

Interimistische Vorstandsmitglieder in börsennotierten Aktiengesellschaften

A Way of no Return?

KARL WÖRLE*

Seit Einführung der *Cooling-off*-Phase im Jahr 2012 ist ein „fliegender Wechsel“ vom Vorstand in den Aufsichtsrat börsennotierter AGs (abgesehen von der Wahl auf qualifizierten Aktionärsvorschlag) nicht mehr möglich. Das *cooling off* hat sowohl im juristischen Schrifttum als auch in den Medien ein beachtliches Echo ausgelöst.¹ Unbehandelt ist in der (österreichischen) Literatur indes bislang die Frage geblieben, ob die Abkühlphase auch auf interimistische Vorstandsmitglieder, also vorübergehend zu Vertretern verhinderter Vorstandsmitglieder bestellte Aufsichtsratsmitglieder, anzuwenden ist. Dies hätte nämlich zur Konsequenz, dass die Vorstandsvertreter nicht mehr (unmittelbar) in das Überwachungsgremium der Gesellschaft zurückkehren könnten.

I. Einführung

Erkrankt ein Vorstandsmitglied einer börsennotierten AG schwer, verstirbt es oder legt es sein Mandat überraschend nieder, kann dies zu erheblichen Problemen für die Gesellschaft führen. Je nach Größe des Vorstands und Vertretungsbefugnis fällt entweder die Leitung eines Ressorts aus oder es droht gar ein Vertretungsnotstand. Im letzteren Fall könnte es sogar erforderlich werden, die Bestellung eines Notvorstands durch das Gericht zu beantragen (§ 76 AktG).

Dem kann vorgebeugt werden, indem der Aufsichtsrat einzelne Mitglieder vertretungsweise in den Vorstand entsendet (§ 90 Abs 2 AktG). In diesem Beitrag wird untersucht, ob auf sie die zweijährige *Cooling-off*-Phase für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat zur Anwendung kommt. Wäre dies der Fall, könnten die Vorstandsvertreter nicht (unmittelbar) in den Aufsichtsrat zurückkehren.² Dieses Ergebnis wäre der Effektivität der Vertretungsregel höchst abträglich, da sich Aufsichtsräte (und besonders Aufsichtsratsvorsitzende) durch den drohenden Amtsverlust kaum dazu bereit erklären würden, ein interimistisches Vorstandsmandat zu übernehmen.

II. Zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu interimistischen Vorstandsmitgliedern

In § 90 Abs 1 AktG ist die organisatorische Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat vorgesehen und die gleichzeitige Angehörigkeit zu beiden Gremien ausgeschlossen. Diese Funktionstrennung ist für das österreichische, dualistische Leitungssystem charakteristisch und soll die unabhängige Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat sicher-

stellen sowie helfen, Interessenkonflikte zu vermeiden.³ Die Funktionstrennung wird jedoch durch Abs 2 leg cit im Falle durchbrochen, dass ein Vorstandsmitglied verhindert ist und ein Aufsichtsratsmitglied zeitlich befristet zu seinem Vertreter bestellt wird.⁴ Dieser Systembruch ist erforderlich, um personelle Engpässe im Vorstand vorübergehend mit Aufsichtsratsmitgliedern überbrücken zu können. Dadurch kann Zeit für eine überlegte Nachfolgeentscheidung gewonnen werden, was die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Neubesetzung des Vorstands schützt.⁵

III. Zum *Cooling off* in börsennotierten AGs

Für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat börsennotierter AGs sieht das AktG eine *Cooling-off*-Phase von zwei Jahren vor. Die Abkühlphase ist in § 86 Abs 4 Z 2 AktG für die einfachen Aufsichtsratsmitglieder und in § 92 Abs 1a AktG für den Vorsitzenden geregelt.

Nach § 86 Abs 4 Z 2 AktG (und L-Regel 55 des Österreichischen Corporate Governance Kodex) kann nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein, wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft war. Als Ausnahme davon dürfen ehemalige Vorstandsmitglieder jedoch auf qualifizierten Aktionärsvorschlag (25 % der Stimmrechte) in den Aufsichtsrat gewählt werden. Dem Aufsichtsratskollegium darf aber nicht mehr als ein (auf qualifizierten Aktionärsvorschlag gewähltes) Vorstandsmitglied angehören, für das die *Cooling-off*-Phase noch nicht abgelaufen ist.⁶

* Dr. Karl Wörle ist Rechtsanwalt in Wien.

¹ Siehe etwa Hügel, Kein Platz für Ex-Vorstände im Aufsichtsrat, Der Standard vom 21.3.2012, online abrufbar unter <https://derstandard.at/1331780166029/Wirtschaft-Recht-Kein-Platz-fuer-Ex-Vorstaende-im-Aufsichtsrat>; Kittner, Benimm-Regeln für Manager, Kurier vom 6.3.2012, online abrufbar unter <https://kurier.at/politik/land/benimm-regeln-fuer-manager/770.197>.

² Bei der Rückkehr in den Aufsichtsrat sind zwei Fälle zu unterscheiden: Einerseits, wenn die Bestelldauer als Aufsichtsratsmitglied über die Vertretung hinaus andauert. Wenn andererseits die Bestelldauer zugleich mit der Vorstandsvertretung oder kurz danach ausläuft, stellt sich die Frage, ob die *Cooling-off*-Phase bei einer Wiederwahl in den Aufsichtsrat zur Anwendung kommt; siehe Pkt IV.4.

³ Augustin, Abkühlphase beim Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat, GES 2013, 4 (4 f); Grigoleit/Tomasich in Grigoleit, AktG (2013) § 105 Rz 1.

⁴ Vgl zu den verschiedenen Verhinderungsfällen etwa G. Schima, Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern verhinderter Vorstandsmitglieder, GES 2011, 259 (260); Kalls in MünchKomm AktG⁴, § 105 Rz 43; Aburumieh, Interimistische Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied, Aufsichtsrat aktuell 3/2010, 9; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 90 Rz 8.

⁵ Schulenburg/Brosius, Ausgewählte aktien- und wertpapierrechtliche Fragen zu § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG, WM 2011, 58 (60); Hopt/Roth in Großkomm AktG⁴, § 105 Rz 11; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, § 90 Rz 7; Koch in Hüffer, AktG¹ (2014) § 105 Rz 7; Aburumieh, Aufsichtsrat aktuell 3/2010, 9.

⁶ Augustin, GES 2013, 6 f.

Die den Aufsichtsratsvorsitzenden betreffende Regelung des § 92 Abs 1a AktG sieht vor, dass nicht zum Vorsitzenden gewählt werden kann, wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied der Gesellschaft war. Damit knüpft die Regelung an den Fall an, dass ein ehemaliges Vorstandsmitglied auf qualifizierten Aktionärsvorschlag in den Aufsichtsrat gewählt wurde.⁷ Interessant ist idZ ein Vergleich mit der deutschen Rechtslage, nach der ein Wechsel vom Vorstand auf den Aufsichtsratsvorsitz – auf qualifizierten Aktionärsvorschlag – zulässig ist. Nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) soll dies allerdings eine „Ausnahme“ darstellen und ist gegenüber der Hauptversammlung zu begründen.⁸

Zweck der Abkühlphase ist nach den Gesetzesmaterialien, die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zu gewährleisten.⁹ IdZ wird in der Literatur auf das Selbstprüfungsrisiko hingewiesen, das dadurch entsteht, dass ehemalige Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat Sachverhalte zu beurteilen haben, die sie zuvor maßgeblich selbst geprägt haben.¹⁰ Sie könnten die Aufklärung und Bereinigung eigener strategischer Fehlentscheidungen sowie Unregelmäßigkeiten unterbinden.¹¹ Neben dem erhöhten Selbstprüfungsrisiko ist ein weiterer Grund für das *cooling off*, dass persönliche Beziehungen zwischen Vorstandsmitgliedern die Urteilsfähigkeit als Aufsichtsrat beeinträchtigen können und damit zu einer Betriebsblindheit führen.¹²

Wie eingangs erwähnt, kommt die Abkühlphase nicht bei allen AGs, sondern nur bei börsennotierten AGs zur Anwendung. Der Corporate-Governance-theoretische Grund dafür ist, dass börsennotierte AGs typischerweise einen hohen Streubesitz aufweisen und sich die Kleinaktionäre passiv verhalten und ihre Kontrollrechte nicht wahrnehmen.¹³ Dadurch kommt es zu einem systematischen Kontrolldefizit, durch das die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats stärker in den Vordergrund tritt. Folglich sind auch höhere Anforderungen an die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zu stellen, damit dieser seine Tätigkeit effizient ausüben kann.¹⁴

IV. Abkühlphase auf interimistische Vorstandsmitglieder anwendbar?

1. Zum Meinungsstand in der Literatur

Mit der Frage, ob die Karenzzeit des § 86 Abs 4 Z 2 und des § 92 Abs 1a AktG auch auf interimistische Vorstandsmitglieder anzuwenden ist, hat sich – soweit ersichtlich – in der österreichischen Literatur noch niemand näher befasst.

Im deutschen Aktienrecht wird die *Cooling-off*-Bestimmung des § 100 Abs 2 Z 4 dAktG bei interimistischen Vor-

standsmitgliedern einhellig als nicht anwendbar erachtet.¹⁵ Begründet wird dies damit, dass andernfalls der Zweck der Entsendung, nämlich die vorübergehende Überbrückung personeller Engpässe, unterlaufen würde. Wenn die Entsendung als *way of no return* ausgestaltet wäre, würde dies die Vertretungsbereitschaft der Aufsichtsratsmitglieder deutlich herabsetzen.¹⁶ Zusätzlich wird das Argument angeführt, dass die *Cooling-off*-Phase nur bei der Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern anwendbar sei und interimistische Vorstandsmitglieder bereits aus diesem Grund in den Aufsichtsrat zurückkehren könnten.¹⁷

Der deutsche Lösungsansatz erscheint vom Ergebnis und aus praktischer Sicht – *prima vista* – sachgerecht. Allerdings lässt er eine methodische Begründung weitgehend vermissen. Vor diesem Hintergrund soll die Thematik im Wege der Gesetzesauslegung untersucht werden, wofür die Auslegungsmethoden der systematischen Interpretation und der teleologischen Reduktion herangezogen werden.

2. Zur systematischen Interpretation

Die deutschen Lehrmeinungen stützen sich mit dem Argument, dass die Anwendbarkeit des *cooling off* die Bereitschaft der Aufsichtsräte zur interimistischen Übernahme des Vorstandsamts mindern würde, implizit auf eine systematische Gesetzesinterpretation.

Bei der systematischen Interpretation ist unter mehreren in Frage kommenden Wortsinnbedeutungen jener der Vorzug zu geben, welche die Gesamtregelung sinnvoll erscheinen lässt.¹⁸ Sie besagt auch, dass Rechtsnormen im Zweifel so zu interpretieren sind, dass ihnen ihr Anwendungsbereich nicht entzogen wird und sie nicht funktionslos werden.¹⁹

Es könnte nun argumentiert werden, dass die fehlende Rückkehrmöglichkeit Aufsichtsratsmitglieder von der Übernahme interimistischer Vorstandsmandate derart abschreckt, dass § 90 Abs 2 AktG funktionslos würde. Eine gänzliche Funktionslosigkeit würde aber wohl zu weit gehen. Die Anwendung von § 86 Abs 4 Z 2 und § 92 Abs 1a AktG ergibt jedoch im Gesamtzusammenhang keine sinnvolle Regelung. Die Abschreckungswirkung des Mandatsverlustes läuft nämlich dem Zweck des § 90 Abs 2 AktG entgegen, dass besonders geeignete Aufsichtsratsmitglieder das Unternehmen vorübergehend leiten sollen.²⁰ Diese werden sich, um den Verlust des Aufsichtsratsmandats zu vermeiden, jedoch kaum zur Entsendung bereit erklären.

Besonders akzentuiert ist diese Problematik beim Aufsichtsratsvorsitzenden, der einerseits zur Vertretung besonders geeignet ist und für den andererseits der Verlust des Amtes ungleich schmerzlicher als bei einem gewöhnlichen Aufsichtsratsmandat wäre. Besonders geeignet für die Vorstandsvertretung wird der Aufsichtsratsvorsitzende zunächst häufig sein, da er – nach hA im Schrifttum – höheren Anforderun-

⁷ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 86 Rz 64.

⁸ Pkt 5.4.4 des DCGK; dazu *Augustin*, GES 2013, 6.

⁹ ErlRV 1685 BlgNR 24. GP, 31.

¹⁰ *Gaul*, *Cooling-off* nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG – Streit ohne Ende? AG 2015, 742 (744); *Welge/Eulerich*, *Corporate-Governance-Management*² (2014) 126. Die Abkühlphase wird jedoch nicht nur befürwortet. So wird im Gegenzug angenommen, dass Vorstandsmitglieder über umfangreiche Fach- und Branchenkenntnis sowie wertvolle Kontakte verfügen, die nach einer mehrjährigen Abkühlphase verloren gingen; siehe dazu *Augustin*, GES 2013, 5.

¹¹ *Velte*, Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat mit oder ohne *Cooling Off* als „gute“ Corporate Governance? WM 2012, 537 (538); *Gaul*, AG 2015, 744; *Augustin*, GES 2013, 5.

¹² *Velte*, WM 2012, 538; *Gaul*, AG 2015, 744.

¹³ *Haberer*, *Corporate Governance* (2003) 5.

¹⁴ *Mertens/Cahn* in *Kölnner Komm AktG*³, § 100 Rz 41; *Habersack* in *MünchKomm AktG*⁴, § 100 Rz 35.

¹⁵ *Schulenburg/Brosius*, WM 2011, 60 f; *Koch* in *Hüffer*, AktG¹¹, § 100 Rz 16; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, § 105 Rz 12; *Habersack* in *MünchKomm AktG*⁴, § 105 Rz 37.

¹⁶ *Schulenburg/Brosius*, WM 2011, 60; *Koch* in *Hüffer*, AktG¹¹, § 100 Rz 16; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, § 105 Rz 12.

¹⁷ *Habersack* in *MünchKomm AktG*⁴, § 105 Rz 37.

¹⁸ *Kozioł – Welser/Kletečka*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts I*¹⁴ (2014) Rz 92 f.

¹⁹ *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*³ (2010) 105; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 6 Rz 85 ff; RIS-Justiz RS0008908.

²⁰ Vgl *G. Schima*, GES 2011, 259 f.

gen gerecht werden muss als gewöhnliche Aufsichtsratsmitglieder.²¹ Des Weiteren hat er Führungs-, Koordinierungs- und Entscheidungskompetenz sowie – insb bei börsenotierter AGs – umfangreichere zeitliche Verfügbarkeit mitzubringen (man denke nur an die kapitalmarktrechtlichen Verpflichtungen aus *Ad-hoc*-Publizität und Finanzberichterstattung etc).²² IdR ist er auch tiefer in die Agenden der Gesellschaft involviert als gewöhnliche Aufsichtsräte, was ihm die Übernahme der Vorstandsagenden erleichtert. Der Verlust des Aufsichtsratsmandats wäre für den Vorsitzenden zugleich besonders schmerzlich, da dieses Amt zumeist höher vergütet und – bei börsenotierten AGs – auch oft mit höherem Prestige und mitunter auch medialer Präsenz verbunden ist.²³ Diese Umstände würden einen Aufsichtsratsvorsitzenden wohl stark davon abhalten, sich zur Vertretung bereit zu erklären, wenn dies für ihn ein *way of no return* wäre.

Neben diesen Erwägungen ist noch folgende gesetzssystematische Überlegung zu berücksichtigen: § 90 Abs 2 AktG ist – wie unter Pkt II. beschrieben – eine Ausnahme vom Prinzip der Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsrats-tätigkeit (Trennungsprinzip). Dieses Prinzip dient – wie das *cooling off* – der Sicherung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und der Vermeidung von Interessenkonflikten. Wenn § 90 Abs 2 AktG nun eine Ausnahme davon anordnet, spricht die Gesetzssystematik dafür, dass die Ausnahme auch das *cooling off* umfasst.²⁴ Dies wird dadurch belegt, dass die interimistischen Vorstandsmitglieder vom Wettbewerbsverbot ausgenommen sind. Grund für die Ausnahme ist, dass Aufsichtsräte nicht gezwungen sein sollen, für die Vorstandsvertretung ihre bisherige hauptberufliche Tätigkeit aufzugeben.²⁵ Der Gesetzgeber nimmt damit eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit in Kauf, um die Übernahme der interimistischen Vertretung zu erleichtern. Wenn der Gesetzgeber dies hinsichtlich des Wettbewerbsverbots ausdrücklich erlaubt, werden auch iZm dem *cooling off* keine strengeren Anforderungen an die Unabhängigkeit zu stellen sein.

Diese Überlegungen sprechen dafür, dass die Anwendung des *cooling off* auf interimistische Vorstandsmitglieder keine sinnvolle Gesamtregelung iSd systematischen Interpretation ergeben würde und § 86 Abs 4 Z 2 und § 92 Abs 1a AktG demnach nicht auf sie anzuwenden sind.²⁶ Dies hat einerseits zur Konsequenz, dass ein einfaches Aufsichtsratsmandat nach der interimistischen Vorstandstätigkeit wieder auflebt. Dasselbe gilt für den Aufsichtsratsvorsitz, sofern dieser nicht nachbesetzt, sondern interimistisch vom stellvertretenden Vorsitzenden (oder einem anderen Aufsichtsratsmitglied) übernommen wurde.²⁷ Sollte jedoch bereits ein Nachfolger

gewählt worden sein, müsste für die Rückkehr an die Aufsichtsratspitze eine Neuwahl stattfinden.²⁸

Im Zwischenergebnis sprechen damit überzeugende Gründe gegen die Anwendung des *cooling off*. Da sich die Gesetzesauslegung nicht in der Anwendung einer einzigen Interpretationsmethode erschöpft,²⁹ soll die Thematik zusätzlich aus dem Blickwinkel der Gesetzesteleologie (teleologische Reduktion) untersucht werden.

3. Zur teleologischen Reduktion

Bei der teleologischen Reduktion wird ein überschießend weit gefasster Gesetzeswortlaut auf jenen Anwendungsbereich reduziert, der der Teleologie des Gesetzes entspricht.³⁰ In stRSpr fordert der OGH für die teleologische Reduktion, dass eine umschreibbare Fallgruppe nach den Zwecken des Gesetzes entgegen seinem Wortlaut gar nicht getroffen wird und sich von den „*eigentlich gemeinten*“ Fallgruppen so weit unterscheidet, dass die Gleichbehandlung sachlich ungerichtet und willkürlich wäre.³¹

Umgelegt auf den gegenständlichen Fall ist zu klären, ob sich interimistische Vorstandsmitglieder derart von gewöhnlichen Vorstandsmitgliedern unterscheiden, dass die Anwendung der *Cooling-off*-Phase des § 86 Abs 4 Z 2 und des § 92 Abs 1a AktG sachlich nicht gerechtfertigt ist. Es ist zu klären, inwieweit durch sie eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und Interessenkonflikte zu befürchten sind.³²

Interessenkonflikte werden angenommen, wenn ehemalige Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat Sachverhalte zu beurteilen haben, die sie zuvor maßgeblich geprägt haben (erhöhtes Selbstprüfungsrisiko).³³ Dies setzt jedoch voraus, dass bei interimistischen Vorstandsmitgliedern dieselben Corporate-Governance-theoretischen Konflikte auftreten wie bei gewöhnlichen Vorstandsmitgliedern. Freilich sind diese denkbar, jedoch weniger wahrscheinlich. So werden sich etwa Maßnahmen zur kurzfristigen Kurssteigerung (*short-termism*) oder Unternehmensübernahmen aus bloßem Machtstreben (*empire building*) zeitlich kaum innerhalb des interimistischen Vorstandsmandats bewerkstelligen lassen. Die Lorbeeren dafür würden zumeist auch nicht dem interimistischen Vorstandsmitglied, sondern seinem Nachfolger zukommen.³⁴

Neben dem Selbstprüfungsrisiko ist ein weiterer Grund für das *cooling off*, dass persönliche Beziehungen zwischen Vorstandsmitgliedern die Urteilsfähigkeit als Aufsichtsrat beeinträchtigen könnten.³⁵ Bei verhältnismäßig kurzer Tätigkeit als Vorstand können sich soziale Beziehungen wohl kaum derart vertiefen. Darüber hinaus sollten die bereits bestehenden Beziehungen innerhalb des Aufsichtsrats demgegenüber immer noch stärker sein.

²¹ Endl/Zumbo, Der Aufsichtsratsvorsitzende – Erster unter Gleichen? in FS Ch. Nowotny (2015) 285 (289 f); Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 92 Rz 22.

²² Endl/Zumbo, Aufsichtsratsvorsitzender, 289 ff; Chini/E. Reiner in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) § 27 Rz 26 ff.

²³ Vgl Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 92 Rz 22; Chini/E. Reiner in Kalss/Kunz, Handbuch², § 27 Rz 28.

²⁴ Auf ähnliche Weise wird im deutschen Aktienrecht argumentiert, dass die gesetzliche Wertung der Vertretung von Vorstandsmitgliedern im Rahmen des *cooling off* „erst recht Geltung beansprucht“; siehe Habersack in MünchKomm AktG⁴, § 105 Rz 37.

²⁵ Habersack in MünchKomm AktG⁴, § 105 Rz 34.

²⁶ Zu diesem Ergebnis kommt man auch in Deutschland; vgl Habersack in Münch Komm AktG⁴, § 105 Rz 37; Hopt/Roth in Großkomm AktG⁴, § 105 Rz 73; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG³, § 105 Rz 32.

²⁷ Zum Prozedere der Ersatzbestellung des Aufsichtsratsvorsitzenden Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 92 Rz 38.

²⁸ Habersack in MünchKomm AktG⁴, § 105 Rz 37.

²⁹ Vgl zur Heranziehung mehrerer Auslegungsmethoden Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I⁴, Rz 102.

³⁰ Kramer, Juristische Methodenlehre³, 213; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁴ (2014) 14.

³¹ RIS-Justiz RS0008979; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 7 Rz 61.

³² Ähnlich Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG, § 105 Rz 12: § 100 Abs 2 Z 4 dAktG adressiert keinen Interessenkonflikt, der aus einer vorübergehenden Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds im Vorstand resultiert.

³³ Velte, WM 2012, 538; siehe Pkt III.

³⁴ Vgl Welge/Eulerich, Corporate-Governance-Management², 17.

³⁵ Velte, WM 2012, 538.

Im Ergebnis kann damit eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit nicht ausgeschlossen werden. In Zusammenschau aller Argumente wird man dennoch zu der Schlussfolgerung kommen müssen, dass eine Gleichsetzung interimistischer mit gewöhnlichen Vorstandsmitgliedern sachlich nicht gerechtfertigt wäre. § 86 Abs 4 Z 2 und § 92 Abs 1a AktG sind demnach teleologisch zu reduzieren, sodass sie keine Anwendung auf interimistische Vorstandsmitglieder finden.³⁶

4. Zur Wiederwahl interimistischer Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat

Nach den bislang gewonnenen Erkenntnissen stellt sich die Frage, wie die Konstellation zu beurteilen ist, wenn die Bestelldauer als Aufsichtsratsmitglied zugleich mit der Vorstandsvertretung oder kurz danach ausläuft und eine Wiederwahl in den Aufsichtsrat ansteht, und zwar innerhalb von zwei Jahren nach der Entsendungsperiode. Mit der überwiegenden deutschen Meinung ist die *Cooling-off*-Phase auch in diesem Fall nicht anzuwenden.³⁷ Nach den hier gewonnenen Erkenntnissen kann die gegenteilige Mindermeinung – infolge eines Größenschlusses – nicht geteilt werden. Wenn bereits die unmittelbare Rückkehr in den Aufsichtsrat mit § 86 Abs 4 Z 2 AktG vereinbar ist, muss die Wiederwahl umso mehr zulässig sein. Dass ein Aufsichtsratsmitglied nach der Vorstandsvertretung zunächst in sein Amt zurückkehren darf, zu einem späteren Zeitpunkt jedoch die Unabhängigkeit im Aufsichtsrat potenziell gefährdet sein soll und das Aufsichtsratsmitglied nur mehr auf Vorschlag von 25 % der Aktionäre wiedergewählt werden darf (§ 86 Abs 4 Z 2 AktG), wie *Schulenburg/Brosius* dies vorschlagen,³⁸ wäre wertungswidersprüchlich.

V. Zusammenfassung

Die *Cooling-off*-Phase des § 86 Abs 4 Z 2 und des § 92 Abs 1a AktG ist auf in den Vorstand entsandte Aufsichtsratsmitglieder nicht anzuwenden. Dieses Ergebnis entspricht der hL in Deutschland. Methodisch ergibt es sich aus einer systemati-

schen Interpretation und einer teleologischen Reduktion der genannten Bestimmungen.

Gemäß der systematischen Interpretation ist davon auszugehen, dass der Verlust des Aufsichtsratsmandats nach interimistischer Vorstandstätigkeit besonders fähige Aufsichtsratsmitglieder davor abschrecken würde, das Vorstandsamt vorübergehend zu übernehmen. Dies unterläuft den Zweck des § 90 Abs 2 AktG, personelle Engpässe im Vorstand kurzfristig überbrücken zu können. Die Problematik ist beim Aufsichtsratsvorsitzenden besonders akzentuiert. Einerseits ist er – in vielen Fällen – zur Vertretung besonders geeignet (Führungskompetenz, zeitliche Verfügbarkeit). Andererseits wäre der Verlust des Vorsitzes ungleich schmerzlicher als bei einem gewöhnlichen Aufsichtsratsmandat. Folglich muss es auch möglich sein, nach dem interimistischen Vorstandsamt auf den Aufsichtsratsvorsitz zurückzukehren. Des Weiteren spricht die gesetzessystematische Überlegung, dass interimistische Vorstandsmitglieder ausdrücklich vom Wettbewerbsverbot ausgenommen sind, gegen die Anwendbarkeit des *cooling off*. Dadurch tritt nämlich zu Tage, dass der Gesetzgeber eine gewisse Beeinträchtigung der Unabhängigkeit interimistischer Vorstandsmitglieder in Kauf nimmt, um ihnen die Vorstandsvertretung zu erleichtern.

Die teleologische Reduktion des § 86 Abs 4 Z 2 und des § 92 Abs 1a AktG ergibt sich daraus, dass es in Anbetracht der Zielsetzungen der Bestimmungen nicht gerechtfertigt wäre, interimistische mit gewöhnlichen Vorstandsmitgliedern gleichzusetzen. Einerseits ist weniger wahrscheinlich, dass bei interimistischen Vorstandsmitgliedern dieselben Principal-Agent-Konflikte auftreten wie bei gewöhnlichen Vorstandsmitgliedern. Andererseits können sich persönliche Beziehungen zu Vorstandsmitgliedern, welche die Urteilsfähigkeit als Aufsichtsrat beeinträchtigen könnten, bei bloß vorübergehender Vorstandstätigkeit kaum entwickeln. Die bereits bestehenden Beziehungen innerhalb des Aufsichtsrats wären demgegenüber wohl zumeist noch stärker.

Die *Cooling-off*-Phase kommt auch nicht bei einer – innerhalb von zwei Jahren nach der Entsendungsperiode stattfindenden – Wiederwahl der ehemaligen interimistischen Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat zur Anwendung. Dies ergibt sich aus einem Größenschluss zur Zulässigkeit der unmittelbaren Rückkehr in den Aufsichtsrat.

³⁶ Vgl. *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, § 105 Rz 12.

³⁷ *Koch* in *Hüffer*, AktG¹¹, § 100 Rz 16; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, § 105 Rz 12; *Habersack* in *MünchKomm AktG*⁴, § 105 Rz 37; aA *Schulenburg/Brosius*, WM 2011, 60 f.

³⁸ *Schulenburg/Brosius*, WM 2011, 60.

Für den schnellen Überblick im Gesellschafts- und Insolvenzrecht

Aktuell: mit WiEReG und Deregulierungsgesetz 2017



Grundzüge des Gesellschafts- und Insolvenzrechts

Gurrmann
2. Aufl. 2018, 280 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-3790-7
EUR 42,-

AUCH
online
www.lindeonline.at

Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise inkl. MwSt.