

Herausgeber: Prof. Dr. **Hans-Jörg Birk**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Justiziar des Sächsischen Städte- und Gemeindetages, Stuttgart/Dresden; Prof. Dr. **Christoph Brüning**, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; **Helmut Dedy**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages und geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Städtetages Nordrhein-Westfalen; Dr. **Franz Dirnberger**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetages; Prof. Dr. **Matthias Dombert**, Rechtsanwalt, Richter des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg a. D., Potsdam; Prof. Dr. **Curt M. Jeromin**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht; Dr. **Bernd Köster**, Warendorf; Dr. **Gerd Landsberg**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; **Michael Löher**, Geschäftsführer des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Berlin; Prof. Dr. **Thomas Mann**, Universität Göttingen; Dr. **Alfred Scheidler**, Regierungsdirektor, Neustadt an der Waldnaab; Prof. Dr. **Thorsten Ingo Schmidt**, Universität Potsdam; Dr. **Bernd Jürgen Schneider**, Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen; Prof. Dr. **Jochim Suerbaum**, Julius-Maximilians-Universität Würzburg; **Uwe Zimmermann**, Stellvertretender Hauptgeschäftsführer des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; Dr. **Andreas Zuber**, Verband kommunaler Unternehmen

Schriftleitung: **Marc Elxnat**, Referatsleiter (V.i.S.d.P) des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin

AUFSÄTZE

Das „vergessene“ Amtszeitende von Aufsichtsratsmitgliedern im Jahr (vor) einer Kommunalwahl

Dr. Carsten E. Beisheim, Düsseldorf*

Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder mitbestimmten GmbH können ihr Amt gemäß § 102 I AktG höchstens rund fünf Jahre ausüben. Nach Ablauf dieses Zeitraums endet die Amtszeit „automatisch“ kraft Gesetzes. Gerade im Jahr einer Kommunalwahl ist es möglich, dass die Amtszeit kommunaler Aufsichtsratsmitglieder (deutlich) vor der Konstituierung der neugewählten Vertretungskörperschaft endet. Bleibt das Amtszeitende unerkannt, üben ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder ihr vermeintliches Amt weiter aus, indem sie insbesondere an Beschlussfassungen des Aufsichtsrats teilnehmen. Dies kann zur Nichtigkeit solcher Aufsichtsratsbeschlüsse führen.

I. Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Mitglieder eines Aufsichtsrats werden *bestellt*. Die Bestellung wird auf kommunaler Ebene als die Bestimmung von Aufsichtsratsmitgliedern durch die kommunale Vertretungskörperschaft wahrgenommen, diese (im Grunde politische) Bestimmung ist allerdings aus rechtlicher Sicht nur die – wenn auch im Regelfall gesetzlich angeordnete¹ – Vorstufe der eigentlichen Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied einer Beteiligungsgesellschaft.²

Der maßgebliche Bestellungsakt erfolgt zumeist mittels *Wahl* durch die Hauptversammlung der Gesellschaft oder *Entsendung* durch den kraft Satzung Berechtigten, vgl. § 101 I und II AktG.³ Dieses korporationsrechtliche Rechtsgeschäft bedarf zu seiner Wirksamkeit der *Annahme* durch die bestellte Person. Die Annahme kann durch Erklärung vor der Bestellung, in der Hauptversammlung (als Wahlorgan), gegenüber der Gesellschaft⁴ oder auch konkludent durch Aufnahme der Tätigkeit⁵ erfolgen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Luther Rechtsanwaltskanzlei mbH, Düsseldorf.

1 Vgl. – mit Nuancen im Detail – bspw. § 113 NWGO, § 104 II BWGO, § 138 III NKG, § 98 SächsGemO, § 71 II M-VKV.

2 Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die AG und die GmbH, andere Gesellschaftsformen bleiben – mit Ausnahme einiger Hinweise auf die Genossenschaft (eG) – außer Betracht.

3 Siehe daneben § 30 I 1 AktG (Bestellung des ersten Aufsichtsrats), § 104 AktG (Bestellung durch Gericht) sowie für die Bestellung der Arbeitnehmervertreter v.a. §§ 9 ff. MitbestG, § 5 I DrittelbG. Andere Mitbestimmungsgesetze als das MitbestG und das DrittelbG bleiben nachfolgend unberücksichtigt. Für eG vgl. § 36 I 1 GenG (Wahl durch Generalversammlung).

4 Vertreten durch die Geschäftsleitung, vgl. Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Aufl. (2018), § 102 Rn. 12 (str.).

5 Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 101 Rn. 12; Münchener Kommentar (MüKo) zum GmbHG/Spindler, 3. Aufl. (2019), § 52 Rn. 114.

Für die GmbH verweist § 52 GmbHG auf § 101 I 1 AktG, daher erfolgt die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern einer GmbH grds. durch Gesellschafterbeschluss. Der Gesellschaftsvertrag kann aber ein anderes Wahlorgan, z.B. einen Gesellschafterausschuss oder Beirat, oder auch die vollständige oder teilweise Entsendung durch Gesellschafter oder sogar Dritte (str.) vorsehen (vgl. § 52 I letzter Hs. GmbHG).⁶ Für die Vornahme der Bestellung und ihre Annahme gilt das zuvor Gesagte.

II. Die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder

Mit der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds muss das Bestellungsorgan die Amtszeit des Aufsichtsratsmitglieds *nicht* notwendigerweise festlegen. Erfolgt keine Festlegung, gelten etwaige Vorgaben in der Satzung der Gesellschaft oder, in Ermangelung solcher, das Gesetz. Darüber hinaus ergeben sich zwischen obligatorischen und fakultativen Aufsichtsräten Unterschiede.

1. Obligatorischer Aufsichtsrat

Gem. § 102 I AktG gilt für die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder eine gesetzliche *Höchstdauer*.⁷ Wird keine *kürzere* Amtsdauer durch die Satzung, den Bestellungsbeschluss der Anteilseignerversammlung oder den Entsendungsberechtigten bestimmt,⁸ werden Aufsichtsratsmitglieder bis zur Beendigung der Anteilseignerversammlung bestellt, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, wird nicht mitgerechnet.

Folgendes Beispiel soll die gesetzliche Formel verdeutlichen (Annahme: Geschäftsjahr gleich Kalenderjahr): Wurden die Aufsichtsratsmitglieder am 15.7.2014 bestellt, bleibt zunächst das Jahr 2014 für die Berechnung unberücksichtigt; es folgen vier volle Geschäftsjahre, also der Zeitraum vom 1.1.2015 bis zum 31.12.2018. Beschließt die Anteilseignerversammlung über die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder für das Geschäftsjahr 2018 am 15.5.2019, endet die Amtszeit an diesem Tag mit dem Ablauf der Versammlung. Die gesetzlich vorgesehene, maximale Amtszeit eines Aufsichtsratsmitglieds beträgt also *rund fünf Jahre*.

Für jedes Mitglied des Aufsichtsrats ist dessen Amtszeit *individuell* zu berechnen. Denn § 102 AktG gilt nicht für den Aufsichtsrat als Organ, sondern für jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied.⁹ Die Amtszeiten der Aufsichtsratsmitglieder können somit unterschiedlich sein.

Das Ende der Amtszeit knüpft an den *Entlastungsbeschluss* der Anteilseignerversammlung an, unabhängig davon, ob die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder erteilt oder verweigert wird.¹⁰ Mit der Beendigung der Anteilseignerversammlung, die eine Sachentscheidung getroffen hat, scheiden die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder *kraft Gesetzes* („automatisch“) aus dem Amt. Die Fortführung des Amtes ist nicht möglich, auch nicht bis zum Amtsantritt neu bestellter Nachfolger.¹¹ Eine Satzungs-

regelung, die ein Übergangsmandat vorsehen würde, wäre bei der AG wegen des Verstoßes gegen § 23 V AktG unzulässig.¹² Bei der mitbestimmten GmbH könnte sie, z.B. als Altregelungen aus der Zeit vor der Mitbestimmungspflicht, wegen eines Verstoßes gegen die mitbestimmungsgesetzlich zwingenden Verweise auf § 102 AktG keine Wirkung entfalten.¹³

§ 120 I 1 AktG ordnet für die AG an, dass die Beschlussfassung über die Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres zu erfolgen hat.¹⁴ Das Gesetz schweigt zu den Folgen, wenn es nicht innerhalb der Achtmonatsfrist zu einer Sachentscheidung über die Entlastung kommt, bspw. weil die ordentliche Hauptversammlung nicht (rechtzeitig) einberufen, die Entlastung nicht auf die Tagesordnung gesetzt oder die Beschlussfassung vertagt wurde. Die inzwischen überwiegende Meinung schließt diese Gesetzeslücke, indem sie den Grundgedanken des § 120 I 1 AktG aufgreift und die Amtszeit des Aufsichtsratsmitglieds in diesem Fall bis zu dem Zeitpunkt befristet, in dem die Hauptversammlung über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr seit Amtsantritt hätte beschließen müssen – also auf *acht Monate* ab dem Ende des vierten Geschäftsjahres.¹⁵ Obschon weder die Mitbestimmungsgesetze auf § 120 I S. 1 AktG verweisen noch das GmbHG Regelungen zur – gleichwohl möglichen – Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats enthält, sollte für mitbestimmte GmbHs dasselbe gelten.¹⁶

- 6 Vgl. dazu Baumbach/Hueck/Zöller/Noack, GmbHG, 22. Aufl. (2019), § 52 Rn. 41 ff. MüKo GmbHG/Spindler (o.FuBn. 5), § 52 Rn. 142 ff., 166 f. – jew. m.w.N. Diese Gestaltungsspielräume bestehen in Bezug auf die Anteilseignervertreter im Wesentlichen auch bei mitbestimmten GmbHs.
- 7 § 102 I AktG gilt auch für die mitbestimmte GmbH (vgl. § 6 II S. 1 MitbestG und § 1 I Nr. 3 DrittelbG), außerdem für voll-, nicht aber für drittelparitätisch mitbestimmte eG (vgl. § 6 III MitbestG und § 1 I Nr. 5 DrittelbG).
- 8 Die Bestimmung einer kürzeren Amtszeit ist zulässig, die Vorgabe zur gesetzliche Höchstdauer ist dagegen zwingend (§ 23 V AktG), vgl. Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 102 Rn. 4, 1.
- 9 Münchener Kommentar (MüKo) zum AktG/Habersack, 5. Aufl. (2019), § 102 Rn. 1; Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 102 Rn. 2.
- 10 Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 102 Rn. 3; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack (o.FuBn. 6), § 52 Rn. 191 a.E.
- 11 MüKo AktG/Habersack (o.FuBn. 9), § 102 Rn. 1; Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 102 Rn. 17; MüKo GmbHG/Spindler (o.FuBn. 5), § 52 Rn. 183.
- 12 Zur „unklaren“ Rechtsfolge eines Verstoßes vgl. Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 23 Rn. 43.
- 13 Vgl. dazu allg. MüKo GmbHG/Spindler (o.FuBn. 5), § 52 Rn. 14 ff.; Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (Bd. II), 12. Aufl. (2020), § 52 Rn. 31, 66.
- 14 Bei eG gilt gem. § 48 I S. 3 i.V.m. S. 2 GenG für die Durchführung der u.a. über die Entlastung des Aufsichtsrats beschließenden ordentlichen Generalversammlung eine sechsmonatsfrist, vgl. dazu Habersack/Henssler/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. (2018), § 6 MitbestG Rn. 77.
- 15 BGH, Urt. v. 24.6.2002 – Az. II ZR 296/01, NJW-RR 2002, 1461 1462 (dort Buchst. b); OLG München, Beschl. v. 9.11.2009 – 31 Wx 136/09, NJW-RR 2009, 108; MüKo AktG/Habersack (o.FuBn. 9), § 102 Rn. 18; Hüffer/Koch (o.FuBn. 4), § 102 Rn. 3 – jew. m.w.N.; a.A. AG Essen, Beschl. v. 4.6.1969, Az. HRB 400, MDR 1970, 336 (Fortdauer der Amtszeit solange, bis materieller Entlastungsbeschluss gefasst wird).
- 16 *Hinweis:* Gemäß § 1 V i.V.m. § 7 I des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (vgl. Art. 2 des Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020, BGBl 2020 Teil I Nr. 14 v. 27.3.2020) kann der Vorstand einer AG abweichend von § 175 I S. 2 AktG für eine im Jahr 2020 stattfindende Hauptversammlung entscheiden, dass diese nicht in den ersten acht Monaten, sondern „innerhalb des Geschäftsjahres“, also bis zum Geschäftsjahresende stattfinden kann. Die Achtmonatsfrist in § 120 I S.1 AktG wurde hingegen nicht ausdrücklich flexibilisiert.
- 16 MüKo GmbHG/Spindler (o.FuBn. 5), § 52 Rn. 182; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack (o.FuBn. 6), § 52 Rn. 191; Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (o.FuBn. 13), § 52 Rn. 244; Habersack/Henssler/Habersack (o.FuBn. 14), § 6 MitbestG Rn. 67 – jew. m.w.N. auch zum Meinungsspektrum.

2. Fakultativer GmbH-Aufsichtsrat

Ist bei einer (nicht mitbestimmten) GmbH ein freiwilliger Aufsichtsrat eingerichtet, fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift zur Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder, denn § 52 I GmbHG verweist nicht auf § 102 I AktG. Mangelt es an einer Regelung zur Amtszeit im Gesellschaftsvertrag oder einer Bestimmung hierzu bei der Bestellung, ist die Amtszeit *unbefristet*.¹⁷

In der Praxis sind allerdings häufig Satzungsregelungen zur Amtszeit anzutreffen, die entweder auf § 102 I AktG verweisen oder dessen Wortlaut übernommen haben. Dann gilt hinsichtlich der Höchstdauer der Amtszeit das unter Ziff. 1. Gesagte.¹⁸ Auch hier stellt sich die Frage, wann die Amtszeit endet, wenn kein Entlastungsbeschluss für das vierte Geschäftsjahr nach Amtsantritt gefasst wird. Meines Erachtens lässt sich die soeben für den obligatorischen Aufsichtsrat dargestellte Ansicht *nicht* auf den fakultativen Aufsichtsrat übertragen. Dafür streitet weder eine sich an § 102 I 1 AktG orientierende Satzungsregelung¹⁹ noch legt das GmbHG einen solchen Lückenschluss nahe.²⁰ Daher erscheint es sachgerecht, die Satzung beim Wort zu nehmen, weshalb die Amtszeit in einem solchen Fall erst endet, wenn der materielle Entlastungsbeschluss für das vierte Geschäftsjahr nach Amtsantritt tatsächlich gefasst wird.²¹

III. Das „vergessene“ Amtszeitende im Jahr (vor) einer Kommunalwahl

Die kommunalen Wahlperioden betragen in den allermeisten Bundesländern fünf Jahre, in Bayern generell und in Nordrhein-Westfalen (NRW) aktuell sechs Jahre.²² Zumeist kurz nach Beginn der Wahlperiode bestimmen die neu konstituierten Vertretungskörperschaften die Personen, die die Kommunen in den Aufsichtsräten ihrer Beteiligungsgesellschaften vertreten sollen. Regelmäßig treten die neuen Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt im selben Jahr an, in dem die Kommunalwahl stattfand.

Bemisst sich die Amtszeit kommunaler Aufsichtsratsmitglieder nach § 102 I 1 AktG oder einer dieser Norm entsprechenden Satzungsregelung, endet sie, sofern das Geschäftsjahr der Gesellschaft dem Kalenderjahr entspricht,²³ in Bundesländern mit einer fünfjährigen Wahlperiode in dem Kalenderjahr, in dem die nächste Kommunalwahl stattfindet, in Bayern und aktuell NRW bereits im Kalenderjahr davor. Maßgeblich für den genauen Zeitpunkt der Beendigung ist grds. der Entlastungsbeschluss der Anteilseignerversammlung für das vorherige Geschäftsjahr (s.o.).

Keineswegs ausgeschlossen ist nun, dass die höchstmögliche Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder deutlich vor der Konstituierung der im selben Jahr neu gewählte Vertretungskörperschaft endet – insoweit ist ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten durchaus denkbar.²⁴

Die Praxis scheint die hier beschriebene Situation allerdings gelegentlich zu übersehen. Dies kann dazu führen, dass gem. § 102 I 1 AktG ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder ihr ver-

meintliches Amt weiter ausüben, was sich darin manifestiert, dass sie an Sitzungen und insbesondere an Beschlussfassungen des Aufsichtsrats weiterhin teilnehmen.

IV. Die Folgen der Mitwirkung ausgeschiedener Mitglieder an Aufsichtsratsbeschlüssen

Die Mitwirkung an Beschlussfassungen des Aufsichtsrats stellt sich im Regelfall als Sitzungsteilnahme und als Beteiligung an Abstimmungen dar.²⁵ Dass Dritte an den *Sitzungen* des Aufsichtsrats nicht teilnehmen „sollen“, regelt § 109 I 1 AktG. Diese Vorschrift wird jedoch als Ordnungsvorschrift verstanden, weshalb allein die unzulässige Anwesenheit Dritter – mithin auch ehemaliger Mitglieder – nicht zur Unwirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen führt.²⁶

Nehmen ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder (auch) an Beschlussfassungen des Aufsichtsrats durch *Stimmabgabe* teil, ist dies durchaus gravierender, weil Nichtmitgliedern kein Stimmrecht im Aufsichtsrat zusteht. Infolge des Ausscheidens von Mitgliedern kann außerdem die *Beschlussfähigkeit* des Organs Aufsichtsrat tangiert werden. Bleibt nun das Ausscheiden von Mitgliedern unerkannt und beteiligen sich die betreffenden Personen weiterhin an Beschlussfassungen des Aufsichtsrats, ist im Einzelfall zu prüfen, ob dieser Umstand zu einem *Beschlussmangel* führt. Der naheliegende „Blick ins Gesetz“ hilft hierbei jedoch nicht weiter. Dort fehlt es im Wesentlichen „an Vorschriften über fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse im Allgemeinen und über die Folgen von Beschlussmängeln im Besonderen“.²⁷

17 Allg.M., vgl. MüKo GmbHG/Spindler (o.Fußn. 5); § 52 Rn. 175; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack (o.Fußn. 6), § 52 Rn. 46; Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (o.Fußn. 13), § 52 Rn. 241.

18 Allerdings spricht m.E. nichts gegen ein im Gesellschaftsvertrag geregeltes Übergangsmandat.

19 In diese Richtung auch die bereits zitierte Entscheidung des BGH, Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 296/01, NJW-RR 2002, 1461, 1462 (dort Buchst. a) für eine Satzungsregelung, die eine unterhalb der Höchstdauer des § 102 I S. 1 AktG liegende Amtszeit vorsah; siehe auch *Macht*, MittBayNot 2004, 81 (84, dort Ziff. 3).

20 Auch die Fristen des § 42a II GmbHG für die Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses (innerhalb der ersten acht bzw. 11 Monate des Geschäftsjahres) bauen keine Brücke, denn es fehlt auch hier an einer mit § 120 III i.V.m. I 1 AktG vergleichbaren Verknüpfung mit dem Entlastungsbeschluss.

21 In der Beratungspraxis würde man aber eher einem vorsichtigen Ansatz – i.S.d. Achtmonatsfrist – folgen.

22 Auf die Zusammenstellung der Rechtsquellen wird hier verzichtet, siehe aber die Darstellung unter <https://www.wahlrecht.de/kommunal/index.htm>. Die *ausnahmsweise sechsjährige* Wahlperiode in NRW (2014 bis 2020) ergibt sich aus Art. 5 § 2 des Gesetzes zur Stärkung der kommunalen Demokratie vom 9.4.2013 (Gesetz- und Verordnungsblatt (GV. NRW.), Ausgabe 2013 Nr. 12 vom 26.4.2013, S. 194 ff.).

23 Bei Gesellschaften, deren Geschäftsjahr vom Kalenderjahr abweicht, können sich durchaus Verschiebungen ergeben. Für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gilt grds. dasselbe.

24 In Bayern kann sich der genannte Zeitraum verdoppeln und aktuell in NRW – wegen des späten Wahltermins im Jahr 2020 – sogar verdreifachen.

25 Die Sitzungsteilnahme ist aber nicht stets Voraussetzung für die Abstimmungsteilnahme, vgl. § 108 III S. 1 AktG (schriftliche Stimmabgabe) und § 108 IV AktG (Beschlussfassung ohne Sitzung).

26 Allg.M., vgl. Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 109 Rn. 4 m.w.N. Die Vorschrift gilt auch für mitbestimmte GmbHs (§ 25 I Nr. 2 MitbestG, § 1 I Nr. 3 DrittelbG).

27 So MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 108 Rn. 73. Demzufolge werden zum Aufsichtsrats-Beschlussmängelrecht unterschiedliche Konzepte vertreten, die allerdings meist zu ähnlichen Ergebnissen führen, vgl. etwa BGH, Urt. v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307 ff.; Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 108 Rn. 25 ff.; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack (o.Fußn. 6) – jew. m.w.N.

Gem. § 108 II 2 AktG ist der Aufsichtsrat – vorbehaltlich einer abweichenden Satzungs- oder besonderen gesetzlichen Regelung²⁸ – nur *beschlussfähig*, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung – durch Stimmabgabe²⁹ – teilnimmt. Maßgeblich ist in erster Linie die Satzung, die die gesetzliche Auffangregelung verschärfen oder lockern kann. Unabhängig davon darf gem. § 108 I 3 AktG die Untergrenze von drei an der Beschlussfassung teilnehmenden Mitgliedern in keinem Fall unterschritten werden.

Für die Feststellung der Beschlussfähigkeit können Nichtmitglieder, auch wenn sie an Abstimmungen teilnehmen, nicht berücksichtigt (mitgezählt) werden.³⁰ Beruht die Feststellung der Beschlussfähigkeit maßgeblich – i.S.v. kausal – auf der fälschlichen Berücksichtigung eines Nichtmitglieds, war der Aufsichtsrat bei der Abstimmung nicht beschlussfähig. Ein dennoch gefasster Beschluss leidet unheilbar an diesem Mangel, er ist deshalb *fehlerhaft*.

Nach heute h.M. sind fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse *im Grundsatz nichtig*.³¹ Dies gilt uneingeschränkt bei Verstößen gegen *unverzichtbare* Verfahrensvorschriften, die nicht dem individuellen Schutz der Teilhaberechte des Aufsichtsratsmitglieds dienen, sowie bei Inhaltsmängeln. Hiervon ausgehend stellt ein Verstoß gegen die satzungsmäßigen oder gesetzlichen Vorgaben zur Beschlussfähigkeit einen *schwerwiegender Verfahrensmangel* dar, der die Fehlerhaftigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses begründet und zur uneingeschränkten Nichtigkeit des Beschlusses führt.³²

Jenseits der Frage der Beschlussfähigkeit ist zu differenzieren. Stimmabgaben durch Nicht- oder Scheinmitglieder sind zwar fehlerhaft und als solche nichtig. Nach wohl allgemeiner Meinung führen unwirksame Stimmabgaben aber *nur dann* auch zur Fehlerhaftigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses, wenn sie für das Zustandekommen des Beschlussergebnisses *kausal* waren.³³ Das ist namentlich der Fall, wenn bei zutreffender Nichtberücksichtigung der unwirksamen Stimmen die für den Beschluss erforderliche Mehrheit rechnerisch nicht erreicht wurde. Ein solcher Aufsichtsratsbeschluss leidet an einem schwerwiegenden Verfahrensfehler und ist deshalb *nichtig*.³⁴

Für ein Beschlussergebnis nicht kausal ist dagegen der Umstand, dass Nichtmitglieder überhaupt an der Beschlussfassung teilgenommen haben. Selbst wenn eine Beeinflussung der ordentlichen Mitglieder hierdurch nicht auszuschließen ist, ist die Beteiligung Dritter an der Abstimmung unschädlich, wenn feststeht, dass der gefasste Beschluss nicht auf ihrer Stimmabgabe beruht.³⁵

V. Fazit

Ist ein Aufsichtsrat infolge des (unerkannten) Ausscheidens von Aufsichtsratsmitgliedern dauerhaft oder bei einzelnen Abstimmungen beschlussunfähig, kann er keine wirksamen Beschlüsse fassen – der Aufsichtsrat ist als Organ somit handlungsunfähig. Wirken ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder

an Beschlussfassungen des Aufsichtsrats mit, besteht daneben das Risiko, dass der Aufsichtsrat nichtige Beschlüsse fasst. Auf eine Rüge des Beschlussmangels oder auf dessen gerichtliche Geltendmachung kommt es für den Eintritt dieser Rechtsfolge nicht an.

Diese gravierenden Konsequenzen können betroffene Gesellschaften vor erhebliche Herausforderungen stellen. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, die Vielzahl der denkbaren Beschlussgegenstände eines Aufsichtsrats daraufhin zu untersuchen, welche Folgen – auch im Außenverhältnis – aus der Beschlussnichtigkeit konkret resultieren können und ob Heilungsmöglichkeiten bestehen.³⁶

Vor diesem Hintergrund sollten Kommunen sowie ihre Beteiligungsgesellschaften die Amtszeiten der Aufsichtsratsmitglieder im Blick haben. Es gilt sicherzustellen, dass für ausscheidende Aufsichtsratsmitglieder Nachfolger ordnungsgemäß bestellt werden, um die Arbeitsfähigkeit der Aufsichtsräte zu gewährleisten.³⁷ Insbesondere wenn die Bestellung von Nachfolgern im Jahr (vor) der Kommunalwahl erfolgt, empfiehlt sich eine klar begrenzte Amtszeit. Dadurch kann der neu gewählten Vertretungskörperschaft ermöglicht werden, die Besetzung der kommunalen Aufsichtsratssitze umfassend und unter Berücksichtigung des dann jüngsten politischen Wahlergebnisses vorzunehmen.

28 Für Gesellschaften, die dem MitbestG unterliegen, gilt § 28 MitbestG (generell mind. die Hälfte der „Sollstärke“). Für eG siehe § 36 I 2 GenG.

29 Vgl. zur „Teilnahme“ an der Beschlussfassung MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 108 Rn. 36.

30 Vgl. Spindler/Stilz/Spindler, AktG, 4. Aufl. (2019), § 108 Rn. 38 bzgl. nichtig gewählter Mitglieder.

31 BGH, Urt. v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2308 f.; MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 108 Rn. 82; Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 108 Rn. 29 f.; Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (o.Fußn. 13), § 52 Rn. 461 ff.; ähnlich Baumbach/Hueck/Zöller/Noack (o.Fußn. 6), § 52 Rn. 91 f. – jew. m.w.N.

32 Wohl allg.M., vgl. Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 108 Rn.27; MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 108 Rn. 76; Spindler/Stilz/Spindler (o.Fußn. 30), § 108 Rn. 73; Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (o.Fußn. 13), § 52 Rn. 464; siehe auch BGH, Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 296/01, NJW-RR 2002, 1461, 1462 (dort führte die Beschlussunfähigkeit zu einem Verstoß gegen § 108 II 3 AktG); vgl. zur vorzitierten Entscheidung auch *Macht*, MittBayNot 2004, 81, 85.

33 BGH, Urt. v. 19.2.2013 – II ZR 56/12, NJW 2013, 1535 Rn. 20 f. (für Aufsichtsratsmitglieder, deren Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird); MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 108 Rn. 74 f.; Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 108 Rn. 25; Spindler/Stilz/Spindler (o.Fußn. 30), § 108 Rn. 70; i.E. wohl auch Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (o.Fußn. 13), § 52 Rn. 458.

34 Gleichzeitig soll aber zu prüfen sein, ob bei Wegfall der nichtigen Stimmen eine Umkehrung des Beschlussergebnisses in Betracht kommt; bspw. könnte die nichtige Ablehnung einer vom Vorstand nach § 111 IV S. 2 AktG beantragten Zustimmung als Erteilung der Zustimmung gewertet werden, vgl. MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 108 Rn. 75, 78, 83; Spindler/Stilz/Spindler (o.Fußn. 30), § 108 Rn. 73; Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 108 Rn. 27 – jew. m.w.N.; unklar dagegen Scholz/U.H. Schneider/Seyfarth, GmbHG (o.Fußn. 13), § 52 Rn. 458.

35 BGH, Urt. v. 17.4.1967 – II ZR 157/64, NJW 1967, 1711 (1712 f.).

36 Vgl. dazu etwa *Macht*, MittBayNot 2004, 81, 87 ff.

37 Die Wiederbestellung derselben Person(en) ist zulässig (allg.M.), vgl. MüKo AktG/Habersack (o.Fußn. 9), § 102 Rn. 20 f.; Hüffer/Koch (o.Fußn. 4), § 102 Rn. 6 – jew. m.w.N. Siehe dort auch zu den unterschiedlichen – z.T. unzulässigen – Konstellationen einer Wiederbestellung (unproblematisch ist jedenfalls die Wiederbestellung *nach* dem Ende der Amtszeit).