

Herausgeber:

Werner Doralt

Gert Iro

Gunter Mayr

Christian Nowotny

Ulrich Runggaldier

Wirtschaftsrecht

Gernot Fellner:

Rechtsunsicherheit durch das IRÄG 2010

Ursula Medigovic:

Neues Korruptionsstrafrecht

Maria Doralt:

Wahl des Aufsichtsrats bei der AG

Arbeitsrecht

Reinhard Resch:

**Freiwilligkeit der Mitgliedschaft und
KollV-Fähigkeit**

Andreas Gerhartl:

**Keine Unterbrechung des Erholungsurlaubs
durch Betreuungsfreistellung**

Steuerrecht

**VwGH: Einstellen der Erwerbstätigkeit iSd
§ 37 EStG**

Werner Doralt:

**Betrug und Diebstahl des Dienstnehmers –
tatsächlich Arbeitseinkommen?**

Christoph Schlager:

**AbgÄG 2010: Abschaffung von „Gruppen-
mitglieder-Beteiligungsgemeinschaften“**

Die Wahl des Aufsichtsrats bei der AG – Von der Einberufung bis zur Beschlussfassung

Das Aktienrechtsänderungsgesetz 2009 (AktRÄG) hat die Wahl des Aufsichtsrats nachhaltig verändert.¹⁾ Es stellen sich viele praktische Fragen. Besonders für die kommende HV-Saison sind die Neuerungen von großer Bedeutung, da sie in der Praxis noch kaum abgetestet sind. Aufsichtsrats-Kandidaten sind zwingend vom Aufsichtsrat (nicht vom Vorstand) vorzuschlagen. Auch beim Vorschlagsrecht von Aktionären gibt es Neuerungen. Bei der Abstimmung gilt der Grundsatz der Einzelabstimmung, nur bei einer nicht börsennotierten AG ist eine Blockabstimmung weiterhin zulässig, wenn sich kein Aktionär dagegen ausspricht. Diese Neuerung ist insb für die Wahl des sog Minderheitsvertreters von Bedeutung. Auch die zwingende Bekanntgabe der AR-Kandidaten börsennotierter AGs bereits vor der HV ist von großer praktischer Bedeutung: bei der börsennotierten AG ist es nicht mehr möglich, erst in der HV Ad-hoc-Kandidaten für den AR zu präsentieren; vielmehr muss man Kandidaten dafür gewinnen, sich schon vor der Wahl vorschlagen und vorstellen zu lassen, auch wenn die Wahl noch unsicher ist. Weitere Neuerungen ergeben sich durch die nun explizite Möglichkeit, ein Verhältniswahlrecht in der Satzung vorzusehen – dies dürfte allerdings (wenn überhaupt) nur für nicht börsennotierte AGs relevant werden.

1. Einberufung der HV und Tagesordnung

Die Aufsichtsratsmitglieder werden von der Hauptversammlung gewählt (§ 87 Abs 1 AktG).

Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern setzt voraus, dass ein entsprechender Tagesordnungspunkt angekündigt wurde. Bereits die Einberufung muss die vorgeschlagene Tagesordnung enthalten (§ 106 Z 3 AktG). Ein Nachschieben von Tagesordnungspunkten durch den Vorstand ist nicht (mehr) möglich.²⁾

Die Formulierung eines Tagesordnungspunktes steckt den Rahmen des zulässigen Beschlussinhalts ab. Nach dem AktRÄG wird der Inhalt der Tagesordnung nur in Stichworten angegeben.³⁾ Bei der börsennotierten wie bei der nicht notierten AG könnte der Tagesordnungspunkt für AR-Wahlen etwa lauten „Wahlen in den Aufsichtsrat“. Diese Formulierung deckt die Neuwahl aller Mitglieder, die Ergänzungswahl einzelner Mitglieder oder auch die Ersatzwahl (Wahl eines neuen AR-Mitglieds als Ersatz für ein ausgeschiedenes Mitglied für die Dauer der restlichen Funktionsperiode).⁴⁾ Alternativ kann auch eine engere Formulierung gewählt werden. Besteht nach der Satzung eine Bandbreite für die Zahl von AR-Mitgliedern, so ist es zulässig, dass die Tagesordnung die

mögliche Beschlussfassung einschränkt (Beispiel: „Wahl eines AR-Mitglieds“).⁵⁾

Die Ankündigung „Aufsichtsratsangelegenheiten“ (analog der Ankündigung „Vorstandsangelegenheiten“, die bei der Tagesordnung des AR für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat ausreichend ist) ist für die Aufsichtsratswahl unzureichend.⁶⁾

Ein Tagesordnungspunkt, der nur auf die Wahl einer oder mehrerer bestimmter Personen abzielt, ist unzulässig, da er die Wahl – genauer die von der Tagesordnung umfassten möglichen Beschlussvorschläge und das Antragsrecht – unzulässig einschränkt. Ein Abweichen von den genannten Personen wäre dann nicht mehr möglich (arg: nicht von der Tagesordnung umfasst). Ein Tagesordnungspunkt „Wahl von Frau X und Herrn Y in den Aufsichtsrat“ ist daher nicht zulässig.⁷⁾

Eine Änderung der Satzungsbestimmung über die Wahl des AR ist auch als Tagesordnungspunkt anzukündigen. Die Wahl kann nach der geänderten Satzungsbestimmung in der selben HV stattfinden.⁸⁾ Der Tagesordnungspunkt könnte etwa lauten „Änderung der Satzung in § [...] Abs [...]“. Auch der Tagesordnungspunkt „durchgreifende Neufassung der Satzung“ ist zulässig und ausreichend, um auch die Bestimmungen über den AR zu ändern; mit dem Tagesordnungspunkt steht allerdings die jeweilige Satzungsbestimmung (bei Neufassung: die gesamte Satzung) zur Disposition der HV.⁹⁾

Im Gegensatz zu § 145 Abs 2 AktG aF ist es nicht erforderlich, den Text der Satzungsänderung (oder auch nur die Satzungsänderung „nach ihrem wesentlichen Inhalt“, etwa die

1) Die Vorgaben der AktionärsrechteRL wurden umgesetzt (RL 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 7. 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl L 184 vom 14. 7. 2007, S. 17 („Aktionärsrechte-RL“ oder „AR-RL“). Auch weitergehende Neuerungen wurden eingeführt. Zum Teil bestehen wichtige Unterschiede zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten AGs. Vgl *Bachner/Dokalik*, GesRZ 2007, 104 ff; *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 1 ff; *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566 ff. Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

2) ErläutRV zu § 106 Z 3. Anders als nach alter Rechtslage ist die einzige Möglichkeit einer späteren Ergänzung der TO ein Aktionärsantrag nach § 109: Auf schriftlichen (§ 13 Abs 2) Antrag von Aktionären, deren Anteil 5 % des Grundkapitals erreicht, kann die Wahl auf die TO gesetzt werden. Die Satzung kann eine weniger strenge Form oder einen geringeren Anteil am Grundkapital vorsehen, die Antragsteller müssen aber seit mindestens drei Monaten Inhaber der Aktien sein; vgl auch *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 570 f.

3) Siehe ErläutRV zu § 108 Abs 1. Näher *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 296 ff, 299 mwN zur positiven Bindungswirkung der TO (alle angeführten Verhandlungsgegenstände sind grundsätzlich zu behandeln); beachte auch *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 108 Rz 54 mwN zur Streichung von TO-Punkten durch HV-Beschluss.

4) *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 313.

5) *Brix*, Hauptversammlung (2009) 143 f, 206 f. Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

6) Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

7) Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung); *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 313; zur alten Rechtslage *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 108 Rz 8 mwN FN 19: die TO darf Gegenanträgen nicht präkludieren, mit Verweis auf OGH 29. 1. 1981 GesRZ 1981, 111 zur Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers.

8) Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Insb muss der TOP Satzungsänderung diesfalls vor dem TOP über die Wahl in den AR stehen.

9) *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 316.

vorzuschlagende Zahl oder Bandbreite) in die Tagesordnung aufzunehmen.¹⁰⁾

2. Beschlussvorschlag und Erklärung nach § 87 Abs 2 AktG

2.1. Allgemeines

Neben dem Tagesordnungspunkt ist für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, wie für jeden HV-Beschluss, ein Beschlussvorschlag notwendig (vgl. §§ 108, 110 AktG). Der Beschlussvorschlag informiert die Aktionäre über den bloß stichwortartigen Text der Tagesordnung hinaus vor der HV über den Inhalt der angestrebten Beschlüsse. Der Beschlussvorschlag für die Wahl des AR nennt daher die konkret zu wählenden Personen. Eventual- und Alternativvorschläge sind zulässig.¹¹⁾ Ein Vorschlag des Aufsichtsrats muss wohl zumindest so viele Namen enthalten, wie Personen zu wählen sind. Es besteht weder für den AR noch für Aktionäre eine Pflicht zur Begründung des Wahlvorschlags. Eine Begründung ist aber zulässig.¹²⁾ Für börsennotierte AGs ist die zwingende Veröffentlichung der Beschlussvorschläge auf der Internetseite der AG vorgesehen (§ 108 Abs 3 bis 5 AktG).

Nach § 108 Abs 2 S 1 AktG ist bei jedem Wahlvorschlag für den AR auch anzugeben, aus wie vielen Mitgliedern sich der AR bisher zusammengesetzt hat und wie viele Mitglieder nunmehr zu wählen wären, um diese Zahl wieder zu erreichen. Die Regelung gilt unabhängig davon, von wem der Wahlvorschlag stammt (AR oder Aktionärsminderheit nach § 105 Abs 3 oder § 109 AktG).¹³⁾ Eine Angabe der (abweichenden) Höchstzahl nach der Satzung ist jedenfalls empfehlenswert.¹⁴⁾

2.2. Beschlussvorschlag des Aufsichtsrats

Vorschläge der Gesellschaft für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern sind ausschließlich vom Aufsichtsrat zu machen (§ 108 Abs 1 AktG – Vorschlagspflicht).¹⁵⁾ Dadurch soll das natürliche Organisationsgefälle abgesichert werden. Die Konsultation des Vorstands sowie unverbindliche Vorschläge des Vorstands zu Kandidaten, Zusammensetzung und Qualifikation sind aber zulässig. Selbst ein satzungsmäßiges unverbindliches Anhörungsrecht des Vorstands ist wohl zulässig, obwohl dadurch die Einflussmöglichkeit des Vorstands verstärkt wird.¹⁶⁾

Auch unverbindliche Konsultationen und die Einholung von unverbindlichen Vorschlägen Dritter sind im Ermessen des AR zulässig und geradezu üblich (zB Kernaktionäre, Headhunter,

Fremdkapitalgeber). Die gesetzlich zwingende ausschließliche Kompetenz zur Erstattung des Beschlussvorschlags an die HV muss aber stets beim Aufsichtsrat bleiben.¹⁷⁾

Der Beschlussvorschlag des Aufsichtsrates setzt einen Beschluss des Aufsichtsrats voraus.¹⁸⁾ Die Mitwirkung von Ausschüssen bei der Vorbereitung ist zulässig. Die Frage, ob die Beschlussfassung über Wahlvorschläge (zukünftige Selbstorganisation) an einen Ausschuss delegiert werden kann, bedarf näherer Untersuchung.¹⁹⁾

2.3. Beschlussvorschlag von Aktionären

Wird die Wahl des Aufsichtsrates auf Verlangen der Minderheit auf die Tagesordnung gesetzt (oder erfolgt sogar die Einberufung zu diesem Zweck auf Verlangen der Minderheit), so hat die Minderheit auch zwingend einen Beschlussvorschlag zu machen. Diesfalls ist der AR berechtigt, Gegenvorschläge zu machen (auch, aber nicht nur rein ablehnende Vorschläge).²⁰⁾ Bei der börsennotierten AG müsste ein Gegenvorschlag des AR wohl so rechtzeitig dem Vorstand zugehen, dass er am fünften Werktag vor der HV (in Abweichung von § 108 Abs 1 AktG) gem § 87 Abs 6 AktG auf der Website der AG publiziert werden kann.²¹⁾

Ist die Wahl des Aufsichtsrats bereits auf der Tagesordnung und bestehen Beschlussvorschläge des Aufsichtsrats, so können Aktionäre der börsennotierten AG nach § 110 AktG Beschlussvorschläge machen:²²⁾ Aktionäre, deren Anteile zusammen 1 % des Grundkapitals erreichen, können zu jedem Punkt der Tagesordnung Beschlussvorschläge übermitteln und verlangen, dass diese auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich gemacht werden. Aus § 110 iVm § 87 Abs 6 AktG ergibt sich, dass (auch) Kandidaten der Aktionäre nur gewählt werden können, wenn sie zuvor per Beschlussvorschlag angekündigt wurden und somit von zumindest 1 % des Grundkapitals unterstützt wurden. Eine Ad-hoc-Kandidatur und Anknüpfung eines Kandidaten erst in der HV ist bei der börsennotierten AG nicht mehr möglich.²³⁾ Fraglich ist, ob die Satzung der nicht börsennotierten AG Ad-hoc-Vorschläge verbieten kann – es spricht auf den ersten Blick manches dafür.²⁴⁾

10) ErläutRV zu § 145. Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

11) *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 570 bei FN 30, und *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 384, mit Verweis auf *Kubis* in MünchKomm AktG² § 124 Rz 51 und *Hüffer*, AktG⁸ § 124 Rz 12 und 16; *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

12) Vgl *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 398 mwN. Siehe auch *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

13) ErläutRV zu § 108 Abs 2; *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 394. Vgl auch *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 569. Beachte auch unten FN 38.

14) Vgl auch *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 394, der dies im Hinblick auf die vollständige Information der Aktionäre empfiehlt, aber dafür „grundsätzlich keine Notwendigkeit“ sieht.

15) Ausnahme: Einberufung/Aufnahme eines TO-Punktes auf Antrag einer Minderheit (§ 105 Abs 3, § 109), ErläutRV zu § 108 Abs 1 AktG.

16) Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung); vgl auch *Semler* in *Semler/v. Schenck* (Hrsg), ARHdb³ § 1 Rz 22, 23.

17) Näher, auch zum Verhältnis zum syndikatsvertraglichen Entsendungsrecht, *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

18) Vgl auch *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 392 (für die Zulässigkeit der Umlaufbeschlussfassung).

19) Siehe auch *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Gegen die Zulässigkeit der Delegation an einen Ausschuss wohl *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 392 (bloß vorbereitende Tätigkeit des Nominierungsausschusses, Beschlussfassung des Wahlvorschlags durch den AR als Gesamtorgan). Anders R-Regel 42 CGK.

20) *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 390 mwN.

21) *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

22) Die Satzung der nicht börsennotierten AG kann Vergleichbares vorsehen, vgl ErläutRV zu § 110 Abs 5.

23) *S. Bydlinski/Potyka*, AktRAG 2009 (2009) 136 f, 139 (Anm 2 zu § 110); *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Die 1%-Schwelle ist eine sog „Seriositätsschwelle“, die ohnedies aussichtslose Vorschläge verhindern soll. Die Satzung kann die Schwelle herabsetzen (nicht aber den Besitz eines höheren Anteils am Grundkapital verlangen). Näher *Bachner*, Ges 2009, 248, 255; ErläutRV zu § 110 Abs 1. Anm: ein späteres Absinken der 1%-Beteiligung schadet wohl nicht.

24) *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Dafür *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 570.

2.4. Erklärung nach § 87 Abs 2 AktG

Jedem Vorschlag zur Wahl eines AR-Mitglieds ist die Erklärung der vorgeschlagenen Person nach § 87 Abs 2 anzuschließen (§ 108 Abs 2 S 2 AktG). Die Erklärung muss nach dem AktRÄG bereits zum Zeitpunkt des Wahlvorschlags als Unterlage vorliegen (arg § 108 Abs 2 S 2 AktG).²⁵⁾

2.5. Sprache von Beschlussvorschlägen und Erklärungen nach § 87 Abs 2

Ein Beschlussvorschlag muss in deutscher Sprachfassung vorliegen (§ 128 Abs 5 AktG). Auch die Erklärung nach § 87 Abs 2 AktG muss in deutscher Sprachfassung bekannt gemacht werden.²⁶⁾ Eine diesbezügliche Regelung (Klarstellung) in der Satzung ist zulässig und auch empfehlenswert.²⁷⁾

3. Antrag in der HV

Die Wahl des Aufsichtsrats setzt, wie jeder andere Beschluss, einen entsprechenden Antrag in der HV voraus. Nach § 119 Abs 1 AktG hat jeder Aktionär, der Vorstand und der Aufsichtsrat das Recht, in der HV zu jedem Punkt der Tagesordnung Anträge zu stellen.²⁸⁾ Bei der Wahl des AR sind aber insb folgende Einschränkungen zu beachten:

- Bei börsennotierten AGs: Ad-hoc-Kandidaten können nicht gewählt werden (§ 87 Abs 6 AktG). Vielmehr setzt die Wahl bei der börsennotierten AG voraus, dass der Beschlussantrag (Beschlussvorschlag) im Vorfeld angekündigt und samt Erklärung nach § 87 Abs 2 AktG veröffentlicht wurde. Es können also nur Personen gewählt werden, die zuvor „vorgestellt“ wurden; auch bei der Vollversammlung ergibt sich keine Ausnahme (arg § 105 Abs 5).²⁹⁾ Darüber hinaus ist über einen Beschlussvorschlag, der nach § 110 Abs 1 bekannt gemacht wurde, nur abzustimmen, wenn er in der Versammlung wiederholt wird, es sei denn, die Satzung bestimmt etwas anderes (§ 119 Abs 2 AktG).³⁰⁾ (Bei der nicht börsennotierten AG bleibt die Spontan- oder Ad-hoc-Kandidatur möglich.³¹⁾)

25) Näher zum Inhalt und auch zum Prozedere für § 87-Erklärungen der Kandidaten bei börsennotierten und nicht börsennotierten AGs siehe *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Siehe auch ErläutRV zu § 108 Abs 2 sowie ErläutRV 927 BlgNR 22. GP, zu Art I (AktG), Z 3 zu § 87 Abs 1a; *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 395; *Bachner/Brix*, RdW 2008/586, 632, 635.

26) Arg: § 128 Abs 5 S 2 AktG iVm §§ 195 Abs 1a und 87 Abs 6 AktG, näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Vgl auch *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566 nach FN 4.

27) Näher zur Sprache von Beschlussvorschlägen, Erklärungen nach § 87 Abs 2 und sonstigen Mitteilungen und zu den diesbezüglichen Pflichten des Vorstands *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Anm: Auch in der Einberufung sollte man die Aktionäre darauf hinweisen, dass sie Beschlussanträge und Erklärungen nach § 87 Abs 2 zwingend (auch) in deutscher Sprache vorlegen müssen und dass stets die deutsche Sprache maßgeblich ist (§ 106 AktG). Beachte auch ErläutRV zu § 128 Abs 5 (Schadenersatzansprüche aus fehlerhafter Übersetzung sind nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen).

28) Siehe ErläutRV zu § 110 vor Abs 1 mit Hinweis auf die schon bisher hM, dass Sachanträge zu den in der Tagesordnung enthaltenen Beschlussgegenständen und Ergänzungsanträge ohne vorhergehende Ankündigung in der HV gestellt werden können (Verweis auf *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 108 Rz 19 f).

29) Vgl auch *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 377: Nur die Einhaltung von § 105 bis § 110 AktG ist verzichtbar.

30) ErläutRV zu § 119 Abs 2. Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Vgl auch *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 571.

31) Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Für Kandidaten des AR dürfte dies nur in Ausnahmefällen von Bedeutung sein (arg grundsätzliche Verpflichtung

- Bei allen AGs: Die Verwaltung ist an eigene Beschlussvorschläge grundsätzlich gebunden. Das Abweichen von einem Beschlussvorschlag kann aber im Einzelfall auch über den Wortlaut der Gesetzesmaterialien hinaus zulässig sein.³²⁾

4. Mehrheitserfordernis

Die Wahl von AR-Mitgliedern erfordert nach der allgemeinen Regelung von § 121 Abs 2 AktG die einfache Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen, sofern die Satzung keine besondere Regelung enthält (Ausnahme: Minderheitsvertreter, dazu unten).³³⁾ Die Satzung kann nach hL das Mehrheitserfordernis verschärfen, sonstige Erfordernisse (etwa Präsenzquoten) vorsehen oder auch die Mehrheit herabsetzen und die relative Mehrheit genügen lassen.³⁴⁾

Ist in der Satzung ein Verhältniswahlrecht vorgesehen,³⁵⁾ so verdrängt die Satzungsregelung die Bestimmungen nach § 87 Abs 3 und 4 über den Minderheitsvertreter. Die Grenze der Zulässigkeit liegt immer dort, wo ein Verhältniswahlrecht weniger minderheitsfreundlich als die Regelung nach § 87 Abs 3 und 4 AktG wäre.³⁶⁾

Schranken greifen auch bei der Abberufung: Es muss ein Sperrrecht der Minderheit sichergestellt sein, damit nicht das Minderheitsrecht unterlaufen werden kann. Eine Abberufung mit einfacher Mehrheit (wenn das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit durch Satzungsregel herabgesetzt ist) ist nicht ausreichend.³⁷⁾

5. Ablauf und Abstimmung

5.1. Ablauf und Abstimmungsverfahren

Wenn ein Aktionär oder der AR beantragt, die Mitgliederzahl im Rahmen der satzungsmäßigen Grenze zu erhöhen oder zu verringern, „ist darüber vor der Wahl abzustimmen“ (§ 87

des AR, einen Beschlussvorschlag zu erstellen und grundsätzliche Bindung daran). Zur Frage, ob bei der nicht börsennotierten AG die Ad-hoc-Kandidatur in der Satzung untersagt werden kann, siehe oben bei FN 24.

32) Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Ähnlich *Brix*, Hauptversammlung (2009) Rz 393. Vgl ErläutRV zu § 119 Abs 1. Beachte auch *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 570 f bei FN 31 bis nach FN 34 (mit Formulierungsvorschlag für Klarstellung von Verfahrensfragen in der Satzung).

33) Ganz hL siehe nur *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 5 mwN.

34) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 6 und § 113 Rz 31 ff, sowie *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/477 (die Zulässigkeit einer Regelung, die die relative Mehrheit genügen lässt, ergibt sich aus § 121 Abs 2 S 2 AktG (= § 113 Abs 2 AktG aF). *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 160 f. Näher zu den Neuerungen durch AktRÄG *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung): empfehlenswert ist angesichts des AktRÄG insb folgende klarstellende Satzungsregel: „Wird bei Wahlen im ersten Wahlgang keine einfache Mehrheit erzielt, so findet die engere Wahl zwischen den beiden Kandidaten statt, die die meisten Stimmen erhalten haben. Bei Stimmgleichheit entscheidet das Los.“ Vgl auch *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 569 f.

35) Zur Zulässigkeit der Verhältniswahl bereits nach alter Rechtslage *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 6 mwN. Ausführlich zu den Gestaltungsmöglichkeiten und zu Praxisbeispielen bei Verhältniswahlrecht *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Zur international bekanntesten Form der Verhältniswahl, dem insb in den USA verbreiteten cumulative voting vgl *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁴ § 101 insb Rz 66 mwN; *Ch. Nowotny*, RdW 2009/565, 566, 570 mit Formulierungsvorschlag zur Satzungsbestimmung.

36) Weitere Schranken könnten sich im konkreten Fall aus sonstigen zwingenden Bestimmungen ergeben. Vgl dazu für Deutschland den Hinweis von *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁴ § 101 Rz 63 ff (Schranken aus den Beschränkungen des Entsendungsrechts). Siehe auch *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 80 Anm 2.

37) Näher *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 34 ff sowie Rz 26 und 40 mwN; *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

Abs 1 AktG). Trotz des Wortlauts von § 87 Abs 1 dürfte es zumindest bei der Erhöhung der Zahl der AR-Mitglieder zulässig sein, in der selben HV die bereits beschlossene Zahl durch neuerliche Beschlussfassung nochmals zu revidieren.³⁸⁾

§ 87 Abs 3 AktG normiert den Grundsatz der Einzelabstimmung: Wenn in der selben HV zwei oder mehr AR-Mitglieder zu wählen sind, muss über jede zu besetzende Stelle gesondert abgestimmt werden. Bei der börsennotierten AG ist die Einzelabstimmung bei der Wahl von AR-Mitgliedern zwingend (Verbot der En-bloc-Abstimmung).³⁹⁾ Bei der nicht börsennotierten AG ist eine En-bloc-Abstimmung bei der Wahl von AR-Mitgliedern weiterhin eingeschränkt zulässig, nämlich wenn sich kein Aktionär dagegen ausspricht (§ 87 Abs 3 S 3 AktG). Wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird, hat der Vorsitzende vorab über dieses Prozedere abstimmen zu lassen.⁴⁰⁾ Die gesonderte Abstimmung nach § 87 Abs 3 AktG macht das Verfahren zwar langwieriger; dafür ist es aber leichter möglich, vor der HV abgegebene Stimmen zu berücksichtigen oder einen Bevollmächtigten zu instruieren.⁴¹⁾ Im Gegensatz dazu war nach alter Rechtslage die gesonderte Abstimmung nur auf Antrag eines Drittels des vertretenen Grundkapitals durchsetzbar (§ 87 Abs 1 S 2 AktG aF).⁴²⁾

Die Form der Ausübung des Stimmrechts⁴³⁾, das Verfahren zur Stimmenauszählung und die Reihenfolge der Abstimmung (im Rahmen der gesetzlichen Grenzen) richten sich nach der Satzung (§§ 122, 119 Abs 3 AktG). Mangels Satzungsregel entscheidet der Vorsitzende.⁴⁴⁾ In Ermangelung einer Reihung oder Zuordnung durch die Antragsteller ist davon auszugehen, dass eine vorgeschlagene Person für alle zu besetzenden Stellen kandidiert (vgl § 87 Abs 3 S 2 AktG).⁴⁵⁾ Die Minderheit hat kein Recht auf die Reihung anderer in Einzelabstimmung zu wählender Personen.

Der Vorsitzende hat die HV über das gewählte Verfahren zur Stimmenauszählung zu belehren.⁴⁶⁾ Es ist zulässig, über einzelne Tagesordnungspunkte und Beschlusanträge mit unterschiedlichen Verfahren abzustimmen, vorausgesetzt die HV wird jeweils darüber belehrt.

Nach dem Subtraktionsverfahren⁴⁷⁾ werden die Nein-Stimmen und die Stimmenthaltungen gezählt und von der festge-

stellten Gesamtpräsenz abgezogen; die sich daraus ergebenden Ja-Stimmen müssen (sofern nicht nach der Satzung ein anderes Mehrheitserfordernis besteht) die Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen erreichen. Zur Feststellung der Gesamtzahl der gültig abgegebenen Stimmen sind die Stimmenthaltungen von der Präsenzzahl abzuziehen; die Stimmenthaltungen sind daher weder den Nein- noch den Ja-Stimmen hinzuzählen.

Nach der Additionsmethode ist die Zahl der Ja- und Nein-Stimmen zu zählen.⁴⁸⁾ Die Gesamtzahl der gültig abgegebenen Stimmen setzt sich wiederum aus der Summe von Ja- und Nein-Stimmen zusammen.

Die Gesamtzahl der gültig abgegebenen Stimmen ist nach jeder Abstimmung vom Vorsitzenden zu verkünden (§ 128 Abs 1 Z 1 und 3 AktG).⁴⁹⁾ Das Verfahren ist auch danach auszurichten, dass die Verkündung des Ergebnisses und der Beschlussfeststellung durch den Vorsitzenden sowie deren Veröffentlichung nach § 128 möglich sind, eine „bloße Feststellung, dass die erforderliche Mehrheit erreicht wurde, ist ... nicht ausreichend“.⁵⁰⁾

Trotz des Wortlauts von § 128 Abs 1 Z 4 (Verkündung und Veröffentlichung der „für jeden Wahlkandidaten abgegebenen Stimmen sowie der Gegenstimmen“) muss – auch bei der börsennotierten AG – nicht über alle vorgeschlagenen Personen abgestimmt werden.⁵¹⁾ Es ist insb zulässig, dass der Vorsitzende zunächst unter Anwendung der Subtraktionsmethode über den aussichtsreichsten Kandidaten für eine Stelle abstimmen lässt. Lässt sich so ermitteln, dass der Kandidat für diese Stelle die erforderliche Mehrheit erzielt, ist eine Abstimmung über weitere Kandidaten nur dann notwendig, wenn die Wahl eines Minderheitsvertreters noch in Betracht kommt (dh zumindest ein Drittel der gültig abgegebenen Stimmen als Nein-Stimmen gegen den aussichtsreichsten Kandidaten abgegeben wurden, näher unten Punkt 5.2.).⁵²⁾

5.2. Wahl des Minderheitsvertreters

Sofern nicht die Satzung ein Verhältniswahlrecht vorsieht, sind stets die zwingenden Regelungen nach § 87 Abs 3 und 4 AktG über die Wahl des (echten) Minderheitsvertreters im AR zu beachten.

§ 87 Abs 3 AktG normiert insb den Grundsatz der Einzelabstimmung, näher dazu oben Punkt 5.1.

§ 87 Abs 4 S 1 AktG normiert den Kern des gesetzlichen Minderheitsrechts (die Regel entspricht § 87 Abs 1 S 3 AktG aF, wobei nach AktRÄG klargestellt wird, dass der Minderheitsvertreter nur gewählt werden kann, wenn er für die letzte

38) Zu erwägen ist sicherheitshalber die Wiederholung (Bestätigung) der Wahl, um den Vorgaben von § 87 Abs 1 („vor der Wahl“) voll zu entsprechen. Näher *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung), auch zur Frage, ob ein Beschlussvorschlag (Angabe der satzungsmäßigen Höchstgrenze) notwendig ist, wenn eine von der bisherigen Zahl der AR-Mitglieder abweichende Höchstgrenze ausgeschöpft werden soll (oder im Rahmen der satzungsmäßigen Bandbreite die Zahl der Mitglieder herabgesetzt werden soll).

39) *Bachner*, GeS 2009, 248, 254. Das bedeutet aber nicht, dass über alle Kandidaten abgestimmt werden muss, näher unten.

40) Vgl zur bisherigen Rechtslage *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 7, mit Hinweis auf das Erfordernis zu ausreichend klarer Information an die Aktionäre insb bei Gesamt- oder Listenwahl.

41) *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 80 Anm 1; vgl ErläutRV zu § 87 Abs 3.

42) Näher *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 15 ff, insb Rz 16 mwN auch zur Rsp. Vgl auch *Krejci*, GesRZ 2001, 58 ff; *Beger/Eckert*, GesRZ 2001, 175 ff.

43) Gemeint ist die Form der Abstimmung (zB Stimmkarten, Handzeichen, Aufstehen); näher zur Vorgängerbestimmung § 114 Abs 2 AktG aF *Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 114 Rz 85 mwN.

44) ErläutRV zu § 128 Abs 1, § 122 und zu § 119 Abs 3. Nach § 119 Abs 3 AktG ist aber zuerst über die angekündigten Anträge abzustimmen; der Vorsitzende kann nicht einen erstmals in der HV gestellten Antrag vorziehen.

45) So ausdrücklich Ausschussfeststellungen des JA zu §§ 87, 110 und 128 AktG, *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009), 79.

46) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz.

47) Zur unveränderten Zulässigkeit des Verfahrens nach AktRÄG ErläutRV zu § 122 und zu § 128 AktG mit Verweis auf Art 14 AR-RL (Ausnahme: abweichende Regelung in der Satzung). Siehe auch *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).

48) ErläutRV zu § 128 (Ausnahme: abweichende Regelung in der Satzung).

49) Näher *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/632 mwN und Verweis auf die Notwendigkeit der ausreichenden Belehrung der HV über das Verfahren durch den Vorsitzenden. Ablehnend *Strasser* in *Jaborneq/Strasser*, AktG⁴ § 111 Rz [4]. Insofern unklar ErläutRV zu § 128 („abgegebene Stimmen“ statt Gesamtpräsenz); siehe auch *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 170 FN 16 (Enthaltungen sind nur festzustellen, wenn die Subtraktionsmethode angewandt wird; in den ErläutRV steht irrtümlich das Wort „nicht“).

50) ErläutRV zu § 122; *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 161 f.

51) Ausschussfeststellungen des JA zu §§ 87, 110 und 128 AktG, *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009) 79 f mit Hinweis, dass § 128 Abs 1 Z 4 nur die Kandidaten meint, die tatsächlich in die Abstimmung einbezogen wurden (arg „abgegebene Stimmen“).

52) Vgl Ausschussfeststellungen des JA zu §§ 87, 110 und 128 AktG, *S. Bydliński/Potyka*, AktRÄG 2009 (2009), 79. Zur alten Rechtslage *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 21: durch den Wahlmodus sollte sichergestellt werden, dass immer zuerst über Mehrheitskandidaten, erst dann über mögliche Minderheitskandidaten abgestimmt wird.

Stelle auch tatsächlich kandidiert);⁵³⁾ Wenn in der selben HV wenigstens drei AR-Mitglieder zu wählen sind und sich vor der Abstimmung über die letzte zu besetzende Stelle ergibt, dass wenigstens ein Drittel aller abgegebenen Stimmen bei allen vorangegangenen Wahlen zugunsten der selben Person, aber ohne Erfolg abgegeben wurde, muss diese Person (ohne weitere Abstimmung) als für die letzte Stelle gewählt erklärt werden,⁵⁴⁾ sofern sie für diese auch kandidiert. Der Minderheitsvertreter wird immer an letzter Stelle gewählt (bei mehr als drei zu besetzenden Stellen also nicht an dritter Stelle).⁵⁵⁾ Die Zusammensetzung der Minderheit bei den einzelnen Wahlgängen muss nicht identisch sein; vielmehr kann sich die Zusammensetzung ändern.⁵⁶⁾ Das Minderheitsrecht führt allerdings nur dann zum Erfolg, wenn sich die Minderheit auf einen Kandidaten einigt.⁵⁷⁾

Der einfachste Weg für die Durchführung der Abstimmung bei Anwendung von § 87 Abs 4 liegt darin, nach der Wahl über jede Stelle auch über den Gegenkandidaten der Minderheit abzustimmen und dadurch festzustellen, ob er in jedem Wahlgang ein Drittel der gültig abgegebenen Stimmen⁵⁸⁾ erhalten hat. Zulässig ist es auch, nach der Abstimmung über den Mehrheitskandidaten zu ermitteln, wie viele Nein-Stimmen und Stimmenthaltungen es gibt – sofern diese in Summe weniger als 33,3 % (ein Drittel) der Gesamtpräsenz ausmachen, ist nicht weiter über den Minderheitsvertreter abzustimmen, da das notwendige Drittel jedenfalls nicht erreicht wird. Vielmehr kann das notwendige Drittel nur erreicht werden, wenn zumindest ein Drittel der gültig abgegebenen Stimmen als Nein-Stimmen gegen den aussichtsreichsten Kandidaten abgegeben wurden.⁵⁹⁾

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Regelung ist, dass mindestens drei AR-Mitglieder gewählt werden.⁶⁰⁾ Die Regelung über den Minderheitsvertreter kann daher durch eine Staffelung des AR verhindert werden (sog. „staggered board“).⁶¹⁾ Beispiel: Die Laufzeiten der Kapitalvertreter sind so gestaltet, dass jeweils nur zwei AR-Mitglieder in einer HV neu zu wählen

sind. Ein Umstieg auf eine Staffelungsregelung ist im Einzelfall genau zu prüfen; typischerweise kommt es dabei noch einmal zur Anwendbarkeit des Minderheitsrechts.

Die Bestimmung ist so lange nicht anzuwenden, als sich im AR ein Mitglied befindet, das auf diese Art durch die Minderheit gewählt wurde (Konsumierung des Rechts, § 87 Abs 4 S 2 AktG, entspricht § 87 Abs 1 S 4 AktG aF).⁶²⁾ Dies gilt auch, wenn sich die Eigentumsverhältnisse an der Gesellschaft ändern⁶³⁾ oder wenn sich aus anderen Gründen im Zuge einer anderen Wahl eine anders formierte Minderheitsgruppe bilden würde.⁶⁴⁾ Die Regelung ist allerdings nicht anwendbar, wenn die Minderheit ihr Recht durch Entsendung eines Vertreters konsumiert (das Entsendungsrecht zugunsten einer Gruppe darf aber nicht das gesetzliche Minderheitsrecht aushebeln, die maßgeblichen Minderheiten müssen sich daher diesfalls decken).⁶⁵⁾

Vom Minderheitsvertreter nach § 87 Abs 3 und 4 AktG („echter“ Minderheitsvertreter) ist der unechte Minderheitsvertreter zu unterscheiden, der vom Hauptaktionär oder den Großaktionären im Hinblick auf die Vertretung der Interessen des Streubesitzes vorgeschlagen und gewählt wird.⁶⁶⁾ Im Einzelfall mag dadurch das Minderheitsrecht konsumiert sein; typischerweise dürfte dies aber nicht der Fall sein.⁶⁷⁾

6. Zusammenfassung

Das Aktienrechtsänderungsgesetz 2009 (AktRÄG) hat die Wahl des Aufsichtsrats nachhaltig verändert. Aufsichtsrats-Kandidaten sind zwingend vom Aufsichtsrat (nicht vom Vorstand) vorzuschlagen. Auch beim Vorschlagsrecht von Aktionären gibt es Neuerungen. Bei der Abstimmung gilt der Grundsatz der Einzelabstimmung, nur bei einer nicht börsennotierten AG ist eine Blockabstimmung weiterhin zulässig, wenn sich kein Aktionär dagegen ausspricht.

Auch die zwingende Bekanntgabe der AR-Kandidaten börsennotierter AGs bereits vor der HV ist von großer praktischer Bedeutung; hier sind Ad-hoc-Kandidaten nicht mehr zulässig; vielmehr muss man Kandidaten dafür gewinnen, sich schon vor der Wahl vorschlagen und vorstellen zu lassen.

53) M. Doralt, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).
 54) Nach *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 20 (mwN insb in FN 35), ist die Feststellung durch den Vorsitzenden konstitutiv; aA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87-89 Rz 13 (deklarativ).
 55) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 20 mit Verweis auf OLG Wien 20.11.1986, GesRZ 1988, 104 (GmbH).
 56) *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87-89 Rz 13; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 17.
 57) Näher dazu M. Doralt, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung), mit konkreten Praxisbeispielen zur Wahl nach § 87 Abs 3 und 4 und im Gegensatz dazu zur Verhältniswahl.
 58) Dazu oben Punkt 5.1.
 59) M. Doralt, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung). Siehe auch oben FN 52.
 60) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 18; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87-89 Rz 13 mit Verweis auf OLG Wien 20. 11. 1986, GesRZ 1998, 104.
 61) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 18 f mwN.

62) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 21 mwN; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87-89 Rz 13. Ebenso schon *Kastner*, JBl 1965, 392, 395.
 63) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 21.
 64) Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87-89 Rz 13.
 65) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 21 mit Verweis auf *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 245 FN 21; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87-89 Rz 13; *Kastner*, JBl 1965, 392, 395.
 66) Auch die Bestellung von unabhängigen Mitgliedern des AR (vgl Regeln 52 ff CGK) trägt in der Praxis zur Bestellung von unechten Minderheitsvertretern bei.
 67) M. Doralt, Die Wahl des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (in Drucklegung).



Die Autorin:

MMag. Dr. Maria Doralt, MIM CEMS, ist Rechtsanwältin in der Sozietät CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati. Ihre Arbeitsschwerpunkte sind österreichisches und internationales Gesellschaftsrecht sowie Kapitalmarktrecht.

Publikationen (Auswahl):

Cross-Border Mergers – A Glimpse into the Future, ECFR 2007, 17; Zur Umplatzierung von Aktien im Wege eines Secondary Offering, Handbuch Kapitalmarktrecht (2006); Österreichischer OGH zur verschmelzenden Umwandlung über die Grenze nach Deutschland, NZG 2004, 396; Management Buyout: Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2001).