

Abschluß von Vorstandsverträgen im Aufsichtsratsplenum

Gemäß § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG bedarf ein Beschluß des Aufsichtsrates über die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Vorstandes, abgesehen von den allgemeinen Beschlußerfordernissen des AktG, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Mehrheit der nach dem AktG 1965 oder der Satzung bestellten Mitglieder. Durch diese als „Aktionärsschutzklausel“ bezeichnete Bestimmung (auch „doppelte Mehrheit“) soll sichergestellt werden, daß die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat die volle Kontrolle über die Besetzung des geschäftsführenden Organs behalten und verhindert werden, daß eine Minderheit der Aktionärsvertreter gemeinsam mit den Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat die Mehrheit der Aktionärsvertreter hinsichtlich der Vorstandsbestellung überstimmt.

§ 110 Abs 4 ArbVG zufolge haben die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat das Recht, für Ausschüsse des Aufsichtsrates nach den Grundsätzen der Drittelparität Mitglieder mit Sitz und Stimme namhaft zu machen. Dies gilt jedoch nicht für Ausschüsse, die „die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes“ behandeln. Zu diesen Angelegenheiten zählt nach unbestrittener Ansicht insbesondere die Verhandlung und der Abschluß des *Anstellungsvertrages* von Vorstandsmitgliedern.

Wird der Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern daher in einem Ausschuß des Aufsichtsrates beschlossen – wie dies in der Praxis die Regel ist –, so besitzen die Belegschaftsvertreter weder ein Teilnahme- noch ein Stimmrecht.

Wird der Anstellungsvertrag jedoch im Aufsichtsratsplenum verhandelt und beschlossen, so gelten nach offenbar einhelliger, bislang jedenfalls nicht substantiiert bestrittener Ansicht *keinerlei Beschränkungen* des Stimmrechts der Belegschaftsvertreter. Auch die Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ wird in diesem Fall abgelehnt.

Der folgende Beitrag untersucht, ob die dargestellte Auffassung tatsächlich zutreffend ist.

I. Bisheriger Meinungsstand

Zur Frage, ob im Falle der Behandlung des Anstellungsvertrages von Vorstandsmitgliedern im Plenum

des Aufsichtsrates die vom Betriebsrat entsendeten Aufsichtsratsmitglieder ein Teilnahme- und/oder Stimmrecht besitzen, existiert eine Anzahl von Lehr-

meinungen, jedoch keine (zumindest keine veröffentlichte) Judikatur.

Eine Durchsicht der Stimmen in der Literatur ergibt, daß die ganz herrschende Meinung bei der Behandlung der „Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes“ (vgl die Textierung des § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG idF der Nov 1986) im Plenum des Aufsichtsrates den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat das uneingeschränkte Stimmrecht zugesteht.

An die Spitze der Literaturanalyse sei die Meinung von Strasser¹⁾ gestellt, weil diese besonders instruktiv ist. Strasser führt folgendes aus:

„Schon vor Inkrafttreten des ArbVG war es selbstverständlich zulässig, wenn auch unüblich, die vertragsrechtlichen Beziehungen von Vorstandsmitgliedern statt im Rahmen eines Ausschusses im Plenum des Aufsichtsrates zu behandeln. Geschah dies, dann hatten die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat trotz der Bestimmung des § 92 Abs 4 AktG das Recht auf Teilnahme an den Verhandlungen und das uneingeschränkte Stimmrecht. Man kann diese sicher sonderbare Rechtslage nur damit erklären, daß der Gesetzgeber des AktG 1965 bei der Formulierung der Regelung des § 92 Abs 2 AktG ganz einfach darauf vertraute, daß die Aufsichtsratskollegien in der Praxis solche Fragen regelmäßig in einen Ausschuß verlagern würden und daß er für den Fall, daß dies nicht geschah und solche Fragen im Plenum behandelt würden, es in Kauf nahm, daß dann die Arbeitnehmervertreter volles Teilnahme- und Stimmrecht hatten. Dieses war ihnen, so könnte man juristisch sagen, vom Aufsichtsrat durch eine Nichtgebrauchnahme von der Regelung des § 92 Abs 4 AktG, dh durch die Nichtverlagerung in den Ausschuß, stillschweigend eingeräumt worden. Mit anderen Worten ausgedrückt heißt dies, der Gesetzgeber glaubte, die Interessen der Kapitaleseite an der Nichtbeteiligung der Arbeitnehmervertreter an Verhandlungen und Entscheidungen über Fragen der vertragsrechtlichen Beziehungen der Vorstandsmitglieder dadurch ausreichend zu schützen, daß er die Verlagerung dieser Fragen in einen Ausschuß zuließ und den Arbeitnehmervertretern in diesem Ausschuß das Teilnahme- und Stimmrecht nahm. Aus denselben Erwägungen hat dann das ArbVG in § 110 für das Teilnahme- und Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium keine Einschränkung in bezug auf Fragen der vertragsrechtlichen Beziehungen der Vorstandsmitglieder vorgesehen. Damit ist die Rechtslage dieselbe geblieben (gemeint: wie unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes 1947 – Anm der Verfasser). Die Mehrheit im Aufsichtsrat (hiebei sind die Arbeitnehmervertreter voll stimmberechtigt), die darüber zu befinden hat, ob und welche Angelegenheiten einem Ausschuß zur Entscheidung überantwortet werden, kann nach geltendem Recht Fragen der vertragsrechtlichen Beziehungen der Vorstandsmitglieder entweder einem Aus-

schuß zur Entscheidung übertragen und damit die Arbeitnehmervertreter von Teilnahme und Abstimmung ausschließen, oder aber diese Fragen im Plenum belassen und damit den Arbeitnehmervertretern Teilnahme- und Stimmrecht gewähren.“

An anderer Stelle²⁾ führt Strasser aus:

„Nach § 110 Abs 3 ArbVG sind die Arbeitnehmervertreter im Plenum des Aufsichtsrates bei Fragen der vertragsrechtlichen Beziehung der Vorstandsmitglieder voll stimmberechtigt, während ihnen, wenn dieselben Fragen in einem Ausschuß des Aufsichtsrates behandelt werden, die Teilnahme der Verhandlung darüber und das Stimmrecht gemäß § 92 Abs 4 AktG entzogen ist.“

Eine inhaltlich gleichlautende, wenn auch ganz knappe Stellungnahme findet sich bei Floretta-Strasser³⁾, wo es zu § 110 Abs 4, letzter Satz ArbVG heißt:

„Soweit derartige Fragen (dh Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes) im Aufsichtsratsplenium behandelt werden, kommt den Arbeitnehmervertretern das volle Stimmrecht zu.“

Eine weitere Stellungnahme zum Problem lieferte Geppert⁴⁾. Dieser Autor, der vor allem der Entstehungsgeschichte des § 92 Abs 4 AktG viel Raum widmet, schreibt:

„Nach § 110 Abs 3 ArbVG sind die Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat bei der Behandlung von Fragen der vertraglichen Beziehungen der Vorstandsmitglieder im Aufsichtsratsplenium voll stimmberechtigt. Wird dazu jedoch durch einen Mehrheitsbeschluß des Aufsichtsrates, an dem die Arbeitnehmervertreter gleichberechtigt mitwirken können, ein Ausschuß im Sinne des § 92 Abs 4 AktG ohne sie eingesetzt, dann fällt für diese die Möglichkeit der Teilnahme an den Verhandlungen und das Stimmrecht weg. Am Zustandekommen des Anstellungsvertrages wirken die Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat jedenfalls dann mit, wenn die Kapitaleseite im Aufsichtsrat untätig bleibt und so die gegenständliche Angelegenheit dem Aufsichtsratsplenium zur Entscheidung beläßt⁵⁾“.

Die eingehendste Auseinandersetzung mit der Problematik enthält die Habilitationsschrift von Marhold⁶⁾. Daraus sei im folgenden zitiert (36f):

„Die Konstruktion des Ausschlusses der Arbeitnehmervertreter von der Gestaltung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern ist eigenartig. Die Gestaltung dieser „Beziehungen“ wird nicht generell dem Einflußbereich der Belegschaftsvertreter entzogen, deren Mitwirkung oder Ausschluß hängt vielmehr von der Willensbildung im Plenum des Aufsichtsrates ab. Nur wenn im Plenum

¹⁾ FS Schwind 317.

²⁾ ArbVG³ Anm 56 § 110; ähnlich bereits Floretta-Strasser, ArbVG HandKomm 720).

³⁾ Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer AG und die Bestellung sowie Anstellung von Vorstandsmitgliedern durch Aufsichtsratsausschüsse, DRdA 1980, 177 ff, 182 ff.

⁴⁾ Geppert, DRdA 1980, 182 f.

⁵⁾ Aufsichtsratsstätigkeit und Belegschaftsvertretung 36 ff.

⁶⁾ Die Ernennung (der Widerruf der Ernennung) eines Vorsitzenden des Vorstandes nach Aktienrecht und Arbeitsverfassungsrecht, FS Schwind 318.

des Aufsichtsrates die Einsetzung eines Ausschusses zur Regelung der „Beziehungen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern“ beschlossen wird, verlieren die Aufsichtsratsmitglieder aus dem Kreis der Arbeitnehmer dieses Mitwirkungsrecht. Diese Konstruktion macht eine dogmatische Einordnung und Erklärung schwer. Die sonst naheliegendste Erklärung wäre, daß die Regelung der Rechtsverhältnisse der Vorstandsmitglieder schon deshalb mitbestimmungsfeindlich sei, weil diese als Organwalter bestimmter Personen vom Geltungsbereich der Betriebsverfassung gemäß § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG ausgenommen sind. In diesem Fall dürfte nicht unterschieden werden, ob die Beschlußfassung in einem Ausschuß oder im Plenum des Aufsichtsrates erfolgt, die Arbeitnehmervertreter dürften ganz allgemein in die Beziehungen der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft nicht eingreifen. Diese Konsequenz zieht das AktG aber nicht, nach seiner Regelung ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse nicht mitbestimmungsfeindlich, sondern bloß mitbestimmungsdispositiv. Die Erklärung für diese Lösung ist daher nicht nur im Verhältnis zwischen Vorstand und Belegschaftsvertretung zu suchen. ME kann das Ausschließungsrecht des Aufsichtsratsplenums – will man sich nicht mit dem Hinweis auf einen politischen Kompromiß begnügen – ebenfalls aus dem Blickwinkel des Aktionärsschutzes mit Sinn erfüllt werden“.

Nach einer kurzen Referenzierung der oben bereits zitierten Auffassung von Strasser⁷⁾ fährt Marhold⁸⁾ fort:

„Damit (nämlich mit der Auffassung von Strasser – Anm der Verfasser) mag zwar die Absicht des Gesetzgebers des AktG 1965 verdeutlicht werden, ist aber die entscheidende Frage noch nicht beantwortet, warum er die Anteilseignervertreter ermächtigt, die Rechtsverhältnisse der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft ohne Beteiligung der Arbeitnehmervertreter auszuhandeln. ME ist die Erklärung für diese Vorgangsweise im Zusammenhang zwischen Anstellungsvertrag und Vorstandsbestellung zu suchen. Obwohl – worauf gleich Bezug genommen wird – streng zwischen der organschaftlichen Beziehung zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft einerseits und der schuldrechtlichen Beziehung im Anstellungsvertrag andererseits zu unterscheiden ist, hängen organschaftliche Bestellung und schuldrechtliche Anstellung doch stark zusammen. Das in Aussicht genommene Vorstandsmitglied wird die Übernahme des Organschaftsverhältnisses in der Regel nur dann akzeptieren, wenn es den Bedingungen des Anstellungsvertrages zustimmen kann. Das bedeutet umgekehrt, daß der im komplizierten Abstimmungsverfahren des § 110 Abs 3 ArbVG erzielte, allenfalls erst nach Ausübung des Sperrrechts der Anteilseignervertreter geschlossene Kompromiß zwischen Aktionärs- und Arbeitnehmerbank durch das Aushandeln des Anstellungsvertrages nochmals gefährdet werden könnte. Ist einmal eine Entscheidung über die Bestellung gefallen, sollen die Anteilseignervertreter nicht von neuem unter Kompromißdruck ge-

raten. Andererseits würde der Einfluß der Arbeitnehmervertreter auf die Vorstandsbestellung über das durch die doppelte Mehrheit gegebene Ausmaß noch weiter reduziert, wären die Arbeitnehmervertreter vom Abschluß des Anstellungsvertrages generell ausgeschlossen. Diesfalls hätten es die Anteilseignervertreter bzw deren Mehrheit nochmals in der Hand, durch die Festlegung unzumutbarer Bedingungen des Anstellungsvertrages die Bestellung eines ihren Vorstellungen nicht voll entsprechenden Kandidaten zu verhindern. Offenbar deswegen gibt der Gesetzgeber dem „starken“ Betriebsrat, der im Plenum des Aufsichtsrates gemeinsam mit einer Minderheit der Anteilseignervertreter die Mehrheit besitzt, die Möglichkeit, durch Verhinderung der Einsetzung eines besonderen Ausschusses (sog Personalausschuß) seinen Einfluß auf die Kür des Vorstandsmitgliedes zu wahren. Dort aber, wo zur Absicherung der kompromißhaften Vorstandsbe- und -anstellung die Absicherung des Stimmenanteils der Arbeitnehmervertreter nicht notwendig ist (weil die Anteilseignervertreter einig sind), trägt das Gesetz dem Interessensgegensatz zwischen Geschäftsleitung und Belegschaft voll Rechnung und gestattet den Ausschluß der Arbeitnehmervertreter von der Gestaltung der Rechtsbeziehung zu den Vorstandsmitgliedern. Im Ergebnis dient die vom AktG gewählte Konstruktion daher der Sicherung des Einflusses der Plenumsmajorität auf die Vorstandsbestellung. Der besondere Schutz der Anteilseignervertreter bei der Anstellung der Vorstandsmitglieder ist freilich von geringerer Intensität als bei deren Bestellung. Hier ist der Mehrheit der Anteilseignervertreter kein Sperrrecht eingeräumt. (Hervorhebung durch die Verfasser). Der Ausschluß der Arbeitnehmervertreter ist nicht zwingend. § 92 Abs 4 AktG verbietet die Teilnahme der Belegschaftsvertreter an der Gestaltung der Beziehungen zum Vorstand nicht. Erstens läßt er sie ja im Plenum zu und zweitens wird für den Personalausschuß lediglich eine Ausnahme vom sonst bestehenden Anspruch der Arbeitnehmervertreter auf Mitwirkung in jedem Ausschuß getroffen. Die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in einen Ausschuß, der die „Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes“ regeln soll, ist somit zulässig, sie ist nur nicht geboten. Anders als bei der Vorstandsbestellung, bei der – wie wir oben gesehen haben – der Aufsichtsrat bei der Beschlußfassung in „Kurien“ zerfällt, wird bei der Anstellung noch von der individuellen Gleichberechtigung aller Aufsichtsratsmitglieder ausgegangen“.

Keine abschließende Stellungnahme findet sich bei Kastner-Doralt-Nowotny⁹⁾. Dennoch sind gerade die Ausführungen dieser Autoren interessant:

„Fraglich ist, ob das Fehlen des Entsendungsrechts der Arbeitnehmervertreter für den Ausschuß, der – schuldrechtliche – Beziehungen zum Vorstandsmitglied (insbesondere den Anstellungsvertrag) behandelt, Ausdruck einer Art Interessenkollision oder Befangenheit der Arbeitnehmer in diesen Angele-

⁷⁾ FS Schwind 319.

⁸⁾ AaO 37 f.

⁹⁾ Gesellschaftsrecht⁵ 255 f.

genheiten ist; dann wäre der Ausschluß der Arbeitnehmervertreter auch bei der Befassung durch das Plenum zu erwägen. Die herrschende Lehre sieht die Bestimmung eher als pragmatischen Kompromiß und zieht diesen Analogieschluß nicht“.

Eine derartige Interessenkollision bei der Abstimmung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat über Fragen der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes dürfte hingegen Schiemer¹⁰⁾ bejahen. Schiemer führt aus:

„Mit dem Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen Aufsichtsratsmitglieder wegen Interessenkollision von der Mitbestimmung im Aufsichtsrat ausgeschlossen sind, befaßt sich das Gesetz nur in Ansehung eines ganz speziellen, aus der dienstrechtlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmervertreter von der Unternehmensleitung resultierenden Kollisionsfalls (§ 92 Abs 4, 2. Satz). Dazu war sich der Justizausschuß einig, „daß nach den Grundsätzen des geltenden österreichischen Rechts bei Vorliegen einer echten Interessenkollision das Teilnahme- und Stimmrecht jedes Aufsichtsratsmitgliedes, also auch der Betriebsratsvertreter entfällt . . . Die Darlegung der Rechtsgrundsätze, die zu dem genannten Ergebnis führen sollen, ist unterblieben. Es wird auch nicht gesagt, unter welchen Voraussetzungen eine echte Interessenkollision vorliegt. Davon kann beim Zusammentreffen gegensätzlicher Interessen gesprochen werden, denen eine Person nicht gerecht werden kann, weil sie bei Wahrung der einen Interessenlage die andere verletzt. Dennoch führt nicht jeder derartige Konflikt dazu, daß das Mitbestimmungsrecht in der Hauptversammlung und in den Verwaltungsgremien entfällt. Der Ausschluß des Aktionärsrechts auf Mitbestimmung in der Hauptversammlung wegen grundsätzlicher Interessenlagen ist auf wenige Fälle beschränkt (§§ 30 Abs 9, 114 Abs 5 und 6, 118 Abs 1, 2. Satz), deren enge sachliche Determinierung den Schluß rechtfertigt, daß darüber hinaus für Abstimmungen in der Hauptversammlung andere Kollisionsfälle nicht erfaßt werden . . . Das Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat versagt das AktG wegen Interessenkollision ausdrücklich nur in einem einzigen Fall (§ 92 Abs 4, 2. Satz), dessen Grenzen schon oben aufgezeigt worden sind. Diesfalls keine andere Kollisionsfälle anzuerkennen, würde bedeuten, daß es bei Abstimmungen im Plenum des Aufsichtsrats für alle Organmitglieder (also auch für die Arbeitnehmervertreter) und in den Ausschüssen für die Aktionärsvertreter wegen Interessenkollision überhaupt keinen Stimmrechtsausschluß gäbe (was auch für den Vorstand zu gelten hätte, weil es insoweit an jeglicher Regelung gebricht). Deswegen und in Ermangelung einer allgemeinen Handhabe (vgl § 34 dBGB) rechtfertigt es sich, den Stimmrechtsausschluß nach § 114 Abs 5 in der HV bei Kollision mit Eigeninteressen eines Aktionärs sinngemäß auf Abstimmungen im Aufsichtsrat (und im Vorstand) bei Kollision mit Eigeninteressen eines Organmitglieds anzuwenden.“

¹⁰⁾ AktG² Anm 1.3. zu § 92.

Ohne daß Schiemer dies definitiv ausspricht, scheint der genannte Autor – im Gegensatz zu den oben zitierten Lehrmeinungen – offenbar die Ansicht zu vertreten, die Teilnahme von Arbeitnehmervertretern bei der Behandlung von Vorstandsfragen sei auch im Aufsichtsratsplenum ausgeschlossen, weil der von § 92 Abs 4, 2. Satz AktG ausdrücklich nur für den Ausschluß verfügte Ausschluß von Arbeitnehmervertretern von der Behandlung der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes Ausdruck einer „Interessenkollision“ sei, die bei dem vom Betriebsrat entsendeten Aufsichtsratsmitgliedern im Falle ihrer Mitbestimmung aufträte. Bejaht man dies – worauf unten zurückzukommen sein wird – dann muß, worauf Kastner-Doralt-Nowotny (siehe oben) hingewiesen haben, auch für die Abstimmung im Aufsichtsratsplenum den Arbeitnehmervertretern das Stimmrecht versagt bleiben.

Nicht konkret zum hier interessierenden Problem äußern sich Geppert-Moritz¹¹⁾, die von Kastner-Doralt-Nowotny ebenfalls als Vertreter der „herrschenden Lehre“ angeführt werden. Geppert-Moritz behandeln an der zitierten Stelle bloß die Frage des Entfalls des Teilnahme- und Stimmrechtes von Aufsichtsratsmitgliedern im allgemeinen und der vom Betriebsrat entsendeten Mitglieder im besondern bei Interessenkollision und vertreten die Meinung, daß insbesondere bei vom Betriebsrat entsendeten Mitgliedern eine derartige Interessenkollision nur in ganz seltenen Fällen vorkommen werde. Eine dezidierte Stellungnahme zur Behandlung von Vorstandsfragen im Aufsichtsratsplenum findet sich bei Geppert-Moritz jedoch nicht.

Ebenfalls keine Aussage zur gegenständlichen Problematik enthält der bei Kastner-Doralt-Nowotny¹²⁾ zitierte Beitrag von Kastner¹³⁾. Kastner¹⁴⁾ befaßt sich bloß, wie knapp vor ihm Schneider¹⁵⁾, mit der Entstehungsgeschichte des § 92 Abs 4 AktG 1965 und der damals erörterten Frage, ob und inwieweit die vom Betriebsrat in den Aufsichtsrat entsendeten bzw in einem Ausschuß vertretenen Aufsichtsratsmitglieder von einer Interessenkollision betroffen wären. Der von Kastner-Doralt-Nowotny¹⁶⁾ als weiterer Vertreter der herrschenden Lehre angeführte Cerny¹⁷⁾ gibt ebenfalls keine Stellungnahme zur Frage ab, ob bei der Behandlung des Anstellungsvertrages von Vorstandsmitgliedern im Aufsichtsratsplenum die Arbeitnehmervertreter teilnehmen bzw mitstimmen. Cerny führt bloß aus: „Ohne Beziehung von Arbeitnehmervertretern können Ausschüsse des Aufsichtsrates nur zur Regelung der Beziehungen zwischen Vorstandsmitglied(ern) und Gesellschaft eingesetzt werden. Dieser Ausschuß schließt in der Regel die Anstellungsverträge mit den Vorstandsmitgliedern als Vertreter der Gesellschaft ab“.

¹¹⁾ Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 179 ff.

¹²⁾ Gesellschaftsrecht⁵ 256 Fn 96.

¹³⁾ AktG 1965, JBl 1965, 392ff = Kastner, Aufsätze 261 ff.

¹⁴⁾ Aufsätze 268.

¹⁵⁾ Probleme der Aktienrechtsreform, ÖJZ 1964, 618 ff.

¹⁶⁾ Gesellschaftsrecht⁵ 256 Fn 96.

¹⁷⁾ ArbVG⁶ Anm 26 zu § 110.

Weiters vertritt *Cerny* – offenbar unter Berufung auf die Meinung von *Geppert*¹⁸⁾, wenn auch ohne Zitierung – die Meinung, den Arbeitnehmervertretern sei auch dann, wenn sie dem Aufsichtsratsausschuß nicht angehörten, der *Inhalt* der Verträge der Vorstandsmitglieder bekanntzugeben.

II. Eigene Stellungnahme

1. Vorbemerkung

Diese – aus Gründen der Anschaulichkeit relativ ausführlich geratene – Literaturanalyse hat das eher merkwürdige Ergebnis zu Tage gefördert, daß die sehr breit und prominent vertretene „herrschende Ansicht“, derzufolge der Abschluß des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenium unter *voller Beteiligung* der Arbeitnehmervertreter zu geschehen hat, *kaum begründet*, sondern offenbar als selbstverständlich *vorausgesetzt* wird.

Genau besehen, findet sich eine Begründung nur bei *Strasser*¹⁹⁾ – nämlich dahingehend, daß der Gesetzgeber des AktG 1965 bei der Formulierung des § 92 Abs 4 AktG ganz einfach „darauf vertraut“ habe, daß Vorstandsfragen in der Praxis regelmäßig im Ausschuß behandelt würden und daß der Gesetzgeber für den Fall, daß dies nicht geschehe, die Befassung des Plenums mit vollem Teilnahme- und Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter offenbar „in Kauf genommen“ habe.

Dies ist zwar eine Begründung; ob diese Begründung überzeugt, scheint jedoch fraglich, weil man – von der Prämisse *Strassers* ausgehend, der Gesetzgeber sei der Auffassung gewesen, Vorstandsangelegenheiten würden regelmäßig in Ausschüssen erledigt – wohl ebensogut den Schluß ziehen könnte, der Fall der Behandlung des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenium sei vom Gesetzgeber gar *nicht bedacht* worden, weshalb eine durch Analogie ausfüllungsbedürftige *Lücke* vorliege.

*Geppert*²⁰⁾ und *Marhold*²¹⁾, die dem gegenständlichen Problem an sich viel Raum widmen, begründen die Auffassung vom Teilnahme- und Stimmrecht beim Abschluß des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenium in Wahrheit nicht, sondern *setzen* dieses Teilnahme- und Stimmrecht – offenbar unter Berufung auf § 110 Abs 3 ArbVG – vielmehr *voraus* und verwenden die genannte Auffassung sogar als *Prämisse* für weitere Überlegungen. Besonders deutlich wird dies etwa bei *Geppert*²²⁾, wenn dieser die von ihm vertretene Ablehnung der Ansicht, § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG schließe die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat deshalb von der Behandlung von Vorstandsangelegenheiten im Ausschuß aus, weil Betriebsratsmitglieder als Arbeitnehmer der Aktiengesellschaft nicht an der Bestimmung ihres „Chefs“ mitwirken könnten, unter anderem damit begründet, daß der Ausschluß der Betriebsratsmitglieder

¹⁸⁾ DRdA 1980, 188.

¹⁹⁾ FS *Schwind*, 319.

²⁰⁾ DRdA 1980, 182 ff.

²¹⁾ Aufsichtsratsstätigkeit und Belegschaftsvertretung 36 ff.

²²⁾ DRdA 1980, 184.

vom Zustandkommen des Anstellungsvertrages „*kein absoluter ist, da sie im Falle einer Abstimmung im Plenum auch von den Aktionärsvertretern im Aufsichtsrat den Ausschlußberatungen (freiwillig) beigezogen werden können*“.

Dieser Ansatz führt unter dem Blickwinkel des im Rahmen dieses Beitrages zu behandelnden Problems freilich nicht weiter, weil die Teilnahme der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium bei der Behandlung des Anstellungsvertrages von Vorstandsmitgliedern ja *erst zu begründen* wäre.

2. Stimmverbot wegen Interessenkollision?

Die weiteren Überlegungen erfordern es, unter anderem die Frage zu untersuchen, welchen tieferen Sinn die Regelung in § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG bzw in § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG besitzt, wonach eine (mit Inkrafttreten der ArbVG-Novelle 1986 drittelparitätische) Vertretung der vom Betriebsrat in den Aufsichtsrat entsendeten Mitglieder in jenen Aufsichtsratsausschüssen nicht stattfindet, „die die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes behandelt“. Insbesondere ist zu klären, ob dieser Regelung die Überlegung zugrundeliegt, die Belegschaftsvertreter befänden sich bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag in einem *Interessenkonflikt*.

Es ist weitgehend anerkannt, daß das Teilnahme-, insbesondere aber das Stimmrecht von Aufsichtsratsmitgliedern dann entfällt, wenn ein Fall „echter Interessenkollision vorliegt, der es dem Aufsichtsratsmitglied praktisch unmöglich macht, seine – primär am Wohl des Unternehmens der Aktiengesellschaft orientierten²³⁾ – Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Darüber bestand im Rahmen der Entstehung des AktG 1965 und insbesondere der Fassung von § 92 Abs 4 AktG Einigkeit²⁴⁾.

*Kastner*²⁵⁾ berichtet, daß bei den Beratungen des AktG 1965 im Justizausschuß gerade mit dem Hinweis auf den möglichen Stimmrechtsausschluß bei echter Interessenkollision die in Wirtschaftskreisen vorgebrachten Bedenken gegen eine Erweiterung der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat zerstreut wurden (offenbar weil man der Meinung war, im *Einzelfall* könnten die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vom Stimmrecht ausgeschlossen wer-

den). Eine generelle Regelung – so *Kastner*²⁶⁾ – sei damals jedoch nicht für zweckmäßig gehalten worden, insbesondere deshalb, um mögliche Umkehrschlüsse zu vermeiden.

Der gerade erwähnte Aspekt ist für das gegenständliche Problem deshalb von großer Bedeutung, weil dann, wenn man die durch § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG bzw die gleichlautende Regelung des § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG verfügte Ausschließung von Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsratsausschüssen bei der Beratung und Beschlußfassung über Vorstandsangelegenheiten damit begründet, daß Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei derartigen Angelegenheiten *generell* von einer Interessenkollision betroffen wären, der Teilnahme- bzw Stimmrechtsausschluß *notwendigerweise auch für das Plenum* zu gelten hätte, weil dort die Interessenlage keine andere sein kann als im Ausschluß²⁷⁾.

Dies würde bedeuten, daß § 110 Abs 3, 6. Satz ArbVG, wonach „im übrigen“, dh außerhalb der Beschlußfassung über die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Vorstandes sowie über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines ersten Stellvertreters, die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat „gleiche Rechte und Pflichten wie nach dem AktG 1965 oder der Satzung bestellte Aufsichtsratsmitglieder“ besitzen, dem Entfall des Stimmrechtes der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium nicht im Wege stünde. Der Stimmrechtsausschluß wegen Interessenkollision aus Gründen *in der Sphäre des Aufsichtsratsmitgliedes* würde ja nichts daran ändern, daß dieses Aufsichtsratsmitglied *grundsätzlich* „gleiche Rechte“ wie andere Aufsichtsratsmitglieder besitzt.

Sieht man den wesentlichen Regelungszweck des § 92 Abs 2, letzter Satzteil AktG bzw § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG daher in der vom Gesetz gleichsam „unwiderleglich vermuteten“ Interessenkollision, dann wäre die eingangs dieses Beitrages dargestellte herrschende Lehre klar widerlegt, die sich – wenn auch teilweise unausgesprochen – ja primär auf § 110 Abs 3, 6. Satz AktG zu stützen scheint.

Allerdings ist uE eine *generelle* und „echte“ Interessenkollision bei der Teilnahme von Arbeitnehmervertretern an der Beschlußfassung über Vorstandsangelegenheiten im allgemeinen und über den Abschluß des Anstellungsvertrages im besonderen *nicht* zu bejahen. Schon *Schneider*²⁸⁾ hat grundsätzlich zutreffend darauf hingewiesen, „*daß gerade die Auswahl derjenigen Personen, die mit der Geschäftsführung und der Vertretung der AG betraut werden sollen, das Wohl des Betriebes sehr weitgehend, wenn nicht überhaupt am entscheidendsten, beeinflusst. Wenn daher einem Delegierten das Recht eingeräumt ist, an der Führung und der Verwaltung des Betriebes mitzuwirken, . . . dann ist nicht einzusehen, warum er gerade von der Wahl der Vorstandsmitglieder ausgeschaltet werden soll*“. Freilich räumt *Schneider*²⁹⁾ in unmittelbarem

²³⁾ Vgl die auch für den Aufsichtsrat geltende Leitlinie des § 70 Abs 1 AktG.

²⁴⁾ Vgl *Kastner*, Aufsätze 268; *Schiemer*, AktG² Anm 1.3. zu § 92; vgl auch *Geppert*, DRdA 1980, 184 f; *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht² 243, 248, 252; *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, FS *Strasser* 851 f; *Marhold*, Aufsichtsratsstätigkeit 121 ff; allg zu Konfliktsituationen von Aufsichtsratsmitgliedern *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat 121 ff, 149, 170, 173, 196 ff: Aus seiner Darstellung wird deutlich, daß in der überwiegenden Mehrzahl der in der Praxis auftretenden Fälle die Konfliktsituation nicht durch ein Stimmverbot bzw den Zwang zur Stimmhaltung gelöst werden kann; vielmehr geht es primär um Fragen der Vertraulichkeit und Verschwiegenheitspflicht, um die Geheimhaltung bestimmter Umstände *durch* und notfalls auch *gegenüber* (*Lutter*, Information 148 f) von einer Konfliktsituation betroffenen Aufsichtsratsmitgliedern.

²⁵⁾ Aufsätze 268.

²⁶⁾ Aufsätze 268.

²⁷⁾ Vgl Fn 9.

²⁸⁾ ÖJZ 1964, 620.

²⁹⁾ ÖJZ 1964, 620.

Zusammenhang mit der zuletzt zitierten Aussage ein, daß die Befugnis, den Anstellungsvertrag mit den einzelnen Vorstandsmitgliedern zu vereinbaren, „auf einer ganz anderen Ebene“ liege, weil die (damals geltende) Regelung des § 14 Abs 1 Z 9 BRG „ja ohnedies“ bestimme, daß der Betriebsrat die Kompetenz zur Überprüfung und Überwachung der Lohn- und Gehaltsgestaltung habe, Direktoren und leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluß auf die Geschäftsführung zustehe (vgl heute § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG), jedoch nicht nur auf dem Sektor der Bezüge, sondern überhaupt wegen ihrer „praktischen Funktion als Unternehmer“ dem Einfluß des Betriebsrates entzogen seien.

Dies führt zur Frage, ob daraus, daß Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften gem § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG keine Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn – nach der neueren Rechtsprechung nicht einmal Arbeitnehmer im arbeitsvertraglichen Sinn³⁰⁾ – sind und damit aus der Vertretungskompetenz des Betriebsrates herausfallen, die generelle Unzulässigkeit der Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat an der Beratung und Beschlußfassung über Vorstandsangelegenheiten folgt. Diesem Argument wird von *Geppert*³¹⁾ zwar noch am ehesten der Charakter einer tauglichen Erklärung für die Entstehungsgeschichte des § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG zugestanden, doch meint *Geppert* andererseits, der Ausschluß der Vorstandsmitglieder aus der gesetzlichen Betriebsverfassung sei zwingend, weil diese Unternehmerfunktion ausübten, rechtfertigte aber nicht notwendigerweise auch den „Ausschluß der Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat von Entscheidungsvorgängen . . ., an denen diese aufgrund einer anderen Funktion und unter Mitbeachtung anderer Grundsätze hätte mitwirken sollen“³²⁾.

In Wahrheit ist das genannte, aus § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG abgeleitete Argument ein *untaugliches* und nicht geeignet, Konfliktslagen von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat überzeugend zu begründen. Die Widerlegung dieses Arguments kann allerdings nicht ohne weiteres mit dem Hinweis erfolgen, die Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates erstrecke sich „auch auf die in leitender Stellung tätigen Angestellten der Gesellschaft“³³⁾. *Marhold* beruft sich für die Aussage auf *Geppert-Moritz*³⁴⁾, die an der zitierten Stelle jedoch bloß die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes erörtern und als Beispiel für *Beschränkungen* dieser Geschäftsführungsbefugnis die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte nach § 80 Abs 1 AktG erwähnen, weil diesbezüglich die Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich sei. Aus § 80 Abs 1 AktG sowie aus der – in diesem Zusammenhang ebenfalls zu nennenden – Bestim-

mung des § 95 Abs 5 Z 9 AktG (Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an leitende Angestellte iSd § 80 Abs 1 AktG) kann aber noch nicht schlechthin abgeleitet werden, daß den Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat bei ihrer Kontrolltätigkeit durch § 36 ArbVG keine Grenzen gesetzt sind³⁵⁾. Da es sich bei den beiden zuletzt zitierten Vorschriften um *aktienrechtliche* Normen handelt, wäre immerhin die Möglichkeit denkbar, daß die vom Betriebsrat in den Aufsichtsrat entsendeten Mitglieder bei der Beschlußfassung über die genannten Angelegenheiten aus *speziellen* Erwägungen nicht stimmberichtig sind. Wie noch zu zeigen sein wird, gibt es solche speziellen Erwägungen allerdings nicht.

Abgesehen davon ist die Aussage, daß sich die Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates auch auf die leitenden Angestellten „erstreckt“, deshalb nicht unproblematisch, weil sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates wohl unstrittigerweise auf die Geschäftsführung des *Vorstandes* bezieht³⁶⁾ und allein der Vorstand Schuldner der vom Aufsichtsrat zu verlangenden Berichte und Aufklärungen ist³⁷⁾. Auch § 80 Abs 1 sowie § 95 Abs 5 Z 9 AktG fügen sich in dieses System, weil durch diese Vorschriften ebenfalls eine sonst bestehende Befugnis des Vorstandes beschnitten wird. Diskutierenswert und durchaus brisant ist in diesem Zusammenhang nur die Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Aufsichtsrat sich die ihm geschuldeten Informationen auch bei nicht dem Vorstand angehörigen (leitenden) *Mitarbeitern* der Gesellschaft beschaffen, diese also zB befragen, von ihnen Auskünfte, Berichte etc verlangen darf³⁸⁾.

Es ist daher zumindest mißverständlich, zu sagen, die Überwachungsaufgabe und Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates „erstrecke“ sich auch auf die leitenden Angestellten, weil diese *als solche* vom Aufsichtsrat gar nicht zu überwachen sind.

Allerdings – und dies deckt sich vermutlich im Ergebnis mit dem, was *Marhold* mit der oben zitierten Äußerung offenbar meinte – kann aus § 36 Abs 2 Z 2

³⁰⁾ Die Frage, ob bzw inwieweit sich die beiden gesetzlichen Begriffe des „leitenden Angestellten“ in § 80 Abs 1 AktG und in § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG voneinander unterscheiden, soll in diesem Zusammenhang unbeantwortet bleiben, obwohl sie grundsätzlich relevant ist. Der aktienrechtliche Begriff ist nämlich *enger* als der betriebsverfassungsrechtliche (vgl *Runggaldier – G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 49 f).

³¹⁾ Aus § 95 Abs 1 AktG wird dies zwar nicht dessen Wortlaut gemäß völlig deutlich, ergibt sich aber aus der systematischen Stellung der Bestimmung.

³²⁾ Vgl nur *Lutter*, Information 62 ff.

³³⁾ Durch ein solches Verlangen wird naheliegenderweise das Klima im Unternehmen uU sehr belastet, weil der Vorstand diese Vorgangsweise des Aufsichtsrates geradezu als Ausdruck des Mißtrauens ansehen muß. *G. Frotz* (Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 49) ist daher uE Recht zu geben, wenn er derartige „Durchstöße“ des Aufsichtsrates nur in jenen Fällen für zulässig erachtet, in denen vom Vorstand Information ungerichtet verweigert werden bzw begründete Zweifel an der Richtigkeit der erteilten Informationen bestehen.

³⁰⁾ OGH SZ 48/79 = Arb 9371 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602; OGH Arb 10.406 = EvBl 1985/80 = GesRZ 1985, 142; VwGH DRdA 1982, 407 ff mit zust Anm v *Geppert*; zu Vorstandsmitgliedern von Sparkassen OGH DRdA 1990, 333 ff mit Anm v *Floretta* = RdW 1988, 428 f.

³¹⁾ DRdA 1980, 185.

³²⁾ DRdA 1980, 185.

³³⁾ So *Marhold*, Aufsichtsratsstätigkeit 121 f.

³⁴⁾ Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 246.

ArbVG *per se* keinesfalls eine Beschränkung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates insofern abgeleitet werden, als dessen Nachforschungen vor „leitenden Angestellten“ Halt zu machen hätten.

§ 36 ArbVG ist überhaupt kein relevantes Kriterium für die Reichweite der dem Aufsichtsrat eingeräumten Befugnisse. Hinsichtlich der Eigentümervertreter im Aufsichtsrat bedarf dies keiner weiteren Erörterung; hinsichtlich der Belegschaftsvertreter gilt aus folgenden Erwägungen dasselbe: Während die Ausnahme der „leitenden Angestellten“ aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff durch § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG den Sinn hat, Mitarbeiter, die aufgrund ihres Einflusses und ihrer sozialen Stellung dem Arbeitgeber näher stehen als der übrigen Belegschaft, aus der Vertretungskompetenz der Belegschaftsorgane als der potentiellen „Gegenspieler“ im Betrieb herauszunehmen, wollte der Gesetzgeber durch die Verankerung der Arbeitnehmerbeteiligung und -mitbestimmung im Aufsichtsrat die Belegschaftsvertreter an der Information über und der Kontrolle von wichtigen Unternehmensentscheidungen teilhaben lassen.

Würde man aus § 36 Abs 2 ArbVG irgendwelche Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung der Aufsichtsratsbefugnisse für die Belegschaftsvertreter ableiten, so würde man – abgesehen davon, daß eine solche Sichtweise mit § 110 Abs 3, 6. Satz ArbVG in Konflikt geriete – die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat letztlich *ad absurdum* führen. Conse-

quenzen zu ziehen wären ja dann nicht bloß aus § 36 Abs 2 Z 2 ArbVG, sondern vielmehr auch aus der Z 1 der genannten Bestimmung, wonach Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans juristischer Personen und damit Vorstandsmitglieder ebenfalls nicht von der betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungskompetenz der Belegschaftsorgane erfaßt sind, weshalb – denkt man das Argument aus § 36 ArbVG konsequent zu Ende – die vom Betriebsrat entsendeten Mitglieder dann auch gegenüber dem Vorstand selbst nicht tätig werden dürften und damit ihre zentrale Aufgabe nicht erfüllen könnten.

Schon daraus sieht man, daß die betriebsverfassungsrechtliche Vertretungsbefugnis der Belegschaftsorgane für den Umfang der Rechte der Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat grundsätzlich keine Rolle spielen kann, weil sich die zentralen Aufgaben des Aufsichtsrates eben notwendigerweise auf Personen (Vorstandsmitglieder) beziehen, die der Betriebsrat in seiner Eigenschaft als Belegschaftsorgan nicht zu vertreten vermag.

Zu klären bleibt jetzt noch, ob § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG dann eine Einschränkung der Mitwirkungsbefugnisse der Belegschaftsvertreter gebietet, wenn es um den Abschluß des Anstellungsvertrages mit Vorstandsmitgliedern (bzw um sonstige schuldrechtliche Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern) geht.

Solche Beschränkungen könnten, so ließe sich argumentieren, damit gerechtfertigt werden, daß anderen-

falls – dh sofern keine Verlagerung in einen Ausschuß erfolgt – die Betriebsratsvertreter an der Aushandlung der Anstellungsbedingungen von Personen mitwirken würden, die ihnen auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene als *Gegner* gegenüber stünden. Die Betriebsratsvertreter im Aufsichtsrat wären, so könnte gesagt werden, nicht in der Lage, unbefangen zu urteilen, weil sie von mehreren Bewerbern um das Vorstandsamt vielleicht nicht den Fähigsten, sondern jenen bevorzugen würden, von dem am wenigsten Widerstand gegenüber dem Betriebsrat in bezug auf die Durchsetzung der Interessen der Arbeitnehmerschaft zu erwarten ist.

Abgesehen davon, daß es uE ohnehin zu den Pflichten des Aufsichtsrates in seiner Gesamtheit und demgemäß auch der Aktionärsvertreter gehört, bei der Auswahl von Bewerbern um das Vorstandsamt zu berücksichtigen, ob und inwieweit von diesen ein – zum Wohle des Unternehmens (vgl § 70 Abs 1 AktG) gebotenes – gutes Verhältnis zur Belegschaft und deren Vertretungsorganen zu erwarten ist³⁹⁾, scheidet eine solche Sichtweise am Gesetz selbst.

Aus § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG folgt *zwingend*, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der *Bestellung* von Vorstandsmitgliedern den Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat die – freilich durch die „Aktionärsschutzklausel“ abgeschwächte – Mitwirkung und Mitbestimmung im Aufsichtsrat ermöglichen wollte⁴⁰⁾.

Dies bedeutet, daß der Gesetzgeber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat bewußt das – unentziehbare – Recht einräumte, an der Entscheidung darüber, *wer* Vorstandsmitglied der Gesellschaft wird, mitzuwirken, denn diese Entscheidung wird grundsätzlich durch die *Bestellung* getroffen. Schon bei der Bestellung treten die oben beschriebenen, möglichen Konfliktsituationen in der Person von Belegschaftsvertretern *typischerweise* auf, ohne daß der Gesetzgeber darauf mit einer – über die Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ hinausgehenden – Einschränkung des Mitbestimmungsrechtes der Belegschaftsvertreter reagiert hätte. Es wäre angesichts dessen völlig widersinnig, würde man den Arbeitnehmervertretern bei der Aushandlung der Anstellungsbedingungen wegen Vorliegens eines „Interessenkonfliktes“ das Stimmrecht entziehen bzw sie zur Stimmenthaltung zwingen. In Wahrheit ist der mögliche Interessenkonflikt, in den die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat geraten können, bei der Verhandlung über den Anstellungsvertrag *weniger* zu befürchten als bei der Entscheidung über die Person des Vor-

standsmitgliedes als solchen. Ist einmal – im Wege der Bestellung – die Entscheidung über die Person des Vorstandsmitgliedes gefallen, so kann nicht mehr davon gesprochen werden, daß die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag aufgrund ihrer Doppelfunktion widerstreitende Interessen zu berücksichtigen hätten, weil die Gewährung lukrativer Anstellungsbedingungen nicht typischerweise mit einem – vom Betriebsrat durchzusetzen – Belegschaftsziel konfligiert. Die Vereinbarung *überhöhter*, dh nicht in einem angemessenen Verhältnis mit den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitgliedes und der Lage der Gesellschaft stehender – und damit letztlich auch den Interessen der Arbeitnehmer zuwiderlaufender – Vorstandsbezüge zu verhindern, muß schon von Gesetzes wegen das Anliegen *sämtlicher* Aufsichtsratsmitglieder sein (vgl § 78 Abs 1 AktG⁴¹⁾).

Nach alledem ist festzuhalten, daß die Interessenslage, in der sich die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei der Teilnahme an der Beratung und Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern typischerweise befinden, *keinesfalls einen Entzug des Teilnahme- oder gar des Stimmrechtes rechtfertigt* und mangels einer § 110 Abs 4 2. Satz ArbVG nachgebildeten Bestimmung für das Plenum bei der Behandlung des Anstellungsvertrages im Gesamtaufichtsrat die Belegschaftsvertreter mitstimmen dürfen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß die Belegschaftsvertreter nicht *aus anderen Gründen* kein Stimmrecht besitzen, und dies bedeutet vor allem nicht, daß die Stimmen der Belegschaftsvertreter dasselbe *Gewicht* wie jene der Aktionärsvertreter besitzen müssen (dazu unten 3. und 4.).

3. Harmonisierung von Bestellung und Anstellung

*Marhold*⁴²⁾ sucht eine Erklärung für die Regelung des § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG (= § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG) im Zusammenhang zwischen Anstellungsvertrag und Vorstandsbestellung⁴³⁾. Freilich

³⁹⁾ Diese Mitbestimmung kann hinsichtlich der *Bestellung* auch nicht durch – uE an sich zulässige (vgl *Runggaldier-G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 56 ff) – Verlagerung in einen Ausschuß des Aufsichtsrates beseitigt werden, weil der Begriff „Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes“ in § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG in dem Sinne *eng* zu interpretieren ist, daß die *Bestellung* von diesem Begriff *nicht* erfaßt ist (vgl *Runggaldier-G. Schima*, Führungskräfte 57 f). Die entgegenstehende Auffassung von *Floretta-Strasser* (ArbVG³ Anm 56 zu § 110) bedeutet im Ergebnis eine – den Intentionen des Gesetzgebers klar zuwiderlaufende und von den Autoren auch nicht näher begründete – Rückführung der Mitbestimmung auf den Stand des AktG 1937 (wie hier *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 255, die aber offensichtlich nur die beiden Alternativen Bestellung in einem *mitbestimmungsfreien* Ausschuß oder generelle Unzulässigkeit der Ausschußbestellung sehen und nicht die dritte – uE zutreffende – Alternative der Bestellung in einem *mitbestimmten Ausschuß*).

⁴⁰⁾ Vgl dazu *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgfalt, RdW 1990, 452.

⁴¹⁾ Aufsichtsratsstätigkeit und Belegschaftsvertretung 37 f.

⁴²⁾ *Marhold* aaO 37.

³⁹⁾ Es wäre überdies erst zu klären, ob ein Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat pflichtwidrig handelt, der zB einen von mehreren Bewerbern um das Vorstandsamt deshalb ablehnt, weil dieser dem Aufsichtsrat ein – mit großen Personaleinsparungen verbundenes – „Sanierungskonzept“ präsentiert. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß auch die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat grundsätzlich an die in § 70 Abs 1 AktG normierten Handlungsmaximen und damit primär an das *Unternehmenswohl* gebunden sind, doch steht dies der – aus der Doppelfunktion der Belegschaftsvertreter her naheliegenden – *besonderen* Berücksichtigung der – in § 70 Abs 1 AktG immerhin auch explizit genannten – Interessen der Arbeitnehmer uE nicht grundsätzlich im Wege.

zieht *Marhold* nicht die oben dargelegte herrschende Ansicht in Zweifel, die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat seien bei einer Abstimmung über Vorstandsangelegenheiten im Plenum voll stimmberechtigt, sondern setzt dieses Stimmrecht voraus und versucht bloß zu erklären, *warum* in Ausschüssen des Aufsichtsrates bei der Behandlung von Vorstandsangelegenheiten die Arbeitnehmervertreter ausgeschlossen werden könnten und warum dies bei der Beschlußfassung im Plenum nicht der Fall sei.

Dennoch zeigt *Marhold* – wenn auch in diesem Zusammenhang unbeabsichtigt – uE *den wohl zentralen Aspekt für eine Erschütterung der herrschenden* und von ihm als Prämisse unterstellten *Ansicht vom uneingeschränkten Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium betreffend Vorstandsangelegenheiten auf. Marhold* zufolge sei zwar streng zwischen der organschaftlichen Beziehung zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft einerseits und der schuldrechtlichen Beziehung im Anstellungsvertrag andererseits zu unterscheiden, doch hingen organschaftliche Bestellung und schuldrechtliche Anstellung insofern stark zusammen, als das in Aussicht genommene Vorstandsmitglied die Übernahme des Mandates in der Regel nur im Falle des Einverständnisses mit den Bedingungen des Anstellungsvertrages akzeptieren werde⁴⁵⁾. *Marhold* zieht daraus den – oben (I) bereits ausführlich zitierten – Schluß, die Möglichkeit, Arbeitnehmervertreter bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag durch Ausschlußbildung auszuschließen, bestünde deshalb, um den unter Umständen mühsam ausgehandelten und mit doppelter Mehrheit („Aktionärsschutzklausel“ in § 110 Abs 3 ArbVG) beschlossenen „Kompromiß“ der Bestellung nicht nochmals durch die Arbeitnehmervertreter in Form der Einflußnahme auf die Regelung des Anstellungsvertrages zu gefährden. Dieses Argu-

ment ist in der vorgebrachten Form zwar uE nicht zwingend, weil der Gesetzgeber *dieses* Anliegen auch auf andere und wohl zweckmäßigere Art und Weise hätte verwirklichen können⁴⁶⁾, doch führt gerade dieses Argument in die richtige Richtung.

In der Tat ist die Rechtslage bei Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern nicht bloß „sonderbar“⁴⁶⁾, sondern schlichtweg *untragbar*, wenn man sowohl der oben (I) zitierten herrschenden Ansicht, die das volle Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag im Aufsichtsratsplenium bejaht, als auch der (nur teilweise von denselben Personen vertretenen) herrschenden – wenn auch nicht überzeugenden⁴⁷⁾ – Auffassung folgt, wonach die Bestellung von Vorstandsmitgliedern in Ausschüssen des Aufsichtsrates *unzulässig* ist⁴⁸⁾.

Schließt man sich beiden Meinungen an, dann ergibt sich nämlich die unausweichliche Konsequenz, daß das dem Aufsichtsrat (bzw den Kapitaleignervertretern) durch den Gesetzgeber eindeutig durch § 92 Abs 4, letzter Satz bzw § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG eingeräumte Recht, die Arbeitnehmervertreter von der Beratung und der Beschlußfassung über den An-

⁴⁵⁾ So etwa durch ausdrückliche Anordnung des Erfordernisses der „doppelten Mehrheit“ auch für die Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag, dh durch völlige und zweifelsfreie Gleichschaltung der Willensbildung für Bestellung und Anstellung.

⁴⁶⁾ So *Strasser*, FS *Schwind* 318.

⁴⁷⁾ Dagegen zB *Runggaldier-G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 56 ff; ebenso schon *Doralt*, GesRZ 1979, 137 ff; *Marhold*, Aufsichtsratsstätigkeit und Belegschaftsvertretung 33 ff.

⁴⁸⁾ So etwa *Geppert-Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 221 ff; *Geppert*, DRdA 1980, 178 ff; *Jabornegg*, DRdA 1981, 324 ff; *Schiemer*, AktG Anm 1.2 zu § 75 und Anm 7.4 zu § 92; OLG Wien NZ 1982, 72; ebenso im Ergebnis jetzt *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht² 255; *Reich-Rohrwig*, Die Zusammensetzung von Ausschüssen des Aufsichtsrates – neue Rechtslage per 1. 1. 1987, WBI 1987, 3.

⁴⁴⁾ *Marhold* aaO 37.

stellungsvertrag gänzlich auszuschließen, *nur dann ausgeschöpft* werden kann, wenn über Bestellung und Anstellung ein- und derselben Vorstandsmitglieder unterschiedliche Gremien beschließen, nämlich über die Bestellung das (nach der herrschenden Ansicht angeblich allein zuständige) Aufsichtsratsplenum und über die Anstellung ein (nach der ebenfalls herrschenden Ansicht allein die gleichberechtigte Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter hintanhaltender) Ausschuß. Diese Konsequenz ist angesichts des bereits angedeuteten und zweifellos bestehenden engen Zusammenhangs zwischen Bestellung und Anstellung bedenklich und kann dem Gesetzgeber nicht ohne weiteres unterstellt werden.

Zwar ist in Österreich (zu Recht) die sogenannte „Trennungsthese“ vorherrschend, die Vorstandsbestellung und -anstellung (zumindest rechtstheoretisch) voneinander unterscheidet⁴⁹⁾, doch erfordert nach richtiger Ansicht diese „Trennungsthese“ den

⁴⁹⁾ Vgl bereits die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des AktG 1965, 301 BlgNR X. GP 69; gegen die „Trennungsthese“ wurden jüngst von Floretta (Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, FS Schwarz 475 ff) teilweise interessante Argumente vorgebracht, auf die an dieser Stelle nicht einzeln eingegangen werden kann. Im Ergebnis decken sich einige der von Floretta vertretenen Thesen ohnehin mit der von den beiden Verfassern jüngst vorgetragenen Meinung – so etwa hinsichtlich der – nicht neuen (vgl etwa Schiemer, AktG² Anm 4.1. zu § 74; Schiemer, GesRZ 1984, 11) – Ansicht, bereits durch die Annahme der Bestellung würden die Rechte und Pflichten des Vorstandsmitgliedes begründet und der – nicht unbedingt erforderliche – Anstellungsvertrag ergänze das durch die Bestellung begründete Rechtsverhältnis bloß (vgl Floretta, FS Schwarz 482 f; Runggaldier-G. Schima, Führungskräfte 65 ff). Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der Anstellungsvertrag kein *synallagmatischer* Vertrag sei, weil die Verpflichtung zur Dienstleistung schon durch die Bestellung begründet werde (so Floretta, FS Schwarz 483 unter Berufung auf Baums, Der Geschäftsleitungsvertrag 57).

Um zu erkennen, wie problematisch die allein durch die organschaftliche Bestellung begründete „Verpflichtung zur Dienstleistung“ (als Vorstandsmitglied) sein kann, braucht man sich nur den – wenn auch in dieser Schärfe praktisch kaum auftretenden – Fall vergegenwärtigen, daß ein zum Vorstandsmitglied Bestellter in einem großen Industrieunternehmen mit zahlreichen Konzerngesellschaften und Auslandsbeteiligungen „Vorstandsdienste“ leisten soll, ohne daß ein Anstellungsvertrag abgeschlossen oder auch nur irgendetwas über die künftige Tätigkeit innerhalb des mehrköpfigen Kollegialorgans Vorstand besprochen worden ist. Einer derartigen Dienstleistungsverpflichtung würde es wohl an der ausreichenden vertraglichen Bestimmtheit fehlen. Der Anstellungsvertrag pflegt daher die Verpflichtung zur Leistung der „Dienste“ als Vorstandsmitglied in vielfältiger Weise zu konkretisieren und zu ergänzen und darüber hinaus noch zahlreiche andere Haupt- und/oder Nebenleistungspflichten zu begründen (zB Verbot von Nebentätigkeiten, Verpflichtung zur Übernahme von „Konzernmandaten“ etc). Diese Pflichten des Vorstandsmitgliedes stehen mit seinen Entgeltansprüchen sehr wohl in einem Austauschverhältnis. Schließlich ist noch anzumerken, daß der Befund von Floretta (FS Schwarz 478 f), die „überlieferte Meinung“ qualifizieren den Bestellsakt als *einseitiges*, wenn auch annahmbedürftiges Rechtsgeschäft, uE *faktisch* nicht zutrifft. Die einen Vertragscharakter der Bestellung verneinende Auffassung von Strasser (Die Leitung der AG durch den Vorstand, JBl 1990, 480) ist zumindest heute in Ö vereinzelt und wurde bereits mehrfach abgelehnt (vgl Runggaldier-G. Schima, Führungskräfte 65 f; Nowotny, DRdA 1989, 429 f; für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft Keinert, Genossenschaftsrecht Rz 335).

Abschluß eines Anstellungsvertrages gar nicht und auch zB nicht die Behandlung von Bestellung und Anstellung in *getrennten* Aufsichtsratsbeschlüssen⁵⁰⁾.

Folgt man der herrschenden Ansicht, wäre eine getrennte Behandlung jedoch *nötig*, soll nicht das gesetzlich eingeräumte – wenn auch dem Wortlaut nach nur für Ausschüsse bestehende – Recht des Aufsichtsrates, die Arbeitnehmervertreter von der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag bzw sonstige Vorstandsangelegenheiten auszuschließen, zur reinen Theorie werden. Es ist ja nicht zu vermuten, daß der Gesetzgeber den Aktionärsvertretern eine Vormachtstellung hinsichtlich der Auswahl der Vorstandsmitglieder einräumen wollte, dies aber auf eine solche Art und Weise tat, daß diese Vormachtstellung *nicht ausgenützt* werden kann.

Man könnte dagegen einwenden, daß die Beschlußfassung über die Bestellung im Aufsichtsratsplenum und die Behandlung des Anstellungsvertrages in einem Ausschuß generell unproblematisch sei, und gar kein Bedürfnis für eine Gleichschaltung der Willensbildungsregeln bestehe; dieser Einwand ist jedoch uE nicht stichhaltig. Zwar trifft zu, daß in der Praxis eine derartige Vorgangsweise sehr häufig funktioniert, doch kann im Aufsichtsratsausschuß – insbesondere wenn in der Geschäftsordnung *Einstimmigkeit* vorgesehen ist, was bei kleinen Ausschüssen zweckmäßig erscheint, um eine möglichst repräsentative Willensbildung zu erreichen – viel leichter eine *Pattstellung* eintreten als im Aufsichtsratsplenum, so daß ein Übergang der Entscheidung von Ausschuß auf das Plenum durchaus im Bereich des Möglichen liegt – abgesehen davon, daß das Plenum des Aufsichtsrates nach herrschender Meinung ohnehin jederzeit Angelegenheiten eines Ausschusses an sich ziehen kann⁵¹⁾ und auch zur Überwachung der Ausschlußtätigkeit verpflichtet ist⁵²⁾.

Eine möglichst weitgehende Gleichschaltung der Willensbildung für die Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern ist gerade angesichts des – von Marhold aufgezeigten und oben erwähnten – Umstandes geboten, daß ein Vorstandsmitglied regelmäßig seine Bestellung nur annehmen und damit die Mitgliedschaft im Vorstand wirksam erwerben wird, wenn zumindest eine informelle und grobe Einigung über die Anstellungsbedingungen erzielt wurde. Es wäre eher weltfremd anzunehmen, daß Vorstandsmitglieder zunächst ihre (im Plenum erfolgende) Bestellung gleichsam „ins Blaue hinein“ annehmen und dann mit einem anderen Gremium (nämlich einem Ausschuß des Aufsichtsrates) oder dem Vorsitzenden über den Anstellungsvertrag zu verhandeln beginnen⁵³⁾.

⁵⁰⁾ Zutreffend Nowotny, DRdA 1989, 429 f; aM für die BRD die stRsp des BGH, zB DB 1989, 1577; kritisch Baums, Der Geschäftsleitungsvertrag 3 ff.

⁵¹⁾ Schiemer, AktG² Anm 1.2. zu § 94; Wunsch, GmbHG Rz 42 zu § 30i; Kastner-Doralt-Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 253 f Fn 83.

⁵²⁾ Vgl Gessler, in Gessler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff, AktG Rz 84 zu § 107; Lutter, Information 117.

⁵³⁾ Insbesondere bei konzerninternen Avancements von Führungskräften kommt derartige allerdings immer wieder

Freilich kann eine *völlige* Harmonisierung der Willensbildungsregelung im Aufsichtsrat für die Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern durch bloße Interpretation von § 92 Abs 4 AktG bzw § 110 Abs 3 und 4 ArbVG nicht bewerkstelligt werden, weil die Wertungswidersprüche wohl zu groß sind (siehe im folgenden).

4. Zur Absicht des Gesetzgebers

Wie bereits gesagt wurde, besteht – abgesehen vom Verweis auf § 110 Abs 3, 6. Satz ArbVG – die einzige von der hA für die Bejahung des vollen Stimmrechts der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium bei der Behandlung von Vorstandsfragen gelieferte Begründung⁵⁴⁾ darin, daß der Gesetzgeber im Falle der von ihm offenbar nur als seltene Ausnahme betrachteten Nichtverlagerung der Anstellungsfragen in einen Ausschuß es „in Kauf genommen“ habe, daß dann die Arbeitnehmervertreter volles Teilnahme- und Stimmrecht hätten. Dieses Recht werde durch entsprechende Untätigkeit des Plenums den Arbeitnehmervertretern gewissermaßen „stillschweigend eingeräumt“. Der Gesetzgeber wäre somit der Meinung gewesen, die Interessen der Kapitaleignerseite an der Nichtbeteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Behandlung der vertraglichen Beziehungen zwischen Vorstandsmitgliedern und Gesellschaft dadurch ausreichend zu schützen, daß er die Verlagerung dieser Fragen in einen mitbestimmungsfreien Ausschuß zugelassen habe. Der Gesetzgeber des § 110 ArbVG habe aus „denselben Erwägungen“ für das Teilnahme- und Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium keine Einschränkung in bezug auf die Behandlung von Vorstandsfragen vorgeesehen.

Dieser Ansicht ist mehreres entgegenzuhalten.

Erstens tragen die Ausführungen von *Strasser* – wiewohl nicht ganz unplausibel – letztlich den Charakter bloßer Mutmaßungen, weil sich konkrete Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber des AktG 1965 bzw des § 110 ArbVG tatsächlich von den von *Strasser* genannten Überlegungen ausging, weder in den Gesetzesmaterialien noch sonstwo finden.

Zweitens lägen – was im Rahmen dieses Beitrages schon angedeutet wurde – gerade bei Zutreffen der Überlegungen *Strassers* Anhaltspunkte für eine *Lücke* vor, weil dem Gesetzgeber offenbar der Zusammenhang zwischen der Willensbildung im Aufsichtsratsausschuß und im Plenum und insbesondere die Möglichkeit einer Pattstellung im Ausschuß sowie eines Entscheidungsüberganges vom Ausschuß auf das Plenum nicht klar gewesen sein dürfte, wenn der Gesetzgeber tatsächlich davon ausgegangen sein sollte, durch bloße Ausschußbildung könne die Kapitaleignerseite die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gleichsam „ganz einfach“ von der Mitbestimmung ausschließen.

vor. Meist bestehen dann aber relativ genaue Richtlinien, was Gehaltsniveau, „fringe benefits“ etc anbelangt.

⁵⁴⁾ Nämlich jene von *Strasser*, FS *Schwind* 319.

Vor allem aber übersieht die Argumentation *Strassers* und übersehen sämtliche Vertreter der hA uE folgenden Umstand: Es dürfte unbestritten sein, daß der Gesetzgeber bei der *Anstellung* von Vorstandsmitgliedern jedenfalls einen *weitgehenderen Ausschluß* der Arbeitnehmervertreter von der Mitbestimmung *ermöglicht*, als bei der *Bestellung* von Vorstandsmitgliedern, weil der über die Vorstandsanstellung entscheidende Ausschuß nach allseits unbestrittener Meinung eben *völlig mitbestimmungsfrei* sein kann⁵⁵⁾, wohingegen bei der Bestellung in jedem Falle die drittelparitätische Repräsentation der Arbeitnehmervertreter – wenn auch durch das Erfordernis der sogenannten „doppelten Mehrheit“ eingeschränkt – vorzuliegen hat. Letzteres gilt ganz unabhängig davon, ob man mit der hM die Bestellung von Vorstandsmitgliedern nur im Plenum des Aufsichtsrates als zulässig ansieht, oder ob man – wie dies von den Verfassern vertreten wird – auch die Verlagerung in einen Aufsichtsratsausschuß zuläßt, weil in diesem Ausschuß – (spätestens) seit der Novellierung des § 110 Abs 4 ArbVG durch die ArbVG-Novelle 1986 – die Arbeitnehmervertreter das Recht auf drittelparitätische Beteiligung haben.

Nach dem Gesagten leuchtet nicht ein, warum die Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag bei Behandlung im Ausschuß einer *geringeren* Einflußnahme durch die Arbeitnehmervertreter (nämlich gar keiner) als die Bestellung unterliegen soll, bei – der hL zufolge offenbar aufgrund welcher Umstände immer erfolglicher – Behandlung des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenium dagegen die Mitwirkungsbeugnisse der Arbeitnehmervertreter sogar *weiter* gehen sollten als bei der Bestellung, wird doch von den Vertretern der hA auch die Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ („doppelte Mehrheit“) bei der Behandlung des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenium abgelehnt⁵⁶⁾. Unter dem Blickwinkel dieser Ausführungen *setzt* daher *Marhold* etwas *voraus*, was erst zu *begründen* wäre, wenn er meint, der besondere Schutz der Anteilseignervertreter bei der Anstellung der Vorstandsmitglieder sei von „geringerer Intensität“ als bei deren Bestellung, weil der Mehrheit der Anteilseignervertreter kein Sperrecht eingeräumt und der Ausschluß der Arbeitnehmervertreter durch § 92 Abs 4, letzter Satz AktG „nicht zwingend“ wäre⁵⁷⁾.

Die Frage ist eben gerade, *ob* nicht bei Behandlung des Anstellungsvertrages von Vorstandsmitgliedern bzw der „Beziehungen“ zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied im Aufsichtsratsplenium teleologische Erwägungen dafür sprechen, die Mitwirkungsbeugnisse der Belegschaftsvertreter im Plenum mit den Befugnissen im Rahmen der Behandlung in einem Ausschuß *in Einklang* zu bringen oder zumindest durch Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ des § 110 Abs 3 ArbVG zu *beschränken*.

⁵⁵⁾ Auf die heikle Frage, ob er dies sein *muß*, braucht im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen werden; dagegen *Marhold*, Aufsichtsrats-tätigkeit 38 f.

⁵⁶⁾ So *Strasser*, FS *Schwind* 319; *Marhold*, Aufsichtsrats-tätigkeit 38.

⁵⁷⁾ *Marhold* aaO 39.

Zunächst wäre zu fragen, ob angesichts der oben angestellten Überlegungen schlichtweg eine *analoge* Anwendung von § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG auf den – im Gesetz nicht geregelten – Fall der Gestaltung von „Beziehungen“ zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes, insbesondere also auf die Verhandlung und den Abschluß des Anstellungsvertrages im *Plenum* des Aufsichtsrates zu befürworten ist. Der Umstand, daß uE ein Entfall des Stimmrechts der Belegschaftsvertreter bei der Behandlung dieser Fragen im Aufsichtsratsplenum nicht auf einen „Interessenkonflikt“, dh auf *allgemeine*, außerhalb des Regelungsbereiches von § 110 ArbVG liegende Erwägungen gestützt werden kann, stünde einer solchen Analogie nicht im Wege, weil diese von ganz anderen Voraussetzungen auszugehen hätte und die Bestimmung des § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG nicht die vom Gesetzgeber gezogene Konsequenz aus einem typischerweise vorliegenden Interessenkonflikt bei den Belegschaftsvertretern ist⁵⁸⁾. Insofern ist auch *Kastner-Doralt-Nowotny*⁵⁹⁾ nicht zuzustimmen, wenn diese offensichtlich eine Anwendung des § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG auf die Behandlung des Anstellungsvertrages durch das Plenum davon abhängig machen, ob die genannte Gesetzesbestimmung „Ausdruck einer Art Interessenkollision oder Befangenheit der Arbeitnehmervertreter in diesen Angelegenheiten“ (dann Anwendung) oder bloß ein „pragmatischer Kompromiß“ sei. Nach der hier vertretenen Auffassung ist Analogie selbstverständlich auch dann möglich, wenn man § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG als das betrachtet, was die Bestimmung uE *tatsächlich* zum Ausdruck bringt, nämlich als weitere – dh neben § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG tretende – *Absicherung des Einflusses der Kapitaleignervertreter* auf die *Auswahl* der mit der Geschäftsführung der Gesellschaft betrauten Personen. Ob § 110 Abs 4 2. Satz ArbVG den Charakter eines „pragmatischen Kompromisses“⁶⁰⁾ trägt, ist uE für die Interpretation bzw Analogiefähigkeit der Regelung unerheblich, weil anderen-

falls zahlreiche sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Gesetzesmaterien und insbesondere der Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung der Interpretation weitgehend entzogen wären. In Wahrheit besteht gerade bei derartigen, zunehmend unter Ausschaltung des Einflusses der Rechtswissenschaft ausgehandelten, Gesetzen ein besonders hoher Interpretationsbedarf.

Zwar sprechen auch für den *völligen* Entfall des Teilnahme- und Stimmrechtes der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei der Behandlung von Vorstandsfragen im Plenum gewisse, die hM durchaus erschütternde Gründe, insbesondere die Gefahr einer Erschwerung der Willensbildung und des Eintrittes von Pattstellungen, doch ist – wie unten zu zeigen sein wird – letztlich eine analoge Anwendung von § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG auf das Aufsichtsratsplenum zur Hintanhaltung derartiger Gefahren *nicht unbedingt erforderlich* und kann außerdem ein gänzlicher Entfall des Teilnahme- und Stimmrechtes nur schwer völlig überzeugend begründet werden, weil sich keine Anhaltspunkte dafür finden lassen, ob der Gesetzgeber bei Verankerung der zuletzt zitierten Regelung an die Möglichkeit des Abschlusses des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenum überhaupt gedacht hat oder nicht, und der Wortlaut der Vorschrift den gänzlichen Entfall des Teilnahme- und Stimmrechtes eben nur bei der Bildung von *Ausschüssen* anordnet.

Gegen die Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ („doppelte Mehrheit“; vgl § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG) sprechen diese Erwägungen jedoch nicht. § 110 Abs 3, 6. Satz ArbVG ist bloß ein vordergründiges Argument gegen die Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ bei Beratung über die Anstellung im Aufsichtsratsplenum. Zwar spricht die genannte Gesetzesbestimmung davon, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat „im übrigen“, dh abgesehen von der Beschlußfassung über die Bestellung von Vorstandsmitgliedern bzw über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seiner Stellvertreter, „gleiche Rechte und Pflichten“ wie die Kapitaleignervertreter haben, doch muß bei der Interpretation von § 110 Abs 3, b. Satz ArbVG die *Wertung* des § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG, die in § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG übernommen wurde, berücksichtigt werden. Diese Wertung besteht, wie bereits gesagt, darin, daß bei

⁵⁸⁾ Nicht zutreffend daher *Schiemer*, AktG², Anm 1.3. zu § 92 in bezug auf die Regelung des § 92 Abs 4, 2. Satz AktG. Der bei *Schiemer* zitierte Bericht des Justizausschusses dürfte diesbezüglich zur Verwirrung beigetragen haben.

⁵⁹⁾ *Gesellschaftsrecht*³ 255 f.

⁶⁰⁾ *Kastner-Doralt-Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*³ 256.

der Behandlung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied und damit auch bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag sogar die Möglichkeit der *völligen* Ausschaltung der Arbeitnehmervertreter besteht. Sollen nun derartige Fragen im Aufsichtsratsplenium behandelt werden – und zwar gleichgültig, ob deshalb, weil eine Ausschlußbildung bewußt unterblieb bzw mangels entsprechender Mehrheit im Plenum nicht zustandekam, oder ob der Ausschluß zu keinem gültigen Beschluß gelangte und damit die Entscheidung auf das Plenum überging – dann besteht zwar kein zwingender Anlaß, die Arbeitnehmervertreter völlig von der Teilnahme und vom Stimmrecht auszuschließen, *doch muß die Beschränkung der Einflußnahme der Arbeitnehmervertreter bei Behandlung des Anstellungsvertrages im Plenum zumindest das für die Vorstandsbestellung vorgesehene Ausmaß erreichen*. Nur so kann verhindert werden, daß im Falle der unter Anwendung der „doppelten Mehrheit“ zustande gekommenen Bestellung einer Person als Vorstandsmitglied diese Entscheidung dadurch uU sogar wieder rückgängig gemacht wird, daß ein mit der Verhandlung des Anstellungsvertrages betrauter – mitbestimmungsfreier – Personalausschuß zu keiner Entscheidung gelangt (zB wegen des in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates vorgesehenen Erfordernisses der Einstimmigkeit) und im, wegen des Eintrittes der Pattstellung im Ausschuß nunmehr zuständigen Plenum die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat zusammen mit einer Minderheit der Aktionärsvertreter deren Mehrheit hinsichtlich der Anstellungsbedingungen überstimmen. Damit es dazu kommt, ist – vom Fall eines zwischen den beiden Beschlüssen eingetretenen Wechsels in der Person von Aufsichtsratsmitgliedern einmal abgesehen – freilich erforderlich, daß zumindest *ein* für die Bestellung stimmender Aktionärsvertreter bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag *gegen* die Mehrheit der Aktionärsvertreter stimmt. Derartiges ist keineswegs so unwahrscheinlich, wie es auf den ersten Blick vielleicht aussehen mag, weil bei der Entscheidung darüber, *wer* überhaupt Vorstandsmitglied der Gesellschaft wird, erfahrungsgemäß ein größerer Zusammenhalt der Kapitaleignervertreter und weit eher ein gemeinsames Auftreten gegenüber den vom Betriebsrat entsendeten Aufsichtsratsmitgliedern zu beobachten ist als bei der Verhandlung über die Anstellungsbedingungen, wo sich – aus welchen Gründen auch immer – uU ganz andere Koalitionen bilden können.

Fast noch deutlicher zu Tage treten kann die durch unterschiedliche Willensbildungsregelungen bewirkte Diskrepanz bzw Gefahr einer Pattstellung dann, wenn – was zwar nicht der üblichen Praxis entspricht, aber an sich durchaus zweckmäßig wäre – Bestellung und Anstellung von vornherein in einem *gemeinsamen Beschluß des Aufsichtsratsplenums* erledigt werden sollen.

Diese Erwägungen führen zur Anwendung der „Aktionärsschutzklausel“ bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag im Aufsichtsratsplenium.

Damit können die beschriebenen – offenbar weder vom Gesetzgeber noch von den Vertretern der hA be-

dachten und vom Gesetzgeber wohl kaum gewollten – Situationen vermieden werden. Anstatt des von der hM offenbar gezogenen Umkehrschlusses (aus § 110 Abs 3 ArbVG) ist uE ein (beschränkter) *Größenschluß* aus § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG bzw § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG in Verbindung mit einer *Analogie* aus § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG zu vertreten⁶¹⁾.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, das *volle* Teilnahme- und Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsplenium bei der Behandlung des Anstellungsvertrages von Vorstandsmitgliedern sei schon vor Erlassung des ArbVG 1974 *allgemeine* (dh bei Nichtverlagerung in einen Ausschuß eingreifende) Praxis gewesen⁶²⁾.

Vor der Erlassung des ArbVG 1974 gab es das Erfordernis der „doppelten Mehrheit“ bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern nämlich nicht. Durch das Inkrafttreten des ArbVG 1974 wurde zwar durch Einführung der drittelparitätischen Vertretung im Aufsichtsratsplenium die Arbeitnehmermitbestimmung *einerseits erweitert*, andererseits aber hinsichtlich der *Bestellung* von Vorstandsmitgliedern durch Statuierung der Aktionärsschutzklausel eindeutig *eingeschränkt*. Die nach der hier vertretenen Ansicht dem Gesetzgeber unterlaufene legistische Fehlleistung, die durch Interpretation korrigierbar ist, besteht darin, daß im Zusammenhang mit der Erlassung des ArbVG 1974 der Gesetzgeber – offenbar⁶³⁾ auf die ständige Praxis der Verlagerung des Abschlusses des Anstellungsvertrages in einen Ausschuß vertrauend und außerdem den Zusammenhang zwischen Plenums- und Ausschußtätigkeit einerseits sowie zwischen Bestellung und Anstellung andererseits⁶⁴⁾ nicht erkennend – es unterließ, bei der (offenbar ausnahmsweisen) Behandlung im Aufsichtsratsplenium zumindest die doppelte Mehrheit der Kapitaleignervertreter für eine wirksame Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag zu verankern.

Unter diesem Blickwinkel ist die Wendung „gleiche Rechte und Pflichten“ in § 110 Abs 3, 6. Satz ArbVG im Lichte des (im Zeitpunkt der Erlassung dieser Vorschrift alleine derartiges enthaltenden) Regelung des § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG (nunmehr § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG) zu sehen, wonach die Rechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei der Behandlung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied ja eindeutig *geringer* als die Rechte der Kapitaleignervertreter sind.

Die Aktionärsschutzklausel des § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG ist demgemäß *analogiefähig* und kann, dh *muß*, im Sinne einer vernünftigen, interessengerechten und den Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern angemessenen berücksichtigenden Auslegung auch auf die Be-

⁶¹⁾ Vgl Runggaldier-G. Schima, Führungskräfte 68.

⁶²⁾ Vgl Strasser, FS Schwind 318.

⁶³⁾ Hier ist Strasser, FS Schwind 318 zuzustimmen.

⁶⁴⁾ Je enger man diesen Zusammenhang sieht (vgl die Thesen v Floretta (Fn 49), desto zwingender ist die hier gezogene Schlußfolgerung, die Willensbildung dürfe bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag nicht zu sehr von jener bei der Vorstandsbestellung abweichen.

schlußfassung über den Anstellungsvertrag im Aufsichtsratsplenum übertragen werden.

Zusammenfassung

1. Die ganz hM, wonach bei der Beratung und Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern im Plenum des Aufsichtsrates den vom Betriebsrat entsendeten Aufsichtsratsmitgliedern das *uneingeschränkte* Stimmrecht zukommt, ist in dieser Form nicht zutreffend.

2. Die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat unterliegen bei der Beratung über Vorstandsangelegenheiten im allgemeinen bzw bei der Beratung und Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern im besonderen – abgesehen von den durch § 110 Abs 4, letzter Satz ArbVG bewirkten Beschränkungen – keinem generellen Stimmverbot wegen Vorliegens einer Interessenkollision.

Die Vorschrift des § 110 Abs 4, 2. Satz ArbVG ist ebenso wie § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG nicht Ausdruck eines vom Gesetzgeber angenommenen Interessenkonfliktes in der Person der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, sondern stellt eine zusätzliche (vgl § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG) Absicherung des vom Gesetzgeber bei der Auswahl von Vorstandsmitgliedern gewollten vorherrschenden Einflusses der Eigentümervertreter dar.

3. Dies bedeutet jedoch nicht, daß bei der Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag im Aufsichts-

ratsplenum die Belegschaftsvertreter das uneingeschränkte Stimmrecht besitzen. Durch ein solches uneingeschränktes Stimmrecht könnte zB im Falle des Überganges der Willensbildung von einem Ausschuß auf den Gesamtaufichtsrat wegen mangelnder Einigung im Ausschuß über den Anstellungsvertrag die für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern vom Gesetzgeber gewollte und durch die „Aktionärschutzklausel“ sichergestellte Dominanz der Eigentümervertreter letztlich beseitigt werden.

4. Zwar spricht nach dem Gesagten manches dafür, § 110 Abs 4, letzter Satz ArbVG dahingehend auch auf das Aufsichtsratsplenum analog anzuwenden, daß bei Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag im Plenum die Belegschaftsvertreter ebenfalls nicht stimmberechtigt sind, doch wäre eine derartige Analogie „überschießend“, weil zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse nicht unbedingt erforderlich.

Der wegen des engen Zusammenhanges zwischen Bestellung und Anstellung anzustrebenden Harmonisierung der Willensbildung im Aufsichtsrat hinsichtlich beider Angelegenheiten ist aber zumindest dadurch Rechnung zu tragen, daß die „Aktionärschutzklausel“ des § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG nicht nur für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern, sondern vielmehr auch für deren im Aufsichtsratsplenum erfolgende Anstellung gilt.

5. Es gibt – entgegen der hA – keine überzeugenden Gründe dafür, daß die Belegschaftsvertreter bei der

Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag in *stärkerem* Ausmaß, nämlich völlig von der Willensbildung ausgeschlossen werden können als bei der Bestellung, daß dies jedoch nur für den Ausschuß gelten und bei Verlagerung der Behandlung des Anstellungsvertrages in das Aufsichtsratsplenium die Mitbestimmung der Belegschaftsvertreter sogar *umfassender* sein soll als bei der Bestellung.

Der Gesetzgeber hat offenbar den Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung einerseits sowie zwischen der Willensbildung im Ausschuß und im Plenium andererseits bei der Regelung des § 110 Abs 3 und

4 ArbVG nicht hinreichend bedacht und ist vermutlich davon ausgegangen, die Möglichkeit, die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch die Bildung eines Ausschusses von der Teilnahme an der Verhandlung und Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag überhaupt auszuschließen, sei ausreichend zur Absicherung des Einflusses der Eigentümervertreter.

Die sich daraus ergebende *Lücke* ist durch einen beschränkten Größenschluß aus § 92 Abs 4, letzter Satzteil AktG bzw § 110 Abs 4, letzter Satz ArbVG in Verbindung mit einer Analogie aus § 110 Abs 3, 4. Satz ArbVG zu schließen.