



Markenvertrag / Selektiver Vertrieb

GruppenfreistellungsVO-Kfz

Auftragsvergabe

Zuschlagsbekämpfung oder Schadenersatz

Ökologische Kriterien im

Vergabeverfahren

Verbandsaustritt

Fortwirkung des Kollektivvertrags

Kündigung wegen

Zunehmender Krankenstände

Gesellschafter-Geschäftsführer und

Lohnnebenkosten

Entschuldbarer Verbotsirrtum im

Abgabenstrafrecht

Gestaltungsmöglichkeiten der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates

Beschlussfähig ist der Aufsichtsrat einer AG oder GmbH mangels anderer satzungsmäßiger Regelungen, wenn mindestens drei Mitglieder anwesend sind. Die Praxis modifiziert regelmäßig diese gesetzliche Mindestvoraussetzung ohne sich jedoch Gedanken über die Zulässigkeit der Art und des Umfangs einer solchen Erschwerung der Beschlussfähigkeit zu machen.

KORNEL KOSSUTH / MARTIN GAGGL

1. FRAGESTELLUNG

§ 92 Abs 5 AktG¹⁾ setzt die für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates erforderliche Zahl an Aufsichtsratsmitgliedern mit drei fest, ohne dabei zwischen bestimmten Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern²⁾ zu unterscheiden. Gem § 92 Abs 5 S 2 AktG kann durch die Satzung ein höheres Präsenzquorum als Voraussetzung für das Vorliegen der Beschlussfähigkeit festgesetzt werden. In der Praxis finden sich regelmäßig noch weitergehende Modifikationen der Beschlussfähigkeit.³⁾ Eine rechtswissenschaftliche Durchdringung der Frage nach der Zulässigkeit solcher Modifikationen ist bisher – soweit ersichtlich – unterblieben. Im folgenden Beitrag wird daher versucht, diese Praxis unter Berücksichtigung der Lehre rechtsdogmatisch zu begründen. Dies soll vor allem anhand der Frage, ob es zulässig ist, im Rahmen der Satzung eine Unterscheidung zwischen den beiden Gruppen der Kapitaleigner- und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat dergestalt zu treffen, dass der Aufsichtsrat nur bei Anwesenheit von mindestens drei von der Hauptversammlung gewählten Mitgliedern beschlussfähig ist, erfolgen. Diese Frage ist deswegen von besonderer Relevanz, weil es hier um eine „Lenkung“ des Aufsichtsrates durch Vertrauenspersonen der Gesellschafter, und um eine Abwehr von möglichen Versuchen des Betriebsrates, den Aufsichtsrat für sich zu instrumentalisieren, geht.

2. DIE IN DER LEHRE VERTRETENEN MEINUNGEN

§ 92 Abs 5 AktG lautet wie folgt, wobei im Folgenden hauptsächlich die ersten zwei Sätze von Interesse sein werden:

„Der Aufsichtsrat oder sein Ausschuß ist nur dann beschlussfähig, wenn an der Sitzung mindestens drei Mitglieder teilnehmen (§ 95 Abs. 7 Satz 2 zweiter Halbsatz). Die Sat-

Dr. Kornel Kossuth ist Rechtsanwalt in der Kanzlei *Fiebinger, Polak, Leon & Partner*; k.kossuth@fplp.at.

Dr. Martin Gaggl ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei *Fiebinger, Polak, Leon & Partner*; m.gaggl@fplp.at.

- 1) BGBl 1965/98 idF BGBl I 2001/98.
- 2) Etwa in der Weise, dass die Anwesenheit wenigstens eines Kapitaleigners- und eines Arbeitnehmervertreters verlangt wird; zu den einzelnen Bestellungsarten der Aufsichtsratsmitglieder vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87–89 Rz 7 ff.
- 3) Häufig finden sich vor allem Klauseln mit dem Wortlaut, dass der Aufsichtsrat nur dann beschlussfähig ist, wenn der Vorsitzende oder ein Stellvertreter anwesend ist (*Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar² § 30 g Rz 8). Laut einer 1985 veröffentlichten Studie (*Kaiblinger*, Die Praxis der Satzungsgestaltung österreichischer Aktiengesellschaften, Wien 1985) wichen nur 27,5% der analysierten Aktiengesellschaften (welche ca 40% aller zum 1. 8. 1983 eingetragenen AGs darstellten) nicht von der gesetzlichen Regelung ab. Für den hier interessanten Bereich stellt *Kaiblinger* weiters fest, dass sich 8% der untersuchten Aktiengesellschaften bezüglich ihrer Anwesenheitsanfordernisse bloß auf die Zahl der von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder bezog (*Kaiblinger*, aaO 81 f).

zung kann eine höhere Zahl festsetzen. Die Beschlussfähigkeit eines Ausschusses, dem weniger als drei Aufsichtsratsmitglieder angehören ist bei Anwesenheit seiner sämtlichen Mitglieder gegeben.“

Die hA zu dieser Bestimmung, die dem § 30g Abs 5 GmbHG⁴⁾ mit Ausnahme des Klammerverweises wortwörtlich entspricht,⁵⁾ geht davon aus, dass die Satzung, abgesehen von einer bloßen Erhöhung des Präsenzquorums, auch andere Modifikationen der Beschlussfähigkeit enthalten kann.⁶⁾ Nach dieser Meinung sind insbesondere folgende Bestimmungen zulässig:

- Anwesenheitserfordernis des Aufsichtsratsvorsitzenden oder seines Stellvertreters;
- Unterbindung einer nur aus Gesellschafter- oder nur aus Arbeitnehmervertretern bestehenden Sitzung.

Gegen diese Meinung wendet sich in Österreich – bezugnehmend auf die AG – nur *Strasser*,⁷⁾ der eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gruppen der Aufsichtsratsmitglieder – und auch jede sonstige Regelung der Beschlussfähigkeit, sofern nicht ausdrücklich gesetzlich gedeckt – für unzulässig erachtet. Dies aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes, wonach bloß eine Erhöhung der für die Beschlussfähigkeit notwendigen Zahl durch die Satzung möglich ist, sowie der zwingenden Natur dieser den Aufsichtsrat betreffenden Verfahrensnorm.⁸⁾

3. EXKURS: DEUTSCHE RECHTS-LAGE

Die Mindermeinung *Strassers* wird auch von Teilen der deutschen Lehre und Judikatur zum dAktG vertreten. Nach dieser sind Satzungsregelungen unzulässig, die mit dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder und mit dem Gebot, den Aufsichtsrat funktionsfähig zu erhalten, nicht zu vereinbaren sind.⁹⁾ Obwohl dies für alle Aktiengesellschaften¹⁰⁾ gilt, unterscheidet sich die deutsche Gesetzeslage doch wesentlich von jener in Österreich. § 108 Abs 2 dAktG¹¹⁾ lautet wie folgt:

„Die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats kann, soweit sie nicht gesetzlich geregelt ist, durch die Satzung bestimmt werden. Ist sie weder gesetzlich noch durch die Satzung geregelt, so ist der Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. In jedem Fall müssen mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Der Beschlussfähigkeit steht nicht entgegen, daß dem Aufsichtsrat weniger Mitglieder als die durch Gesetz oder Satzung festgesetzte Zahl angehören, auch wenn das für seine Zusammensetzung maßgebende zahlenmäßige Verhältnis nicht gewahrt ist“

Wie bereits oben ausgeführt, gibt es in Österreich keine in dieser Ausführlichkeit direkt vergleichbare Bestimmung. Das AktG spricht nur allgemein von „Mitgliedern“, trifft jedoch keine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern. Außerdem setzt das österreichische Aktiengesetz nur eine Mindestzahl für die Beschlussfähigkeit fest und nicht – wie im deutschen Aktiengesetz – ein starres Hälftequorum. Die deutsche

Rechtslage und die hierzu von L und Rsp vertretenen Auffassungen lassen sich daher zur Lösung der Frage nach der Gestaltungsmöglichkeit der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates durch die Satzung nicht fruchtbringend heranziehen.

4. EXKURS: ARBEITSRECHT

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass es sich bei der Mitwirkung im Aufsichtsrat und der damit zusammenhängenden Mitentscheidungsbefugnis um eine imparitätische Mitentscheidungsbefugnis¹²⁾ handelt, konkret einer drittelparitätischen (plus eins).¹³⁾ Eine imparitätische Mitentscheidung bringt es mit sich, dass die Belegschaftsvertreter – bei Anwesenheit aller Abstimmenden – in der Minderzahl sind, sodass sie allein keine Anträge beschließen können. Zutreffend stellen *Schwarz/Löschnigg* denn auch fest, dass die imparitätische Mitentscheidung sich daher vor allem als Mitwirkungs- und nicht als Mitentscheidungskonstruktion in Gremien anbietet, die durch Mehrheitsbeschluss zu Entscheidungen befugt sind.¹⁴⁾

5. EIGENE MEINUNG

Sowohl die herrschende Lehre als auch *Strasser* bleiben eine stichhaltige Begründung für die jeweils von ihnen vertretene Ansicht schuldig. Grundsätzlich kann zwar der Idee *Strassers*, dass alle Bestimmungen, welche die innere Organisation des Aufsichtsrates betreffen, zwingend sind, einiges abgewonnen werden, da der Aufsichtsrat als Kontrollorgan nicht ausgehöhlt werden soll. In diese Richtung ginge auch die Argumentation, dass eine unbotmäßige Erschwerung der Beschlussfähigkeit nicht zulässig wäre. Demzufolge würde nur der Gesetzeswortlaut gelten. Schließt man sich dieser Meinung an, so wäre es dennoch möglich, in die Satzung eine Bestimmung aufzunehmen, wonach alle Mitglieder des Aufsichtsrates anwesend sein müssen, damit dieser beschlussfähig ist. Diese Möglichkeit schließt auch *Strasser* zumindest nicht explizit aus. Andererseits erklärt *Strasser* jedoch alle anderen zusätzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen der Beschlussfähigkeit, etwa in der Weise,

4) RGBI 1906/58 idF BGBl I 2001/98.

5) So dass das Ergebnis dieses kurzen Beitrages automatisch auch für die GmbH gelten muss.

6) *Wünsch*, GmbH Kommentar § 30g Rz 41, *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar² § 30g Rz 8, *Reich-Rohrwig*, GmbH Recht² I Rn 4/244, *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts⁵ 252.

7) *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 92–94 Rz 3.

8) *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87–89 Rz 7 ff.

9) *Hans-Joachim Mertens*, Kölner Kommentar² § 108 Rz 63; *Hüffer*, Aktiengesetz⁴ § 108 Rz 13 jeweils mwN.

10) Also auch für solche, die keinen paritätisch zusammengesetzten Aufsichtsrat haben.

11) BGBl I 1089/1965 zuletzt geändert durch G v 27.07. 2001 I 1887.

12) Vgl hierzu *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁸ 848.

13) Im Falle einer ungeraden Anzahl von gewählten Mitgliedern, ist ein weiterer Arbeitnehmervertreter zu entsenden (§ 110 Abs 1 ArbVG).

14) *Schwarz/Löschnigg*, aaO 848.

dass die Anwesenheit bestimmter Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern verlangt wird, für unzulässig. Diese Argumentation überzeugt nicht, weil eine satzungsmäßig vorgesehene Anwesenheitserfordernis aller Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls die Erfordernis der Anwesenheit einzelner Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern bzw bestimmter Einzelpersonen in sich einschließt. Ganz gleich, aus welchem Grund eine Erhöhung des Präsenzquorums erfolgt (so kann es im Interesse der Aktionäre liegen, sicherzustellen, dass möglichst viele Aufsichtsratsmitglieder an den jeweiligen Sitzungen mitwirken), ist zwangsläufige Auswirkung einer gesetzlich ausdrücklich zulässigen Erhöhung des Präsenzquorums jedenfalls auch eine Erschwerung der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates. Daher muss schon im Wege eines Größenschlusses die Zulässigkeit eines solchen Abhängigmachens der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates von der Anwesenheit bestimmter Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern zulässig sein.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt der Erlassung des AktG die Arbeitnehmermitbestimmung aufgrund des Betriebsrätegesetzes 1947 erfolgte. Hierin war eine starre Vertretung der Belegschaft im Aufsichtsrat durch zwei Arbeitnehmervertreter vorgesehen.¹⁵⁾ Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern stellte sich daher nicht in der Schärfe, wie aufgrund der Drittelparität (plus eins) des ArbVG.¹⁶⁾ Dass man sich bei Erlassung des ArbVG aber durchaus dieser Problematik bewusst war, beweist die in § 110 Abs 3 vierter und fünfter Satz ArbVG enthaltene „Gesellschafterchutzklausel“, die eine Majorisierung der Mehrheit der Gesellschaftervertreter durch die Minderheit mit den Arbeitnehmervertretern verhindern soll. Man könnte daher argumentieren, dass gerade weil mit Erlassung des Arbeitsverfassungsgesetzes § 92 Abs 5 AktG nicht verändert wurde (zB in Richtung der deutschen Gesetzeslage oder einer zwingenden Anwesenheit zumindest eines Arbeitnehmervertreters), eine Unterscheidung zwischen Gesellschafter- und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zulässig ist.

Aus einem rechten Verständnis des § 92 Abs 5 AktG ergibt sich außerdem, dass dieser sehr wohl dispositiver Natur ist und auch – entgegen *Strasser* – andere Voraussetzungen für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates durch die Satzung zulässt. Wie bereits ausgeführt ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes nämlich durchaus zulässig, die Beschlussfähigkeit von der Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder abhängig zu machen.¹⁷⁾ Dies würde bedeuten, dass jedes Aufsichtsratsmitglied durch schlichtes Fernbleiben von der Sitzung Aufsichtsratsbeschlüsse zumindest vorläufig¹⁸⁾ blockieren könnte. Wenn aber jedem Mitglied des Aufsichtsrates zulässigerweise ein Vetorecht eingeräumt werden kann, so muss es umgekehrt auch möglich sein, die Beschlussfähigkeit von der Anwesenheit eines bestimmten Mitgliedes oder einer gewissen Gruppe abhängig zu machen. Hierin kann auch keine größere Erschwernis der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates erblickt werden, als dies bei einem gesetzlich zulässigerweise vorgese-

henen Anwesenheitserfordernis aller Aufsichtsratsmitglieder der Fall ist.

Schließlich erscheint auch eine Argumentation, dass durch eine Regelung, wie sie unter Punkt 1 beispielhaft erwähnt wurde, die Arbeitnehmer stets (unzulässigerweise) überstimmt werden könnten, insofern verfehlt, als die Gesellschaftervertreter ja in jedem Fall die Arbeitnehmervertreter überstimmen und so Beschlüsse, die von den Arbeitnehmervertretern vorgeschlagen werden, verhindern können. Die imparitätische Mitentscheidung ist eben so ausgestaltet, dass die Arbeitnehmervertreter alleine keine Anträge durchsetzen können. Eine Beschlussfassung des Aufsichtsrates im Sinne der Arbeitnehmervertreter kann somit jederzeit durch die Gesellschaftervertreter vereitelt werden, ohne zugleich eine Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrates herbeiführen zu müssen. Es besteht daher immer die Gefahr, dass durch gezielte Absprache der Gesellschaftervertreter die Arbeitnehmermitwirkung ausgehöhlt wird, ohne dass es dafür einer besonderen Satzungsbestimmung der unteruchten Art bedürfen würde. Eine besondere Garantie einer Arbeitnehmermitbestimmung gibt es in Österreich eben nicht.

6. ERGEBNIS

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass nicht der Meinung *Strassers*, sondern der (bisher ebenso unbegründet gebliebenen) Meinung der herrschenden Lehre zu folgen ist. Die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates einer AG oder GmbH kann daher zulässigerweise von der Anwesenheit bestimmter Personen oder Personengruppen abhängig gemacht werden. Eine Schranke findet die Gestaltungsmöglichkeit lediglich in der gesetzlichen Verpflichtung, dass mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder anwesend sein müssen, damit der Aufsichtsrat beschlussfähig ist.

15) Vgl hierzu *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁹ 919.

16) BGBl 1974/22 idF BGBl I 2001/98.

17) In diese Richtung weist auch der letzte Satz des § 92 Abs 5 AktG, der die Beschlussfähigkeit eines Ausschusses von der Anwesenheit sämtlicher Mitglieder abhängig macht, wenn dem Ausschuss weniger als drei Mitglieder angehören.

18) Zur Möglichkeit einer Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch das Gericht vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87 – 89 Rz 25 ff. Die Bestimmung des § 89 AktG bezieht allerdings nur auf die Kapitalvertreter und nicht auch auf die Arbeitnehmervertreter.

SCHLUSSSTRICH

Die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates einer AG oder GmbH kann zulässigerweise von der Anwesenheit bestimmter Personen oder Personengruppen abhängig gemacht werden. Eine Schranke findet die satzungsmäßige Gestaltungsmöglichkeit lediglich in der gesetzlichen Verpflichtung, dass mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder anwesend sein müssen, damit der Aufsichtsrat beschlussfähig ist.