

Festschrift
HEINZ KREJCI
zum 60. Geburtstag

SONDERDRUCK

Zum Recht der Wirtschaft

herausgegeben von

ERWIN BERNAT
ELISABETH BÖHLER
ARTHUR WEILINGER



Verlag Österreich
Wien 2001

Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG

Georg Schima

- I. Einleitung
- II. Die syndizierte GmbH
- III. Die syndizierte AG
 - 1. Regelungsprobleme in der Praxis
 - 2. Zwei Fallbeispiele aus der Praxis
 - 3. Die Einflußnahme von Aktionären auf Aufsichtsratsmitglieder
 - 4. Zur Lösung der Fallbeispiele

I. Einleitung

Syndikatsverträge sind ein beliebtes Instrument zur Steuerung von Kapitalgesellschaften. Insbesondere bei der AG, deren Vorstand weisungsfrei agiert (§ 70 AktG), sollen Syndikatsverträge einen unmittelbaren Einfluß der Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern auf die Führung des Unternehmens sicherstellen.

In einer vom Jubilar betreuten und kürzlich publizierten Dissertation untersuchte *Tichy*¹ auf breiter Basis zahlreiche mit der Rechtsnatur, Wirkung und den Gestaltungsgrenzen von Syndikatsverträgen bei Kapitalgesellschaften zusammenhängende Probleme und lieferte damit in Österreich die erste systematische Darstellung eines für die Praxis eminent bedeutsamen, in der Wissenschaft jedoch stiefmütterlich behandelten² Rechtsgebietes. Auch in die

¹ *M. Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000).

² Ähnliches konstatierte für die BRD vor rund sieben Jahren *Noack* (Gesellschaftsvereinbarungen bei Kapitalgesellschaften [1994] 4), obwohl in Deutschland das Schrifttum viel reichhaltiger ist und das Reichsgericht sich mit Stimmbindungsverträgen schon vor hundert Jahren beschäftigte. Um wieviel mehr trifft der Befund daher auf Österreich zu.

Judikatur des OGH kam in der letzten Zeit etwas Bewegung, denn das Höchstgericht anerkannte in zwei jüngeren Entscheidungen³ unter gewissen Voraussetzungen (insbesondere bei Personenidentität von Gesellschafts- und Syndikatsvertrag) eine Durchbrechung des traditionellen „Trennungsprinzips“.⁴

Damit könnte ein Anfang für eine mögliche Neubewertung des Themenbereiches Syndikatsverträge gemacht worden sein. Geklärt sind indes längst nicht alle Probleme, und die Praxis befindet sich aufgrund der (mE berechtigten) Versuche der (punktuellen) Hinterfragung des Trennungsprinzips sogar in noch größerer Unsicherheit. Die Kautelarjurisprudenz hat es stets verstanden, auch mit „praxisfeindlichen“ Auffassungen in Judikatur (und Lehre) zu leben, vorausgesetzt diese werden einheitlich vertreten und können daher als Richtschnur dienen.

Davon kann aber nach den jüngsten Äußerungen in Lehre und Rechtsprechung noch weniger als davor die Rede sein.⁵

Ein Festschriftbeitrag bietet nicht annähernd genug Platz, sich eingehend mit den rechtsdogmatischen Grundlagen von Stimmbindungsverträgen (Syndikatsverträgen) auseinanderzusetzen. Die Untersuchungen von Noack⁶ in der BRD und M. Tichy⁷ für Österreich haben in jüngster Zeit diesbezüglich Wesentliches geleistet.

Hier geht es – auch dem Hauptberuf des Verfassers als praktischer Rechtsanwender entsprechend – vielmehr vor allem darum, orientiert an den der Kautelarjurisprudenz gestellten Anforderungen punktuell zu untersuchen, ob und inwieweit sich Syndikatsverträge zur Sicherung des Gesellschaftereinflusses und Steuerung der Gesellschaft wirklich eignen. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Aktiengesellschaft, die wegen ihrer gesetzlich vorgegebenen Struktur diesbezüglich die ungleich größere Herausforderung als die GmbH bedeutet.

Nicht (nochmals) hinterfragt wird die grundsätzliche rechtliche Verbindlichkeit von Stimmbindungsverträgen. Zumindest in der jüngeren Lehre ist durchwegs anerkannt, daß diese nicht bezweifelt werden sollte und richtiger-

³ OGH 5. Dezember 1995, AnwBl 1998, 86 = ecolex 1996, 271 = NZ 1997, 294 = RdW 1996, 165 = WBl 1996, 125; OGH 26. August 1999, RdW 1999, 721; vgl dazu auch M. Tichy, Syndikatsvertrag als Beschlufanfechtungsgrund, ecolex 2000, 204.

⁴ Vgl dazu M. Tichy, Syndikatsverträge 43 ff.

⁵ Treffend M. Tichy (Syndikatsverträge 63) „An den insgesamt in beachtlichem Maße divergierenden Auffassungen namhafter Autoren läßt sich ablesen, wie schwierig die exakte Beantwortung dieser Fragen ist“.

⁶ Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften (1994).

⁷ Syndikatsverträge (2000).

weise keine Beschränkung, sondern gerade Ausdruck der Abstimmungsfreiheit des Gesellschafters ist.⁸ Diese Diskussion sollte in der Tat überwunden sein.

II. Die syndizierte GmbH

Die GmbH macht es ihren Gesellschaftern vergleichsweise einfach, mittels Stimmbindungsvereinbarung den Einfluß der Gesellschafter auf die Führung der Gesellschaft zu sichern und diesen Einfluß bis zu einer wirklichen „Syndikatssteuerung“ zu steigern.

Denn die Geschäftsführung der GmbH unterliegt durchgängig den Weisungen der Gesellschafter⁹, die dabei grundsätzlich auch keinen „weisungsfreien Mindestbereich“ zu beachten haben¹⁰ (andererseits aber einen solchen zumindest gesellschaftsvertraglich, richtigerweise aber auch syndikatsvertraglich, einräumen können)¹¹, sondern bei einer zu engmaschigen Bindung des Geschäftsführers allenfalls eine Verletzung des mit diesem geschlossenen Anstellungsvertrages riskieren.¹²

Hat die GmbH einen Aufsichtsrat, dann kann dieser¹³ – anders als in der AG – mit Weisungsrechten gegenüber der Geschäftsführung ausgestattet und

⁸ So prägnant Behrens, Stimmrecht und Stimmrechtsbindung, FS 100 Jahre GmbHG (1992) 539 ff, 552; für Österreich M. Tichy, Syndikatsverträge 45 ff mwN; Noack, Gesellschaftervereinbarungen 66 ff. Dies war (in der BRD) nicht immer so, weil das Reichsgericht – wenn auch uneinheitlich – Stimmbindungsvereinbarungen die Wirksamkeit versagt (so erstmals 1904 RGZ 57, 205, 208; RGZ 69, 134, 137) und dies teilweise gerade mit dem Verstoß gegen die Wahlfreiheit (Abstimmungsfreiheit) begründet hatte (RGZ 131, 179; vgl Noack, Gesellschaftervereinbarungen 66 f).

⁹ Vgl Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 385; Koppensteiner, GmbHG² Rz 9 zu § 20; Gellis/Feil, GmbHG³ Rz 6 zu § 20; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² I 289 f; Runggaldier/G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 24 ff; G. Schima, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 101 f.

¹⁰ Gemeint im Sinne einer inhaltlichen Beschränkung des Weisungsrechtes (sieht man von den „unentziehbaren Mindestzuständigkeiten“ der Geschäftsführung ab); vgl zur diesbezüglichen Begriffsverwirrung Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 26 f; G. Schima, GesRZ 1999, 102 f; vgl auch Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 385 FN 138, die zwar von einem weisungsfreien Mindestbereich ausgehen, dabei aber anscheinend bloß die – unstrittigen – „unentziehbaren Mindestzuständigkeiten“ der Geschäftsführung, wie Firmenbuchanmeldungen und Insolvenzantragstellung, meinen.

¹¹ Vgl Koppensteiner, GmbHG² Rz 9, 14 zu § 20, Rz 50 zu § 35 mwN; OGH EvBl 1977/161; vgl auch G. Schima, GesRZ 1999, 102 f mwN zu den Rechtsfolgen eines gegen ein gesellschaftsvertragliches Weisungsverbot verstoßenden Gesellschafterbeschlusses.

¹² G. Schima, GesRZ 1999, 103 f („schuldrechtlicher weisungsfreier Mindestbereich“).

¹³ § 30 I Abs 4 GmbHG; vgl Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 387 f mwN in Fn 152; Koppensteiner, GmbHG² Rz 18 zu § 20; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² I 696 f, 712 f; Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 27 f, 242.

damit in seiner Position gestärkt werden, unterliegt andererseits aber – nach herrschender¹⁴, wenngleich nicht ganz unproblematischer¹⁵ Auffassung – den Direktiven der Gesellschafterversammlung als dem obersten Organ der GmbH.

Ausdruck findet dieses Verhältnis von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat ua darin, daß § 30c Abs 1 GmbHG – anders als § 88 Abs 1, letzter Satz AktG – die Zahl der entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht limitiert, sodaß auch *sämtliche* Kapitalvertreter im Aufsichtsrat Inhaber eines „Entsendungsmandates“ sein können.¹⁶

Auch der Einfluß der Gesellschafter auf die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des geschäftsführenden Organs kann in der GmbH sehr flexibel gestaltet werden, wenngleich sich die Auffassung von *Koppensteiner*¹⁷ bislang nicht durchgesetzt hat, die nach dem Gesetz den Gesellschaftern eingeräumte Kompetenz zur Bestellung der Geschäftsführer könne durch gesellschaftsvertragliche Gestaltung auf ein anderes Organ übertragen und dabei sogar bestehenden Geschäftsführern die Möglichkeit der Bestellung weiterer Geschäftsführer eingeräumt werden.¹⁸

Anerkannt ist aber jedenfalls die gesellschaftsvertragliche Verankerung von Nominationsrechten für Gesellschafter in bezug auf die Bestellung von Geschäftsführern, für die die Generalversammlung zu stimmen hat.¹⁹ Nichts

¹⁴ Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 385 Fn 139 und 406 mwN; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 13 zu § 20, Rz 20 zu § 30 j; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 28; *Hügel*, Aufsichtsratsveto und Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, GesRZ 1982, 312 f; OGH ecolx 1996, 25.

¹⁵ Man darf nicht übersehen, daß damit zB die dem Aufsichtsrat der GmbH – ganz nach dem Vorbild des § 95 Abs 5 AktG – überantworteten Zustimmungs- bzw. Ablehnungsbefugnisse gemäß § 30 j Abs 5 GmbHG, bei deren Handhabung die Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 33 Abs 1 GmbHG nach demselben Maßstab wie Geschäftsführer haften, zum leeren Stück Papier werden können, wenn die Gesellschafter ohnehin jede zustimmende oder ablehnende Entscheidung des Aufsichtsrates zu revidieren vermögen. Deutlich zeigt sich das Dilemma, wenn zB – grundsätzlich ganz zu Recht – von den Befürwortern der hM gesagt wird, der Aufsichtsrat *müsse* auch von der ihm in § 30 j Abs 5, letzter Satz GmbHG eingeräumten Möglichkeit der Erweiterung seiner Zustimmungsrechte durch Aufsichtsratsbeschluß Gebrauch machen, „wenn dies für die korrekte Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist“ (so *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 24 zu § 30 j).

¹⁶ Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 401 f; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 1 zu § 30 c.

¹⁷ GmbHG² Rz 14 zu § 15 mwN zur ganz herrschenden Gegenmeinung.

¹⁸ Letzteres bejaht auch *Kraus*, Kompetenzverteilung bei der GmbH, ecolx 1998, 631.

¹⁹ Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 370; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 215 f; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 12 zu § 15; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 79 f; OGH SZ 2/96, 3/58.

spricht mE dagegen, derartige Nominationsrechte²⁰ nicht in der Satzung, sondern in einem Syndikatsvertrag zu regeln.²¹

Über eine auch die Gesellschaft bindende Wirkung (korporative Direktwirkung)²² ist damit noch nichts ausgesagt.

Es überzeugt auch, Gesellschaftern (nicht aber Dritten) direkte Entsendungsrechte in bezug auf die Besetzung des Geschäftsführungsorgans einzuräumen²³; derartiges ist aber der Satzung vorbehalten und kann nicht in einem Syndikatsvertrag geregelt werden.²⁴

Auch die inhaltlichen Voraussetzungen der Abberufung von Geschäftsführern können jedenfalls dann flexibel gestaltet werden, wenn der Geschäftsführer (und sei es auch nur mit einem Zwerganteil) gleichzeitig Gesellschafter ist. In diesem Falle kommt von der Verankerung eines gesellschaftsvertraglichen Sonderrechts auf Geschäftsführung als der stärksten Absicherung des Geschäftsführers über die Beschränkung der Abberufbarkeit auf wichtige Gründe gemäß § 16 Abs 3 GmbHG bis zur freien und begründungslosen Abberufung durch die Gesellschafter ein ganzes Bündel von Konstruktionen in Betracht. Insbesondere die Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe eröffnet interessante Gestaltungsmöglichkeiten, weil die Gesellschafter dabei grundsätzlich Gründe für wichtig erklären können, die

²⁰ In der BRD als Präsentationsrechte bezeichnet (vgl. *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen 273).

²¹ So OLG Wien 4. August 1950, NZ 1951, 61; *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers GesRZ 1974, 5; wohl auch *Malek*, Die Mitarbeit des GmbH-Gesellschafters (1989) 122 ff, der aber (122) unzutreffenderweise davon auszugehen scheint, derartiges sei nur dann möglich, wenn man nicht die Zulässigkeit eines gesellschaftsvertraglich verankerten Nominationsrechtes bejahe; aM *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 216 mit untauglicher, möglicherweise aber auch nur mißverständlicher Begründung, weil bei ihm nicht deutlich wird, ob er sich generell gegen die syndikatsvertragliche Verankerung von Nominationsrechten oder (was zutreffend wäre) bloß gegen die Meinung wendet, solche Klauseln könnten *nur* in Syndikatsverträgen enthalten sein; aM anscheinend auch *Koppensteiner* (GmbHG² Rz 12 zu § 15), der *Torggler* (GesRZ 1974, 5) jedoch zu Unrecht vorhält, er interpretiere Nominationsrechte bloß als schuldrechtlich wirkende Stimmbindungsabsprachen, wohingegen der genannte Autor in der zitierten Fundstelle eindeutig sowohl gesellschaftsvertraglich als auch syndikatsvertraglich statuierte Nominationsrechte anerkennt; wie hier *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen 275 ff.

²² Vgl. die Begriffsbildung bei *M. Tichy*, Syndikatsverträge 35.

²³ So OGH SZ 3/58; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 215; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 80; noch viel weiter *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 14 zu § 15 als Konsequenz seiner Auffassung von der gesellschaftsvertraglichen Übertragbarkeit der Bestellungskompetenz von der Gesellschafterversammlung auf andere Organe oder Organmitglieder; aM *Peter Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG² 254 f; *Wünsch*, Zur gesellschaftsinternen Bestellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1990, 57 ff 62.

²⁴ *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen 275, der zutreffend darauf hinweist, daß in solchen Fällen idR die Umdeutung in ein Nominations/Präsentationsrecht in Betracht kommt.

nach den allgemein für die Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen geltenden Grundsätzen an sich nicht wichtig wären²⁵, andererseits aber mE innerhalb gewisser Grenzen auch an sich wichtige Gründe für nicht wichtig erklärt werden können.²⁶ An den Kernbestand jener wichtigen Gründe, bei deren Eintritt die Entfernung des Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaft zwingend geboten ist, sind die Gesellschafter jedoch auch bei einer auf § 16 Abs 3 GmbHG gestützten Satzungsklausel gebunden, weil ein derartiger Kernbestand von Gründen für die vorzeitige Auflösung von Dauerschuldverhältnissen sogar zugunsten des wirtschaftlich stärkeren Teiles unverzichtbar ist.²⁷ Dieser Kernbestand ist nicht schlechthin ident mit dem Kreis jener wichtigen Gründe, die ohne vertragliche Einschränkung zur vorzeitigen Auflösung berechtigen würden.²⁸ Denn auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes oder auch des Verbotes von Inschlaggeschäften können die Gesellschafter mE durchaus verzichten und dies auch in einem auf § 16 Abs 3 GmbHG gestützten „Katalog“ als „Negativkriterium“, dh als nicht die Abberufung berechtigenden Grund, verankern.

Gegen eine syndikatsvertragliche Festlegung wichtiger Gründe und – innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen – gegen die Herausnahme bestimmter wichtiger Gründe sprechen mE keine Bedenken, weil mit *M. Tichy*²⁹ § 16 Abs 3 GmbHG so zu verstehen ist, daß nur bei Gesellschafter-Geschäftsführern echt-statutarische, korporativ wirkende Beschränkungen der Abberufbarkeit auf wichtige Gründe vorgesehen werden können und eine solche Wirkung nur gesellschaftsvertraglichen Klauseln zukommt.³⁰

²⁵ Beispiel: Abberufbarkeit, wenn der Sohn oder die Tochter des Mehrheitsgesellschafters ein bestimmtes Alter erreicht oder ein Studium vollendet hat etc.

²⁶ Vgl. *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 195 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 415, 419 ff, vgl. aber 422, wo gesagt wird, daß es dem Gesellschaftsvertrag generell nicht gestattet sei, wichtige Gründe für unwichtig zu erklären, also den Widerruf auf bestimmte wichtige Gründe zu beschränken; dazu im folgenden.

²⁷ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 195 f mwN; vgl. auch *M. Tichy*, Syndikatsverträge 59 f mwN.

²⁸ AM offenbar *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 422; noch nicht näher differenzierend *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 195.

²⁹ Syndikatsverträge 59 mwN.

³⁰ Ob *M. Tichy* (Syndikatsverträge 59 FN 195) als Beleg für seine Ansicht *Schummer* (Gedanken zur Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag und dessen Abberufung, GesRZ 1994, 124 ff) heranziehen kann, ist jedoch zu bezweifeln, denn letzterer billigt die gegenteilige Auffassung von *Koppensteiner* (GmbHG² Rz 18 zu § 4), wonach § 16 Abs 3 GmbHG ein echter-materieller Satzungsbestandteil sei, also nur als Satzungsbestimmung umgesetzt werden könne (vgl. *Schummer*, GesRZ 1994, 125, 127).

Über außergesellschaftsvertragliche Vereinbarungen sagt § 16 GmbHG dagegen weder etwas in bezug auf Fremd- noch auf Gesellschafter-Geschäftsführer.³¹ Es ist daher auch nicht überzeugend, den Grundsatz der freien Abberufbarkeit von Fremdgeschäftsführern einer GmbH³² derart zu überdehnen, daß davon auch durch syndikatsvertragliche Abreden – die eine Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe vorsehen – nicht abgewichen werden könne.³³ Die Position der hM ist im übrigen inkonsequent, weil deren Vertreter zT qualifizierte Mehrheiten oder gar Einstimmigkeit selbst für die Abberufung des Fremdgeschäftsführers gestatten³⁴, oder – entgegen der ganz hA³⁵ – auch beim Fremdgeschäftsführer die befristete Bestellung als Abberufungsschranke anerkennen.³⁶

Anders als *M. Tichy* meine ich allerdings, daß § 16 Abs 1 GmbHG (für § 16 Abs 3 gilt dies genauso) nicht jener Kategorie von (ausdrücklich oder dem Sinn nach) sowohl durch Gesellschaftsvertrag als auch durch Syndikatsvertrag veränderbaren Normen zuzuordnen ist³⁷, sondern vielmehr der Fall eines „Verbots statutarischer Abweichung und Zulässigkeit schuldrechtlicher Abweichung vom Gesetz“³⁸ vorliegt, die Abweichung also nur in Form einer persönlich zwischen den syndikatsvertraglich gebundenen Gesellschaftern wirkenden Abrede vorgenommen werden kann.³⁹

³¹ Zutreffend *M. Tichy*, Syndikatsverträge 59.

³² Vgl. dazu näher *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 190 ff.

³³ So OGH 12. November 1992, RdW 1993, 182 = *ecolex* 1993, 388; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 416; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 18 zu § 4, Rz 19 zu § 15 sowie Rz 6 zu § 16 zur (angeblichen) Unwirksamkeit diesbezüglicher Bestimmungen im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers.

³⁴ So *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I 416; dazu kritisch *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 191 unter Hinweis darauf, daß es sich bei derartigen Mehrheits- oder Einstimmigkeitserfordernissen um nichts anderes als um eine Einschränkung des freien Widerrufsrechtes nach § 16 Abs 1 GmbHG handle.

³⁵ Vgl. für alle *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 371; *Torggler*, GesRZ 1974, 4; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 190.

³⁶ So *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 4 zu § 16.

³⁷ So *M. Tichy*, Syndikatsverträge 54 f zur Problematik „kein generelles Verbot außerstatutarischer Abweichung von dispositivem Recht“.

³⁸ Vgl. zu dieser Fallkategorie *M. Tichy*, Syndikatsverträge 55 ff mit Anwendungsbeispielen (deren wichtigstes in diesem Zusammenhang ist das syndikatsvertragliche Entsendungsrecht von Aktionären in bezug auf Aufsichtsratsmitglieder auch über die in § 88 Abs 1 letzter Satz AktG enthaltene Drittelbeschränkung hinaus; dazu unten).

³⁹ Diese Erwägung spricht zB klar gegen die Wirkung der befristeten Bestellung als Abberufungsschranke. Vielmehr hat diese auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht nur die Funktion, die Trennung vom Geschäftsführer bei Fristablauf unabhängig von den dann bestehenden Mehrheitsverhältnissen sicherzustellen (*Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 190).

Schließlich ist im Zusammenhang mit der vergleichsweise hohen „Syndikatstauglichkeit“ der GmbH auf die durch § 39 Abs 2, zweiter Satz GmbHG eröffneten Möglichkeiten einer fast völligen Entkoppelung von Kapital- und Stimmanteilen hinzuweisen, die weit über das durch § 114 Abs 1, dritter Satz AktG mittels Satzungsbestimmung gestattete Höchststimmrecht hinausgehen.⁴⁰

III. Die syndizierte AG

1. Regelungsprobleme in der Praxis

Das Aktienrecht weist eine viel höhere „Syndikatsresistenz“ auf. Soweit man auf die Kontrolle und Steuerung der Gesellschaft ausgerichtete Syndikatsverträge im Auge hat (und nicht bloß solche, die eine einheitliche Stimmabgabe einer Gruppe von Aktionären in der Hauptversammlung sicherstellen sollen), liegt dies vor allem daran, daß einerseits das AktG den Aktionären keinen direkten und unmittelbaren Zugriff auf die Zusammensetzung des Unternehmensleitungsorgans verschafft, sondern diesen Einfluß über die Existenz des grundsätzlich eigenverantwortlich handelnden Aufsichtsrates „mediatisiert“, und andererseits § 70 Abs 1 AktG den Vorstand zur eigenverantwortlichen, dh weisungsfreien Führung der Geschäfte der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet.⁴¹

Ein Syndikatsvertrag, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, die Führung der Gesellschaft zu beeinflussen, bewegt sich daher auf glattem Terrain und muß versuchen, entweder gleich (teilweise) Personalunionen zwischen Syndikatsmitgliedern einerseits und Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitgliedern andererseits herzustellen oder mittels – mit möglichst hohen Konventionalstrafen abgesicherter – Einwirkungspflichten der syndikatsvertraglich gebundenen Aktionäre gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrates sicherzustellen, daß

⁴⁰ Vgl M. Tichy, Syndikatsverträge 72; dieser weist richtig darauf hin, daß § 39 Abs 2 GmbHG eine solche Möglichkeit nicht explizit vorsieht, aber mitumfassen muß. Im Ergebnis ebenso Koppensteiner, GmbHG² Rz 13 zu § 39; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 341 f; Kastner/Doralt/Nowomy, Gesellschaftsrecht⁵ 412. Anzumerken ist allerdings, daß ein exakter Nachvollzug des § 114 Abs 1, dritter Satz AktG im GmbH-Recht deshalb nicht möglich ist, weil jeder GmbH-Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil haben kann, die zitierte Norm des Aktienrechts aber den Besitz „mehrerer Aktien“ durch einen Aktionär voraussetzt.

⁴¹ Vgl dazu und zu den begrenzten Möglichkeiten einer Weisungsbindung von Vorstandsmitgliedern einer AG Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 3 ff und 16 ff; Strasser, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 478 ff; zur Weisungsfreiheit OGH SZ 48/79 = Arb 9371 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602; OGH Arb 10406 = EvBl 1985/80 = GesRZ 1985, 142; VwGH DRdA 1982, 407 ff mit Anm v Geppert.

diese einerseits die dem Aufsichtsrat durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschuß überantworteten Kompetenzen (vgl insbesondere § 95 Abs 5 und § 103 Abs 2, letzter Satzteil AktG) nur im Sinne gefaßter Syndikatsbeschlüsse wahrnehmen und andererseits danach trachten, „syndikatswidrig“ handelnde Vorstandsmitglieder auf Dauer nicht im Amt zu belassen.

So finden sich in den in der Praxis verbreiteten Verträgen zB folgende Klauseln:

„Wenn die Durchführung eines Syndikatsbeschlusses einen Aufsichtsratsbeschuß in der Gesellschaft erfordert, sind die Syndikatspartner verpflichtet, auf ihre Vertrauensleute im Aufsichtsrat dahingehend einzuwirken, daß diese durch gleichartige Stimmangabe im Aufsichtsrat den Syndikatsbeschuß umsetzen.“

„Können die Syndikatspartner bei jenen Angelegenheiten, die gemäß § 95 Abs 5 AktG (zustimmungspflichtige Maßnahmen) einen Aufsichtsratsbeschuß in der Gesellschaft erfordern, keine Einigung erzielen, verpflichtet sich jeder Syndikatspartner, seinen Vertrauensleuten im Aufsichtsrat nahezulegen, ihr Stimmverhalten danach auszurichten, daß auch die Interessen des jeweils anderen Syndikatspartners gewahrt bleiben, sodaß etwa eine bestimmte – der Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegende – Maßnahme des Vorstandes der Gesellschaft von den Vertrauensleuten des Syndikatspartners, der in einer Syndikatsitzung für die Maßnahme gestimmt hat, nicht zu befürworten ist, wenn der andere Syndikatspartner in der Syndikatsitzung gegen die Maßnahme gestimmt hat. Diese Beschränkung des Stimmverhaltens der Aufsichtsratsmitglieder gilt jedoch dann nicht, wenn der Gesellschaft dadurch, insbesondere durch Untätigkeit des Aufsichtsrates, ein bedeutsamer und unwiederbringlicher Nachteil droht.“

„Die Syndikatspartner kommen überein, während der Dauer des Syndikatsvertrages entsprechend den nachfolgenden Bestimmungen insgesamt maximal sechs Kapitalvertreter in den Aufsichtsrat der Gesellschaft zu wählen, wobei – unbeschadet der gemäß § 88 Abs 1 AktG und in Entsprechung des Pkt ... dieses Vertrages in der Satzung der Gesellschaft verankerten Entsendungsrechte – jedem Syndikatspartner das Recht auf Nominierung der Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder, insge-

samt daher das Recht auf Nominierung von drei Aufsichtsratsmitgliedern, zusteht.

Die Syndikatspartner verpflichten sich, wechselseitig für die Wahl der Vertrauensleute des jeweils anderen Partners in den Aufsichtsrat zu stimmen, sofern das zu wählende Mitglied nicht offenkundig ungeeignet für die Funktion ist.“

„Die Syndikatspartner verpflichten sich wechselseitig, über jederzeitigen und keiner Begründung bedürftenden Wunsch eines anderen Syndikatspartners für die Abberufung der vom anderen Syndikatspartner nominierten Aufsichtsratsmitglieder zu stimmen, wobei das Recht, ein neues Aufsichtsratsmitglied für dieses Mandat zu nominieren, jenem Vertragspartner zusteht, dessen Mitglied abberufen wurde.“

„Die Syndikatspartner werden sicherstellen, daß der Aufsichtsrat nur dann Beschlüsse faßt, wenn zumindest ein von jedem Syndikatspartner nominiertes Mitglied anwesend ist. Sofern dies nicht der Fall ist, kann eine neuerliche Aufsichtsratssitzung einberufen werden, die nicht vor Ablauf von vier Wochen nach der ersten Aufsichtsratssitzung anberaumt werden darf und die dann unabhängig von dieser Präsenzpflcht Beschlüsse fassen kann.“

„Sofern keine anderslautende Einigung erzielt wird, ist jeder Syndikatspartner berechtigt, einen Vorschlag zur Bestellung eines Vorstandsmitgliedes der Gesellschaft zu erstatten. Die Syndikatspartner verpflichten sich, dafür zu sorgen, daß in den Aufsichtsratssitzungen, die mit der Bestellung und der Anstellung der Vorstandsmitglieder befaßt sind, die vorgeschlagenen Personen bestellt werden.“

„Die Syndikatspartner verpflichten sich, Vorstandsmitglieder der Gesellschaft, die sich beharrlich und ohne sachliche Rechtfertigung den Interessen der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Interessen ihrer Aktionäre verschließen, gemäß § 75 Abs 4 AktG das Vertrauen zu entziehen und auf ihre Vertrauensleute im Aufsichtsrat Einfluß auszuüben, daß der Aufsichtsrat die Bestellung derartiger Vorstandsmitglieder widerruft.“

Was derartige, real existierenden Verträgen entnommene und in fast allen omnilateralen oder Mehrheitssyndikaten in einer AG in ähnlicher Form wie-

derkehrende Bestimmungen⁴² wirklich wert sind, soll im folgenden – nach der Schilderung zweier konkreter Fallbeispiele – untersucht werden.

2. Zwei Fallbeispiele aus der Praxis

Zwei Beispiele aus der Praxis mögen zusätzlich verdeutlichen, welche Probleme und Schwierigkeiten auftauchen können und wie wenig tauglich die in der Literatur gelegentlich angebotenen „Rezepte“ sein können.

Beispiel 1:

Zwei gleich starke Aktionäre einer nicht börsennotierten Industrie-Aktiengesellschaft sind miteinander durch einen Syndikatsvertrag verbunden und verfügen gemeinsam über eine Dreiviertelmehrheit. Der Syndikatsvertrag sieht vor, daß der Vorstand aus zwei oder vier Personen und der Aufsichtsrat aus vier Kapitalvertretern besteht. Der Aktionär A darf den Vorstandsvorsitzenden bestimmen, der Aktionär B das andere Vorstandsmitglied (bzw bei vier Vorstandsmitgliedern beide Aktionäre je zwei Vorstandsmitglieder), wohingegen der Aktionär B den Aufsichtsratsvorsitzenden nominiert und der Aktionär A dessen ersten Stellvertreter sowie beide jeweils ein weiteres Mitglied.

Entsendungsrechte iSd § 88 Abs 1 AktG sieht die Satzung jedoch nicht vor.

Weiters hat nach dem – durch beträchtliche Konventionalstrafen abgesicherten – Syndikatsvertrag jeder Syndikatspartner „dafür zu sorgen, daß die von ihm namhaft gemachten Organwalter (also Aufsichtsratsmitglieder und Vorstandsmitglieder) sich entsprechend den Syndikatsbeschlüssen verhalten.“

Das vom Aktionär B namhaft gemachte (zweite) Vorstandsmitglied ist aus der Gesellschaft ausgeschieden, weshalb ein Nachfolger zu bestellen ist. Der Aktionär B schlägt eine Person vor, die unstrittig nicht nur über keinerlei Branchenerfahrung, sondern auch über keine Industrieerfahrung an sich verfügt. Es kommt zwar zum Syndikatsbeschluß, weil der Aktionär A (widerwillig) seine Zustimmung erteilt, doch weigern sich in der Folge die beiden vom Aktionär A namhaft gemachten Kapitalvertreter im Aufsichtsrat, die betrof-

⁴² Dazu zählen neben den den Einfluß auf die Führung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens bezweckenden Klauseln solche über die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten, die Ausgestaltung von Vermögensrechten (insbesondere Dividendenbezugsrecht) und vor allem auch Erschwerungen bei der Übertragbarkeit syndizierter Aktien, die häufig als vinkulierte Namensaktien ausgestaltet sind; vgl zu verschiedenen Beispielen Noack, Gesellschaftervereinbarungen 13 ff und 19 ff über „einflußnehmende Gesellschaftervereinbarungen“ und 278 ff zu Aktionärsvereinbarungen über Wahl und Einwirkung auf den Aufsichtsrat.

fene Person zum Vorstandsmitglied zu bestellen, weil es sich dabei nach Ansicht dieser Aufsichtsratsmitglieder um einen völlig unqualifizierten Kandidaten handelt und der Gesellschaft dadurch Schaden zugefügt werden könnte. Da die beiden Belegschaftsvertreter diese Ansicht teilen⁴³, kommt kein Bestellungsbeschluß zustande.

Der Aktionär B verlangt nun vom Aktionär A, entweder seine Aufsichtsratsmitglieder zur Aufgabe ihres Standpunktes zu bewegen oder diese mit sofortiger Wirkung abzurufen, wofür der Aktionär B seine Zustimmung vorweg erteilt.

Aktionär A (dem der Widerstand „seiner“ Aufsichtsratsmitglieder hochwillkommen ist)⁴⁴ weigert sich unter Hinweis darauf, daß Aufsichtsratsmitglieder einer AG keinen Weisungen unterlägen und eine Abberufung ebenfalls kein taugliches Mittel sei, weil dann neue Aufsichtsratsmitglieder gewählt werden müßten, die bei verantwortlicher Wahrnehmung ihrer Funktion genauso handeln müßten.

B verlangt darauf die Zahlung der bedungenen Vertragsstrafe.

Beispiel 2:

Nach einem MBO sieht die Aktionärsstruktur in einer Industrie-Aktiengesellschaft ungefähr folgendermaßen aus: Insgesamt acht im Unternehmen als leitende Angestellte, Prokuristen oder als Vorstandsmitglied tätige Aktionäre sowie Angehörige der beiden größten Aktionäre, dh des (einzigen) Vorstandsmitgliedes A, und des Einzelprokuristen B, halten insgesamt knapp über 95 % des Grundkapitals der Gesellschaft. Die genannten Angehörigen der beiden größten Aktionäre, nämlich deren Ehefrauen und ein „Wahlonkel“ des Einzelprokuristen B, der gleichzeitig der Schwiegervater eines anderen Syndikats-Aktionärs (C) ist, verfügen über insgesamt rund 27 % des Grundkapitals. Zwischen den gleichzeitig als Mitarbeiter für die Gesellschaft tätigen Aktionä-

⁴³ Bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern einer AG sind die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat – anders als beim Abschluß des Anstellungsvertrages (wo der Ausschluß freilich nur für die Behandlung in einem Ausschuß gilt, entgegen der hM aber beim Vertragsabschluß im Plenum immerhin die Aktionärsschutzklausel zur Anwendung gelangt: vgl. *Runggaldier/G. Schima*, Abschluß von Vorstandsverträgen im Aufsichtsratsplenum, *GesRZ* 1992, 197 ff) – sitz- und stimmberechtigt (vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht² 255; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften [1991] 54 ff, 57 f; *Runggaldier/G. Schima*, *GesRZ* 1992, 168, FN 40; aM *Floretta/Srasser*, *ArbVG*² Anm 86 zu § 110).

⁴⁴ Dies klingt zwar logisch (weil jedem Aktionär das Wohl der Gesellschaft am Herzen liegen sollte), ist aber – wie die Praxis zeigt – keineswegs selbstverständlich. Vielmehr kann man nicht selten beobachten, daß Gesellschafter es nicht ungern sehen, wenn die von anderen Syndikatspartnern nominierten Mitglieder der Unternehmensleitung schwach sind, weil dies den „eigenen“ Organmitgliedern mehr Einfluß verschafft.

ren wurde ein als „Konsortialvertrag“ bezeichneter Syndikatsvertrag abgeschlossen. Die Aktien der erwähnten „Angehörigen“ der beiden größten Aktionäre sind zwar nicht syndiziert; in den Konsortialversammlungen (Syndikatsversammlungen) übten jedoch seit jeher das Vorstandsmitglied A bzw. der Einzelprokurist B als Bevollmächtigter das Stimmrecht für diese nicht syndizierten Aktionäre aus (im Vertrag als „Stimmrechtsbündelung“ bezeichnet).

Das Konzept des Syndikatsvertrages baut auf dem grundsätzlichen Gleichklang von Tätigkeit als (leitender) Mitarbeiter der Gesellschaft und Aktionärsstellung auf. Konsequenterweise verpflichtet der Vertrag die Aktionäre, bei Beendigung des Dienstverhältnisses mit der Gesellschaft ihre Aktien zu einem (weit unter dem aktuellen Marktwert liegenden) „Syndikatspreis“ an die anderen (aufgriffsberechtigten) Syndikatspartner abzugeben. Davon besteht nur bei Übertritt in den Ruhestand eine Ausnahme dahingehend, daß maximal 5 % des Grundkapitals für zehn Jahre ab dem Ausscheiden behalten werden dürfen.

Wegen der einschneidenden Auswirkungen einer Beendigung des Dienstverhältnisses ordnet der Syndikatsvertrag an, daß vor der Kündigung oder Entlassung von dem Konsortium angehörenden Aktionären als Mitarbeiter der Gesellschaft die Konsortialversammlung mit einer Mehrheit von zwei Drittel der stimmberechtigten Konsortialmitglieder (und mindestens drei stimmberechtigten Mitgliedern) die Zustimmung erteilt haben muß.

Der Einzelprokurist B hatte beim MBO die führende Rolle gespielt und diesen maßgebend gestaltet. Ihm wurde daher vertraglich eine Sonderstellung eingeräumt. Zwischen B und dem Vorstandsmitglied A wurde nämlich ein Abtretungsvertrag abgeschlossen, der A verpflichtet, bei seinem Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft, spätestens aber am 1. April 2001, an B ein Aktienpaket in Höhe von 20 % des Grundkapitals zu einem definierten (weit unter dem aktuellen Marktwert liegenden) Abtretungspreis zu verkaufen, sofern B sich an diesem Tage noch in einem aufrechten Dienstverhältnis zur Gesellschaft befindet. Sowohl gemäß Syndikatsvertrag als auch der im Abtretungsvertrag getroffenen Anordnung zufolge hat A⁴⁵ jedenfalls so viele Aktien an B zu veräußern, daß dieser (inklusive „Stimmrechtsbündelung“) zumindest über eine Mehrheit von 50,01 % verfügt.

Nachdem die Gesellschaft durch – in den Zuständigkeitsbereich von B fallende – Devisentermingeschäfte (Hedging-Geschäfte, die der Absicherung von Währungskursrisiken dienen sollten) hohe Verluste erlitten hatte, berief

⁴⁵ Unter der zuletzt genannten Voraussetzung und einer weiteren im „Konsortialvertrag“ festgelegten Voraussetzung, daß bis spätestens 30. September 2000 in einer Konsortialversammlung nicht sämtliche Aktionäre B ihr Mißtrauen aussprechen.

A – ohne daß eine nähere Untersuchung erfolgt wäre und ohne die Bedenken im Aufsichtsrat gegen eine überstürzte Vorgangsweise zu beachten⁴⁶ – eine Konsortialversammlung ein und beantragte dort die Zustimmung zur fristlosen Entlassung, hilfsweise zur Kündigung von B.⁴⁷

A als Vorsitzender stellte tatsächlich die Fassung eines solchen Beschlusses mit Zweidrittelmehrheit fest, weil er einerseits eine wenige Tage vor der Konsortialversammlung erfolgte Abtretung eines Aktienpaketes von rund fünf Prozent des Grundkapitals von B an einen mit diesem befreundeten Aktionär C⁴⁸ und andererseits C als Stimmrechtsbevollmächtigten für die Ehefrau und den „Wahlonkel“ des B (= Schwiegervater des C) nicht anerkannte.⁴⁹

Nach Fassung des Konsortialbeschlusses wurde B von A als Allein-Vorstandsmitglied in Vertretung der Gesellschaft fristlos entlassen.

B argumentiert, daß ein Beschluß mit Zweidrittelmehrheit nicht zustande gekommen sei. Denn A hätte nicht nur die Stimmrechtsvollmachten und die rund fünf Prozent des Grundkapitals betreffende Abtretung von Aktien durch B an C anerkennen müssen, sondern vielmehr selbst weder für sich noch für seine Frau abstimmen dürfen, sei doch A aufgrund des mit B bestehenden Abtretungsvertrages sowohl selbst als auch in seiner Eigenschaft als Stimmrechtsbevollmächtigter von einem Stimmverbot betroffen.⁵⁰

Berücksichtigt man dies, hätte sich sogar eine Mehrheit gegen die Entlassung ergeben.

⁴⁶ Eine aktienrechtliche Sonderprüfung wurde erst knapp danach beschlossen.

⁴⁷ Zur Erläuterung sei hinzugefügt, daß der Dienstvertrag des B eine Kündigung unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Jahresende vorsah und die Konsortialversammlung zwei Tage vor jenem Tag stattfand, an dem B eine Kündigung hätte zugehen müssen, um sein Dienstverhältnis so aufzulösen, daß es am 1. April 2001 nicht mehr bestehen würde.

⁴⁸ B selbst war gemäß den Bestimmungen des Konsortialvertrages von der Abstimmung über das Schicksal seines Dienstverhältnisses ausgeschlossen (vgl. FN 50).

⁴⁹ Diese beiden nicht syndizierten Aktionäre hatten dem C eine Stimmrechtsvollmacht ausgestellt, weil sie die (berechtigte) Auffassung vertraten, daß zwar B aufgrund der bei ihm selbst vorliegenden Interessenkollision auch keine Stimmrechtsvollmachten ausüben könne (vgl. zB für die AG *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 20 zu § 114), sie selbst aber vom Stimmverbot nicht betroffen seien und daher auch einen Dritten (anderes Syndikatsmitglied) bevollmächtigen könnten (dies trifft ebenfalls zu: vgl. OGH 22. November 1988, JBl 1989, 95 [kein Stimmverbot für Vater und Geschwister des befangenen Gesellschafters]; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 35 zu § 39 mwN; für die BRD zB *Hüffer*, AktG⁴ Rz 16 zu § 136).

⁵⁰ Die maßgebende Bestimmung im „Konsortialvertrag“ lautet: „Ein Konsortialmitglied ist dann nicht stimmberechtigt, wenn es vom gegenständlichen Beschluß persönlich betroffen ist, also insbesondere, wenn mit ihm ein Vertrag abgeschlossen, gelöst oder auch abgeändert werden soll, es in eine Position gewählt oder abberufen, von Verpflichtungen befreit werden soll und ähnliche Fälle mehr“.

Wegen dieses Verstoßes gegen den Syndikatsvertrag sei die ausgesprochene Entlassung rechtsunwirksam und bestehe sein (des B) Dienstverhältnis nach wie vor aufrecht.

A hält dagegen, daß der Syndikatsbeschluß ordnungsgemäß zustande gekommen sei, darüber hinaus die Entlassung aber selbst dann das Dienstverhältnis gelöst habe, wenn dies nicht der Fall gewesen wäre.

3. Die Einflußnahme von Aktionären auf Aufsichtsratsmitglieder

Bereits aus den obigen Vertrags- und Fallbeispielen erkennt man, daß es für die tatsächliche Effizienz und damit praktische Brauchbarkeit von Syndikatsverträgen in der AG nicht ohne Belang sein kann, ob und inwieweit Aktionäre in einer *rechtlich absicherbaren* Art und Weise Einfluß auf den Aufsichtsrat oder einzelne Mitglieder desselben nehmen können. Es liegt nahe, daß die Beantwortung dieser Frage auch eine Beurteilung erfordert, ob Aufsichtsratsmitglieder gültig vertraglich zur Wahrnehmung der Interessen bestimmter Aktionäre verpflichtet werden können.

Dazu vertritt die ganz hM sowohl in Österreich als auch in der BRD die These, daß Aufsichtsratsmitglieder einer AG keinen Weisungen der Hauptversammlung und/oder einzelner Aktionäre unterliegen oder vertraglich unterworfen werden könnten und daß dies grundsätzlich auch für entsandte Aufsichtsratsmitglieder iSd § 88 AktG bzw § 101 Abs 2 dAktG gelte, die jedenfalls das Gesellschaftsinteresse vor allfällige Direktiven des Entsendungsberechtigten zu stellen hätten.⁵¹

An mancher Stelle wird hinzugefügt, daß auch Behördenvertreter im Aufsichtsrat, dh Repräsentanten von Gebietskörperschaften, die einen Groß-, Mehrheits- oder gar Alleinaktionär repräsentierten, keine andere Position hätten.⁵²

⁵¹ Vgl. *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 22 zu §§ 87-89, Rz 32 zu §§ 98, 99; *Mertens* in *KölnKomm AktG²* Rz 55 zu § 101; *Kropff* in *Gefßer/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG Rz 30 ff vor § 394 zur Zulässigkeit nicht offenbar für die Gesellschaft nachteiliger Weisungen; vgl. *Hüffer*, AktG⁴ Rz 10 zu § 101 und Rz 27 zu § 394; strenger *Schön*, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, 428 ff, 448 ff; ebenso *Säcker*, Behördenvertreter im Aufsichtsrat, FS Rebmann 786 f.

⁵² Vgl. *Säcker*, FS Rebmann 781 ff, 786 f.

3.1. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder

Wie Nowotny⁵³ jüngst für Österreich zutreffend hervorhob, bedarf der regelmäßig verwendete Stehsatz „Aufsichtsratsmitglieder einer AG sind weisungsfrei“ doch gewisser Zurechtrückung bzw. Präzisierung. Daß er vom Erscheinungsbild, das die Praxis bietet, teilweise stark abweicht, kann ohnehin nicht bestritten werden⁵⁴ und wäre für sich allein noch kein tauglicher Ansatz für eine rechtliche Umwertung. Dieser Gesichtspunkt trifft im übrigen auch auf Vorstandsmitglieder zu, deren durch § 70 Abs 1 AktG verbrieft Weisungsfreiheit in der Konzernrealität nur auf dem Papier besteht.

Zwischen dem entsandungsberechtigten Aktionär und dem entsandten Aufsichtsratsmitglied wird typischer-, nicht aber notwendigerweise ein eigenes Vertragsverhältnis, regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag, begründet.⁵⁵ Diese Rechtsbeziehung kann richtigerweise sehr wohl so ausgestaltet werden, daß das entsandte Aufsichtsratsmitglied einerseits die Interessen des Entsandungsberechtigten im Aufsichtsrat zu artikulieren und entsprechend zur Geltung zu bringen hat⁵⁶, andererseits aber auch Vorgaben des entsandenden Aktionärs folgen muß, soweit – und dies ist die bedeutsame Einschränkung – nicht das Gesellschaftsinteresse der Befolgung dieser Vorgaben entgegensteht.⁵⁷ Ob dies der Fall ist, kann nicht der entsandungsberechtigte Aktionär bestimmen, sondern muß mE grundsätzlich vom entsandten Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich beurteilt werden. Freilich muß es in letzter Konsequenz trotz Einräumung eines Ermessensspielraumes gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied objektiv nachprüfbar sein, ob das Unternehmensinteresse ein Hinwegsetzen über die Vorgaben des Entsandungsberechtigten gebot oder zumindest rechtfertigte; andernfalls wäre eine vertragliche Verpflichtung seitens des Entsandungsberechtigten nicht durchsetzbar.

Für die Praxis noch bedeutsamer ist aber der Umstand, daß es zulässig sein muß, zwischen Entsandungsberechtigtem und entsandtem Aufsichtsratsmitglied gültig vertraglich zu vereinbaren, daß das entsandte Aufsichtsrats-

mitglied dann, wenn es Bedenken gegen die Umsetzung der Vorgaben des Aktionärs oder eben eines bestimmten Syndikatsbeschlusses hegt, den betroffenen Aktionär vor der Beschlußfassung im Aufsichtsrat zu verständigen und gegebenenfalls (sofern die Aktionäre auf die Bedenken nicht eingehen) das Mandat zurückzulegen hat.⁵⁸

Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen folgt mE schon aus dem Recht der jederzeitigen Abberufung des entsandten Mitgliedes durch den Entsandungsberechtigten gemäß § 88 Abs 4, erster Satz AktG⁵⁹ sowie daraus, daß nach hM Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt grundsätzlich auch ohne wichtigen Grund zurücklegen können.⁶⁰

Wenngleich dies in der Praxis wohl kaum anzutreffen ist, können die dargestellten Verpflichtungen des entsandten Aufsichtsratsmitgliedes – bei der Verpflichtung zur Mandatsniederlegung in Konfliktfällen wäre dies auch praktisch gut handhabbar und würde die Interessen des Aufsichtsratsmitgliedes nicht übermäßig tangieren – durch Vertragsstrafen abgesichert werden. Da Aufsichtsratsmitglieder keine Vollkaufleute sind, greift allerdings das richterliche Mäßigungsrecht (§ 1336 Abs 2 ABGB).

Vor allem die vertragliche Verankerung einer Verpflichtung des entsandten Aufsichtsratsmitgliedes zur Mandatsniederlegung im Fall eines Konfliktes mit dem Entsandungsberechtigten kann für die Praxis hilfreich sein.⁶¹ Anders als die generelle und auch vertraglich konkretisierbare Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Entsandungsberechtigten ist diese Mandatsniederlegungspflicht nicht (notwendigerweise) mit dem Unternehmensinteresse der Gesellschaft begrenzt. Mit anderen Worten: Eine Mandatsniederlegungspflicht kann auch dann und für solche Fälle vorgesehen werden, in denen das

⁵³ Nowotny, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 283 ff, 286 f.

⁵⁴ Nowotny, RdW 1999, 290.

⁵⁵ Mertens in KölnKomm AktG² Rz 58 zu § 101; Nowotny, RdW 1999, 286; vgl auch Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Rz 22 zu §§ 87-89.

⁵⁶ Vgl Aicher in Funk (Hrsg), Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte 280; Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 22 f; Nowotny, RdW 1999, 286.

⁵⁷ Vgl Aicher in Funk, Besorgung öffentlicher Aufgaben 295 ff; Nowotny, RdW 1999, 286 f; Zöllner in KölnKomm AktG² Rz 3 zu § 394. Bei entsandten Aufsichtsratsmitgliedern dürfte diese beschränkte Zulässigkeit von Weisungen sogar der hA entsprechen.

⁵⁸ Vgl Nowotny, RdW 1999, 287, der allerdings – seinem Thema entsprechend – primär den Fall des beamteten Aufsichtsratsmitgliedes behandelt, bei dem Nowotny eine Pflicht zur Niederlegung des Aufsichtsratsmandats aufgrund einer Weisung bzw. im Konfliktfalle schon aus dem Beamtendienstrecht und dem Charakter des Aufsichtsratsmandats als Nebenbeschäftigung zum Beamtendienstrechtsverhältnis ableitet und daraus – ebenso wie für die Weisungsbindung an sich – folgert, eine eigene vertragliche Fixierung sei entbehrlich.

⁵⁹ Vgl Noack, Gesellschaftervereinbarungen 279, der aus der in § 103 Abs 2, erster Satz dAktG (gleich wie in Österreich) verankerten Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung entsandter Aufsichtsratsmitglieder durch den Entsandungsberechtigten überhaupt die Zulässigkeit von Weisungen gegenüber dem entsandten Mitglied ableitet. Daß zwischen jederzeitiger Abberufbarkeit und Weisungsunterworfenheit ein typischer rechtlicher Zusammenhang besteht, belegt die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers; dennoch ist dieser Zusammenhang nicht zwingend und kann die Weisungsbindung entsandter Aufsichtsratsmitglieder keinesfalls den sachlichen Umfang der Weisungsunterworfenheit von GmbH-Geschäftsführern erreichen.

⁶⁰ Vgl Mertens in KölnKomm AktG² Rz 56 zu § 103; Geßler in Geßler/Hejermehl/Eckardt/Kropff, AktG Rz 30 zu § 102; Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Rz 76 zu §§ 87/89.

Aufsichtsratsmitglied gerade wegen Beeinträchtigung des Unternehmensinteresses nicht zu einer bestimmten Maßnahme im Aufsichtsrat vertraglich verpflichtet werden könnte. Während kein Aufsichtsratsmitglied (und zwar auch kein entsandtes) wirksam dazu verhalten werden kann, einen nach Meinung dieses Mitgliedes ungeeigneten Kandidaten zum Vorstandsmitglied zu bestellen, kann sich ein solches Aufsichtsratsmitglied mE sehr wohl gültig vertraglich dazu verpflichten, das Mandat auch dann niederzulegen, wenn es der Meinung ist, eine vom entsendungsberechtigten Aktionär und/oder Syndikat verlangte Maßnahme verstoße gegen das Unternehmensinteresse oder schädige gar die Gesellschaft. Denn ein Interesse des (entsandten) Aufsichtsratsmitgliedes, daß derartige Maßnahmen auch in Zukunft unterbleiben, wenn der Aufsichtsrat in anderer Zusammensetzung tätig wird, ist nicht anzuerkennen. Ein solches besteht nur darin, nicht selbst an derartigen Beschlüssen als Aufsichtsratsmitglied mitwirken zu müssen. Daß sich in den erwähnten Fällen einer Beeinträchtigung des Gesellschaftsinteresses bei pflichtgemäßem Handeln eigentlich gar kein Aufsichtsrat finden dürfte, um die Maßnahme umzusetzen, ändert nichts daran, daß auch für solche Fälle Mandatsniederlegungspflichten entsandter Aufsichtsratsmitglieder vereinbart werden können. Nicht übersehen werden darf, daß gerade Mandatsniederlegungen von Aufsichtsratsmitgliedern in der Praxis doch nicht selten dazu führen, daß bestimmte Maßnahmen letztlich unterbleiben, derentwegen der/die Rücktritt/e erfolgten.

Die geschilderte Rechtslage gilt keineswegs nur für von Gebietskörperschaften (zB Bundesministerien) entsandte und regelmäßig in einem hoheitlichen Rechtsverhältnis (öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis) zum Entsendungsberechtigten stehende Aufsichtsratsmitglieder⁶², weil ein Sonderinter-

⁶¹ Eine Vertragsstrafe als Besicherung der Verpflichtung, nicht gegen das Gesellschaftsinteresse verstößenden Weisungen des/der Aktionärs/e zu folgen, wird ein Aufsichtsratsmitglied idR wohl nicht akzeptieren, zumal die Grenze zu der Gesellschaft abträglichen Weisungen sehr schwer gezogen werden kann (vgl auch Noack, Gesellschaftsvereinbarungen 280, der zumindest bei gewählten Aufsichtsratsmitgliedern eine vertraglich durchsetzbare und bei Verletzung zu schadenersatzrechtlicher Verantwortlichkeit führende Weisungsbefolgungspflicht generell abzulehnen scheint).

⁶² Vgl die Beispiele von Noack, Gesellschaftsvereinbarungen 279 unter Verweis auf Fischer (AG 1982, 85, 91) betreffend die Nichtbefolgung ministerieller Weisungen durch beamtete Aufsichtsratsmitglieder in der BRD.

esse der öffentlichen Hand mE diesbezüglich auch nicht aus haushaltsrechtlichen Überlegungen abgeleitet werden kann.⁶³

Die dargestellten vertraglichen Bindungen zwischen entsandten Aufsichtsratsmitgliedern und entsendungsberechtigten Aktionären sind *nicht* syndikatsvertraglicher Natur und verstoßen insbesondere auch nicht gegen das „Verbot der Verwaltungsherrschaft“; sie können allerdings Syndikatsverträge in der AG sinnvoll ergänzen und tragen nach der hier vertretenen Ansicht dazu bei, daß die syndikatsvertragliche Verpflichtung der syndizierten Aktionäre überhaupt volle oder zumindest „brauchbare“ Wirksamkeit entfaltet (dazu unten cc).

3.2. Gewählte Aufsichtsratsmitglieder

Wenngleich omnilaterale oder Mehrheitssyndikate regelmäßig vorsehen, daß *sämtliche* Kapitalvertreter im Aufsichtsrat von syndizierten Aktionären (nach einem genauen Schlüssel) vorgeschlagen werden, ermöglicht es § 88 Abs 1, letzter Satz AktG doch nicht, daß alle Mandate im Wege von Entsendungsrechten vergeben werden. Die zitierte Gesetzesvorschrift begrenzt die Zahl der entsandten Aufsichtsratsmitglieder nämlich mit einem Drittel „aller Aufsichtsratsmitglieder“ (gemeint: aller Kapitalvertreter).

Da die österreichische Regelung – anders als § 101 Abs 2, vierter Satz dAktG – nicht auf ein Drittel „der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre“ abstellt, können die einem Mehrheitssyndikat oder omnilateralen Syndikat angehörenden Aktionäre mE die Drittelbegrenzung auch nicht dadurch aus den Angeln heben, daß sie in der Satzung die gesetzliche Höchstzahl (vgl § 86 Abs 1 AktG) verankern (also zB vorsehen, daß der Aufsichtsrat aus [höchstens] zwölf Mitgliedern besteht) und tatsächlich nur eine solche Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern – diese aber zur Gänze durch Ausübung von Ent-

⁶³ So für die BRD zB Schön, ZGR 1996, 449 mwN in FN 117; wohl etwas anders Nowotny, RdW 1999, 284 ff, der aus § 59 BHG anscheinend gewisse „haushaltsrechtliche Überlagerungen des Aktienrechts“ ableitet, dabei mE aber nicht ausreichend berücksichtigt, daß das BHG sich primär an die staatliche Verwaltung und ihre Repräsentanten richtende Normen beinhaltet und aus der gesetzlichen Vorgabe, daß dem Bund in von ihm beschickten Aufsichtsräten entsprechender Einfluß zukommen muß (vgl § 59 Abs 1 Z 3 BHG), nur abgeleitet werden kann, daß dies vom Bund sichergestellt werden muß, womit aber die Normen des Aktienrechtes mE keine „haushaltsrechtsspezifische Interpretation“ erfahren können. Vgl aber Nowotny, RdW 1999, 290, wo zutreffend darauf hingewiesen wird, daß viele der von ihm geäußerten Überlegungen „auf für im rein privatwirtschaftlichen Bereich wahrgenommene Aufsichtsratsmandate bei ähnlichen Interessenlagen fruchtbar gemacht werden“ können.

sendungsrechten – berufen, daß die Zahl der tatsächlich tätigen Mitglieder nicht mehr als ein Drittel der satzungsmäßigen Höchstzahl beträgt.⁶⁴

Diese Wertung des Gesetzgebers darf nicht einfach dadurch überspielt werden, daß man die Unterschiede zwischen entsandten und gewählten Mitgliedern als „rein konstruktiv bedingt“⁶⁵ abtut, denn historischer (und auch heute noch gültiger) Zweck der Quotenbeschränkung für entsandte Mitglieder ist es, den Aufsichtsrat als Vertrauensorgan aller Aktionäre einzurichten, in dem daher „die gewählten Mitglieder die Oberhand haben“.⁶⁶

Gewiß ist es zutreffend, daß auch von der Hauptversammlung gewählte Aufsichtsratsmitglieder mit einzelnen Aktionären (typischerweise solchen, die – zB syndikatsvertraglich – zu deren Nomination berechtigt sind) in eigener Vertragsbeziehung stehen können⁶⁷, doch ist es eine Frage, ob (was nicht bezweifelt werden kann) zB ein Dienstnehmer eines syndikatsvertraglich gebundenen Aktionärs von diesem als Aufsichtsratsmitglied gegenüber der Hauptversammlung nominiert wird, und eine andere Frage, ob bei diesem Anlaß das zu wählende Mitglied vom Nominationsberechtigten vertraglich verpflichtet werden kann, Vorgaben des betroffenen Aktionärs (soweit das Gesellschaftsinteresse nicht entgegensteht) zu befolgen und/oder in jedem Konfliktfalle das Mandat niederzulegen.

Letzteres ist mE bei von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich nicht möglich.⁶⁸

⁶⁴ So aber die ganz hM: Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 246 FN 28; *Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 15 zu §§ 87 / 89; *Jud*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, *GesRZ* 1982, 112 FN 13. Diese Meinung übersieht nicht nur, daß eine gesetzliche Klarstellung der alten Streitfrage im AktG 1937 iSd dAktG 1965 in Österreich unterblieben ist, sondern ermöglicht auch dem Willen des Gesetzgebers offenkundig zuwiderlaufende Gestaltungen. Da wegen der „drittelparitätischen“ Beteiligung der Arbeitnehmer die „sinnvolle“ Mindestanzahl an Kapitalvertretern vier beträgt, wäre eine solche Vorgangsweise – rein zahlenmäßig – allerdings nur bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 350.000 Euro überhaupt denkbar, weil bei diesen maximal zwölf Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden dürfen. Vgl. allerdings *Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 15 zu §§ 87 / 89 iVm Rz 2 zu § 86, der meint, wenn die Satzung einen Zahlenrahmen vorsähe, könne nur die „tatsächlich ausgeschöpfte Zahl an Aufsichtsratssitzen maßgebend“ sein. Dies schafft jedoch neue Wertungswidersprüche und ist logisch nicht konsistent. Warum soll es einen Unterschied machen, ob in der Satzung die Regelung enthalten ist, daß „mindestens drei und höchstens zwölf Aufsichtsratsmitglieder“ zu bestellen sind oder „höchstens zwölf“? Beides hält *Strasser* (aaO Rz 2 zu § 86) (zu Recht) für zulässig.

⁶⁵ In diese Richtung aber *Nowotny*, RdW 1999, 286.

⁶⁶ *Schlegelberger/Quassowski*, AktG² (1937) Rz 10 zu § 88; *Gadow/Heinichen*, GroßKomm (1939) Anm 7 zu § 88.

⁶⁷ Darauf weist zutreffend *Nowotny* (RdW 1999, 286) hin.

⁶⁸ Weitergehend *Nowotny*, RdW 1999, 287, der bloß bei Vorhandensein außenstehender Aktionäre (Gesellschafter) die „Wahrung des Gesellschaftsinteresses“ als besonders bedeutsam hervorhebt.

Etwas anderes muß freilich dort (und nur dort) gelten, wo eine solche Verpflichtung gewählter Aufsichtsratsmitglieder zugunsten des *Alleinaktionärs* oder der Gesamtheit *aller* Aktionäre eingegangen wird. Selbst wenn man nicht jener – wohl überwiegenden – Meinung anhängt, daß es kein vom Willen sämtlicher Aktionäre unterscheidbares Gesellschaftsinteresse gibt⁶⁹, begegnet eine derartige Gestaltung keinen Bedenken. Dem in § 88 Abs 1, letzter Satz AktG verkörperten Gedanken der „Dominanz der Hauptversammlung“ bei der Aufsichtsratszusammensetzung wird bei einer solchen Konstellation ja Rechnung getragen.

Es wäre in der Tat ein kaum begreiflicher Formalismus, wenn man bei einer zB zu 100 % im Eigentum des Bundes stehenden Aktiengesellschaft hinsichtlich der Pflichtenbindung der Ministerialbeamten im Aufsichtsrat einen Unterschied danach macht, ob diese Beamten von der Hauptversammlung (also dem Alleingesellschafter Bund) gewählt wurden oder auf einem Entsendungsmandat des Alleinaktionärs sitzen.

Dasselbe hat mE aber auch für omnilaterale Syndikatsvereinbarungen zu gelten. Haben nach einer derartigen Vereinbarung alle Syndikatspartner dafür zu sorgen, daß die von ihnen entsandten bzw vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder Syndikatsbeschlüsse umsetzen und jedenfalls nicht dagegen handeln und gibt es somit keine außenstehenden Aktionäre, dann sind vertragliche Bindungen gewählter Aufsichtsratsmitglieder gegenüber nominationsberechtigten Aktionären in derselben Weise wie bei entsandten Mitgliedern anzuerkennen. Dies bedeutet also, daß die Befolgung von Direktiven, soweit nicht das Gesellschaftsinteresse entgegensteht, sowie die Amtsniederlegung im Konfliktfalle gültig vertraglich vereinbart werden können.

Konsequenterweise werden solche Vereinbarungen aber (allenfalls teil-) unwirksam, wenn Aktionäre aus dem Syndikat ausscheiden oder – zB im Wege der Kapitalerhöhung ohne Syndizierung – nicht syndikatsgebundene Aktionäre hinzutreten.

⁶⁹ Vgl. *Harre*, Insigngeschäfte bei der Einmann-GmbH, RdW 1991, 169 f; *Koppensteiner*, Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBI 1988, 3 f; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 20 zu § 25, Rz 5 zu § 61; *Nowotny*, FS Semler 254; OGH eclex 1990, 419; *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBI 1990, 487 mwN in FN 39; aM *Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 21 zu § 1; *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBI 1989, 43 ff, 48; *Vanis*, Beherrschung von Kapitalgesellschaften 89 ff.

3.3. Syndikatsvertragliche Umsetzung der Einwirkungspflicht der Aktionäre

Was bedeuten die obigen Ausführungen nun für die Wirksamkeit und den praktischen Wert syndikatsvertraglicher Verpflichtungen, insbesondere in AG-Mehrheitssyndikaten oder omnilateralen Syndikaten?

Als überwunden gelten kann die Vorstellung, Absprachen über eine gegenseitige Wahl bzw über die Ausübung des Stimmrechtes zugunsten des Kandidaten des jeweils anderen Partners seien wegen des Verbots des „Stimmenkaufes“ unwirksam.⁷⁰

Die aus praktischer Sicht wesentlichste Frage ist die, ob die Gültigkeit einer – idR mit hohen Konventionalstrafen bewehrten – Einwirkungsverpflichtung der Syndikatspartner davon abhängt, daß die Syndikatspartner gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied die Einwirkung – zumindest in der Form des Bestehens auf der unverzüglichen Mandatsniederlegung – durchsetzen könnten.

Mit der Beantwortung dieser Frage steht und fällt auch die syndikatsvertragliche Konventionalstrafe, denn deren Gültigkeit setzt – ganz allgemein – eine gültige Hauptverbindlichkeit voraus.⁷¹ Daß ein Syndikatspartner – selbst wenn er sich auch für diesen Fall ausdrücklich dazu verpflichtet haben sollte – nicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe verhalten werden kann, wenn es ihm nicht gelingt, „seine“ Aufsichtsratsmitglieder zu einem gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßenden oder die Gesellschaft sogar klar schädigenden Stimmverhalten (also zB zur Bestellung eines unfähigen, aber auch zur Abberufung eines fähigen Vorstandsmitgliedes) zu bewegen, dürfte noch klar sein.⁷²

Nicht ankommen kann es für die Wirksamkeit, Durchsetzbarkeit und damit Sicherungsfähigkeit der syndikatsvertraglichen Einwirkungsverpflichtung darauf, ob ein Syndikatspartner gegenüber den von ihm entsandten oder allenfalls nominierten (siehe oben) Aufsichtsratsmitgliedern die vertragliche Absicherung der Syndikatsinteressen im höchstzulässigen Ausmaß tatsächlich vorgenommen hat oder nicht. Dies ist nämlich – da solche Abreden zwischen Aktionär und Aufsichtsratsmitglied nicht Teil des Syndikatsvertrages sind – Sache jedes Syndikatspartners. Unterläßt dieser eine zulässige vertragliche Absicherung mit dem Aufsichtsratsmitglied, verpflichtet er sich aber

⁷⁰ Vgl zutreffend *M. Tichy*, Syndikatsverträge 95 f; ebenso *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen 272 mwN in FN 5.

⁷¹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹⁰ I 212; *Harrer in Schwimann*, ABGB² Rz 3 zu § 1336; dies betont auch *M. Tichy*, Syndikatsverträge 192.

⁷² So offensichtlich auch *M. Tichy*, Syndikatsverträge 192, der betont, daß die Verpflichtung zur treuwidrigen Stimmrechtsbindung nicht gesichert werden kann.

andererseits für den Fall der Nichtumsetzung der Syndikatsinteressen oder gar des Verstoßes gegen solche durch „sein“ Aufsichtsratsmitglied zur Zahlung einer Konventionalstrafe, dann kann er nicht anders behandelt werden, als der Verkäufer einer fremden (Spezies-)Sache, der es verabsäumt, sich die Sache rechtzeitig vor Übergabe zu beschaffen und dessen Kaufverbindlichkeit deshalb auch nicht unwirksam ist.⁷³

Abgestellt werden muß für die Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit syndikatsvertraglicher Einwirkungsverpflichtungen in bezug auf den Aufsichtsrat der AG mE daher darauf, ob der syndikatsvertraglich gebundene Aktionär die Einwirkung gegenüber dem/den Aufsichtsratsmitglied/ern gültig vereinbart hat oder zumindest gültig hätte vereinbaren können.

Ist weder das eine noch das andere der Fall, dann ist die Einwirkungsverpflichtung wegen (anfänglicher) rechtlicher Unmöglichkeit ungültig⁷⁴, der Syndikatsvertrag daher regelmäßig teilnichtig und die die Einwirkungsverpflichtung sichernde Konventionalstrafe bei Verletzung der Einwirkungspflicht nicht zu zahlen.

Da, wie schon gesagt, die Befolgung einer gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßenden Syndikatsvorgabe nicht gültig vertraglich vereinbart werden kann, sondern bloß die Mandatsniederlegung auch für den Fall einer vom Syndikat verlangten Beeinträchtigung des Gesellschaftsinteresses, bedeutet dies, daß ein Syndikatspartner zwar nicht auf Zahlung einer Konventionalstrafe in Anspruch genommen werden kann, wenn es ihm nicht gelingt, „seine“ Aufsichtsratsmitglieder zu einer gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßenden Maßnahme zu bewegen, wohl aber, wenn die von einem solchen Syndikatspartner entsandten oder nominierten Aufsichtsratsmitglieder im Aufsichtsrat einen Beschluß durchsetzen, der gegen eine Syndikatsvorgabe verstößt, mag er auch im Gesellschaftsinteresse liegen.⁷⁵

⁷³ Vgl für alle *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I 106, 152, 211; OGH JBl 1974, 525.

⁷⁴ Vgl zur rechtlichen Unmöglichkeit *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I 152, *Gschntzer in Klang*² IV/1, 160 ff; differenzierend *Rummel in Rummel*, ABGB² I Rz 2 zu § 878 der nur dem „tatsächlich absurden Leistungsversprechen entsprechende“ Fälle anfänglicher rechtlicher Unmöglichkeit § 878, 1. Satz ABGB unterstellt und sonst § 879 ABGB eingreifen läßt.

⁷⁵ Dies bedeutet anhand konkreter Beispiele folgendes: Verpflichtet der Syndikatsvertrag zB die Syndikatspartner, dafür zu sorgen, daß „unternehmerische“ Entscheidungen des Aufsichtsrates (§ 95 Abs 5 AktG) im Einklang mit Syndikatsbeschlüssen stehen bzw diese umsetzen, dann haftet ein einwirkungsverpflichtetes Syndikatsmitglied nicht, wenn die Genehmigung der durch das Syndikat beschlossenen Investition im Aufsichtsrat deshalb (vorerst) scheitert, weil eine entsprechende Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf Grund Interessenkonflikts zurücktritt. Der Syndikatspartner würde aber den Syndikatsvertrag verletzen und wäre gegebenenfalls zur Zahlung der Konventionalstrafe verpflichtet, wenn das Verhalten „seiner“ Aufsichtsratsmitglieder dazu führt, daß die Investition abgelehnt wird.

Diese Konsequenz mag etwas unbefriedigend erscheinen, ist aber in Kauf zu nehmen und wird sich in dieser Schärfe auch nur ganz selten stellen, weil die Bandbreite des Unternehmenswohls ziemlich groß ist.⁷⁶ In krassen Fällen (so zB, wenn der Aufsichtsrat durch einen syndikatswidrigen Beschluß in einem Notfall die Gesellschaft nachweislich vor Schaden bewahrt hat) wird der Forderung nach Zahlung einer Konventionalstrafe durch Syndikatspartner auch der Einwand der Treuwidrigkeit oder gar des Rechtsmißbrauches entgegengehalten werden können.

4. Zur Lösung der Fallbeispiele

4.1. Beispiel 1

Aus den obigen und insbesondere den zuletzt gemachten Ausführungen ergibt sich die Lösung für diesen Fall von selbst.

Weder sind die Aufsichtsratsmitglieder entsandt iSd § 88 AktG noch handelt es sich um ein omnilaterales Syndikat (daß die beiden syndizierten Aktionäre über eine satzungsändernde Mehrheit verfügen, ist hier ohne Belang).

Daß der Aufsichtsrat die Bestellung des fachlich nicht geeigneten Kandidaten zum Vorstandsmitglied beschließt, könnten die Syndikatspartner nach dem oben Gesagten im übrigen auch bei einer sämtliche Aktionäre erfassenden Stimmbindungsvereinbarung und beim Vorhandensein entsandter Aufsichtsratsmitglieder nicht durchsetzen, denn dies wäre eine Verpflichtung zu pflichtwidrigem Verhalten (des Aufsichtsrates); eine solche ist nicht wirksam begründbar.

Bei einem omnilateralen Syndikat oder gegenüber entsandten Aufsichtsratsmitgliedern könnte aber vertraglich vereinbart werden, daß Aufsichtsratsmitglieder, die gegen die Person des Vorstandskandidaten (zu Recht!) Bedenken hegen, ihr Amt niederlegen. Da eine solche Verpflichtung im Beispiel 1 aber nicht nur nicht eingegangen wurde, sondern auch gar nicht hätte eingegangen werden können, ist der Aktionär A nicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe verhalten.

4.2. Beispiel 2

Wie vielschichtig die Praxis sein kann und wie wenig man sich in letzter Konsequenz doch auf Bücher verlassen kann, zeigt dieser Fall.

⁷⁶ Dies betont zu Recht Noack, Gesellschaftervereinbarungen 279.

Wenngleich kein omnilaterales Syndikat vorliegt (am „Konsortialvertrag“ haben im Abschlußzeitpunkt aber immerhin sämtliche Aktionäre mitgewirkt), muß man mE in diesem Falle doch eindeutig eine *Bindung der Gesellschaft*, also eine Art „korporative Direktwirkung“ annehmen. Daß eine solche Wirkung auch bei Mehrheitssyndikaten – vor allem solchen, die von einer satzungsändernden Mehrheit getragen werden – in Betracht kommt, wird verschiedentlich betont.⁷⁷

Allerdings stellt sich hier richtigerweise das Problem der „korporativen Direktwirkung“ im üblichen Sinne wohl gar nicht. Denn Inhalt der inkriminierten Syndikatsbeschlüsse sind Angelegenheiten, die durch eine Hauptversammlung – außerhalb des § 103 Abs 2 AktG – nicht entschieden werden könnten, nämlich die Zustimmung zur Entlassung, allenfalls Kündigung, eines leitenden Mitarbeiters (Prokuristen) der AG.

Der entscheidende Gesichtspunkt bei diesem Fall scheint mir zu sein, daß der „Konsortialvertrag“ in ganz offenkundiger Weise auf dem Gleichklang von Aktionärsstellung und Tätigkeit als (leitender) Mitarbeiter der Gesellschaft beruht (sieht man von drei nicht syndizierten, aber „stimmrechtsgebündelten“, nahestehenden Aktionären ab). Der Verlust des Arbeitsplatzes durch (nicht begründungsbedürftige) Kündigung oder (begründete) Entlassung hat vor diesem Hintergrund für die davon betroffenen, syndikatsgebundenen Aktionäre besonders gravierende Folgen, weil diese ihre – zum Teil beträchtlichen – Aktienpakete sehr billig abgeben müssen und damit nicht nur mögliche Wertsteigerungen nicht lukrieren bzw die Geltungsdauer des Syndikatsvertrages nicht mehr „überleben“ können⁷⁸, sondern auch des Rechtes auf Dividendenbezug verlustig gehen.

Wenngleich die Aktiengesellschaft selbst nicht Partner des „Konsortialvertrages“ ist, sondern „nur“ 95 % ihrer Aktionäre (der Rest wurde nachträglich in kleinen Stückelungen an nicht leitende Arbeitnehmer verteilt), wäre es seitens der Gesellschaft, deren Alleinvorstand ebenfalls Partner und maßgeblicher Aktionär des Syndikatsvertrages ist, in hohem Maße treuwidrig, zu argumentieren, die Wirksamkeit bzw Berechtigung von arbeitsrechtlichen Lösungserklärungen sei nicht von der Beachtung der Bestimmungen des

⁷⁷ M. Tichy, Syndikatsverträge 68, zweifelnd jedoch 175 ff; Noack, Gesellschaftervereinbarungen 167; offengelassen vom BGH 20. Jänner 1983, AG 1983, 249 = BB 1983, 996 = GmbHR 1983, 196 = ZIP 1983, 297; BGH 27. Oktober 1986, BB 1987, 218 = GmbHR 1987, 94 = ZIP 1987, 293 und vom OGH 5. Dezember 1995, eclex 1996, 271 = RdW 1996, 165 = WBl 1996, 125; OGH 26. August 1999, RdW 1999, 721.

⁷⁸ Der Syndikatsvertrag ist nämlich bis zum Jahre 2010 befristet, was bedeuten würde, daß danach die Syndikatsbindungen der Aktien entfallen, sofern keine Einigung auf einen neuen Syndikatsvertrag möglich ist.

Syndikatsvertrages abhängig. Hinge die Lösungswirkung einer Kündigung oder Entlassung hier nicht von der Einhaltung der Bestimmungen des „Konsortialvertrages“ ab, dann könnte ein ganz bestimmter Aktionär (nämlich A) kraft seiner Position als alleiniges Vorstandsmitglied und damit Dienstvorgesetzter der anderen Konsortialmitglieder diese ohne vorherige Einholung zustimmender Konsortialbeschlüsse kündigen oder gar fristlos entlassen und damit alle Aktien um einen Spottpreis an sich ziehen (Aufgriffsrecht).

Die gekündigten bzw entlassenen Aktionäre würden damit auch aus dem Syndikat ausscheiden, und der Konsortialvertrag würde wegen Verbleibes bloß eines Vertragspartners (A) erlöschen. Alle Syndikatsbindungen wären hinfällig und A mit einem Schlage qualifizierter Mehrheitsaktionär und Eigentümer eines Aktienpaketes im Wert von mehreren Hundert Millionen Schilling. Zu derart absurden und einen Vertragspartner ohne jeden sachlichen Grund so kraß bevorzugenden Konsequenzen darf die Auslegung nicht führen.

Richtigerweise wird der „Konsortialvertrag“ vielmehr die Wirkung eines vertraglichen Kündigungsschutzes entfalten, wobei die Funktion der Konsortialversammlung (Syndikatsversammlung) durchaus der Funktion einer – zB kollektivvertraglich berufenen – „Disziplinarkommission“ vergleichbar ist. Nach stRsp kann ein Arbeitgeber in einem solchen Fall keine Kündigung oder Entlassung rechtswirksam aussprechen, bevor nicht das zunächst zur Entscheidung berufene Kollegialorgan einen Beschluß gefaßt hat.⁷⁹ Allerdings ist für den Fall der Entlassung bzw der an wichtige Gründe gebundenen Kündigung in der Judikatur auch (zu Recht) anerkannt, daß sich der Arbeitgeber selbst nach Vorliegen einer sich gegen eine Entlassung bzw begründungsbedürftige Kündigung aussprechenden Entscheidung der Kommission (freilich unverzüglich) für eine Entlassung bzw Kündigung entscheiden und eine solche aussprechen darf. Er tut dies uU mit erhöhtem Risiko, weil das Gericht die Erwägungen der Kommission im Regelfall nicht ganz beiseite schieben wird, allerdings vollinhaltlich überprüfen kann.⁸⁰

Für den – in der Praxis meist nicht vorkommenden, hier aber geregelten – Fall einer nicht an Gründe gebundenen, aber dennoch der Entscheidung einer neutralen Instanz (Syndikatsversammlung) unterliegenden Kündigung muß

freilich anderes gelten: Wenn die Konsortialversammlung sich gegen eine Kündigung ausspricht oder die erforderliche Zweidrittelmehrheit nicht erzielt wird, dann kann mE eine solche wirksam nicht erfolgen. Das Gericht hätte ja keine Möglichkeit, bei Überspielung der Syndikatsentscheidung durch die Gesellschaft – über den Rahmen des § 105 ArbVG hinaus (der aber bei leitenden Angestellten iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG gar nicht greift) – die Begründetheit der Kündigung zu überprüfen.

Umgelegt auf den obigen Fall bedeutet dies: Wird die Konsortialversammlung gar nicht befaßt, ist eine Entlassung jedenfalls rechtsunwirksam. Erfolgt die Entlassung trotz entgegenstehenden Beschlusses der Konsortialversammlung, dann kann die Entlassung sowohl das Arbeitsverhältnis lösen als auch gerechtfertigt sein, wenn sich herausstellen sollte, daß sich der Aktionär und Prokurist A im Zusammenhang mit den Devisentermingeschäften eines entlassungswürdigen Verhaltens schuldig gemacht hat.

Fraglich ist allerdings, ob letzteres auch dann gelten kann, wenn zwar ein auf Zustimmung zur Entlassung lautender Beschluß der Konsortialversammlung vorlag, dieser aber durch gerichtliche Entscheidung für unwirksam erklärt bzw als nichtig festgestellt wird. Ausgehend vom obigen Sachverhalt, kann nämlich kaum einem Zweifel unterliegen, daß es nicht zu einer Beschlußfassung mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit kam. Denn die Nichtzulassung der Stimmrechtsbevollmächtigungen durch die Frau und den „Wahlonkel“ des A (Schwiegervater des C) erfolgte ohne Rechtsgrundlage⁸¹, und der Aktionär und Vorstand B war in Anbetracht des bestehenden Abtretungsvertrages und des diesbezüglich unmißverständlichen Wortlautes des „Konsortialvertrages“ befangen, durfte somit also auch nicht für seine Frau als Stimmrechtsbevollmächtigter⁸² abstimmen.

Wenn durch gerichtliche Entscheidung klargestellt ist, daß der Konsortialbeschluß nicht existiert (wobei eine Feststellungsentscheidung nur deklarativer Natur ist, weil die absolute Nichtigkeit auch einredeweise jederzeit geltend gemacht werden kann), dann liegt ein Fall vor, der dem Fall der von vornherein fehlenden Befassung der Syndikatsversammlung mE gleichzuhalten ist. Die Konsequenz wäre die Unwirksamkeit der Entlassung (selbst wenn

⁷⁹ Vgl für alle OGH 11. Dezember 1984, DRdA 1986, 33 f mit Anm v W. Schwarz, wonach das vorgesehene betriebliche Verfahren der Rechtsgestaltung durch den Arbeitgeber „zeitlich und als Bedingung vorgeordnet“ sei; ebenso OGH 4. Mai 1982, Arb 10.107; Martinek/Schwarz, AngG⁷ 416; Mayer-Maly, ZAS 1985, 142.

⁸⁰ OGH SZ 57/193 = DRdA 1986, 33 ff mit Anm v W. Schwarz, OGH Arb 10.107; das Entlassungsrecht kommt dem Arbeitgeber in einem solchen Fall auch vor Beendigung eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens zu (W. Schwarz, DRdA 1986, 39).

⁸¹ Nahe Angehörige des von einem Stimmverbot betroffenen Gesellschafters sind selbst nicht vom Stimmverbot umfaßt: Vgl OGH 22. November 1988, JBl 1989, 95 (Vater und Geschwister); Koppensteiner, GmbHG² Rz 35 zu § 39 mwN; Hüfner, AktG⁴ Rz 16 zu § 136.

⁸² Vgl zB Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Rz 20 zu § 114.

es einen Grund gegeben hätte), die wegen Verfristung wohl auch nicht mehr nachgeholt werden könnte.⁸³

Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei hinzugefügt, daß ein „arbeitsrechtliches Durchschlagen“ des „Konsortialvertrages“ in bezug auf die Wirksamkeit syndikatsvertragswidriger Kündigungen bzw Entlassungen keineswegs eine mit § 70 Abs 1 oder § 74 Abs 2 AktG nicht zu vereinbarende Beschränkung der Vorstandsautonomie bedeutet. Dieselbe Wirkung hat jeder kollektiv- oder einzelarbeitsvertraglich begründete, besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz, bei dem noch nie ernsthaft mangelnde Vereinbarkeit mit der Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des AG-Vorstandes behauptet wurde.⁸⁴

⁸³ Dies erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil die Gesellschaft sich die Versäumnisse ihres alleinigen Vorstandsmitgliedes bei der rechtswidrigen Stimmenzählung und unrichtigen Feststellung des Beschlüßergebnisses zurechnen lassen muß und daher nicht argumentieren kann, eine frühere wirksame Entlassung wäre wegen des vorangegangenen Beschlußmangels in der Syndikatsversammlung nicht möglich gewesen. Wäre das Beschlüßergebnis nämlich richtig festgestellt worden, hätte sich keine Zweidrittelmehrheit für die Entlassung ergeben.

⁸⁴ Vgl G. Schima, Zustimmungrechte des Betriebsrates nach dem KVI rechtsunwirksam, RdW 1995, 103 f; diesen Gesichtspunkt übersah der OGH in seiner Entscheidung vom 15. September 1994, RdW 1995, 107 ff = ecolex 1994, 831 f mit Anm v Hainz, als er Bedenken gegen § 19 KVI (Kollektivvertrag für Versicherungsangestellte im Innendienst) wegen angeblichen Verstoßes gegen § 74 Abs 2 AktG äußerte.