

Die Wahl der Geschäftsführung einer Gesellschaft und deren Ungültigkeit

1. – *Vorbemerkung.* – Ein wichtiges Thema, das manchmal nicht zusammenhängend behandelt wird, ist das Verfahren zur Wahl und Ernennung der Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

Der Verfasser dieser Zeilen möchte in seine Ausführungen eine Reihe von Überlegungen einbauen, die auf seine lange persönliche Erfahrung als Vorsitzender des Verwaltungsrats und Geschäftsführer von Gesellschaften und auf sein juristisches Interesse zurückgehen.

Es sei daran erinnert, dass sich nach und nach eine Klasse von professionell tätigen Freiberuflern entwickelt hat, die aktiv an den Hauptversammlungen teilnehmen, um zu unterstützen oder zu kritisieren, und dabei oft ihre Fähigkeiten und ihren Scharfsinn zeigen und die Meinung der Gesellschafter beeinflussen.

Die Bedeutung dieser Thematik versteht sich von selbst, wenn man daran denkt, dass die Auswahl derjenigen, aus denen sich die Organe der Geschäftsführung zusammensetzen, die Entwicklung der Gesellschaften und die Zukunft der Unternehmen beeinflusst.

Die Entscheidung der Hauptversammlung, durch die die Geschäftsführer ernannt werden, erfolgt durch einen Ablauf von Vorgängen und bildet mit diesen (einem bekannten juristischen Ausdruck zufolge) einen "Verfahrenstatbestand."

Damit ist gemeint, dass wir es mit einer Abfolge von miteinander verbundenen und koordinierten Handlungen zu tun haben, die jeweils eine spezielle Funktion haben, von denen jede die jeweils folgende bedingt und die zu einer Folge von Schritten führen, die jetzt behandelt werden sollen.

2. – *Regelung.* – Es empfiehlt sich, mit einem kurzen Hinweis auf die Quellen der verschiedenen Vorschriften zu beginnen, durch die das Verfahren zur Ernennung der Geschäftsführer geregelt ist, wobei die speziellen Unterschiede zwischen den einzelnen Arten von Gesellschaften zu berücksichtigen sind (wie z.B. die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder die Genossenschaften), denen diese vorstehen werden.

Die Rechtsquellen, auf die wir hingewiesen haben, sind in absteigender Folge:

A) Vor allem das allgemeine Gesetz wie etwa das Zivilgesetzbuch, das einige Grundregeln festlegt, in Art. 2363 bis 2383 für die Kapitalgesellschaften und in Art. 2532 bis 2535 für die Genossenschaften, die bei uns in wichtigen Bereichen eine bedeutende Rolle spielen, wie etwa die Volksbanken im Kreditwesen.

Die allgemeine Regelung wird oft durch spezielle Gesetze ergänzt, die nach und nach vom Gesetzgeber verabschiedet werden, um wenigstens in solchen Gesellschaften ein Gleichgewicht bei der Vertretung sicherzustellen, deren Anteile an der Börse gehandelt werden, wie dies etwa das kürzlich verabschiedete Draghi-Gesetz getan hat.

Diese Gesetze werden wiederum durch spezielle Instruktionen ergänzt, wie sie etwa für die börsennotierten Gesellschaften von der Börsenaufsicht (CONSOB) erlassen werden.

B) Eine weitere Quelle von Vorschriften sind die Gesellschaftsverträge der einzelnen Gesellschaften.

So gibt es etwa Gesellschaftsverträge, bei denen die Wahl des Vorsitzenden, des stellvertretenden Vorsitzenden und des Verwaltungsausschusses oder des Geschäftsführers mit Vertretungsvollmacht durch den Verwaltungsrat erfolgt, während in anderen vorgesehen ist, dass der Vorsitzende und einer oder mehrere stellvertretende Vorsitzende und manchmal auch der Verwaltungsausschuss von der Hauptversammlung gewählt werden.⁽¹⁾

C) Einige Gesellschaften haben eine Versammlungsordnung,⁽²⁾ welche das Wahlverfahren zur Ernennung der Geschäftsführer regelt, und in diesem Fall ist dies die Quelle der Vorschriften.

D) Eine weitere Quelle sind Nebenvereinbarungen, wie dies der Fall ist, wenn sich einige Gruppen zusammenschließen, die die Mehrheit der Kapitaleigner vertreten oder zusammen einen großen Anteil bilden.

Einer der bekanntesten Fälle ist der der Aktionärgemeinschaft der Mediobanca oder

(1) So der Gesellschaftsvertrag der Banca Popolare di Milano.

(2) So di Banca Popolare di Novara.

anderer öffentlicher Gesellschaften wie der Assicurazioni Generali.

E) Eine weitere Quelle ergibt sich aus der in der Gesellschaft üblichen Praxis oder Gewohnheit, die gültig sind, weil sie von Nebenvereinbarungen aufgenommen, oder spontan beachtet werden, solange man sie nicht ändert.

F) Wenn es keine speziellen Quellen gibt, werden einige Regeln durch Analogie aus den systematischen Prinzipien des öffentlichen Wahlrechts abgeleitet.

In diesem Sinne sei an die seinerzeit vom Obersten Gericht zur Rechtmäßigkeit geäußerte Auffassung erinnert.

3. – *Die Verfahrensschritte.* – Kommen wir nun zu den verschiedenen Verfahrensschritten, die zur Ernennung der Geschäftsführung führen.

Die Vorschrift aus Art. 2383 ZGB, in der festgelegt wird, dass das Recht zur Ernennung der Geschäftsführer der Hauptversammlung zusteht, gilt in Rechtslehre wie Rechtsprechung als unabdingbar, mit Ausnahme der Ernennung der neuen Geschäftsführer, die nach Art. 2383 ZGB von den Unterzeichnern des Gesellschaftsvertrags ernannt werden können oder, im Fall des Ausscheidens eines Geschäftsführers, durch Kooptierung seitens der verbliebenen Geschäftsführer (Art. 2386 ZGB).⁽³⁾

Art. 2368 I ZGB sieht vor, dass im Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen für die Ernennung der Funktionsträger innerhalb der Gesellschaft vorgesehen sein können, aber dies beschränkt sich auf besondere Regeln, welche die Hauptversammlung betreffen, wie etwa ein Quorum oder das Wahlrecht, und die dazu dienen, eine eventuelle Vertretung der Minderheit zu garantieren.⁽⁴⁾

Eine Klausel, mit der die Ernennung der Geschäftsführer durch eine begrenzte Anzahl von Gesellschaftern vorgesehen ist, gilt im Allgemeinen als nichtig.⁽⁵⁾

(3) Kassationsg. Zivilsen. 23. Januar 1965 Nr. 136 in *Foro it.* 1965, I, 427; Landger. Catania 23. Juli 1965, in *Dir. fall.* 1965, II, 940; Berufungsg. Mailand 27. August 1969 in *Giur. It.* 1970, I, 2, 546; Landger. Mailand 29. Januar 1982, in *Giur. Comm.* 1983, II, 125 u.v.a.m.

In der Rechtslehre MINERVINI, *Gli amministratori delle società per azioni*, Milano 1956, S. 14; MIGNOLI-NOBILI, *Enc. Di Diritto*, Stichw. *Amministratori di società*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1954; FERRI, *Le società*, Torino 1971, S. 492; COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova 1976, S. 661; FRE, *La società per azioni*, in *Commentario al cod. civ.* di Scialoja e Branca, zu Art. 2364 u. 2380; SCALFI, in *Riv. Società*, 1971, S. 40.

(4) PESUCCI-PACCHI, in *Riv. Società* 1974, 606; BIGIAMI, in *Riv. Dir. Civ.* 1956, 1023; SCALFI, *Riv. società*, 1971, S. 40.

(5) Berufungsg. Mailand 27. August 1969; COTTINO, *Diritto commerciale* S. 660; FERRI, *Le società*, S. 498.

4. – *Wahl durch die Hauptversammlung.* – Die Wahl der Geschäftsführer durch die Hauptversammlung erfolgt durch Auswahl der Geschäftsführer aus mehreren verschiedenen Kandidaten von Seiten der Gesellschafter und Aktionäre in der Versammlung.

An dieser Stelle sind die verschiedenen Schritte des Verfahrens darzustellen.

Einberufung der Hauptversammlung

Die Versammlung zur Wahl der Geschäftsführung muss vor allem erst einmal vom rechtmäßigen und zuständigen Organ einberufen werden, d.h. vom Verwaltungsrat der Geschäftsführer (Art. 2363, 2366 ZGB), und wenn es diesen nicht gibt, vom Vorstand und, für den Fall eines Antrags auf Einberufung von Seiten einer Minderheit vom Vorsitzenden des Landgerichts (Art. 2367 ZGB).

Mit der Veröffentlichung der Einberufung beginnt die Bildung der Versammlung (Kassationsg. Zivilsen. 2. August 1977 Nr. 3422, in *Riv. società* 1977, II, 76, 77).

Ohne fristgerechte Einberufung gelten die Beschlüsse nach der vorherrschenden Meinung in Lehre und Rechtsprechung als nicht bestehend.⁽⁶⁾

Eine von einem nicht dazu berechtigten Subjekt (wie etwa einem faktischen Geschäftsführer oder Kollegium) einberufene Hauptversammlung ist einigen Urteilen zufolge nicht bestehend, ebenso die in deren Verlauf erfolgten Rechtsakte und Beschlüsse.

Es ist außerdem die Auffassung vertreten worden, dass die Einberufung der Hauptversammlung durch nur einen Geschäftsführer und nicht durch den gesamten Verwaltungsrat deren Aufhebbarkeit und nicht deren Nichtigkeit bewirke (Kassationsg. Zivilsen. 2. August 1977 Nr. 3422).

In der Rechtsprechung ist es umstritten, ob eine regelwidrige Einberufung der Hauptversammlung deren Nichtbestehen (Berufungsger. Mailand 23. Juli 1957 in *Mass. Giur. Civ.* 1957, 61) oder deren Aufhebbarkeit bewirkt (Kassationsg. Zivilsen. 3. Februar 1965 Nr. 175, in *Dir. Fall.* 1965, II, 298).

Ebenso sind in der Rechtsprechung eine Hauptversammlung und deren Beschlüsse als nicht bestehend angesehen worden, da die Sitzung des für die Einberufung zuständigen Gremiums regelwidrig war.

(6) Kassationsg. Zivilsen. 28. November 1981 Nr. 6340 in *Giur. comm.* 1982, II, 424; Kassationsg. Zivilsen. 25. Januar 1965, Nr. 136, in *Foro it.* 1965, I, 1599; Kassationsg. Zivilsen. 20. April 1961, Nr. 886 in *Foro it.* 1961, I, 1711.

In der Lehre: GIANATTASIO in *Giust. civ.* 1961, I, 1305; CANDIAN in *Temi*, 1955, S. 69; ASCARELLI, *Riv. dir. comm.* 1950, I, S. 169; TRIMARCHI, *Riv. società* 1957, S. 451; dagegen ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni*, in *Foro Padano* 1953, I, 59.

Dies ist dann der Fall, wenn sich einige Geschäftsführer zu einer Sitzung zusammengefunden haben, ohne dass eine fristgerechte Einberufung aller Mitglieder entsprechend dem Gesellschaftsvertrag erfolgt ist bzw. ohne dass die Sitzung (wenn dies vorgesehen ist) als Dringlichkeitssitzung einberufen wurde.

Anders verhält es sich mit Sitzungen, an denen ein Teil der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats teilnimmt und auf die dann eine regelgerechte Einberufung aller Mitglieder folgt, sofern der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausschließt.

Die Einberufung der Gesellschafter erfolgt durch eine Anzeige an besonderer Stelle, die im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnet ist, also etwa im Amtsblatt oder im Amtsanzeiger, dies unter Beachtung der im Gesellschaftsvertrag oder im Gesetz vorgesehenen Frist.

In der Rechtsprechung ist entschieden worden, dass "Das Unterlassen der Mitteilung über die Einberufung an einige Gesellschafter lediglich zur Aufhebbarkeit führt und nicht zur absoluten Nichtigkeit (Landger. Neapel 9. Juli 1957).

Diese Anzeige kann dann (sofern dies Gesellschaftsvertrag und Gewohnheit vorsehen) durch eine persönliche Einladung an die Gesellschafter ergänzt werden, in der Tag und Uhrzeit sowie der Versammlungsort und die Tagesordnung bzw. andere Modalitäten mitgeteilt werden.

Für den Fall, dass die gesetzliche Frist zwischen Anzeige und Versammlung nicht eingehalten worden ist, gelten deren Beschlüsse als aufhebbar.⁽⁷⁾

Es ist die Auffassung vertreten worden, dass ein Beschluss der Versammlung zu einem nicht in der Bekanntmachung angegebenen Tagesordnungspunkt gültig und rechtswirksam ist, sofern dieser nicht nach Art. 2377 angefochten wird, d.h. aufhebbar sei (Kassationsg. Zivilsen. 11. März 1977 Nr. 989).

Die Gesellschafter werden dazu aufgefordert, ihren Willen zur Teilnahme an der Hauptversammlung durch Rücksendung eines Teilnahme­scheins auszudrücken, bei dem es sich normalerweise um einen Vordruck handelt, zu dem eventuell ein Formular für die Erteilung einer Vertretungsvollmacht an einen anderen Gesellschafter oder Aktionär gehört.

Eine der Modalitäten, die in der Praxis üblich sind, besteht in der Zusendung von Eintritts- und Stimmkarten für alle (d.h. entsprechende Karten auch für

(7) Berufungser. Bari 3. Januar 1978, in *Dir. Fall.* 1978, II, 230; Landger. Neapel 20. Juni 1979, in *Giur. comm.* 1980, II, 569.

eventuelle Vertretungsbevollmächtigte), die eine Analogie zu den Wahlscheinen bei öffentlichen Wahlen zeigen.

Die Eintrittskarte kann dem Gesellschafter zugesandt oder bei dem Büro abgeholt werden, das für die Organisation der Hauptversammlung zuständig ist, eventuell zusammen mit weiterem Material für die Wahl.

Die Konstitution der Versammlung

Art. 2368, 2369, 2369 bis ZGB legen für die ordentliche Hauptversammlung ein Quorum für die anwesenden Gesellschafter fest, die mindestens die Hälfte des Gesellschaftskapitals vertreten müssen, wobei die Aktien mit eingeschränktem Stimmrecht nicht berücksichtigt werden.

Wird das Quorum nicht erreicht, so ist die Versammlung als nicht bestehend angesehen worden vom Langer. Neapel 10. Februar 1958 in *Dir. giur.* 1958, 917.

Ebenso ist eine Versammlung nicht bestehend, an der Unberechtigte teilgenommen haben, wenn sich deren Anzahl durch Gegenrechnung als entscheidend erweist.

Die Überprüfung der regelgerechten Konstitution der Versammlung muss vor einer Abstimmung zu jeglichem Thema erfolgen.

Es ist die Auffassung vertreten worden, dass die als solche festgelegten "Mängel bei der Konstitution der Versammlung dem Schutz der Gesellschafter dienen und nicht dem der Gesellschaft und daher lediglich die Aufhebbarkeit der Versammlung bewirken" (Kassationsg. Zivilsen. 13. März 1975, Nr. 938, in *Giur. comm.* 1976, II, 14).

Die Versammlung fasst Beschlüsse mit absoluter Mehrheit, vorbehaltlich der Festlegung einer höheren Mehrheit im Gesellschaftsvertrag.

Die Vorschrift sagt, dass "der Gesellschaftsvertrag für die Ernennung der Funktionsträger innerhalb der Gesellschaft besondere Bestimmungen vorsehen kann."

Das Quorum für eine gültige Konstitution der Hauptversammlung gilt als Voraussetzung für das Bestehen der Versammlung (Landger. Neapel 10. Februar 1958 in *Dir. giur.* 1958, S. 917).

In der Rechtsprechung hat man gemeint, dass die Überprüfung unmittelbar vor der Abstimmung über ein bestimmtes Thema erfolgen muss und dass eine nicht durchgeführte Überprüfung die Nichtigkeit des Beschlusses bewirkt (Landger. Venedig 18. Mai 1959, in *Giur. it.* I, S. 278).

Für die Entscheidungen in den ordentlichen Versammlungen ist bei erster Einberufung die absolute Mehrheit erforderlich, für die außerordentlichen Versammlungen mindestens die Hälfte des Gesellschaftskapitals.

Die Teilnahme von Nichtgesellschaftern, die nicht anderweitig zur Teilnahme berechtigt sind,

ist ein Grund dafür, die Beschlüsse als nicht bestehend anzusehen, sofern diese Personen für das Erreichen des Quorums bzw. für die Aufhebung wegen Nichterreichen des Quorums entscheidend sind.

Die Kandidatur und die Vorstellung der Kandidaten

Die Kandidaten für Geschäftsführung und Aufsichtsrat können bzw. müssen, um von der Hauptversammlung der Gesellschafter gewählt werden zu können, einige vom Gesetz oder vom Gesellschaftsvertrag bzw. den Regeln für die Versammlung bestimmte Voraussetzungen mitbringen.

Die häufigsten Voraussetzungen nach Art. 2382 ZGB sind die Volljährigkeit des Kandidaten (es sei denn es handelt sich um einen Kaufmann), dass er nicht entmündigt, beschränkt entmündigt, in Konkurs, oder zu einer Strafe verurteilt worden ist, die ein auch nur vorübergehendes Verbot bzw. eine Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher oder leitender Ämter bewirkt.

Im Allgemeinen kann auch ein Nichtgesellschafter ernannt werden, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (das ist häufig bei Genossenschaften der Fall, wie etwa bei Genossenschaftsbanken).

Die Tatsache, dass ein Kandidat Gesellschafter ist, verleiht ihm sicher Glaubwürdigkeit, denn dies zeigt sein Interesse an der Gesellschaft und an deren guter Führung.

Besondere Anforderungen, was ihre berufliche Qualifikation und Ehrbarkeit angeht, werden von den zuständigen Regierungsbehörden und von der Börsenaufsicht (CONSOB) an diejenigen gestellt, die für Funktionen in Geschäftsführung, Direktion oder Aufsichtsrat von Banken oder Finanzgesellschaften kandidieren (Art. 14 des Draghi-Gesetzes).

Eine weitere Voraussetzung für eine gültige Ernennung durch die Hauptversammlung ist, dass der Kandidat nicht zuvor wegen schwerer Unregelmäßigkeiten von der Gerichtsbehörde abberufen worden ist (Landger. Mailand 9. Mai 1991, in *Giur. comm.* 1992, 342).

Der Kandidat wird normalerweise zum Kandidaten, wenn er von anderen Gesellschaftern oder Gruppen von Gesellschaftern aufgestellt wird, aber er kann sich auch spontan selbst vorschlagen, oder von den Gesellschaftern gewählt werden, ohne dass er von jemandem aufgestellt worden ist.

Die Aufstellung ist daher ein eventueller, nicht unbedingt erforderlicher Schritt und kann daher übersprungen werden, und der Kandidat muss auch nicht von jemandem aufgestellt werden.

Die Gruppe, die eine Kandidatur vorschlägt, kann groß sein oder nur aus einer einzigen Person bestehen, der Gesellschaftsanteile von mehr oder weniger großem Gewicht vertritt usw.

Bei einer *public company* (Gesellschaft öffentlichen Rechts) und bei Genossenschaftsbanken ist die Kandidatur umso glaubwürdiger, je mehr glaubwürdige Personen den Kandidaten vorstellen.

Um Mitglied der Geschäftsführung zu werden, muss der Kandidat von den Gesellschaftern in der Hauptversammlung gewählt werden und dabei die für die Wahl erforderliche und ausreichende Stimmenzahl erreichen.

Die Gesellschafter haben aktives, die Kandidaten auch passives Wahlrecht, d.h. sie können gewählt werden.

Der Wahlvorgang im Allgemeinen

Die Stimme ist Ausdruck eines *direkt oder durch Vertretungsbevollmächtigte ausgedrückten, freien und einheitlichen Willens* und wird durch konventionelle Modalitäten ausgedrückt, die, wenn nicht vom Gesellschaftsvertrag, so vom Vorsitzenden der Hauptversammlung bzw. von der Versammlung selbst festgelegt werden.

Die ordentliche Hauptversammlung kann zur Abstimmung über eine Reihe von Fragen bestellt werden, und die Wahl des Verfahrens ist normalerweise Aufgabe des Vorsitzenden, dem ein Sekretär und (ein oder mehrere) Stimmzähler zur Seite stehen.

Der Gegenstand der Abstimmung kann unterschiedlich sein, wie dies etwa bei Diskussion und Genehmigung der Jahresabrechnung der Fall ist, außerdem beim Bericht von Geschäftsführung und Aufsichtsrat sowie im Allgemeinen bei verschiedenen Vorschlägen der Hauptversammlung wie etwa einer Haftungsklage gegen die Geschäftsführer.

Der Gesellschaftsvertrag sieht manchmal vor, dass der Vorsitzende der Gesellschaft selbst auch Vorsitzender der Hauptversammlung ist und nicht jemand, der von den Gesellschaftern dazu bestimmt wird.

Die Ernennung von Sekretär und Stimmzählern erfolgt üblicherweise auf Vorschlag des Vorsitzenden und wird von der Hauptversammlung beschlossen.

Es kann festgelegt werden, dass der Sekretär Mitglied der Notarkammer sein muss, wie wir noch sehen werden.

Die Stimme ist Ausdruck eines direkt oder durch Bevollmächtigte ausgedrückten, freien und einheitlichen Willens und wird durch konventionelle Modalitäten ausgedrückt, die, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag oder in einer Regelung, so vom Vorsitzenden der Hauptversammlung bzw. von der Versammlung selbst festgelegt werden.

Die Stimmabgabe muss vor allem formell ausdrücklich erfolgen und kann nicht stillschweigend, implizit oder angenommen sein.⁽⁸⁾

(8) "Implizite Beschlüsse" sind nicht zulässig: Kassationsg. Zivilsen. 24.7.1968 Nr° 2672 in *Riv. dir. comm.* 1969, II, 181; FERRO LUZZI, in *Riv. dir. comm.* 1969, II, 181; FERRO LUZZI, in *Riv. dir. comm.* 1969, II, 181; GRISENTI, in *Riv. soc.* 1968, 598.

Eine nicht ausdrücklich abgegebene Stimme ist keine Stimme.

Die zur Abstimmung stehenden Alternativen haben häufig ein einziges Thema, so dass die Wahl sich für die Gesellschafter in einem einfachen "ja", "nein", "weiß nicht" ausdrückt.

Die Stimmabgabe kann durch Handheben, durch Stimmzettel in einer Wahlurne, oder auf andere Weise erfolgen

Wie schon gesagt, können die Wahlmethoden unterschiedlich sein, das Wahlkriterium muss jedoch einheitlich sein.

Eine gleichberechtigte und demokratische Methode liegt dann vor, wenn die Gesellschafter eine Stimme pro Kopf abgeben.

Dies ist dann der Fall, wenn durch Handaufheben, durch Aufstehen, durch Gruppenbildung im Raum, durch namentlichen Aufruf, oder bei großen Versammlungen durch elektronische Mittel gewählt wird.⁽⁹⁾

Bei Genossenschaften, wo eine Stimme pro Kopf ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft entspricht, wie auch bei Vollmachten von anderen Gesellschaftern oder bei gesetzlicher Vertretung etwa nicht volljähriger Kinder usw. kann eine Stimmabgabe mehreren Stimmen entsprechen.

In diesem Fall hat der Gesellschafter so viele Stimmen, wie für ihn Vollmachten ausgestellt wurden, dies im Rahmen der Vorschriften des Gesellschaftsvertrags bzw. derjenigen, deren gesetzliche Vertretung er übernimmt.

Die Anzahl der für sich selbst und durch Vollmacht ausgedrückten Stimmen kann durch eine entsprechend hochzuhaltende Stimmkarte mitgeteilt werden, auf der die Anzahl der Stimmen angegeben ist, über die der jeweilige Gesellschafter verfügt.

Das egalitäre Wahlrecht kann nach Ermessen auch bei den Hauptversammlungen von Kapitalgesellschaften zur Anwendung kommen, bei denen das Stimmrecht der Gesellschafter normalerweise zu den von diesen besessenen Aktien proportional ist (bei Vollmachten auch zu den Aktien der Gesellschafter, die eine Vollmacht erteilt haben).

Eine Aktiengesellschaft kann ihrerseits eigene Aktien besitzen (oder über Vollmachten verfügen), wobei das Stimmrecht von ihrem zeitweiligen Vertreter oder von einer mit entsprechender Vollmacht ausgestatteten Person ausgeübt wird.

Das Wahlrecht kann auch ungleich sein, was dann der Fall ist, wenn die Stimmen von den bei der Hauptversammlung anwesenden Gesellschaftern je nach Anzahl der besessenen oder vertretenen Aktien erfolgt. Bei einer derartigen Abstimmung muss namentlich vorgegangen werden, wobei der Vorsitzende von der Stimmabgabe Notiz nimmt und jeder Stimme ihr Gewicht je nach den besessenen Aktien gibt.

(9) Eine derartige Hauptversammlung war vor einigen Jahren die des Credito Italiano in Genua, deren Bestätigung Widerspruch hervorrief.

E

Eine der unterschiedlichen Verteilung des Aktienbesitzes eher entsprechende Methode liegt bei der Benutzung von Stimmkarten vor, auf denen auch die Anzahl der jeweiligen Stimmen angegeben ist.

Die Wahl der Geschäftsführung im Besonderen

Die Ernennung der Geschäftsführer ist Ergebnis eines sehr viel komplizierteren Vorgangs, bei dem die zu wählenden Personen von der Hauptversammlung gewählt werden und der keine einfache Abstimmung über ein einziges Thema ist.

Die oben geschilderten Eigenschaften sind offensichtlich.

Die Stimme muss direkt oder über einen Bevollmächtigten abgegeben werden und dem Gesellschafter Wahlfreiheit garantieren, während die Wahl gleichartig sein muss.

Es ist sicher ein unabdingbares Prinzip, dass die Stimme der Geschäftsführer, ob diese nun ein Ja-Stimme, eine Nein-Stimme oder eine Enthaltung ist, abgegeben werden muss und weder als stillschweigend noch als angenommen gelten kann.

Als nicht bestehend ist eine Wahl anzusehen, bei der lediglich die Nein-Stimmen und Enthaltungen gezählt werden, während die restlichen Gesellschafter, die nicht mit Nein gestimmt oder sich enthalten haben, als Ja-Stimmen angenommen werden.

Dies ist eine nicht bestehende Wahl, weil die Stimmen nicht ausdrücklich abgegeben, sondern nur vermutungsweise angenommen worden sind, also wie eine stillschweigende oder implizite Stimmabgabe.

Dies passiert manchmal bei Versammlungen, wenn angeblich aus Gründen der Schnelligkeit⁽¹⁰⁾ unabdingbare juristische Prinzipien über Bord geworfen werden.

Ein weiteres Erfordernis ist, dass bei der Wahl die unverzichtbare Wahlfreiheit des Aktionärs beachtet werden muss, bei der die vorgeschlagenen Kandidaten gestrichen oder durch von diesem gewollte Personen ersetzt werden können.

Auch eine nicht gleichartige Wahl ist nicht bestehend (wie etwa für den Fall, dass die Zustimmung der Gesellschafter auf andere Weise ausgedrückt wird als die Ablehnung oder Enthaltung, was der Logik von Probe und Gegenprobe widerspricht).

Der Gesellschaftsvertrag kann besondere Wahlsysteme vorsehen, anderenfalls wird deren Anwendung vom Vorsitzenden der Versammlung festgelegt.

(10) Irrtümlich wurde eine derartige Abstimmung als existent und gültig angesehen vom Landger. Varese 1. März 1999, Nr. 75/99, unpubl.

Einige Gesellschaftsverträge sehen auch Regelungen vor, durch die die Vertretung von Minderheiten im Verwaltungsrat und im Aufsichtsrat gesichert werden soll.

Die Wahl kann egalitär sein, etwa wenn jeder Gesellschafter eine Stimme pro Kopf abgibt.

Wie schon gesagt, erfolgt die Abgabe durch Handaufheben, Aufstehen bzw. Hinsetzen, Bildung von Gruppen im Raum, namentlichen Aufruf, oder Stimmzettel in einer Wahlurne.

Im angegebenen Fall kann der Gesellschafter mehrere Stimmen abgeben, sofern er von anderen bevollmächtigt ist, oder einen Geschäftsunfähigen gesetzlich vertritt.

In diesem Fall hebt er die Hand und zeigt dabei z.B. eine Stimmkarte mit der Anzahl Stimmen vor, über die er verfügt.

Beim auf Anzahl der besessenen Aktien beruhenden Wahlrecht wirft der Aktionär in eine Urne den Wahlzettel mit den Namen der gewählten Personen und der Anzahl Stimmen, in eine andere Urne dagegen den Zettel, auf dem der Name des Wählers vermerkt ist.

In der Rechtsprechung ist entschieden worden, dass bei einer Aktiengesellschaft ein Gesellschaftsvertrag gegen zwingende Vorschriften verstößt, wenn dort eine geheime Abstimmung vorgesehen ist.⁽¹¹⁾

Auf das Prinzip der Wahlfreiheit des Aktionärs bei der Wahl des Geschäftsführers beruft sich die Rechtsprechung, die eine Wahl für nichtig hält, wenn die Namen der Kandidaten auf den Stimmzetteln vordruckt sind und der Gesellschafter dabei nicht auf seine Wahlfreiheit hingewiesen wird bzw. ein Streichen oder Ersetzen der Namen *in einem freien Feld* nicht erlauben. (s. Anm. 17).

Als nichtig ist daher eine Wahl anzusehen, bei der Stimmzettel verwendet werden, auf denen eine Liste von Kandidaten erscheint, die nicht ersetzt werden können, so dass die Wahl festgelegt ist.

Einigen Entscheidungen zufolge ist eine Listenwahl der Kandidaten

(11) Landger. Mailand 21. Juni 1988 in *Giur. It.* 1989, I, 2, 12; Landger. Triest 26. September 1984, in *Società* 1985, 60; Landger. Mailand 27. September 1982, in *Società* 1983, 638; Berufungsgger. Florenz 14. Januar 1965 in *Foro it.* 1965, I, 317. Die Rechtsprechung ist uneins: GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1963, S. 311; FRÉ, *Società per azioni* in *Commentario al cod.civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1982, S. 350; GALGANO, *La Società per azioni*, Padova 1984, S. 214; für die Zulässigkeit ROMANO PAVONI, *Le delibere delle assemblee delle società*, Milano 1951, S. 204; SENA, *Il voto nelle assemblee delle società per azioni*, Milano 1961, S. 425.

zulässig,⁽¹²⁾ sofern die Freiheit zum Ersatz der Kandidaten durch andere nicht beschnitten wird.

In diesem Fall kann der Wähler innerhalb der Liste Kandidaten streichen oder, wenn vorgesehen, diesen eine Vorzugsstimme geben.

Andere Gesellschafter könnten eine weitere Liste mit Kandidaten vorschlagen, und in diesem Fall werden diejenigen zu Geschäftsführern erklärt, die unter Beachtung des Quorums die höhere Anzahl Stimmen erhalten.

Einige Gesellschaftsverträge sehen besondere Wahlverfahren vor, die eine proportionale Vertretung von Minderheiten oder eine Reduzierung der Anzahl Sitze der Mehrheit vorsehen.

Im Allgemeinen ist es ausgeschlossen, dass Geschäftsführer als gewählt betrachtet werden können, wenn sie keinerlei ausdrückliche Stimmen erhalten haben, sondern lediglich angenommene, die sich aus der Differenz zwischen anwesenden Gesellschaftern und Nein-Stimmen bzw. Enthaltungen ergeben.

Dies kann der Fall sein, wenn die Hauptversammlung lediglich für Nein-Stimmen und Enthaltungen zur Stimmabgabe durch Handheben aufgefordert wird und nicht auch für die Ja-Stimmen. Grundlegend ist, dass die Wahlfreiheit des Aktionärs garantiert ist.

Unterschied zwischen Wahl und Stimmauszählung

Die Gesellschafter stimmen ab, der Vorsitzende der Versammlung oder der Sekretär zählt die Stimmen (letzterer insbesondere durch seine Bestätigung bei außerordentlichen Sitzungen).

Die Stimmauszählung drückt sich nicht in der Stimme aus, sondern in deren Zählung (etwa der Anzahl der gehobenen Hände, der stehenden bzw. sitzenden Personen, der Anzahl der Personen in den Gruppen, der Stimmen entsprechend den vom Wähler besessenen Aktien).

In den Versammlungen mit zahlreichen Gesellschaftern, bei denen die Auszählung kompliziert ist, werden zu Beginn der Sitzung Stimmzähler ernannt, die mit dem Vorsitzenden zusammenarbeiten. Die Stimmauszählung kann auch automatisch sein, etwa bei Benutzung eines elektronischen Systems.

Wahl und Stimmauszählung werden oft miteinander verwechselt, als ob es sich um ein und dasselbe handelte.

(12) Kassationsg. Zivilsen. 19. Oktober 1990, Nr. 10121; Berufungsg. L'Aquila 24. August 1998 in *Giur. it.* 1999, 1252 und in *Rassegna* 1999 p. 252; Berufungsg. Bologna 4. Mai 1992 in *Giur. Comm.* 1993, II, 621; Berufungsg. Turin 11. Februar 1987 in *Giur. it.* 1987, I, 2, 389; Landger. Bari 20. Dezember 1988 in *Giur. comm.* 1989, II, 74.

Es ist richtig, dass die Wahl durch Feststellung bzw. in der Stimmauszählung (sei es nach Anzahl Personen oder nach Aktien) durch den Vorsitzenden, den Sekretär und eventuell die Stimmzähler ihren Ausdruck findet. Es handelt sich aber um Unterschiedliches.

Die Stimmauszählung ist oft komplex, z.B. wenn zahlreiche Streichungen und Ersetzungen zu beachten sind.

Die Auszählung kann mehrere Stunden dauern, besonders bei großen Versammlungen, sie kann die Mitarbeit zahlreicher Stimmzähler erforderlich machen.

Am Ende wird die Auszählung im Versammlungsprotokoll festgehalten, in dem die Anzahl Stimmen registriert wird, die jeder einzelne Kandidat auf sich vereinigen konnte.

Seinerzeit wurde richtigerweise gelehrt, dass "die Tatsache, dass die Beschlüsse in einem vom Vorsitzenden und vom Sekretär oder Notar unterschriebenen Protokoll vorliegen müssen, als Festlegung des Erfordernisses der schriftlichen Form *ad substantiam* zu verstehen ist" (Kassationsg. Zivilsen. 26. Juni 1956, Nr. 2286, in *Dir. fall.* 1956, II, S. 699).

Die beiden Zeitpunkte der Stimmauszählung und der Protokollierung können frei festgelegt werden. Das Protokoll kann analytisch oder synthetisch sein.

Das Protokoll einer ordentlichen Sitzung gilt als synthetisch, auch wenn an seiner Formulierung ein Notar als Schriftführer mitwirkt, denn es handelt sich nicht um eine öffentliche Urkunde.

In diesem Fall beurkundet der Notar, wie gesagt, nur die Erklärungen des Vorsitzenden oder den Willen der Versammlung nach seinen Worten, nicht aber auch die Übereinstimmung des Protokolls mit den erklärten Tatsachen.

Etwas anderes ist das Protokoll einer außerordentlichen Sitzung, das den Anforderungen des Notargesetzes entsprechen muss und sonst nichtig ist.

Um Wirksamkeit als öffentliche Urkunde zu haben, darf dieses nicht mit Mängeln behaftet sein, durch die es nichtig würde, denn in diesem Fall wäre es nicht verbindlich und könnte zu einer Fälschungsklage führen.

Eine Abstimmung ohne Auszählung und ohne Protokoll führt zu einer rechtlich nicht bestehenden Ernennung (Kassationsg. Zivilsen. 28. November 1981, Nr. 6340).

Zum Protokoll gehören auch die von der CONSOB vorgeschriebenen Anhänge, in denen die Namen derjenigen angegeben sind, die dagegen gestimmt oder sich enthalten haben. Dies um die Berechtigung derjenigen nachzuweisen, die die Wahl anfechten wollen.

Eine Liste der Ja-Stimmen ist nicht vorgeschrieben, weil sich das Problem einer Berechtigung zur Anfechtung des Beschlusses für diese nicht stellt.

Bekanntgabe des Ergebnisses

Die Bekanntgabe ist Aufgabe des Vorsitzenden der Versammlung und des Sekretärs, die gemeinsam das Protokoll erstellen, das die Bekanntgabe enthält. Wenn es Stimmzähler gibt, so unterschreiben auch diese das Protokoll, wenn dies auch nicht unter Androhung des Nichtbestehens der Entscheidung erforderlich ist.

Die Bekanntgabe beschränkt sich nicht auf die einfache Mitteilung der Anzahl der Ja-Stimmen, Nein-Stimmen und Enthaltungen, sondern in der feierlichen Erklärung über Annahme oder Ablehnung aufgrund der Stimmauszählung. Bekanntgabe und Erklärung werden vom Vorsitzenden durchgeführt und ins Protokoll aufgenommen.

Handelt es sich um eine Wahl der Geschäftsführer, so wird bekannt gegeben, wer gewählt worden ist, und oft auch die Namen der ersten nicht gewählten Kandidaten, dies im Hinblick auf ein eventuelles Nachrücken für den Fall, dass einer der gewählten auf das Amt verzichtet oder für des Amtes verlustig gegangen erklärt wird. Normalerweise werden auch das erforderliche Quorum und die von jedem Einzelnen erhaltenen Stimmen genannt.

Ein Ausbleiben der Bekanntgabe des Ergebnisses und der Wahl bewirkt das Nichtbestehen der Ernennung.

5. – Ungültigkeit der Versammlung und ihrer Beschlüsse. – Es gibt drei Arten von Ungültigkeit: die extreme Art der Ungültigkeit ist das Nichtbestehen, dann folgt die Nichtigkeit und schließlich die Aufhebbarkeit.⁽¹³⁾

Ungültigkeit liegt vor, wenn Versammlung und Beschlüsse nicht dem Gesetz bzw. dem Gesellschaftsvertrag entsprechen (so Art. 2377 II ZGB).

A) Nichtbestehen liegt dann vor, wenn das Verfahren, das zum Beschluss führt, nicht durchgeführt, oder durch ein Dazwischentreten eines positiven oder negativen Faktors unterbrochen worden ist, der dessen zweckgemäße Durchführung verhindert.

Von angesehener Seite ist präzisiert worden, dass Nichtbestehen dann vorliegt, wenn der Verfahrenstatbestand nicht die unabdingbaren Merkmale eines durch die Gesellschaft zu vertretenden Beschlusses erfüllt, so dass sich ein scheinbarer Tatbestand ergibt, der wegen struktureller oder funktionaler Inadäquatheit nicht in die juristische Kategorie der Versammlungsbeschlüsse gehört.

Die Rechtsprechung urteilt bei den verschiedenen Fällen konstant, dass "Beschlüsse der

Gesellschaft nicht bestehen,"⁽¹⁴⁾ wenn: *a)* keine Einberufung der Versammlung erfolgt ist, *b)* keine Abstimmung erfolgt ist, *c)* die gesetzlich vorgesehene Mehrheit nicht erreicht worden ist, *d)* Stimmenauszählung und Protokollierung unterblieben sind (Kassationsg. Zivilsen. 24. Januar 1995 Nr. 835 zit.), *e)* die Bekanntgabe des Ergebnisses fehlt.

Außerdem ist ein Beschluss für nicht bestehend erklärt worden, an dem Personen teilgenommen haben, die kein Stimmrecht besaßen.⁽¹⁵⁾

Diese Auffassung ist für den Fall vertreten worden,⁽¹⁶⁾ dass wegen Nichterreichen der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit keine Beschlussfähigkeit vorlag.

B) Nichtigkeit liegt dagegen dann vor, wenn die Vorschrift verletzt wird, mit der die allgemeinen Interessen und nicht die des einzelnen Gesellschafters geschützt werden sollen, der das Recht auf Anfechtung hat.⁽¹⁷⁾

Dieser Fall ist dann gegeben, wenn ein Beschluss von einer nicht vollzähligen Versammlung gefasst worden ist, die unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften einberufen und durchgeführt worden ist.⁽¹⁸⁾ Es gibt zwei Arten von Nichtigkeit, die gewöhnliche, die verjährbar und heilbar oder zumindest umdeutbar ist, und die außergewöhnliche nach Art. 2379 ZGB, d.h. die Nichtigkeit "wegen Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit des Gegenstands", die unverjährbar und damit auch nicht heilbar ist.

Es kommt in der Rechtslehre nicht selten vor, dass die Nichtigkeit lediglich auf den letzten Fall eingeschränkt wird, während der Fall der Nichtigkeit, die der genannten Rechtsvorschrift zufolge verjährbar und heilbar ist, mit denselben Wirkungen wie die der Aufhebbarkeit verallgemeinert wird.

Diese Sichtweise ist meines Erachtens ungenau, weil das *genus* der Nichtigkeit nicht auf die *species* der Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit und Unrechtmäßigkeit eingeschränkt werden kann, während man die normale Nichtigkeit mit der Aufhebbarkeit verwechselt.

Der zuletzt genannte Fall liegt vor, wenn das Gesamtergebnis strittig ist, z.B. weil entscheidende Stimmen als gültig oder ungültig angesehen worden sind.

(14) Kassationsg. Zivilsen. 28. November 1981 Nr. 6340; Landger. Mailand 14. November 1977 in *Rep. giust. civ.* 1979, II, S. 3397; Landger. Mailand 9. Oktober 1975 in *Giur. comm.* 1976, II, S. 521 tra le molte.

(15) Kassationsg. 9. November 1974, Nr. 3491, in *Giur. comm.* 1975, II, 305.

(16) Kassationsg. Zivilsen. 24. Januar 1995 Nr. 835; Kassationsg. Zivilsen. 14. Januar 1993 Nr. 403; Landger. Mailand 23. Mai 1995 in *Giur. it.* 1996, 808; Kassationsg. Zivilsen. 4. März 1963 Nr. 511, in *Dir. Fall.* 1963, II, 255, in *Giur. it.* 1963, I, 1, 576.

(17) Kassationsg. Zivilsen. 4. Januar 1966 Nr. 45 in *Dir. fall.* 1966, II, 226.

(18) Kassationsg. Zivilsen. 9. November 1974 Nr. 3421 in *Giur. comm.* 1975, II, 305.

Ein Beschluss der Versammlung ist als nichtig angesehen worden, wenn es zwar Gegenstimmen gegeben hat, die Namen der mit Nein stimmenden Aktionäre aber nicht zum Zweck der Anfechtung angegeben worden sind.⁽¹⁹⁾

Nichtig ist auch eine nicht vollzählige Versammlung, die unter Verletzung von Rechtsvorschriften bzw. des Gesellschaftsvertrags einberufen oder abgehalten worden ist.⁽²⁰⁾

C) Aufhebbar sind alle Beschlüsse, die weder nicht bestehend noch nichtig sind.

Die Fälle von Aufhebbarkeit in der Rechtsprechung sind zahlreich und unterschiedlich und zeigen kein gemeinsames Merkmal.

So ist z.B. entschieden worden, dass Aufhebbarkeit im Allgemeinen bewirkt wird durch "Mängel bei der Konstitution der Versammlung, da diese die Interessen der Gesellschafter und nicht die der Gesellschaft schützen."⁽²¹⁾

Dies ist z.B. bei einer Versammlung der Fall, die nur von einem Geschäftsführer und nicht vom Verwaltungsrat einberufen worden ist, bzw. im Allgemeinen bei regelwidriger Einberufung.⁽²²⁾

Dasselbe gilt für "einen Beschluss der Versammlung zu einem Thema, das nicht auf der Einberufung angegeben war."

Ebenso ist ein Beschluss aufhebbar, der von allen Gesellschaftern getroffen worden ist, aber an einem anderen Ort als dem auf der Einberufung angegebenen, auch wenn der Aufsichtsrat fehlt.⁽²³⁾

Die Aufhebbarkeit bewirken außerdem "Mängel bei der Konstitution der Versammlung, da diese die Interessen der Gesellschafter und nicht die der Gesellschaft schützen."

Weiterer Beitrag des Verfassers zum selben Thema:

"Alcune osservazioni sulle linee del progetto Pajardi di riforma dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo", in Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile, S. 435.

(19) Berufungsg. Mailand 24. September 1967, in *Giur. it.* 1968, I, 2, 236.

(20) Landger. Mailand 3. September 1990 in *Riv. Notar.* 1991, II, 499.

(21) Landger. Genua 22. Oktober 1987, in *Società* 1988, 392.

(22) Landger. Mailand 3. September 1990 in *Riv. notar.* 1991, II, 499; Berufungsg. Mailand 24. September 1967 in *Giur. It.* 1968, I, 2, 236; Berufungsg. Mailand 22. Oktober 1987 in *Società* 1988, 39; Kassationsg. Zivilsen. 13. März 1975 Nr. 938 in *Giur. comm.* 1976, II, 14.

(23) Kassationsg. Zivilsen. 2. August 1977 Nr. 3422; Kassationsg. Zivilsen. 11. März 1977 Nr. 989; Amtsg. Mailand 27. Januar 1986 in *Dir. fall.* 1986, 623.