

Dokumentinformation

Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.07.2003
Publiziert von	Linde
Autor	Dr. Georg SCHIMA, Rechtsanwalt, Wien (FN 1)
Fundstelle	GesRZ 2003, 199
Heft	4 / 2003
Seite	199

Abstract

In einer von so engen, wechselseitigen Verflechtungen gekennzeichneten Wirtschaft wie der österreichischen kommt es naturgemäß oft zu Interessenkonflikten in Unternehmensorganen, doch kann sich die nötige Sensibilität gegenüber dem Problem nur schwer entwickeln, zumal dieses mit Paragraphen allein nicht gelöst werden kann. Der im Oktober 2002 veröffentlichte Österreichische Corporate-Governance-Kodex widmet gleichwohl dem Thema Interessenkonflikte im Vorstand oder Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften nicht weniger als 14 (materiell betrachtet, sogar noch mehr) Regeln.

Der nachstehende Beitrag untersucht, wie sich diese Regeln in das geltende Aktienrecht und dessen bislang herrschende Auslegung einfügen, und erörtert Anwendungsprobleme.

Besonderen Zündstoff enthalten könnte jene Bestimmung in Regel 49 (C) des Kodex, wonach Gegenstand und Entgelt von Verträgen zwischen Aufsichtsratsmitgliedern oder ihnen nahe stehenden Unternehmen einerseits und der Gesellschaft/deren Konzernunternehmen bzw dieser/diesen nahe stehenden Unternehmen andererseits im Geschäftsbericht zu veröffentlichen sind. Mit einer nur in Teilbereichen engeren, sonst aber deutlich weiter gehenden Offenlegungspflicht aufgrund IAS 24 ("Related Party Disclosure") sind freilich jene österreichischen Unternehmen konfrontiert, die ihren Jahresabschluss schon jetzt nach IAS aufstellen oder (weil sie im "Prime Market" der Wiener Börse notieren) aufstellen müssen, und werden ab 2005 alle kapitalmarktorientierten Konzerne in der EU konfrontiert sein.

Text

Inhaltsübersicht

BEGINN TABELLE

- I. Vorbemerkung
 - II. Die Regelung von Interessenkonflikten im Kodex
 - III. Interessenkonflikte im Vorstand
 - 1. Bindung an das Unternehmensinteresse
 - 2. Offenlegungspflicht
 - 3. In-sich-Geschäfte im weiteren Sinne
 - 4. Wettbewerbsverbot und Übernahme von (konzern-externen) Organfunktionen
 - IV. Interessenkonflikte im Aufsichtsrat
 - 1. Unternehmensinteresse versus Drittinteressen
 - 2. Persönliche Interessen und Offenlegungsverpflichtung
 - 3. (Beratungs-)Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern
 - 4. Verschleierte Aufsichtsrats-Tantiemen
 - 5. Veröffentlichung von Vertragsbedingungen im Geschäftsbericht
 - 6. Stimmverbote bei Interessenkollision
 - 7. Abschluss von D&O-Versicherungen
 - V. IAS-Abschluss und "Related Party Disclosures"
- ENDE TABELLE

I. Vorbemerkung

In Österreich läuft gerade die zivil- und strafrechtliche Aufarbeitung der geplatzten "Internet-Blase" an. Der staunenden Öffentlichkeit werden via Medien Nachrichten darüber geliefert, wie Manager und Unternehmensrepräsentanten (börsennotierte) Unternehmen zum Schaden der Gläubiger und der Aktionäre als "Selbstbedienungsladen" missbrauchten.

Da liest man von Vorstandsmitgliedern, die - einem Fußball-, Basketball- oder Eishockeystar gleich - mit dem bloßen Vertragsabschluss einen "signing bonus" in Millionenhöhe kassieren oder ohne Aufsichtsratszustimmung Unternehmen kaufen, an denen sie selbst beteiligt sind. Man erfährt auch von Aufsichtsratsmitgliedern, die sich auf Unternehmenskosten an den teuersten Plätzen der Welt tummeln.

Insgesamt ergibt sich das Bild eines gewissen Glücksrittertums, bei dem manche die Grenzen des noch Erlaubten deutlich überschritten und viele das Augenmaß dafür verloren haben dürften, was angemessen ist. Dabei ist Österreich nur ein kleiner Ausläufer dessen, was sich in Ländern mit bedeutenden Börsen abgespielt hat.

Der Kapitalmarkt wird dadurch gerade in einer Zeit getroffen, in der ein nachhaltiger Aufschwung besonders gut täte. (FN ²)

Die Berechtigung des Corporate-Governance-Gedankens wird durch solche Fehlentwicklungen freilich besonders deutlich. Denn ein wesentliches Kriterium guter Corporate Governance ist es, dass die leitenden Repräsentanten des Unternehmens (wozu hier nicht nur Vorstands-, sondern insbesondere auch Aufsichtsratsmitglieder zu zählen sind) sich bei ihrem Handeln für das Unternehmen von dessen und nicht von eigenen Interessen oder den Interessen nahe stehender Personen und Unternehmungen leiten lassen. (FN ³)

Schon der Anschein, dies wäre nicht so, kann für ein Unternehmen eine nachhaltige Imagebeeinträchtigung bedeuten.

Man erlebte dies kürzlich in einem bekannten österreichischen Handelskonzern.

II. Die Regelung von Interessenkonflikten im Kodex

Es ist kein Zufall, dass der Kodex immerhin 14 Regeln betreffend "Interessenkonflikte und Eigengeschäfte" beinhaltet, wovon sich acht Regeln mit dem Vorstand und sechs (FN ⁴) mit dem Aufsichtsrat befassen.

Auf die in § 91a BörseG vorgesehene Meldeverpflichtung für Geschäfte mit Aktien der Gesellschaft und die Anwendung der Bestimmungen der Emittenten-Compliance-Verordnung der FMA (Regel 19 und 20) will ich hier nicht näher eingehen.

Die wesentlichen Regeln über Interessenkonflikte lauten folgendermaßen:

Der Vorstand fasst seine Beschlüsse frei von Eigeninteressen und Interessen bestimmender Aktionäre, sachkundig und unter Beachtung aller relevanten Rechtsvorschriften (Regel 22 L).

Vorstandsmitglieder müssen wesentliche persönliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft und der Konzernunternehmen sowie sonstige Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offen legen. Sie haben außerdem die anderen Vorstandsmitglieder unverzüglich zu informieren (Regel 23 L).

Alle Geschäfte zwischen der Gesellschaft bzw Konzernunternehmen und Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahe stehenden Personen oder Unternehmen müssen dem branchenüblichen Standard entsprechen. Die Geschäfte und deren Konditionen müssen im Voraus durch den Aufsichtsrat genehmigt werden, mit Ausnahme von Geschäften des täglichen Lebens (Regel 24 L).

Das für Vorstandsmitglieder und leitende Mitarbeiter gesetzlich geltende Wettbewerbsverbot wird vom Aufsichtsrat nicht aufgehoben (Regel 25 C).

Die Übernahme von Organfunktionen von Vorstandsmitgliedern als Aufsichtsrat, Vorstand oder Geschäftsführer in Unternehmen außerhalb des Konzerns bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats oder der zuständigen Ausschüsse. Vergleichbare Nebentätigkeiten von leitenden Mitarbeitern bedürfen der Zustimmung des Vorstands (Regel 26 C).

Beim Aufsichtsrat gibt es nur eine mit "L" gekennzeichnete Regel, die das Pendant zur Regel 22 ist: Aufsichtsratsmitglieder dürfen bei ihren Entscheidungen keine eigenen Interessen oder die ihnen nahe stehender Personen oder nahe stehender Unternehmen verfolgen, die im Widerspruch zu den Interessen des Unternehmens stehen, oder Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, an sich ziehen (Regel 44 L).

Aufsichtsratsmitglieder dürfen keine Organfunktion in anderen Gesellschaften wahrnehmen, die zum Unternehmen in Wettbewerb stehen (Regel 45 C).

Geraten Aufsichtsratsmitglieder in Interessenkonflikte, haben sie

diese unverzüglich dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats offen zu legen. Gerät der Vorsitzende in Interessenkonflikte, hat er diese unverzüglich seinem Stellvertreter offen zu legen (Regel 46 C).

Die Gewährung von Krediten des Unternehmens an Aufsichtsratsmitglieder ist außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit des Unternehmens untersagt, mit Ausnahme von Geschäften des täglichen Lebens (Regel 47 C).

Alle Mitglieder des Aufsichtsrats erkennen schriftlich die Regelungen der Emittenten-Compliance-Verordnung an (Regel 48 C).

Verträge, insbesondere Beratungsverträge des Unternehmens mit einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats bzw ihnen nahe stehenden Unternehmen bedürfen der Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats, mit Ausnahme von Geschäften des täglichen Lebens. Gegenstand derartiger Verträge und Entgelt werden im Geschäftsbericht veröffentlicht (Regel 49 C).

III. Interessenkonflikte im Vorstand

1. Bindung an das Unternehmensinteresse

Dass Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sich bei der Führung des Unternehmens nicht von Eigeninteressen leiten lassen oder diese gar über das Unternehmensinteresse stellen dürfen, ist vom Grundsatz her völlig unbestritten. In einer Vorfassung des Kodex war eine der Regel 22 weitgehend inhaltsgleiche Bestimmung noch mit "C" gekennzeichnet. Wie in der Regel 22 aber richtig zum Ausdruck kommt, ergibt sich diese Vorgabe - wenngleich im Gesetz nicht so ausgedrückt - bereits aus der in **§ 70 Abs 1 AktG** verankerten Maxime für das Handeln des Vorstandes (FN ⁵) und der primären Orientierung am Unternehmensinteresse, dem die im Gesetz noch genannten Partikularinteressen (zu denen aber auf keinen Fall Eigeninteressen des Vorstands gehören) unterzuordnen (FN ⁶) sind.

Die Formulierung im Kodex (vgl Regel 22 L), wo von "Beschlüssen" des "Vorstandes" die Rede ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es hier nicht nur um Pflichten des Kollegialorgans Vorstand geht, sondern um eine jedes einzelne Vorstandsmitglied treffende Bindung. (FN ⁷)

2. Offenlegungspflicht

Nicht mehr ganz so eindeutig ist die Ableitung der Regel 23 aus dem Gesetz. Es entspricht indes zutreffender herrschender Meinung, dass Vorstandsmitglieder wesentliche persönliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft dem Aufsichtsrat (oder zumindest dem Vorsitzenden gegenüber) (FN ⁸) offen zu legen und die anderen Vorstandsmitglieder zu informieren haben (FN ⁹).

Dies bedeutet selbstverständlich, dass das von einem Interessenkonflikt betroffene Vorstandsmitglied die Information der übrigen Mitglieder und des Aufsichtsrats(vorsitzenden) vor Durchführung jener Maßnahmen zu bewirken hat, deren unbefangene Ausführung durch den Interessenkonflikt in Frage gestellt erscheint. Es reicht also nicht aus, wenn das Vorstandsmitglied seinen Sohn als Mitarbeiter in einer wichtigen Position (FN ¹⁰) einstellt und danach

diesen Umstand den anderen Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsrat mitteilt. Regel 23 bringt zum Ausdruck, dass es sich um "wesentliche" persönliche Interessen des Vorstandsmitgliedes handeln muss, deren Bestehen entsprechende Informationspflichten auslöst. Dem betroffenen Vorstandsmitglied ist ein gewisses verantwortliches Ermessen bei der Beurteilung der Frage der Wesentlichkeit zuzugestehen. Geht es um die Frage einer Betriebsstilllegung mit der damit verbundenen Freisetzung einer größeren Anzahl von Arbeitskräften, dann muss ein Vorstandsmitglied es grundsätzlich nicht zur Sprache bringen, wenn in einem von der Schließung betroffenen Betrieb ein alter Schulfreund (oder auch ein entfernterer Verwandter) arbeitet. Das Vorstandsmitglied ist aber dessen ungeachtet gut beraten, selbst solche Umstände notfalls offen zu legen, wenn es im Vorstand gegen eine betriebswirtschaftlich fundierte Maßnahme (zB Betriebsschließung) und eine entsprechende Meinung anderer Vorstandsmitglieder stimmt und ein Zusammenhang zwischen dem Stimmverhalten und gesellschaftsfremden Interessen hergestellt werden könnte.

Weder im Vorhinein noch im Nachhinein ist eine Information des Aufsichtsrates und der anderen Vorstandmitglieder jedoch dann erforderlich, wenn das von einem Interessenkonflikt berührte Vorstandmitglied seine Entscheidung ohnehin so getroffen hat, dass Eigeninteressen oder Interessen nahe stehender Personen als Motiv ausscheiden (das Vorstandsmitglied also seinen eigenen Sohn zB nicht eingestellt oder für die Betriebsschließung gestimmt hat, die einen Onkel arbeitslos macht). Alles andere wäre sinnentleerter Formalismus.

3. In-sich-Geschäfte im weiteren Sinne

Regel 24 befasst sich (auch) mit der Problematik von In-sich-Geschäften (Selbstkontrahieren), nämlich dem Abschluss von Geschäften zwischen der Gesellschaft oder ihren Konzernunternehmen einerseits und Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahe stehenden Personen oder Unternehmen andererseits. Die Konditionen dafür müssen branchenüblichen Standards entsprechen (also einem "Drittvergleich" standhalten) und im Voraus durch den Aufsichtsrat genehmigt werden, wovon nur Geschäfte des täglichen Lebens ausgenommen sind.

Die Kennzeichnung mit "L" verdient Regel 24 ungeachtet der Tatsache, dass eine direkte Ableitung aus dem Gesetz nicht ganz einfach ist.

Aus den §§ 271 ff ABGB werden auch bei der organschaftlichen Vertretungsmacht verschiedene Grundsätze für In-sich-Geschäfte abgeleitet: (FN ¹¹) Solche In-sich-Geschäfte sind nur zulässig und wirksam, wenn der Vertretene (in diesem Falle: die Aktiengesellschaft) sie wünscht (FN ¹²), oder wenn das In-sich-Geschäft dem Vertretenen aus rechtlicher Sicht nur Vorteile bringt (FN ¹³), oder wenn eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen von vornherein ausscheidet, weil die Bedingungen des Geschäfts objektiv nachvollziehbar einem Drittvergleich standhalten und zB einem Börse- oder Marktpreis folgen (FN ¹⁴).

Anerkannt ist außerdem ein "Transparenzgebot" des Inhaltes, dass In-sich-Geschäfte in einer nach außen dokumentierten Weise geschlossen werden müssen, die eine spätere "Beseitigung" ausschließt (FN ¹⁵).

Die Regelung von In-sich-Geschäften im AktG selbst ist simpel. Bei Vorhandensein von Vorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Anzahl kann ein Vorstandsmitglied mit der Gesellschaft Verträge so abschließen, dass die AG durch die anderen Vorstandsmitglieder vertreten wird. Nur wenn es bloß ein Vorstandsmitglied gibt, muss die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat vertreten werden (FN ¹⁶).

Die durch § 97 AktG geschaffene Möglichkeit, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei deren Verträgen mit Vorstandsmitgliedern vertritt, verschafft dem Aufsichtsrat nach unbestrittener Meinung kein Vertretungsmonopol für derartige Agenden, sondern beschneidet bloß das Vertretungsmonopol des Vorstands. Die Vertretungsmacht des Aufsichtsrates tritt also neben die des Vorstands (FN ¹⁷).

Nicht exakt definiert und auch nicht exakt definierbar ist der Begriff der "nahe stehenden Personen oder Unternehmen" in Regel 24. (FN ¹⁸)

Bei nahe stehenden (gemeint: natürlichen) Personen wird man zwar ebenfalls eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anlegen müssen, den Begriff aber nicht zu weit ziehen dürfen. Im Wesentlichen - wenn auch sicher nicht ausschließlich - geht es wohl um enge Verwandte (in erster Linie Ehegatten, Kinder, Eltern und Geschwister). Ein bloß durch Freundschaft geschaffenes Naheverhältnis wird nicht ausreichen und würde im Ergebnis unlösbare Diskussionen darüber entfachen, ob die Geschäftsbeziehung eine Folge der Freundschaft war oder umgekehrt.

Bei nahe stehenden Unternehmen muss es sich um solche handeln, auf die das Vorstandsmitglied direkt oder indirekt (also zB durch nahe stehende Personen im obigen Sinne vermittelt) maßgebenden, aber nicht unbedingt dominierenden Einfluss hat. Eine Mehrheitsbeteiligung ist daher keineswegs erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn die Ehefrau des Vorstandsmitgliedes mit 20 Prozent an einer mit der Aktiengesellschaft Geschäfte machenden GmbH beteiligt ist.

Außer Betracht bleiben aber entweder direkt vom Vorstandsmitglied gehaltene oder über Mittelspersonen bewirkte Beteiligungen an Unternehmen, die erkennbar bloß dem Zweck der Kapitalanlage dienen und keinen unternehmerischen Einfluss oder wesentliche "Blockaderechte" begründen (dh vor allem nicht ins Gewicht fallende Aktienpakete an börsennotierten Gesellschaften etc) (FN ¹⁹).

Nähere und möglichst detaillierte Regelungen darüber empfehlen sich in den Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern (FN ²⁰) - und zwar nicht nur bei börsennotierten Aktiengesellschaften, denn der Schutz der nicht börsennotierten AG vor durch Eigeninteressen motiviertem Handeln des Vorstands verdient ähnliche Beachtung (FN ²¹).

4. Wettbewerbsverbot und Übernahme von (konzernexternen) Organfunktionen

Die Aufhebung des für Vorstandsmitglieder (gemäß § 79 AktG) und leitende Mitarbeiter (kraft § 7 AngG) gesetzlich geltenden Wettbewerbsverbots durch die namens der Gesellschaft für einen

solchen Fall vertretungsbefugten Personen - Organe (FN ²²) wird - auch bei nicht dem Corporate-Governance-Kodex unterliegenden Gesellschaften - die seltene Ausnahme bilden und nur in ganz bestimmten Fällen der Sorgfalt des für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot zuständigen Organs entsprechen. (FN ²³)

Zu denken ist in der Praxis vor allem an Fälle, in denen die Gesellschaft ein Vorstandsmitglied (zB in einer Notsituation wie einer gravierenden Unternehmenskrise) in Kenntnis von dessen Konkurrenzfähigkeit engagiert.

Regel 25 folgt mit der "C"-Empfehlung daher nur der guten Unternehmenspraxis. Eine (börsennotierte) Gesellschaft, die ihren Vorstandsmitgliedern und/oder leitenden Mitarbeitern konkurrierende Tätigkeiten gestattet, soll das in der Tat öffentlich bekannt geben müssen.

Regel 26, wonach die Übernahme von Organfunktionen (als Aufsichtsrats-, Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer) durch Vorstandsmitglieder in nicht konzernangehörigen Unternehmen der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf, entspricht schon jetzt in der Praxis zumindest nicht unüblichen Anstellungsvertragsklauseln.

Die Regel geht über das Gesetz hinaus, weil die Frage der Konzernangehörigkeit der Gesellschaft, in der das Mandat übernommen werden soll, kein gesetzliches Kriterium ist, sondern § 79 AktG (abgesehen vom Verbot des selbstständigen Betreibens eines kaufmännischen Unternehmens) nur auf das Bestehen einer Konkurrenzbeziehung abstellt. (FN ²⁴)

IV. Interessenkonflikte im Aufsichtsrat (FN ²⁵)

1. Unternehmensinteresse versus Drittinteressen

Ausgangspunkt jeder Beschäftigung mit Interessenkonflikten im Aufsichtsrat und von Aufsichtsratsmitgliedern hat die Überlegung zu sein, dass Aufsichtsratsmitglieder (wie die Mitglieder der Vorstandes) dem Unternehmensinteresse und keinem "Wählerauftrag" verpflichtet sind. Wenngleich § 99 AktG nur auf § 84 AktG (betreffend die Vorstandshaftung) verweist, ist es doch unstrittig, dass die in § 70 Abs 1 AktG für den Vorstand normierten Handlungsmaximen für den Aufsichtsrat ebenfalls gelten. (FN ²⁶)

Es ist daher prägnant, wenn Lutter (FN ²⁷) hervorhebt, richtigerweise dürfe man gar nicht von "Banken-Vertretern" in Aufsichtsräten sprechen.

Auch bei Bestehen von Entsendungsrechten iSd § 88 AktG werden diese Grundsätze nicht zugunsten des Entsendungsberechtigten aufgegeben (FN ²⁸), wenngleich dies der "Rechtsüberzeugung" der Praxis weitgehend nicht entspricht.

Vor allem besteht die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber dem "entsendenden" (nicht unbedingt iSv § 88 AktG gemeint) (FN ²⁹) Unternehmen - Aktionär (FN ³⁰) in derselben Weise wie gegenüber sonstigen Dritten, was insbesondere bei der Existenz von Aufsichtsratsmitgliedern, die gleichzeitig (im Hauptberuf) Vorstandsmitglieder oder leitende

Mitarbeiter von mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehung stehenden Bankunternehmen sind, zu gewissen organisatorischen Maßnahmen zwingt. (FN ³¹)

Der Kodex nimmt mit der als "legal requirement" gekennzeichneten Regel 44 im Wesentlichen diese Position ein, wenn er davon spricht, dass die Interessen "nahe stehender" Personen oder Unternehmen (zumindest) nicht gegen die Interessen der Gesellschaft berücksichtigt werden dürfen, in der das Aufsichtsratsmitglied tätig ist.

Gewisse Ratlosigkeit hinterlässt in Anbetracht dieser weitgehend unstrittigen Rechtslage die durch das IRÄG 1997 (FN ³²) geschaffene Vorschrift des § 86 Abs 2, vierter Satz AktG, wonach Sitze einer Person in mehreren Aufsichtsräten, "in die das Mitglied gewählt oder entsandt ist, um die wirtschaftlichen Interessen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde, eines mit der Gesellschaft konzernmäßig verbundenen Wirtschaftsunternehmens oder eines Kreditinstituts, das mit der Gesellschaft in dauernder bankmäßiger Verbindung steht, zu wahren", nur als ein Sitz gerechnet werden.

Es wäre geradezu fatal, aus dieser Vorschrift ableiten zu wollen, Aufsichtsratsmitglieder, die ihr Mandat einer Gebietskörperschaft (idR als deren leitende Beamte), einem anderen Konzernunternehmen oder einem die Gesellschaft finanzierenden Bankunternehmen "verdanken", dürften deren Interessen notfalls auch gegen das Interesse der Gesellschaft vertreten und hätten gegenüber dem "entsendenden" Unternehmen die Verschwiegenheitspflicht als Aufsichtsratsmitglied nicht mehr zu wahren. (FN ³³)

§ 86 Abs 2, vierter Satz AktG idF IRÄG 1997 betrifft - wie schon das historische Vorbild in § 86 Abs 2 dAktG 1937 - die Frage der Begrenzung von Aufsichtsratsmandaten für eine Person und bedeutet nichts anderes als ein Zugeständnis an die personellen Bedürfnisse von Gebietskörperschaften, Bankunternehmen und konzernmäßig verbundenen Unternehmensgruppen im Allgemeinen. (FN ³⁴)

Eine "Ausweitung der Funktionen des Aufsichtsrats" (FN ³⁵), also nicht weniger als eine (gravierende) Änderung der Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern, darf man der Norm schon aus systematischen Gründen mE auf keinen Fall unterstellen. (FN ³⁶)

Die Deutung von § 86 Abs 2, vierter Satz AktG als bloße Regel für die Berechnung von Aufsichtsratsmandaten zur Ermittlung der gesetzlichen Höchstzahl ändert freilich nichts daran, dass auch bei einer solchen Deutung der Gesetzgeber des IRÄG 1997 von einem mE gravierenden Fehlverständnis der Aufsichtsratsaufgabe ausgegangen ist. Denn das Gesetz erlaubt es ja und sieht es damit als zumindest tolerabel an, wenn ein Vorstandsmitglied einer Bank in zwanzig (FN ³⁷) Aufsichtsräten großer (auch börsennotierter) Bankkunden sitzt. Es mag zynisch klingen, aber Derartiges kann nur für sinnvoll halten, wer in der Tat von der Vorstellung ausgeht, die Aufsichtsratsaufgabe eines solchen Bank-Vorstandsmitgliedes in den zwanzig Gesellschaften sei ohnehin weitgehend deckungsgleich (!), weil es ja stets um die Interessen desselben Bankunternehmens ginge und es daher gar keine Rolle spiele, dass es sich bei den Bankkunden um Unternehmen völlig unterschiedlicher Branchen und

Beschaffenheiten handelt.

Eine solche Sichtweise ist evidentermaßen grundverkehrt, und man wundert sich, dass in der einschlägigen Diskussion um die Aufwertung des Aufsichtsrates und dessen Bedeutung im Rahmen der Corporate-Governance-Diskussion der konterkarierende Charakter von § 86 Abs 2, vierter Satz AktG kaum zur Sprache gekommen ist. (FN ³⁸) Das darin enthaltene Zugeständnis bei der Berechnung der Höchstzahl an Aufsichtsratsmandaten ist rechtspolitisch ja nur konsistent, wenn der Gesetzgeber des IRÄG 1997 nicht eine Auf-, sondern in Wahrheit eine Abwertung des Aufsichtsrates und nicht - wie Nitsche (FN ³⁹) meint - eine "Ausweitung der Funktionen des Aufsichtsrats" vor Augen gehabt hätte. Dass davon keine Rede sein kann, weil das IRÄG 1997 - wie aus diversen anderen Bestimmungen klar hervorgeht - den Aufsichtsrat stärken wollte, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Will man § 86 Abs 2, vierter Satz AktG also (entgegen der hier vertretenen Ansicht) eine Bedeutung in Bezug auf das Ausmaß der Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern beimessen, dann kann es - mit Nitsche - in der Tat nur um eine Übertragung zusätzlicher Interessenvertretungsaufgaben (mit den sich dann freilich in aller Schärfe ergebenden Konfliktpotenzialen) gehen. Denn dem IRÄG 1997 kann ja nicht unterstellt werden, es habe gemeint, von Gebietskörperschaften, Banken oder Konzern- bzw Beteiligungsgesellschaften "entsendete" Aufsichtsratsmitglieder müssten sich in Hinkunft anstatt mit den Belangen der Gesellschaft nur mehr mit den Interessen des entsendenden Unternehmens - Aktionärs beschäftigen. Konsequenterweise hätte der Gesetzgeber dann aber für Aufsichtsratsmitglieder, die (neben der - richtig verstanden - zeitaufwendigen Befassung mit der Gesellschaft und ihren Angelegenheiten) die Interessen "entsendender" Aktionäre vertreten, die Höchstzahl der Mandate nicht ausweiten, sondern vielmehr weiter beschränken müssen. (FN ⁴⁰)

Das oben Gesagte bedeutet nicht, dass Aufsichtsratsmitglieder, die von einem Aktionär iSd § 88 AktG entsandt oder auf dessen Betreiben von der Hauptversammlung gewählt wurden, nicht dem "Entsendungsberechtigten" gegenüber bestimmten Bindungen unterliegen und dessen "Erwartungshaltung" (FN ⁴¹) nicht zumindest zum Teil sehr wohl entsprechen können, ohne sich einer Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft schuldig zu machen, in der das Aufsichtsratsmandat bekleidet wird. (FN ⁴²)

Eine der "Interessenvertretungshygiene" dienende und mE wirklich "fällige" Bestimmung ist Regel 45 C, wonach Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen in Konkurrenzunternehmen wahrnehmen dürfen. Zwar gab es schon bisher Stimmen in der Literatur, die mit guten Gründen eine Unvereinbarkeit von Aufsichtsratsmandaten in Konkurrenzunternehmen annahmen, (FN ⁴³) doch hat sich die Praxis (in Deutschland und Österreich) darüber bedenkenlos hinweggesetzt. (FN ⁴⁴)

Die öffentliche Bekanntgabe einer (im Übrigen den Kodex akzeptierenden) Gesellschaft, einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern Organfunktionen in Konkurrenzunternehmen zu gestatten, dürfte in der Hauptversammlung Diskussionen auslösen. Denn eine derartige Konstellation bringt das schwierige Problem nicht bloß der Geheimhaltung innerhalb des Aufsichtsrates, sondern in bestimmten

Zusammenstellungen auch gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern mit sich. (FN ⁴⁵) Auf das Erklärungsverhalten der sich dem Kodex unterwerfenden Gesellschaften darf man in Anbetracht der diesbezüglich in Österreich vielfältigen Verflechtungen gespannt sein. (FN ⁴⁶)

Die Regel 55 (die nur als "recommendation" gekennzeichnet ist) findet sich zwar systematisch im Kapitel "Qualifikation und Zusammensetzung des Aufsichtsrats", betrifft aber ebenfalls einen Fall der Interessenkollision: Vorstandsmitglieder verschiedener Gesellschaften sind nicht wechselseitig im Aufsichtsrat der anderen Gesellschaft vertreten (Kreuzverflechtungen). Wenngleich in Österreich eine der deutschen Verbotsnorm des § 100 Abs 2 Z 3 dAktG entsprechende Regelung (FN ⁴⁷) fehlt, war die Zulässigkeit von Überkreuzverflechtungen auch in Österreich schon bisher umstritten. (FN ⁴⁸)

Der Kodex hat mit Regel 55 dem Umstand Rechnung getragen, dass der Grundsatz: "Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus", ein auch im Bereich der Unternehmensführung und -kontrolle lebensnaher Grundsatz ist. (FN ⁴⁹) In Anbetracht des in Deutschland geltenden Verbots von Überkreuzverflechtungen hätte man auch im österreichischen Kodex mE eine "C"-Empfehlung erwägen können.

2. Persönliche Interessen und Offenlegungsverpflichtung

Das Verbot, bei Entscheidungen eigene Interessen oder die nahe stehender Personen oder Unternehmen zu berücksichtigen (sofern diese im Widerspruch zu den Unternehmensinteressen stehen), gilt für Aufsichtsratsmitglieder ebenfalls schon aufgrund der gesetzlichen (wenn auch Derartiges nicht explizit ausdrückenden) Vorgaben, weshalb Regel 44 konsequenterweise als "legal requirement" gekennzeichnet ist. Wie schon oben angeführt, ist der Begriff der "nahe stehenden" Person oder des "nahe stehenden" Unternehmens aber etwas anders zu interpretieren als in Regel 24 für den Vorstand, weil Regel 44 vor allem Aktionäre vor Augen hat, die (auch ohne Bestehen eines Verwandtschafts- oder Beteiligungsverhältnisses) das Aufsichtsratsmitglied entsandt oder vorgeschlagen oder seine Wahl durchgesetzt haben.

Geradezu selbstverständlich ist das ebenfalls in Regel 44 verankerte Verbot, dem Unternehmen zustehende Geschäftschancen an sich zu ziehen. Beim Begriff des "An-sich-Ziehens" von Geschäftschancen ist - in Anlehnung an die in Regel 24 und Regel 44 sonst verwendete Terminologie - eine Ausdehnung auf nahe stehende Personen und Unternehmen unbedingt geboten, will man die Regel nicht weitgehend ihres Anwendungsbereiches berauben. Es spielt also keine Rolle, ob das Aufsichtsratsmitglied als Einzelperson eine Geschäftschance der Gesellschaft an sich zieht (also selbst ein Geschäft im eigenen Namen abschließt), oder ob es dies einem Unternehmen ermöglicht, an dem das Aufsichtsratsmitglied selbst oder sein Ehepartner, Kind oder sonstiger naher Verwandter beteiligt ist. (FN ⁵⁰) Typischerweise wird dann von einem Stimmverbot des Aufsichtsratsmitgliedes, uU sogar von einem Verbot der Sitzungsteilnahme, auszugehen sein (vgl dazu unten Pkt 6).

Die Regelung, dass Aufsichtsratsmitglieder bei Auftreten von Interessenkonflikten unverzüglich den Aufsichtsratsvorsitzenden (und

dieser, wenn er selbst betroffen ist, seinen Stellvertreter) zu informieren und den Konflikt offen zu legen haben (Regel 46 C), geht weniger weit als die Bestimmung in Pkt 5.5.2. f des deutschen Kodex, die eine Offenlegung gegenüber dem Aufsichtsrat samt Information an die Hauptversammlung im Aufsichtsratsbericht verlangt. (FN ⁵¹) Erfasst sind von der Regel sowohl Konflikte zwischen persönlichen Interessen des Aufsichtsratsmitgliedes und Unternehmensinteressen als auch solche zwischen diesen und Drittinteressen (zB Interessen eines entsendenden Aktionärs oder Konkurrenzunternehmens, zu dem das Aufsichtsratsmitglied Verbindungen hat).

3. (Beratungs-)Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Seit dem Bekanntwerden zweier wegweisender Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) (FN ⁵²) ist auch in Österreich grundsätzlich anerkannt, dass (Beratungs-)Verträge, die eine Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied abschließt, unzulässig und rechtsunwirksam sind, wenn die übernommene Beratungstätigkeit von der im Rahmen der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bestehenden Beratungspflicht umfasst wird. Werde ein derartiger Beratungsvertrag vor der Bestellung des Beraters zum Aufsichtsratsmitglied geschlossen, verliere er - so der BGH - für die Dauer des Aufsichtsratsmandats seine Wirkung (werde also gleichsam suspendiert).

Die Richtigkeit dieser Auffassung auch für Österreich folgt aus dem in § 98 AktG (vgl § 113 dAktG) gesetzlich verankerten Vergütungsmonopol (FN ⁵³) der Hauptversammlung in Bezug auf Aufsichtsratsentlohnungen. (FN ⁵⁴) Vor allem sollen Aufsichtsratsmitglieder davor bewahrt werden, in Abhängigkeit von dem - über ihre Vergütung bestimmenden - Vorstand zu geraten und damit vielleicht der Versuchung zu erliegen, dessen Überwachung nicht mit der nötigen Intensität zu betreiben. (FN ⁵⁵)

Die Abgrenzung zwischen den Aufgaben des Aufsichtsrates bzw des einzelnen Mitgliedes und einer außerhalb dieser Aufgaben liegenden Beratungstätigkeit kann zwar im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, ist aber nötig. (FN ⁵⁶)

Die Regel 49 C hat wohl (wie auch aus dem Wort "insbesondere" deutlich wird) vor allem Beratungsverträge von Freiberuflern und "Consultern" in Aufsichtsräten im Auge, beschränkt ihren Anwendungsbereich aber nicht auf solche. Denn schon der Wortlaut der Regel macht deutlich, dass Vertragspartner der Gesellschaft nicht das Aufsichtsratsmitglied persönlich sein muss, sondern es sich auch um ein Unternehmen handeln kann, an dem das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist (zB eine Rechtsanwalts-Sozietät) oder in dem das Aufsichtsratsmitglied eine Organfunktion ausübt. Letzteres trifft zB auf Vorstandsmitglieder (FN ⁵⁷) von mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehenden Bankunternehmen zu.

Nach der vom Arbeitskreis zu Regel 49 (im Internet) veröffentlichten Interpretation fallen außerdem Verträge darunter, bei denen Abschlusspartner des Aufsichtsratsmitgliedes (oder eines diesem nahe stehenden Unternehmens) nicht die Gesellschaft selbst, sondern eines ihrer Konzernunternehmen ist.

Wesentlicher Inhalt der Regel 49 ist das Erfordernis einer

Zustimmung des Gesamt-Aufsichtsrates zu solchen (Beratungs-)Verträgen zwischen der Gesellschaft (deren Konzernunternehmen) einerseits und Aufsichtsratsmitgliedern bzw diesen nahe stehenden Unternehmen andererseits. Eine solche Genehmigungsbedürftigkeit ist zwar in § 114 dAktG gesetzlich verankert, gibt es in Österreich jedoch nicht, sodass derartige Beratungsverträge (sofern sie nicht unter Beachtung der oben geschilderten Grundsätze ohnehin rechtsunwirksam sind) namens der Gesellschaft vom Vorstand abgeschlossen werden. (FN ⁵⁸)

Ausgenommen von der Genehmigungspflicht sind nur "Geschäfte des täglichen Lebens".

Hierbei geht es - wie auch aus der vom Arbeitskreis veröffentlichten Interpretation zu Regel 49 hervorgeht - vor allem um die Bestreitung der täglichen privaten Lebensführung von Aufsichtsratsmitgliedern im üblichen Ausmaß. Ein Aufsichtsratsmitglied der Telekom Austria AG muss daher nicht den gesamten Aufsichtsrat um Zustimmung fragen, wenn es mit der Gesellschaft einen Vertrag über einen Festnetzanschluss abschließen möchte. Dasselbe gilt für Aufsichtsratsmitglieder der OMV, die ihren privaten Treibstoffbedarf an gesellschaftseigenen Tankstellen decken etc.

Derartige Geschäfte nicht mit der Gesellschaft abzuschließen - so ließe sich pointiert sagen -, könnte ein Aufsichtsratsmitglied bei einer Befragung in der Hauptversammlung sogar in gewisse Verlegenheit bringen.

Der Abschluss von Beratungsverträgen der vom Vorstand vertretenen Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern, denen eine Vergütung für Leistungen zugesagt wird, die Teil der Aufsichtsratsaufgabe und deshalb mit der von der Hauptversammlung beschlossenen Tantieme abgegolten sind, kann auch heikle steuerrechtliche Folgen nach sich ziehen.

Während die Gesellschaft den Aufwand für Beratungsverträge zur Gänze als Betriebsausgabe steuerlich geltend machen kann, sind Aufsichtsratsantienemen gemäß § 12 Abs 1 Z 7 KStG (rechtspolitisch unverständlicherweise) nur zur Hälfte steuerlich abzugsfähig. Durch den Abschluss unzulässiger Beratungsverträge kann und wird es daher zu einer Abgabenverkürzung kommen (FN ⁵⁹).

4. Verschleierte Aufsichtsrats-Tantiemen

Es gibt natürlich noch andere Mittel, Aufsichtsratsmitglieder zu "wohlwollender" Betrachtung gegenüber dem Vorstand zu motivieren, denn nicht jedes Aufsichtsratsmitglied hat etwas anzubieten, das der Gesellschaft - zumindest theoretisch - als Beratungsleistung verkauft werden kann.

Eine in der Praxis gebräuchliche Methode, die in Österreich traditionell (viel zu) (FN ⁶⁰) niedrigen Aufsichtsratsantienemen etwas aufzubessern, sind die so genannten "Sitzungsgelder".

Dabei handelt es sich meist nicht um (vom Vergütungsmonopol der Hauptversammlung gemäß § 98 AktG nicht berührten, allenfalls pauschalierten) Aufwandsersatz, sondern vielmehr um Entgelt, was die Praxis freilich idR missachtet, indem derartige Sitzungsgelder von

der Verwaltung festgelegt werden. (FN ⁶¹)

Bei Sachzuwendungen des Vorstands an Aufsichtsratsmitglieder muss differenziert werden. Soweit es sich um aus beruflichen Anlässen gewährte "Vergünstigungen" handelt (also zB Opernkarten für das Zusammentreffen mit Geschäftspartnern bzw wichtigen "Meinungsträgern" oder Reiseaufwendungen mit ähnlichem Hintergrund) wird man idR von zulässigen Spesen sprechen können.

Auch ohne Bestehen eines geschäftlichen Zusammenhanges kann man nicht schlechthin von der Gewährung unzulässiger Sachleistungen durch den Vorstand ausgehen. Stellt dieser einem Aufsichtsratsmitglied und seinem Ehepartner zwei (selbst teure) Opernkarten unentgeltlich zur Verfügung, dann wird - zumal bei einem größeren Unternehmen - der Rahmen üblicher Aufmerksamkeiten im Geschäftsleben sicher nicht überschritten.

Maßgebend ist die Verkehrsauffassung. Bekommt ein Aufsichtsratsmitglied eine sehr geringe Tantieme oder ist es gar unentgeltlich für die Gesellschaft tätig, dann kann die Einladung zu teuren Opernbesuchen und Reisen die Grenze zur unzulässigen "Sach-Tantieme" des Vorstandes früher überschreiten. Das Verhältnis zwischen (von der Hauptversammlung festgelegter oder schon in der Satzung geregelter; vgl § 98 AktG) Tantieme und dem Wert der Sachzuwendung an ein Aufsichtsratsmitglied ist daher von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit solcher Sachzuwendungen, weil deren Eignung, eine unbefangene Amtsausübung des Aufsichtsratsmitglieds zu beeinträchtigen, um so geringer ist, je weniger die Zuwendung wirtschaftlich ins Gewicht fällt.

5. Veröffentlichung von Vertragsbedingungen im Geschäftsbericht

Regel 49 (C) schreibt vor, dass Gegenstand und Entgelt der oben (V.3.) erläuterten (Beratungs-)Verträge zwischen Aufsichtsratsmitgliedern oder ihnen nahe stehenden Unternehmen einerseits und der Gesellschaft (deren Konzernunternehmen) andererseits im Geschäftsbericht veröffentlicht werden.

Wenngleich die von der deutschen BGH-Rechtsprechung gleichsam "losgetretene" Diskussion um persönliche Beratungsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft bei der Regel 49 Pate stand, bezieht sich die Verpflichtung zur Veröffentlichung des Vertragsgegenstandes und des Entgelts dem eindeutigen Wortlaut der Regel 49 zufolge (der durch die dazu vom Arbeitskreis veröffentlichte Interpretation explizit gestützt wird) auch auf Verträge, die nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied persönlich, sondern mit einem diesem nahe stehenden Unternehmen abgeschlossen werden und deren Gegenstand nichts mit "Beratung" zu tun hat.

Sehr wohl von der Veröffentlichungspflicht erfasst sind daher Kredit- oder Versicherungsverträge zwischen einem Bank- bzw Versicherungsunternehmen, dessen Vorstandsmitglied (oder leitender Mitarbeiter) im Aufsichtsrat der Gesellschaft vertreten ist. (FN ⁶²)

In Wahrheit ist für Investoren die Kenntnis der Kreditkonditionen der Gesellschaft von ungleich größerer Wichtigkeit als zu erfahren, ob ein im Aufsichtsrat vertretener Rechtsanwalt, Wirtschaftstreuhänder oder Steuerberater neben seiner Tantieme für

Beratungsleistungen Entgelte erhalten hat, die typischerweise wirtschaftlich kaum ins Gewicht fallen.

Nicht restlos klar ist, was im Geschäftsbericht über derartige Verträge veröffentlicht werden muss. Bei Kreditverträgen ist die Angabe des Zinssatzes, der Laufzeit und des Kreditvolumens sicher erforderlich und in dieser Kombination auch aussagekräftig, weil unmittelbar zu einem Marktvergleich geeignet. Bei Versicherungsverträgen ist dies schon viel schwieriger, weil die Angabe eines Prämienvolumens mit jener Versicherungsgesellschaft, deren Vorstandsmitglied im Aufsichtsrat vertreten ist, nichts darüber aussagt, ob die Gesellschaft günstige Konditionen vereinbart hat.

Diese Information kann im Übrigen auch bei den nach dem Wortlaut der Regel 49 im Zentrum stehenden Beraterverträgen kaum geliefert werden. Nimmt man zB den Rechtsanwalt im Aufsichtsrat als Beispiel, dann erscheint es am sachgerechtesten, einerseits das jährliche Volumen aller Mandate anzugeben und andererseits jene Vergütungsparameter, die eine Beurteilung der "Fremdvergleichsfähigkeit" am besten erlauben (also insbesondere vereinbarte Stundensätze). Auch die Angabe im Geschäftsbericht, dass marktkonforme (aber nicht genau bezifferte) Stundensätze verrechnet werden, dürfte dem Informationsbedürfnis der Aktionäre wohl genügen.

Ob die Gesellschaft mit diesen Konditionen wirklich "gut bedient ist" oder nicht, kann auf diese Art und Weise naturgemäß dennoch nicht verlässlich beurteilt werden.

Für Österreich wird mit einer derartigen Veröffentlichungspflicht sicher ein neuer Weg beschritten, der freilich den ihre Jahresabschlüsse nach IAS aufstellenden Gesellschaften nicht so fremd sein dürfte, weil IAS 24 ("Related Party Disclosures") von einem ähnlichen Konzept ausgeht, wenn auch danach - noch - nicht die Angabe von konkreten Namen der Transaktionsteilnehmer verlangt wird und es außerdem für Banken eine Ausnahmebestimmung gibt (vgl dazu unten V.). (FN ⁶³)

Die Praxis wird letztlich die Handhabung dieser Veröffentlichungspflicht erweisen. Entsprechend den vom Arbeitskreis veröffentlichten Interpretationen zur Regel 49 bedarf es bei einer Vielzahl von Einzelverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern oder diesen nahe stehenden Unternehmen nicht der detaillierten Darstellung aller Vertragsbeziehungen; vielmehr reicht eine Zusammenfassung gleichartiger Transaktionen oder Verträge aus.

6. Stimmverbote bei Interessenkollision

Der österreichische Kodex enthält nur einen kleinen - sehr versteckten, weil an sich systemwidrig in Regel 57 betreffend die "Mitbestimmung" verpackten - Hinweis auf die Rechtsfolgen bei Konfliktsituationen von Aufsichtsratsmitgliedern. Haberer (FN ⁶⁴) bezeichnet dies als gewisses Manko und hat damit im Grundsatz wohl Recht. Denn die Selbstverständlichkeit, dass zB Vorstandsmitglieder (oder leitende Mitarbeiter) einer Bank, die im Aufsichtsrat der Gesellschaft vertreten sind, die mit dieser Bank einen Vertrag schließen will, an der Beschlussfassung über diesen Vertrag (Genehmigung nach § 95 Abs 5 Z 5 AktG) nicht mitwirken, ja

richtigerweise schon an der Sitzung nicht teilnehmen dürfen (FN ⁶⁵), hat sich in der österreichischen Praxis nur teilweise herumgesprachen. (FN ⁶⁶)

Die Schwierigkeit besteht indes auch darin, dass es weit subtilere und vielschichtige Interessenkollisionen gibt, die oft nur dem Betroffenen erkennbar sind und denen mit rein juristischen Mitteln kaum angemessen Rechnung getragen werden kann. Zur Förderung der in Österreich diesbezüglich traditionell gering ausgeprägten Sensibilität wird noch viel Aufklärungsarbeit erforderlich sein.

7. Abschluss von D&O-Versicherungen

Dabei können sich ebenfalls Interessenkonflikt- und Kompetenzfragen innerhalb der AG stellen.

Auch in Österreich haben mittlerweile mehrere - insbesondere größere - Unternehmen und Unternehmensgruppen so genannte D&O (Directors & Officers Liability) Versicherungen zugunsten ihres Managements abgeschlossen. Es handelt sich um Vermögensschadens-Haftpflichtversicherungen - manchmal gekoppelt mit speziellen Manager-Rechtsschutzversicherungen -, mit denen das vor allem Organmitglieder betreffende Haftungsrisiko wegen Fehlhandlungen versichert werden soll. Versicherungsnehmer ist typischerweise die Gesellschaft (bzw eine Konzernobergesellschaft), versicherte Personen können Vorstandsmitglieder und/oder Mitglieder des Aufsichtsrates sowie leitende Angestellte sein. Es handelt sich also um einen Fall der Versicherung für fremde Rechnung (FN ⁶⁷).

Fraglich ist, wer für den Abschluss solcher Versicherungsverträge zuständig ist, wenn einerseits Vorstands- und andererseits Aufsichtsratsmitglieder als versicherte Personen begünstigt sind. Der OGH (FN ⁶⁸) stellte zumindest für die Versicherung von Vorstandsmitgliedern klar, dass eine solche der Zustimmung des Aufsichtsrates als des gemäß § 75 Abs 1 AktG ausschließlich für die Vereinbarung von Anstellungsvertragsinhalten zuständigen Partners von Vorstandsmitgliedern bedürfe.

Demgemäß billigte das Höchstgericht (mit dem ASG Wien und gegen die Auffassung des OLG Wien) die Entlassung des Finanz-Vorstandsmitgliedes eines Kaufhausunternehmens, das (obwohl ihm der Aufsichtsratsvorsitzende in den Vertragshandlungen dies sogar explizit verweigert hatte) eine derartige Versicherung mit einer Jahresprämie von rund Euro 5.000,- zu seinen Gunsten abgeschlossen hatte. Ein Vorstandsmitglied habe - so der OGH - keinen Rechtsanspruch darauf, dass die Gesellschaft auf ihre Kosten das Haftungsrisiko des Vorstandsmitgliedes versichere. Insbesondere folge ein solcher Anspruch nicht aus § 1014 ABGB (FN ⁶⁹).

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Wenngleich aus internationalem Blickwinkel die Eindeckung von D&O-Versicherungen zunehmend üblich und als Mittel im Wettbewerb um die Engagierung qualifizierter Top-Führungskräfte eingesetzt wird, ist es doch so, dass der Abschluss solcher Versicherungen primär im Interesse des Organmitgliedes gelegen ist. Die Argumentation, Unternehmen bezweckten mit der Eindeckung von D&O-Versicherungen vor allem die Absicherung eines Vermögensbedarfes, der der Gesellschaft erwachse, wenn sie für Schadenersatzansprüche Dritter aus dem Verhalten von

Organmitgliedern aufkommen müsse, sowie die Gewährleistung der Einbringlichkeit von Innenhaftungs- und Regressansprüchen der Gesellschaft gegen Organmitglieder (FN ⁷⁰), hat dem gegenüber mE in den Hintergrund zu treten.

Dem entspricht es, dass nach herrschender Meinung die Einbeziehung von Aufsichtsratsmitgliedern in D&O-Versicherungen als Gewährung einer (zusätzlichen) Vergütung für die Aufsichtsratsstätigkeit einer Beschlussfassung der Hauptversammlung (§ 98 AktG bzw § 113 dAktG) bedarf (FN ⁷¹).

Denn auch für Aufsichtsratsmitglieder gelten die oben angeführten Erwägungen. Abgesehen davon, dass bei diesen der bei Vorstandsmitgliedern eine Rolle spielende Aspekt des Einsatzes solcher "fringe benefits" zur Gewinnung qualifizierter Kräfte typischerweise ausscheidet (weil bei Aufsichtsratsmitgliedern zumindest bislang die Höhe der Tantieme kaum eine Rolle für die "Attraktivität" des Amtes gespielt hat), ist gerade dieser von Mertens (FN ⁷²) betonte Aspekt ein Indiz für den Entgeltcharakter. Anderenfalls müssten auch Stock Options, teure Dienstfahrzeuge, große Dienstwohnungen oder "Auslandszulagen" generell aus dem Entgeltbegriff herausfallen, weil sie als Instrumente zur Gewinnung qualifizierter Führungskräfte eingesetzt werden.

Wenn gesagt wird, dass die einzelnen Organmitglieder (insbesondere Aufsichtsratsmitglieder) nicht aus eigenem Entschluss an der D&O-Versicherung teilnehmen, und ihre Zustimmung gar nicht eingeholt werde, weil es sich um eine Entscheidung der Verwaltung handle und die Versicherung auch im Dienste unternehmerischer Zwecke stehe, denen sich die Organmitglieder nicht entziehen dürften (FN ⁷³), so wird damit ein faktischer Zustand zutreffend beschrieben. Nichts würde aber den Vorstand hindern, die Hauptversammlung um Zustimmung zu fragen, falls der Aufsichtsrat in die Versicherung einbezogen werden soll. (FN ⁷⁴)

Zu empfehlen ist die Vorlage an die Hauptversammlung jedenfalls, wengleich ein ohne solche Zustimmung geschlossener Versicherungsvertrag (anders als ein unzulässiger Beratungsvertrag, mit dem nur die Aufsichtsratsstätigkeit doppelt vergütet wird) rechtswirksam bleibt.

V. IAS-Abschluss und "Related Party Disclosures"

Ab dem Jahr 2005 sind alle kapitalmarktorientierten Konzerne in der EU aufgrund einer Verordnung des Rates vom 19. Juli 2002 (FN ⁷⁵) verpflichtet, den Konzernabschluss nach den International Accounting Standards (IAS) aufzustellen.

Gemäß Art 5 der VO haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch nicht kapitalmarktorientierte Konzerne und Einzelabschlüsse einzubeziehen, also die Aufstellung von Einzel- bzw Konzernabschlüssen nach IAS vorzuschreiben oder zumindest zu erlauben. In Österreich ist bislang nichts in dieser Richtung geschehen.

Unternehmen, die an der Wiener Börse im "Prime Market" (den es erst seit 1. Jänner 2002 gibt) notieren, sind allerdings schon jetzt auf privatrechtlicher Grundlage verpflichtet, ihren Abschluss nach IAS

aufzustellen, und müssen eine entsprechende Verpflichtung gegenüber dem Börseunternehmen auf rechtsgeschäftlicher Basis eingehen.

Damit rückt im gegebenen Zusammenhang IAS 24 ("Related Party Disclosures") ins Blickfeld, eine Regel, die die betroffenen Unternehmen in näher dargelegter Weise verpflichtet, Angaben über Beziehungen zu nahe stehenden Unternehmen und Personen zu machen. (FN ⁷⁶)

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Problematik würde den vorgegebenen Rahmen sprengen; sie muss späteren Untersuchungen vorbehalten bleiben. (FN ⁷⁷) Gesagt werden soll hier nur, dass IAS 24 die in Regel 49 (C) des Österreichischen Corporate-Governance-Kodex vorgesehene Veröffentlichungspflicht mit einschließt, freilich einen darüber weit hinausgehenden Anwendungsbereich hat. "Nahe stehende Personen" sind gemäß IAS 24 Tz 3 lit d unter anderem "Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen", worunter ausdrücklich auch "Mitglieder des ... Aufsichtsorgans" und daneben "leitende Angestellte ... sowie nahe Familienangehörige solcher natürlicher Personen" zu verstehen sind.

Die Beziehungen gelten in beide Richtungen, also sowohl hin zum berichtenden Unternehmen als auch hin zu den natürlichen Personen, was in IAS 24 Tz 3 lit e zum Ausdruck kommt, wonach Unternehmen erfasst sind, in denen die sonst als nahe stehende Personen Genannten (also zB Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen, Aufsichtsratsmitglieder und deren nahe Angehörige) "die Möglichkeit der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses" haben. (FN ⁷⁸)

Für "Kapitalgeber", also idR Banken, gibt es freilich (ebenso wie für Gewerkschaften, öffentliche Versorgungsbetriebe und Behörden sowie öffentliche Institutionen) "im Rahmen und ausschließlich kraft ihrer gewöhnlichen Geschäftsbeziehungen mit dem Unternehmen" eine branchenspezifische Befreiung. (FN ⁷⁹)

Nach IAS 24 besteht daher keine Verpflichtung zur Bekanntgabe der wesentlichen Konditionen eines Kreditvertrages, wenn im Aufsichtsrat des berichtspflichtigen Unternehmens zB ein Vorstandsmitglied oder leitender Angestellter des kreditgebenden Bankunternehmens tätig ist. Über die Sachgerechtigkeit dieser Ausnahme mag man streiten.

Fußnote(n)

- 1) Der Autor ist als Rechtsanwalt mit den hier behandelten Fragen laufend befasst und Mitglied des "Österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance" unter der Leitung des Kapitalmarktbeauftragten der Österreichischen Bundesregierung Dr. Schenz.
- 2) Zwar konnten die wichtigsten Börsen-Indizes 2003 bisher signifikante Anstiege verzeichnen (der DAX zB bis Juli 2003 einen Anstieg von über 50 Prozent), doch bedarf es noch deutlich größerer und längerfristiger Kursaufschwünge, um den "Jahrhundert-Einbruch" 2000 bis 2002 wieder einigermaßen wettzumachen.

- 3) Vgl dazu Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, § 70 Rz 28; Wiesner in MünchHB GesR IV, 2. Auflage, § 19 Rz 18; Mertens in KölnKomm AktG, 2. Auflage, § 76 Rz 28.
- 4) In Wirklichkeit sind es sieben, weil die Regel 19, in der die in § 91a BörseG enthaltene Meldeverpflichtung für Geschäfte mit Aktien der Gesellschaft wiedergegeben wird, ja auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt. Zählt man die Regel 55 (R) hinzu (Empfehlung des Unterbleibens von Überkreuzverflechtungen; vgl unten IV.1.), muss man sowohl beim Vorstand als auch beim Aufsichtsrat die Zahl um je eins erhöhen.
- 5) Vgl dazu Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, § 70 Rz 7.
- 6) Vgl Mertens in KölnKomm AktG, 2. Auflage, § 76 Rz 16 ff, 28; Kastner, Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaften in FS Schmitz I 84 f; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, § 70 Rz 28.
- 7) Dass ein einzelnes Vorstandsmitglied - gleichsam auf eigene Faust und keineswegs im Konsens mit den übrigen Mitgliedern des Vorstandes - dem Unternehmensinteresse diametral zuwiderlaufend handeln kann, zeigt besonders eindrucksvoll der seit zwei Monaten in den Medien breit erörterte "Fall ESTAG", der ganz offenkundig und eingestandenermaßen dadurch losgetreten wurde, dass ein erst knapp davor zum (dritten) Vorstandsmitglied des größten steirischen Unternehmens bestelltes ehemaliges Mitglied der Steiermärkischen Landesregierung diverse Printmedien aktiv über - ein stark negatives Bild des Unternehmens und seiner Beteiligungsgesellschaften zeichnende - vertrauliche Daten (wie angeblich "überhöhte" Vorstandsbezüge, Umbaukostenüberschreitungen, angebliche "Fehlinvestments" bei der Anschaffung von Beteiligungen etc) informierte und sogar selbst namentlich gekennzeichnete Glossen in Printmedien verfasste. Das "Eigeninteresse" des betroffenen Vorstandsmitgliedes an einer derart eklatanten und - soweit überblickbar - in dieser dokumentierten Form in Österreich bisher einzigartigen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (vgl § 84 Abs 1 AktG) ist vielleicht rational nicht so leicht fassbar, bei näherer Kenntnis der politischen Implikationen des Falles aber doch nicht ganz unplausibel. Denn während bei Orientierung an aktienrechtlichen Vorgaben in einem solchen Fall wohl nur die Abberufung in Betracht kommt, könnte das möglicherweise angestellte Kalkül des angesprochenen Vorstandsmitgliedes in dem von politischen Ränkespielen durchwebten Umfeld aufgehen: als "Aufdecker des (Bundes-)Landes" gefeiert zu werden. In den Printmedien geschah dies nämlich schon sehr deutlich.
- 8) Hierbei ist an § 81 Abs 1, 3. Satz AktG zu erinnern, wonach "bei wichtigem Anlass" (über die in § 81 Abs 1 geregelte Pflicht zur turnusmäßigen Berichterstattung hinaus) dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats unverzüglich zu berichten ist.
- 9) Vgl zu den Informationspflichten bei einem mehrgliedrigen Vorstand: Strasser in Jabornegg - Strasser AktG, 4. Auflage, § 70 Rz 41.
- 10) Die Aufnahme auch eines engen Verwandten an einem ganz untergeordneten Arbeitsplatz in einem größeren Unternehmen wird - ohne spezielle anstellungsvertragliche Verpflichtung des Vorstandsmitgliedes und ohne auf § 95 Abs 5, letzter Satz AktG gestützten "Ergänzungsbeschluss" des Aufsichtsrates - die Voraussetzungen eines derartige Informationspflichten auslösenden Interessenkonfliktes mE noch nicht erfüllen. Anzuraten ist dem Vorstandsmitglied aber auch in einem solchen Falle eine Information zumindest im Nachhinein, um jeden Anschein der Vertuschung zu vermeiden.
- 11) Vgl zusammenfassend Nowotny, Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht - eine Übersicht, RdW

1987, 35 f mwN.

- 12) Auf diesen Gedanken gründen sich die im GmbH- und Aktienrecht vorhandenen Bestimmungen betreffend die Genehmigung durch andere Gesellschaftsorgane (vgl zB § 80 Abs 1 AktG über die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder; vgl auch Koppensteiner, GmbHG, 2. Auflage, § 25 Rz 12 bezüglich der satzungs- und geschäftsordnungsgemäßen Information anderer Organe bei In-sich-Geschäften des GmbH-Geschäftsführers).
- 13) Dies ist zB bei Schenkungen der Fall, wenn mit dem Behalten der geschenkten Sache keine Belastungen verbunden sind.
- 14) Vgl dazu auch Koppensteiner, GmbHG, 2. Auflage, § 25 Rz 12, § 18 Rz 23a ff.
- 15) So ausdrücklich § 18 Abs 5 GmbHG idF BGBl 1996/304 und dazu Aicher - U. Torggler, In-sichgeschäfte nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1996, 197.
- 16) Vgl Nowotny, RdW 1987, 36.
- 17) Vgl Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 95 bis 97 Rz 71 mwN.
- 18) Im Zusammenhang mit dem Aufsichtsrat (in Regel 44) hat man den Terminus mE anders auszulegen, weil die dort gemeinten "nahe stehenden" Personen oder Unternehmen insb entsendende Aktionäre sein können, zu denen weder ein Verwandtschafts- noch ein Beteiligungsverhältnis bestehen muss.
- 19) Bei Beteiligungen unter 5 Prozent fehlt in Anbetracht der Eigentümerstruktur österreichischer Aktiengesellschaften ein solcher Einfluss so gut wie immer.
- 20) Vgl die Muster-Anstellungsvertragsklauseln bei Runggaldier - G. Schima, Manager-Dienstverträge, 2. Auflage, (1997) 173 ff, wo (im Rahmen eines erweiterten Wettbewerbsverbots) diese Problematik aber auch nicht wirklich behandelt wird.
- 21) Ohne spezielle anstellungsvertragliche Klausel ist die Frage nicht ganz leicht zu entscheiden, ob zB ein Vorstandsmitglied eines Mineralölunternehmens dadurch eine (gar grobe; vgl § 75 Abs 4 AktG) Pflichtverletzung begangen hat, dass es den Tankstellenpächtern, die die dem Mineralölunternehmen gehörenden Tankstellen betreiben, "empfohlen" hat, die Reinigungsarbeiten durch eine GmbH vornehmen zu lassen, an der die Ehefrau des Vorstandsmitgliedes beteiligt ist (Beispiel von Niehus, IAS 24: Related Party Disclosures - "Nahe Familienangehörige" als Gegenstand der Rechnungslegung und Abschlussprüfung, WPg 2003, 521).
- 22) Gegenüber dem Vorstand ist dafür schon aufgrund des § 75 Abs 1 AktG exklusiv der Aufsichtsrat zuständig. Leitende Mitarbeiter bedürfen (wie alle anderen Arbeitnehmer) der Einwilligung des Vorstandes (oder der nach den Unternehmensrichtlinien für diesen handelnden Repräsentanten).

- 23) Vgl zum Wettbewerbsverbot Wiesner in MünchHB GesR IV, 2. Auflage, § 21 Rz 64 ff; Mertens in KölnKomm AktG, 2. Auflage, § 88 Rz 8 ff; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 77 - 84 Rz 68.
- 24) Vgl zum Wettbewerbsverbot Wiesner in MünchHB GesR IV, 2. Auflage, § 21 Rz 64 ff; Mertens in KölnKomm AktG, 2. Auflage, § 88 Rz 8 ff; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 77 - 84 Rz 68; für den GmbH-Geschäftsführer gilt richtigerweise nach § 24 Abs 1 GmbHG dasselbe, wenngleich dessen Wortlaut die Deutung zumindest ermöglicht, dass die Übernahme eines Vorstands- oder Aufsichtsratsamts durch GmbH-Geschäftsführer auch dann der Einwilligung der Gesellschaft(er) bedarf, wenn es sich um kein Konkurrenzunternehmen der GmbH handelt (idS offensichtlich auch Reich-Rohrwig, GmbHG I, 2. Auflage, 2/292: "Hingegen indiziert schon allein die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter (OHG, KG, OEG, KEG, GesBR), als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder als Geschäftsführer einer anderen Gesellschaft oder Genossenschaft dieses verbotene Verhalten und ist daher gleichfalls gesetzlich verboten"; diesbezüglich unklar Koppensteiner, GmbHG, 2. Auflage, § 24 Rz 7, der von einem "möglicherweise konkurrierenden Unternehmen" spricht; differenzierend Gellis - Feil GmbHG, 4. Auflage, § 24 Rz 1: "Entscheidend ist, daß keine Konkurrenz gemacht wird. Dies ist kein Formalverbot, es kommt auf den wirtschaftlichen Inhalt an").
- 25) Vgl dazu (noch bezogen auf den Kodex-Entwurf) Th. Wenger, Zu Interessenkonflikten der Aufsichtsratsmitglieder und zur Inkompatibilität von Ämtern, RWZ 2002, 1 ff.
- 26) Vgl Kastner - Doralt - Nowotny, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, 245, 248; G. Schima, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgfalt, RdW 1990, 448 ff, 449 mwN; Straube, Zur Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, GesRZ 1981, 156; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 98, 99 Rz 32 mwN; Lutter, Interessenkonflikte durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat, RdW 1987, 315 ff, 318; Koziol, Pflichtenkollisionen im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, FS Frotz (1993) 353 ff.
- 27) Lutter, Bankenvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 145 (1981) 226; zustimmend Koziol, FS Frotz (1993) 353 ff.
- 28) Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 87 - 89 Rz 22; Hofmann-Becking in MünchHB GesR IV, 2. Auflage, § 30 Rz 22.
- 29) In der Praxis sind "Entsendungsrechte" oft in Syndikatsverträgen verankert.
- 30) Vgl Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat 169 ff, 201 ff; Koziol, FS Frotz 355.
- 31) Vgl Koziol, FS Frotz 355, 362 f, 366.
- 32) BGBl I 1997/114.
- 33) Offenbar gegenteilig aber Nitsche, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, FS Krejci (2001) 751 ff 752, der § 86 Abs 2, 4. Satz AktG bescheinigt, "einer längst geübten Praxis Rechnung" zu tragen und die Vorschrift gleich in Anwendung des Gleichbehandlungsgebots in § 47a AktG auf alle Aufsichtsratsmitglieder ausdehnt, die "von einem anderen Aktionär entsandt oder gewählt" seien. Dies ist auch methodologisch wenig überzeugend, weil der Gesetzgeber das

Gleichbehandlungsgebot ja durch einfachgesetzliche Vorschrift aushöhlen darf.

- 34) In der Öffentlichkeit wurde diese Regelung auch als "Lex ÖIAG" bezeichnet.
- 35) So Nitsche, FS Krejci (2001) 753.
- 36) Nitsche (FS Krejci 753) meint auch, dass diese "Funktionsausweitung" in das IRÄG 1997 "eher unbeabsichtigt... hineingerutscht" sein dürfte. Wenn man dies vor Augen hat, darf § 86 Abs 2, vierter Satz AktG aber nicht ein derart schwer wiegender Inhalt unterstellt und die Vorschrift sogar über den Wortlaut hinaus in ihrer Bedeutung ausgeweitet werden.
- 37) Dies ist gemäß § 86 Abs 2, vorletzter Satz AktG die absolute Obergrenze für die Anzahl von Aufsichtsratsmandaten einer Person.
- 38) Auch M. Strasser (Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft (1998) behandelt in seiner an sich einschlägigen Monographie das Problem des § 86 Abs 2 AktG nicht, was weniger an dem Umstand liegen dürfte, dass das Werk relativ knapp (rund neun Monate) nach Inkraft-Treten des IRÄG 1997 erschien, sondern vielmehr darauf zu beruhen scheint, dass der Autor die gesamte Thematik der Bindung von Aufsichtsratsmitgliedern an die Interessen der es entsendenden/nominierenden "Stelle" (Gebietskörperschaft/Hausbank/Konzernunternehmen) aus seiner Untersuchung aussparte.
- 39) FS Krejci 753.
- 40) Es soll gar nicht verkannt werden, dass die in § 86 Abs 2, vierter Satz AktG besonders angesprochenen Aufsichtsratsmitglieder idR über Mitarbeiter-Stäbe verfügen, die ihnen auch bei der Wahrnehmung der Aufsichtsratsaufgaben helfen, Unterlagen aufbereiten etc. Dies gilt aber für Aufsichtsratsmitglieder vor allem größerer Aktiengesellschaften wohl generell, weil auch ein Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder ohne näheren Bezug zu einem bestimmten Aktionär gewählter "Industriekapitän" ähnlich vorgehen wird. Auf die sich mit einer derartigen Vorgangsweise uU ergebenden Verschwiegenheitsprobleme soll hier nicht eingegangen werden.
- 41) Vgl Nitsche, FS Krejci 754: "Zwar ist ein Weisungsrecht des Aktionärs hinsichtlich der Mandatsausübung mit der Funktion des eigenverantwortlichen, der Gesellschaft verpflichteten Aufsichtsratsmitglieds unvereinbar, doch erwartet sich der Aktionär zumindest eine bevorzugte, nicht auf das Fragerecht in der Hauptversammlung (§ 112 Abs 3 AktG) beschränkte Information über die wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft."
- 42) Vgl zu den von Gebietskörperschaften "entsendeten" Aufsichtsratsmitgliedern Nowotny, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 283 ff.
- 43) So vor allem Lutter, ZHR 145 (1981) 224 ff, 234 ff; Lutter, RdW 1987, 319; Lutter, ZHR 159 (1995) 287 ff, 303; aM zB Schneider, Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, BB 1995, 365 ff, 370; vgl ausführlich für Österreich M. Strasser, Treuepflicht (1998) 109 ff.

- 44) Ein gesetzliches Verbot gibt es in Österreich so wenig wie in Deutschland: Mertens in KölnKomm AktG, 2. Auflage, § 100 Rz 11 mwN, der gegen ein solches eintritt.
- 45) Vgl Mertens in KölnKomm AktG, 2. Auflage, § 90 Rz 13; Haberer, Corporate Governance 214.
- 46) Zu überprüfen wäre uU, wie man die Regel 45 bei Existenz wesentlicher oder gar konzernmäßiger Beteiligungen handhaben soll.
- 47) Vgl dazu zB Mertens in KölnKomm Akt, 2. Auflage, § 100 Rz 21 ff.
- 48) Gegen die Zulässigkeit Jud, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, [GesRZ](#) 1982, 111; Wunsch, GmbHG § 30a Rz 9, § 30e Rz 6; für die Zulässigkeit Kastner - Doralt - Nowotny, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, 243.
- 49) Vgl Haberer, Corporate Governance 212.
- 50) Beispiel: Das Aufsichtsratsmitglied eines Bankunternehmens erteilt einer als genehmigungspflichtige Großinvestition der Aufsichtsratszustimmung unterliegenden Umrüstung auf ein neues EDV-Wertpapierabrechnungssystem keine Zustimmung, um dem derzeitigen System-Lieferanten, an dem das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, den lukrativen Auftrag nicht zu entziehen. Dies wäre ein klarer Fall, in dem das Aufsichtsratsmitglied an der Abstimmung (oder sogar Teilnahme an der Sitzung) ausgeschlossen ist.
- 51) Vgl Haberer, Corporate Governance ([2003](#)) 215.
- 52) BGH 25. März 1991, BGHZ 114, 127 ff = ZIP 1991, 653 = DB 1991, 1212 = WM 1991, 1075 = AG 1991, 312 = [AnwBI 1992, 595 f](#); BGH 4. Juli 1994, NJW 1994, 2484 = DB 1994, 1666; vgl auch BGH 2. Juli 1998, AG 1998, 583.
- 53) Sieht man von der (kaum genützten) Satzungscompetenz ab.
- 54) Vgl zur Vergütungskompetenz der Hauptversammlung Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, [ecolex 1991, 776 ff](#).
- 55) So auch Hügel, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, [GesRZ](#) 1996, 213.
- 56) In der österreichischen (aber auch der deutschen) Literatur wurden bislang - wenig verwunderlich - vor allem die spezifischen Probleme von Rechtsberatern - Rechtsanwälten im Aufsichtsrat diskutiert (vgl dazu Schärf, Der Rechtsanwalt als Aufsichtsratsmitglied, [AnwBI 1992, 535 f](#); Krejci, Der Rechtsanwalt im Aufsichtsrat, [RdW 1993, 98](#); Wissmann - Ost, Im Blickpunkt: Der Beratungsvertrag mit der Sozietät eines Aufsichtsratsmitglieds, BB 1998, 1957). Nicht richtig und eindeutig zu eng ist die Ansicht von Schärf ([AnwBI 1992, 535 f](#)), wonach entgeltliche Beratungsverträge von Rechtsanwälten im Aufsichtsrat mit der Gesellschaft nur über exklusiv den Rechtsanwälten vorbehaltene Gegenstände (wie insbesondere Prozessführung und Einbringung von Beschwerden an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts) geschlossen werden dürften. Ob es sich um "Vorbehaltstätigkeiten" des Aufsichtsratsmitglieds in seiner hauptberuflichen Eigenschaft (als

Rechtsanwalt) handelt, ist keineswegs das entscheidende Kriterium dafür, ob ein neben die Aufsichtsratsstätigkeit tretender Beratungsvertrag abgeschlossen werden darf. Ausschlaggebend ist vielmehr die inhaltliche Intensität der Beratung in einem von einem bestimmten Aufsichtsratsmitglied hauptberuflich besonders betreuten Bereich (ähnlich Hügel, [GesRZ](#) 1996, 216 f, der auf die "Beratungstiefe" abstellt und damit wohl dasselbe meint). Beratungsverträge über Maßnahmen des Tagesgeschäftes (Hügel, [GesRZ](#) 1996, 218) und solche, bei denen ein Drittvergleich ergibt, dass Beratungsaufgaben dieser Art vom Vorstand üblicherweise bei externen Beratern nachgefragt werden (Hügel, [GesRZ](#) 1996, 219), begegnen idR (auch bei Rechtsanwälten) keinen Bedenken.

57)

Dies ist auch ausdrücklich in der zu Regel 49 vom Österreichischen Arbeitskreis für Corporate Governance herausgegebenen und im Internet ersichtlichen Interpretation zur Regel 49 vermerkt. Ich meine freilich, dass - um beim "Hausbank-Fall" zu bleiben - das Aufsichtsratsmitglied nicht im Vorstand der kreditgewährenden Bank vertreten sein muss, sondern selbstverständlich auch leitender Angestellter sein kann, um die Rechtsfolgen der Regel 49 auszulösen.

58)

Vgl Haberer, Corporate Governance 192, 213, der dies zu Recht als problematisch bezeichnet.

59)

Ein (nicht fiktives) Beispiel mag dies verdeutlichen: Ein als Aufsichtsratsvorsitzender einer Aktiengesellschaft tätiger Rechtsanwalt "verzichtete" auf die Aufsichtsratsantenne (in der Größenordnung von rund Euro 10.000,- jährlich), verrechnete der Gesellschaft dafür aber anwaltliche Beratungsentgelte (in insgesamt rund 25-facher Höhe pa), unter anderem für die Verfassung von Vorstandsverträgen und die "Festlegung von Bonuszielen mit Vorstandmitgliedern".

60)

Vgl G. Schima, Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder - Ein Schritt auf dem Weg in Richtung Board-System?, [GesRZ](#)-Sonderheft Aktienoptionen 2001, 22.

61)

Vgl Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 2. Auflage, I Rz 4/479; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 98, 99 Rz 15.

62)

Nicht zu folgen ist deshalb Haberer, Corporate Governance 214, der meint, solches möge "vom Wortlaut her zutreffen ..., ist aber nach der Teleologie der Bestimmung nicht gemeint". Bei der Transparenz von Beratungsverträgen einzelner Aufsichtsratsmitglieder geht es um die Prüfung und Sicherung von deren persönlicher Unabhängigkeit. Dieser Gesichtspunkt spielt zugegebenermaßen bei im Aufsichtsrat vertretenen Vorstandsmitgliedern von Bankunternehmen, die die Gesellschaft finanzieren, keine wirkliche Rolle. Die Kodex-Verfasser haben mE dennoch gut daran getan, mit der Regel 49 auch diesen Fall zu erfassen, weil es genauso um den Aspekt möglicher (unstatthafter) Einflußnahme von Aufsichtsratsmitgliedern und um die Verhinderung der Durchsetzung gesellschaftsfremder Sonderinteressen geht (wofür Kreditzinssätze ein viel tauglicheres Mittel sind als Rechtsanwalts- oder Steuerberaterhonorare).

63)

Es soll dabei nicht verkannt werden, dass diese Veröffentlichungspflicht - vor allem in Bezug auf Finanzierungsgeschäfte - Gesellschaften dazu veranlassen könnte, zumindest die Regel 49 nicht zu akzeptieren (vgl Haberer, Corporate Governance 214, der dies befürchtet). Vor allem könnten Bedenken im Hinblick auf die Ermöglichung von Einblicken der Konkurrenz laut werden, wenn Finanzierungsbedingungen publik zu machen sind (vgl auch Th. Wenger, Anmerkungen zum Österreichischen Corporate Governance Kodex, [RWZ 2002](#), 296 ff, 297, der mögliche Konflikte mit Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft anführt). Aus Investorensicht sind gerade solche Informationen aber hochinteressant.

64)

Corporate Governance 215 f, der Regel 57 in seine Betrachtung aber anscheinend nicht einbezieht.

- 65) Koziol, FS Frotz 363; vgl insb Kastner, Aufsichtsrat und Realität, FS Strasser (1983) 851 f; Kastner - Doralt - Nowotny, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, 243.
- 66) Vgl auch den Überblick bei Th. Wenger, RWZ 2002, 2 f.
- 67) Vgl zu D&O Versicherungen Wollny, Die Directors and Officers' Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O Versicherung) 165.
- 68) OGH 30. Juni 1999, RWZ 1999, 360 (mit Anm Wenger) = ASoK 2000, 80.
- 69) Auswirkungen kann diese Rechtsansicht auch im (Lohn-)Steuerrecht haben. Während in Deutschland die Übernahme von Versicherungsprämien für D&O-Versicherungen durch die Gesellschaft offenbar als "Ausstattung des Arbeitsplatzes" für steuerfrei gehalten wird, muss man für Österreich eher von der Lohnsteuernpflichtigkeit der Prämienübernahme ausgehen. Die Schwierigkeit besteht aber darin, dass vor allem bei Versicherungsverträgen, die zugunsten einer Vielzahl versicherter Personen (uU in einer ganzen Unternehmensgruppe) abgeschlossen sind, die Zurechnung eines konkreten Vermögensvorteils zu einem bestimmten Versicherten so gut wie unmöglich erscheint.
- 70) So Mertens, Bedarf der Abschluss einer D&O-Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?, AG 2000, 447 ff, 451.
- 71) Vgl Lutter - Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3. Auflage, (1993) Rz 313; Hüffer, AktG, 5. Auflage, § 84 Rz 16 und § 113 Rz 2; Berger, Die Kosten der Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft (2000); Feddersen, Neue gesetzliche Anforderungen an den Aufsichtsrat, AG 2000, 385 ff, 395; Semler in Semler, Arbeitshandbuch für den Aufsichtsrat Rn K 1; für Österreich Th. Wenger, RWZ 1999, 361; dagegen Mertens, AG 2000, 447 ff.
- 72) AG 2000, 452.
- 73) So Mertens, AG 2000, 452.
- 74) Freilich sind damit nicht alle Zweifelsfragen ausgeräumt. Denn nach den gängigen AG-Satzungsmodellen beschließt die Hauptversammlung jährlich im Nachhinein über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder und setzt sie entweder für das einzelne Mitglied ziffernmäßig fest oder bestimmt ein Gesamtentgelt für das Kollegialorgan, dessen Aufteilung diesem überlassen wird. Mit diesem Entgeltfestsetzungsrhythmus harmoniert natürlich ein längerfristig geschlossener (D&O-)Versicherungsvertrag nicht. Nicht unzweckmäßig wäre deshalb mE eine Satzungsbestimmung, die die Eindeckung einer D&O-Versicherung (auch) für Aufsichtsratsmitglieder vorsieht und die Ausgestaltung der Konditionen der Verwaltung überlässt (allenfalls wesentliche Parameter definiert). Eine solche Satzungsbestimmung deckt auch die Versicherung für alle künftigen Aufsichtsratsmitglieder ab.
- 75) "IAS-Verordnung" 1606/2002 vom 19. Juli 2002, ABI EG L 243/1 vom 11. September 2002.
- 76) Vgl dazu den sehr instruktiven und aktuellen Beitrag von Niehus, IAS 24: Related Party Disclosures - "Nahe Familienangehörige" als Gegenstand der Rechnungslegung und Abschlussprüfung, WPg 2003, 521 ff; davor schon Niehus, "Related Party Transactions" - Anmerkungen zu einem (künftig

auch für deutsche Unternehmen geltenden?) internationalen Bilanzierungsgrundsatz, FS Kropff (1997) 533 ff; vgl zur ähnlichen Problematik, wie sie im Deutschen Rechnungslegungs-Standard (E-DRS 13) geregelt ist, Kudert, Angaben zu nahe stehenden Personen nach dem E-DRS 13, BB 2001, 1891 ff.

- 77) Im Rahmen der im Oktober 2003 stattfindenden Jahrestagung des Instituts Österreichischer Wirtschaftsprüfer (iwp) wird der Verfasser gemeinsam mit Herrn WP Mag Sterl eine Arbeitsgruppe zum Thema "Related Party Disclosures" leiten.
- 78) Vgl Niehus, WPg 2003, 523.
- 79) Vgl IAS 24 Tz 6 lit b (i) bis (iv); Niehus, WPg 2003, 524.

Rückverweise

Kommentare

AktG 2 , Doralt/Nowotny/Kalss : § 104 AktG (Gruber) Ordentliche Hauptversammlung - 01.04.2012 bis ...

AktG 2 , Doralt/Nowotny/Kalss : § 15 AktG (Peter Doralt/Diregger) Wesen des Konzerns und des Konzernunternehmens - 01.04.2012 bis ...

AktG 2 , Doralt/Nowotny/Kalss : § 84 AktG (Nowotny) Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder - 01.04.2012 bis ...

AktG 2 , Doralt/Nowotny/Kalss : § 97 AktG (Kalss) Vertretung der Gesellschaft - 01.04.2012 bis ...

mehr...

Handbücher

Konzernrecht, Haberer/Krejci: 9. Kapitel (Schima/Artl) Leitung und Überwachung – Corporate Governance im Konzern - 01.07.2016 bis ...

Österreichisches Gesellschaftsrecht, Kalss/Nowotny/Schauer: Aktiengesellschaft und Societas Europaea Aktiengesellschaft (Kalss) - 01.11.2008 bis 31.05.2017

Österreichisches Gesellschaftsrecht 2 , Kalss/Nowotny/Schauer: Aktiengesellschaft und Societas Europaea Aktiengesellschaft (Kalss) - 01.06.2017 bis ...

Zeitschriften

GesRZ 2005, 273: Die neue Offenlegungspflicht vor der Aufsichtsratswahl (Mag. Dr. Stefan FIDA, LL.M. (London), Wirtschaftsuniversität Wien / Mag. Tanja HOFMANN, Wirtschaftsuniversität Wien) -

GesRZ 2007, 93: Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht (Georg SCHIMA *) -

GesRZ 2015, 286: Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht Die Bedeutung der neuen Regelung (Georg Schima) -

ZVers 2019, 290: D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Abschlusszuständigkeit und

Indextdokumente

IndRME 2003, 360,2: Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance (Schima) -

© 2021 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH