

GesRÄG 2005 – Zu den geplanten Änderungen beim Aufsichtsrat

RdW 2005/
101, S. 66

Vor kurzem wurde der Entwurf zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (GesRÄG) 2005 zur Begutachtung versandt. Er sieht wesentliche Novellen zum SE-Gesetz, zum Abschlussprüfer sowie zum Aufsichtsrat vor. Der folgende Beitrag stellt die geplanten Änderungen beim Aufsichtsrat überblicksartig dar; der Schwerpunkt liegt im AktG.

RA Dr. Clemens Egermann
Wien

1. Einleitung

Das BMJ hat im Entwurf zum GesRÄG 2005¹⁾ zur Stärkung des Vertrauens in die österreichische Wirtschaft Maßnahmen zur weiteren Verbesserung der Corporate Governance vorgeschlagen. Für den Aufsichtsrat („AR“) setzt sich der Entwurf das Ziel, Regelungen des Corporate Governance Kodex („CG“), die für alle Kapitalgesellschaften zweckmäßig erscheinen und die sich zum Wechsel von soft law in gesetzliche Bestimmungen eignen, ins Gesetz zu übernehmen. Insb sollen die Anrechnungsbestimmungen verändert und die Regelungen über Inkompatibilitäten verschärft werden. Weiters soll das Wettbewerbsverbot des Vorstands erweitert und dieser beim Abschluss bestimmter Verträge mit AR-Mitgliedern an die Zustimmung des AR gebunden werden. Der ME geht teilweise von der Überlegung aus, dass Informationspflichten starren gesetzlichen Regelungen vorgehen sollen.

2. Zu den geplanten Änderungen

2.1 Wettbewerbsverbot Vorstand

Bislang war dem Vorstand die Übernahme eines AR-Mandats in anderen Gesellschaften grundsätzlich nicht untersagt. Neben bestimmten Positionen bzw Tätigkeiten²⁾ war nur die Übernahme von Leitungsfunktionen (also jedenfalls als geschäftsführender Direktor, als Vorstand und GmbH-Geschäftsführer) vom Wettbewerbsverbot erfasst. Nach § 79 Abs 1 AktG idF ME³⁾ ist es dem Vorstand hinkünftig ohne Einwilligung des AR verboten, irgendein AR-Mandat in anderen Gesellschaften anzunehmen⁴⁾. Auf deren Rechtsform kommt es nicht an, sodass auch Privatstiftungen erfasst sind. Eine inhaltlich entsprechende Regelung findet sich bereits jetzt in § 24 Abs 1 GmbHG. Durch das Verbot der Bekleidung von AR-Mandaten wird nicht nur die Erhaltung der vollen Arbeitskraft, sondern insgesamt die Geheimhaltung von Interna gewährleistet⁵⁾. Die Zustimmung kann vom AR oder von einem zuständigen Ausschuss erteilt werden. Nach dem Wortlaut des § 79 Abs 1 AktG-E⁶⁾ geht der Gesetzgeber zwar von einer bereits bestehenden Mitgliedschaft im Vorstand und der Übernahme eines (neuen) Mandats im

AR aus (*arg* „annehmen“). Gleichwohl umfasst die Bestimmung nach Sinn und Zweck (wie im GmbHG) auch den umgekehrten Fall der Bestellung eines Vorstandsmitglieds, das bereits ein AR-Mandat innehat. Es gilt der Grundsatz der Priorität: Das zuerst bestehende Rechtsverhältnis behindert das Eingehen des späteren Rechtsverhältnisses⁷⁾. Der Vorstand hat den AR über ein solches Mandat zu informieren, bevor er zum Vorstand der Gesellschaft bestellt wird. Reliviert der AR das ordnungsgemäß, nachweislich bekannt gegebene Mandat nicht, bestehen für den Vorstand keine Haftungsfolgen und liegt auch kein wichtiger Grund für seine Abberufung vor, weil seinerseits alle erforderlichen Schritte gesetzt wurden. UU kann von einer konkludenten Zustimmung des AR⁸⁾ ausgegangen werden, die aber jederzeit widerrufen werden kann. Vom Wettbewerbsverbot des Vorstands nach dieser Bestimmung nicht ohne weiteres erfasst ist die Tätigkeit als Verwaltungsrat, weil diese ohne gesetzliche Anordnung der Tätigkeit als AR nicht unmittelbar gleichgehalten werden kann⁹⁾.

Das GesRÄG 2005 bringt wesentliche Änderungen zum Aufsichtsrat. Diese sind insb auch für Berater von großer Bedeutung.

2.2 Zusammensetzung des AR

Die (gestaffelte) Anzahl von möglichen AR, die eine Gesellschaft haben kann und die bislang von der Höhe deren Grundkapitals abhängt, wird mit dem Entwurf beseitigt. Der AR soll in Hinkunft aus mindestens drei natürlichen Personen bestehen (§ 86 Abs 1 AktG-E¹⁰⁾), wobei das geltende Verbot der Bestellung von juristischen Personen sprachlich vereinfacht wird. (Nur) die Satzung kann die Zahl der AR-Mitglieder bis auf maximal 20 erhöhen – unabhängig vom Nennkapital. Den Satzungsgeber (die Aktionäre) kann ein Organisationsverschulden¹¹⁾ treffen, wenn er eine Zahl festlegt, die mit den Bedürfnissen und Erfordernissen der Gesellschaft nicht in Einklang steht (zu hoch oder zu niedrig ist) und der Gesellschaft daraus ein Schaden erwächst.

1) Ministerialentwurf zum GesRÄG 2005, 237/ME BlgNR 22. GP, in der Folge „ME“.
2) Dazu näher Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 79 Rz 2 mwN.
3) In der Folge „AktG-E“. Das GmbHG idF des ME wird in der Folge mit „GmbHG-E“ abgekürzt.
4) Die Bestimmung geht über das in Regel 26 CG normierte Verbot hinaus, wonach die Übernahme von Organfunktionen nur außerhalb des Konzerns zustimmungspflichtig ist.
5) Koppensteiner, GmbHG² § 24 Rz 4.
6) Die Bezugnahme in § 79 Abs 1 AktG-E auf die „andere“ Gesellschaft erscheint geboten, weil § 60 SEG für die geschäftsführenden Direktoren auf diesen Paragraphen verweist und bei Fehlen dieses Wortes das Institut des internen geschäftsführenden Direktors wegen des Wettbewerbsverbots bedenklich wäre.

7) Semler in MünchKommAktG III² § 105 Rz 50.

8) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 79 Rz 4. Strenger Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 92–94 Rz 52 mwN, nach dem es grundsätzlich keine konkludenten Willenserklärungen des AR gibt.

9) In ähnlichem Zusammenhang Egermann/Heckenthaler, GeS 2004, 465. § 38 Abs 2 SEG scheint nicht unmittelbar einschlägig. Dieser Auffassung ist wohl auch der Gesetzgeber. Eine mit § 86 Abs 4 AktG-E vergleichbare Bestimmung fehlt in § 79 AktG-E. Aus systematischen Überlegungen (§ 79 AktG befindet sich im Ersten Abschnitt, § 86 AktG hingegen im Zweiten Abschnitt des Vierten Teils des AktG) kommt eine (analoge) Anwendung auf den Vorstand nicht in Betracht. Ein entsprechendes Verbot kann aber ohne weiteres in den Anstellungsvertrag des Vorstands aufgenommen werden. Zu Überlegungen *de lege ferenda* vgl FN 36.

10) Vgl dazu auch § 30a GmbHG-E.

11) Dazu Egermann/Heckenthaler, GesRZ 2004, 263 FN 72.

Die Anzahl der AR-Mandate, die eine Person zulässigerweise halten darf, bleibt mit zehn grundsätzlich gleich (§ 86 Abs 2 Z 1 AktG-E¹²). Für die Berechnung, ob die Höchstzahl überschritten wird, sind die bei Kapitalgesellschaften¹³) innegehaltenen Mandate zusammenzuzählen. Dabei sind der Vorsitz¹⁴) in einem AR („Vorsitzmandat“) oder ein AR-Mandat in einer börsennotierten Gesellschaft doppelt, der Vorsitz in einer börsennotierten Gesellschaft dreifach auf die Höchstzahl anzurechnen. Eine Mehrfachanrechnung findet nur bei Mandaten statt, die überhaupt anrechnungspflichtig sind. Wer also bspw drei AR-Vorsitze in börsennotierten Gesellschaften innehält, kann grundsätzlich nur noch ein weiteres einfaches Mandat übernehmen. Beiräte, die nach anderen Bestimmungen eingerichtet werden (etwa bei Privatstiftungen), sind nach dem Wortlaut von der Anrechnungsverpflichtung nicht, fakultative Aufsichtsräte, die freiwillig errichtet werden (etwa bei der GmbH), hingegen schon erfasst. Eine Differenzierung dahingehend, wo die andere(n) Kapitalgesellschaft(en) ihren Sitz hat (haben), ist dem Gesetz zwar nicht zu entnehmen. Es ist aber nach wie vor¹⁵) davon auszugehen, dass sich die Bestimmung nur auf österreichische Kapitalgesellschaften bezieht.

Nach § 86 Abs 2 Z 2 AktG-E kann nicht AR sein, wer gesetzlicher Vertreter einer (oder mehrerer) Tochtergesellschaft(en) der betreffenden AG ist¹⁶). Das Verbot gilt auch bezüglich Enkel und Urenkel. Wer von der Gesellschaft (wenn auch nur wirtschaftlich) abhängig ist, soll nicht gleichzeitig kontrollieren können. Auch wenn der Vorstand der Hauptversammlung („HV“) nicht weisungsgebunden ist und in *seiner Person* daher kein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, ist die Einführung dieser Beschränkung doch zu begrüßen. Nach der genannten Bestimmung¹⁷) besteht für ein AR-Mitglied keine Inkompatibilität mit der Funktion als geschäftsführender Direktor, weil es sich bei diesem nicht um einen gesetzlichen Vertreter iSd § 38 Abs 3 SEG handelt. Ebenso wenig umfasst sind bspw Prokuristen oder leitende Angestellte.

Nach § 86 Abs 2 Z 3 AktG-E kann nicht AR sein, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren AR ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört. Dadurch sind *Überkreuzverflechtungen* ausgeschlossen. Dieses Verbot gilt dann nicht¹⁸), wenn eine Gesellschaft mit 10 % oder mehr des Nennkapitals an der anderen Gesellschaft beteiligt ist. Diese Beteiligungsgrenze rechtfertigt nach dem ME¹⁹) eine Ausnahme, weil diesfalls die dauerhafte Verbindung der Unternehmen zum Ausdruck gebracht wird und dieses wirtschaftliche Interesse die effiziente Überwachung sicherstellt.

Beseitigt wird das „Hausbankenprivileg“ in § 86 Abs 2 AktG mit der besonderen Berechnungsmethode für AR-Man-

date, die Kreditinstitute zulässigerweise halten dürfen. Die privilegierte Berechnung der Höchstzahl von AR-Mandaten zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen einer Gebietskörperschaft wird in § 86 Abs 3 AktG-E im Wesentlichen beibehalten, sie wird aber in ihrer Wirkung abgeschwächt. Neu eingeführt wird die Privilegierung von mit der Gesellschaft in einem *Konzernverbund* stehenden Unternehmen: In Hinkunft soll auch ein AR-Mandat zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen eines an der Gesellschaft zumindest mit 20 % des Kapitals beteiligten oder eines konzernzugehörigen Unternehmens der privilegierten Berechnung unterfallen („Beteiligungsprivileg“). Nach der Neuregelung sollen bis zu zehn Mandate nicht anzurechnen sein; die Höchstgrenze der zulässigen Mandate insgesamt wird dadurch – im Gegensatz zu der zur Zeit geltenden Regelung – nicht geändert.

Nach § 86 Abs 4 AktG-E soll die Tätigkeit als AR der Tätigkeit als Verwaltungsrat gleichzuhalten sein, sodass rechtsformübergreifend sowohl Mandate in AG, GmbH und SE als auch Aufsichts- und Verwaltungsratsmandate zusammenzurechnen sind. Dem ist wegen der vergleichbaren Aufgaben grundsätzlich zuzustimmen. Der im ME diesbezüglich enthaltene Verweis auf § 45 SEG erscheint aber zu eng. Er sollte auf §§ 38 ff SEG lauten.

2.3 Wahl und Abberufung

Für die Bestellung in den AR sieht § 87 Abs 1a AktG-E vor, dass hinkünftig die Kandidaten der HV vor der Wahl ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen oder sonstigen Funktionen sowie alle Umstände darzulegen haben, welche die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten²⁰) (etwa bestehende Beratungsverträge oder auch die Beteiligung an der Gesellschaft). Potentielle Interessenkollisionen sind somit bereits vor der Bestellung offen zu legen – die abstrakte Gefährdung genügt. Das gilt nur für gewählte, nicht aber für gerichtlich bestellte oder entsandte AR-Mitglieder. Die über die Wahl beschließende HV hat auf Grundlage der erhaltenen Informationen abzuwägen, ob der Bestellung eine Interessenkollision entgegensteht²¹). Die erforderliche Information durch den Kandidaten muss der HV nicht mündlich²²) erteilt werden – auch wenn dies zweckmäßig scheint; die Übergabe einer schriftlichen Erklärung genügt. Die Informationsverpflichtung ist auch diesfalls höchstpersönlich zu erfüllen, eine Bevollmächtigung scheidet aus. Wenn nach Antritt des Mandats eine Interessenkollision auftritt, hat die davon betroffene Person wie bisher nur den AR bzw dessen Vorsitzenden, nicht aber die HV zu informieren.

Bei der (über einen AR verfügenden) GmbH soll eine vergleichbare Informationsverpflichtung eingeführt werden (§ 30b Abs 1a GmbHG-E), wobei die Information *allen Gesellschaftern* zu erteilen ist. Dies soll ausweislich der Materialien der Möglichkeit der Beschlussfassung im Umlaufweg Rechnung tragen. Dies kann aber zu Schwierigkeiten bei der Beschlussfassung in der Generalversammlung („GV“) führen. In dieser müssen nicht alle Gesellschafter anwesend oder vertreten sein. Kann ein Gesellschafter durch Fernbleiben von der GV verhindern, dass er durch den Kandidaten nach § 30b Abs 1a GmbHG-E informiert wird? Kann der Fall eintreten, dass zwar

12) Ua auf diese Bestimmung verweist § 45 Abs 3 SEG idF ME („SEG-E“) *sinngemäß*. Der Umfang dieses Verweises ist *prima vista* nicht ganz eindeutig.

13) AG, GmbH und SE; nicht jedoch Privatstiftungen, da diese von der Umschreibung der Kapitalgesellschaften in § 221 HGB nicht umfasst sind.

14) Der stellvertretende Vorsitzende ist (auch dann, wenn er den Vorsitzenden vertritt) nicht betroffen. Erst wenn er zum Vorsitzenden gewählt wurde und die Wahl angenommen hat, findet die Anrechnung statt.

15) *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 86 Rz 6.

16) Die Bestimmung hat ihr Vorbild in § 100 Abs 2 S 1 Nr 2 dAktG.

17) S aber § 90 Abs 1 AktG-E.

18) Anders als nach der Parallelbestimmung in § 100 Abs 2 S 1 Nr 3 dAktG.

19) 237/ME BlgNR 22. GP 7.

20) Dadurch wird die bislang theoretisch mögliche Wahl eines Kandidaten ohne dessen vorherige Zustimmung *de facto* beseitigt, weil es jedenfalls dessen Mitwirkung vor der Wahl bedarf.

21) Ein Regel 45 CG entsprechendes Bestellungsverbot wollte der Gesetzgeber nicht schaffen.

22) Die Kandidaten müssen in der HV von Gesetzes wegen nicht persönlich anwesend sein.

das erforderliche Beschlussquorum in der GV (§ 38 Abs 6 und § 39 Abs 1 GmbHG) erreicht, nicht aber die Informationsverpflichtung erfüllt wird? Erfolgt die Information nicht (schriftlich²³⁾) an alle Gesellschafter (etwa in der Einladung zur GV), könnte das zu bejahen sein, sofern in der Einladung zur GV auf die dort zu erteilende Information nicht (einmal) hingewiesen wird. Der Gesetzgeber sollte zur Verhinderung einer solchen Blockademöglichkeit für diesen Fall im GmbHG ausdrücklich Vorsorge treffen.

Ausweislich der Materialien²⁴⁾ sind Beschlüsse, die aufgrund fehlender oder mangelhafter Information gem § 87 Abs 1a AktG-E gefasst werden oder bei denen die Information durch den Kandidaten unrichtig ist, nach §§ 195 ff AktG anfechtbar. Die (kurzen) Anfechtungsfristen sind zu beachten. Ebenso denkbar ist die Anfechtung bei ordnungsgemäßer Information durch den Kandidaten, aber rechtswidriger Interessenabwägung durch die HV. Auch wenn die anfechtende (in der HV unterlegene) Aktionärsminorität nur bei einer krassen Fehlbeurteilung durch die HV (bei Überschreiten von deren Ermessensgrenzen) durchdringen wird, besteht für sie dadurch in Zukunft zumindest ein gewisser (erweiterter) Rechtsschutz. Dies muss auch für die GmbH sinngemäß gelten, und es muss ein Anfechtungsrecht nach § 41 GmbHG bestehen. Ein Grund, nach dem der Gesellschafterbeschluss unwirksam wäre, liegt idR nicht vor. Die Falsch- oder Nichtinformation der HV bzw GV kann auch einen wichtigen Grund für die vorzeitige (gerichtliche) Abberufung des betreffenden AR-Mitglieds darstellen (dazu gleich unten). Für diese ist der Ablauf der Anfechtungsfrist hinsichtlich des HV-Beschlusses keine Voraussetzung. Eine gerichtliche Strafbarkeit des die HV (bzw GV) unrichtig Informierenden nach § 255 (Abs 1 Z 3) AktG (bzw § 122 Abs 1 Z 3 GmbHG) besteht nicht, wenn der Kandidat zum Zeitpunkt der Informationserstattung an die HV (bzw GV) (noch) nicht das Tatbestandsmerkmal „Mitglied des AR“ erfüllt (also insb bei der Erstbestellung).

Bislang besteht die Möglichkeit der Abberufung eines AR-Mitglieds durch die HV mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ohne wichtigen Grund und bezüglich eines entsandten Mitglieds durch das Gericht auf Antrag einer 10%igen Aktionärsminorität aus wichtigem Grund. Nach dem neuen § 87 Abs 5 AktG-E²⁵⁾ kann auch eine Aktionärsminorität, deren Anteile zusammen 10 % des Grundkapitals erreichen, ein AR-Mitglied durch das Gericht abberufen lassen, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Diese Bestimmung ist dem in Geltung stehenden § 30b Abs 5 GmbHG nachgebildet. Die besondere Abberufungskompetenz bezieht sich auf alle AR-Mitglieder, also von der HV gewählte, entsandte²⁶⁾ und gerichtlich bestellte Mitglieder, dem Zweck der Arbeitnehmerbeteiligung entsprechend jedoch nicht²⁷⁾ auf Arbeitnehmervertreter. Anders als andere Minderheitsrechte (zB § 270 HGB) beschränkt sich dieses Recht auf eine relative Berechnung von 10 % des Grundkapitals. Das Erreichen eines bestimmten

23) Dies sollte mittels eingeschriebenen Briefes, am besten gleichzeitig mit der Einladung zur GV, erfolgen.

24) 237/ME BIRNR 22. GP 8.

25) Eine vergleichbare Bestimmung müsste zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen noch für das monistische System der SE eingeführt werden. Der Verweis in § 46 Abs 3 SEG müsste auf § 87 Abs 1a und 5 AktG(-E) ausgedehnt werden.

26) Aufgrund der einzuführenden Bestimmung wird die gerichtliche Abberufungsmöglichkeit für entsandte AR-Mitglieder nach § 88 Abs 4 IS AktG obsolet. Diese Gesetzesstelle sollte daher formell aufgehoben werden.

27) Dazu *Koppensteiner*, GmbHG² § 30b Rz 11 mwN, welche Überlegungen mE sinngemäß auch für die AG gelten.

Nominalwerts reicht nicht aus. Die erforderliche Beteiligung muss bis zum Abschluss des Verfahrens vorliegen und dem Gericht nachgewiesen werden. Der Gerichtshof erster Instanz entscheidet im Verfahren außer Streitsachen. Der wichtige Grund muss in der Person des Antragsgegners vorliegen. Um sein Vorliegen festzustellen, ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, wobei die Interessen der Gesellschaft an einem funktionsfähigen AR und die im AR vertretenen Gruppeninteressen gegeneinander abzuwägen sind. Der *ultima ratio*-Charakter der Vorschrift ist zu beachten, sodass für die Abberufung ein solch schwerwiegender Grund vorliegen muss, der einen Verbleib für die AG unzumutbar macht²⁸⁾. Die 10%-Schwelle kann in der Satzung oder mittels Vereinbarung nicht hinaufgesetzt werden. Ob sie herabgesetzt werden kann, ist streitig, wird aber – trotz des Arguments des Minderheitsschutzes – im Verhältnis zu Dritten (nicht aber zwischen den Gesellschaftern) wegen des zwingenden Charakters der Vorschrift und der fehlenden Regelungsermächtigung für den Satzungsgeber zu verneinen sein²⁹⁾. Die gerichtliche Abberufung wird mit der Rechtskraft des Urteils wirksam.

2.4 Inkompatibilitäten

In § 90 Abs 1 AktG-E³⁰⁾ werden die Inkompatibilitäten erweitert: Danach ist AR-Mitgliedern nicht nur wie bisher die Ausübung der Funktion als Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder als deren dauernder Vertreter, sondern auch die Ausübung dieser Funktionen bei Tochterunternehmen iSd § 228 Abs 3 HGB untersagt. Ob dieses Verbot auch die Ausübung eines Verwaltungsratsmandats bei diesen Gesellschaften umfasst, ist unklar. Der Gesetzeswortlaut spricht dagegen, der Telos der Bestimmung sowie (der sich im selben Abschnitt des AktG befindende) § 86 Abs 4 AktG-E sprechen eher dafür. ME ist daher davon auszugehen, dass auch die Position im Verwaltungsrat umfasst sein soll. Der Gesetzgeber sollte diese Unklarheit aber durch eine ausdrückliche Regelung beseitigen³¹⁾. Das nach S 2 *leg cit* bereits bestehende Verbot, dass die AR-Mitglieder nicht Angestellte der Gesellschaft sein dürfen, wird hingegen nicht auf deren Tochtergesellschaften ausgedehnt. Von der zuletzt genannten Bestimmung können – anders als nach S 1 *leg cit* – auch geschäftsführende Direktoren³²⁾ umfasst sein.

2.5 Prüfungsausschuss

Nach § 92 Abs 4a AktG-E³³⁾ wird die Verpflichtung, im AR einen Prüfungsausschuss zur Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses, des Vorschlags für die Gewinnverteilung und des Lageberichts³⁴⁾ zu bestellen, erweitert: In Hinkunft ist nicht nur in den Gesellschaften, in denen der AR aus mehr als fünf Personen besteht, sondern auch in denjenigen, deren Aktien an der Börse notieren, ein Prüfungsausschuss zwingend zu bestellen. In börsennotierten Gesellschaften muss diesem ein AR-Mitglied angehören, das über besondere Kenntnisse und praktische Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen und in der Berichterstattung verfügt (Finanzex-

28) *Semler* in MünchKommAktG III² § 103 Rz 61.

29) Dazu *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 87–89 Rz 69. AA *KaIls* in *Doralt/Nowotny/KaIls*, AktG I § 88 Rz 33 mwN.

30) Vgl dazu auch § 30e Abs 1 GmbHG-E.

31) Dazu nochmals FN 36.

32) Zu diesen *Egermann/Heckenthaler*, GeS 2004, 465 f mwN.

33) Vgl dazu auch § 30g Abs 4a GmbHG-E.

34) § 125 Abs 1 und § 127 Abs 3 AktG-E enthalten Änderungen bezüglich des Konzernabschlusses und -lageberichts. Auf diese wird hier nicht weiter eingegangen.

parte). Die Zuziehung als Sachverständiger reicht nicht aus, weil dieser dem AR bzw Ausschuss nicht dauernd angehört. Die erforderlichen Voraussetzungen werden idR Wirtschaftsprüfer erfüllen, ebenso wohl auch Personen, die in einem vergleichbaren Bereich langjährige Erfahrungen sammeln konnten, etwa durch Tätigkeit in diesem Bereich oder eine (auch interne) Prüfungstätigkeit bei einer Gesellschaft.

Nach § 92 Abs 4a IS AktG-E darf eine Person, die in den letzten drei Jahren dem Vorstand der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens angehört hat, leitender Angestellter dieser Unternehmen oder Abschlussprüfer der Gesellschaft war oder den Bestätigungsvermerk unterfertigt hat, nicht Vorsitzender des Prüfungsausschusses oder Finanzexperte sein. Diese Personen könnten nämlich befangen sein. Die Erläuterungen³⁵⁾ wollen die in diesem Zusammenhang verwendeten *verba legalia* „Vorstand“ nicht rechtsformspezifisch verstanden wissen, sondern neben dem Leitungsorgan der AG auch GmbH-Geschäftsführer und geschäftsführende Direktoren umfasst sehen. Dies ist mit dem Gesetzeswortlaut aber nicht zu vereinbaren. Aus dem im ME an anderer Stelle gebrauchten Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ (arg etwa § 86 Abs 2 Z 2 und 3 AktG-E) wird deutlich, dass der Gesetzgeber sehr wohl eine entsprechende Differenzierung vornimmt. Entgegen den Materialien ist daher davon auszugehen, dass die Formulierung idF ME nur den Vorstand der AG umfasst. Keinesfalls betroffen sind geschäftsführende Direktoren, weil der Verweis in § 38 Abs 3 SEG auf den Verwaltungsrat geht³⁶⁾.

2.6 Beratungsverträge

Nach § 95 Abs 5 Z 12 AktG-E³⁷⁾ ist der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des AR an die Zustimmung des AR gebunden, wenn sich jene außerhalb ihrer Tätigkeit im AR³⁸⁾ gegenüber der Gesellschaft oder deren Tochterunternehmen zu einer Leistung gegen ein nicht nur geringfügiges Entgelt verpflichten³⁹⁾. Betroffen sind insb Beratungsverträge, etwa mit Professoren, Rechtsanwälten und Steuerberatern. Die Bestimmung will der sich insb durch die Beratungstätigkeit für die Gesellschaft einerseits und der Tätigkeit als AR andererseits ergebenden (latenten) Interessenkollision entgegenwirken.

Überprüfungsbedürftig erscheint die Bezugnahme nur auf Verträge über *Leistungen*. Das ABGB kennt ua den Dienst (§§ 1153 ff ABGB) und Werkvertrag (§§ 1165 ff ABGB). Der Begriff der Leistung ist bei beiden nicht ausschlaggebend. Bei diesem denkt man eher an § 3a UStG (sonstige Leistung). Ob nicht auch bspw Lieferverträge oder sonstige Verträge umfasst sein sollten, ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig zu beantworten, wird aber nach Sinn und Zweck der Bestimmung

eher zu bejahen sein, um nicht aufgrund der Vertragsfreiheit zu Umgehungsstrukturen einzuladen. Über die Zustimmung zur vertraglichen Vereinbarung ist grundsätzlich vom gesamten AR ein Beschluss zu fassen. Die Zustimmung kann auch von einem entsprechend bevollmächtigten Ausschuss erteilt werden. Diesem können auch Arbeitnehmervertreter angehören, da die Ausnahme des § 92 Abs 4 letzter Halbsatz AktG(-E) (Ausnahme für Arbeitnehmervertreter bezüglich der Beziehung der Gesellschaft zum Vorstand) auf AR-Mitglieder nicht zur Anwendung gelangt. Das AR-Mitglied, mit dem die vertragliche Vereinbarung getroffen werden soll, ist bei der Beschlussfassung nicht stimmberechtigt: Aufgrund der Interessenkollision besteht ein Stimmverbot⁴⁰⁾. Für die Wirksamkeit der Zustimmung zum Vertrag muss dessen gesamter Inhalt offen gelegt werden. Dadurch wird für den Vertrag selbst zwar kein Schriftformerfordernis geschaffen. Der Inhalt des vom AR genehmigten Vertrags muss jedoch im Beschluss, über den ein (schriftliches) Protokoll anzufertigen ist, zweifelsfrei festgehalten sein. Außerdem sind an die vertragliche Abgrenzung des Leistungsgegenstands höhere Anforderungen als im sonstigen Rechtsverkehr zu stellen, um dem AR dessen eingehende Prüfung (anhand des Gesetzes) zu ermöglichen.

Besteht der Vertrag der Gesellschaft mit dem AR-Mitglied schon vor dessen Wahl in den AR (sog „Altvertrag“), hat der Kandidat die HV über das Vertragsverhältnis gem § 87 Abs 1a AktG-E zu informieren. Bestellt die HV den Kandidaten dessen ungeachtet in den AR, so bedarf dieser Altvertrag nichtsdestotrotz noch der Zustimmung des AR: Der Telos erfordert es, auch Altverträge (nachträglich) vom AR genehmigen zu lassen. Das Vorliegen einer Umgehungsabsicht ist dafür nicht erforderlich. Zur Vermeidung von Haftungsfolgen trifft den Vorstand gegenüber dem AR eine Berichtspflicht über die Existenz solcher Verträge. Wird die Zustimmung des AR zu einem bereits bestehenden Vertrag nicht erteilt, müssen sich Vorstand und AR unverzüglich um dessen (vorzeitige) Beendigung bemühen. Zur Suspendierung des Vertrags kraft Gesetzes kommt es nicht, ebenso wenig zur nachträglichen Unmöglichkeit, da das Erfordernis der Zustimmung durch den AR an der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Vertrags nichts ändert⁴¹⁾: Auch ohne Zustimmung des AR bindet der Vertrag die Gesellschaft und das betroffene AR-Mitglied (weiterhin). Völlig zu Recht hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die (zivilrechtliche) Wirksamkeit dieser Verträge von der Zustimmung des AR abhängig zu machen⁴²⁾. Anderes kann bei Kollusion gelten: Die Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Tatbestandes sind gegenüber den sonst umfassten Fällen aufgrund der klaren Vorgaben des AktG und der Tatsache, dass beim Abschluss dieser Verträge ausschließlich Organe bzw Organträger der AG involviert sind, herabgesetzt. Der Vorstand, der den Vertrag namens der Gesellschaft ohne Zustimmung des AR abschließt, wird uU schadenersatzpflichtig⁴³⁾. Es könnte auch ein wichtiger Grund für seine vorzeitige Abberufung vorliegen. Auch das betroffene AR-Mitglied könnte vorzeitig abberufen und scha-

35) 237/ME BlgNR 22. GP 8.

36) Will der Gesetzgeber diese Personen erfassen, müsste er dies im Gesetz, nicht bloß in den Erläuterungen, anordnen. Durch eine Bezugnahme auf *gesetzliche Vertreter und geschäftsführende Direktoren* ließe sich mE das vom Gesetzgeber gewünschte Ergebnis – auch in § 30g Abs 4a GmbHG-E und § 51 Abs 3a SEG-E – erzielen. Vgl in anderem Zusammenhang FN 9 und 31.

37) Vgl dazu auch § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG-E. Im SEG wird diesbezüglich keine Anpassung vorgenommen, was ein Versehen sein muss und in der Regierungsvorlage korrigiert werden sollte. Die Verweise in §§ 37 und 40 Abs 2 SEG sollten an die Erweiterung von § 95 Abs 5 AktG angepasst werden.

38) Nach § 879 ABGB unwirksam sind Verträge, die in den Pflichtenkreis der gewöhnlichen AR-Tätigkeit fallen. Dazu *Kalss* in MünchKommAktG III² § 114 Rz 191.

39) Vergleichbare Bestimmungen finden sich in § 114 dAktG und in Regel 49 CG. Nach letzterer Bestimmung ist der Gegenstand derartiger Verträge und das Entgelt darüber hinaus sogar noch im Geschäftsbericht zu veröffentlichen.

40) Dazu *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 92 Rz 69 f mwN.

41) Dazu *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 95–97 Rz 41 mwN.

42) Vgl ebenso § 80 AktG zur Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder; dazu *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 80 Rz 15. Anders § 114 dAktG zu Beratungsverträgen, der die Nichtigkeit solcher Verträge anordnet, sofern keine Zustimmung des AR vorliegt.

43) Die vertrags- und schadenersatzrechtlichen Konsequenzen sind für Vorstand und AR gesondert zu prüfen. Dabei ist insb danach zu differenzieren, ob es sich um Alt- oder Neuverträge handelt, weil bei ersterem dem Vorstand wohl regelmäßig zumindest kein persönlicher Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, wenn er auf die Bestellung der AR-Mitglieder keinen Einfluss hat.

denersatzpflichtig werden. Das Vorliegen eines vom AR nicht genehmigten Vertrags stellt idR einen wichtigen Grund für eine Abberufung nach § 87 Abs 5 AktG-E dar. Nach Erfüllung der Informationsverpflichtung gegenüber der HV gem § 87 Abs 1a AktG-E und Bestellung in den AR besteht für das AR-Mitglied zwar keine ausdrückliche Informationsverpflichtung gegenüber dem AR über Verträge mit der Gesellschaft. Eine solche ist wegen der Interessenwahrungs- und Treuepflicht des AR und zur Hintanhaltung von Interessenkollisionen dessen ungeachtet zu bejahen. Zur Vermeidung von Haftungsfolgen sollten dem AR in diesem Zusammenhang eher zu viele als zu wenige Informationen erteilt und diesem eher mehr als weniger Verträge zur Genehmigung vorgelegt werden.

Vom Verbot nicht umfasst sind Verträge gegen ein bloß *geringfügiges Entgelt*. Die Erläuterungen⁴⁴⁾ schlagen hierfür eine *relative* (sich an der Vergütung des AR bzw AR-Mitglieds des jeweiligen Unternehmens orientierende) Berechnung vor. Die AR-Vergütung ist von der Lage der Gesellschaft und den Aufgaben des AR abhängig. In Unternehmen, in denen es eine höhere AR-Vergütung gibt, wären grundsätzlich weniger Verträge betroffen, weil die Grenze, ab der die Bestimmung greift, weiter oben anzusiedeln wäre. Unterschiede könnten sich auch davon abhängig ergeben, ob es sich um ein einfaches AR-Mitglied oder den AR-Vorsitzenden handelt. Diese Auffassung widerspricht mE dem mit der Einführung der Bestimmung verfolgten Zweck, wonach Interessenkollisionen weitestgehend hintangehalten werden sollen. Deshalb ist der Gesetzeswortlaut so zu verstehen, dass es nur bei einem *absolut* geringfügigen Entgelt⁴⁵⁾ nicht der Zustimmung des AR bedarf. Der Gegenwert mehrerer Verträge, die (inhaltlich) eine Einheit bilden oder innerhalb derselben Betrachtungsperiode⁴⁶⁾ abgeschlossen werden, ist zusammenzurechnen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob es sich um ein Ziel- oder Dauerschuldverhältnis handelt. Die Wertgrenze kann nicht dadurch umgangen werden, dass die finanzielle Zuwendung an den AR über einen längeren Zeitraum hindurch erbracht bzw geschuldet wird. Zum Schutz der Gesellschaft und der Aktionäre ist eine extensive Interpretation vorzunehmen und greift das Zustimmungserfordernis eher früher als später⁴⁷⁾. Das wird auch der mit dem ME⁴⁸⁾ verfolgten Absicht gerecht, wonach die Entscheidungsträger der Gesellschaft auf Grundlage ausreichender Informationen unter eigener Verantwortung (schadenersatzrechtlich sanktioniert) Entscheidungen treffen sollen, ohne dass starre gesetzliche Verbote eingeführt werden. Solange sich das Entgelt für das AR-Mitglied in einem angemessenen Verhältnis – insb zu dessen Leistungen und der (finanziellen) Lage der Gesellschaft – bewegt, kann der AR seine Zustimmung zu dem Vertrag ohne Gefahr einer persönlichen Haftung der einzelnen Mitglieder erteilen.

44) 237/ME BlgNR 22. GP 8 f.

45) Eine solche absolute Grenze findet sich etwa auch in § 88 Abs 1 Z 2 EheG (Dienstwohnung bei Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens). Die zu dieser Bestimmung angestellten Überlegungen (s etwa RIS-Justiz R50057825) lassen sich aber wegen unterschiedlicher Ausgangslagen und Zielsetzungen auf das AktG nicht ohne weiteres übertragen.

46) Dafür in Frage kommen Funktionsperiode des AR, Bestelldauer des AR-Mitglieds, Kalenderjahr und Geschäftsjahr der Gesellschaft. ME ist es am sachgerechtesten, auf Letzteres abzustellen.

47) So kann mE bei 500 € übersteigenden Zahlungen keinesfalls mehr von einem geringfügigen Entgelt gesprochen werden. Diese Grenze ist bereits im oberen Bereich angesiedelt. Nur zur Illustration: Einer Studie zufolge (Börse-Kurier vom 31. 10. 2002, 44/2002, 2) betrage die durchschnittliche AR-Vergütung bei Gesellschaften des ATX 7.300 €.

48) 237/ME BlgNR 22. GP 2.

Für die Anwendbarkeit des Zustimmungsvorbehalts des AR braucht der dem AR-Mitglied seitens der Gesellschaft zugewendete Vorteil nicht in Bargeld zu bestehen, jede geldwerte Zuwendung reicht aus. Wenn die vertragliche Leistung des AR-Mitglieds unentgeltlich erfolgt, greift die Bestimmung nicht, selbst wenn es mittelbar zu einem Vorteil für das kontrahierende AR-Mitglied kommen kann, bspw durch Prestigegewinn oder Vergrößerung der Kontakte.

§ 95 Abs 5 Z 12 AktG-E erfasst auch Verträge, welche die AG oder deren Tochterunternehmen mit Unternehmen abschließt, an denen ein AR-Mitglied ein *wirtschaftliches Interesse* hat. Auch in diesem Fall ist die Erheblichkeitsschwelle der Gegenleistung der Gesellschaft beachtlich (sind also Verträge gegen ein geringfügiges Entgelt nicht erfasst), weil kein anderes Rechtsschutzbedürfnis besteht, als wenn der Vertrag direkt mit diesem AR abgeschlossen wird. Die Ausdehnung ist grundsätzlich zu begrüßen, der verwendete Begriff des wirtschaftlichen Interesses ist aber bedenklich unbestimmt. Ein solches kann bspw (schon) dann vorliegen, wenn das AR-Mitglied *in seiner Funktion als AR* ein Interesse an dem den Vertrag schließenden Unternehmen hat, etwa weil mit dessen wirtschaftlichem Wohlergehen auch das Wohlergehen der Gesellschaft, bei welcher der AR seine Funktion bekleidet, einhergeht. Im Sinne einer einschränkenden Interpretation wird daher ein „persönliches“ und kein „mandatsbezogenes“ Interesse für die Genehmigungspflicht erforderlich sein. Für das Vorliegen eines „schädlichen“ Interesses braucht nach dem ME jedenfalls keine kontrollierende (oder beherrschende) Beteiligung iSd § 8 EKEG vorzuliegen. *De lege ferenda* erschiene es mE praktikabler (und leichter nachweisbar), auf eine (Mindest-)Beteiligung an einer Gesellschaft abzustellen und zu deren Ermittlung auch die *familia suspecta* einzubeziehen. Der unbestimmte Artikel „ein“ deutet darauf hin, dass das Interesse nicht bei dem betroffenen AR-Mitglied vorliegen muss, sondern bei jedem beliebigen AR-Mitglied der Gesellschaft vorliegen kann.

3. In-Kraft-Treten

Die neuen Bestimmungen sollen am 1. 7. 2005 in Kraft treten und wirken sich auf danach verwirklichte Sachverhalte aus. Die Änderungen zur Zusammensetzung des AR kommen hingegen erst auf ab dem 1. 7. 2005 bestellte AR-Mitglieder zur Anwendung. Die Bestimmungen zum Prüfungsausschuss kommen zur Anwendung, sobald nach dem 1. 7. 2005 AR-Mitglieder gewählt werden. In § 127 GmbHG-E fehlt eine vergleichbare Übergangsbestimmung zur letztgenannten Regelung für die GmbH, was trotz der geringeren Änderungen im GmbHG nochmals überdacht werden sollte.



Der Autor:

Dr. Clemens Egermann ist Rechtsanwalt und Partner bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte in Wien. Er ist insb auf die Bereiche Gesellschafts- und Arbeitsrecht sowie auf die Beratung im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen spezialisiert. Er ist Fachvortragender zum internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht sowie zur Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Publikationen des Autors:

Ua Mitautor von Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar; Mitautor von Societas Europaea, Das Praxishandbuch für Unternehmen in Deutsch und Englisch; weitere Publikationen etwa zur SE.