

Alles höchstpersönlich – Vertreter und Stimmbote im Aufsichtsrat

von Roland Startz, Partner der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München
Partner der Board Academy, Referent LEGAL

Der Aufsichtsrat übt sein Amt in aller Regel als Nebentätigkeit aus. Vorgegebene Sitzungstermine, weite Reisen oder auch dringende, entsprechend kurzfristig einberufene Sitzungen führen oft zu Terminkollisionen. Der Gedanke liegt nahe, sich durch einen Aufsichtsratskollegen mittels Vollmacht vertreten zu lassen. Die Aufsichtsratsstätigkeit ist jedoch eine höchstpersönliche Aufgabe und die Vertretung ausgeschlossen – mit fatalen Folgen für Beschlussfassungen.

Aufsichtsratsmitglieder haben grundsätzlich zwar ein unentziehbares Recht, an allen Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen, jedoch keine Pflicht, auch tatsächlich zu erscheinen. Nur ausnahmsweise kann einem Aufsichtsratsmitglied die Teilnahme untersagt oder es während einer Sitzung von dieser ausgeschlossen werden, etwa wenn über die Geltendmachung von Ansprüchen gegen das betroffene Mitglied verhandelt werden soll oder, was in Ausnahmefällen vorkommen mag, ein Aufsichtsratsmitglied die Sitzung erheblich stört. Diesem Teilnahmerecht steht keine

Pflicht zur Teilnahme an einer Sitzung gegenüber, wie nicht wenige Gremien immer wieder erfahren müssen. Das von vielen Gesellschaften gezahlte Sitzungsgeld, das zwar zur Vergütung gehört und nicht etwa eine Aufwandsentschädigung darstellt, mag hier und da einen Anreiz für das persönliche Erscheinen bilden. Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex verpflichtet zumindest börsennotierte Gesellschaften, es offen zu legen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied in einem Geschäftsjahr an weniger als der Hälfte der Sitzungen teilgenommen



hat. Damit wird das häufige Fehlen eines Aufsichtsratsmitgliedes zumindest für die interessierte Öffentlichkeit und die Aktionäre offenbar.

Bedeutung hat die Teilnahme vor allem aber für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats. Gemäß Aktiengesetz ist der Aufsichtsrat beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. Die Satzung kann hiervon abweichen, jedoch nur höhere Anforderungen bestimmen. Hat ein Aufsichtsrat aus sechs Mitgliedern zu bestehen, so reicht es aus, wenn drei seiner Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Oft überlesen wird dabei, dass in jedem Fall immer drei Mitglieder an einer Beschlussfassung teilzunehmen haben, und zwar auch dann, wenn der Aufsichtsrat nur aus drei Mitgliedern besteht. Für einen dreiköpfigen Aufsichtsrat bedeutet dies also, dass immer alle Aufsichtsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen müssen. Sind von drei Aufsichtsratsmitgliedern nur zwei anwesend – immerhin zwei Drittel aller Mitglieder – ist der Aufsichtsrat

nicht beschlussfähig. Diese nicht immer beachtete gesetzliche Vorgabe hat in den letzten Jahren dazu geführt, dass viele Aktiengesellschaften ihren Aufsichtsrat auf sechs Mitglieder „aufgestockt“ haben. Unabhängig davon, ob alle Sitze eines sechsköpfigen Aufsichtsrats besetzt sind, kann ein Sechser-Aufsichtsrat schon bei der Anwesenheit von nur drei Mitgliedern Beschlüsse fassen. Noch einige Jahre zuvor suchte man eher den „schlanken“ Aufsichtsrat, weshalb der Aufsichtsrat vieler Gesellschaften, sofern nicht der paritätischen Mitbestimmung unterliegend, nur aus drei Mitgliedern besteht.

Sollte nun ein Mitglied an einer Sitzung nicht teilnehmen können, so behilft man sich – wie in anderen Gremien auch – oftmals mit einer Vollmacht, die einem anderen Mitglied oder gar einem Dritten, etwa einem Rechtsanwalt erteilt wird. Entsprechende Vollmachtserteilungen sind die Aufsichtsräte aus anderen Gremien (etwa der Haupt- oder Gesellschafterversammlung, Beiratssitzungen, ausländischen Boards u. dgl.) gewohnt. Auch dort zählt oftmals jede Stimme, weshalb es als selbstverständlich gilt, im Falle der Verhinderung einen Vertreter mit entspre-

chender Stimmvollmacht zu entsenden. Eine Vollmachtserteilung im Aufsichtsrat ist jedoch – anders als in den zuvor genannten Gremien – von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Sie verstößt gegen das Grundverständnis des Aufsichtsratsmandats, das ein *höchstpersönliches* Amt ist. Der Aufsichtsrat hat seine persönliche Erfahrung und Expertise einzubringen, er hat sein Amt persönlich auszuüben und er hat seine Verantwortung persönlich wahrzunehmen. Die Ausübung seiner Stimme einem anderen Aufsichtsratsmitglied zu überlassen, und sei es mindestens ebenso erfahren und kompetent, kommt also nicht in Betracht.

Lässt sich ein Aufsichtsratsmitglied eines dreiköpfigen Aufsichtsrats also vertreten, ist der Aufsichtsrat nicht beschlussfähig. Mittels Vollmacht abgegebene Stimmen zählen nicht. Reicht die Anzahl der anwesenden Mitglieder eines größeren Aufsichtsrats zwar für die Beschlussfähigkeit aus, hängt die Wirksamkeit der dort gefassten Beschlüsse davon ab, ob ohne die Stimme des Vertreters noch ausreichend Ja-Stimmen abgegeben wurden.

►



Das Vertretungsverbot schließt es allerdings nicht aus, dass ein anderes Aufsichtsratsmitglied die Stimmen des abwesenden Aufsichtsratsmitgliedes übermitteln und damit die Beschlussfähigkeit gewährleisten kann. Dies hat jedoch nicht durch Vollmacht, sondern durch die sogenannte Stimmbotschaft oder schriftliche Stimmabgabe zu geschehen. Wer meint, hierbei handle es sich um eine juristische Spitzfindigkeit und synonyme Begriffe, der irrt gewaltig. Hinter einer Vollmacht verbirgt sich die Ermächtigung eines anderen, im Namen des Vollmachtgebers selbstständig zu handeln und, sofern keine ausdrückliche und bindende Weisung vorliegt, eigenständig zu entscheiden. Ein Aufsichtsratsmitglied, das einem anderen Vollmacht erteilt und damit die Entscheidung im Namen des vertretenen Aufsichtsratsmitgliedes überlässt, entzieht sich damit seiner höchstpersönlichen Verantwortung. Durch die schriftliche Stimmabgabe hingegen nimmt der Abwesende an der Beschlussfassung teil, auch wenn er sich der Stimme enthält. Die Stimme des abwesenden Aufsichtsratsmitgliedes wird sozusagen durch den Stimmboten in die Aufsichtsratsitzung „hineingetragen“.

Die schriftliche Stimmabgabe setzt allerdings voraus, dass der Beschlussgegenstand dem Abwesenden genau bekannt ist und er sich hierzu entsprechend konkret äußern kann. Sie kommt also nur in Betracht, wenn alle Punkte der Tagesordnung, zu denen Beschlüsse gefasst werden sollen, genau benannt sind und auch der Beschlussinhalt möglichst konkret feststeht. Die schriftliche Stimmabgabe kann deshalb nicht für allgemein gehaltene Tagesordnungspunkte oder für Beschlussgegenstände genutzt werden, die in der Sitzung abgeändert werden oder sich erst aus der Sitzung heraus ergeben. Zwar kennt die Praxis auch die Möglichkeit einer nachträglichen schriftlichen Stimmabgabe; dieser müssen jedoch alle bei der Sitzung anwesenden Mitglieder zustimmen.

Die schriftliche Stimmabgabe hat also rechtzeitig zur Beschlussfassung vorzuliegen. Stimmbote kann nur ein anderes Aufsichtsratsmitglied oder ein sonst zur

Teilnahme an der Sitzung Berechtigter sein. Ob der Stimmbote selbst sein Stimmrecht ausüben darf, spielt – anders als beim bevollmächtigten Aktionär, der konkret einem Stimmverbot unterliegt – keine Rolle. In welcher Form die schriftliche Stimmabgabe vorliegen muss, ist nicht unumstritten, insbesondere inwieweit eine eigene Namensunterschrift vorliegen muss. Zum Teil wird auf die Unterschrift verzichtet, da auch Beschlussfassungen, sofern die Satzung eine entsprechende Ermächtigung vorsieht, fernmündlich oder per E-Mail zulässig sind. Allerdings gilt letzteres nur, wenn alle Aufsichtsratsmitglieder einverstanden sind. Deshalb empfiehlt es sich, in jedem Fall ein eigenhändig unterschriebenes Schriftstück zu übergeben. Hierzu muss nicht unbedingt ein eigenes Dokument formuliert werden. Es reicht beispielsweise auch eine Kopie der Tagesordnung aus, auf der das abwesende Aufsichtsratsmitglied zu den einzelnen Beschlussgegenständen sein Votum kenntlich macht und unterzeichnet.

Mit der schriftlichen Stimmabgabe bekommt der höchstpersönliche Charakter der Aufsichtsrats Tätigkeit zum Ausdruck. Die Wahrnehmung dieses Amtes wird nicht einfach dem Bevollmächtigten überlassen. Sie stößt jedoch zwangsläufig dort an ihre Grenzen, wo der Inhalt der Beschlussfassung zum Zeitpunkt der schriftlichen Willensäußerung nicht oder nicht hinreichend zum Ausdruck kam. Ergeben sich Zweifel, ob die schriftliche

Stimme die Beschlussfassung abdeckt, sollte sie ebenso wie jede Art der Vollmacht nicht berücksichtigt werden. Dies kann allerdings dazu führen, dass der Aufsichtsrat nicht beschlussfähig und die gleichwohl gefassten Beschlüsse nichtig sind. Da auch die mit Einverständnis aller Aufsichtsratsmitglieder nachträglich abgegebene Stimme im Aufsichtsratsbeschluss nicht ex tunc, sondern nur ex nunc wirksam werden lässt, ist insbesondere bei zeitkritischen Beschlüssen und bei Beschlüssen über eine im Vorhinein zu erteilende Zustimmung besondere Vorsicht geboten. Hier empfiehlt es sich, der Tagesordnung sogleich ein Formular zur Erteilung der schriftlichen Stimmabgabe beizufügen, das Aufsichtsratsmitglieder gegebenenfalls auch kurzfristig für den Fall ihrer Abwesenheit übersenden können. In besonders kritischen Fällen, etwa bei kurzfristigen Streiks von Flugpersonal und dergleichen, empfiehlt es sich sogar, die Stimme höchstvorsorglich vorab schriftlich abzugeben.

In der Praxis wird dieser Formalismus immer wieder als übertrieben angesehen. Da die Wirkungen fehlender Beschlussfähigkeit jedoch fatale Wirkungen haben und nicht – wie in anderen Fällen – geheilt werden können, ist er ernst zu nehmen. Wenn es möglich ist, vorab eine Vollmacht zu erteilen, ist es meist auch möglich, eine konkrete schriftliche Stimmabgabe vorzubereiten. Fehlt sie, kann im Zweifel nur die Beschlussunfähigkeit festgestellt werden. ■

Roland Startz



Roland Startz ist Equity Partner im Münchener Büro von BEITEN BURKHARDT. Er berät hauptsächlich Aktiengesellschaften, Aufsichtsräte, Vorstände und Geschäftsführer. Herr Startz verfügt neben seiner gesellschaftsrechtlichen Expertise über Erfahrung im Kapitalmarktrecht, im Prozessrecht, im Steuerrecht, in Fragen der Rechnungslegung sowie in den Bereichen Finance und Private Equity. Herr Startz ist Gründungspartner und leitender Referent der Board Academy.