

DDr. Hermann WENUSCH, Rechtsanwalt, Wien

Bisher Unbeachtetes zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern

Ganz wesentliche Aspekte zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern wurden bislang von der Literatur überhaupt nicht beachtet:¹⁾ Wer hat dafür zu sorgen, dass eine Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern stattfindet, und wie hat eine solche Wahl vonstatten zu gehen?

Der Grund für die stiefmütterliche Behandlung dieser Themen dürfte der Mangel an in der Praxis tatsächlich aufgetretenen Problemen sein – was übrigens wiederum der Grund dafür sein dürfte, dass sich auch keine Rspr zu diesen Themen findet. Dass in der Praxis bislang keine die angeführten Themen betreffenden Probleme aufgetreten sind, liegt nicht darin, dass solche Probleme einfach nicht auftreten können, sondern wahrscheinlich an der Geschichte der AG – historischer Standardfall war die Gesellschaft mit einem Hauptaktionär – und einem bislang fehlenden Problembewusstsein.

Inhaltsübersicht

- I. Der Auslöser der Wahl
 - 1. Verpflichtende Bestellung
 - 2. Fakultative Bestellung
- II. Die Durchführung einer Wahl

I. Der Auslöser der Wahl

§ 87 Abs 1 AktG bestimmt: „Die Aufsichtsratsmitglieder werden von der Hauptversammlung gewählt“, wobei es Ausnahmen gibt, die momentan allerdings nicht interessieren.²⁾ Doch eine Hauptversammlung muss einberufen werden, damit sie überhaupt stattfinden kann. Und zudem müssen Wahlen auf die Tagesordnung gesetzt, dh angekündigt werden, damit sie nicht angefochten werden können. Wer aber kann und wer soll durch die Einberufung einer Tagesordnung und die Aufnahme eines entsprechenden Tagesordnungspunktes dafür Sorge tragen, dass eine Wahl³⁾ von AR-Mitgliedern stattfindet.⁴⁾

Weiters sollen zwei Szenarien unterschieden werden: Zunächst jenes, in dem ein (weiteres) AR-Mitglied bestellt werden *muss* („verpflichtende Bestellung“) und dann jenes, in dem ein solches bestellt werden *kann* („fakultative Bestellung“).

1. Verpflichtende Bestellung

Ein AR-Mitglied *muss* bestellt werden, wenn der AR nicht über zumindest drei Mitglieder verfügt. Die Mindestzahl wird nicht nur in § 86 Abs 1 AktG festgeschrieben. Sie ergibt sich auch aus § 92 Abs 5 AktG, wonach die Mitgliederanzahl, die für eine Beschlussfassung zumindest erforderlich ist, ebenfalls drei beträgt – ein AR, der nicht zumindest drei Mitglieder hat, ist daher jedenfalls nicht beschlussfähig.

Ein AR-Mitglied muss auch bestellt werden, wenn die Mitgliederzahl die gem Satzung zur Beschlussfassung erforderliche Mindestzahl unterschreitet.

Diese bis hierher dargestellten Bestellungspflichten er-

geben sich aus § 89 AktG, wonach gegebenenfalls sogar eine Pflicht zum Antrag auf gerichtliche Bestellung festgeschrieben wird.

Eine offensichtlich weniger strenge Pflicht zur Bestellung eines AR-Mitgliedes kann gegeben sein, wenn der AR zwar zumindest drei bzw die zur Beschlussfassung sonst erforderliche höhere Zahl an Mitgliedern umfasst, die Satzung jedoch eine darüber hinausgehende (Mindest-) Anzahl erforderlich macht. Der AR ist in diesem Fall trotz der Vakanz beschlussfähig. Vom Gesetzgeber wird diese Situation ganz offensichtlich nicht so bedrohlich gesehen wie die Beschlussunfähigkeit, weil hier keine gerichtliche Bestellung vorgesehen ist. Die Pflicht ist dann so reduziert, dass (höchstens) die Abhaltung (Organisation) einer Wahl gefordert wird.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass es ganz gleich ist, ob eine Vakanz durch Ablauf der Frist, für welche ein Mitglied bestellt wurde, durch den Tod eines Mitgliedes oder dessen Rücktritt sowie dessen Abberufung durch die Hauptversammlung verursacht wurde.

Gem § 89 AktG ist gegebenenfalls der Vorstand verpflichtet, einen Antrag auf gerichtliche Bestellung zu stellen. Andere Personen können einen solchen Antrag stellen. Doch ist hier zunächst nicht die gerichtliche Bestellung von Interesse, sondern die Frage, ob eine Pflicht zur Einladung einer Hauptversammlung, anlässlich derer eine

¹⁾ Dies äußert sich auch im schlanken Fußnotenapparat.

²⁾ Hier werden ausschließlich nur die sog Kapitalvertreter behandelt.

³⁾ Als Wahl ist hier und im Folgenden der Vorgang der Auslese und nicht deren Ergebnis gemeint.

⁴⁾ Streng genommen müsste hier ausholender formuliert werden. Es müsste von der Schaffung einer Möglichkeit zur Wahl gesprochen werden, weil eine Wahl Wähler und Kandidaten benötigt: Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass eines oder beides davon nicht zur Verfügung steht; dann kann eine Wahl eben nicht stattfinden und es kann auch – zumindest ohne dem Vorliegen weiterer Anhaltspunkte – niemandem ein Vorwurf daraus gemacht werden.

Wahl in den AR erfolgen soll, besteht: Statt der Einberufung einer entsprechenden Hauptversammlung scheint als Alternative nämlich eine Bestellung durch das Gericht durchaus nicht völlig undenkbar.

Mitunter wird unter Verweis auf die kosten- und zeit- aufwändige Einberufung und Abhaltung einer Hauptversammlung vertreten, dass „für eine Überbrückung der Weg der gerichtlichen Antragstellung nahe liegt“.⁵⁾ Eine Auseinandersetzung damit, ob eine „Überbrückung“ durch gerichtliche Bestellung mit dem Wesen der AG vereinbar ist, findet sich allerdings genauso wenig wie eine Auseinandersetzung mit der Frage, wie lange solch eine Überbrückung dauern darf. Genau diese Fragen führen aber zu viel weiter reichenden und grundsätzlichen Fragen: Kann die Besetzung des AR (die Bestellung seiner Mitglieder) statt durch eine Wahl der Mitglieder durch die Hauptversammlung auf Dauer durch die gerichtliche Bestellung erfolgen? Und in wessen Verantwortung liegt die Organisation einer Wahl, wenn die auf Dauer beabsichtigte⁶⁾ Bestellung durch Gericht nicht zulässig ist?

Die erste Frage wurde – soweit ersichtlich – noch nie explizit gestellt. Der Grund dafür ist wohl, dass allgemein angenommen und vorausgesetzt wird, dass die Wahl der Mitglieder des AR als die Regel und die anderen Bestellungsformen (Entsendung und Bestellung durch das Gericht) als die Ausnahmen angesehen werden – dies sagt aber freilich noch nichts darüber aus, ob die Ausnahmen auch auf Dauer zulässig sind. Die Ausnahme „Entsendung“ ist sicher für Dauer konzipiert, bei der Ausnahme „gerichtliche Bestellung“ ist dies aber nicht sofort klar. Literarische Auseinandersetzungen oder Rspr zu dem Thema finden sich – soweit ersichtlich – nicht. Dies zeugt von fehlender praktischer Relevanz, aber sicher auch davon, dass allgemein vorausgesetzt wird, dass die gerichtliche Bestellung von AR-Mitgliedern ausschließlich als „subsidiäre Notmaßnahme“⁷⁾ zu sehen ist. Ohne sich damit auseinander zu setzen, wird vorausgesetzt, dass die gerichtliche Bestellung nicht dazu verwendet werden darf, die Hauptversammlung ihres grundsätzlichen Bestellungsrechts zu berauben.

Ein Ansatzpunkt für weitere Überlegungen wäre die Funktion des AR als gesetzlich zwingend vorgesehener Vertreter der Aktionäre. Ohne hier zu weit auszuholen, kann wohl gesagt werden, dass es ein Prinzip der Privatautonomie sein muss, dass sich jener, der sich vertreten lassen muss, seinen Vertreter selbst aussuchen kann – dies natürlich nur, sofern er dazu in der Lage ist (und selbst wenn er dazu nicht in der Lage ist, sind seine Interessen zu berücksichtigen).

Solche Überlegungen sollen aber hier nicht angestellt werden. Stattdessen wird ein anderer Weg gegangen: Es wird untersucht, ob bei einer verpflichtenden Bestellung eines Mitglieds des AR jemand zur Einberufung einer Hauptversammlung, anlässlich derer eine entsprechende Wahl stattfinden soll, verpflichtet ist. Dies kann natürlich nur jemand sein, der auch die *Kompetenz* hat, eine Hauptversammlung einzuberufen, weil ansonsten jemand für etwas verantwortlich wäre, was er gar nicht beeinflussen

kann. Es ist daher zunächst zu untersuchen, wer überhaupt die entsprechende Kompetenz hat.

Muss ein AR-Mitglied bestellt werden, so kann der *Vorstand* eine Hauptversammlung einberufen, um eine entsprechende Wahl abzuhalten. Diese Kompetenz des Vorstandes ergibt sich daraus, dass seine Ermächtigung zur Einberufung von Hauptversammlung grundsätzlich nicht beschränkt ist. Nur am Rande sei angemerkt, dass die Kompetenz nur dem Gesamtvorstand zukommt und dass ein entsprechender Beschluss erforderlich ist⁸⁾.

Der AR kann gem § 95 Abs 4 AktG dann, aber auch nur dann, eine Hauptversammlung einberufen, wenn dies das Wohl der Gesellschaft erfordert – eine allgemeine Einberufungskompetenz steht dem AR nicht zu⁹⁾. Die entsprechende Kompetenz kann allerdings – und das darf im gegebenen Zusammenhang nicht übersehen werden – nur dann auch tatsächlich ausgeübt werden, wenn der AR beschlussfähig ist – ein nicht beschlussfähiger AR kann keinen entsprechenden Willen bilden und daher keine Hauptversammlung einberufen. Obwohl es sicher als für das Wohl der Gesellschaft erforderlich anzusehen ist, dass die gesetzlich vorgesehenen Organe auch handlungsfähig (hier: beschlussfähig) sind, stellt sich die Frage nach einer entsprechenden Einberufungskompetenz also bei fehlender Beschlussfähigkeit gar nicht. Die Kompetenz ist aber dann gegeben, wenn der AR beschlussfähig ist und zusätzlich das Wohl der Gesellschaft eine Hauptversammlung erfordert. Jedenfalls keine Kompetenz für die Einberufung einer Hauptversammlung (zur Wahl in den AR) haben einzelne Mitglieder des AR, auch wenn sie die gerichtliche Bestellung beantragen können: „Die Einberufung der HV ... ist Sache des Gesamt-AR.“¹⁰⁾

Neben Vorstand und AR kann jedenfalls eine *qualifizierte Minderheit der Aktionäre* mit gerichtlicher Ermächtigung eine entsprechende Hauptversammlung einberufen, wenn weder der Vorstand noch der AR einem diesbezüglichen Verlangen nicht nachkommen.

Schließlich können noch *Dritte* eine Hauptversammlung zur Wahl eines AR-Mitgliedes einberufen, wenn sie dazu von Satzung oder Gesetz ermächtigt sind.

Gibt es nun eine *Pflicht*, zu einer Hauptversammlung zur Wahl eines AR-Mitgliedes einzuladen, wenn die

⁵⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, § 89 Rz 7.

⁶⁾ Auf die Absicht ist abzustellen, weil eine dauerhafte (besser: immer wiederkehrende) Bestellung durch das Gericht durchaus faktisch erforderlich sein kann, etwa weil laufend AR-Mitglieder versterben.

⁷⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG. Kommentar³, §§ 87–89 Rz 29.

⁸⁾ OGH, 10 Ob32/00d (RIS-Justiz RS0114610): „Die Einberufung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft erfordert, sofern in der Satzung nichts Gegenteiliges geregelt wird, bei einem mehrgliedrigen Vorstand einen Vorstandsbeschluss, und zwar auch dann, wenn die einzelnen Vorstandsmitglieder einzelvertretungsbefugt sind. Beschlüsse der Hauptversammlung, die lediglich von einem Vorstandsmitglied einberufen wurde, sind nichtig.“

⁹⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³, §§ 95–97 Rz 35.

¹⁰⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³, §§ 95–97 Rz 31.

Pflicht zur Bestellung eines Mitgliedes des AR besteht? Und wen trifft gegebenenfalls die entsprechende Pflicht?¹¹⁾

Dafür, dass der *Vorstand* dafür Sorge zu tragen hat, dass eine Hauptversammlung die zu bestellenden Mitglieder des AR auch tatsächlich bestellen (sprich: wählen) kann, spricht zunächst die programmatische Einleitung zu den Aufgaben des Vorstandes in § 70 Abs 1 AktG: „Der Vorstand hat ... die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre ... es erfordert.“ Daran, dass es im Interesse der Aktionäre liegt, den AR als das primäre Aufsichtsorgan auszuwählen, scheint auf den ersten Blick wohl kein Zweifel zu bestehen. Dies gilt allerdings nur, wenn man auf die abstrakte Gesamtheit der Aktionäre bzw deren Mehrheit abstellt. Es kann nämlich natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte Aktionäre die Bestellung der Mitglieder des AR durch die Hauptversammlung eben nicht wünschen (durch zulässige Stimmrechtsbeschränkungen ist es sogar möglich, dass diese Aktionäre über die Kapitalmehrheit verfügen). Weiters kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Aktionäre bzw zumindest deren Mehrheit einen AR wünschen, dessen Zusammensetzung scheinbar dem Wohl der Gesellschaft nicht entspricht. Die beiden dargestellten Konstellationen zeigen, dass sowohl Argumente für als auch gegen eine Pflicht des Vorstandes, gegebenenfalls eine Wahl zur Bestellung von Mitgliedern des AR zu initiieren, ins Treffen geführt werden können (eine Pflicht, dass tatsächlich Mitglieder in der erforderlichen Zahl gewählt werden, kann den Vorstand natürlich sowieso nicht treffen, weil er es nicht in der Hand hat, dass tatsächlich eine Person gewählt wird – er kann zB nichts daran ändern, wenn kein Kandidat zur Verfügung steht [bzw ein Gewählter die Wahl nicht annimmt¹²⁾] oder wenn kein Kandidat die erforderliche Mehrheit erhält).

Auf den zweiten Blick erscheint es etwas kurios, (in erster Linie) den Vorstand für die Installation seines eigenen Kontroll- und Überwachungsorgans verantwortlich zu machen, weil es seltsam anmuten muss, den zu kontrollierenden für seinen Kontrolleur verantwortlich zu machen.

Auch scheint der Gesetzestext als Stütze dafür, dass den Vorstand keine Pflicht trifft, dafür zu sorgen, dass die verpflichtende Bestellung von Mitgliedern des AR durch die Hauptversammlung erfolgt (besser: erfolgen kann): Gem § 89 Abs 1 AktG ist der Vorstand (lediglich) verpflichtet, gegebenenfalls einen Antrag auf gerichtliche Bestellung zu stellen. Der Gesetzgeber hat also eindeutig den Fall bedacht, dass der AR seine Beschlussfähigkeit (nicht nur vorübergehend) durch Mangel an Mitgliedern verlieren kann und dass in diesem Fall das Organ entsprechend zu ergänzen ist. Obwohl der Gesetzgeber das Problem erkannt hat, wird nicht statuiert, dass der Vorstand eine Hauptversammlung einzuberufen hat, sondern nur die Pflicht, einen entsprechenden Bestellungsantrag ans Gericht zu stellen, geschaffen. Ob der Gesetzgeber den Fall, dass der an sich beschlussfähige AR „nur“ über zu wenig

Mitglieder verfügt, übersehen oder bewusst ungeregelt gelassen hat, lässt sich aus dem Gesetzestext nicht sofort ersehen. In Deutschland ist die gerichtliche Bestellung ausführlicher geregelt: § 104 dAktG sieht eine Antragspflicht des Vorstandes sofort bei Verlust der Beschlussfähigkeit des AR und nach dreimonatiger Unterschreitung der vorgesehenen (Mindest-)Anzahl vor.

Es ist aber davon auszugehen, dass der (österreichische) Gesetzgeber bei verpflichtender Bestellung eines AR-Mitgliedes eine Pflicht des Vorstandes zur Einberufung einer Hauptversammlung zur Wahl in den AR als Selbstverständlichkeit ansieht. Dies ergibt eine Zusammenschau von § 105 Abs 1, § 106 Abs 1, § 86 Abs 1 und § 87 Abs 1 AktG: Der AR hat dementsprechend aus drei oder einer in der Satzung festgelegten höheren Zahl an Mitgliedern zu bestehen, wobei die Mitglieder von einer Hauptversammlung zu wählen sind. Da gegebenenfalls Mitglieder zu wählen sind (Imperativ!), ist der Vorstand verpflichtet, eine entsprechende Hauptversammlung einzuberufen. Der Wortlaut des § 89 Abs 1 AktG widerspricht dem nicht, wenn man die Bestimmung als Notmaßnahme betrachtet: Der Vorstand hat zwar gegebenenfalls zu einer entsprechenden Hauptversammlung einzuladen, doch kann er trotzdem eine Wahl prinzipiell nicht und vor allem nicht zeitgerecht erzwingen. Es ist nämlich zu bedenken, dass

- die Einberufung einer Hauptversammlung an eine Frist gebunden ist;
- eine Hauptversammlung gegebenenfalls zu wiederholen ist, wenn ein allfälliges Mindestquorum nicht erreicht wird;
- eventuell keine Kandidaten zur Verfügung stehen;
- uU keiner der Kandidaten die erforderliche Mehrheit erhält.

Der Vorstand ist also dann, wenn es (trotz seines Bemühens darum!) innerhalb der gesetzten Frist von drei Monaten nicht gelingt, den AR durch entsprechende Wahl auf eine Mitgliederzahl, die für die Beschlussfähigkeit erforderlich ist, zu ergänzen, verpflichtet, einen Antrag auf gerichtliche Bestellung zu stellen.

Zusammenfassend lässt sich an dieser Stelle feststellen: Ist der AR aufgrund eines Mangels an Mitgliedern beschlussunfähig oder gehören ihm weniger Mitglieder als von der Satzung gefordert an, so ist der Vorstand verpflichtet, eine Hauptversammlung einzuberufen, um die Ergänzung durch Zuwahl zu versuchen. Erst wenn dies nicht innerhalb der geforderten Frist gelingt, ist er verpflichtet, einen Antrag auf gerichtliche Bestellung zu stellen, sofern der AR beschlussunfähig ist (ist der AR beschlussfähig und wird „nur“ die geforderte (Mindest-)Anzahl nicht erreicht, so muss sich der Vorstand lediglich

¹¹⁾ Darauf, dass die Pflicht nur jemanden treffen kann, der auch die Kompetenz zur entsprechenden Einladung hat (Vorstand, AR, qualifizierte Minderheit oder ermächtigt Dritte, wobei die weitere Untersuchung Letztere ausklammert), wurde bereits hingewiesen.

¹²⁾ Zum Erfordernis der Annahme zB *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 87 Rz 8.

weiterhin um eine Zuwahl bemühen). Die Frist des § 89 Abs 1 AktG ist daher keine „Beobachtungsfrist“; vielmehr muss der Vorstand innerhalb dieser Zeit ein Ergänzung durch Zuwahl bereits versucht haben!

Die gerichtliche Bestellung ist also keine zulässige Maßnahme, um eine Periode der Beschlussunfähigkeit des AR zu überbrücken. Und logischerweise noch viel weniger eine Maßnahme, um das Recht der Hauptversammlung, den AR zu wählen, auf Dauer zu umgehen!

Da das Gesetz vorschreibt, dass – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – die AR-Mitglieder von der Hauptversammlung zu wählen sind, kann es der Vorstand nicht mit einer gerichtlichen Bestellung bewenden lassen. Vielmehr muss er nach wie vor versuchen, die vom Gericht bestellten Mitglieder des AR durch von der Hauptversammlung gewählte Mitglieder auszutauschen. Fraglich bleibt, wie oft er eine Hauptversammlung zum Zweck der Wahl von AR-Mitgliedern einberufen muss. Hier lassen sich wohl kaum allgemein gültige Aussagen treffen und es ist auf die Umstände des Einzelfalls Bedacht zu nehmen: Hat sich etwa während der letzten Jahre kein Kandidat gefunden und ist noch immer kein Kandidat aufgetaucht, so ist der Vorstand wahrscheinlich nicht verpflichtet, jeden Monat eine Hauptversammlung zur Wahl eines AR-Mitgliedes einzuberufen.

Vor den Überlegungen, ob der AR dafür Sorge zu tragen hat, dass eine Hauptversammlung die zu bestellenden Mitglieder des AR auch tatsächlich wählen kann, ist daran zu erinnern, dass nur ein beschlussfähiger AR von einer entsprechenden Pflicht betroffen sein kann. Dadurch wird – das darf nicht übersehen werden – das Problem allerdings nicht nur auf den Fall eingeschränkt, dass ein grundsätzlich beschlussfähiger AR trotzdem über „zu wenig“ Mitglieder verfügt. Es ist nämlich möglich, dass ein AR, in dem sich gem § 89 AktG gerichtlich bestellte Mitglieder befinden, verpflichtet ist, eine Hauptversammlung einzuberufen, anlässlich derer eine Wahl stattfinden soll, durch welche AR-Mitglieder bestellt werden, die die gerichtlich bestellten ersetzen.

Eine Pflicht des AR, dafür zu sorgen, dass eine Hauptversammlung stattfindet, um die zu bestellenden Mitglieder des AR tatsächlich wählen zu können, könnte eine allenfalls bestehende Pflicht sein, sich darum zu bemühen, dass das Überwachungsorgan gesetzeskonform besetzt und beschlussfähig ist.¹³⁾ Das Bestehen einer solchen Pflicht ist nun aber jedenfalls alles andere als offensichtlich. Es besteht zwar an sich die Pflicht (potenzieller) Mitglieder des AR, ein Mandat nur bei entsprechender Eignung anzunehmen.¹⁴⁾ Als Eignung ist dabei ua die Fähigkeit, die eigenen Grenzen zu (er)kennen, zu verstehen und gegebenenfalls externe Berater zu konsultieren. Doch scheint es ohne Weiteres zu weit hergeholt, aus der Notwendigkeit der Eignung eine Pflicht zur Schaffung der Möglichkeit der Ergänzung des AR durch Wahl der Hauptversammlung abzuleiten.

Wie dargestellt, spricht § 95 Abs 4 AktG davon, dass der AR eine Hauptversammlung einzuberufen hat, „wenn dies das Wohl der Gesellschaft“ erfordert. Wie ebenfalls

dargestellt, erfordert es das Wohl der Gesellschaft sicher, über einen beschlussfähigen AR zu verfügen, weil sonst das zentrale Kontrollorgan fehlt. Tut sie dies nicht, so kann allerdings der AR nichts dagegen unternehmen, weil er eben nicht beschlussfähig ist. Verfügt der AR bei gegebener Beschlussfähigkeit „nur“ nicht über die von der Satzung geforderte (Mindest-)Anzahl an Mitgliedern, so ist eine Ergänzung nur dann zum Wohl der Gesellschaft nötig, wenn der AR mit den tatsächlich vorhandenen Mitgliedern nicht in der Lage ist, seinen Kontrollauftrag zu erfüllen. In diesem Fall wird der AR verpflichtet sein, eine Hauptversammlung zur Abhaltung einer Zuwahl in den AR einzuberufen.

Wurden Mitglieder des AR gerichtlich bestellt (und weisen diese – was vorausgesetzt sei – die entsprechende Eignung auf), so ist es für das Wohl der Gesellschaft nicht (unbedingt) erforderlich, die Hauptversammlung in die Lage einer Bestellung (durch Wahl) zu versetzen. Betrachtet man den AR allerdings als Vertreter der Aktionäre, so ergibt sich daraus eine Fürsorgepflicht des AR für die von ihm Vertretenen – dass eine Bestellung durch die Hauptversammlung zumindest im Interesse deren Mehrheit sein dürfte, sei auch hier vorausgesetzt.

Trotzdem: Die Mehrheit hat nicht immer und unbedingt Recht¹⁵⁾ – ihr Wille kann mit dem Wohl der Gesellschaft sogar kollidieren. Anders als bei der Zielvorgabe für den Vorstand spricht das Gesetz beim AR nur vom „Wohl der Gesellschaft“, ohne ein „Interesse der Aktionäre“ zu erwähnen¹⁶⁾. Eine Pflicht des AR, dafür Sorge zu tragen, dass alle Mitglieder (von der Ausnahme eines allenfalls bestehenden Entsendungsrechts abgesehen) durch die Hauptversammlung bestellt (gewählt) werden, scheint daher nicht zu bestehen.

Schließlich könnte die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass die Hauptversammlung die zu bestellenden Mitglieder des AR auch (durch Wahl) tatsächlich bestellen kann, auch alle *Aktionäre* treffen, die die Qualifikation des § 106 Abs 2 AktG erfüllen. Da aus einem Können nicht einfach auf ein Sollen oder gar ein Müssen geschlossen werden darf und da kein Aktionär verpflichtet ist, sich aktiv an der Administration der Gesellschaft zu beteiligen, kann eine entsprechende Pflicht kurzerhand ausgeschlossen werden.

Abschließend lässt sich sagen: Der Vorstand ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass eine Hauptversammlung

¹³⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 86 Rz 51.

¹⁴⁾ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³, § 86 Rz 13.

¹⁵⁾ Eine Mehrheit indiziert zwar die Richtigkeit einer Entscheidung (*Roth*, Vertragsänderungen im Kernbereich, JBl 2005, 80), doch garantiert sie diese nicht. Dabei bleibt auch noch zu überlegen, dass das, was richtig für den einen ist, nicht unbedingt auch für den andern richtig sein muss.

¹⁶⁾ Selbst wenn man diesen Umstand dahin gehend interpretiert, dass das als für einen Vertreter selbstverständlich vorausgesetzt wird, stellt sich die Frage, die Interessen welcher Aktionäre berücksichtigt werden sollen: Diejenigen der Mehrheit, auch wenn unredlich motiviert? Entsprechende Überlegungen würden mit Sicherheit zu den Interessen redlicher Aktionäre führen – und damit wieder zum Wohl der Gesellschaft.

durch Wahl die fehlenden Mitglieder in den AR wählen kann, wenn der AR beschlussfähig oder nur aufgrund einer gerichtlichen Bestellung beschlussfähig ist oder weniger Mitglieder als von der Satzung gefordert hat. Den AR trifft die entsprechende Pflicht, nur dann, wenn der AR weniger Mitglieder als von der Satzung gefordert hat und er zudem mit den vorhandenen Mitgliedern seine gesetzliche Aufgabe nicht bewältigen kann.

2. Fakultative Bestellung

Wenn der AR „aufgestockt“ (dh erweitert) werden soll, ist eine Wahl von Mitgliedern in den AR erforderlich, weil eine gerichtliche Bestellung nur dann möglich ist, wenn die Zahl an Mitgliedern unter die für die Beschlussfassung erforderliche Anzahl gesunken ist (Konstellationen, bei denen ein weiteres Mitglied zusätzlich in den AR entsandt werden kann, sollen ausgeklammert werden).

Nachdem die vom Gesetz geforderte Mindestanzahl immer drei beträgt (und sich niemals erhöhen kann), muss eine Aufstockung jedenfalls wahlfrei sein. Die Aufstockung kann mittels Satzungsänderung erfolgen oder aber dadurch, dass ein in der Satzung eingeräumter Spielraum (die typische Formulierung würde lauten: „Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei, höchstens sieben von der Hauptversammlung gewählten Mitgliedern.“¹⁷⁾) ausgenutzt wird.

Eine Satzungsänderung schafft keine hier interessierenden Probleme. Anders sieht dies jedoch dann aus, wenn die Satzung einen Spielraum für die Anzahl von Mitgliedern des AR einräumt und in diesem (noch nicht ausgeschöpften) Rahmen ein zusätzliches AR-Mitglied bestellt werden soll. Gleich am Anfang stellt sich nämlich die Frage, ob die Satzung überhaupt einen solchen Spielraum einräumen kann. Immerhin weist der Gesetzestext überhaupt nicht auf einen solchen Spielraum hin – vielmehr ist die Rede vom genauen Gegenteil, nämlich einer ganz bestimmten Mitgliederzahl: „Der Aufsichtsrat besteht aus drei natürlichen Personen. Die Satzung kann eine höhere Zahl ... festlegen.“¹⁸⁾ Es heißt eben nicht: „Die Satzung kann eine höhere Mindestzahl festsetzen“, und nicht einmal: „Die Satzung kann höhere Zahlen festlegen.“ Die Verwendung des Wortes „Höchstzahl“ im zweiten Satz der alten Fassung kann nur bei oberflächlicher und ungenauer Interpretation so verstanden werden, dass die Satzung eine (eventuell eben nicht auszunutzende) Höchstzahl vorsehen kann.¹⁹⁾ Tatsächlich wurde das Wort „Höchstzahl“ so verwendet, dass es die höchste Zahl beschreibt, die in der Satzung als (feststehende) Zahl der AR-Mitglieder festgelegt werden darf (die nunmehrige Fassung verwendet das Wort „Höchstzahl“ überhaupt nur in völlig anderem Zusammenhang – jetzt betrifft der Begriff keinesfalls mehr die Größe des AR).

Obwohl das AktG nach allgemeiner Auffassung²⁰⁾ zwingendes Recht ist, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, vertritt die hM²¹⁾ die Ansicht, dass die Satzung einen Spielraum für die Zahl der Mitglieder des AR einräumen kann – eine Begründung wird dafür allerdings

nicht geliefert. Obwohl aus der Praxis berichtet wurde,²²⁾ dass Firmenbuchgerichte die Formulierung des § 17 AktG („Die Satzung muss bestimmen: ... die Art der Zusammensetzung des Vorstandes (Zahl der Vorstandsmitglieder)“) zum Anlass nahmen, die Angabe einer bestimmten Zahl von Vorstandsmitgliedern in der Satzung zu fordern, ist – verblüffenderweise – Ähnliches für die Zahl der AR-Mitglieder – soweit ersichtlich – noch niemals verlangt worden.

Geht man – entgegen der hier vertretenen Meinung – trotzdem, weil es „üblich“²³⁾ und eben eingebürgert ist, von der Zulässigkeit eines Rahmens für die Zahl der AR-Mitglieder aus, so stellt sich die Frage, wer berechtigt ist, eine Änderung der Mitgliederzahl vorzunehmen.

Die Bedeutung dieser Frage wird vor allem dann offenkundig, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Zahl der zu bestellenden und die Zahl der tatsächlich bestellten Mitglieder des AR unterschiedliche Größen sind: Erhöht sich die Zahl der zu bestellenden Aufsichtsräte (natürlich im Rahmen des von der Hauptversammlung eingeräumten Spielraumes), ohne dass zugleich eine entsprechende Bestellung erfolgt, so kann der AR dadurch beschlussfähig (gemacht!) werden. Dies zB wenn – etwa aufgrund einer entsprechenden Satzungsbestimmung – die Mitwirkung aller zu bestellenden (also nicht: aller tatsächlich bestellten) Aufsichtsräte zur Beschlussfassung erforderlich ist (weil es eben gar nicht genug tatsächlich vorhandene Mitglieder gibt). Der AR würde durch die Erhöhung der Zahl seiner Mitglieder sogleich beschlussunfähig!

Das dargestellte Problem wird allerdings durch den Umstand, dass in der Praxis die Beschlussfähigkeit sicher immer von der Anzahl der tatsächlich bestellten AR-Mitglieder abhängt, praktisch völlig entschärft. Auch der Umstand, dass praktisch nicht zwischen der Schaffung eines neuen Postens im AR und dessen Bestellung unterschieden wird (es wird nämlich „einfach“ ein neues Mitglied gewählt), verdeckt das Problem. Bei der Schaffung eines Postens kann man aus dem Umstand, dass die

¹⁷⁾ *Creditanstalt*, Aktiengesetz mit Mustersatzung, 144.

¹⁸⁾ Anfang des § 86 Abs 1 AktG.

¹⁹⁾ Genau dies tut *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG³, § 86 Rz 2: Der „Möglichkeit, in der Satzung höhere Mitgliederzahlen festzulegen, sind aber ... Grenzen in Form von Höchstzahlen gesetzt. Dies bedeutet, dass für die Regelung der Zahl der AR-Mitglieder ein Rahmen besteht, ... dessen Höchstgrenze die sich aus § 86 Abs 1 S 2 ... ergebende Zahl ist“.

²⁰⁾ Vgl *Kastner/Doralt/Novotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵, 176.

²¹⁾ ZB *Kastner/Doralt/Novotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 242: „Im gesetzlichen Rahmen kann die Satzung frei die Höchstzahl festlegen ... eine bestimmte Zahl muss nicht fixiert werden“; *Kalss in Doralt/Novotny/Kalss*, AktG, § 86 Rz 7: „Die Satzung kann einen Rahmen festlegen, eine bestimmte Zahl muss nicht festgelegt werden“; *Reich-Rohrwig*, Zur Gründung von Pensionskassen, *ecolex* 1990, 413 (416): „Anders als dies sonst bei der AG üblich ist, wird man [Anm: in § 27 Abs 1 PKG] auch die Verpflichtung zur zahlenmäßig bestimmten Angabe der AR-Mitglieder in der Satzung zu sehen haben.“

²²⁾ *Creditanstalt*, Aktiengesetz, 140 Fn 18.

²³⁾ So *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 416.

Hauptversammlung ein Mitglied wählt, auf den ersten Blick relativ zwanglos schließen, dass die Hauptversammlung auch den neuen Posten schaffen will. So etwa durch die Fragestellung: „Wer ist für den Antrag, XY als neues AR-Mitglied zu bestellen?“; ist die Mehrheit dafür, so kann nicht behauptet werden, dass die Mehrheit gegen eine Aufstockung des AR sei.

Dies gilt aber freilich nur dann, wenn man voraussetzt, dass die Schaffung eines neuen Postens mit der gleichen Mehrheit beschlossen werden kann, mit der auch ein AR-Mitglied gewählt werden kann – dem ist aber nicht unbedingt so: Man denke etwa daran, dass die Satzung für die Wahl eines AR-Mitgliedes auch eine relative Mehrheit als ausreichend bestimmen kann. Es ist wohl auszuschließen, dass eine Minderheit bestimmt, dass ein neuer Posten im AR geschaffen wird. Am folgenden Beispiel wird dies drastisch demonstriert: Eine AG hat 100 Aktionäre, die alle eine Stückaktie halten. Aufgrund des Verlangens von fünf Aktionären wird für eine Hauptversammlung der Tagesordnungspunkt „Zuwahl in den AR“ aufgenommen – 90 Aktionäre wünschen jedoch gar keine Vergrößerung des AR. In der Hauptversammlung findet nun eine Wahl zwischen vier Kandidaten statt, wobei ein Kandidat vier und die anderen drei jeweils zwei Stimmen erhalten – die 90 Aktionäre, die gegen eine Vergrößerung des AR sind, enthalten sich ihrer Stimme – etwas anderes können sie nicht tun. Ergebnis ist, dass ein von 4 % gewählter Kandidat als neues Mitglied in den AR einzieht, obwohl 96 % (sic!; wohlgemerkt: der bei auf der Hauptversammlung Anwesenden) dagegen sind!

Es ist also festzuhalten, dass zwischen der Entscheidung, ob der AR vergrößert werden soll, und jener, wer das neue Mitglied sein soll, strikt zu trennen ist, weil nur so unbefriedigende Ergebnisse, wie das obige Beispiel, verhindert werden können. Tatsächlich würde ein gewiefter Leiter einer Hauptversammlung, der eine Zuwahl in den AR verhindern will, zunächst darüber abstimmen lassen, ob der AR vergrößert werden soll.

Häufiger dürfte sich ein Problem ergeben, wenn die Anzahl der Mitglieder des AR (natürlich nur innerhalb des von der Satzung gesteckten Rahmens) verringert werden soll – auch wenn dieses Problem offenbar gar nicht erkannt wird. Es kann aber wohl nicht sein, dass obwohl die Hauptversammlung (wenn wahrscheinlich auch nur schlüssig durch eine entsprechende Zuwahl) einen AR mit einer gewissen Anzahl an Mitgliedern gewünscht hat, sie nichts gegen eine Verringerung der Mitgliederzahl tun kann (sofern sich keine qualifizierte Minderheit [zusammen]findet, die die Aufnahme eines entsprechenden Tagesordnungspunktes verlangen darf). Hat die Hauptversammlung eine bestimmte Größe des AR bestimmt, so darf es nicht sein, dass dies durch das Unterlassen einer entsprechenden Ergänzungswahl unterlaufen wird!

Insb ist zu bedenken, dass die Bestimmungen zu Minderheitsvertretern uU leicht unterlaufen werden könnten: Laufen die Bestellungen von zumindest drei Mitgliedern des AR aus und bewegt man sich auch mit einer Neubestellung von höchstens zwei Mitgliedern innerhalb eines

allenfalls zulässigen Spielraums, so kann die Bestellung eines Minderheitsvertreters leicht umgangen werden, wenn der AR entsprechend verkleinert wird (indem eben nicht alle ausscheidenden Mitglieder ersetzt werden).

Wird also ein bestehender Posten im AR vakant, so ändert sich damit nicht automatisch die Zahl der Posten, die besetzt werden sollen. Findet sich niemand, der eine Nachwahl initiiert, so bleibt der Posten vakant, aber verschwindet nicht.

Die Situation des AR ist übrigens im gegebenen Zusammenhang aus praktischen Gründen uU heikel: Er kann eine Hauptversammlung nur einberufen, wenn dies das Wohl der Gesellschaft erfordert. Das Wohl der Gesellschaft ist aber nur dann gefährdet, wenn der AR in seiner tatsächlichen Besetzung nicht in der Lage ist, seine Aufgaben zu bewältigen. Was soll nun ein AR tun, dem ein Mitglied zugewählt wurde, ohne dass er dies gewünscht hat, wenn genau dieses Mitglied wieder wegfällt? Würde er behaupten, dass das Wohl der Gesellschaft eine Ergänzungswahl erfordert, weil er seine Aufgabe nicht erfüllen kann, so müsste er erklären, weshalb er seinerzeit nicht selbst die Zuwahl betrieben hat (und eventuell jahrelang seine Aufgabe nicht erfüllen konnte, ohne dagegen etwas zu unternehmen).

Dass dem Vorstand dadurch, dass er einfach keine Ergänzungswahl auf die Tagesordnung einer (allenfalls eigens einzuberufenden) Hauptversammlung setzt, eine entscheidende Rolle hinsichtlich der Größe des AR zukommt, muss außerdem schon deshalb bedenklich erscheinen, weil der zu kontrollierende über den Kontrolleur bestimmen würde.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Wahl der Worte keinesfalls vergriffen, weil die dargestellten sicherlich unerwünschten Ergebnisse nur dann auftreten können, wenn man unreflektiert die Festsetzung eines Rahmens für die Zahl der Mitglieder im AR in der Satzung zulässt! Es ist also überhaupt kein Grund gegeben, vom Wortsinn des Gesetzestextes abzugehen; dass der Vorstand den AR aus eigenem Willen und ohne Befassung der Hauptversammlung schrumpfen lassen kann, ohne dass er damit gegen die Satzung verstößt, kann vermieden werden, indem die Satzung eine feste Zahl an AR-Mitgliedern vorsieht.

Lässt man einen Rahmen trotzdem zu, so ist zwischen der Festlegung der Anzahl der Mitglieder des AR und der Wahl eines Mitgliedes zu unterscheiden. Die Festlegung der Mitgliederanzahl ist dabei ein die Satzung ergänzender Beschluss, der nur durch einen entsprechenden abändernden Beschluss aufgehoben werden kann.²⁴⁾

Aus all dem Gesagten ergibt sich schließlich, dass es eine fakultative Bestellung im eigentlichen Sinn des Wortes gar nicht geben kann und dass das oben zur verpflichtenden Bestellung Gesagte auch hier gilt. Mit anderen Worten: Wird eine Position im AR vakant, so muss sich

²⁴⁾ Ganz in diesem Sinn die Erläuterungen zur RV zum GesRÄG 2005, 927 B1gNR 22. GP, 6: „Die Aktionäre sollen daher – innerhalb des gesetzlichen Rahmens – frei festlegen können, wie viele Mitglieder der Aufsichtsrat ihrer Gesellschaft haben soll, um seine Aufgaben bestmöglich wahrzunehmen.“

der Vorstand um eine Ergänzungswahl bemühen. Das gilt natürlich dann nicht, wenn Ersatzmitglieder bestellt wurden: Diese rücken automatisch auf und die Mitgliederzahl des eigentlichen Gremiums ändert sich nicht.

II. Die Durchführung einer Wahl

Auch wenn Praxis und Lehre dies kaum zur Kenntnis zu nehmen scheinen, so ergibt sich aus § 87 Abs 1 und § 113 Abs 2 AktG recht deutlich, wie Wahlen nach der Vorstellung des Gesetzgebers vonstatten gehen (sollen). § 113 Abs 2 AktG räumt ein, dass für Wahlen andere als nach § 113 Abs 1 AktG vorgesehene Mehrheiten (das sind zunächst die Mehrheit der abgegebenen Stimmen [was einer absoluten Mehrheit entspricht] oder sogar noch höhere Mehrheiten) vorgesehen werden können. Die einzige sinnvolle Alternative zu den in § 113 Abs 1 AktG erwähnten Mehrheiten ist eine relative Mehrheit, wonach als gewählt angesehen wird, wer die meisten Stimmen erhält, auch wenn alle Gegenkandidaten zusammengerechnet mehr Stimmen auf sich vereinigen. Die Zulassung der relativen Mehrheit bedeutet aber, dass mehrere Kandidaten zugleich zur Wahl stehen (können) – wird immer nur über einen Kandidaten abgestimmt (von einer Wahl kann zumindest iS einer Auswahl dann nicht gesprochen werden), so kann es niemals eine (nur) relative Mehrheit geben, weil der Aspirant entweder die absolute Mehrheit („Mehrheit der abgegebenen Stimmen“) erreicht oder nicht, was dann eben zur Nicht-Wahl führt. Bereits daraus ist ersichtlich, dass die Übung „bei Wahlen in den Aufsichtsrat für oder gegen einen vorgeschlagenen Kandidaten zu stimmen“²⁵⁾, ohne Gegenkandidaten zu beachten, nicht mit dem vom Gesetz beabsichtigten Vorgehen in Deckung zu bringen ist.²⁶⁾

Besonders augenfällig wird dies beim Minderheitenrecht gem § 87 Abs 1 AktG. Nach dieser Bestimmung ist dann, wenn in einer Hauptversammlung mehr als zwei

Mitglieder in den AR zu wählen sind und ein Kandidat bei jedem bis zum vorletzten Wahlgang zumindest ein Drittel der abgegebenen Stimmen erzielt hat, dieser Kandidat automatisch bestellt. Mit der Abstimmung über einzelne Personen lässt sich auch der Minderheitenschutz gem § 87 Abs 1 AktG nur dann realisieren, wenn man nach einer Abstimmung, in der es um die Bestellung eines Kandidaten geht, auch dann, wenn die Bestellung eines Kandidaten feststeht, über die anderen Kandidaten abstimmen lässt (dies zumindest so lange, bis feststeht, dass keiner der verbliebenen Kandidaten die Erfordernisse eines Minderheitenkandidaten erfüllen kann). Dies ist aber nichts anderes als eine – komplizierte Alternative zur – Wahl mit mehreren Kandidaten.


Die wesentliche Erkenntnis von praktischer Konsequenz daraus ist, dass sich Wahlen bzw Abstimmungen nicht auf bestimmte Personen, sondern auf zu besetzende Posten beziehen. Die Abstimmung über einzelne Kandidaten ist in der Praxis mit der Gefahr verbunden, dass die Beteiligten davon ausgehen, dass die Reihenfolge der Abstimmungen das Endergebnis wesentlich beeinflussen kann, wie völlig missglückte Anträge von Aktionären in Hauptversammlungen zeigen.²⁷⁾

Die „abgesonderte Wahl“ gem § 87 Abs 1 AktG ist daher gegebenenfalls nicht durch den allenfalls gegebenen Mutwillen des Vorsitzenden der Hauptversammlung belastet – dieser hat eine Wahl für jeden zu besetzenden Posten im AR abzuhalten (samt Stichwahl, wenn die relative Mehrheit nicht von der Satzung als ausreichend erklärt wird).

²⁵⁾ Vgl *Kastner/Doralt/Novotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 245 Fn 21.

²⁶⁾ *Wenusch*, Die unordentliche Hauptversammlung: Fehler und Redundanzen, RdW 2003/597.

²⁷⁾ Siehe etwa OGH, 3 Ob 7/02d.



2005, 416 Seiten, kart.
ISBN 3-7073-0897-9
EUR 28,-

Alles zum neuen UGB!

- Einführung und Grundtatbestand
- Das neue Firmenrecht
- Unternehmensübergang
- Die eingetragenen Personengesellschaften
- Die Rechnungslegung nach dem UGB und steuerliche Aspekte
- Die neuen Regelungen für unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte
- Inkl. des vollständigen und benutzerfreundlich aufbereiteten Textes des neuen UGB!

Neu!

Tel.: +43 (1) 24 630 - 0
Fax: +43 (1) 24 630 - 23

office@lindeverlag.at
www.lindeverlag.at

Scheydgasse 24
1210 Wien

