

# GESRÄG 2005 – ZWISCHEN CORPORATE GOVERNANCE UND AKTIENGESETZ

Mit dem voraussichtlich im Juli 2005 in Kraft tretenden Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005<sup>1)</sup> soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Vertrauen in die Österreichische Wirtschaft gestärkt werden. Der Beitrag befasst sich mit den wichtigsten Punkten der Novelle, soweit sie den Aufsichtsrat und den Vorstand betreffen.

WOLFGANG LUSCHIN

## 1. Einleitung

Nach Inkrafttreten des GesRÄG 2004<sup>2)</sup> im Oktober letzten Jahres soll durch eine weitere Novellierung des AktG sowie des HGB mit Wirkung voraussichtlich ab 1. Juli 2005 das Ziel verwirklicht werden, „im Einklang mit der internationalen Entwicklung den Aufsichtsrat und den Abschlussprüfer als wichtigste Kontrollinstanz in Kapitalgesellschaften zu stärken“.<sup>3)</sup> Dies soll unter anderem durch die teilweise Übernahme von Regelungen des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) in das Aktiengesetz erreicht werden. Durch die weitere Einführung von Regelungen, die nur für börsennotierte Gesellschaften gelten, wird einer zunehmenden Dualität des Aktienrechts, welches zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften unterscheidet, Rechnung getragen.<sup>4)</sup>

## 2. Ausdehnung des (unechten) Wettbewerbsverbots für Vorstandsmitglieder

Gemäß § 79 Abs 1 AktG dürfen Vorstandsmitglieder ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Sie dürfen sich auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter beteiligen.

Für börsennotierte Gesellschaften ist daneben der ÖCGK von Relevanz. Regel 25 ÖCGK fordert den Aufsichtsrat auf, das gesetzliche Wettbewerbsverbot für den Vorstand nicht aufzuheben. Regel 26 ÖCGK geht über das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 79 Abs 1 AktG hinaus und knüpft auch die Übernahme einer Organfunktion von Vorstandsmitgliedern als Aufsichtsrat in Unternehmen außerhalb des Konzerns an die Zustimmung des Aufsichtsrats. Nachdem Regel 26 ÖCGK kein Wettbewerbsverbot beinhaltet, welches einem gesetzlichen entspricht, kann der Aufsichtsrat im Einzelfall entscheiden, ob er die Zustimmung zur Übernahme einer Aufsichtsratsfunktion erteilt, oder nicht.

Das für Vorstandsmitglieder geltende gesetzliche Wettbewerbsverbot soll nun durch eine teilweise Übernahme der Regel 26 ÖCGK in § 79 Abs 1 AktG dahingehend ausgedehnt werden, dass sie ohne Einwilligung des Aufsichtsrats keine Aufsichtsratsmandate in anderen Gesellschaften annehmen dürfen, gleichgültig, ob diese Konzerngesellschaften sind oder nicht.<sup>5)</sup> Soweit es sich um die Übernahme eines Aufsichtsratsmandates außerhalb des Konzerns handelt, soll somit in Hinkunft ein Gleichlauf zwischen dem AktG und Regel 26 ÖCGK bestehen.

Durch die teilweise Übernahme der Regel 26 ÖCGK in das AktG entsteht jedoch ein Widerspruch zwischen Regel 25 und 26 ÖCGK. Regel 26 ÖCGK beinhaltet in Hinkunft ein auch von Gesetzes wegen bestehendes Wettbewerbsverbot, welches nach dieser Regel durch Zustimmung des Aufsichtsrats aufgehoben werden kann. Demgegenüber fordert Regel 25 ÖCGK den Aufsichtsrat auf, gesetzliche Wettbe-

1) BG, mit dem das AktG, GmbHG, SEG, HBG, BWG, VAG, PensionskassenG, GenossenschaftsrevisionsG, GenossenschaftsrevisionsrechtsänderungsG, GGG und das BörseG entsprechend der EntschlieÙung des Nationalrats vom 29. Jänner 2004 zur Stärkung des Vertrauens in die Österreichische Wirtschaft geändert werden; dieser Beitrag gibt den Stand per 1. Februar 2005 wieder.

2) BGBl 2004/67.

3) Erl zum Begutachtungsentwurf zum GesRÄG 2005, 1 f.

4) Vgl etwa die nur für börsennotierte Gesellschaften geltenden Regelungen, wie der zweckfreie Rückerwerb eigener Aktien gem § 65 Abs 1 Z 8 AktG oder die Unterschiede bei der Verwertung von Aktien nach § 59 Abs 3 AktG und § 179 Abs 3 AktG, die Abhaltung der Hauptversammlung gem § 105 Abs 3 AktG, die Beschränkung des Entsendungsrechts von Aufsichtsratsmitgliedern auf ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder gem § 88 Abs 1 AktG oder die Möglichkeit der öffentlichen Übertragung von Aufzeichnungen einer in Ton und Bild aufgezeichneten Hauptversammlung nach § 102 Abs 3 AktG.

5) Neu geregelt in § 79 Abs 1 AktG; dabei handelt es sich um ein sogenanntes unechtes Wettbewerbsverbot, da kein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis zwischen den beiden Gesellschaften, in denen das Vorstandsmitglied eine Organfunktion ausübt, bestehen muss. Grund für die Einführung von unechten Wettbewerbsverboten ist, dass der Vorstand seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellt; vgl auch Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance (2003) Regel 26 Rz 11.

werbsverbote nicht aufzuheben. Dieser Widerspruch wird dahingehend zu lösen sein, dass Regel 25 ÖCGK wie bisher auf die Übernahme einer Aufsichtsratsfunktion durch ein Vorstandsmitglied keine Anwendung findet und daher der Aufsichtsrat in einem solchen Fall das Wettbewerbsverbot aufheben kann, obgleich dieses nunmehr gesetzlich verankert ist. Dies erscheint sachgerecht, da der ÖCGK eine Doppelfunktion als Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied in verschiedenen Gesellschaften offenbar als nicht so gravierend ansieht, dass eine Zustimmung dazu in jedem Fall zu untersagen wäre. Daran vermag die Einführung eines solchen unechten Wettbewerbsverbots durch Gesetz nichts zu ändern.

### 3. Neuerungen für den Aufsichtsrat

#### 3.1 Höchstzahl von Aufsichtsratsmitgliedern

Während die bisherige Höchstzahl von Aufsichtsratsmitgliedern nach der Höhe des Grundkapitals der Gesellschaft gestaffelt war, so soll in Hinkunft die Höchstzahl von 20 Mitgliedern unabhängig von der Höhe des Grundkapitals für jede Aktiengesellschaft gelten.<sup>6)</sup>

#### 3.2 Zählung von Aufsichtsratsmandaten

Die Regelung, dass eine Person nicht mehr als 10 Aufsichtsratsmandate bekleiden darf, soll zwar bestehen bleiben, die Zählung der Mandate soll jedoch künftig anders erfolgen. Die Tätigkeit als Vorsitzender einer nicht börsennotierten<sup>7)</sup> Gesellschaft oder als Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft, deren Aktien börsennotiert sind, zählt doppelt; die Tätigkeit als Vorsitzender des Aufsichtsrats einer börsennotierten Gesellschaft ist sogar dreifach auf die Höchstzahl von 10 Aufsichtsratsmandaten anzurechnen.<sup>8)</sup> Der Entwurf geht mit dieser Regelung über Regel 54 des ÖCGK hinaus, nach welcher Aufsichtsratsmitglieder in börsennotierten Gesellschaften nicht mehr als 8 Aufsichtsratsmandate (Vorsitze zählen doppelt) bekleiden sollen. Nach der gesetzlichen Regelung sind nämlich nur fünf Aufsichtsratsmandate oder drei Vorsitze zulässig, wenn man von der Privilegierung des neuen § 86 Abs 3 AktG absieht.

Nach dem neu einzuführenden § 86 Abs 3 AktG sind auf die Höchstzahl von 10 Aufsichtsratsmandanten bis zu 10 Sitze in Aufsichtsräten, in die das Mitglied gewählt oder entsandt wurde, um die wirtschaftlichen Interessen eines mit der Gesellschaft konzernmäßig verbundenen oder an ihr zumindest mit 20% des Nennkapitals beteiligten Unternehmens zu wahren, nicht anzurechnen.<sup>9)</sup> Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass ein Aufsichtsratsmitglied unter Berücksichtigung konzernfremder Gesellschaften sowie der

zum Konzern gehörigen, mehr als acht Sitze, davon vier Vorsitze, in börsennotierten Gesellschaften hat. Gehören daher mehrere börsennotierte Gesellschaften dem selben Konzern an, so ist dennoch jeder Aufsichtsratsitz einzeln zu zählen.

#### 3.3 Verbot der Besetzung gegen das Organisationsgefälle

Bislang hat das Aktienrecht eine Mandatsbesetzung gegen das Organisationsgefälle nicht zwingend verboten.<sup>10)</sup> Der Gesetzesentwurf folgt nunmehr der Regelung des deutschen Aktienrechts<sup>11)</sup>, wonach eine solche Konstellation unzulässig ist, da sie dem natürlichen Organisationsgefälle widerspricht.<sup>12)</sup> Auch der umgekehrte Fall, wonach ein Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft Vorstandsmitglied der Tochter werden will, soll in Hinkunft ausdrücklich als unzulässig geregelt werden.

#### 3.4 Unzulässigkeit von Überkreuzverflechtungen

Ebenso wie im deutschen Recht sollen künftig auch Überkreuzverflechtungen grundsätzlich unzulässig sein.<sup>13)</sup> Damit wird der Regel 55 ÖCGK Rechnung getragen, welche Überkreuzverflechtungen ausnahmslos für unzulässig erklärt. Aufsichtsratsmitglied der Zielgesellschaft kann daher nicht werden, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Zielgesellschaft ist. Zweck der Bestimmung ist, dass derjenige, der andere Personen überwacht, nicht seinerseits von einer der überwachten Personen überwacht werden darf.<sup>14)</sup>

6) Neu geregelt in § 86 Abs 1 AktG; dies ist begrüßenswert, da die Komplexität der Aufgaben eines Aufsichtsrats nicht notwendigerweise von der Höhe des Grundkapitals der Gesellschaft abhängig ist.

7) Als börsennotiert gelten Gesellschaften iSd § 65 Abs 1 Z 8 AktG; nach *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 65 Rz 58* gelten auch am Dritten Markt notierende Gesellschaften als börsennotiert iSd § 65 Abs 1 Z 8 AktG; dies muss im Hinblick auf den seit 1.1.2005 in Geltung stehenden § 48a Abs 1 Z 4 BörseG, welcher den Dritten Markt als unregulierten und nicht von Art 1 Z 13 der Richtlinie 93/22/EWG erfassten Markt bezeichnet, bezweifelt werden; vgl § 65 Abs 1 Z 8 AktG iVm § 2 Z 37 BWG iVm § 48a Abs 1 Z 4 BörseG; der Dritte Markt steht als reiner Händlermarkt auch nicht dem Publikum gegenüber offen.

8) Neu geregelt in § 86 Abs 2 Z 1 AktG; es wird somit der Tatsache Rechnung getragen, dass die Aufsichtsratsmitglieder von börsennotierten Publikumsgesellschaften und insbesondere deren Vorsitzender einer weit aus höheren Verantwortung und auch Arbeitsbelastung unterliegen, als Mitglieder von Gesellschaften, die nicht an einer Börse notieren.

9) Das Beteiligungsprivileg der 20% Verflechtung soll als Ausgleich für den Entfall des Hausbankprivilegs eingeführt werden. Nach dem zur Zeit noch geltenden Hausbankprivileg werden Sitze einer Person in mehreren Aufsichtsräten eines Kreditinstitutes, welches mit der Gesellschaft in dauernder bankmäßiger Verbindung steht, als ein Sitz gezählt.

10) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 90 Rz 6*; aA für die GmbH: *Koppensteiner, GmbHG<sup>2</sup> § 30e Rz 9*.

11) Vgl § 100 Abs 2 S 1 Nr 2 dAktG.

12) Neu geregelt in § 86 Abs 2 Z 2 AktG.

13) Neu geregelt in § 86 Abs 2 Z 3 AktG.

14) So auch *Semler in MünchKommAktG<sup>2</sup> § 100 Rz 37*.

Das Verbot der Überkreuzverflechtung gilt im Gegensatz zur Regelung in Deutschland und zum ÖCGK allerdings dann nicht, wenn eine der Gesellschaften an der andern iSd § 228 Abs 1 HGB mit zumindest 10% des Nennkapitals beteiligt ist. Der Grund für die Ausnahme liegt darin, dass das aufgrund der Beteiligung gegebene wirtschaftliche Interesse eine effiziente Überwachung gewährleistet.

Das Verbot der Überkreuzverflechtung findet schon aufgrund des Wortlauts auf gesetzliche sowie fakultative Aufsichtsräte (einer GmbH) Anwendung. Dies ergibt sich auch aufgrund der mit der Novelle beabsichtigten Änderung des GmbHG, welches ein dem AktG gleichlautendes Verbot der Überkreuzverflechtung zum Inhalt hat. Das Verbot der Überkreuzverflechtung gilt grundsätzlich auch bei Erfüllung einer Vertretungsfunktion in einer ausländischen Kapitalgesellschaft. Ist das potentielle Aufsichtsratsmitglied der inländischen Zielgesellschaft gesetzlicher Vertreter einer ausländischen Kapitalgesellschaft, und unterliegt er nach den dort geltenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Kontrolle einer Person, die in der inländischen Zielgesellschaft eine Vorstandsposition bekleidet, so liegt das Verbot einer Überkreuzverflechtung vor. Kennt die ausländische Gesellschaft keine Zweiteilung der Verwaltung in ein geschäftsführendes Vorstandsgremium und ein überwachendes Aufsichtsgremium, so greift das Verbot mangels Beeinträchtigung der Unbefangenheit und Unabhängigkeit nicht.<sup>15)</sup> Dies muss auch gelten, wenn die (allenfalls auch ausländische) Kapitalgesellschaft eine nach dem monistischen System ausgerichtete SE ist.

### 3.5 Offenlegung der fachlichen Qualifikation

Zum Zweck der besseren Information der Hauptversammlung für die Wahl des Aufsichtsrats sind die Kandidaten vor der Wahl verpflichtet, ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen und sonstigen Funktionen sowie alle Umstände, die ihre Unbefangenheit in Frage stellen können, der Hauptversammlung darzulegen.<sup>16)</sup> Diese nur für gewählte, nicht auch für entsandte Mitglieder bestehende Pflicht<sup>17)</sup> kann von den Kandidaten in der Hauptversammlung mündlich oder gegenüber den Aktionären vor der Wahl auch schriftlich erstattet werden. Unterbleibt die Information oder stellt sich nachträglich deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit heraus, mag dies ein Grund für eine Anfechtung des Beststellungsbeschlusses sein. Nach dem neu vorgesehenen § 87 Abs 5 AktG kann das Gericht auf Antrag einer Minderheit, die 10% des Grundkapitals erreicht, das Aufsichtsratsmitglied abberufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.<sup>18)</sup> Ein solcher Grund kann beispielsweise auch dann vorliegen, wenn das Aufsichtsratsmitglied die Hauptversammlung über seine Qualifikation oder Unbefangenheit getäuscht hat.

### 3.6 Obligatorischer Prüfungsausschuss in börsennotierten Gesellschaften

In börsennotierten Gesellschaften hat der Aufsichtsrat künftig zur Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses, des Vorschlags für die Gewinnverteilung und des Lageberichts einen Prüfungsausschuss zu bestellen, dem zwingend ein Finanzexperte angehören muss.<sup>19)</sup> Als Finanzexperte gilt eine Person, die über besondere Kenntnisse und Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen sowie in der Berichterstattung verfügt. In Betracht kommen dafür Wirtschaftsprüfer und Personen, die in vergleichbaren Unternehmen für die Rechnungslegung verantwortlich sind. Finanzexperte oder Vorsitzender des Prüfungsausschusses darf allerdings nicht sein, wer in den letzten drei Jahren dem Vorstand der Gesellschaft oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen angehört hat, leitender Angestellter dieses Unternehmens oder Abschlussprüfer der Gesellschaft war oder den Bestätigungsvermerk unterfertigt hat.

### 3.7 Zustimmungspflichtige Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Nach dem neuen § 95 Abs 5 Z 12 AktG unterliegt der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten, künftig der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein wirtschaftliches Interesse hat.

Die Regelung folgt im Wesentlichen Regel 49 ÖCGK, wobei der ÖCGK die Genehmigungspflicht generell nur für Geschäfte des täglichen Lebens ausnimmt, ohne eine bestimmte Höhe des vereinbarten Entgelts als Kriterium heranzuziehen.<sup>20)</sup> Als geringes Entgelt iSd Entwurfes gelten etwa 10% der für die jeweilige Zeitspanne gebührenden Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds.<sup>21)</sup>

15) In Bezug auf die gleichlautende Regelung des dAktG: Semler in MünchKommAktG<sup>2</sup> § 100 Rz 43 u 44.

16) Neu geregelt in § 87 Abs 1a AktG.

17) Das Gesetz spricht ausdrücklich von Informationspflichten vor der „Wahl“; vgl Entwurf zu § 87 Abs 1 a AktG.

18) Vgl die gleichlautende Regelung in § 30 b Abs 5 GmbH.

19) Neu geregelt in § 92 Abs 4a AktG.

20) Nicht Rechnung getragen wurde im Gesetzesentwurf allerdings Regel 49 2 Satz ÖCGK, wonach Gegenstand derartiger Verträge und Entgelt im Geschäftsbericht zu veröffentlichen sind.

21) Eine andere Beurteilung wird allerdings bei längerfristigen Vereinbarungen oder bei solchen geboten sein, bei denen über einen längeren Zeitraum immer wieder gleichlautende Verträge mit dem Aufsichtsratsmitglied geschlossen werden; vgl Erl zum Entwurf, 8.

Schwierig kann sich im Einzelfall die Abgrenzung zwischen der organschaftlichen Tätigkeit und einer solchen aufgrund eines individuellen zustimmungspflichtigen Vertrages darstellen. Nach § 98 Abs 1 Satz 1 AktG kann den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft im Einklang stehende Vergütung gewährt werden. Wird nun ein Vertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied abgeschlossen, in welchem es sich zu Beratungsleistungen verpflichtet, so muss zunächst gewährleistet sein, dass die im Vertrag geregelte Tätigkeit nicht jener aufgrund seiner Organfunktion ohnehin geschuldeten Tätigkeit entspricht. Der Abschluss eines solchen Vertrages würde gegen § 95 AktG verstoßen und wäre wegen Gesetzesverstoßes nichtig, eine doppelte Entlohnung daher unzulässig.<sup>22)</sup>

Die organschaftliche Tätigkeit des Aufsichtsrates bezieht sich auf die Kontrolle der Geschäftsführung und die Beratung des Vorstands in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung sowie grundsätzlichen Fragen der Geschäftspolitik.<sup>23)</sup> Eine Beratung in Fragen der operativen Geschäftsführung sowie Tätigkeiten, die dem Tagesgeschäft zuzuordnen sind, sind von der organschaftlichen Beratung nicht umfasst.<sup>24)</sup> Als Abgrenzungskriterium zwischen organschaftlicher Tätigkeit und einer Tätigkeit außerhalb dieses Bereichs ist danach zu fragen, ob der Beratungsvertrag Um-

stände eines besonderen Fachgebietes oder die Beurteilung von speziellen Geschäften berührt, für deren Beurteilung ein Aufsichtsratsmitglied besonders qualifiziert ist. In diesen Fällen ist die Tätigkeit im Rahmen eines individuellen Vertrages zulässig, sofern der Aufsichtsrat dem zustimmt.

Wird der Vertrag ohne Zustimmung des Aufsichtsrats abgeschlossen, so stellt dies einen Sorgaltsverstoß des Vorstands sowie des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds dar, was im Falle eines überzogenen, nicht marktüblichen Entgelts Schadenersatzpflichten sowohl des Vorstands als auch des Aufsichtsratsmitglieds auslösen kann.<sup>25)</sup> Unter Umständen kommt auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 153 StGB, im schlimmsten Fall nach § 156 StGB in Betracht.

22) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 98 Rz 28; Kalss in MünchKommAktG<sup>2</sup> § 113 Rz 191; Hügel, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, GesRZ 1996, 213; Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance (2003) Regel 49 Rz 10; BGHZ 114, 127 ff.*

23) *Semler in MünchKommAktG<sup>2</sup> § 114 Rz 22; Hausmaninger/Kletter/Burger, Corporate Governance (2003) Regel 49 Rz 11.*

24) *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz 10.*

25) Nicht gefolgt werden kann jedoch *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 98 Rz 31*, die in einer Überzahlung eine verdeckte Vergütung nach § 98 AktG erblicken will. Erbringt das Aufsichtsratsmitglied Leistungen, welche es als Organ der Gesellschaft nicht schuldet, zu überhöhtem Entgelt, so kann dieser Umstand nicht zu einer Umqualifizierung der Leistung als organschaftlich geschuldete und entgegen § 98 AktG vergütete umgedeutet werden.

#### 4. RESÜMEE UND AUSBLICK

Die zumindest teilweise Übernahme von Regelungen des ÖCGK in das AktG ist jedenfalls zu begrüßen, kann doch dadurch jedenfalls eine Verbesserung der Corporate Governance insbesondere börsennotierter Unternehmen erreicht werden. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass nur eine geringe Anzahl von börsennotierten Unternehmen die Regelungen des ÖCGK übernommen haben<sup>26)</sup> und die im Prime Market der Wiener

Börse notierenden Unternehmen ab dem Geschäftsjahr 2004 in ihren Geschäftsbericht eine Erklärung über die Einhaltung oder Nicht-Einhaltung des Kodex aufzunehmen haben.

26) Vgl nur *Hügel/Hasenauer, Zur Umsetzung des Österreichischen Corporate Governance Kodex, RdW 2003/418.*



[www.amtskalender.com](http://www.amtskalender.com)

