

Richtlinie Aktionärsrechte Related Party Transactions Vergütungen Vorstand Aufsichtsrat

Folgen daraus: Revision-Grund
Überraschungs-„Entscheidungen“

Folgenbeseitigungs-Entschädigung
Nach Grundrechtseingriffen

Geldwäsche-Prävention und
Geschäftspartner-Prüfung

Computerkunst
Künstliche Intelligenz / Immaterialgüterrecht

Kontrollpflichten der Rechtsanwalts-Kammer
Zum Mandanten-Schutz

Russen und Chinesen
Von Gaißau bis Piräus

Der Rechnungshof in der Warteschleife

Der VfGH erkennt über die strittige Frage, ob der Rechnungshof (RH) die Gebarung der Flughafen Wien Aktiengesellschaft und der Vienna Airport Technik GmbH kontrollieren darf.

Oder: Der lange Weg des RH nach Schwechat

JOHANNES BARBIST

A. Einführung

Der RH ist eine wichtige Kontrollinstanz in der Republik Österreich. Er tritt dabei seit vielen Jahren und auch unter der neuen Präsidentin selbstbewusst auf, was auch jüngst im Fall „Flughafen Wien“ zu beobachten war:

Der RH prüft die Gebarung von Gebietskörperschaften und gewisser öffentlicher Unternehmen, ua solcher, die ein (minderheitsbeteiligtes) Land allein oder gemeinsam mit einem anderen Land „durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht“ (Art 127 Abs 3 B-VG iVm Art 126b Abs 2 Satz 2 B-VG). Eine Liste der Rechtsträger, die seiner Kontrolle unterliegen, ist auf der Website des RH veröffentlicht (Stand 1. 7. 2018).¹⁾ Dort findet der aufmerksame Autor auch die Flughafen Wien Aktiengesellschaft (idF auch „Flughafen Wien AG“ oder „Gesellschaft“) und die Vienna Airport Technik GmbH (idF „VAT GmbH“).

Diese beiden Rechtsträger sehen sich allerdings nicht unter tatsächlicher Beherrschung durch den Staat und verweigern positionsgetreu die Gebarungsprüfung durch den RH (Februar 2018).

Der RH lässt einige Monate vergehen und stellt sodann – zur Prüfung der Gebarung der Flughafen Wien AG und der VAT GmbH gem Art 126a B-VG – gleichlautende Anträge, der VfGH möge

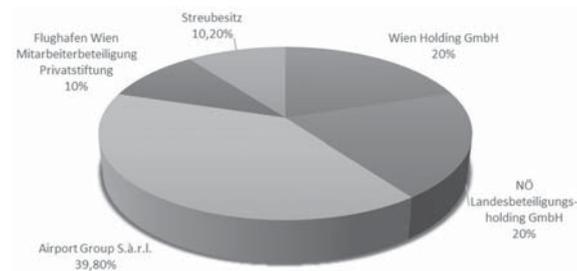
- feststellen, dass der RH befugt ist, zum Zwecke der Gebarungskontrolle in sämtliche Unterlagen dieser beiden Rechtsträger – soweit gebarungskontrollrelevant – Einsicht zu nehmen, und zwar betreffend den Zeitraum 1. 1. 2017 bis 27. 2. 2018 (Tag der Prüfungsverweigerung),
- aussprechen, dass beide Rechtsträger schuldig sind, diese Einsicht bei sonstiger Exekution zu ermöglichen.

Der VfGH erkennt am 11. 12. 2018,²⁾ dass eine Gebarungskontrolle lediglich für den Zeitraum 1. 1. 2017 bis 31. 5. 2017 besteht.³⁾

Am Beginn des meteorologischen Sommers 2017 wird es nicht gelegen sein, dass die Flughafen Wien AG⁴⁾ von einem Tag (31. 5. 2017) auf den anderen (1. 6. 2017) nicht mehr unter der RH-Kontrolle stehen soll. Also muss der „Staat“ über Nacht seine tatsächliche Beherrschung über diesen Rechtsträger verloren haben. Aber der Reihe nach:

B. Zugrunde liegender Sachverhalt

Die Flughafen Wien AG hatte im zur Prüfung beabsichtigten Zeitraum folgende Eigentümerstruktur (Anteile am Grundkapital):



Abbildung

Die Corporate Governance der Gesellschaft auf Basis der Satzung v 31. 5. 2016 ist unauffällig:

- **Hauptversammlung (HV):** jede Stückaktie gewährt das Recht auf eine Stimme.
- **Aufsichtsrat (AR)** bestehend aus sechs bis zehn von der HV gewählten Mitgliedern (Kapitalvertreter), welche für die Zeit bis zur Beendigung der HV gewählt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt; hinzu kommen die Arbeitnehmervertreter in der gesetzlich vorgesehenen Anzahl (Anwesenheitsquorum im AR: sechs Mitglieder, darunter der Vorsitzende oder einer seiner Stellvertreter; Beschlussquorum im AR: einfache Mehrheit, bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Leiters der Sitzung).
- **Vorstand** bestehend aus zwei bis drei Mitgliedern (Beschlussquorum im Vorstand: einfache Mehrheit, Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden).

In einem Syndikatsvertrag haben sich die Syndikatspartner Land Niederösterreich und Stadt Wien⁵⁾ zu ei-

Dr. Johannes Barbist, M.A. (Limerick), ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH (Wien/Innsbruck).

1) Vgl Website <https://www.rechnungshof.gv.at/beratung/pruefobjekte.html> (letzter Abruf am 28. 1. 2019).

2) VfGH 11. 12. 2018, KR 1/2018–30, KR 2/2018–28 („VfGH-Erk“).

3) Die darüber hinausgehenden Anträge betreffend den Zeitraum v 1. 6. 2017 bis 27. 2. 2018 werden abgewiesen.

4) Zur leichteren Lesbarkeit wird nicht gesondert auf die 100%ige Tochtergesellschaft VAT GmbH eingegangen.

5) Die Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft ist als Syndikatspartner mit dem Verkauf ihrer Anteile aus dem ursprünglichen Syndikatsvertrag ausgeschieden; ihre Anteile wurden von den beiden

nem gemeinsamen Vorgehen in den HV und zu einer einheitlichen Ausübung ihrer Stimmrechte entsprechend den Beschlüssen der Syndikatsversammlung verpflichtet. Diese Syndizierung des Abstimmungsverhaltens betrifft insb auch die Bestellung von AR-Mitgliedern (der Beteiligung entsprechende Vertretung im AR; der AR-Vorsitzende soll nach jeder Funktionsperiode zwischen den auf Vorschlag der Syndikatspartner gewählten AR-Mitgliedern rotieren). Gleichwohl lässt sich daraus keine indirekte Beteiligung von Stadt Wien und Land Niederösterreich im Ausmaß von mindestens 50% des Grundkapitals ableiten. Der Beteiligungstatbestand⁶⁾ ist also nicht erfüllt.

Der RH weicht daher auf den Beherrschungstatbestand aus: Demnach ist der RH auch zur Prüfung von Unternehmen zuständig, die ein Land gemeinsam mit einem anderen Land (indirekt) „durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht“ (Art 127 Abs 3 iVm Art 126 b Abs 2 B-VG). Der RH argumentiert in diesem Zusammenhang wie folgt:

- Erstens: Airports Group Europe S.à.r.l. hat im Mai 2016 ihre Beteiligung an der Gesellschaft erhöht, ohne dass sich die personelle Zusammensetzung des Vorstands geändert hätte (lediglich der AR wurde per 1. 6. 2017 neu bestellt).
- Zweitens: Die PS sei von der Flughafen Wien AG abhängig. Nachdem diese wiederum von den beteiligten Gebietskörperschaften beherrscht würde, seien die Aktien der PS den beiden Gebietskörperschaften zuzurechnen, sodass sich insgesamt

eine Beteiligungsquote von 50% des Grundkapitals ergebe:

Die PS wurde im Jahr 2000 von der Gesellschaft errichtet mit dem Zweck, Beteiligungserträge der Stiftung an der Flughafen Wien AG ausschließlich und unmittelbar im Jahr des Zuflusses an die Arbeitnehmer der Flughafen Wien AG weiterzugeben. Stiftungsorgane sind neben dem hier nicht weiter interessierenden Stiftungsprüfer:

- der *Vorstand* (drei Mitglieder, wobei der erste Vorstand von der Gesellschaft bestellt wurde, und die aufgrund der Altersregelung ausgeschiedenen Mitglieder an der Bestellung des Nachfolgers mitwirken; nach der Stiftungserklärung gelten strenge Inkompatibilitätsvorschriften – insb dürfen dem Vorstand keine Vorstandsmitglieder, Dienstnehmer oder sonstige Mitglieder der Flughafen Wien AG oder von Aktionären, die mehr als 10% des Grundkapitals halten, angehören) und
- der *Beirat* (fünf Mitglieder, davon zwei kapitalvertretende Mitglieder des AR der Gesellschaft, zwei Vertreter der Dienstnehmer der Gesellschaft und ein von diesen vier Mitgliedern einvernehmlich zu wählendes Mitglied).

Die Flughafen Wien AG als Stifterin hat sich eine Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten.

Die Gesellschaft widerspricht dieser Darstellung des RH und verweist auf in etwa gleichgewichtige Stimmverhältnisse zwischen den beiden Ländern und der Airports Group Europe S.à.r.l. sowie darauf, dass es auch sonst keine – eine Abhängigkeit begründende – (Leistungs-)Beziehung gebe; die PS sieht sich selbst als eigenständiger Aktionär und verweist auf eine zu den Gebietskörperschaften divergierende Stimmabgabe in der HV v 31. 5. 2017.

C. Die Beurteilung durch den VfGH

Der VfGH weist zunächst richtigerweise darauf hin, dass in der vorliegenden Konstellation (Beteiligung der beiden Länder von insgesamt 40% am Grundkapital) eine Zuständigkeit des RH ausschließlich über den Beherrschungstatbestand begründet werden kann (Art 126 b Abs 2 Satz 2 B-VG idF BGBl I 2009/106).

Seit dieser B-VG-Nov 2009 wird darauf abgestellt, ob die Unternehmung durch finanzielle, sonstige wirtschaftliche und organisatorische Maßnahmen „tatsächlich beherrscht“ wird. Anlass für die Neufassung war die Meinungsverschiedenheit zwischen RH und der Flughafen Wien AG über die Zuständigkeit des RH zur Gebarungsprüfung im Hinblick auf das Bauprojekt „Skylink“. Im Lichte der damaligen Beteiligungsstruktur der Gesellschaft (Stadt Wien und Land Niederösterreich je 20%, PS 10%, die restlichen 50% im Streubesitz) sowie der damals üblichen Präsenz in der HV (in den Jahren 2005–2009 im Schnitt lediglich ca 60%) konnten die beiden Gebietskörperschaften die Flughafen Wien AG tatsächlich beherrschen.

anderen Syndikatspartnern auf Basis vereinbarter Vorkaufsrechte übernommen.

6) Art 127 Abs 3 Satz 1 B-VG („... mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist ...“).



Einzigartig vollständig:
alle Vorschriften
zum Gewerberecht.

Loseblattwerk in 3 Mappen
inkl. 17. Erg.-Lfg. 2018.
EUR 488,-
ISBN 978-3-214-02461-1
Im Abonnement zur Fortsetzung
vorgemerkt.

Dieses Werk ist auch online erhältlich.
<https://manz.at/gewo>

Gruber · Paliege-Barfuß

GewO – Gewerberecht

inklusive 17. Ergänzungslieferung

Mit der 17. Lieferung erfolgt der 3. Teil einer Gesamtüberarbeitung (§§ 46-68 GewO) inkl. kompletter Bereinigung und Aktualisierung der Anmerkungen. Weiters:

- Änderungen durch das **Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018** (BGBl I 2018/32) in der GewO
- Umsetzung der **Pauschalreise-RL** durch BGBl I 2018/45 in der GewO sowie die neue **Pauschalreiseverordnung**
- Novellen zu Verordnungen im **Betriebsanlagenrecht**
- das **MING** sowie darauf gestützte Verordnungen

MANZ

In weiterer Folge wiederholt der VfGH seine bisherige Rsp, dass die tatsächliche Beherrschung nach (insb gesellschafts- und zivil-)rechtlichen und faktischen Umständen des Einzelfalls in einer Gesamtbetrachtung der finanziellen, sonstigen wirtschaftlichen und organisatorischen Maßnahmen zu beurteilen ist. Die Schwelle der tatsächlichen Beherrschung liege dort, „wo die Stellung des Bundes bzw der Gebietskörperschaften jener eines zumindest mit 50% am Grund- oder Stammkapital Beteiligten gleichzuhalten ist. . . Es ist dabei im [Beherrschungs-]Tatbestand selbst angelegt, dass die tatsächliche Beherrschung oftmals erst durch die faktische Inanspruchnahme der Möglichkeit der Beherrschung erkennbar wird“.⁷⁾

Vor diesem Hintergrund prüft der VfGH im Detail die (gesellschafts-)rechtliche, schuldrechtliche / syndikatsvertragliche und faktische Ebene im Hinblick auf alle Organe der Flughafen Wien AG (HV, AR und Vorstand) und kommt dabei – auf den ersten Blick überraschend – zu einer differenzierten Beurteilung im konkreten Fall: Er bejaht die Prüfungskompetenz bis 31. 5. 2017 und verneint diese ab 1. 6. 2017 (mit folgender kurz zusammengefasster Begründung):

7) VfGH-Erk, Rz 58, 59.

Organ der Flughafen Wien AG	1. 1. 2017 – 31. 5. 2017 (tatsächliche Beherrschung der Gebietskörperschaften – JA/NEIN)	1. 6. 2017 – 27. 2. 2018 (tatsächliche Beherrschung der Gebietskörperschaften – JA/NEIN)
HV	NEIN: Die beiden Rechtsträger halten gemeinsam nur 40% am Grundkapital bei einer durchschnittlichen Anwesenheit von über 90% des Grundkapitals in den HV der Jahre 2016 und 2017; keine vertragliche/faktische Koordinierung des Stimmverhaltens mit anderen Aktionären. PS: Das Recht der Flughafen Wien AG auf Änderung der Stiftungserklärung ist grds nicht geeignet, eine tatsächliche Beherrschung der PS durch die Gebietskörperschaften (über die Gesellschaft) zu begründen; auch kein faktisch gemeinsames Abstimmungsverhalten mit den Gebietskörperschaften (vgl anderslautende Abstimmung in der HV v 31. 5. 2017).	
AR	JA: AR setzte sich aus den in der HV am 30. 4. 2013 (bis zum 31. 5. 2017) gewählten zehn Kapitalvertretern zusammen; in dieser HV hatten die Gebietskörperschaften bei einer Anwesenheit von 81,32% des Grundkapitals eine mit einem zu 50% beteiligten Aktionär vergleichbar (tatsächlich) beherrschende Stellung; diese Machtverhältnisse wurden bis zum Ende der Funktionsperiode am 31. 5. 2017 prolongiert. ⁸⁾	NEIN: AR wurde in der HV v 31. 5. 2017 neu gewählt. Seither haben die beiden Rechtsträger nur insgesamt vier von zehn Kapitalvertretern ⁹⁾ bzw vier von 15 Kapital- und Arbeitnehmervertretern im AR. Diese haben weder die einfache Stimmenmehrheit im AR noch ein Abblockungspotenzial im Hinblick auf die Bestellung und Abberufung des Vorstands. ¹⁰⁾ Es gibt keinen Nachweis, dass der Kapitalvertreter der PS im AR mittelbar den Gebietskörperschaften zurechenbar ist. Es gibt auch keine Anhaltspunkte, dass die AR-Mitglieder ihre Aufgaben entsprechend dem Willen der Gebietskörperschaften wahrgenommen haben oder dass eine personelle, vertragliche oder faktische Verflechtung mit Mitgliedern des AR bestünde, welche den Gebietskörperschaften einen wesentlichen Einfluss auf die Unternehmenspolitik sichern würde.
Vorstand	Vom VfGH nicht näher geprüft (da tatsächliche Beherrschung auf AR-Ebene bereits bejaht wurde).	NEIN: Der im relevanten Zeitraum amtierende Vorstand wurde mit AR-Beschluss v 23. 6. 2015 (bis zum 4. 9. 2021) bestellt; damals war der AR zwar von den Gebietskörperschaften tatsächlich (mit-)beherrscht; allerdings agierte der Vorstand ab 1. 6. 2017 unter der Aufsicht des am 31. 5. 2017 neu gewählten AR, in welchem die Gebietskörperschaften keine beherrschende Stellung zukam. Wesentliche Gf-Maßnahmen bedürfen der Zustimmung des AR, manche überdies der Zustimmung der HV. Zudem obliege dem AR die Bestellung und Abberufung des Vorstands. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die Mitglieder des Vorstands ihre Aufgaben entsprechend dem Willen der Gebietskörperschaften wahrgenommen haben, oder dass eine personelle, vertragliche oder faktische Verflechtung mit Mitgliedern des Vorstands bestünde, welche den Gebietskörperschaften einen wesentlichen Einfluss auf die Unternehmenspolitik sichern würde.

Tabelle

8) Der damals bestellte AR blieb personell über die gesamte Funktionsperiode unverändert. Zudem hatte kein Aktionär mit seinem Anteil die Mehrheit an Stimmrechten, um die Kapitalvertreter ohne die Zustimmung anderer Aktionäre in der HV abzuberufen und neue Mitglieder zu bestellen.
9) Die restlichen sieben AR-Mitglieder entfallen auf die Airports Group Europe S.à.r.l. (2), die PS (1) und den Streubesitz (3).
10) Hierzu bedarf es sowohl der Mehrheit der Kapitalvertreter als auch der einfachen Mehrheit der anwesenden AR-Mitglieder (sog doppelte Mehrheit, § 110 Abs 2 Satz 3 und 4 ArbVG).

D. Eigene Bemerkungen

Mit dem gegenständlichen Erk trifft der VfGH – soweit ersichtlich, erstmals – sehr detaillierte Ausführungen zum 2009 novellierten Beherrschungstatbestand¹¹⁾ (Art 126b Abs 2 B-VG) in einem Fall, der durchaus in einer juristischen Grauzone liegt.¹²⁾ Lässt man einmal die faktischen Umstände beiseite, die der Autor mangels genauen Einblicks ohnehin nur so stehenlassen kann, sollen im Folgenden einige Aussagen des VfGH kritisch hinterfragt werden, welche im Erk sehr knapp ausgefallen sind:

1. Zurechenbarkeit der PS?

Für den VfGH ist anhand des Vorbringens des RH „nicht erkennbar, dass sich die [PS] im Allgemeinen dem Abstimmungsverhalten der in der [HV] vertretenen Gebietskörperschaften anschließt“ (Rz 65). „Es kann somit im Ergebnis weder auf Grund der Stiftungserklärung der [PS] noch auf Grund faktischer Umstände davon ausgegangen werden, dass die [PS] dem Willen der [Gebietskörperschaften] unterliegt“ (Rz 68).

Dem VfGH ist zuzustimmen, dass eine indirekte tatsächliche Beherrschung der Gebietskörperschaften über die PS nicht dadurch begründet werden kann, dass der Gesellschaft ein Abänderungsrecht hinsichtlich der Stiftungserklärung zukommt. Durchaus „offen“ bleiben aber die Ausführungen des VfGH zum Abstimmungsverhalten der PS (Rz 68):

Dass ein Aktionär zu einem einzigen Agendapunkt in einer HV abweichend zu den Gebietskörperschaften abstimmt, muss noch nicht gegen ein ansonsten einheitliches Stimmverhalten sprechen, va wenn dieser Aktionär beim einmaligen Abweichen ein besonderes Eigeninteresse verfolgt haben könnte.¹³⁾ Andererseits ist es auch unzulässig, die PS allein auf Verdacht den Gebietskörperschaften zuzurechnen, nur weil das „Bauchgefühl“ und das im Übrigen gleichlaufende Abstimmungsverhalten für eine Zurechnung der PS sprechen könnte. Das VfGH-Erk kann also insoweit nicht beanstandet werden.

2. Dominanz gefordert oder Blockademöglichkeit ausreichend?

Der VfGH hält zunächst fest, dass im Hinblick auf „den Aufsichtsrat und den Vorstand (...) eine tatsächliche Beherrschung der Flughafen Wien Aktiengesellschaft dann vor[liegt], wenn die beteiligten Gebietskörperschaften in dem zur Prüfung beabsichtigten Zeitraum in der Lage waren, auf die Besetzung dieser Organe entsprechend einem zu 50% an der Gesellschaft Beteiligten Einfluss zu nehmen“ (Rz 69). In weiterer Folge spricht er aber von einer „dominierenden Einflussnahme auf die personelle Besetzung des Aufsichtsrates“ und davon, dass die „Bestellung der Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrates als zentrales Aufsichtsorgan über die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft (...) für sich bereits die tatsächliche Beherrschung des Unternehmens“ begründet (Rz 70¹⁴⁾).

Das passt nicht ganz zusammen. Wenn der „Staat“ genau die Hälfte der Kapitalvertreter bestel-

len kann und insoweit bei der Besetzung und Abberufung des Vorstands ein „blocking vote“ hat, muss dies doch ebenso für eine tatsächliche Beherrschung ausreichen wie in anderen Fällen einer Blockademöglichkeit des „Staates“ nach der Rsp des VfGH.¹⁵⁾ Der VfGH prüft aber ohnehin an anderer Stelle des VfGH-Erk, ob ein „Abblockungspotential“ vorliegt (Rz 78). Insoweit dürfte es also doch bei der bisherigen Judikaturlinie (negative Beherrschung ausreichend) bleiben.

3. Wie beurteilt man eine tatsächliche Beherrschung auf der Aktionärsenebene?

Eine – mit einem zu 50% beteiligten Aktionär vergleichbar – (tatsächlich) beherrschende Stellung in der HV ist (i) nach der Beteiligungsquote (Anteil am Grundkapital) des „Staates“ und (ii) dem Präsenzquorum in der HV zu beurteilen. Ggf kann eine tatsächliche Beherrschung auch bei einem Aktienanteil von unter 50% vorliegen.

Interessant ist, dass der VfGH im konkreten Fall eine tatsächliche Beherrschung auch noch in Bezug auf die HV v 30. 4. 2013 annimmt, obwohl die beiden Gebietskörperschaften aufgrund des hohen Präsenzquorums in dieser HV¹⁶⁾ – im Unterschied zu früheren HV der Flughafen Wien AG – weniger als 50% des Grundkapitals¹⁷⁾ kontrollieren konnten. Offenbar geht der VfGH davon aus, dass die Anwesenheit einer höheren Zahl von Kleinaktionären (insgesamt 31,32% des Grundkapitals) nicht zu einem Verlust der tatsächlichen Beherrschung führt.

Folglich wäre als dritter Faktor für die Beurteilung der tatsächlichen Beherrschung auf Aktionärsenebene (neben Beteiligungsquote und Präsenzquorum) jeweils zu prüfen, ob sich signifikante Gesellschaftsanteile im Streubesitz befinden. Wo genau die Grenze liegt, bleibt allerdings diffus.¹⁸⁾

11) Vgl hiezu im Detail Baumgartner in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. Lfg, 2014) Art 126b B-VG Rz 14 ff.

12) Gerade deshalb gab es ja auch die Meinungsverschiedenheit zwischen Flughafen Wien AG und RH.

13) Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb und zur Veräußerung eigener Aktien, wodurch die Beteiligungsquote dieses Aktionärs (PS) unter 10% sinken konnte.

14) Unter Verweis auf die insoweit vergleichbare konzernrechtliche Betrachtung zB Nowotny in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), WK-UBG III/Rechnungslegung³ § 244 UGB Rz 32.

15) Vgl Erk des VfGH v 12. 12. 2013, KR 1/2013, unter Aufrechterhaltung der Rsp zur alten Rechtslage, dass es auch beim Beherrschungstatbestand ausreicht, wenn eine Majorisierung durch andere abgeblockt werden kann (Erk des VfGH, VfSlg 10.609/1985); ebenso Budischowsky, Die Neuregelung der Unternehmensprüfung durch den Rechnungshof, ecolex 2010, 706, 709; aA Hengstschläger, Die Ausweitung der Prüfungscompetenz des Rechnungshofes, in GedS Walter (2013) 175.

16) 81,32% des Grundkapitals.

17) Mathematisch exakt: 49,18% des Grundkapitals.

18) Man müsste eigentlich zudem noch prüfen, ob der Streubesitz „organisiert“ ist (auch dies würde in der Gesamtabwägung eine Rolle spielen).

4. Wirken Machtverhältnisse in nachgelagerten Gesellschaftsorganen weiter?

Für den VfGH endet die tatsächliche Beherrschung der Flughafen Wien AG mit dem Ablauf der Funktionsperiode des „alten“ AR am 31. 5. 2017. Bis dahin wirkten die „alten“ Machtverhältnisse in der HV v 30. 4. 2013¹⁹⁾ (s oben) noch nach.

Auf den ersten Blick überraschend verweigert der VfGH eine spiegelbildliche Prolongation der „alten“ Machtverhältnisse auf der Ebene des *Vorstands*.²⁰⁾ Der VfGH verweist insoweit auf den Umstand, dass der Vorstand ja ab dem 1. 6. 2017 einem neu gewählten AR ohne Dominanz bzw Blockademöglichkeit des „Staates“²¹⁾ untersteht und der AR (i) bei zustimmungspflichtigen Geschäften eingebunden werden muss bzw (ii) den Vorstand auch abberufen kann (Personalhoheit) (Rz 70, 71).

Wenn man im Einklang mit der bisherigen Judikatur des VfGH akzeptiert, dass auch eine AG – trotz verdünnter Einflussrechte der Aktionäre auf AR und Vorstand – „tatsächlich beherrscht“ werden kann²²⁾ und folglich der VfGH auch die Ebene des Vorstands prüft, schlägt jedenfalls das Argument der Personalhoheit über den Vorstand – zumindest in der konkreten Konstellation (!) – nicht durch: Keine andere Gruppe der Kapitalvertreter im AR (PS, Airports Group Europe, Streubesitz) hatte die nötige Stimmenmehrheit im AR, um den amtierenden Vorstand ohne Einbindung anderer AR-Mitglieder abzuwählen. Ob die Kapitalvertreter der PS für eine Abberufung langjähriger Vorstandsmitglieder aus dem Einflussbereich des „Staates“ gestimmt hätten (deren Zustimmung wäre aber für eine doppelte Mehrheit notwendig gewesen), wurde im VfGH-Erk nicht weiter untersucht. Es bleibt dabei, dass eine an sich richtige Überlegung des VfGH (Personalhoheit des AR) nicht in jeder Konstellation (und jedenfalls nicht im vorliegenden Fall) überzeugt.

Es bleibt dann noch die Frage, ob der Zustimmungsvorbehalt des AR²³⁾ bzw der HV²⁴⁾ zu wichtigen Maßnahmen des Vorstands tatsächlich den Ausschlag geben und das Tagesgeschäft des Vorstands für die Frage der „tatsächlichen Beherrschung“ gänzlich unbeachtlich sein soll. Diese Position vertritt ja der VfGH und verneint aus diesem Grund die tatsächliche Beherrschung im Zeitraum 1. 6. 2017 bis 27. 2. 2018 (Rz 80).

Diese Rechtsansicht ist – (nur) in dieser Allgemeinheit – nicht richtig:

1. Die Zustimmungsvorbehalte der HV nach dem AktG sind auf ganz außergewöhnliche Einzelfälle beschränkt²⁵⁾, die für die Frage der „tatsächlichen Beherrschung“ nicht entscheidend sein können. Zudem müsste ja – bei logischer Vorgangsweise – die Blockademöglichkeit auch auf der Aktionärsseite ausreichen, was im konkreten Fall wiederum zur „tatsächlichen Beherrschung“ führen würde.²⁶⁾ Darauf wollte der VfGH aber offensichtlich gerade nicht hinaus.

2. Die Zustimmungsvorbehalte des AR können hingegen sehr wohl für die Beurteilung der „tatsächlichen Beherrschung“ berücksichtigt werden, außer es handelt sich um bloß selten auftretende,

nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörende Maßnahmen.²⁷⁾ Bei Betrachtung der zustimmungspflichtigen Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG ist fraglich, ob für eine „tatsächliche Beherrschung“ allein schon die zwingende Zustimmung des AR zur Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik (Z 7) ausreicht. Bei anderen primär in Frage kommenden zustimmungspflichtigen Maßnahmen (§ 95 Abs 5 Z 4 und 5 AktG) sollte es vernünftigerweise auf die Höhe der Betragsgrenze, bei deren Überschreitung der AR zuzustimmen hat, und auf die konkreten Umstände²⁸⁾ ankommen. Eine derartige differenzierende Betrachtungsweise wird ja auch in anderen Rechtsmaterien praktiziert.²⁹⁾

Im konkreten Fall könnte man mit guten Gründen auch vertreten, dass die Gebietskörperschaften den Vorstand der Flughafen Wien AG (qua „Nachwirkung“ der alten Machtverhältnisse bei seiner Bestellung) tatsächlich beherrschten, vorausgesetzt die oben erwähnten Betragsgrenzen in der Geschäftsordnung des AR waren so hoch angesetzt, dass sie den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft im relevanten Zeitraum (1. 6. 2017 bis 27. 2. 2018) nicht beeinflusst haben. Das lässt sich dem VfGH-Erk aber nicht entnehmen, weshalb der Autor an dieser Stelle zum Ende kommen darf.

E. Fazit

Ob eine Gesellschaft unter „staatlicher Minderheitsbeteiligung“ vom Staat tatsächlich beherrscht wird und damit der RH-Kontrolle unterliegt, ist auch nach dem VfGH-Erk *ex ante* nicht eindeutig zu beurteilen. Das ist schade, weil andere Rechtsvor-

19) In dieser HV wurde der AR der Gesellschaft bis zum 31. 5. 2017 bestellt.

20) Der amtierende Vorstand wurde ja mit AR-Beschluss vom 23. 6. 2015 bis 4. 9. 2021 bestellt; damals hatte der „Staat“ ausreichend viele Kapitalvertreter im AR, um die Bestellung der Vorstandsmitglieder entscheidend zu beeinflussen.

21) Lediglich vier von zehn Kapitalvertretern sind dem „Staat“ zurechenbar.

22) VfGH 5. 3. 2005, KR 2/03.

23) Vgl den Katalog des § 95 Abs 5 AktG samt Konkretisierung in § 8 der Geschäftsordnung des Vorstands der Flughafen Wien AG, der aber im VfGH-Erk nicht näher besprochen wird.

24) Der VfGH verweist insoweit auf §§ 45, 175, 238 Abs 1 und 2 AktG.

25) Der VfGH zitiert §§ 45, 175, 238 Abs 1 und 2 AktG, also Vorschriften betreffend Nachgründung, ordentliche Kapitalherabsetzung, Gewinngemeinschaft, Verpachtung/Überlassung des Unternehmens und Führung des Unternehmens für Rechnung eines anderen.

26) ZB verlangt § 175 AktG (ordentliche Kapitalherabsetzung) ein erhöhtes Beschlussquorum von 75% des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Damit hätten die Gebietskörperschaften im konkreten Fall eine Sperrminorität.

27) Vgl in diese Richtung VfGH KR 1/2013 Pkt 2.5.2. in einer anderen Konstellation (GmbH ohne Aufsichtsrat).

28) Insb ob im jeweils zu prüfenden Fall Investitionen oder die Aufnahme von Fremdkapital über der Betragsgrenze zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

29) ZB im Fusionskontrollrecht. Unstrittig sind aber verfassungsrechtliche Bestimmungen „autonom“ auszulegen (vgl in diesem Sinn etwa *Budischowsky*, *ecolex* 2010, 706, 708).

schriften³⁰⁾ gerade daran anknüpfen, ob das Unternehmen unter der RH-Kontrolle steht. Wenn die Anwendbarkeit einzelner Rechtsvorschriften aber „im dichten Nebel“³¹⁾ bleibt, ist dies für öffentliche Unternehmen und deren Organe unerquicklich. Zudem produziert diese Rechtsunsicherheit zwangsläufig Meinungsverschiedenheiten mit einem selbstbewussten RH, die ggf vom VfGH befriedet werden müssen.

Der Gesetzgeber sollte vor diesem Hintergrund Überlegungen *de lege ferenda* anstellen.

30) ZB Stellenbesetzungsgesetz, B-PCGK, Korruptionsvorschriften des StGB für Amtsträger.

31) Baumgartner in Rill-Schäffer-Kommentar Art 126b B-VG Rz 16.

Praxistipp

Ob ein Rechtsträger im staatlichen Mitbesitz der RH-Kontrolle unterliegt, ist auf allen Ebenen (HV, AR, Vorstand) und unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen. Eine finale Beurteilung ist *ex ante* nicht immer möglich.

SCHLUSSTRICH

Auch nach dem Erk des VfGH zur Prüfunterworfenheit der Flughafen Wien AG bleibt offen, unter welchen genauen Umständen der Staat als Minderheitsaktionär ein Unternehmen soweit tatsächlich beherrscht, dass die RH-Kontrolle gegeben ist.