

GESELLSCHAFTSRECHT

UND ANGRENZENDES STEUERRECHT

Juli–August 2011 / Nr. 6, Seiten 257–312

Gesellschaftsrecht Abhandlungen

- 259 Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern veränderter Vorstandsmitglieder
Georg Schima
- 268 Barkapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital unter Ausschluss des Bezugsrechts
Elke Napokoj

Gesellschaftsrecht Judikatur

- 275 Anwendung aktienrechtlicher Stimmverbote auf juristische Personen, die von ausgeschlossenen Organmitgliedern der AG beherrscht werden (OGH)
- 278 Beugehaft über Geschäftsführer bei Exekutionsführung gegen GmbH (OGH)
- 280 Vertretung des Vereins – Obliegenheit des Geschäftspartners eines Vereins (OGH)
- 282 Hinderung an fristgerechter Offenlegung – Keine Zwangsstrafe wegen mehr als 7 Jahre zurückliegendem, nie eingemahntem Jahresabschluss (OLG Wien)

Firmenbuchpraxis

- 286 Auflösung einer OG durch Kündigung eines Gesellschafters

Angrenzendes Steuerrecht

- 289 Die Quellensteuerrückzahlung bei grenzüberschreitenden Portfoliodividenden nach § 21 Abs 1 Z 1a KStG
Georg Kofler / Ernst Marschner
- 298 Der Anrechnungshöchstbetrag in der Unternehmensgruppe – Ein Fall für den VwGH
- 302 Verlustübergang und Rumpfwirtschaftsjahr bei Verschmelzungen
-

Herausgeber: Heinz Krejci, Friedrich Ruffler, Lukas Fantur, Georg Kofler

Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern veränderter Vorstandsmitglieder

Ein Anlassfall aus jüngster Zeit aktualisiert die Frage, ob und inwieweit ein Aufsichtsratsmitglied auch dann ein Vorstandsmitglied gemäß § 90 Abs 2 AktG „vertreten“ kann, wenn dieses auf Wunsch des Aufsichtsrates endgültig ausscheidet. Der folgende Beitrag setzt sich mit den damit zusammenhängenden Rechtsproblemen auseinander.

Von Georg Schima

1. Problemstellung und Anlassfall

Gemäß § 90 Abs 2 AktG kann der Aufsichtsrat für einen im Voraus begrenzten Zeitraum einzelne seiner Mitglieder zu Vertretern von behinderten Vorstandsmitgliedern bestellen. In dieser Zeit dürfen sie keine Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ausüben. Das Wettbewerbsverbot des § 79 gilt für sie nicht. § 30e Abs 2 GmbHG ordnet dasselbe für den Aufsichtsrat bzw die Geschäftsführung der GmbH an.

§ 90 Abs 2 AktG ist eine Ausnahme von dem in § 90 Abs 1 AktG (und gleichlautend in § 30e Abs 1 GmbHG) normierten Grundsatz der Unvereinbarkeit einer gleichzeitigen Mitgliedschaft in Vorstand und Aufsichtsrat. Wegen der bei Verletzung des genannten Grundsatzes ausgelösten *Nichtigkeitssanktion*¹ ist bei der Anwendung von § 90 Abs 2 AktG große Vorsicht am Platz. Anlass, über § 90 Abs 2 AktG eingehender nachzudenken, bot die Ende 2010 erfolgte, in den Medien diskutierte Bestellung des Aufsichtsratsvorsitzenden eines börsennotierten Unternehmens zum interimistischen Vertreter des auf Wunsch des Aufsichtsrates ausgeschiedenen Vorstandsvorsitzenden.² Dieser Bestellung gingen monatelange Auseinandersetzungen über die Kostenexplosion eines Bauprojekts und über die Frage voran, wer die Verantwortung dafür trägt. In diesem Zusammenhang wurde auch das Verhalten von Vorstandsmitgliedern kritisiert. Zwar kam es vorerst dennoch zu einer Verlängerung der Vorstandsverträge, doch spitzte sich die Situation 2010 zu. Nachdem der damalige Aufsichtsratsvorsitzende noch am Tag vor der entscheidenden Aufsichtsratssitzung seinen eigenen Verbleib vom Ausscheiden aller drei Vorstandsmitglieder abhängig mach-

te,³ kam es schließlich nach einer Marathon-Sitzung des Aufsichtsrates im Dezember 2010 dazu, dass eines der drei Vorstandsmitglieder ausschied und die beiden anderen mit einer deutlichen Verkürzung ihrer Amtsdauer einverstanden waren. Zugleich wurde der Aufsichtsratsvorsitzende unter Berufung auf § 90 Abs 2 AktG für ein Jahr in den Vorstand delegiert und zum Vorstandsvorsitzenden bestellt.

Diese Vorgangsweise erscheint mE im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 90 Abs 2 AktG rechtlich bedenklich. Denn keines der drei Vorstandsmitglieder war „*verhindert*“, vielmehr *wollte* jedes der drei Mitglieder weiterhin im Amt bleiben; es ging vielmehr darum, dass nach langer Diskussion eines der Vorstandsmitglieder zum vorzeitigen Ausscheiden bereit war, sodass es um die Neubesetzung des dadurch frei gewordenen Vorstandsmandates ging. Eine Neubesetzung erforderte aufgrund des für das Unternehmen geltenden StellenbesG eine öffentliche Ausschreibung dieser Position. Dies ersparte fürs Erste die Berufung auf § 90 Abs 2 AktG.

All das ist Grund genug, sich mit § 90 Abs 2 AktG und den damit verknüpften Rechtsfragen einmal eingehend auseinander zu setzen.

2. Regelungszweck von § 90 Abs 2 AktG

Zum Kreis der Aufsichtsratsmitglieder, die gemäß § 90 Abs 2 AktG in den Vorstand „delegiert“ werden können, gehören nur die Kapitalvertreter und die Vertreter der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten in Pensionskassen, wo hingegen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gemäß § 110 Abs 3 2. Satz ArbVG von der Anwendung des § 90 Abs 2 AktG ausdrücklich ausgeschlossen sind.⁴

§ 90 Abs 2 AktG setzt zwar keinen Vertretungsnotstand wie § 76 AktG voraus;⁵ der *Zweck der Regelung* liegt

1 Vgl Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 12; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 4.

2 Vgl dazu insb G. Schima, Vorstandsvorsitzender der Flughafen Wien AG rechtsunwirksam bestellt?, Die Presse/ Rechtspanorama 21. 2. 2011, sowie Dr Hedi Schneid in „Die Presse“ vom 22.2.2011.

3 Kurier, 14.12.2010.

4 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 13; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 14; Kalss in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 43.

5 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 8.

aber schon darin, eine nicht nur *unerwünschte* und die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigende, sondern vor allem eine *unvorhergesehene Vakanz* im Vorstand durch dem Aufsichtsrat geeignet erscheinende Personen aus den eigenen Reihen zu überbrücken.⁶

Essentiell ist, dass § 90 Abs 2 AktG nicht nur eine Ausnahme von dem in § 90 Abs 1 AktG verankerten Prinzip des Verbots der Doppel-Organmitgliedschaft bildet, sondern auch von § 75 AktG und der darin geregelten Bestellungskompetenz des Aufsichtsrates in Bezug auf Vorstandsmitglieder abgegrenzt werden muss. § 90 Abs 2 AktG ist aber nicht dazu da, eine vom Aufsichtsrat angestrebte Neubesetzung des Vorstandes ganz oder teilweise mittels vorübergehender Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern herbeizuführen.

3. „Verhinderung“ von Vorstandsmitgliedern

§ 90 Abs 2 AktG spricht von der Vertretung „*behinderter*“ Vorstandsmitglieder und meint dies ohne Zweifel im Sinne von „*verhindert*“.⁷ Die Verhinderung muss sich auf die gesamte Amtsausübung beziehen und nicht nur auf einzelne Tätigkeiten.⁸ Der Streit darüber, ob nur eine dauernde⁹ oder auch eine „*vorübergehende*“¹⁰ Verhinderung die Anwendung von § 90 Abs 2 AktG rechtfertigt, dürfte teilweise ein Streit um Begriffe sein. Richtig ist sicher, dass die Verhinderung nicht von einer unabsehbaren Dauer oder gar ex ante als endgültig anzusehen sein muss; umgekehrt genügt eine Verhinderung aufgrund einer gewöhnlichen Erkältung, die den Vorstand zwei oder drei Tage ans Bett fesselt, in aller Regel nicht – es sei denn, gerade in diesem Zeitraum wären wesent-

liche und keinen Aufschub duldende Entscheidungen gerade in diesem Ressort zu treffen¹¹ oder der Vorstand wäre sonst gar beschlussunfähig. Die generelle Aussage, bei krankheitsbedingtem „Ausfall“ könne von § 90 Abs 2 AktG Gebrauch gemacht werden, lässt sich daher nicht aufstellen.

Existiert für das betroffene Vorstandsmitglied ein Stellvertreter iSd § 85 AktG, kann § 90 Abs 2 AktG nicht angewendet werden, weil von vornherein kein Verhinderungsfall vorliegt.¹²

Ein *verhindertes* Vorstandsmitglied iSd § 90 Abs 2 AktG kann begriffsnotwendig nur ein solches sein, dessen *Amt noch aufrecht* besteht. Ein – durch Amtsniederlegung, Abberufung oder Tod – *ausgeschiedenes* Vorstandsmitglied ist keines, auf das sich der *Gesetzeswortlaut* bezieht.¹³

Die (von der ganz hM befürwortete) Anwendung des § 90 Abs 2 AktG auf Fälle des Ausscheidens von Vorstandsmitgliedern aus dem Amt ist daher von vornherein nicht mehr Auslegung, sondern *Analogie*, für die bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen. Das wird im Schrifttum großteils verkannt oder zumindest nicht ausreichend gewürdigt.

Keineswegs zutreffend ist es daher, undifferenziert davon zu sprechen, „*auch ein fehlendes*“,¹⁴ *ausgeschiedenes, verstorbenes oder sonst dauerhaft vermindertes Vorstandsmitglied*“ könne in Anwendung des § 90 Abs 2 AktG zumindest vorübergehend ersetzt werden.¹⁵ Mit einer solchen Formel wird nicht nur das Verhältnis von Regel (Trennungsgrundsatz) und Ausnahme durcheinander gebracht, sondern darüber hinaus außer Acht gelassen, dass § 90 Abs 2 AktG in einem Punkt entscheidend von

6 Schon hier zu unscharf *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 7, der von „*unerwünschter Vakanz*“ spricht, damit aber kein Abgrenzungskriterium zur regulären Bestellungskompetenz des Aufsichtsrates nach § 75 AktG liefert.

7 Zutr *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 8; ebenso und ohne näheres Eingehen auf dieses Semantik-Problem *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 14.

8 Vgl *Habersack* in *MünchKomm AktG³ § 105 Rz 25*; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 14; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 8; so auch OGH 7.7.1998, RdW 1998, 672 zur Genossenschaft.

9 So zB *Habersack* in *MünchKomm AktG³ § 105 Rz 25*.

10 So *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 8.

11 Eine solche Konstellation wird aber nur sehr schwer „*Verhinderung*“ begründen können. Denn wenn es nicht um die bloße Setzung von sonst nicht durchführbaren Vertretungsakten (Unterschrift unter Verträge etc) geht, sondern darum, dass jemand weittragende Entscheidungen *verantworten* soll, dann kann jemand, der neu als Ressortleiter hinzutritt, innerhalb einer so kurzen Zeitspanne diese Verantwortung idR gar nicht tragen. Würde ein solcherart in den Vorstand Delegierter handeln, wäre für die Gesellschaft meist nicht nur nichts gewonnen, sondern der Aufsichtsrat handelte geradezu pflichtwidrig, wenn er auf diese Weise bewirkt, dass wesentliche Unternehmensentscheidungen durch nicht ordentlich eingearbeitete Personen gefällt werden.

12 Zutr *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 14; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 9; anders die ganz hM in Deutschland: *Hüffer*, AktG⁸ § 105 Rz 7; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates (1981) 226f; *Semler* in *MünchKomm AktG² § 105 Rz 71*; *Wiesner* in *MünchHdbGesR³ IV § 24 Rz 28*; *Hopt/M. Roth*, GroßKomm AktG⁴ § 105 Rz 51; *Heidbüchel*, Das Aufsichtsratsmitglied als Vorstandsvertreter, WM 2004, 1317ff, 1318 – großteils mit der Begründung, dass stellvertretende Vorstandsmitglieder oft einen eigenen Aufgabenbereich hätten. Das Problem ist wegen der eher geringen Verbreitung stellvertretender Vorstandsmitglieder in Österreich von überschaubarer Bedeutung.

13 Davon gehen auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30e Rz 4 offensichtlich aus: „*Behinderung ist nicht wörtlich (Krankheit, längere dauernde Abwesenheit) zu verstehen, sondern umfasst auch Ausscheidensfälle ...*“; ebenso *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 8, wenn er schreibt der „*Wortlaut des Gesetzes*“ gehe davon aus, dass die „*zu besetzende Vorstandsstelle noch von einem Vorstandsmitglied besetzt ist.*“

14 Hervorhebung durch den Verfasser.

15 So *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 14; *Kalss* in *MünchKomm AktG³ § 105 Rz 43* unter Berufung auf eine (jedoch das Problem überhaupt nicht reflektierende) Entscheidung des OLG Linz (NZ 1970, 23).

§ 105 Abs 2 dAktG abweicht, weil die letztgenannte Bestimmung – in bewusst „erweiternder Klarstellung“ gegenüber dem dAktG 1937¹⁶ – auch die Vertretung eines „fehlenden“ Vorstandsmitgliedes durch Besetzung aus den Reihen des Aufsichtsrates ermöglicht und damit von vornherein klarstellt, dass die Norm vom Grundsatz her auch Fälle vor Augen hat, bei denen ein Mandat vakant, weil dem Bande nach beendet ist. Dies gibt zumindest der österreichische Gesetzeswortlaut nicht her.¹⁷

Für die Beschränkung der Anwendung des § 90 Abs 2 AktG auf Fälle, in denen ein Vorstandsmandat noch aufrecht besteht, der Mandatsträger aber an der Amtsausübung verhindert ist, lassen sich auch durchaus plausible Gründe ins Treffen führen, so zB dass damit die Abgrenzung vom in § 90 Abs 1 AktG verankerten Trennungsprinzip leichter bewerkstelligbar ist. Vor allem muss bei der unterschiedlichen Gesetzeslage in Deutschland und Österreich zusätzlich bedacht werden, dass § 105 Abs 2 dAktG die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern als

Vertreter von verhinderten Vorstandsmitgliedern nur für maximal ein Jahr erlaubt,¹⁸ wohingegen § 90 Abs 2 öAktG von einem „im Voraus begrenzten Zeitraum“ spricht. Das bedeutet zunächst einmal nur das Erfordernis einer *Befristung*, sagt aber nichts über deren Dauer (dazu auch unten). Erstreckt man § 90 Abs 2 AktG unterschiedslos – gleichsam nach Gutdünken des Aufsichtsrates – auf *alle* Ausscheidensfälle und gar auf Konstellationen, in denen ein Vorstandsmitglied „fehlt“, könnte der Aufsichtsrat § 90 Abs 2 AktG zum „Dauerinstrument“ seiner Personalpolitik machen und den Vorstand *permanent* teilweise oder gar zur Gänze mit Aufsichtsratsmitgliedern besetzen, deren Mandate im Extremfall sogar die übliche Vorstandsmandatsdauer aufweisen. Auch ein drei- oder gar fünfjähriger Zeitraum (letzteres ist die aktienrechtliche Höchstbestellungsdauer gemäß § 75 Abs 1 AktG) ist ein „im Voraus begrenzter Zeitraum“ iSd § 90 Abs 2 AktG.¹⁹ Dass eine solche Gesetzesauslegung absolut unhaltbar ist, leuchtet unmittelbar

16 Vgl Bundesjustizministerium (Hrsg), Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1965) 255 zu § 99-Entwurf (die Vorschrift wurde später zu § 105): „Außerdem kann nach dem Entwurf der Aufsichtsrat nicht nur dann einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern bestellen, wenn ein Vorstandsmitglied behindert ist, sondern auch, wenn es fehlt. Dadurch wird die Möglichkeit erweitert, ein Aufsichtsratsmitglied vorübergehend in den Vorstand zu entsenden.“; Kropff, AktG (1965), 146 aus der Begründung des RegE: „Der Entwurf hält auch daran fest, daß der Aufsichtsrat vorübergehend eines seiner Mitglieder zum Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds bestellen kann, wenn ein Vorstandsmitglied behindert ist (A b s a t z 2). Er stellt klar, daß die Möglichkeit einer solchen Entsendung nicht nur bei Behinderung, sondern auch beim Fehlen eines Vorstandsmitgliedes zulässig ist. Das entspricht der schon gegenwärtig zum geltenden Recht überwiegend vertretenen Ansicht. Damit besteht die Möglichkeit, ein Aufsichtsratsmitglied vorübergehend in den Vorstand zu entsenden, auch dann, wenn eine Vorstandsstelle geschaffen, aber noch nicht besetzt ist oder wenn ein Vorstandsmitglied verstorben ist.“; vgl weiter Obermüller/Werner/Winden, Aktiengesetz 1965 (1965) 63: „Ob ein Aufsichtsratsmitglied für eine vorübergehende Zeit auch als Stellvertreter eines fehlenden Vorstandsmitglieds eingesetzt werden durfte, war bisher bestritten. Das neue Recht sieht nunmehr ausdrücklich ein Entsendungsrecht auch für diesen Fall vor.“

17 Der österreichische Gesetzgeber des AktG 1965 hat das Thema nicht aufgegriffen, sondern in den Materialien nur darauf verwiesen, dass § 90 AktG zur Gänze unverändert übernommen werde (EBRV 301 BlgNR X. GP 65). Es wäre wohl zu spitzfindig, daraus abzuleiten, der österreichische Gesetzgeber, der ja das parallele Agieren des deutschen Gesetzgebers zumindest beobachtete, habe damit die in § 105 Abs 2 dAktG vorgesehene „Erweiterung“ oder „Klarstellung“ bewusst nicht umsetzen wollen. Noch verfehler wäre es indes, aus der unveränderten Übernahme der Regelung im AktG 1937/38 zu folgern, der österreichische Gesetzgeber habe damit die „überwiegende Lehrmeinung gebilligt“. Eine derartige Schlussfolgerung wäre allenfalls bei Existenz einer festgefüigten Rechtsprechung denkbar (die damals genauso fehlte wie heute), keinesfalls aber bei einer Meinungsdivergenz im Schrifttum, wo die eine Meinung von einer Mehrheit der Kommentatoren vertreten wird und die andere von einer Minderheit. Richtiger Weise wird man aus der beschriebenen historischen Entwicklung in Deutschland und Österreich zwar nicht ableiten können, dass Fälle des Ausscheidens aus dem Vorstand unter keinen Umständen nach § 90

Abs 2 öAktG behandelt werden können; der gegenüber Deutschland engere Wortlaut kann aber auch nicht folgenlos bleiben, weil bei analoger Rechtsanwendung die Voraussetzungen dieses Rechtsinstitutes eben genau beachtet werden müssen (siehe unten im Text).

18 Der logische Zusammenhang zwischen der „klarstellenden Ausdehnung“ des Anwendungsbereiches von § 105 Abs 2 dAktG 1965 durch die explizite Einbeziehung von Konstellationen, in denen ein Vorstandsmitglied ausgeschieden ist, und der Erforderlichkeit der Einführung einer Höchstbestellungsdauer (von einem Jahr) ist evident und wurde im Zuge der Gesetzwerdung des dAktG 1965 auch klar gesehen (vgl den RegE bei Kropff, AktG [1965] 146: „Nach geltendem Recht kann das Aufsichtsratsmitglied „nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum“ zum Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds bestellt werden. Die Länge des Zeitraumes wird nicht begrenzt. Auch eine Verlängerung ist möglich, sofern der Grund für die Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds noch fortbesteht. Danach kann der Aufsichtsrat sich nach dem Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds seiner Pflicht, ein neues Vorstandsmitglied nach § 84 des Entwurfes zu bestellen, dadurch entziehen, daß er ein Aufsichtsratsmitglied zum Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern bestellt und diese Bestellung alljährlich verlängert. Ein solches Verfahren entspricht nicht dem Zweck der Vorschrift (Anm des Verfassers: nicht nur nicht dem Zweck, sondern auch eindeutig nicht dem Wortlaut des damalsgeltenden Rechts). Sie dient, wenn ein Vorstandsmitglied endgültig ausgeschieden ist, nur dazu, vorübergehend die Lücke im Vorstand zu schließen, um dem Aufsichtsrat genügend Zeit zu geben, ohne Überstürzung ein neues Vorstandsmitglied auszuwählen. Um Mißbräuche auszuschließen, sieht der Entwurf deshalb vor, daß ein Aufsichtsratsmitglied nur für höchstens ein Jahr zum Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern bestellt werden kann“.

19 Es ist bemerkenswert, dass das österreichische Schrifttum Aussagen zu einer möglichen Höchstdauer weitestgehend vermissen lässt und sich damit begnügt, eine *befristete* Bestellung zu verlangen (vgl für alle Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 14). Denn gerade den Vertretern der ganz hM, die Ausscheidensfälle jedenfalls im Grundsatz als von § 90 Abs 2 AktG (wohl per Analogie – selbst das wird aber nicht problematisiert) erfasst sehen, müsste sich die Erforderlichkeit von Korrektiven zwecks Aufrechterhaltung des in § 90 Abs 1 AktG geregelten Grundsatzes geradezu aufdrängen (andeutungsweise Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG § 90 Rz 16, die immerhin auf § 90 Abs 2 AktG gestützte Bestellungen, die ein

ein. Knüpft man nicht an einen Verhinderungstatbestand an oder zumindest an das Vorliegen eines plötzlichen Führungsvakuums, gäbe es nämlich keinerlei – insbesondere auch kein zeitliches – Abgrenzungskriterium für die Anwendung der zitierten Norm. Als Konsequenz wäre völlig unklar, wie weit die Ausnahme von dem in § 90 Abs 1 AktG verankerten und nach insoweit wohl einhelliger Meinung bei Verstoß mit Nichtigkeitssanktion belegten Grundsatz des Verbotes der gleichzeitigen Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand reicht.

Es eröffnet sich bei dieser Betrachtung ein interessanter Aspekt: der Aufsichtsrat könnte bei einer solchen Rechtsauslegung selbsttätig eine Art „Board-System“ in einer österreichischen AG etablieren, indem er die Vorstandsmitglieder aus dem Kreis der Aufsichtsratsmitglieder rekrutiert und diese immer wieder in den Aufsichtsrat zurückkehren lässt. Niemand in Österreich hat naheliegender Weise vertreten, dass so etwas möglich wäre. Die sehr undifferenzierten Stellungnahmen im Schrifttum, in denen die Anwendung des § 90 Abs 2 AktG unterschiedslos auf Fälle des Ausscheidens aus dem Vorstandamt und vereinzelt sogar auf Fälle des „Fehlens“ von Vorstandsmitgliedern erstreckt wird,²⁰ führen aber – zu Ende gedacht – genau zu dieser Konsequenz. Bisher hat niemand aufgezeigt, wie man diese verhindert und das zu einem zentralen Bauprinzip des österreichischen Aktienrechts zählende Verbot der Doppel-Organmitgliedschaft in § 90 Abs 1 AktG so aufrecht erhält, dass dessen Konturen klar erkennbar bleiben.

4. § 90 Abs 2 AktG und Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern

Die ganz hM in Österreich wendet § 90 Abs 2 AktG auch auf Fälle des Ausscheidens von Vorstandsmitglie-

dern (zB durch Mandatsniederlegung, Tod, aber auch durch Abberufung) an.²¹ Die Begründungen dafür sind überwiegend mehr als spärlich oder gar nicht vorhanden. Wenn *Strasser*²² meint, wegen der mangelnden Unterscheidung des Gesetzes nach dem Grund der Verhinderung und dessen voraussichtlicher Dauer und wegen seines Zweckes²³ sei es richtig, die Norm auch auf Fälle anzuwenden, in denen ein Vorstandsmitglied durch Ausscheiden aus dem Vorstand dauernd wegfällt, sucht man in der Argumentation vergeblich nach irgendeinem Kriterium, das den Einsatz von § 90 Abs 2 AktG als „herkömmliches Bestellungsinstrument“ verhindert.

Da es sich bei der Anwendung von § 90 Abs 2 AktG nicht mehr um Auslegung, sondern um *Analogie* handelt (siehe oben), muss eine taugliche Analogiebasis gefunden und gefragt werden, welche Kriterien Ausscheidensfälle aufweisen müssen, um sie mit den vom Gesetz geregelten Fällen der Verhinderung von noch im Amt befindlichen Vorstandsmitgliedern vergleichbar zu machen. Bei Beantwortung der Frage, ob es analogiefähige Fallkonstellationen des Ausscheidens von Vorstandsmitgliedern gibt, hat man sich in der Tat am Zweck des § 90 Abs 2 AktG zu orientieren. Dabei kann man durchaus von der „Definition“ *Strassers*²⁴ ausgehen, wonach die Norm „*unerwünschte Vakanz im Vorstand verhindern soll*“. „*Unerwünscht*“ in diesem Sinne kann eine Vakanz aber nur sein, wenn sie aus der Sicht des Aufsichtsrates *unvorhergesehen und plötzlich eintritt*, und sich insbesondere nicht als Ergebnis eines bewussten Vorgehens des Aufsichtsrates darstellt. Diese Einschränkung ist nicht nur geboten, um die Einhaltung der rechtsdogmatischen Voraussetzungen für Analogie zu wahren, sondern vor allem auch, um das Verbot des § 90 Abs 1 AktG nicht bis zur Unkenntlichkeit aufzuweichen. Wenn ein Vorstandsmitglied durch Unfalltod, Selbstmord, plötzliche

Jahr übersteigen, nur ausnahmsweise für zulässig halten dürfte, mit dem Satz „*die Bestellung ist nur befristet für die Zeit der Verhinderung möglich*“ [*Kalss*, ebenda], aber das ganze Dilemma der herrschenden Rechtsauslegung zu § 90 Abs 2 AktG offenbart: bei Ausscheiden eines Vorstandsmitgliedes gibt es keine durch die Umstände vorgegebene Dauer, sondern diese „macht der Aufsichtsrat selbst“).

- 20 Man muss an dieser Stelle betonen, dass zB bei *Kalss* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 14), die diese Sichtweise vertritt, nicht ganz deutlich wird, welche Fälle sie unter „*Fehlen*“ subsumiert. Da sie dieses Tatbestandsmerkmal zusätzlich zum „*Ausscheiden*“ erwähnt, ist jedoch davon auszugehen, dass sie die beiden Konstellationen voneinander unterscheidet und mit „*Fehlen*“ tatsächlich Fälle meint, in denen der Aufsichtsrat zB eine neue, zusätzliche Vorstandsposition ausschreibt und – weil er nicht schnell genug einen Kandidaten findet – den Posten vorerst mit einem Aufsichtsratsmitglied besetzt. Das ist von § 90 Abs 2 AktG indes (im Gegensatz zum Anwendungsbereich, den zumindest die herrschende – in diesem Punkt mE durchaus problematische – Meinung in Deutschland § 105 Abs 2 dAktG attestiert) eindeutig *nicht* erfasst – und zwar weder vom Wortlaut noch vom Zweck der Vorschrift.

Für solche Fälle gibt es den herkömmlichen Weg der Bestellung von Vorstandsmitgliedern, und das Finden bzw rechtzeitige Suchen (!) von geeigneten Vorstands-Kandidaten ist geradezu die Kardinalaufgabe des Aufsichtsrates. Von einer Sondersituation, die die Anwendung des § 90 Abs 2 AktG rechtfertigt, kann da keine Rede sein (siehe unten im Text).

- 21 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 8; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 14; *Kalss* in *MünchKomm AktG*³ § 105 Rz 43; für die gleichlautende Norm des § 30e Abs 2 GmbHG *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I Rz 4/66; *Wünsch*, GmbHG § 30e Rz 22; *Straube/Rauter* in *Straube*, GmbHG § 30e Rz 28.
- 22 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 8.
- 23 Dieser besteht laut *Strasser* (*Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 7) darin, „*dem Aufsichtsrat die Möglichkeit zu geben, eine unerwünschte Vakanz im Vorstand kurzfristig durch den Einsatz von Personen zu überbrücken, von denen der Aufsichtsrat ohne besondere zeitraubende Prüfung und Beratung aus eigener Anschauung und Erfahrung im Laufe der Zusammenarbeit im Aufsichtsrat weiß, dass sie dieser Aufgabe auch tatsächlich gewachsen sind*.“
- 24 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 90 Rz 7.

und überraschende (im Regelfall fristlose) Mandatsniederlegung ausscheidet, sind dies in der Tat Fallkonstellationen, die unter Orientierung am Zweck von § 90 Abs 2 AktG dessen analoge Anwendung über den Wortlaut der Norm hinaus rechtfertigen, ja gebieten. Denn warum soll es einen Unterschied machen, ob ein Vorstandsmitglied bei einer Sahara-Urlaubsreise in die Gewalt von Entführern gerät (das Vorstandsmandat ist aufrecht) oder ob ein Vorstandsmitglied bei einem Fallschirmsprung tödlich verunglückt oder sich das Leben nimmt (das Vorstandsmandat endet)? Die Probleme für die Gesellschaft und die Gefährdung ihrer Interessen durch eine plötzlich inkomplett gewordene Geschäftsführung sind dieselben. Beachtet man strikt das Kriterium der Unvorhergesehenheit und Plötzlichkeit des Ereignisses, kann eine Anwendung von § 90 Abs 2 AktG unter bestimmten Voraussetzungen sogar befürwortet werden, wenn die Mandatsbeendigung durch den Aufsichtsrat herbeigeführt wird. Dies betrifft in erster Linie Fälle, in denen ein Aufsichtsrat gravierendes Fehlverhalten eines Vorstandsmitgliedes entdeckt (zB Veruntreuungen, Geldwäsche, korruptionsträchtige Geschäfte etc) und die sofortige Entfernung dieses Vorstandsmitgliedes im Unternehmensinteresse zwingend geboten ist.

Ein Aufsichtsrat jedoch, der schon länger die Absicht hegt, den Vorstand in seiner Zusammensetzung zu ändern und nach monatelangen Diskussionen erreicht, dass aus einem Dreier-Vorstand ein Mitglied auf Drängen des Aufsichtsrates ausscheidet und die Amtszeiten der beiden anderen Vorstandsmitglieder deutlich verkürzt werden, und der den Vorsitzenden des Aufsichtsrates unter Anwendung des § 90 Abs 2 AktG für ein Jahr befristet zum Vorstandsvorsitzenden macht, bewegt sich mE eindeutig *außerhalb* des durch § 90 Abs 2 AktG selbst bei großzügigstem Verständnis gezogenen Rahmens.

5. Blick nach Deutschland: § 105 Abs 2 dAktG

Wie schon oben erwähnt, ermöglicht § 105 Abs 2 dAktG die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vorstandsmitgliedern nicht nur bei „*Verhinderung*“, sondern auch im Falle des „*Fehlens*“ von Vorstandsmitgliedern. Darunter versteht die ganz hM nicht nur den Fall des Unterschreitens der satzungsmäßigen Mindestzahl an Vorstandsmitgliedern, sondern auch das Nichterreichen einer satzungsmäßig festgesetzten Höchstgrenze.²⁵ Diese Sichtweise ist aber schon auf der Basis des weiten deutschen Gesetzeswortlautes nicht überzeugend und überrascht. Satzungsklauseln, die die Anzahl der Vorstandsmitglieder regeln, sind (und dies dürfte auch für Deutschland gelten) nicht selten so gefasst, dass ein großzügiger Rahmen festgelegt wird, um auch bei erheblichen Änderungen in der Zusammensetzung (zB massive Aufstockung des Vorstandes im Zuge einer Großfusion) die Satzung nicht ändern zu müssen. Sieht diese nun vor, dass der Vorstand aus einem bis maximal sechs Mitgliedern bestehen kann und bestand dieser Vorstand seit Gründung der Gesellschaft – ihrer Größe und dem Tätigkeitsbereich angepasst – immer aus drei Personen, kann man nicht ernsthaft vertreten, es würden drei Vorstandsmitglieder (permanent) „*fehlen*“.²⁶

6. Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats als Folge der Delegation

Von § 90 Abs 2 AktG darf selbst dann Gebrauch gemacht werden, wenn dadurch der Aufsichtsrat beschlussunfähig wird, was bei Absinken der Anzahl der nicht von einer Delegation betroffenen Kapitalvertreter unter drei gemäß § 92 Abs 5 1. Satz AktG jedenfalls, bei Festsetzung einer höheren Mindestanzahl durch die Sat-

25 So zB *Hopt/M. Roth* in GroßKomm AktG⁴ § 105 Rz 50; *Hüffer*, AktG⁸ § 105 Rz 7; *Spindler* in Spindler/Stilz, AktG § 105 Rz 23; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 24; *Wiesner* in MünchHdbGesR³ IV § 24 Rz 28; aM *Heidbüchel*, Das Aufsichtsratsmitglied als Vorstandsvertreter, WM 2004, 1317ff, 1318.

26 *Heidbüchel* (WM 2004, 1317ff, 1318) ist dieser völlig undifferenzierten Sichtweise zu Recht mit dem Argument entgegengetreten, dass es auch für den Tatbestand des „*Fehlens*“ von Vorstandsmitgliedern auf das Ausscheiden „*aufgrund des kurzfristigen Eintritts eines bestimmten Ereignisses*“ anzukommen hat. *Heidbüchel* (aaO) betont ganz zutr, dass der Aufsichtsrat pflichtwidrig handle, „*wenn er ohne Not eines seiner Mitglieder in den Vorstand entsendet oder wenn er diese Notsituation selber ausgelöst hat, beispielsweise weil er versäumt hat, rechtzeitig für einen Nachfolger des Vorstandsmitgliedes, dessen Amtszeit regulär durch Fristablauf endet, Sorge zu tragen.*“ § 105 Abs 2 dAktG solle nämlich – so *Heidbüchel* (WM 2004, 1318) überzeugend – nur die Fälle erfassen, „*in denen das Vorstandsmitglied durch Tod, Niederlegung sei-*

nes Amtes oder durch kurzfristige Abberufung durch den Aufsichtsrat ausgeschieden ist.“ Daran zeigt sich, dass die in Österreich kürzlich ausgelöste Diskussion in etwas veränderter Form auch in Deutschland ungeachtet des deutlich weiteren Gesetzeswortlautes existiert. Auch dort tritt die hM für ein extrem weites Verständnis der Ausnahme vom „*Trennungsprinzip*“ des § 105 Abs 1 dAktG ein, versäumt es aber – wie das einschlägige Schrifttum in Österreich – Kriterien aufzustellen, die der Ausnahme jene Grenzen setzen, die erforderlich sind, damit die Regel – also das Verbot der gleichzeitigen Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand – noch erkennbar bleibt. Auch unter Zugrundelegung der in Deutschland hM könnte der Aufsichtsrat allem Anschein nach das Instrument der Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand permanent und auch bei weder plötzlichen noch unvorhergesehenen – sondern zB durch Ablauf der Mandatsdauer ausgelösten – Vakanz einsetzen. Der Aufsichtsrat hätte dabei freilich eine – in Österreich so nicht (einmal) geltende – Grenze zu beachten: Die Höchstbefristungsdauer von einem Jahr gemäß § 105 Abs 2 dAktG.

zung schon entsprechend früher der Fall ist.²⁷ Denn die jederzeitige Funktionsfähigkeit des geschäftsführenden Organs hat Vorrang gegenüber einer allzeit gegebenen Beschlussfähigkeit des nicht täglich geforderten Aufsichtsrates.²⁸

Dass § 76 AktG bzw § 15a GmbHG die Bestellung eines Notvorstandes bzw Notgeschäftsführers kennen, ändert daran nichts.²⁹ Der Anwendungsbereich der Bestimmungen über Notvorstand und Notgeschäftsführer ist nämlich ein anderer als der von § 30e Abs 2 GmbHG bzw § 90 Abs 2 AktG. Die Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand (die Geschäftsführung) kann sich auch dann als notwendig erweisen, wenn ein Vertretungsnotstand, der die Bestellung eines Notgeschäftsführers/ Notvorstandes erforderlich macht, gar nicht besteht. Es geht bei § 90 Abs 2 AktG nicht primär darum, dass der Vorstand plötzlich nicht mehr die erforderlichen Unterschriften leistet oder keine Zustellungen entgegennehmen kann. Vielmehr hat man vor allem an Fälle zu denken, in denen ein wichtiges Ressort auf längere oder unabsehbare Zeit verwaist bliebe, weil ein Vorstandsmitglied plötzlich ausgefallen ist. Passiert dies in einer Gesellschaft mit einem Dreier-Aufsichtsrat, dann führt die Anwendung von § 90 Abs 2 AktG automatisch zur Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrates gemäß § 92 Abs 5 1. Satz AktG. Dem Aufsichtsrat das Instrument des § 90 Abs 2 AktG in diesem Falle zu versagen, wäre nicht sachgerecht.

Dies ändert freilich nichts daran, dass der Aufsichtsrat stets nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen muss, ob eine Delegation gemäß § 90 Abs 2 AktG in Betracht kommt. Manchmal wird sich als bessere Alternative die interimistische Bestellung eines Außenstehenden oder die Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes nach dessen Amtsniederlegung anbieten.³⁰ Außerdem darf nicht vergessen werden, dass in einer „Vorstandskrise“, die die Anwendung des § 90 Abs 2 AktG erforderlich macht, typischer Weise auch der Aufsichtsrat besonders gefordert ist. Geraten werden kann dem Aufsichtsrat daher zu einer Delegation unter Inkaufnahme der eigenen Be-

schlussunfähigkeit nicht oder nur in ganz extremen Fällen.³¹ Auf keinen Fall riskieren darf der Aufsichtsrat so eine Situation, wenn er in einer Gesellschaft mit zerstrittenen Aktionären/Gesellschaftern tätig ist und befürchten muss, dass die zur Wiederherstellung der Beschlussfähigkeit erforderliche Nachwahl in den Aufsichtsrat nicht zügig vonstatten gehen, sondern durch widerstrebende Gesellschafterinteressen blockiert werden wird.

7. Vertretung verhinderter Vorstandsmitglieder und Neuverteilung von Ressorts

Im Zeitpunkt der Bestellung gemäß § 90 Abs 2 AktG muss festgestellt werden, als *wessen* Stellvertreter das Aufsichtsratsmitglied in den Vorstand bestellt wird.³² Wenn das Mitglied des Aufsichtsrates ein Vorstandsmitglied nicht nur vorübergehend ersetzt, sondern im Zuge einer tiefgreifenden Änderung der Geschäftsverteilung besondere Zuständigkeiten übernimmt, die gar nicht jene sind, die dem ersetzten Vorstandsmitglied zukamen, so ist dies durch § 90 Abs 2 AktG nicht gedeckt. Denn das in den Vorstand abgeordnete Aufsichtsratsmitglied tritt in die Rechtsstellung des verhinderten Vorstandsmitgliedes ein, was richtiger (aber nicht unbestrittener) Ansicht zufolge auch dann gilt, wenn es sich bei letzterem um den Vorstandsvorsitzenden handelt.³³ Aus praktischer Sicht geht es bei dieser Kontroverse in Wahrheit nur darum, ob der Aufsichtsrat die Nachfolge auch in den Vorstandsvorsitz durch einen eigenen Beschluss herbeiführen oder vielmehr – wenn dies nicht gewollt ist – durch einen Beschluss verhindern muss. Denn dass der Aufsichtsrat anlässlich der Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand den Vorstandsvorsitz neu verteilen kann, ist klar und dürfte unstrittig sein.³⁴

8. Notwendige Befristung der Delegation in den Vorstand

Die Bestellung gemäß § 90 Abs AktG muss „für einen im Voraus begrenzten Zeitraum“ erfolgen. Eine gesetz-

27 *Wiünsch*, GmbHG § 30e Rz 21; referierend *Straube/Rauter*, GmbHG § 30e Rz 30; so auch OGH 21.12.1994, *ecolex* 1995, 262f (263) für die Genossenschaft; ebenso die ganz hM in Deutschland: RGJW 1930, 1413; *Mertens* in KölnKomm AktG² § 105 Rz 24; *Meyer-Landrut* in GroßKomm AktG³ § 105 Rz 9; *Hopt/M. Roth* in GroßKomm AktG⁴ § 105 Rz 55; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 26; aM *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30e Rz 4 unter Berufung auf ein „obiter dictum“ in der im Übrigen explizit das Gegenteil (für die Genossenschaft) besagenden E des OGH, *ecolex* 1995, 262f (263). Dieses obiter dictum kann die Gegenansicht freilich nicht tragen (dazu im Text).

28 *Mertens* in KölnKomm AktG² § 105 Rz 24; *Meyer-Landrut* in GroßKomm AktG³ § 105 Rz 9; *Semler* in MünchKomm AktG² § 105 Rz 66; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 26.

29 Gegenteilig offenbar *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30e Rz 4, die aus dem erwähnten obiter dictum ableiten wollen, dass der OGH seine Aussage, in der **Genossenschaft dürfte die Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand auch zur vorübergehenden Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrates führen, nicht auf die GmbH oder AG erstrecken wollte.**

30 Vgl die Hinweise von *Heidbüchel*, WM 2004, 1317ff, 1324.

31 Zutr *Heidbüchel*, WM 2004, 1317ff, 1320.

32 *Semler* in MünchKomm AktG² § 105 Rz 62.

33 Zutr *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 34; noch unentschieden die Voraufgabe: *Semler* in MünchKomm AktG² § 105 Rz 63; aM *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG³ § 9 Rz 15 – alle ohne nähere Begründung.

34 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG³ § 9 Rz 15; *Semler* in MünchKomm AktG² § 105 Rz 63; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 34.

liche Höchstdauer (wie in Deutschland: ein Jahr gemäß § 105 Abs 2 dAktG) kennt das österreichische Recht nicht.

Aus der gesetzlichen Formulierung wird zu Recht gefolgert, dass die Bestellung *auf bestimmte Dauer* erfolgen muss und Bestellungen auf unbestimmte Dauer nichtig sind.³⁵ Obwohl § 90 Abs 2 AktG keine Höchstfrist kennt, verbietet der Zweck der Vorschrift, nämlich vorübergehend ein Führungsvakuum in der Gesellschaft zu beseitigen, die Anwendung der Umdeutungsregel des § 75 Abs 1 2. Satz AktG von selbst.³⁶ Wie schon oben aufgezeigt, macht sich das Fehlen einer – in Deutschland mit dem dAktG 1965 eingeführten – gesetzlichen Höchstbestellungsdauer gerade auf der Grundlage der hM unangenehm bemerkbar, die auch Ausscheidensfälle nach § 90 Abs 2 AktG behandelt. Beim Ausscheiden eines Vorstandsmitgliedes gibt es eben keine durch das den Anlass für die Maßnahme bildende Ereignis, nämlich die *Verhinderung an der Amtsausübung*, vorgegebene Höchstdauer.

Ebenso unzulässig und unwirksam ist die Bestellung unter einer auflösenden Bedingung, insbesondere unter der Bedingung des Wegfalls der Verhinderung.³⁷ Die Bestimmungsdauer muss daher kalendermäßig fixiert sein.

Eine wiederholte Bestellung ist grundsätzlich zwar zulässig,³⁸ bedarf aber stets einer speziellen Rechtfertigung unter strenger Orientierung am Zweck des Gesetzes. Die Dauer der Bestellung muss sich grundsätzlich an der voraussichtlichen Verhinderungsdauer orientieren. Ist (zB bei einem schweren Unfall, bei dem das Vorstandsmitglied ins Koma fällt) anzunehmen, dass die Verhinderung dauerhaft sein und das Vorstandsmitglied daher über kurz oder lang ausscheiden wird, empfiehlt es sich, eine Dauer zu wählen, die so bemessen ist, dass dem Aufsichtsrat eine geordnete Nachfolger-Suche (die im Einzelfall natürlich auch das aus dem Aufsichtsrat delegierte Mitglied einschließen kann) möglich wird. Ein Jahr wird dabei in aller Regel die absolute Obergrenze sein müssen. Es ist daher keineswegs so, dass Bestellungen gemäß § 90 Abs 2 AktG dann schlechthin keinen Bedenken be-

gegen, wenn sie eine bestimmte Dauer von zB sechs Monaten oder gar einem Jahr nicht überschreiten.³⁹ Die Befristung auf eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne ist vielmehr nur eine notwendige, aber keine ausreichende Voraussetzung der Anwendung des § 90 Abs 2 AktG.

Das Vorstandsmandat eines nach § 90 Abs 2 AktG Bestellten erlischt durch Fristablauf, Beendigung der „*Verhinderung*“ des vertretenen Vorstandsmitgliedes,⁴⁰ und wenn das in den Vorstand abgeordnete Aufsichtsratsmitglied sein Aufsichtsratsmandat verliert, weil sich davon das Vorstandsmandat ableitet.⁴¹ Hier können sich in der Praxis natürlich gewisse Abgrenzungsprobleme stellen, die der Rechtssicherheit nicht dienlich sind. Denn bei einem einige Zeit schwer kranken oder verunglückten Vorstandsmitglied, das noch etwas rekonvaleszent ist, aber schon fallweise wieder das Büro aufsucht, kann man in concreto darüber streiten, *wann* der Hinderungsgrund genau weggefallen ist. Da der Wegfall die Voraussetzung des Vertretungsorgans bestimmt, weil das Mandat des gemäß § 90 Abs 2 AktG Delegierten ja ipso iure erlischt, empfiehlt es sich mE aus praktischen Überlegungen, dass der Aufsichtsrat in solchen (Zweifels)Fällen (im Umlaufwege) einen Beschluss fasst, mit dem er das delegierte Aufsichtsratsmitglied vorsichtshalber abberuft. Dem kommt zwar uU nur deklaratorische Bedeutung zu; *spätestens* mit einer solchen Abberufung ist der Betroffene aber nicht mehr Vorstandsmitglied. Sinnvoll ist es natürlich auch, wenn das verhinderte Mitglied das Ende seiner Verhinderung dem Aufsichtsrat formell anzeigt.

9. Ruhen des Aufsichtsratsmandats

Für die Dauer der Abordnung in den Vorstand darf das Aufsichtsratsmitglied sein Amt als Aufsichtsratsmitglied nicht ausüben (§ 90 Abs 2 2. Satz AktG). Dies bedeutet, dass sich das Aufsichtsratsmitglied jedweder Tätigkeit zu enthalten hat. Davon erfasst ist auch die Zurverfügungstellung der für den Aufsichtsrat oder einzelne Ausschüsse bestimmten Informationen. Damit möchte das Gesetz dem in § 90 Abs 1 AktG verankerten Prinzip der

35 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 14; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 16; OGH 21.12.1994, ecolex 1995, 262f (zur Genossenschaft); Straube/Rauter in Straube, GmbHG § 30e Rz 32.

36 Danach wäre nämlich eine auf unbestimmte Zeit ausgesprochene Vorstandsbestellung für fünf Jahre wirksam.

37 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 14; für die GmbH: Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² I Rz 4/66; Wünsch, GmbHG § 30e Rz 19; Straube/Rauter in Straube, GmbHG § 30e Rz 32.

38 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 14; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 16.

39 Davon geht aber anscheinend Nowotny aus, wenn er (laut Die Presse v 22. Februar 2011) meint, die Vorgangsweise im Anlassfall sei auch deshalb unbedenklich, weil sie „nur für ein Jahr“ erfolge.

Für die Behebung eines vorübergehenden Führungsvakuums in einer Gesellschaft ist eine solche Frist vielmehr in aller Regel (deutlich) zu lang, und auch § 105 Abs 2 dAktG normiert die Jahresfrist nur als Höchstfrist, die keineswegs immer ausgeschöpft werden darf.

40 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 18; für die GmbH: Wünsch, GmbHG § 30e Rz 28; Straube/Rauter in Straube, GmbHG § 30e Rz 33.

41 Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 18; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 17; Straube/Rauter in Straube, GmbHG § 30e Rz 33; Zweifelnd Wünsch, GmbHG § 30e Rz 28; Mertens in KölnKomm AktG² § 105 Rz 31; Semler in MünchKomm AktG² § 105 Rz 92; Habersack in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 36.

Organtrennung auch im Falle von dessen ausnahmsweiser Durchbrechung soweit wie möglich Geltung verschaffen. Führt daher der Aufsichtsrat zB eine Untersuchung gemäß § 95 Abs 3 AktG („kleine Sonderprüfung“) mit Hilfe eines Wirtschaftsprüfers durch, dann hat dessen – vorerst nur an den Aufsichtsrat gerichteten – Bericht ein in den Vorstand abgeordnetes Aufsichtsratsmitglied selbstverständlich *nicht* zu bekommen.

Handelt es sich beim betroffenen Aufsichtsratsmitglied um den Aufsichtsratsvorsitzenden, rückt dessen erster Stellvertreter in den Vorsitz nach, weil die Abordnung gemäß § 90 Abs 2 AktG insofern als „Verhinderung“ des Aufsichtsratsvorsitzenden zu verstehen ist.⁴² Der Aufsichtsrat selbst kann aber anlässlich der Abordnung des Aufsichtsratsvorsitzenden in den Vorstand einen abweichenden Beschluss fassen und ein anderes Vorstandsmitglied zum Vorsitzenden bestellen.

10. Befreiung vom Wettbewerbsverbot während der Delegation

Während der Dauer der Stellvertretung eines verhinderten Vorstandsmitgliedes durch ein abgeordnetes Aufsichtsratsmitglied ist dieses gemäß § 90 Abs 2 letzter Satz AktG nicht an das Wettbewerbsverbot des § 79 AktG gebunden. Da die Vorschrift eindeutig den Zweck hat, zu verhindern, dass ein mit der Gesellschaft im Wettbewerb tätiges Aufsichtsratsmitglied (für das ein Wettbewerbsverbot ja nicht gilt) diese Tätigkeit vor einer Abordnung in den Vorstand kurzfristig aufgeben muss,⁴³ ist eine *teleologische Reduktion* in der Weise geboten, dass die *Neuaufnahme* einer konkurrenzierenden Tätigkeit nach der Abordnung in den Vorstand *nicht gestattet* ist.⁴⁴

Ein Abstellen auf die das gemäß § 90 Abs 2 AktG bestellte Vorstandsmitglied in gleicher Weise wie andere Vorstandsmitglieder treffende Treuepflicht⁴⁵ führt zu keinem anderen Ergebnis.

Darüber hinaus handelt ein Aufsichtsrat, der ausgerechnet ein mit der Gesellschaft im Wettbewerb stehendes Mitglied zum Stellvertreter eines verhinderten Vorstandsmitgliedes macht, im Regelfall nicht sorgfaltskonform.

11. Plenums- oder Ausschusszuständigkeit?

Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern verhinderter Vorstandsmitglieder gemäß § 90 Abs 2 AktG folgt hinsichtlich der Zuständigkeit den Regeln über die Vorstandsbestellung an sich. Betrachtet man mit der hier vertretenen Auffassung die Bestellung generell als an einen mitbestimmten Ausschuss delegierbar,⁴⁶ dann ist eine Ausschusszuständigkeit auch im Falle des § 90 Abs 2 AktG möglich. Behält man mit der hM⁴⁷ die Bestellung von Vorstandsmitgliedern generell dem Plenum des Aufsichtsrates vor, muss dies auch für die Bestellung nach § 90 Abs 2 AktG gelten.⁴⁸

12. Rechtsfolgen fehlerhafter Anwendung von § 90 Abs 2 AktG

Dass dem Aufsichtsrat zu raten ist, beim Einsatz von § 90 Abs 2 AktG große Vorsicht walten zu lassen, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass ein Verstoß gegen die Vorschrift grundsätzlich die *Nichtigkeit des Bestellvorganges*⁴⁹ zur Folge hat.

Dies gilt nur dann nicht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zum Vorstandsmitglied bestellt wird, bei der Bestellung

42 Gegenteilig *Semler* in MünchKomm AktG² § 105 Rz 95, der meint, in einem solchen Fall sei der Vorsitzende nicht iSd § 107 Abs 1 3. Satz dAktG „behindert“. Dies ist jedoch unverständlich, weil mE geradezu der „klassische“ Verhinderungsfall vorliegt. § 92 Abs 1 öAktG kennt eine ausdrückliche Regelung nicht, die den bzw die Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden nur bei dessen Be- oder Verhinderung einrücken lassen, doch bestimmen die Geschäftsordnungen für den Aufsichtsrat üblicher Weise dasselbe.

43 So zutr *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 34, der die gleichlautende Bestimmung in § 105 Abs 2, letzter Satz dAktG als rechtspolitisch problematisch und unter Corporate Governance-Gesichtspunkten bedenklich bezeichnet; ebenso *Heidbüchel*, WM 2004, 1317ff, 1321.

44 Ebenso *Mertens* in KölnKomm AktG² §105 Rz 28; *Semler* in MünchKomm AktG² § 105 Rz 88; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 34, der dieses Ergebnis primär auf die Treuepflicht und die Empfehlungen des DCGK zu stützen scheint; *Heidbüchel*, WM 2004, 1317ff, 1321.

45 Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 105 Rz 20; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 90 Rz 16.

46 So zB G. *Schima*, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/32ff mit ausführlichster Darstellung des Meinungsstandes.

47 Vgl *Strasser*, Die Ernennung (der Widerruf der Ernennung) eines Vorsitzenden des Vorstandes nach Aktienrecht und Arbeitsverfassungsrecht, in FS *Schwind*, 317 ff; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 221 ff; *Geppert*, Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer AG und die Bestellung sowie Anstellung von Vorstandsmitgliedern durch Aufsichtsratsausschüsse, DRdA 1980, 178 ff; *Jabornegg*, Ein Ausschuss des Aufsichtsrates bestellt ein Vorstandsmitglied, DRdA 1981, 324 ff; *Schiemer*, AktG² Anm 1.2. zu § 75 und Anm 7.4. zu § 92; OLG Wien NZ 1982, 72; *Kastner/Doralt/Nowotny*; *Gesellschaftsrecht*³ 255; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 6; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 92 Rz 135; *Kalss* in MünchKommAktG³ § 84 Rz 243; *Weiß*, Arbeitnehmermitwirkung bei der Be- und Anstellung der Vorstandsmitglieder, DRdA 1998, 22 ff, 94 ff, 99; *Jabornegg*, ArbVG-Komm § 110 Rz 246 ff; *Reich-Rohrwig*, Die Zusammensetzung von Ausschüssen des Aufsichtsrates – neue Rechtslage ab 1. Jänner 1987, wbl 1987, 1 ff, 2 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 892; *Nowotny* DRdA 1989, 431 f; *Saurer*, Handlungsbedarf des Aufsichtsrats bei Missbrauch von Insiderinformationen durch ein Vorstandsmitglied? *ecolex*, 2003, 736; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 75, 76 Rz 15.

48 *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 17.

49 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG § 90 Rz 12; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 90 Rz 4.

intendiert ist, dass das Aufsichtsratsmitglied sein Vorstandsmandat niederlegt und die Mandatsniederlegung auch tatsächlich vor Amtsantritt als Vorstandsmitglied erfolgt.⁵⁰

Die Nichtigkeit der Vorstandsbestellung kann – wenn sie nicht bemerkt wird und das Vorstandsmitglied weiter tätig wird – eine Kette weiterer nichtiger Rechtsakte nach sich ziehen.⁵¹ Man denke zB daran, dass ein nicht wirksam bestelltes Vorstandsmitglied als Vertreter einer Tochter-GmbH in der Generalversammlung den Jahresabschluss feststellt oder dass ein solches „Nicht-Vorstandsmitglied“ einen Geschäftsführer in der Tochter-GmbH bestellt, der (mangels Bewusstseins der Unwirksamkeit des Bestellungsvorganges) Monate oder Jahre später einen Mitarbeiter wegen Veruntreuungen fristlos entlässt oder seinerseits an der Feststellung des Jahresabschlusses einer Enkelgesellschaft mitwirkt.

Die Nichtigkeit der Bestellung tritt mE zumindest bei grober Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen ein, so zB, wenn für ein durch Fristablauf ausgeschiedenes Vorstandsmitglied ein Vertreter gemäß § 90 Abs 2 AktG bestellt wird oder der Aufsichtsrat ganz generell einen von ihm geplanten Umbau des Vorstandes mit Hilfe von Abordnungen nach § 90 Abs 2 AktG bewerkstelligt.

Anderes mag gelten, wenn der Aufsichtsrat zB zu leichtfertig, aber nicht in völlig unvertretbarer Weise eine Verhinderung annimmt und einen Stellvertreter aus dem Kreise der Aufsichtsratsmitglieder bestellt, wenn ein Vorstandsmitglied drei Tage wegen eines grippalen Infektes zu Hause bleibt und keine unabdingbaren, wesentlichen

Entscheidungen im betroffenen Ressort gefällt werden müssen. Hier könnte eine Wirksamkeit des Beschlusses aus Verkehrsschutzgründen befürwortet werden.⁵²

13. § 90 Abs 2 AktG und Stellenausschreibung

Für der Rechnungshofkontrolle unterliegende Unternehmen besteht nach dem StellenbesG die Verpflichtung zur Ausschreibung von Vorstands- und Geschäftsführerpositionen.⁵³ Macht der Vorstand gerechtfertigt von § 90 Abs 2 AktG Gebrauch, ist mE grundsätzlich das Unterbleiben einer Ausschreibung zulässig. Die gegenteilige Ansicht würde ja bedeuten, dass in Wahrheit die Voraussetzungen des § 90 Abs 2 AktG (dh ein akutes Führungsvakuum) kaum vorliegen können, weil das Ausschreibungsprozedere mehrere Wochen bzw Monate in Anspruch nimmt. Freilich ergibt sich bei dem Ausschreibungsregime unterliegenden Gesellschaften im Falle einer Anwendung des § 90 Abs 2 AktG eine zusätzliche Beschränkung des Einsatzes dieses Mittels. Während der Aufsichtsrat bei einer Verhinderung eines Vorstandsmitgliedes, bei der eine längere Dauer von vornherein abzusehen oder die Wiedererlangung der Einsatzfähigkeit des Vorstandsmitgliedes von vornherein unsicher ist (weil das Vorstandsmitglied zB nach einem schweren Unfall im künstlichen Tiefschlaf liegt), die Bestellung ohne weiteres auf einen mehrmonatigen Zeitraum befristen und – wenn die Verhinderung bei Fristablauf nach wie vor andauert – uU auch verlängern kann,⁵⁴ muss der Aufsichtsrat in einer dem StellenbesG unterliegenden Gesellschaft mE *unverzüglich nach Durchführung der*

50 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 4; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 105 Rz 19; *Mertens* in KölnKomm AktG² § 105 Rz 7; *Hopt/M. Roth* in GroßKomm AktG⁴ § 105 Rz 23.

51 Vgl *G. Schima*, Vorstandsvorsitzender der Flughafen Wien AG rechtsunwirksam bestellt?, Die Presse/Rechtspanorama 21. Februar 2011.

52 Grundsätzlich ist es ja so, dass für Aufsichtsratsbeschlüsse (sieht man von § 75 Abs 4 AktG ab) anders als bei Hauptversammlungsbeschlüssen keine gesetzlichen Regeln für die Geltendmachung von Mängeln bestehen. Welche Schlüsse daraus zu ziehen sind, ist im einzelnen nach wie vor sehr strittig (vgl dazu schon *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften [1991] 88f; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 92-94 Rz 70ff mwN). Die mögliche Sichtweise, dass aus dem Fehlen einer fristgebundenen Anfechtungsmöglichkeit, bei der der Mangel nach Fristablauf heilt, der Schluss gezogen werden müsse, auch vergleichsweise geringfügige Mängel machten einen Aufsichtsratsbeschluss stets nichtig und diese Nichtigkeit könnte zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden, ist in dieser Form ebenso wenig überzeugend wie die Ansicht, dass geringfügige Mängel gar nicht geltend gemacht werden können, grobe dafür unbeschränkt (im letztgenannten Sinne *Schiemer*, AktG² Anm 1.4 zu § 92; dagegen *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte [1991] 89). Richtigerweise muss es auf die Art des Mangels (fehlende Zuständigkeit des Aufsichtsrates/Inhaltsmangel/Verfahrensmangel: vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser,

AktG⁵ §§ 92-94 Rz 70), aber zB auch darauf ankommen, ob der Aufsichtsrat Rechtsvorschriften in vertretbarer oder in unvertretbarer Weise falsch angewendet hat (vgl zur Konstellation einer vertretbar unrichtigen Rechtsauslegung durch den Aufsichtsrat bei der Beschlussfassung BGHZ 65, 190ff betreffend die Sanierung von durch Zweimann-Ausschüsse gefassten Beststellungsbeschlüssen in der AG und dazu *Säcker*, FS G. Müller 756f; *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag [1987] 197). Bei Verfahrensmängeln ist von Belang, ob das Beschlussergebnis beeinflusst werden konnte (*Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 92-94 Rz 70; so auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30g Rz 14), wobei man auch hier – iSd hM zur Bekämpfung von Hauptversammlungsbeschlüssen mE von der Relevanz- und nicht von der Kausalitätstheorie ausgehen muss. Darüber hinaus muss mE vor allem bei formalen Mängeln beachtet werden, dass bei Nichtbekämpfung zwar keine Anfechtungsfrist verstreichen (denn die gibt es im Gesetz eben nicht), wohl aber das Feststellungsinteresse wegfallen kann (*Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte [1991] 89).

53 Dazu ausführlich *G. Schima*, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/18ff.

54 Wie schon oben ausgeführt, wird sich in solchen Fällen freilich unabhängig von einer Geltung des StellenbesG oft empfehlen, dass die Delegation in den Vorstand (nur) für jenen Zeitraum erfolgt, den der Aufsichtsrat voraussichtlich benötigt, um einen Nachfolger zu finden.

Abordnung nach § 90 Abs 2 AktG eine Ausschreibung vornehmen. In deren Rahmen kann sich das abgeordnete Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglied selbstverständlich bewerben. Denkbar ist sogar, dass das aus der Ausschreibung siegreich hervorgehende, in den Vorstand abgeordnete Aufsichtsratsmitglied nochmals nach § 90 Abs 2 AktG bestellt wird, wenn – zB im vorher erwähnten Beispiel – die unfallbedingte Verhinderung noch andauert. Sehr zweckmäßig ist das indes nicht, weil auch die Verlängerung von Vorstandsmandaten dem Ausschreibungsregime unterliegt,⁵⁵ und nach Ablauf der bei Anwendung des § 90 Abs 2 AktG notwendiger Weise kurzen Befristung der Aufsichtsrat erneut auszuschreiben hätte. Ein nach § 90 Abs 2 AktG in den Vorstand abgeordnetes Aufsichtsratsmitglied in einer dem StellenbesG unterliegenden Gesellschaft sollte sich bei Teilnahme an der Aus-

schreibung daher gut überlegen, ob es nicht das Aufsichtsratsmandat niederlegt und ein „herkömmliches“ Vorstandsamt anstrebt.

Wenn das verhinderte Vorstandsmitglied während des Ausschreibungsvorganges wieder einsatzfähig wird (und nicht mittlerweile vom Aufsichtsrat wegen Dienstunfähigkeit iSd § 75 Abs 4, zweiter Fall AktG abberufen wurde), ist die Ausschreibung abzubrechen (es sei denn der Aufsichtsrat möchte in Anbetracht der Attraktivität der Kandidaten sich vom verhindert gewesenen Vorstandsmitglied ohnehin trennen).

Wenn der Aufsichtsrat von § 90 Abs 2 AktG – zulässiger Weise – in einem Fall des *Ausscheidens* aus dem Vorstandsamt Gebrauch macht, gilt die Verpflichtung, unverzüglich eine Ausschreibung durchzuführen, natürlich umso mehr.

55 Vgl ausführlich G. Schima, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/21; gegenteilig Zouplna/C. Wildmoser, Öffentliche Ausschreibung bei der Wiederbestellung von Organ-

mitgliedern, GeS 2008, 353ff, 354; wie hier Eiselsberg/Prohaska-Marchried, Von transparenten Besetzungen und Vertragsschablonen – das Stellenbesetzungsgesetz, ecolex 1998, 319ff.

Barkapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital unter Ausschluss des Bezugsrechts

In Zeiten der Finanzkrise und Basel III wird die Finanzierung von Unternehmen immer schwieriger. Häufig lassen sich solche nur durch Kapitalerhöhungen unter Ausschuss des Bezugsrechtes der bestehenden Aktionäre durchführen. In der Praxis findet man bei börsennotierten Gesellschaften häufig Kapitalerhöhungen aus genehmigtem Kapital. Dieses Instrument hat in vergangener Zeit eine gesteigerte Attraktivität erlangt. Im Folgenden sollen die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit einer solchen Kapitalerhöhung erörtert werden.

Von Elke Napokoj

1. Einleitung und Fragestellung

Die Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital ist das häufigste Verfahren zur Erhöhung des Grundkapitals bei börsennotierten Aktiengesellschaften.¹ Dabei beruht – wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung – die Entscheidung über die Erhöhung des Kapitals grundsätzlich bei den Aktionären. Die Aktionäre räumen im Rahmen eines Hauptversammlungsbeschlusses dem Vorstand die Er-

mächtigung ein, innerhalb einer festgelegten Frist das Kapital der Gesellschaft bis zu einem bestimmten Höchstbetrag zu erhöhen.² Das Ausüben dieser Ermächtigung durch den Vorstand nimmt – im Vergleich zu einer ordentlichen Kapitalerhöhung – weniger Zeit in Anspruch³ und ermöglicht dem Vorstand ein schnelles Reagieren auf die Entwicklungen des Kapitalmarktes (auf das Börsenklima) oder auf gesellschaftsinterne Kapitalerfordernisse oder Geschäftschancen.⁴

Häufig lässt sich dieses Ziel nur über einen Ausschluss des Bezugsrechtes der Aktionäre erreichen. Das Bezugsrecht ist eines der wichtigsten Aktionärsrechte, es soll ei-

1 Vgl dazu auch Wimmer in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz § 169 Rz 4 mwN; für Deutschland vgl Bayer in Münchner Kommentar zum AktG² § 202 Rz 19.

2 Siehe § 169 AktG.

3 Bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung hat der Vorstand zunächst die Hauptversammlung einzuberufen, in der über die Kapitalerhöhung beschlossen wird. Dies erfordert Zeit.

4 Vgl dazu Wimmer in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz § 169 Rz 4 mwN; für Deutschland Hüffner, AktG⁹ § 202 Rz 2; Bayer in Münchner Kommentar zum AktG² § 202 Rz 1.