

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- & Unternehmensrecht

Horst Wünsch Zur Kündigung der Personenhandelsgesellschaft durch einen Gesellschafter	123
Dieter G. Kindel / Klaus H. Kindel Zur Frage der Zulässigkeit der Vertretung von Aufsichtsratsmitgliedern bei Sitzungen des gemäß § 92 Abs 4 AktG zu bildenden Jahresabschlussausschusses	134
Christin M. Forstinger / Jörg Jenatschek Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes von Organwaltern durch den Corporate-Governance-Kodex.....	139
Harald R. Jahn / Klaus Häußle Aktuelle Entscheidungspraxis zum Internet im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (II).....	144
Erich Feil Kurzinformationen	IX-XII

JUDIKATUR

OGH Zur Willensbildung in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts	158
„Grenzüberschreitende“ Umwandlung auf den Alleingesellschafter	161
Verdeckte Sacheinlagen und unzulässige Einlagenrückgewähr	163
Mietrecht und vermögenslose GmbH	167
Zur Firmenänderung im Konkurs	168
Konzernbegriff bei der Fusionskontrolle.....	170
VwGH Gründung einer OEG zur Steuervermeidung; steuerliche Anerkennung von Verträgen („sale and lease back“) zwischen Gesellschaften, an denen dieselben Personen beteiligt sind	179
Heranziehung eines Komplementärs einer KG zur Haftung trotz Schuldenregulierungsverfahrens.....	180
Verdeckte Ausschüttung.....	181
Rezensionen	183
Impressum	184

Neu:

Zivilprozessordnung – Kurzkomentar für die Praxis
Von Mag. Erich Feil und Dr. Elke Kroisenbrunner, LL.M.

MMag. mult. DDr. mult. Dieter G. KINDEL, Rechtsanwalt und Universitätslektor, Wien

MMag. Dr. Klaus H. KINDEL, Rechtsanwalt und Universitätslektor, Wien

Zur Frage der Zulässigkeit der Vertretung von Aufsichtsratsmitgliedern bei Sitzungen des gemäß § 92 Abs 4 AktG zu bildenden Jahresabschlussausschusses

Durch das IRÄG 1997, BGBl I 1997/114, wurde obligatorisch im § 92 Abs 4 AktG durch den Gesetzgeber legistisch „festgelegt“, dass bei Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften, die aus mehr als fünf Mitgliedern bestehen, zur Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses jedenfalls ein Ausschuss zu bestellen ist. Da in der Praxis sich die „Problematik“ stellte, „wann“ und gegebenenfalls „wo“ und ob die „mitunter viel beschäftigten Multifunktionäre selbst erscheinen müssen“ oder sich im Ausschuss vertreten lassen können, was für viele Aufsichtsräte relevant war, und diese Gesetzesänderung offenbar eine – eventuell unbezahlte – Mehrbelastung für Aufsichtsräte darstellte, wurde naturgemäß die Frage der Vertretungsmöglichkeit an Rechtsberater herangetragen.

Da – soweit ersichtlich – keine oberstgerichtliche Entscheidung (Stand 20.12.2002) zu diesem Rechtsproblem vorliegt und die „letzte“ Novelle BGBl I 2001/42 § 92 Abs 4 AktG „fast unberührt“ ließ, sind diese Fragestellungen „weiterhin“ von großer praktischer Bedeutung.

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellungen
- II. Gutachten
 1. Rechtslage gemäß AktG seit dem IRÄG 1997, BGBl I 1997/114 (geltende Fassung BGBl I 2001/42)
 - 1.1. § 92 Abs 4 AktG (Ausschussbildungspflicht)
 - 1.2. § 93 Abs 3 AktG (zulässige „Vertretung“ durch Aufsichtsratsfremde)
 - 1.3. § 95 Abs 7 AktG (Pflichten des Aufsichtsratsmitgliedes, zulässige Vertretung durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied)
 - 1.4. § 92 Abs 5 AktG (Voraussetzungen für die Beschlussfähigkeit des Ausschusses)
 2. Schlussfolgerungen (zu Frage 1)
 - 2.1. Schlussfolgerungen zur Frage der Zulässigkeit der Vertretung gemäß § 93 Abs 3 und § 95 Abs 7 AktG
- III. Empfohlene Vorgangsweise (zu Frage 2)
 1. Generelle Ausführungen (Anzahl der Ausschussmitglieder, Stellvertreter-, Ersatzmitgliedwahl)
 2. Konkret empfohlene Maßnahmen und deren Zusammenfassung

I. Fragestellungen

I. Ist es zwecks Arbeitsentlastung der einzelnen Mitglieder des aufgrund der Novellierung des § 92 Abs 4 AktG durch das IRÄG 1997, BGBl I 1997/114 (geltende Fassung BGBl I 2001/42) vom Aufsichtsrat (sofern er aus mehr als fünf Mitgliedern besteht) nunmehr zwingend zur Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses

zu bildenden Ausschusses (nachfolgend: „Jahresabschlussausschuss“) rechtlich zulässig, dass sich diese oder zumindest einzelne Mitglieder bei den Ausschusssitzungen (ständig) durch

- a. aufsichtsratsfremde Personen oder
- b. andere Mitglieder des Aufsichtsrates vertreten lassen?

Falls eine solche Vertretung nicht möglich sein sollte:

2. Durch welche rechtlich zulässige Vorgangsweise kann eine weitestgehende arbeitsmäßige Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrates bzw des „Jahresabschlussausschusses“ erzielt werden?

II. Gutachten

1. Rechtslage gemäß AktG seit dem IRÄG 1997, BGBl I 1997/114 (geltende Fassung BGBl I 2001/42)

1.1. § 92 Abs 4 AktG (Ausschussbildungspflicht)

Gemäß § 92 Abs 4 AktG (seit dem IRÄG 1997, BGBl I 1997/114) hat der Aufsichtsrat, wenn er aus mehr als fünf Mitgliedern besteht, zur **Prüfung** und **Vorbereitung** der **Feststellung** des **Jahresabschlusses** einen Ausschuss zu bestellen. Diese Bestimmung, war erstmalig auf nach dem 30.9.1997 beginnende Geschäftsjahre anzuwenden.

1.2. § 93 Abs 3 AktG (zulässige „Vertretung“ durch Aufsichtsratsfremde)

1.2.1. Gemäß § 93 Abs 3 AktG kann die **Satzung** zulassen, dass an Sitzungen des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse (somit auch an den neu zu bildenden „Jahresab-

schlussausschüssen“) Personen, die dem Aufsichtsrat nicht angehören (**Aufsichtsratsfremde**), **anstelle von Aufsichtsratsmitgliedern** teilnehmen können, wenn sie von diesen hiezu schriftlich ermächtigt sind. Ferner können die aufsichtsratsfremden Personen in den Sitzungen auch schriftliche Stimmabgaben der Aufsichtsratsmitglieder überreichen.

Ein „Vertreter“ gemäß § 93 Abs 3 AktG ist **weder direkter noch indirekter Stellvertreter** des verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes, sondern lediglich ein sog **Erklärungsbote**, da er nur zur Überbringung und nicht zur Empfangnahme von Willenserklärungen bestellt wurde. Gibt der „Vertreter“ im Namen des verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes in einer Ausschusssitzung eigene Stellungnahmen oder Erklärungen (Diskussionsbeiträge) ab, so überschreitet er damit (zulässigerweise) seine Botenstellung. Da solchen Stellungnahmen jedoch keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt, handelt er auch in dieser Funktion nicht als direkter Stellvertreter des verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes¹⁾. Die zwangsläufig von den einzelnen Mitgliedern des Jahresabschlussausschusses im Zusammenhang mit der pflichtgemäßen Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses zu diesem Themenkomplex abzugebenden (im Vorhinein kaum vorhersehbaren) Äußerungen und Erklärungen bzw erwartungsgemäß an den gemäß § 93 Abs 1 AktG der Sitzung jedenfalls zuzuziehenden Abschlussprüfer zu stellenden Fragen können daher, sofern sie von einem „Vertreter“ im Sinne des § 93 Abs 3 AktG für das nicht anwesende Ausschussmitglied abgegeben werden, mangels Stellvertretereigenschaft des Aufsichtsratsfremden nicht dem abwesenden Ausschussmitglied zugerechnet werden. Dies bedeutet jedoch, dass das abwesende Ausschussmitglied die von ihm pflichtgemäß im Jahresabschlussausschuss, insbesondere auch durch entsprechende allfällige Fragen an den Abschlussprüfer, wahrzunehmenden Prüfungs- und Vorbereitungsaufgaben durch einen „Vertreter“ im Sinne des § 93 Abs 3 AktG – abgesehen von theoretisch denkbaren Einzelfällen – nicht erfüllen kann und daher diesbezüglich zwangsläufig **pflicht- und sorgfaltswidrige Unterlassungen zu verantworten** hätte.

1.2.2. Eine gemäß § 93 Abs 3 AktG ermächtigte **aufsichtsratsfremde Person** ist bei der **Feststellung der Beschlussfähigkeit** des Ausschusses **nicht zu berücksichtigen**²⁾.

1.2.3. Enthält die **Satzung keine Bestimmung** im Sinne des § 93 Abs 3 AktG, so ist eine Vertretung der Aufsichtsratsmitglieder bei den Sitzungen des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse durch aufsichtsratsfremde Personen (Boten) **nicht zulässig**.

Damit eine solche „Vertretung“ grundsätzlich möglich ist, wäre daher eine entsprechende **Satzungsänderung** notwendig (zu berücksichtigen sind diesbezüglich jedoch auch die unter 1.3.3. in Absatz 2 und 3 gemachten grundsätzlichen Ausführungen).

1.3. § 95 Abs. 7 AktG³⁾ (Pflichten des Aufsichtsratsmitgliedes, zulässige Vertretung durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied)

1.3.1. Gemäß **§ 95 Abs 7 S 1 AktG** können die **Aufsichtsratsmitglieder** ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen. Das Aufsichtsratsmitglied ist daher grundsätzlich zur **höchstpersönlichen Teilnahme** an den **Aufsichtsrats- und Ausschusssitzungen** (daher auch an den Jahresabschlussausschusssitzungen“) **verpflichtet**⁴⁾.

1.3.2. Die **Satzung** kann aber zulassen, dass ein **Aufsichtsratsmitglied ein anderes** Aufsichtsratsmitglied schriftlich mit seiner Vertretung bei einer **einzelnen Sitzung** (auch Ausschusssitzung) betraut (§ 95 Abs 7 S 2 AktG).

Der Vertreter gemäß § 95 Abs 7 S 2 AktG ist **echter direkter Stellvertreter** (Vertreter im Willen) des verhinderten Aufsichtsrats-(ausschuss-)mitgliedes. Dies bewirkt, dass die vom Vertreter für das verhinderte Ausschussmitglied abgegebene Stimme als vom Vertretenen abgegeben gilt, und zwar unabhängig davon, ob der Vertreter sich hierbei an die vom Vertretenen erhaltenen Weisungen gehalten hat oder nicht⁵⁾. Gibt der Vertreter im Namen des verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes in einer Ausschusssitzung Stellungnahmen oder Erklärungen (Diskussionsbeiträge) ab, so sind diese ausschließlich dem vertretenen Aufsichtsratsmitglied zuzuordnen.

Das Vertretungsrecht gemäß § 95 Abs 7 AktG kann nur in Bezug auf eine einzelne Sitzung, nie jedoch in genereller Form erteilt werden.

1.3.3. Enthält die **Satzung** eine solche **Bestimmung** im Sinne des § 95 Abs 7 S 2 AktG, so ist eine Vertretung eines Ausschussmitgliedes bei einer Jahresabschlussausschusssitzung der Gesellschaft durch ein anderes Ausschussmitglied daher **prinzipiell zulässig**.

Zu berücksichtigen ist grundsätzlich in diesem Zusammenhang bei der zulässigen Vertretung gemäß § 95 Abs 7 AktG (und auch bei der zulässigen „Vertretung“ gemäß § 93 Abs 3 AktG) jedoch Folgendes:

Obwohl die Bestimmung des § 95 Abs 7 S 2 AktG (und auch die Bestimmung des § 93 Abs 3 AktG) das durch sie schlüssig anerkannte Recht des Aufsichtsratsmitgliedes, einer Sitzung fernzubleiben, nur an die satzungsmäßige Zulassung, ansonsten jedoch an keine weitere Voraussetzungen bindet, muss aus § 95 Abs 7 S 1 AktG nach Auffassung der Autoren zwingend geschlossen werden, dass ein Missbrauch dieser Möglichkeiten eine **Pflichtverletzung des Aufsichtsratsmitgliedes** bedeutet und dessen **persönliche Haftung** gemäß § 99 AktG iVm § 84 AktG bewirken könnte. Ein solcher Missbrauch liegt zwar (ob-

¹⁾ Vgl. *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ (1993) §§ 92 – 94, Rz 46.

²⁾ Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechtes⁵ (1990) 252, sowie *Strasser*, aaO, Rz 58.

³⁾ IdF IRÄG 1997, BGBl I 1997/114; § 95 Abs 6 AktG seit BGBl I 2001/42 ist Abs 6 wortgleich Abs 7.

⁴⁾ Vgl. *Reischauer*, ÖJZ 1990, 451.

⁵⁾ Vgl. *Strasser*, aaO, §§ 95 – 97, Rz 84 und 87.

wohl denkbar) nicht immer schon dann vor, wenn ein Ausschussmitglied ohne wichtigen Grund einer einzelnen Sitzung fernbleibt. Er ist aber zweifelsohne gegeben, wenn ein **Ausschussmitglied ohne sachlich vertretbaren Grund**, insbesondere nur deshalb, um die mit den aufgrund seiner Bestellung pflichtgemäß von ihm wahrzunehmenden Ausschusssitzungen verbundene zeitliche und arbeitsmäßige Inanspruchnahme zu vermeiden, wiederholt (bzw ständig) den Ausschusssitzungen **persönlich fernbleibt** und sich in den Sitzungen regelmäßig gemäß § 93 Abs 3 oder § 95 Abs 7 AktG „vertreten“ lässt⁶⁾. Eine „**Vertretung**“ eines Ausschussmitgliedes bei einer Ausschusssitzung gemäß § 93 Abs 3 AktG und auch eine Stellvertretung gemäß § 95 Abs 7 AktG erscheinen daher **nur in Ausnahmefällen, nicht jedoch auf Dauer zulässig**.

1.3.4. Ein durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied in einem Ausschuss **vertretenes Aufsichtsratsmitglied** ist bei der Feststellung der **Beschlussfähigkeit** einer Sitzung (siehe § 92 Abs 5 AktG bzw 1.4.1.) **nicht** mitzuzählen (§ 95 Abs 7 AktG).

1.4. § 92 Abs 5 AktG (Voraussetzungen für die Beschlussfähigkeit des Ausschusses)

1.4.1. Gemäß § 92 Abs 5 AktG ist ein Aufsichtsrat oder sein Ausschuss (und somit auch der Jahresabschlussausschuss) nur dann **beschlussfähig**, wenn an der **Sitzung** mindestens **drei Mitglieder** teilnehmen, wobei die Satzung eine höhere Zahl festsetzen kann. Gehören einem Ausschuss – dies ist, wenn die Satzung nichts anderes vorsieht, grundsätzlich zulässig; die Bestimmungen des § 110 Abs 1 und 4 ArbVG (beim Jahresabschlussausschuss darüber hinaus auch die Bestimmung des § 92 Abs 4 S 3 AktG) sind hierbei jedoch zu berücksichtigen – weniger als drei Aufsichtsratsmitglieder an, so ist zu seiner Beschlussfähigkeit die Anwesenheit seiner sämtlichen Mitglieder notwendig. Ein aufsichtsratsfremder „Vertreter“ im Sinne des § 93 Abs 3 AktG bzw ein durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied gemäß § 95 Abs 7 AktG vertretenes Aufsichtsratsmitglied ist bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit des Ausschusses jedoch nicht mitzuzählen (siehe 1.2.2. und 1.3.4.). Dies bedeutet, dass an einer Ausschusssitzung, sofern die Satzung nicht eine höhere Anwesenheitsanzahl vorsieht, **zumindest drei** dem Ausschuss angehörende Aufsichtsratsmitglieder **persönlich anwesend** sein müssen, damit dessen Beschlussfähigkeit gegeben ist.

1.4.2. Sieht die Satzung zB vor (diese Bestimmung ist auch auf den zu bildenden Jahresabschlussausschuss anzuwenden), dass **Ausschüsse** (nur dann) **beschlussfähig** sind, wenn **mindestens drei gewählte Mitglieder anwesend** sind, so bedeutet dies (gemäß den Ausführungen unter 1.4.1.), dass zumindest drei Ausschussmitglieder **persönlich anwesend** sein müssen.

Oftmals wird in den Satzungen – bedeutsam bei Satzungen, deren Fassung vor dem Jahre 1986 (siehe nachfolgende Ausführungen) liegt – der **Satzungsbegriff „gewähltes Mitglied“** verwendet. Nach Auffassung, der Au-

toren ist in diesem Zusammenhang Nachstehendes zu bedenken, nämlich dass die konkrete personelle Zusammensetzung eines Ausschusses durch den Aufsichtsrat durch Wahl bestimmt wird, wobei der Aufsichtsrat jedoch auf die den Arbeitnehmervertretern gemäß § 110 Abs 1 und 4 ArbVG zustehenden Nominierungsrechte Bedacht zu nehmen hat. Im Hinblick auf die Rechtslage im Zeitpunkt der „ursprünglichen“ (Neu-)Fassung der Satzung(en) vor unten genannter Novelle ist dieser Begriff wahrscheinlich so zu interpretieren, dass hiermit in den Ausschuss (von wem immer) gewählte Mitglieder gemeint sind und nicht die erst seit 1986 relevante Unterscheidung in von der Hauptversammlung gewählte und vom entsendungsberechtigten Belegschaftsorgan in den Aufsichtsrat entsandte Mitglieder (Arbeitnehmervertreter). Obwohl erst mit dem IRÄG 1997 im § 92 Abs 4 AktG die Wortfolge „§ 14 Abs 2 Z 4 des Betriebsrätegesetzes, BGBl Nr 97/1947 in den Aufsichtsrat **gewählten** (Mitglieder des Betriebsrats)“ durch die Wortfolge „§ 110 ArbVG, BGBl Nr 22/1974, in der jeweils geltenden Fassung, in den Aufsichtsrat **entsandten** (Mitglieder des Betriebsrats)“ ersetzt wurde, ist zu berücksichtigen, dass die genannte Bestimmung des § 14 Betriebsrätegesetz 1947 schon mit In-Kraft-Treten der ArbVG-Novelle 1986, BGBl 1986/94, derogiert wurde (§ 162 Abs 1 Z 3 ArbVG). Da nach Auffassung der Autoren eine eindeutige Interpretationsbeurteilung jedoch nicht abgegeben werden kann, sollten die obigen Ausführungen vorsichtshalber bei der Bildung des Jahresabschlussausschusses aus advokatorischer Vorsicht auch bedacht werden.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang prinzipiell auch darauf, dass § 110 Abs 4 ArbVG nicht bewirkt, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Nominierung der übrigen Ausschussmitglieder nicht stimmberechtigt wären und dass nicht bereits im Rahmen der Wahl über die konkrete personelle Zusammensetzung des Ausschusses Arbeitnehmervertreter zu Ausschussmitgliedern bestellt werden könnten⁷⁾. Eine Anrechnung der auf diese Art für den Ausschuss bestellten Arbeitnehmervertreter auf die den Arbeitnehmervertretern gesetzlich zustehenden Ausschusssitze ist jedoch nur dann zulässig, wenn die Arbeitnehmervertreter diese Ausschussmitglieder als von ihnen (auch) entsendet anerkennen.

1.4.3. Obzwar der Jahresabschlussausschuss gemäß § 92 Abs 4 AktG nur den Zweck der Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses hat und sich in diesem Zusammenhang nicht unbedingt die Notwendigkeit einer Beschlussfassung und damit der Beschlussfähigkeit des Ausschusses ergeben muss, ist trotzdem davon auszugehen, dass der Aufsichtsrat bzw die Ausschussmitglieder bei sonstiger (persönlicher) Haftung verpflichtet sind, die für die Schaffung der Beschlussfähigkeit des Ausschusses notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Der Jahresabschlussausschuss muss daher vom Aufsichtsrat zweifellos in Entsprechung der diesbezüglichen Satzungsbestimmung in beschlussfähiger Zusammensetzung kon-

⁶⁾ Vgl *Strasser*, aaO, §§ 95 – 97, Rz 83.

⁷⁾ Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, aaO, 256.

stituiert werden. Darüber hinaus muss der Ausschuss bei den Ausschusssitzungen auch in beschlussfähiger Form (für das Vorliegen der Beschlussfähigkeit haben die Ausschussmitglieder zu sorgen) zusammentreten, da nur dann eine pflichtgemäße Erfüllung der an ihn übertragenen Aufgaben gewährleistet ist.

Da der „Vertreter“ gemäß § 93 Abs 3 AktG und auch der Stellvertreter gemäß § 95 Abs 7 AktG jedoch niemals bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit des Jahresabschlussausschusses mitzuzählen sind (1.2.2. und 1.3.4.), ist es – ungeachtet der Frage, welche Haftungen des Ausschussmitgliedes aus dem allenfalls pflichtwidrigen „Vertretenlassen“ bei der Ausschusssitzung resultieren könnten – allein schon aus diesem Grund **nicht möglich**, die Mitglieder des Jahresabschlussausschusses (ständig) durch aufsichtsratsfremde Personen oder – sofern nicht darüber hinaus zumindest jedenfalls drei weitere dem Ausschuss angehörende Aufsichtsratsmitglieder persönlich anwesend sind – andere Mitglieder des Aufsichtsrates vertreten zu lassen, da durch diese Vorgangsweise bzw durch die alleinige Anwesenheit der „Vertreter“ die pflichtgemäß zu fordernde Beschlussfähigkeit des Ausschusses nicht erzielt werden kann.

In Bezug auf die konkrete personelle Zusammensetzung des Jahresabschlussausschusses ist vom Aufsichtsrat bei dessen Konstituierung zu berücksichtigen, dass die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gemäß § 110 ArbVG das Recht haben, für jeden Ausschuss des Aufsichtsrates (somit auch in den Jahresabschlussausschuss) aus ihrer Mitte Aufsichtsratsmitglieder mit Sitz und Stimme im **Verhältnis von zwei Kapitalvertretern zu einem Arbeitnehmervertreter** namhaft zu machen, dh in den Ausschuss zu entsenden⁸). Darüber hinaus ist (wenn dem Ausschuss nur zwei Mitglieder angehören sollen) gemäß § 92 Abs 4 S 3 AktG sicherzustellen, dass zumindest ein Arbeitnehmervertreter dem Jahresabschlussausschuss angehört.

2. Schlussfolgerungen (zu Frage 1.1)

2.1. Schlussfolgerungen zur Frage der Zulässigkeit der Vertretung gemäß § 93 Abs 3 und § 95 Abs 7 AktG

2.1.1. Eine ständige Vertretung der Mitglieder des zu bildenden Jahresabschlussausschusses durch

- a. aufsichtsratsfremde Personen oder
- b. andere Aufsichtsratsmitglieder

ist rechtlich grundsätzlich nicht zulässig (siehe insbesondere die Ausführungen zu 1.2.1. und 1.3.3.)

2.1.2. Eine **ausnahmsweise** Vertretung (Stellvertretung) eines Ausschussmitgliedes bei einer Jahresabschlussausschusssitzung durch ein anderes **Ausschussmitglied** ist gemäß § 95 Abs 7 S 2 AktG grundsätzlich zulässig (siehe 1.3.3.), wenn dies die Satzung zulässt. Da ein durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied gemäß § 95 Abs 7 AktG vertretenes Aufsichtsratsmitglied bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit des Ausschusses jedoch nicht mitzuzählen ist (siehe 1.3.4.), ist eine Arbeitsentlastung durch

eine solche Vorgangsweise nur dann gegeben, wenn der Ausschuss dessen ungeachtet beschlussfähig ist (1.4.1.).

2.1.3. Eine **ausnahmsweise** Vertretung eines Ausschussmitgliedes bei einer Jahresabschlussausschusssitzung durch **aufsichtsratsfremde Personen** ist mangels entsprechender Zulassung in der Satzung gemäß § 93 Abs 3 AktG **unzulässig** (siehe 1.2.3.).

Sollte eine – gelegentliche – „Vertretung“ einzelner Ausschussmitglieder durch aufsichtsratsfremde Personen gemäß § 93 Abs 3 AktG gewünscht werden, müsste durch eine entsprechende Satzung bzw gegebenenfalls Satzungsänderung eine solche Möglichkeit rechtlich (erst) geschaffen werden.

III. Empfohlene Vorgangsweise (zu Frage 2)

1. Generelle Ausführungen (Anzahl der Ausschussmitglieder, Stellvertreter-, Ersatzmitgliederwahl)

1.1. Der Aufsichtsrat ist zur Bildung des Jahresabschlussausschusses gemäß § 92 Abs 4 AktG gesetzlich verpflichtet und muss daher eine entsprechende Beschlussfassung bzw Wahl vornehmen.

Die konkrete Anzahl der Ausschussmitglieder und die personelle Zusammensetzung des Jahresabschlussausschusses liegen jedoch im **(pflichtgemäßen) Ermessen des Aufsichtsrates**, der hierfür ausschließlich zuständig ist. Der Aufsichtsrat ist hierbei lediglich an die satzungsmäßig durch die Festlegung der Beschlussfähigkeit (notwendige Teilnehmerzahl gemäß § 92 Abs 5 AktG) gemachten Vorgaben in Bezug auf die daraus resultierende Mindestanzahl der Ausschussmitglieder und § 110 Abs 4 ArbVG gebunden. Falls aufgrund der Satzung Ausschüsse nur dann beschlussfähig sind, wenn mindestens drei gewählte Mitglieder anwesend sind, muss (sofern keine Satzungsänderung erfolgt) die **Anzahl der (gewählten) Mitglieder des Jahresabschlussausschusses zumindest drei** betragen (gemäß § 92 Abs 4 AktG iVm § 110 Abs 4 ArbVG zwei Kapitalvertreter und ein Arbeitnehmervertreter).

In Hinblick auf die obigen Ausführungen (1.4.2.) zum Satzungsbegriff „gewähltes Mitglied“ wird aus advokatorischer Vorsicht jedoch (sofern die Satzung nicht geändert wird) empfohlen, dass der Aufsichtsrat die Anzahl der Mitglieder des Jahresabschlussausschusses (zumindest) mit fünf festlegen sollte (**drei gewählte Kapitalvertreter und zwei entsandte Arbeitnehmervertreter**; allenfalls auch Verhältnis 4:2 oder 6:3).

1.2. Der **Aufsichtsrat** kann analog zur Möglichkeit der Hauptversammlung in Bezug auf den Aufsichtsrat im Rahmen der **Ausschussbildung** für den Fall der Verhinderung von Ausschussmitgliedern vorweg (auch nacheinander mehrere) **Stellvertreter** bestellen, weiters auch **Ersatzmitglieder**, die beim Ausscheiden eines Ausschussmitgliedes nachrücken. Hierzu bedarf es keiner Ermächtigung in der Satzung⁹). Ein solcher Stellvertreter tritt für die

⁸) Vgl Strasser, aaO, §§ 92 – 94, Rz 80.

⁹) Vgl Strasser, aaO, §§ 92 – 94, Rz 76.

Zeit, in der das ordentliche Ausschussmitglied an der Amtsausübung gehindert ist, mit allen Rechten und Pflichten an dessen Stelle. Ein vorweg vom Aufsichtsrat bestellter Stellvertreter ist – im Gegensatz zum Stellvertreter gemäß § 95 Abs 7 AktG – **weder ein direkter noch indirekter Vertreter des verhinderten Ausschussmitgliedes, sondern ein Ausschussmitglied kraft eigenen Rechtes und eigener Verantwortung**¹⁰). Aus diesem Grund ist ein solcher vom Aufsichtsrat gewählter Stellvertreter auch bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit zu berücksichtigen.

2. Konkret empfohlene Maßnahmen und deren Zusammenfassung

2.1. Zwecks Arbeitsentlastung der Jahresabschlussausschussmitglieder wird Folgendes empfohlen:

2.1.1. Falls es die Satzung nicht vorsieht und die Satzung nicht geändert wird

Bildung des Jahresabschlussausschusses durch den Aufsichtsrat mit einer Mitgliederzahl von zumindest fünf (drei Kapitalvertreter – zwei Arbeitnehmervertreter, allenfalls Verhältnis 4:2 oder 6:3).

2.1.2. Im Falle der Änderung der Satzung dahin gehend, dass sie sodann lautet

„Die Ausschüsse sind beschlussfähig, wenn mindestens **drei Mitglieder des Ausschusses** anwesend sind.“

Bildung des Jahresabschlussausschusses durch den Aufsichtsrat mit einer Mitgliederzahl von drei (zwei Kapitalvertreter – ein Arbeitnehmervertreter).

Sollte es zu Satzungsänderungen kommen, könnte in der Satzung auch eine **Vertretungsmöglichkeit gemäß § 93 Abs 3 AktG** vorgesehen werden.

2.2. Die gewählten und entsandten Mitglieder des Arbeitsausschusses werden auch zu Mitgliedern des Jahresabschlussausschusses bestellt (Personenidentität).

2.3. Die einzelnen Jahresabschlussitzungen werden zeitlich unmittelbar vor oder im Anschluss an die Sitzungen

des Arbeitsausschusses oder allenfalls auch unmittelbar vor den Sitzungen des Aufsichtsrates abgehalten.

2.4. Wahl von (mehreren) konkreten Stellvertretern (allenfalls auch Ersatzmitgliedern) für jedes einzelne Jahresabschlussausschussmitglied durch den Aufsichtsrat zugleich mit der Bildung des Jahresabschlussausschusses. Hierdurch wird bei Verhinderung eines Ausschussmitgliedes (ohne die Beschränkungen und Rechtswirkungen des § 95 Abs 7 AktG) eine **jederzeitige Vertretung durch den (vom Aufsichtsrat) gewählten Stellvertreter zulässig**. Eine **Mehrfachbestellung** ist möglich.

2.5. Zusammenfassung

ad 2.1.

a. Falls die **Satzung nicht geändert** wird: Jahresabschlussausschuss besteht aus fünf oder sechs Mitgliedern (drei oder vier davon Kapitalvertreter, zwei Arbeitnehmervertreter).

b. Falls es die Satzung vorsieht oder die **Satzung geändert** wird: Jahresabschlussausschuss besteht aus drei Mitgliedern (zwei Kapitalvertreter, ein Arbeitnehmervertreter), bei Satzungsänderung auch Schaffung der Vertretungsmöglichkeit durch Aufsichtsratsfremde gemäß § 93 Abs 3 AktG.

ad 2.2.

Mitglieder Arbeitsausschuss = Mitglieder Jahresabschlussausschuss.

ad 2.3.

Jahresabschlussitzung unmittelbar vor/nach Arbeitsausschussitzung oder Aufsichtsratsitzung.

ad 2.4.

Wahl von zwei Stellvertretern für jedes Mitglied des Jahresabschlussausschusses durch den Aufsichtsrat zugleich mit der Wahl der einzelnen Ausschussmitglieder; allenfalls auch Wahl von Ersatzmitgliedern.

¹⁰) Vgl *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979) 107; NZ 1982, 57.



Johann Risak
Der Impact Manager
 Energetisieren – Richtung geben – Selbst gestalten – Konsequenz managen.
 2003, 312 Seiten, geb. + SU
 3-7093-0418-0,
 EUR 29,80

Der Weg zum Agilen Unternehmen

Führen heißt lenken, und lenken heißt Einfluss nehmen. Aufbauend auf den Erfahrungen des anerkannten Universitätsprofessors Johann Risak und auf empirische Erhebungen bietet der „Impact-Manager“ die Grundlage für die Zustandsbestimmung jedes Betriebs und die Ausarbeitung von Entwicklungspfaden in Richtung Erneuerung.

LINDE VERLAG

Linde Verlag Wien

www.lindeverlag.at

Scheydgasse 24 • 1211 Wien • Tel.: (01) 278 05 26 • Fax: (01) 278 05 26-23 • E-Mail: office@lindeverlag.at