

vorliegenden Entscheidung ebenfalls nicht ausdrücklich. Auch der europäische Gesetzgeber scheint aber nicht davon auszugehen, dass der EuGH in dieser Entscheidung von seiner diesbezüglichen bisherigen Rechtsprechung abgegangen ist. ME ist die Entscheidung so zu verstehen, dass der EuGH in Pippig/Hartlauer weder eine Aussage zur Zulässigkeit empirischer Nachweise noch zur Zulässigkeit der Beachtung sozialer, kultureller oder sprachlicher Unterschiede treffen wollte. Er hat auf diese Fragen schlicht keinen Bezug genommen, weil sie im gegenständlichen Fall keine Rolle spielten.

4. Zusammenfassung

Die Richtlinie 97/55/EG bedeutet für das Recht der vergleichenden Werbung in den meisten Mitgliedstaaten einen erheblichen Wandel. Die EuGH-Entscheidung Pippig/Hart-

lauer klärt Fragen, die bislang bezüglich der Interpretation der RL in der Literatur umstritten waren. Besonders begrüßenswert ist mE das Verbot strengerer nationaler Irreführungsstandards; leider gilt dieses nur für vergleichende Werbung. Die Tendenzen der europäischen Gesetzgebung gehen jedoch in Richtung eines einheitlichen Lauterkeitsrechts. Es bleibt zu hoffen, dass in Brüssel die Chance auf ein einheitliches europäisches Lauterkeitsrecht nicht aufgrund von übergreifenden Zuständigkeiten⁴⁹⁾ und mangels Koordination vergeblich wird. Österreich sollte jedenfalls dem Vorbild Deutschlands⁵⁰⁾ folgen und sich endgültig vom unmündigen Verbraucher verabschieden.

49) Vgl oben FN 22.

50) Vgl oben FN 43.

Die „unordentliche“ Hauptversammlung: Fehler und Redundanzen

RAW 2003/597 S. 687 Im Lauf der Zeit haben sich im typischen Ablauf der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft verschiedene Fehler und Redundanzen eingemischt. Teilweise erzeugen diese nur ein unschönes Bild, doch ist es auch durchaus möglich, dass sie zur Anfechtung von Beschlüssen führen können.

RA Dr. Hermann Wenusch*)
Wien

1. Vorbemerkung

Da wohl das Geschäftsjahr der meisten österreichischen Aktiengesellschaften mit dem Kalenderjahr zusammenfällt, und da die Hauptversammlung, der der Jahresabschluss vorzulegen ist, innerhalb der ersten acht Monate eines Geschäftsjahres stattzufinden hat, endete am 31. 8. die „Hauptsaison der Hauptversammlungen“. Die meisten bis dahin abgehaltenen Hauptversammlungen sind so genannte „ordentliche“ Hauptversammlungen (dazu siehe sogleich).

Aus praktischer Erfahrung vermutet der Autor, dass auch dieses Jahr ein Großteil dieser Hauptversammlungen mit Fehlern bzw Redundanzen behaftet war. Es handelt sich dabei mehr und weniger immer um die gleichen Fehler, was nicht überrascht, wenn man bedenkt, dass es bis vor kurzem nur ein einziges Muster-Buch¹⁾ gab, das viele dieser Fehler enthielt. Die immer wiederkehrenden Fehler, die nicht dort zu finden sind, müssen daher stammen, dass Protokolle anderer Hauptversammlungen abgeschrieben werden.

Dass abgeschrieben wird, schließt natürlich nicht aus, dass sich der die Hauptverhandlung vorbereitende Notar oder Rechtsanwalt trotzdem so seine Gedanken macht. Aber schließlich ist es doch der sicherste Weg, auf Bewährtes zurückzugreifen, das schon öfter funktioniert hat. Jede Abweichung birgt ein gewisses Risiko mit Erklärungsbedarf. Und für die Mandanten aus dem Wirtschaftsleben, die man ja keinesfalls verlieren will, zählen keine Erklärungen, son-

dern nur Ergebnisse! Die einzige Erklärung, die allenfalls entschuldigend wirkt, ist die, dass es bisher immer so war und dass der nunmehrige Fehlschlag aus diesem Grund (!) völlig überraschend komme – alle anderen Erklärungen sind viel zu kompliziert. Es wird also kopiert und abgeschrieben – kleine Fehler, die sich im Laufe der Zeit einschleichen, werden nicht bemerkt und fortgeschrieben. Auch die Entwicklung vom kleinen zum großen Fehler bleibt sicher unbemerkt, wenn sie sich nur in genügend kleinen Schritten vollzieht.

Die häufig beobachteten Fehler und Redundanzen im Einzelnen:

2. Verlustverteilungsbeschlüsse

Selbst wenn der Jahresabschluss der Aktiengesellschaft einen Verlust aufweist, erfolgt regelmäßig ein Gewinnverteilungsbeschluss des Inhalts, dass der Verlust auf neue Rechnung vorgetragen wird. Dieser Beschluss ist natürlich völlig überflüssig, denn was soll den sonst mit dem Verlust geschehen? Einen Verlust kann man bekanntlich nicht ausschütten.

Dabei handelt es sich sicher um eine folgenlose Redundanz – elegant wirkt sie trotzdem nicht.

3. Feststellung der hinterlegten Aktien

Insbesondere bei Publikumsgesellschaften wird zu Beginn der Hauptversammlung immer wieder die Anzahl der hinterlegten Aktien festgestellt – völlig umsonst, weil dies nirgends gefordert und auch überhaupt nicht notwendig ist.

Wiederum: Folgenlos, aber laienhaft.

*) Der Verfasser ist Partner der Mondl Trummer Thomas & Partner Rechtsanwälte GmbH, der österreichischen Repräsentanz der internationalen Anwaltssozietät LOVELLS.

1) *Kostner*, Aktiengesellschaft.

4. Der Antrag in der Hauptversammlung

Vor Abstimmungen zu Beschlussfassungen fordern die Vorsitzenden von Hauptversammlungen oft zu einem „Antrag“ aus der Mitte „der Aktionäre“ auf, worauf sich ein entsprechend präparierter Aktionär (vertreter) erhebt und einen Antrag vom Blatt abliest.

Dabei geht es nun häufig nicht um Wahlvorschläge oder Ähnliches, wo dies durchaus Berechtigung haben kann. Oft ist dies vielmehr auch bei substantziellen Beschlüssen wie beispielsweise Satzungsänderungen zu beobachten. Diese Prozedur ist überflüssig, weil gem § 108 AktG ein Beschluss nur über Gegenstände gefasst werden kann, deren Verhandlung rechtzeitig vor der Hauptversammlung angekündigt wurde. Ein Beschluss über eine Satzungsänderung kann nur gefasst werden, wenn die beabsichtigte Satzungsänderung nach ihrem wesentlichen Inhalt ausdrücklich und fristgemäß angekündigt wurde (§ 145 Abs 2 AktG).

Das Verlesen von rechtzeitig angekündigten Anträgen durch einen Aktionär (vertreter) ist nicht schädlich – es ist aber völlig überflüssig.

5. Unterschrift des Teilnahmeverzeichnisses vor der ersten Abstimmung

Immer wieder verkünden Vorsitzende von Hauptversammlungen vor der ersten Abstimmung, dass das Teilnahmeverzeichnis fertig gestellt sei und dass dieses nun unterzeichnet werde, was dann auch tatsächlich demonstrativ geschieht. Das Teilnahmeverzeichnis ist nun aber eine dynamische Angelegenheit – Zu- und Abgänge müssen darin erfasst werden, weil eine „kasernierte“ Hauptversammlung nur in den wenigsten Ausnahmen denkbar ist. Die Unterschrift des (Zu- und Abgänge ausweisenden) Teilnahmeverzeichnisses vor dem Ende der Hauptversammlung (eigentlich: vor dem Ende der Feststellung der Anwesenheit zur letzten Abstimmung) ist Nonsense, weil es bis dahin nicht komplett sein kann.

Dieser Fehler stammt wahrscheinlich aus gedankenloser Lektüre des letzten Satzes des § 110 AktG: „Das Verzeichnis ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht aufzulegen; es ist vom Vorsitzenden zu unterzeichnen.“ Bei genauer Betrachtung dieser Bestimmung unter Berücksichtigung des Sinns muss auffallen, dass die beiden Halbsätze durch ein Sinokolon getrennt sind und dass es eben nicht heißt, „es ist dann (nämlich bei der Auflage) vom Vorsitzenden zu unterzeichnen“.

Die Pflicht zum Unterschreiben des Teilnahmeverzeichnisses ist eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung wohl nichts bewirkt, wenn das Teilnahmeverzeichnis vom Notar geführt wird. Trotzdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich ein Firmenbuchrichter eines Tages nicht mit einer Unterschrift auf dem Fragment einer Teilnahmeliste zufrieden gibt.

6. Doppelte Beschlüsse

Sehr oft werden redundante Beschlüsse gefasst: Zuerst ein Beschluss, mit welchem über den eigentlichen Gegenstand an sich entschieden wird, und dann ein zweiter Beschluss, in dem die korrespondierende Satzungsänderung beschlossen wird. Typisches Beispiel dafür ist eine Kapitalerhöhung, die zunächst grundsätzlich beschlossen wird, worauf ein weiterer Beschluss folgt, der den Betrag des Grundkapitals in der Satzung anpasst.

Es wäre nun natürlich ein interessantes Gedankenexperiment sich zu überlegen, was passiert, wenn zwar die Kapital-

erhöhung, aber nicht die Berichtigung der Satzung beschlossen würde. Vielleicht müsste man dann die Aktionäre, die für die Kapitalerhöhung, aber gegen die Berichtigung der Satzung gestimmt haben, auf Stimmabgabe für die Satzungsänderung klagen? Was aber, wenn das seltsame Ergebnis durch eine geänderte Präsenz zustande kam?

Ein die Satzung ändernder Beschluss sollte in den Kapitalerhöhungsbeschluss integriert werden. Oder es erfolgt der Kapitalerhöhungsbeschluss zusammen mit der Ermächtigung des Aufsichtsrats gem § 105 Abs 1 AktG, die Fassung der Satzung zu aktualisieren.

7. Abstimmungen im Subtraktionsverfahren

Sehr häufig verkünden die Vorsitzenden, dass die Auswertung der Abstimmungen nach dem Subtraktionsverfahren vorgenommen würden. Beim Subtraktionsverfahren werden von der Gesamtzahl der anwesenden Stimmen die Nein-Stimmen und die Stimmenthaltungen abgezogen und der Rest als Ja-Stimmen gewertet. Dieses Verfahren ist nun aber unzulässig, weil gem § 113 AktG Beschlüsse grundsätzlich der Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedürfen (soweit nicht eine noch größere Mehrheit oder andere Erfordernisse vorgeschrieben werden). Das AktG spricht eindeutig von der „Mehrheit der abgegebenen Stimmen“, die zur Beschlussfassung erforderlich ist, und nicht der „Minderheit der abgegebenen, die Beschlussfassung ablehnenden Stimmen“. Daher ist das Subtraktionsverfahren, bei dem die Ja-Stimmen lediglich errechnet werden, unzulässig²⁾ (es darf auch nicht übersehen werden, dass rechnerisch ermittelte Ja-Stimmen möglicherweise ungültig abgegeben worden wären – bei bestimmten Abstimmungsverfahren kann nicht ausgeschlossen werden, dass jemand seine Stimme zweifach abgibt, was die Stimmabgabe ungültig macht und das Mehrheitsverhältnis ändern kann).

Ganz abgesehen davon erinnert die Frage, wer sich der Stimme enthalte, irgendwie an die, wer denn schlafe (wer diese Frage in einen vollen Schlafsaal ruft und keine Antwort erhält, darf wohl nicht annehmen, dass noch alle wach sind) – ein völlig passiver Versammlungsteilnehmer wird sich auf die Frage, wer sich der Stimme enthalte, nicht melden, ohne dass deswegen angenommen werden darf, dass er für den Beschluss stimme.

Anders als die bisherigen Fehler und Redundanzen ist die Anwendung des Subtraktionsverfahrens bei der Ermittlung eines Abstimmungsergebnisses wirklich heikel, weil sie zur Anfechtung des Beschlusses führen kann.

Ein kurioses Detail ist übrigens, dass das Subtraktionsverfahren trotz entsprechender Ankündigung dann oft gar nicht angewandt wird.

8. Stimmrechtsausschluss wegen Personenidentität

Seltener anzutreffen sind (unzulässige) Stimmrechtsausschlüsse einer Kapitalgesellschaft-Aktionärin, weil ihre Organe zugleich Organe der betreffenden Aktiengesellschaft sind. Dies aber wahrscheinlich nur deshalb, weil eben entsprechende Voraussetzungen gegeben sein müssen. Sind diese gegeben,

2) So auch *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ Rz 4 zu § 111 mwN. Bei vergleichbarer Rechtslage in Deutschland *Schmidt/Meyer-Landrut* in *Großkommentar zum Aktiengesetz*²⁾: „Eine Annahme dahin, dass Aktionäre, die trotz Anwesenheit nicht mitstimmen oder sich unangemeldet entfernen, ‚stillschweigend‘ mit Ja gestimmt hätten, ist weder zu begründen noch mit dem Charakter der Stimmabgabe als einer ausdrücklichen [...] Willenserklärung zu vereinbaren“ (trotzdem findet sich das Subtraktionsverfahren in vielen Formelbüchern).

so folgt der unzulässige Stimmrechtsausschluss fast „wie das Amen im Gebet“: Seit einem Judikat³⁾ aus 1953 (!) steht aber fest, dass im dargestellten Fall Wesensgleichheit des Aktionärs mit dem Mitglied des Aufsichtsrates oder des Vorstandes nur dann anzunehmen ist, wenn die betreffende Person den Willen der Aktionärin ausschließlich beherrscht.

Auch dieser Fehler kann zur Anfechtung des jeweiligen Beschlusses führen.

9. Die Bezeichnung als „ordentliche“ Hauptversammlung

Ein sehr häufiger, zugegeben allerdings wiederum unbedeutender Fehler ist die Bezeichnung jener Hauptversammlung, in welcher der Jahresabschluss vorgelegt bzw dieser festgestellt wird, als „ordentliche“ und aller anderen als „außerordentliche“ Hauptversammlungen.

Das Gesetz schreibt verschiedentlich das Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses vor. Es ist nun auch keinesfalls außergewöhnlich, dass diejenigen, die Kapital zur Verfügung stellen, auch gewisse Mitbestimmungsrechte eingeräumt

3) OGH 2 Ob 789/52 (zu § 118 AktG).

erhalten. Daran ist nichts Außerordentliches, und eine Hauptversammlung, welche zB einen Beschluss über eine Kapitalerhöhung fassen soll, ist daher keine „außerordentliche“. Das Aktiengesetz definiert, was als außerordentliche Hauptversammlung zu bezeichnen ist: Lediglich eine aufgrund eines Antrags in der vorhergehenden Hauptversammlung einzuberufende Hauptversammlung ist eine außerordentliche. Auch wenn sich darüber diskutieren lässt, ob vielleicht jede Hauptversammlung, die aufgrund eines entsprechenden Wunsches der Aktionäre einzuberufen ist, als außerordentliche Hauptversammlung bezeichnet werden kann, sind jedenfalls alle anderen Hauptversammlungen als „ordentliche“ zu bezeichnen.

Tatsache ist, dass „ordentliche“ und „außerordentliche“ Hauptversammlungen „unordentliche“ sind, wenn sie die dargestellten Fehler und Redundanzen aufweisen.



Anmerkungen zur „unordentlichen“ Hauptversammlung

Zum Beitrag von Hermann Wenusch

RZ 2003/598 S. 689 Im Folgenden soll der Beitrag von *H. Wenusch* um zwei Anmerkungen erweitert werden: Entgegen der Ansicht von *H. Wenusch* stellt die Subtraktionsmethode ein zulässiges Verfahren dar, insofern sichergestellt ist, dass im Protokoll sowohl die Nein-Stimmen als auch die Stimmenthaltungen aufgenommen werden. Ebenso schadet die Unterzeichnung des Teilnehmerverzeichnisses vor dem ersten Abstimmungsvorgang dann nicht, wenn dieses während der Abstimmungsvorgänge fortgeführt und am Ende der Hauptversammlung vom Vorsitzenden unterschrieben wird.

**Univ.-Prof.
Dr. Christian Nowotny**
Wirtschaftsuniversität Wien

Der Beitrag von *H. Wenusch*, der einige praktische Schwächen von Hauptversammlungen aufzeigt, soll in zwei Punkten ergänzt werden:

1. Subtraktionsmethode

Entgegen der Ansicht von *Wenusch* ist die Subtraktionsmethode zweifelsohne ein zulässiges Verfahren für die Ermittlung der Mehrheit. Der Verweis auf *Strasser* (in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 111 RZ 4) ist insofern missverständlich, als *Strasser* durchaus zutreffend jenes Verfahren der Subtraktionsmethode als unzureichend kritisiert, bei dem nur die Nein-Stimmen gezählt werden. Sollte dies geschehen, so ist der Abstimmungsprozess mangelhaft, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle, die schweigen, tatsächlich für den Beschluss sind, sondern sich uU etliche Aktionäre der Stimme enthalten haben. Wird demnach das Subtraktionsverfahren, wie in der Praxis allgemein üblich, so durchgeführt, dass nach Feststellung der aktuellen Präsenz die Nein-Stimmen und die Stimmenthaltungen gezählt werden, und werden dann durch Subtraktion der sich daraus ergebenden Summe von der präsenten Stimmenzahl die Ja-

Stimmen errechnet, so ist dies eine zuverlässige Methode für die Ermittlung der Mehrheit, freilich unter der Voraussetzung, dass das Verfahren vom Vorsitzenden ausreichend klar zu Beginn der Hauptversammlung erläutert worden ist. Dies ist auch die ganz hA zum deutschen Aktienrecht (vgl OLG Düsseldorf 28. 3. 2002, ZIP 2003, 1147, 1149 unter Hinweis auf *Hüffer*, Komm AktG⁵ Rz 19; *Semler/Volhard*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung I H Rz 45; *Zöllner* in *Kölner Kommentar AktG*² § 130 Rz 34; *Eckardt* in *Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG § 130 Rz 24). Wesentlich ist, dass bei Anwendung des Subtraktionsverfahrens im Protokoll sowohl die Nein-Stimmen als auch die Stimmenthaltungen aufgenommen werden. Nach § 113 AktG werden Beschlüsse der Hauptversammlung grundsätzlich mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Ob diese Mehrheit durch Zählen der Ja-Stimmen oder der Stimmenthaltungen bzw Nein-Stimmen ermittelt wird, ist nach dem Gesetzeswortlaut gleichwertig. Es kann auch nicht angenommen werden, dass bei Anwendung des Subtraktionsverfahrens Aktionäre ihr Stimmrecht anders ausüben würden als bei bloßer Zählung der Ja-Stimmen. Stimmenthaltungen sind mE auch bei Zählung der Ja-Stim-