das Strafrecht-Änderungsgesetz 2015, BGBl I 2015/112, ist der Untreuetatbestand gänzlich neu gefasst worden. In den letzten Jahren haben sich in der Praxis vielfach Ungereimtheiten bei der Anwendung des Untreuetatbestandes und dessen Grenzen ergeben, und zwar „sowohl hinsichtlich des Befugnismissbrauchs wie auch des Untreueschadens“. Die Bestimmung hat nunmehr folgenden Wortlaut:

„Untreue

§ 153. (1) Wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.

(3) Wer durch die Tat einen 5 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 300 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.“

Gleichzeitig wird in das Aktiengesetz § 84 Abs 1a AktG und das GmbH-Gesetz § 25 Abs 1a GmbHG entsprechend internationaler Vorbilder eine Regelung aufgenommen, wonach ein Entscheidungsträger in der Wirtschaft (Vorstand, Geschäftsführer) „jedenfalls“ dann rechtmäßig handelt und sich von vornherein nicht wegen Untreue strafbar machen kann, wenn er „sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Informationen annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Mit der Verwendung des Begriffs „jedenfalls“ in § 84 Abs 1a AktG kommt der Safe-Harbour-Charakter der Bestimmung zum Ausdruck, „wer so handelt wie im Text beschrieben, handelt jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt und hat keine nachteiligen Rechtsfolgen zu befürchten, insbesondere aber auch keine Strafverfolgung“. Auch wenn die Voraussetzungen der *Business-Judgement-Rule* nicht erfüllt sind, müsse daher kein Sorgfaltsverstoß vorliegen. Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Handelns wären aber gesondert zu prüfen, weil der Safe-Harbour-Effekt der Regel entfällt.

Dieser Sorgfaltsmaßstab für Vorstand und Geschäftsführer gilt auch für den Aufsichtsrat und andere Organe, sofern sie in ihrer Funktion ebenso unternehmerische Entscheidungen treffen.

Nach der Definition des Tatbestandsmerkmals des Missbrauchs iSd § 153 StGB im Sinne der so genannten Treuebruchstheorie, besteht in Untreue in einem Missbrauch einer besonderen Fürsorgepflicht gegenüber dem Vermögen des Machtgebers. In Österreich ist die Missbrauchstheorie herrschend. Sie zielt auf die bewusste Vornahme einer rechtsgeschäftlichen Handlung, die zwar im Außenverhältnis, nicht aber im Innenverhältnis gedeckt ist. Dieser Missbrauch kann auch gem. § 2 StGB durch Unterlassen begangen werden, indem der Machthaber die Vermögenslage des Machtgebers nicht mit der gebotenen Sorgfalt verbessert bzw. eine gebotene Rechtshandlung nicht vornimmt. Die Pflichtwidrigkeit der Vertretungshandlung wird dabei *ex ante* beurteilt.

Bei der konkreten Strafverfolgung ist insbesondere der so genannte „*top down approach*“ der heutigen Staatsanwälte hervorzuheben. Die Verantwortlichkeit der jeweiligen Organe wird von der Spitze nach unten geprüft. Das entspricht dem bestehenden *level playing field* auf internationaler Ebene. Daraus folgt eine unmittelbare Pflicht des Aufsichtsrates zum Einschreiten gegen rechtswidrige Maßnahmen des Vorstands, bis hin zum aktiven Vorgehen gegen den Vorstand. Die Pflichten des Aufsichtsrates verdichten sich in der Krise, insbesondere bei einer finanziellen Schieflage des Unternehmens oder bei Vermutung von Straftaten im Unternehmen. Der Aufsichtsrat hat die Pflicht, wie ein Kapitän mit einem Echolot auf die jeweilige Untiefe unmittelbar zu reagieren. In der Krise wird der Aufsichtsrat vom beratenden zum gestaltenden Organ.

Im vorliegenden Fall könnte eine Investitionsentscheidung des Vorstands entgegen den Empfehlungen eines Gutachtens zur Wirtschaftlichkeit des Projekts vom Aufsichtsrat genehmigt werden. Die tatsächliche Anknüpfung für eine Handlung besteht somit im Unterlassen des Einschreitens bei drohenden Straftaten des Vorstands bzw. bei der Veranlassung von pflichtwidrigen Handlungen des Vorstands.

Eine Genehmigung des Projekts kann für die Aufsichtsratsmitglieder weitgehende strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, da sie ihre Vollmacht wissentlich missbrauchen und der Energie Steiermark AG mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Schaden von über EUR 100 Mio. entsteht. Dies betrifft insbesondere auch die vom Land Steiermark entsandten Aufsichtsratsmitglieder. Diese könnten sich sogar in zweifacher Hinsicht strafbar machen, da sie nicht nur die Gesellschaft, sondern auch das Land als 74,90% - Eigentümerin an der Energie Steiermark AG schädigen.

Die Schädigung erfolgt somit mit bedingtem Vorsatz.

Die sicherste Methode zur Vermeidung von Strafbarkeitsrisiken ist die Einhaltung zivilrechtlicher Vorschriften. Es gilt nach wie vor der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Besonders deutlich wird das im Fall der Untreue, die eine Pflichtwidrigkeit erfordert, die im konkreten Fall jedenfalls gegeben sein könnte.

3. Strafrechtliche Konsequenzen für den Verband (Unternehmen)

Zusätzlich sind im vorliegenden Fall die Bestimmungen des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes zu berücksichtigen. Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz zielt auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes ab. Diese Haftung des Verbandes gilt zusätzlich zu einer Haftung der natürlichen Personen für sämtliche gerichtlich strafbaren Handlungen des StGB oder des Nebenstrafrechts. Verantwortlich sind u.a. Vorstandsmitglieder und Aufsichtsräte. Der Verband ist dann verantwortlich, wenn die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist, oder durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband betreffen. Zu seinen Gunsten begangen, bedeutet z.B. ein möglicher Vermögensvorteil des Verbandes oder im Finanzstrafverfahren die Steuerhinterziehung. Verletzung von Pflichten bedeutet z.B. die Verletzung von Pflichten, die sich aus dem Tätigkeitsbereich des Verbandes ergeben oder im Finanzstrafrecht bestehen. Für Straftaten eines Entscheidungsträgers ist der Verband verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Der Entscheidungsträger muss sich selbst strafbar gemacht haben. In solchen Fällen überträgt sich die Strafbarkeit automatisch auf den Verband. In diesen Fällen findet sowohl ein Strafverfahren gegen den Entscheidungsträger, wie auch gegen den Verband statt.

4. Handlungspflicht des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand?

Der Aufsichtsrat muss ständig die laufenden und beabsichtigten geschäftlichen Entscheidungen und Planungen des Vorstands mitverfolgen, nachvollziehen und analysieren. Dabei müssen die Aufsichtsratsmitglieder in der Lage sein, eventuelle Risiken und Chancen zu erkennen. Im Aufsichtsrat wird nach dem Gesetz in einem großen Teil seines Aufgabengebiets breite Entscheidungsfreiheit bei der Ausübung des Ermessens eingeräumt. Dies geschieht teilweise dadurch, dass bei der Kompetenz zur Bindung gewisser Geschäftsarten Zustimmungsvorbehalte bestehen. Das Unternehmensinteresse sollte immer oberste Handlungsmaxime sein. Das Unternehmensinteresse laufend zu ermitteln, ist nicht nur ständige Aufgabe des Vorstands, sondern auch des Aufsichtsrates.

Dem Aufsichtsrat kommt zwar ein breiter Ermessensspielraum zu, dennoch hat er bei seinen Entscheidungen nicht freie Hand. Er unterliegt sehr wohl rechtlichen Bedingungen. Nach ständiger Rechtsprechung des deutschen BGH ist bei der Beurteilung des Ermessensspielraums zu unterscheiden, ob der Aufsichtsrat selbst unternehmerisch tätig wird oder ob er nur die Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands rückschauend überprüft.

Risikogeschäfte sind immer in der Nähe der Gefahr des Untreuetatbestandes. Besonders besteht diese Gefahr bei hohen Investitionen mit gesteigertem Risiko.

Pflichtwidrigkeit liegt erst bei Verstoß gegen die Regeln kaufmännischer Sorgfalt vor: Risikogeschäfte sind zulässig, stehen aber de facto unter „Generalverdacht“. Es besteht somit ein Strafbarkeitsrisiko für den beratenden oder kontrollierenden Aufsichtsrat.

Der OGH gesteht dem Aufsichtsrat denselben Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen zu wie den Geschäftsführungsorganen. Schwierig bleibt jedoch zu beurteilen, ob der Aufsichtsrat auf Basis angemessener Information gehandelt hat, und ob diese überhaupt quantitativ bzw. qualitativ messbar ist.

Im Hinblick auf gegenständlichem Fall kann die Frage nach ausreichender und angemessener Information allerdings positiv beantwortet werden, da das Gutachten der e3 consult GmbH keinen Zweifel an der Unwirtschaftlichkeit des Projekts übrig lässt.

Zu beachten ist, dass der Aufsichtsrat nicht nur als reaktives Überwachungsorgan, sondern auch als strategischer Partner für den Vorstand (OGH: „Vergangenheitsbezogene vorausschauende Überwachung der Geschäftsführung“) damit auch Fokus auf zukünftige strategische Entwicklungen einer Gesellschaft zukommt. Im Verhältnis zum Vorstand hat der Aufsichtsrat eine professionelle Skepsis an den Tag zu legen. Was nicht heißt, dass er dem Vorstand misstrauen muss. Erkennt der Aufsichtsrat Mängel, hat er diese nicht nur festzustellen, sondern diese auch abzustellen, allerdings kommt ihm kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu.

Die Eingriffsmittel sind eine Genehmigungskompetenz für bestimmte Geschäfte, Gespräch mit dem Vorstand und notfalls Drohung und Abberufung des Vorstands. Im vorliegenden Fall will der Vorstand des Unternehmens eine wirtschaftlich unvernünftige Entscheidung treffen. In einer solchen Konstellation trifft den Aufsichtsrat die Pflicht, mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln dieses

Fehlverhalten zu vereiteln. Als Sanktionsmöglichkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Organträgern besteht die Möglichkeit, vor diesem Hintergrund den Vorstand abuberufen und gleichzeitig das dienstrechtliche Verhältnis zu beenden. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang an die Vorfälle in der Creditanstalt in den späten 20er- und frühen 30er-Jahren des 20. Jahrhunderts. In diesem Fall hatten es die Mitglieder des Aufsichtsrates unterlassen, Fehlleistungen von Vorstandsmitgliedern mit zivilrechtlichen Maßnahmen zu begegnen, insbesondere sie rasch abuberufen und Abfindungen nicht zu gewähren oder zumindest drastisch zu reduzieren. Diese Vorfälle führten damals zur Etablierung des Untreuetatbestandes im StGB § 205c, der sogar mit rückwirkender Kraft eingeführt wurde.

In der Rechtssache *Styrian Spirit* hatte der Vorstand einer Bank Untreue begangen, da er trotz Kenntnis der mangelnden Bonität und der mangelnden strategischen Perspektive einer Gesellschaft, die vom Land Kärnten beherrscht wurde, einen Kredit gewährte, ohne Sicherheiten zu verlangen und nur auf eine Refinanzierung über einen anderen Rechtsträger oder einen Bankkredit mit Landeshaftung vertraut hatte (OGH vom 21.08.2012, 11 Os 19/12x).

In Wahrnehmung ihrer Sorgfaltspflichten haben die Aufsichtsratsmitglieder daher ihre Zustimmung zur Realisierung des geplanten Laufwasserkraftwerks zu verweigern. Zusätzlich trifft den Aufsichtsrat die Pflicht, den Vorstand daran zu hindern, dieses Projekt weiter zu verfolgen und weitere Kosten für das Unternehmen zu verursachen.

IV. Zusammenfassung

- **Wenn der Aufsichtsrat das unter Punkt 1 beschriebene Projekt genehmigt, trifft ihn bzw die Mitglieder des Organs eine zivilrechtliche Außen- und Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.**
- **Wenn der Aufsichtsrat das unter Punkt 1 beschriebene Projekt genehmigt, droht den Mitgliedern des Organs und dem Unternehmen ein Strafverfahren wegen Untreue iS des § 153 StGB bzw dem VerbandsverantwortlichkeitsG.**
- **Wenn der Aufsichtsrat den Vorstand nicht daran hindert dieses Projekt weiterzuverfolgen, dann droht ihm ebenfalls ein Strafverfahren wegen Untreue iS des § 153 StGB, weil er es wissentlich unterlässt Schaden vom Unternehmen abzuwenden.**