

wachsenenvertretung hinreicht, zugleich noch jenes Mindestmaß an Testierfähigkeit besitzt (§ 569 ABGB), das für einen Widerruf des Vermächtnisses erforderlich ist. Richtigerweise sollten hierfür jedoch keine unterschiedlichen Maßstäbe angelegt werden. Auch die in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigte Person, die dem gewählten Erwachsenenvertreter eine Vertretungsbefugnis einräumt, die die Veräußerung der als Vermächtnis gewidmeten Sache ermöglicht, wird idR eher am Wegfall des Vermächtnisses als an dessen Fortbestand interessiert sein. IdZ ist an die unter Pkt III.2. vertretene Ansicht zu erinnern, dass § 724 Abs 1 ABGB auch als eine Regel zugunsten einer ergänzenden Interpretation aufgrund des hypothetischen Erblasserwillens verstanden werden kann, wenn ihm bei Begründung der Vertretungsbefugnis die frühere letztwillige Anordnung gar nicht bewusst war. Gerade bei der gewählten Erwachsenenvertretung mag dies nicht selten zutreffen. Aus diesem Grund sollte auch bei der gewählten Erwachsenenvertretung angenommen werden, dass die Einräumung einer Vertretungsbefugnis zur Veräußerung eines als Vermächtnis gewidmeten Gegenstands zum Widerruf des Vermächtnisses führt, sofern der gewählte Erwachsenenvertreter die Sache vor dem Tod der vertretenen Person veräußert hat.

IV. Ergebnisse

1. Die Veräußerung einer Sache einer handlungsunfähigen Person durch den gesetzlichen Vertreter hat zur Folge, dass die Sache nicht in die Verlassenschaft fällt. Ansprüche des Erben ergeben sich daraus nicht. Hierfür ist es gleichgültig, auf welchen Berufungsgrund der Erbe sein Recht stützt.³²
2. Die Veräußerung einer als Vermächtnis gewidmeten Sache durch einen gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertreter ist nicht unter § 724 Abs 1 ABGB, sondern unter § 724 Abs 2 ABGB zu subsumieren. Das Vermächtnis besteht fort. Der Vermächtnisnehmer erhält den Wert der Sache als Surrogat.³³
3. Die Veräußerung einer als Vermächtnis gewidmeten Sache durch einen Vorsorgebevollmächtigten verwirklicht den Tatbestand des vermuteten Widerrufs nach § 724 Abs 1 Z 2 ABGB. Die materielle Höchstpersönlichkeit im Bereich erbrechtlicher Rechtsgeschäfte steht diesem Ergebnis nicht entgegen.³⁴
4. Die Veräußerung einer als Vermächtnis gewidmeten Sache durch den gewählten Erwachsenenvertreter löst dieselben Rechtsfolgen aus die Veräußerung durch einen Vorsorgebevollmächtigten.³⁵

³² Siehe Pkt II.

³³ Siehe Pkt III.3.1.

³⁴ Siehe Pkt III.3.2.

³⁵ Siehe Pkt III.3.3.

Say on Pay und Related Party Transactions

Übertriebener Formalismus oder sinnvolle Instrumente für den Kapitalmarkt?

GEORG SCHIMA*

Bis 10.6.2019 hat der österreichische Gesetzgeber die 2017 beschlossene Richtlinie (EU) 2017/828 zur Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie¹ (im Folgenden: 2. Aktionärsrechte-Richtlinie) in österreichisches Recht umzusetzen. Der vorliegende Beitrag widmet sich den idZ zentralen Themenbereichen „say on pay“ und „related party transactions“.

I. Einleitung

Die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie bezweckt eine weitere Verbesserung der Mitwirkung der Aktionäre bei börsennotierten Gesellschaften sowie eine Erleichterung der grenzüberschreitenden Information und Ausübung von Aktionärsrechten. Um dieses Ziel zu erreichen, beinhaltet die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie diverse Regelungen zu Mitspracherechten der Aktionäre bei der Vergütung von Aufsichtsrat und Vorstand (*say on pay*) und bei Geschäften mit der Gesellschaft na-

hestehenden Unternehmen und Personen (*related party transactions*), zur besseren Identifikation und Information von Aktionären (*know your shareholder*) sowie zur Verbesserung der Transparenz bei institutionellen Anlegern, Vermögensverwaltern und Stimmrechtsberatern.²

Während es in Deutschland schon seit 11.10.2018 einen Referentenentwurf und seit 20.3.2019 einen Regierungsentwurf gibt,³ lässt sich der österreichische Gesetzgeber lange Zeit. Der in der diesbezüglichen Arbeitsgruppe im BMVRD

* Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. (HSG), LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹ Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl L 132 vom 20.5.2017, S 1.

² Vgl dazu zB Reich-Rohrwig/Zimmermann, EU: Einigung auf die Reform der Aktionärsrechte-Richtlinie, *ecolex* 2017, 327 und 531; S. Bydlinski/Walser, Die Vorgaben der Aktionärsrechte-Richtlinie im Hinblick auf Related Party Transactions, *ecolex* 2019, 200.

³ Beide online abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsvorfahren/DE/Aktionaersrechterichtlinie_II.html.

erarbeitete Umsetzungsvorschlag (im Folgenden Entwurf) lässt eines sehr deutlich erkennen: Der österreichische Gesetzgeber wird die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie in einer Minimalumsetzung in österreichisches Recht implementieren. Dies entspricht der derzeit herrschenden politischen Doktrin der größtmöglichen Vermeidung von *gold plating*, dh der Übererfüllung unionsrechtlicher Vorgaben.

Pate stand im Gesetzwerdungsprozess sehr stark die Befürchtung der Wirtschaft (konkret: der börsennotierten Unternehmen, denn nur solche sind unmittelbar betroffen), durch eine möglicherweise noch päpstlicher als der Papst sein wollende Umsetzung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie mit einer Vielzahl von Normen und Formvorschriften belastet zu werden, deren Nutzen sich den meisten Emittenten nicht erschließt.

Und in der Tat ist es ja so, dass die dem Thema „say on pay“ zuzurechnenden Vorschriften der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie keinerlei (neue) inhaltliche Vorgaben für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern (und ebenso wenig von Aufsichtsratsmitgliedern) enthalten, sondern bloß Verfahrensvorschriften (insb die Normen betreffend die Aufstellung einer „Vergütungspolitik“⁴ für die Entlohnung des Vorstands und Aufsichtsrates) und Transparenzbestimmungen (die Regeln über die Verfassung und Veröffentlichung eines sog Vergütungsberichts).

Und auch das Kapitel der *related party transactions* zerfällt in zwei Teile, von denen nur der eine die Organisationsstruktur und das Gefüge der Organkompetenzen der börsennotierten AG berührt, nämlich das Erfordernis der Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrats.⁵ Ob das tatsächlich so ein starker Eingriff und eine Veränderung der gegenwärtig bei börsennotierten Gesellschaften herrschenden Situation ist, wird noch zu beleuchten sein. Der andere Teil der Vorschriften besteht in Informationspflichten, weil die Unternehmensleitung die Bedingungen des Geschäfts, dessen Vertragspartner und die zum Geschäftsabschluss führenden Erwägungen veröffentlichen muss.

Im Folgenden soll – fokussiert – auf die beiden Themen „say on pay“ und „related party transactions“ erörtert werden, ob und inwieweit die neuen Vorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs sinnvolle und dem Interesse von Kleinaktionären sowie des Kapitalmarktes insgesamt dienende Neuerungen beinhalten oder mehr Formalismus mit zumindest fragwürdigem Nutzen.

II. Say on Pay: Die neue Regelung und ihre Bedeutung

1. Inhaltliche und publikationsmäßige Vorgaben an die Organvergütung de lege lata

Gem § 78 Abs 1 AktG, der erst vor wenigen Jahren novelliert wurde, hat der Aufsichtsrat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstands-

mitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Dies gilt sinngemäß für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.

Die C-Regel 27 des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) ergänzt diese Vorgabe folgendermaßen:

„Bei Abschluss von Vorstandsverträgen wird zusätzlich auf die Einhaltung folgender Grundsätze geachtet:

Die Vergütung enthält fixe und variable Bestandteile. Die variablen Vergütungsteile knüpfen insbesondere an nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien an, beziehen auch nicht-finanzielle Kriterien mit ein und dürfen nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten. Für variable Vergütungskomponenten sind messbare Leistungskriterien sowie betragliche oder als Prozentsätze der fixen Vergütungsteile bestimmte Höchstgrenzen im Voraus festzulegen. Es ist vorzusehen, dass die Gesellschaft variable Vergütungskomponenten zurückfordern kann, wenn sich herausstellt, dass diese auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten ausgezahlt wurden.“

Für den Aufsichtsrat und dessen Mitglieder bestimmt § 98 Abs 1 AktG, dass den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende Vergütung gewährt werden kann. Zuständig ist dafür allein die Hauptversammlung (im Folgenden: HV). Ist die Vergütung in der Satzung festgesetzt, was in der Praxis selten vorkommt, so kann eine Satzungsänderung, durch die die Vergütung herabgesetzt wird, von der HV mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.⁶ Die gesetzlichen Regelungen bringen unverkennbar einen sehr geringen Bestandschutz der Aufsichtsratsvergütung zum Ausdruck.⁷

Flankiert wird die gesetzliche Regelung für börsennotierte Gesellschaften durch die C-Regel 51 des ÖCGK:

„Im Berichtszeitraum gewährte Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder werden im Corporate Governance Bericht für jedes Aufsichtsratsmitglied einzeln veröffentlicht. Es werden grundsätzlich keine Stock Option Pläne für Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen. Werden ausnahmsweise Stock-Option-Pläne gewährt, sind diese in allen Einzelheiten von der Hauptversammlung zu beschließen.“⁸

⁴ Im deutschen Regierungsentwurf wurde diese gegenüber dem Referentenentwurf nun in „Vergütungssystem“ umgetauft.

⁵ Auch der österreichische Gesetzgeber wird sich – wie der deutsche – vernünftigerweise dafür entscheiden, nicht die Hauptversammlung, sondern den Aufsichtsrat zuständig zu machen.

⁶ Genau die letztgenannte identische Regelung in § 113 Abs 1 Satz 4 dAktG will der deutsche Referentenentwurf freilich unter Hinweis darauf streichen, dass es sich um einen „schon damals wenig begründeten ... Fremdkörper im System satzungsmäßiger Zustimmungserfordernisse“ handle; zustimmend Bayer, Die Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften nach dem RefE für das ARUG II, DB 2018, 3034 (3039). Darüber könnte der österreichische Gesetzgeber in der Tat auch nachdenken.

⁷ Vgl dazu Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, *ecolex* 1991, 776 (iZm einem vor vielen Jahren in der Porr AG vorgekommenen Fall, wo die Satzung die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder neben einem Fixum als Anteil am Reingewinn definierte und aufgrund umgründungsbedingter Ergebnisexplosion sich die Aufsichtsratsvergütung vervielfacht hätte, was der Vorstand nicht hinnehmen wollte und deshalb die HV zur *Ex-post*-Herabsetzung via Satzungsänderung animierte).

⁸ Die Empfehlung des Satzes 2 ist zumindest insofern bemerkenswert, als der österreichische Gesetzgeber bekanntlich mit dem AOG, BGBl I 2001/42, erstmals die – damals vom BMF als große Errungenschaft gepriesene – Möglichkeit schuf, auch für Aufsichtsratsmitglieder Vergütungen durch Aktienoptionen (ohne Umweg über Wandelschuldverschreibungen) zu gewähren; vgl dazu G. Schima, Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder, in *Doralt/Kalss*, Aktienoptionen (GesRZ-Sonderheft 2001) 19. Die Praxis hat davon bis heute in Österreich kaum Gebrauch gemacht, und in Deutschland qualifizierte der BGH solche Vergütungsmodelle sogar als unzulässig; vgl BGH 16.2.2004, II ZR 316/02, BGHZ 158, 122; dazu zB *Paefgen*, Börsenpreisorientierte Vergütung und Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, WM 2004, 1169.

Mit diesen nationalen gesetzlichen Vorgaben an die Vorstandsvergütung korrespondiert Art 9a Abs 6 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie. Danach fördert die Vergütungspolitik die Geschäftsstrategie, die langfristigen Interessen und die langfristige Tragfähigkeit der Gesellschaft und erläutert, wie sie das tut.

Die vor ein paar Jahren vorgenommenen Änderungen in § 78 Abs 1 AktG⁹ und die entsprechenden ÖCGK-Bestimmungen, aber nicht zuletzt auch die wesentlich strengeren Vorgaben für Kreditinstitute¹⁰ haben in der Praxis österreichischer börsennotierter Unternehmen in den letzten Jahren zweifellos zu Umwälzungen bei der Vorstandsvergütung geführt. So gibt es kaum mehr eine relevante börsennotierte Gesellschaft, die nicht zumindest Teile der variablen Vergütung an längeren als bloß einjährigen Zeiträumen bemisst. Die reine Jahresbonifikation hat zunehmend ausgedient oder bildet zumindest nicht mehr das Herzstück variabler Vergütungen in vielen Gesellschaften. Und die strengen Regelungen für Kreditinstitute, denen nicht die volle Auszahlung der variablen Vergütung auf einmal gestattet ist, sondern eine Verteilung eines zumindest erheblichen Teils auf einen fünfjährigen Zeitraum¹¹ vorgeschrieben wird, innerhalb dessen wiederum konkrete Leistungskriterien erfüllt sein müssen, damit die Vergütung wirklich anfällt,¹² haben auch auf Nicht-Kreditinstitute abgefärbt. So gibt es mittlerweile einige börsennotierte AGs in Österreich,¹³ die vom Grundsatz her das Bankenmodell übernommen haben und variable Vergütungen über mehrere Jahre verteilt auszahlen und zudem an die Erreichung quantitativer oder auch qualitativer Kriterien in den jeweiligen Folgejahren binden.

Was nationale gesetzliche Vorgaben iZm der Offenlegung von Organvergütungen betrifft, ist insb § 239 Abs 1 UGB betreffend Pflichtangaben über Organe und Arbeitnehmer von mittelgroßen und großen Gesellschaften zu erwähnen. § 239 Abs 1 Z 4 UGB verlangt die Veröffentlichung der Bezüge der Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats oder ähnlicher Einrichtungen gesondert für jede Personengruppe, und zwar gem lit a die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art). In die Gesamtbezüge sind auch Bezüge einzurechnen, die nicht ausgezahlt werden. Erhalten Mitglieder des Vorstands von verbundenen Unternehmen für ihre Tätigkeit für das Unternehmen oder für ihre Tätigkeit als gesetzliche Vertreter oder Angestellte des verbundenen Unternehmens Bezüge, so sind diese Bezüge gesondert anzugeben.

§ 239 Abs 1 Z 5 UGB verlangt außerdem Angaben über Aktienoptionen.

⁹ Bewirkt durch das 2. StabG 2012, BGBl I 2012/35, letztlich als Folge der internationalen Finanzkrise 2008/2009.

¹⁰ Vgl § 39b BWG und die Anlage dazu.

¹¹ Ein Fall von *gold plating*, denn die Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (CRD III), ABl L 329 vom 14.12.2010, S 3, verlangt bloß drei Jahre.

¹² Vgl dazu näher G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 276 ff.

¹³ Beispiele wären die Wienerberger AG oder die Zumtobel Group AG.

Nach den C-Regeln 27 und 51 des ÖCGK müssen börsennotierte Gesellschaften im Corporate-Governance-Bericht angeben, ob sie dem Standard entsprechen oder davon (begründet) abweichen.

§ 243c Abs 2 Z 3 UGB verlangt die Angabe der Gesamtbezüge einzelner Vorstandsmitglieder und der „Grundzüge der Vergütungspolitik“¹⁴ im Corporate-Governance-Bericht.

2. Offenlegungs- und Zustimmungsregime nach der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie und dem österreichischen Entwurf

2.1. Vergütungspolitik: Grundsätze und Organzuständigkeit

Bisher waren – wie gerade erwähnt – nur die Grundzüge der Vergütungspolitik offenzulegen. Von der Umsetzung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie ist ein höherer Detaillierungsgrad zu erwarten. Dies birgt durchaus Risiken für die betroffenen Gesellschaften, denn je detaillierter die Informationen sind, desto eher kann die Gesellschaft einen Wettbewerbsnachteil durch Preisgabe relevanter Informationen (insb gesteckter *Performance*-Ziele) erleiden. Es kann sich dann schnell die Frage stellen, ob die Aktionäre aus einer möglichst hohen Detailtiefe derart profitieren, wie die Gesellschaft möglicherweise gefährdet wird.

Eine Besonderheit ist idZ zu erwähnen, die der primären Ausrichtung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie am *Board*-System geschuldet ist:¹⁵

Die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie verlangt die Aufstellung einer Vergütungspolitik auch für den Aufsichtsrat. Dass dafür der Aufsichtsrat zuständig ist, muss man zwar als alternativlos betrachten, weil die HV schon rechtstechnisch nicht verpflichtet werden kann. Gleichwohl ist das Instrument auch vor dem Hintergrund des § 98 AktG aber systemwidrig bzw eher sinnlos. Denn für die Festsetzung der Vergütung der Mitglieder des Aufsichtsrats ist – vorbehaltlich näherer Festsetzung in der Satzung (praktisch ohne wesentliche Bedeutung) – ausschließlich die HV zuständig. Und diese legt die Vergütung naturgemäß im Nachhinein, dh nach Ablauf des zu vergütenden Geschäftsjahres, in der kommenden ordentlichen HV fest. Nach der österreichischen Gesetzeslage hindert nichts die HV, *ex post* von einer durch sie zunächst gebilligten Vergütungspolitik abzuweichen, und zwar in beide Richtungen. Anders als beim Vorstand, bei dessen Mitgliedern die der HV vorgelegte Vergütungspolitik auch den Rahmen für die Gewährung der einzelnen Vergütungen absteckt, geht die HV durch die Billigung einer Vergütungspolitik keinerlei Selbstbindung ein. Sie kann später zu dem Schluss kommen, dass das Geschäftsjahr nicht gut oder die Leistung des Aufsichtsrats nicht zufriedenstellend war, und dessen Vergütung gegenüber der gebilligten Vergütungspolitik auch wesentlich herabsetzen.¹⁶

¹⁴ Dies ist zumindest terminologisch insofern bemerkenswert, als die von der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie zwingend vorgeschriebene „Vergütungspolitik“ für die Vergütung des Vorstands (aber auch des Aufsichtsrats) sich selbst ja als die Zusammenfassung von „Grundzügen der Vergütung“ versteht. „Grundzüge der Vergütungspolitik“ in § 243c Abs 2 Z 3 UGB könnte man daher als „Grundzüge von Grundzügen“ auffassen.

¹⁵ Das Regelungsanliegen kommt ja letztlich aus dem Vereinigten Königreich (vgl auch *Bayer*, DB 2018, 3035), das sich gerade anschickt, die EU – geordnet oder nicht geordnet – zu verlassen.

¹⁶ Vgl *Krejci*, *ecolx* 1991, 776.

§ 78a Abs 1 AktG idF des Entwurfs bestimmt: In einer börsennotierten Gesellschaft¹⁷ hat der Aufsichtsrat Grundsätze für die Vergütung der Mitglieder des Vorstands aufzustellen (Vergütungspolitik).

Zuständig ist „der Aufsichtsrat“, sodass sich mangels näherer gesetzlicher Anhaltspunkte die Frage stellt, ob ein Ausschuss zuständig gemacht werden kann. Dagegen spricht grundsätzlich nichts. Naheliegend ist die Verlagerung in den Vergütungsausschuss (*remuneration committee*), der sich mit die Vorstandsmitglieder betreffenden Vergütungsfragen befasst. Möglich ist auch eine zweigeteilte Zuständigkeit: Der Ausschuss arbeitet die Vergütungspolitik aus, die sodann dem Plenum zur Genehmigung vorgelegt wird. Dies muss in der Aufsichtsratsgeschäftsordnung genau geregelt werden.

Wenn ein Ausschuss für die Aufstellung der Vergütungspolitik zuständig gemacht wird, dann ist dieser mitbestimmungsfrei, denn es handelt sich um „Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes“ iSd § 92 Abs 4 iVm § 110 Abs 4 ArbVG. Für die Aufstellung der Vergütungspolitik für den Aufsichtsrat gilt dies hingegen – natürlich – nicht und diesbezüglich ist mE auch eine Verlagerung in einen Ausschuss (es sei denn zur Vorbereitung) unzulässig.

2.2. Entwurf Vergütungspolitik: Inhalt

Bei der Beschreibung der Vergütungspolitik orientiert sich der Entwurf – wie generell bei der Umsetzung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie – eng an der Richtlinie, macht von so gut wie allen unternehmensfreundlichen Wahlrechten Gebrauch¹⁸ und hält sich bei der Umsetzung auch textlich eng an die unionsrechtliche Vorgabe.

Die Vergütungspolitik hat die Geschäftsstrategie und die langfristige Entwicklung der Gesellschaft zu fördern und zu erläutern, wie sie das tut. Sie muss klar und verständlich sein und die verschiedenen festen und variablen Vergütungsbestandteile, die Mitgliedern des Vorstands gewährt werden können, einschließlich sämtlicher Boni und anderer Vorteile in jeglicher Form, unter Angabe ihres jeweiligen relativen Anteils, beschreiben (§ 78a Abs 2 AktG idF des Entwurfs).

¹⁷ Die Begriffsbildung richtet sich dabei nach der Definition in § 3 AktG, die seit der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie aus 2007 ins Gesetz eingefügt wurde. Danach ist eine AG börsennotiert, wenn Aktien der Gesellschaft zum Handel an einer anerkannten Börse gem Art 4 Abs 1 Z 72 der Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012, ABl L 176 vom 27.6.2013, S 1, zuletzt geändert durch die Delegierte Verordnung (EU) 2015/62 der Kommission vom 10.10.2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Verschuldungsquote, ABl L 11 vom 17.1.2015, S 37, oder einem gleichwertigen Markt mit Sitz in einem Drittland zugelassen sind. Die Satzung kann vorsehen, dass eine solche Börsennotierung besteht oder beabsichtigt ist.

¹⁸ Eine Ausnahme bildet – nach dem derzeitigen Entwurfsstand – freilich die geplante Regelung im BörseG 2018, der zufolge auch die Identität von Aktionären mit einer Beteiligung von weniger als 0,5 % am Grundkapital erfragt und offengelegt werden soll, was die Richtlinie nicht zwingend vorschreibt; vgl dazu aus den Tagesmedien J. Hecht, Die Regierung bastelt am gläsernen Aktionär, Die Presse vom 28.2.2019, S 15. Wie zu vernehmen ist, möchte das BMF das nun ändern. Vernünftig wäre es mE, es in Bezug auf Aktionäre mit geringerem Anteil am Grundkapital zwar der Gesellschaft zur Pflicht zu machen, eine Anfrage (idR an das zuständige Kreditinstitut) zu stellen, es aber der Zustimmung des Aktionärs anheimzustellen, ob er mit der Weitergabe seiner Daten (und damit auch der Durchbrechung des Bankgeheimnisses) einverstanden ist. Denn es ist zwar richtig, dass es sich ungeachtet der legislativen Konstruktion materiell um ein Recht des Aktionärs handelt, dessen Informationsinteresse gewahrt werden soll (*Koppensteiner*, Neuerungen des Publizitätsregimes im Gesellschaftsrecht, RdW 2019 [in Druck]), doch werden Klein- und Kleinstaktionäre oft an der Preisgabe ihrer Daten gar kein Interesse haben. In diesem Bereich könnte sich der österreichische Gesetzgeber daher auch eine Ausnahme vom gesetzlichen Bankgeheimnis sparen. Das wäre zweifellos richtlinienkonform und pragmatisch.

In der Vergütungspolitik ist zu erläutern, wie die Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer der Gesellschaft in die Festlegung der Vergütungspolitik eingeflossen sind (§ 78a Abs 3 AktG idF des Entwurfs). Inhaltlich Substanzielles darf man sich bei diesem Punkt in der Praxis nicht erwarten. Eine Verpflichtung zur Anführung des so oft durch die Diskussion geisternden Vergütungsmultiplikators, also der Angabe, das Wievielfache eines durchschnittlichen Mitarbeiters der Gesellschaft oder des Konzerns die Vorstandsmitglieder verdienen,¹⁹ enthält das Gesetz (und auch die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie) nicht.

Wenn die Vergütungspolitik variable Vergütungsbestandteile gewährt, sind dafür in der Vergütungspolitik klare, umfassende und differenzierte Kriterien festzulegen. Es sind auch die finanziellen und die nicht finanziellen Leistungskriterien, einschließlich etwaiger Kriterien iZm der sozialen Verantwortung der Gesellschaft, anzugeben. Die Vergütungspolitik hat weiters zu erläutern, inwiefern diese Kriterien die Ziele gem Abs 2 leg cit fördern und mit welchen Methoden die Erfüllung der Kriterien festgestellt werden soll. Sie hat Informationen zu etwaigen Wartefristen zu enthalten sowie zur Möglichkeit der Gesellschaft, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern (§ 78a Abs 4 AktG idF des Entwurfs).

Der zweite Teil des letzten Satzes bezieht sich auf sog *Clawback*-Klauseln. Bei diesen geht es grundsätzlich um Regelungen, die es der Gesellschaft ermöglichen, bereits ausbezahlte Vergütungen zurückzuverlangen oder zugesagte zu sistieren, einzufrieren oder auch endgültig zu entziehen, wenn bestimmte negative, aber nicht unbedingt in der Sphäre des Vergütungsempfängers wurzelnde Ereignisse eingetreten sind.²⁰ Der in der Diskussion meist an erster Stelle genannte bzw diese Diskussion überhaupt auslösende Fall besteht darin, dass sich herausstellt, dass die Vergütung auf der Grundlage von falschen Daten ausbezahlt wurde. Nur für diesen Fall empfiehlt C-Regel 27 letzter Satz des ÖCGK die Vereinbarung einer *Clawback*-Klausel, wobei die Formulierung präzisiert, die Auszahlung müsse aufgrund „*offenkundig*“ falscher Daten geschehen sein.

Mittlerweile umfassen gängige *Clawback*-Klauseln freilich noch ganz andere Fälle, wie zB Regelungen, die Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG nachgebildet sind und vorsehen, dass bei gravierend verschlechterter wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft die (variable) Vergütung ganz oder zum Teil nicht ausbezahlt wird. Ähnliches (nach dem Wortlaut freilich gar nicht auf die variable Vergütung beschränkt) ordnet § 87 Abs 2 dAktG seit jeher an, wobei der deutsche Gesetzgeber die Regelung im Gefolge der globalen Finanzkrise 2008/2009 noch verschärft hat, wohingegen sie der österreichische Gesetzgeber bei der Erlassung des AktG 1965 unter Hinweis darauf gar nicht erst mit übernahm, dass eine solche Regelung nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen entspreche und damit geradezu suggerierte, es handle sich um nationalsozialisti-

¹⁹ International gesehen klaffen die für die einzelnen Länder maßgebenden Vergütungsmultiplikatoren stark auseinander: In den USA betragen sie ein Vielfaches der in Deutschland gängigen Werte, die wiederum deutlich über den österreichischen liegen, weil die bestentlohnten Vorstandsmitglieder deutscher DAX-Unternehmen in etwa das Vierfache der größten österreichischen ATX-Unternehmen verdienen, die deutschen Arbeitnehmer aber selbstredend nicht annähernd um so viel höhere Gehälter beziehen; vgl dazu *Bayer*, DB 2018, 3034.

²⁰ Vgl dazu für Deutschland zB *Schockenhoff/Nußbaum*, *Claw-Back-Klauseln in Vorstandsverträgen*, AG 2018, 813; für Österreich *Ladler*, *Claw-back Klauseln in Vorstandsverträgen*, WBl 2018, 533, die freilich solche Klauseln - deutlich zu eng - nur unter dem Blickwinkel der Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen behandelt.

sches Gedankengut aus dem AktG 1937. Darüber hinaus kennt die Praxis *Clawback*-Klauseln für den Fall wesentlicher Rechtsverletzungen oder überhaupt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern etc.

Die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie und der österreichische Entwurf verlangen die Vereinbarung von *Clawback*-Klauseln nicht (und dies trifft auch auf die Regelungen der Anlage zu § 39b BWG zu),²¹ wohl aber, dass bei deren Existenz eine entsprechende Beschreibung erfolgt.

Und in der Tat kommt der Druck auf börsennotierte Gesellschaften, *Clawback*-Klauseln vorzusehen, bislang weniger vom Gesetzgeber, sondern vielmehr von institutionellen Anlegern, *proxy advisors* und Vergütungsberatern, die solche Klauseln schlichtweg verlangen, wenngleich sie deren wirklichen praktischen Wert auf der Basis des anwendbaren nationalen Zivil- und gegebenenfalls Arbeitsrechts meist gar nicht zu beurteilen vermögen.

Gewährt die Gesellschaft eine aktienbezogene Vergütung, so hat die Vergütungspolitik Warte- und Haltefristen zu präzisieren und zu erläutern, inwiefern die aktienbezogene Vergütung die Ziele nach § 78a Abs 2 AktG idF des Entwurfs, dh die Geschäftsstrategie und die langfristige Entwicklung der Gesellschaft, fördert (§ 78a Abs 4 AktG idF des Entwurfs).

C-Regel 28 des ÖCGK empfiehlt derzeit Warte- und/oder Behaltefristen von drei Jahren.

In der Vergütungspolitik sind die Laufzeit der Verträge der Mitglieder des Vorstands, die maßgeblichen Kündigungsfristen, die Hauptmerkmale von Zusatzpensionssystemen und Vorruhestandsprogrammen sowie die Bedingungen für die Beendigung und die dabei zu leistenden Zahlungen anzugeben (§ 78a Abs 6 AktG idF des Entwurfs).

Grundsätzliche Angaben über die Laufzeit können mannigfaltig gestaltet sein: Wenn in der Gesellschaft Vorstandsverträge mit den unterschiedlichsten Laufzeiten vorkommen, empfiehlt sich die bloße Angabe eines Rahmens (zB: „Die Dauer von Vorstandsverträgen in der Gesellschaft beträgt zwischen zwei und fünf Jahren.“). Besteht in der Gesellschaft die grundsätzliche Übereinkunft im Aufsichtsrat, dass zB keine Fünfjahresverträge oder keine Verträge über einen längeren als dreijährigen Zeitraum geschlossen werden, wäre dies in der Vergütungspolitik natürlich anzugeben.

Der Hinweis auf „maßgebende Kündigungsfristen“ bedeutet keine Verpflichtung, solche in befristeten Vorstandsverträgen überhaupt vorzusehen.²²

Was der Entwurf mit „Vorruhestandsprogrammen“ für Vorstandsmitglieder meint, liegt im Dunklen.

Betreffend die „Bedingungen für die Beendigung und die dabei zu leistenden Zahlungen“ enthält C-Regel 27a des ÖCGK eine Empfehlung, und zwar den Grundsatz, dass Zahlungen anlässlich des Ausscheidens zwei Jahresgesamtvergütungen (also feste und variable Vergütungsbestandteile) nicht überschreiten sollen und aus Anlass der vorzeitigen Beendi-

gung der Vorstandstätigkeit getroffene Tätigkeit über Abfindungszahlungen die Umstände des Ausscheidens des betreffenden Vorstandsmitglieds und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens berücksichtigt.²³

In der Vergütungspolitik ist das Verfahren zu erläutern, wie diese Politik festgelegt, überprüft und umgesetzt wird, einschließlich wie sie Interessenkonflikte vermeidet oder mit ihnen umgeht. Gegebenenfalls ist die Rolle des Vergütungsausschusses oder andere betroffene Ausschüsse zu beschreiben (§ 78a Abs 7 AktG idF des Entwurfs).

2.3. Abgehen von der Vergütungspolitik bei außergewöhnlichen Umständen

Unter außergewöhnlichen Umständen kann die Gesellschaft vorübergehend von ihrer Vergütungspolitik abweichen, sofern diese die Vorgehensweise für eine solche Abweichung beschreibt und diejenigen Teile festlegt, von denen abgewichen werden darf. Als außergewöhnliche Umstände gelten Situationen, in denen die Abweichung von der Vergütungspolitik für die langfristige Entwicklung der Gesellschaft oder die Sicherstellung ihrer Rentabilität notwendig ist (§ 78a Abs 8 AktG idF des Entwurfs).

Der österreichische Gesetzgeber möchte daher von dem in der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie enthaltenen Wahlrecht Gebrauch machen. Woran man hier aus praktischer Sicht zu denken hat, lässt sich naturgemäß nicht generell-abstrakt sagen und sowohl die Richtlinie als auch der Entwurf gehen von einer konkreten Beschreibung der Voraussetzungen aus. Die Umstände müssen „außergewöhnlich“ sein. Eine bloße – und sei es auch grundlegende – Änderung der Strategie (zB von einer mengen- oder umsatzbezogenen zu einer an Profitabilitätskennzahlen orientierten Strategie)²⁴ wird nicht darunterfallen. Und die zusätzlich zu erfüllende Voraussetzung, dass die Abweichung von der Vergütungspolitik „für die langfristige Entwicklung der Gesellschaft und die Sicherstellung ihrer Rentabilität notwendig“ sein muss, wird die praktische Anwendbarkeit unter Beachtung des Normzwecks ziemlich stark einengen. Hier empfiehlt sich in Fällen, in denen die Gesellschaft bei der Vorstandsentscheidung aus wichtigen, aber vielleicht nicht außergewöhnlichen Umständen von der der HV vorgelegten Vergütungspolitik abzuweichen gedenkt, die Ausarbeitung und Vorlage einer neuen Vergütungspolitik, die zB auch die rückwirkende Umsetzung in den Vorstandsverträgen vorsehen kann.²⁵

2.4. Vergütungspolitik und Hauptversammlung

Nach der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie ist die Vergütungspolitik der HV vorzulegen, wobei die Mitgliedstaaten sich entscheiden

²¹ Vgl indes die EBA-Guidelines.

²² Eine Ausnahme besteht nach § 2 Abs 3 Z 1 lit b B-VV für der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegende Unternehmen, die in die Vorstandsverträge eine Regelung aufnehmen müssen, wonach bei Abberufung aus nicht zur fristlosen Entlassung des Vorstandsmitglieds berechtigenden „anderen wichtigen Gründen“ die Kündigung des Vertrages unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Quartalsende möglich ist. Derzeit hat diese Regelung Relevanz für die Österreichische Post AG und die Verbund AG, die beide börsennotiert sind und vom Rechnungshof kontrolliert werden.

²³ Die Einhaltung der C-Regel 27a Satz 1 des ÖCGK setzt grundsätzlich eine anstellungsvertragliche Regelung voraus, die bei unverschuldeter, dh keine Entlassung rechtfertigender Abberufung die Beendigung des Vertrages mit einer Kündigungsfrist von maximal zwei Jahren ermöglicht. Der letzte Satz von C-Regel 27a des ÖCGK erklärt sich daraus, dass selbst bei Implementierung einer derartigen Klausel nicht gewährleistet ist, dass die Abfindung konkret nicht mehr als zwei Jahresgesamtvergütungen beträgt. Denn in börsennotierten AGs ist die Abberufung eines Vorstandsmitglieds nach einem vorangegangenen Misstrauensvotum der HV in aller Regel keine realistische Option, sodass bei entsprechend langer Restlaufzeit ein Aufsichtsrat, der ein Vorstandsmitglied ohne pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten loswerden möchte, gezwungen sein kann, eine höhere Abfindung zu zahlen; vgl dazu G. Schima, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 (271 f); ders, Aufsichtsrat, Rz 473.

²⁴ So eine Strategieänderung vollzog zB vor nicht langer Zeit die OMV.

²⁵ Es ist ja denkbar, dass die nächste ordentliche HV der Gesellschaft erst in knapp einem Jahr ab dem Zeitpunkt stattfindet, in dem sich die Notwendigkeit eine Veränderung der Vergütungspolitik ergibt.

können, ob sie dem Votum bindenden oder unverbindlichen Charakter beimessen. Diese Frage bildete im Vorfeld der Entstehung des Entwurfs den Gegenstand intensiver Diskussionen und Interventionen. Der österreichische Gesetzgeber entscheidet sich – wie der deutsche – für ein unverbindliches HV-Votum. § 78b Abs 1 AktG idF des Entwurfs bestimmt: „Die Vergütungspolitik ist der Hauptversammlung mindestens alle vier Jahre sowie bei jeder wesentlichen Änderung zur Abstimmung vorzulegen. Die Abstimmung hat empfehlenden Charakter.“ Der Beschluss soll aber aller Voraussicht nach nicht anfechtbar sein.

Die Bedeutsamkeit der Frage der Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der Entscheidung der HV wird mE in der Diskussion überbetont. Auch ein unverbindliches Votum ist ein signifikanter Eingriff in das österreichische Recht und ein Novum. Selbst ein bloß unverbindliches Votum wird seine Wirkung entfalten, denn das Amt der Aufsichtsratsmitglieder ist von den Aktionären abhängig.²⁶

Lehnt die HV die vorgeschlagene Vergütungspolitik ab, hat die Gesellschaft in der darauffolgenden HV eine überarbeitete Vergütungspolitik vorzulegen (§ 78b Abs 2 Satz 2 AktG idF des Entwurfs). Obwohl der Entwurf – etwas unsystematisch – in § 78a Abs 9 AktG vorsieht, dass in jeder überarbeiteten Vergütungspolitik sämtliche wesentlichen Änderungen zu beschreiben und zu erläutern sind und dabei darauf einzugehen ist, wie die Abstimmungen und Ansichten der Aktionäre zur Vergütungspolitik und zu den Vergütungsberichten seit der letzten Abstimmung über die Vergütungspolitik in der HV berücksichtigt wurden, folgt daraus mE keine Verpflichtung des Aufsichtsrats, einer Ablehnung der Vergütungspolitik durch die HV dadurch Rechnung zu tragen, dass die Vergütungspolitik tatsächlich geändert wird. Denn dies schreibt auch die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie nicht vor und dem Entwurf ist klar zu entnehmen, dass der österreichische Gesetzgeber eine Minimalumsetzung beabsichtigt. Der Wortlaut des geplanten § 78a Abs 9 AktG bringt das freilich nicht ganz klar zum Ausdruck.²⁷

Die Vergütungspolitik ist nach der Abstimmung der HV zusammen mit dem Datum und dem Ergebnis der Abstimmung spätestens am zweiten Werktag nach der HV auf der im Firmenbuch eingetragenen Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen und hat dort mindesten für die Dauer ihrer Gültigkeit kostenfrei zugänglich zu bleiben (§ 78b Abs 3 AktG idF des Entwurfs).

2.5. Vergütungspolitik und individuelle Vorstandsentslohnung

In welchem Verhältnis steht die individuelle Entlohnung von Vorstandsmitgliedern zur Vergütungspolitik?

§ 78b Abs 2 Satz 1 AktG idF des Entwurfs ordnet an, dass die Gesellschaft die Mitglieder des Vorstands nur entspre-

chend einer Vergütungspolitik entlohnen darf, die der HV zur Abstimmung vorgelegt wurde.

Klar ist, dass mit der neuen Regelung kein automatischer Eingriff in bestehende Verträge verbunden ist. Der Aufsichtsrat kann während laufender Mandatsperiode bloß darauf hinwirken, dass die Vorstandsmitglieder einer Anpassung ihrer Vergütung an die laufende Vergütungspolitik zustimmen. Bei Wiederbestellungen hat der Aufsichtsrat freilich darauf zu achten, dass die Vergütung für die neue Mandatsperiode der Vergütungspolitik entspricht. Dies mag in der Praxis zu Problemen im Einzelfall führen, wenn damit aus Vorstandssicht Verschlechterungen verbunden sind, der Aufsichtsrat das betroffene Vorstandsmitglied aber unbedingt behalten möchte. Nicht verpflichtet ist der Aufsichtsrat, in die Vorstandsverträge sog Öffnungsklauseln oder Verhandlungsklauseln aufzunehmen, denen zufolge das Vorstandsmitglied künftig zur Einwilligung in vom Aufsichtsrat gewünschte Vertragsänderungen oder zumindest zum Eintritt in Verhandlungen über solche verpflichtet ist, falls die HV eine Vergütungspolitik nicht billigen sollte, auf deren Basis das Vorstandsmitglied entlohnt wird. Man darf aber prognostizieren, dass derartiges in der Praxis vorkommen wird, weil börsennotierte Unternehmen sich zwar einerseits (nachvollziehbar) oft über die ständig wachsende Flut an sie treffenden Normen beklagen, andererseits bei deren Umsetzung manchmal sogar überkorrekt sind.

Unbedingt anzuraten ist, dass die Vergütungspolitik von ihr abweichende Altverträge entsprechend erwähnt und beschreibt, um von vornherein entsprechende Fragen von Aktionären in der HV hintanzuhalten.

Hält sich der Aufsichtsrat nicht an die Vorgabe, Vorstandsmitglieder entsprechend der der HV vorgelegten Vergütungspolitik zu entlohnen, dann handelt er pflichtwidrig und kann sich schadenersatzpflichtig machen.²⁸

Schon deshalb ist der Aufsichtsrat gezwungen, in die Vergütungspolitik alles hineinzupacken, was an Vergütungselementen aus der Sicht der Gesellschaft denkbar ist. Damit kann die Prognose gewagt werden, dass auch hier – wie dies bei der verpflichtenden Einzelveröffentlichung von Vorstandsbezügen bekanntlich eingetreten ist – die Transparenz ihren Preis haben wird, und dieser Preis wird in tendenziell (noch) höheren, wenngleich mittelfristig unter Umständen stärker den Prinzipal-Agent-Konflikt einebnenden Vergütungen bestehen. Denn hält es ein Aufsichtsrat zB für zumindest denkbar, dass die Gesellschaft einzelfallbezogen einen *Sign-on-Bonus*²⁹ oder einen *Stay-on-Bonus*³⁰ zu zahlen bereit ist, muss das in der Vergütungspolitik abgebildet werden, zumal hier auch sicher kein Fall des § 78a Abs 8 AktG idF des Entwurfs vorläge. Eine bessere Einladung für ein geschickt verhandelndes Vorstandsmitglied, bei nächster Gelegenheit von solchen Vergütungskomponenten Gebrauch zu machen, ist kaum denkbar.

²⁶ Auch beim Misstrauensvotum der HV gegen Vorstandsmitglieder (§ 75 Abs 4 Fall 3 AktG) ist allgemein anerkannt, dass ein derartiger Beschluss den Aufsichtsrat nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, ein Vorstandsmitglied abzurufen; vgl Ch. Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG² (2012) § 75 Rz 23; G. Schima, Aufsichtsrat, Rz 471. Gleichwohl kommt es in der Praxis so gut wie nie vor, dass der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied, dem die Aktionäre das Vertrauen entzogen haben, im Amt hält.

²⁷ Besser diesbezüglich der deutsche Regierungsentwurf, der bei Ablehnung durch die HV vorschreibt, dass der nächsten ordentlichen HV ein „überprüftes Vergütungssystem“ zur Beschlussfassung vorzulegen ist. Daraus erhellt, dass Änderungen nicht notwendigerweise vorgenommen werden müssen, auch wenn der Aufsichtsrat gut beraten sein wird, das zu tun.

²⁸ Ein Vermögensschaden der Gesellschaft wegen Nichteinhaltung der Vergütungspolitik wird wegen der vom Vorstandsmitglied dafür erbrachten Arbeitsleistung kaum in einer allfälligen Vergütungsdivergenz zu erblicken sein, möglicherweise aber in Kosten, die der Gesellschaft durch entsprechende Prüfungen und Untersuchungen entstehen.

²⁹ Vergütung dafür, dass ein Vorstandsmitglied sein Amt bei der Gesellschaft antritt (ähnlich dem Startgeld eines prominenten Sportlers).

³⁰ Vergütung für den Verbleib des Vorstandsmitgliedes in der Gesellschaft. Vor Jahren erlangte ein (damals angeblich 2 Mio € betragender) *Stay-on-Bonus* für den Vorstandsvorsitzenden der Erste Bank öffentliche Aufmerksamkeit, den der Aufsichtsrat dafür bewilligte, dass der Manager ein offenbar deutlich lukrativeres Angebot aus London ausschlug.

2.6. Vergütungsbericht

Mehr Aufregung bei den betroffenen Unternehmen als die Verpflichtung zur Aufstellung einer Vergütungspolitik hat die Notwendigkeit der Verfassung eines Vergütungsberichts verursacht. Dieser wird tendenziell als übertriebener Formalismus empfunden, der hyperaktiven Aktionären ein Spielfeld für weitläufige Fragen eröffnet, die der Gesellschaft und ihren Aktionären keinen Nutzen brächten.

In der Tat lassen die von der Europäischen Kommission jüngst im Entwurf vorgelegten Guidelines zur Gestaltung von Vergütungsberichten³¹ (im Folgenden: Guidelines-Entwurf) nichts Gutes erahnen, wenn man deren Länge mit rund 30 Seiten bedenkt. Eigentlich sollte es möglich sein, auch in einer großen börsennotierten AG einen Vergütungsbericht von (deutlich) geringerem Umfang zu erstellen.

Der Entwurf bestimmt dazu allgemein: In einer börsennotierten Gesellschaft hat der Vorstand (wohl gemeinsam mit dem Aufsichtsrat) einen klaren und verständlichen Vergütungsbericht zu erstellen.³² Dieser hat einen umfassenden Überblick über die im Laufe des letzten Geschäftsjahres den aktuellen und ehemaligen Mitgliedern des Vorstandes gem der in § 78a AktG idF des Entwurfs genannten Vergütungspolitik gewährte oder geschuldete Vergütung, einschließlich sämtlicher Vorteile in jeglicher Form, zu bieten.

Es geht dabei um die Darstellung des an die Organmitglieder gewährten Entgelts. Nichts anderes meint der Entwurf mit dem Begriff „Vorteile“. Schon daraus ergibt sich, dass die Bestimmung im Guidelines-Entwurf verfehlt ist, die auch Reisespesen aufzählt.³³ Diese sind kein Entgelt und haben in einem Vergütungsbericht nichts zu suchen, und zwar unabhängig davon, ob der Vorstand in einem Fünfsternehotel logiert oder in einer Pension. *Fringe benefits* in Form privat nutzbarer Dienstfahrzeuge, vergünstigter Dienstwohnungen oder sonstiger Naturalbezüge sind aber natürlich anzugeben.

Die Formulierung „*gewährte oder geschuldete Vergütung*“ ist mE als „*und*“ zu verstehen, was zwar die Aussagekraft gegenüber der derzeitigen Lage zu erhöhen geeignet ist, aber der Praxis unter Umständen einiges aufgeben wird. Denn in heute üblichen langfristigen Vergütungsprogrammen oder Aktienoptionsprogrammen ist es – rein zivilrechtlich – nicht ganz einfach, festzustellen, wann eine (noch nicht gezahlte) Vergütung bereits „*geschuldet*“ ist. Die etwa bei Aktienoptionsprogrammen zu bildenden Rückstellungen sind mit einer geschuldeten Vergütung jedenfalls nicht gleichzusetzen.

§ 78c Abs 2 AktG idF des Entwurfs führt im Einzelnen an, welche Informationen über die Vergütung der einzelnen Mitglieder des Vorstands der Vergütungsbericht jedenfalls zu enthalten hat:

Kernbestimmung ist Z 1: Die Gesamtvergütung, aufgeschlüsselt nach Bestandteilen, den relativen Anteil von festen und variablen Vergütungsbestandteilen sowie eine Erläuterung, wie die Gesamtvergütung der angenommenen Vergütungspolitik entspricht, einschließlich von Angaben dazu, wie

³¹ Online abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/rrg_draft_21012019.pdf; vgl Erwägungsgrund 49 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie.

³² Was zu geschehen hat, wenn sich beide Organe über den Bericht nicht einig sind, sagt die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie nicht. Obwohl für die Aufstellung der Vergütungspolitik für beide Organe ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig ist, fällt die Berichterstattung nach außen letztlich in die Zuständigkeit des Leitungsorgans, das mE daher das letzte Wort haben muss.

³³ Vgl Pkt 5.2. des Guidelines-Entwurfs.

die Gesamtvergütung die langfristige Leistung der Gesellschaft fördert und wie die Leistungskriterien angewendet wurden.

Auch hier scheint der Guidelines-Entwurf ein gewisses Eigenleben zu entwickeln, das sich von der Regelung in der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie entfernt. Das was der österreichische Gesetzgeber als „*Leistung der Gesellschaft*“ bezeichnet, heißt in der englischen Fassung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie „*company performance*“. Nirgendwo gibt die Richtlinie jedoch vor, wie der Vergütungsbericht die in einen Bezug zur Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder zu setzende Leistung bzw. „*performance*“ der Gesellschaft konkret zu messen hat. Es ist daher keineswegs so, dass nur der *net profit* dafür in Betracht kommt, wie dies der Guidelines-Entwurf suggeriert.³⁴ Vielmehr kann jede Gesellschaft (und ist nicht nur gut beraten, sondern mE verpflichtet, dies zu tun) die für sie selbst passenden Kriterien verwenden,³⁵ um ihre „*Leistung*“ aussagekräftig im Vergütungsbericht darzustellen.

III. Related Party Transactions: Viel Lärm um wenig?

1. Regelungsanliegen und bisherige Rechtslage

Art 9c der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie regelt Bestimmungen zur Transparenz von und zur Zustimmung zu Geschäften mit nahestehenden Unternehmen oder Personen. Der Sache nach geht es darum, dass Geschäfte der AG mit natürlichen oder juristischen Personen, die der Gesellschaft, großen Aktionären oder Gesellschaftsorganen nahestehen, die Gefahr in sich bergen, dass Vermögen der Gesellschaft unter Wert zu deren Lasten verschoben wird.³⁶

Wer könnte sich einem Regelungsanliegen verweigern, das zum Ziel hat, solches tunlichst zu verhindern? Die großen Widerstände im Vorfeld der Gesetzwerdung vonseiten der Wirtschaft, also der betroffenen Unternehmen, erklären sich denn auch – das wurde aus diversen Gesprächen klar – nicht mit der künftig verpflichtend vorzusehenden, vorangehenden Aufsichtsratszustimmung für *related party transactions*, sondern mit den erweiterten Transparenzpflichten.

Völlig neu sind indes auch Letztere nicht. § 238 Abs 1 Z 12 UGB verpflichtet schon jetzt mittelgroße und große Gesellschaften (und keineswegs nur börsennotierte) dazu, im Anhang Angaben zu machen über Geschäfte der Gesellschaft mit nahestehenden Unternehmen und Personen iSd gemäß der Verordnung (EG) Nr 1606/2002³⁷ übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards,³⁸ einschließlich Angaben zu deren Wertumfang, zu der Art der Beziehung mit den nahestehenden Unternehmen und Personen sowie weitere Angaben zu den Geschäften, die für die Beurteilung der Finanzlage der Gesellschaft notwendig sind, dies freilich nur, „*sofern diese Geschäfte wesentlich und unter marktunüblichen Bedingungen abgeschlossen worden sind.*“³⁹

³⁴ Vgl Pkt 5.7. des Guidelines-Entwurfs.

³⁵ ZB ROCE, EBITDA, Free Cashflow.

³⁶ Vgl Erwägungsgrund 42 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie; zum Regelungsanliegen vgl Zöllner, Related Party Transactions – Überlegungen zur geplanten Reform der Aktionärsrechterichtlinie, FS Ch. Nowotny (2015) 499 (501 f).

³⁷ Verordnung (EG) Nr 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl L 243 vom 11.9.2002, S 1.

³⁸ Der Sache nach geht es um IAS 24.9, und daran knüpft auch die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie beim Begriff der *related party transaction* an.

³⁹ Vgl dazu Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter, UGB II³, § 238 Rz 68 ff.

Geschäfte zwischen verbundenen Unternehmen sind gem § 238 Abs 1 Z 12 letzter Satz UGB jedoch ausgenommen, wenn die an den Geschäften beteiligten Tochterunternehmen unmittelbar oder mittelbar in 100%igem Anteilsbesitz ihres Mutterunternehmens stehen. Die Ausnahme von der dem Schutz der Minderheitsaktionäre dienenden Regelung wird mit dem Fehlen außenstehender Gesellschafter gerechtfertigt.⁴⁰

Nur börsennotierte Unternehmen müssen nach § 125 Abs 4 Z 1 BörseG 2018 im Halbjahresbericht *related party transactions* des ersten Halbjahres anführen, sofern die Finanzlage oder das Geschäftsergebnis in diesem Zeitraum wesentlich beeinflusst wurden.⁴¹

Den in § 238 Abs 1 Z 12 letzter Satz UGB zum Ausdruck kommenden Gedanken verfolgt auch Art 9c Abs 6 lit a der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie und ermöglicht die Ausnahme für Geschäfte mit 100%igen Tochtergesellschaften, Tochtergesellschaften, an denen keine der Muttergesellschaft nahestehende *related party* beteiligt ist, und Geschäfte in der Gruppe, wenn im nationalen Recht Regelungen existieren, die ein angemessenes Schutzregime zugunsten der Gesellschaft und der Minderheitsaktionäre beinhalten.

Der österreichische Gesetzgeber setzt diese Ausnahmen in § 95a Abs 7 Z 1 AktG idF des Entwurfs um.⁴²

2. Wesentliche Geschäfte

Den in der Literatur schon geäußerten Bedenken, dass die Einbeziehung sozietärer Maßnahmen (wie Verschmelzungen, Kapitalerhöhungen, Gewinnabführungsverträge etc), über die die HV entscheidet, in den Begriff des Geschäfts wegen des damit verbundenen Ausschlusses der *related parties* vom Stimmrecht (sofern die national definierte Wesentlichkeitsschwelle erreicht ist) einen allzu tiefen Eingriff in das österreichische Recht bedeutete,⁴³ trägt der österreichische Gesetzgeber in § 95a Abs 7 Z 2 AktG idF des Entwurfs Rechnung: Geschäfte, die nach dem AktG, dem EU-VerschG, dem GesAusG, dem Kapitalberichtigungsgesetz, dem SEG, dem SpaltG, dem ÜbG oder dem UmwG von der HV zu beschließen sind, bedürfen keiner Zustimmung des Aufsichtsrats und keiner öffentlichen Bekanntmachung.

Die Wesentlichkeit des Geschäftes dürfen die Mitgliedstaaten quantitativ oder qualitativ oder kombiniert quantita-

tiv-qualitativ definieren. Der österreichische Gesetzgeber entscheidet sich – dem Vorbild des deutschen folgend – für eine rein quantitative Abgrenzung, wofür zweifellos Aspekte der Rechtssicherheit sprechen. Und er folgt dem deutschen Gesetzgeber auch darin, die Wesentlichkeitsschwelle für das Eingreifen der Zustimmungspflicht und der Informationspflicht identisch festzusetzen.⁴⁴ Daran wurde Kritik geäußert und moniert, dass die Nützlichkeit einer Information für Aktionäre nicht davon abhängt, ob auch das Genehmigungserfordernis gem § 9c Abs 4 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie greife.⁴⁵ In der Tat ging der ursprüngliche Vorschlag der Europäischen Kommission von einer Schwelle von bloß 1 % für die Transparenzpflicht, hingegen von 5 % für die Genehmigungspflicht aus.⁴⁶ Ich meine, dass eine am Gesellschaftswohl und damit am Wohl ihrer Aktionäre orientierte Wertung eigentlich zum umgekehrten Ergebnis führen müsste: Es ist der Gesellschaft tendenziell mehr gedient, wenn ein zumindest mehrheitlich aus unabhängigen Organwaltern bestehendes Organ einer *related party transaction* vorher zustimmen muss, als mit einer Verpflichtung, *ex post* Informationen über zahlreiche Transaktionen zu veröffentlichen.⁴⁷ Mit anderen Worten: Für die Veröffentlichungspflicht ist eine höhere und keine niedrigere Schwelle als für die Genehmigungspflicht gerechtfertigt. Die Angst von Emittenten vor zu viel Transparenz darf nicht damit abgetan werden, diese würden Aktionäre generell mit Informationen kurzhalten wollen. Vielmehr ist zu bedenken, dass die von der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie verlangte Information über das, was derzeit geltendes Recht ist,⁴⁸ doch erheblich hinausgeht, weil eine deutlich detailliertere Beschreibung und vor allem auch die Angabe der Erwägungen verlangt werden, die für den Abschluss der Transaktion maßgebend waren.⁴⁹ Eine solche Information unvollständig zu finden, selbst wenn sie objektiv aussagekräftig ist, dürfte darauf spezialisierten Aktionären nicht allzu schwerfallen. Diskussionen über den Umfang der Veröffentlichungspflicht können eine HV daher wenig nutzenstiftend in die Länge ziehen.

Dieser Gesichtspunkt und der noch zu beleuchtende Umstand, dass in der Praxis die in Gesellschaften geltenden Erfordernisse einer Aufsichtsratszustimmung meist bei deutlich niedrigeren quantitativen Schwellen greifen, macht die in

⁴⁴ Vgl S. Bydlinski/Walser, *ecolex* 2019, 200 ff.

⁴⁵ So Koppensteiner, *RdW* 2019 (in Druck).

⁴⁶ Vgl auch S. Bydlinski/Walser, *ecolex* 2019, 200 ff.

⁴⁷ Dass die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie die Veröffentlichung „spätestens zum Zeitpunkt ihres Abschlusses“ verlangt und insofern auch dem nationalen Gesetzgeber keinen Spielraum lässt (so daher auch § 95a Abs 4 Satz 1 AktG idF des Entwurfs), zeigt gewisse Weltfremdheit. Denn vor Abschluss zu veröffentlichen ist ja denkmöglich und würde die Gesellschaft unter Umständen auch in Teufels Küche *in puncto Ad-hoc*-Publizität bringen. Warum die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie hier nicht wenigstens zwei oder drei Werkstage gewährt, ist rätselhaft; vgl demgegenüber zB § 135 Abs 2 BörseG 2018, wonach die Gesellschaft erhaltene Informationen über das Erreichen bzw Überschreiten bestimmter Stimmrechtsquoten durch Aktionäre spätestens binnen zwei Handelstagen öffentlich bekannt zu machen hat.

⁴⁸ Vgl insb § 238 Abs 1 Z 12 UGB.

⁴⁹ Mit dem bloßen – wenn auch näher begründeten – Hinweis auf die Fremdblichkeit der Konditionen ist es dann nicht getan. Vielmehr schwebt der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie vor, dass auch darüber hinaus angeführt wird, warum das Geschäft für die Gesellschaft von Vorteil ist, warum sie es also überhaupt abschließt; vgl auch § 95a Abs 4 AktG idF des Entwurfs. Damit ergeben sich interessante Parallelen zur Rspr des OGH zum Einlagenrückgewährverbot. Bekanntlich fordert das Höchstgericht seit ein paar Jahren, dass das Geschäft nicht nur *in puncto* Konditionen fremdbüchlich zu sein hat, sondern dass vielmehr auch zu prüfen sei, ob es seiner Art nach mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen worden wäre; vgl OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p. Überzeugend ist das freilich nicht (und der in der Literatur – wengleich keineswegs einmütig – geäußerten Kritik daher zu folgen), weil das Einlagenrückgewährverbot damit seines zentralen *telos*, des Kapitalerhaltungsschutzes, entfremdet wird und – konsequent weitergedacht – zB zu völlig fremdbüchlichen Konditionen gewährte Gesellschafterdarlehen durch Nicht-Kreditinstitute stets unzulässig wären.

⁴⁰ Vgl Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter, *UGB II*³, § 238 Rz 68; kritisch Koppensteiner, *RdW* 2019 (in Druck).

⁴¹ Bei dieser Vorschrift geht es um die Interessen aktueller und potenzieller Anleger, dh um die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes; vgl Koppensteiner, *RdW* 2019 (in Druck).

⁴² Vgl zu alledem kritisch Koppensteiner, *RdW* 2019 (in Druck), der unter Verweis auf Auer (Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream [2016] 150) und Koppensteiner (Verbotene Zuwendungen im Unternehmensverbund, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, *Konzern – Einheit oder Vielheit?* [in Druck]) betont, dass auch Vermögensbewegungen *downstream* unter das Verbot der Einlagenrückgewähr fallen könnten, und darauf hinweist, dass infolge des von der hM vertretenen Fehlens eines dem kodifizierten deutschen Aktienkonzernrecht (§§ 311 ff dAktG) vergleichbaren Schutzregimes die Ausnahme gem Art 9c Abs 6 lit a Fall 3 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie (umgesetzt in § 95a Abs 7 Z 1 lit c AktG idF des Entwurfs) in Österreich kaum bedeutsam werden dürfte. Denn ob Instrumente wie das Einlagenrückgewährverbot (§ 52 AktG), die allgemeine Sorgfaltspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 84 und 99 AktG), das Verbot des Handelns zum Schaden der Gesellschaft zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile (§ 100 AktG) oder Straftatbestände wie § 153 StGB mit dem von der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie erwähnten Schutzregime gemeint sind oder nicht vielmehr – Koppensteiner folgend – spezifisch konzernrechtliche Schutzmechanismen, ist fraglich und wird vielleicht die Zukunft zeigen.

⁴³ So Koppensteiner, *RdW* 2019 (in Druck), der dafür plädiert, derartige Maßnahmen gar nicht unter den Begriff des Geschäfts zu subsumieren und, sofern man diesem Ansatz nicht folge, einen expliziten Ausschluss nach dem deutschen Vorbild im österreichischen AktG empfiehl.

Österreich geplante Schwelle von 10 % der Bilanzsumme zumindest vertretbar, auch wenn zu konstatieren ist, dass die im deutschen Entwurf vorgesehene Schwelle von 2,5 % zumindest teilweise sogar als überhöht kritisiert wird.

Gem § 95a Abs 3 AktG idF des Entwurfs ist ein Geschäft wesentlich, wenn sein Wert 10 % der Bilanzsumme der Gesellschaft übersteigt. Dabei ist für das jeweilige Geschäftsjahr die Bilanzsumme aus jenem Jahresabschluss maßgeblich, welcher der ordentlichen HV des vorangegangenen Geschäftsjahres vorzulegen war (§ 104 Abs 1 AktG). Bei einem Mutterunternehmen, das einen Konzernabschluss zu erstellen hat, tritt an die Stelle der Bilanzsumme die Summe der entsprechenden Vermögenswerte im Konzernabschluss. Werden innerhalb eines Geschäftsjahres mit demselben nahestehenden Rechtsträger mehrere Geschäfte geschlossen, die bei isolierter Betrachtung nicht wesentlich wären, so sind ihre Werte zusammenzurechnen.⁵⁰

Der österreichische Gesetzgeber verwendet damit fast dieselbe Berechnungsbasis wie der deutsche.⁵¹

Damit ist klar, dass für große österreichische börsennotierte Gesellschaften erst Transaktionen im dreistelligen Millionenbereich dem neuen Transparenz- und Genehmigungsregime unterliegen.⁵²

3. Aufsichtsratsgenehmigung bei Related Party Transactions und Good Corporate Governance

Und damit gelangt man zu einem wesentlichen Punkt: Kann man sich eine börsennotierte Gesellschaft vorstellen, deren Aufsichtsrat tatsächlich erst Geschäfte in dieser Größenordnung, zumal wenn sie mit *related parties* abgeschlossen werden, seiner Genehmigung unterzieht? Bekanntlich „kann“ der Aufsichtsrat gem § 95 Abs 5 letzter Satz AktG weitere Arten von Geschäften seiner Zustimmung unterwerfen, also solche, die im Gesetz nicht genannt sind. Dieses „kann“ ist nach einhelliger Auffassung als „soll“ bzw „muss“ zu verstehen, wenn die Interessen der Gesellschaft und die Grundsätze adäquater Kontrolle über die Unternehmensleitung eine Zustimmungspflicht gebieten.⁵³ Wenn man sich etwa die typischen Betragsgrenzen börsennotierter Gesellschaften bei der Genehmigung von Investitionen ansieht, dann liegen diese idR deutlich unter der nach § 95a Abs 3 AktG idF des Entwurfs maßgebenden Schwelle. Freilich zeigt nach Erfahrung des Verfassers die Praxis *in puncto* unternehmensadäquater und ausdifferenzierter Anpassung des Katalogs genehmigungspflichtiger Geschäfte schon Verbesserungsbedarf. Denn der gesetzliche Katalog beinhaltet nun einmal bestimmte Arten von Geschäften (zB Miet- oder Leasinggeschäfte, Lizenzverträge, teure Dienstverträge, Syndikatsverträge) gar nicht, und nur wenige Aufsichtsratsgeschäftsordnungen kennen Generalklauselatbestände, die bei allen nicht sonst explizit genannten Geschäften ab einer

bestimmten (messbaren) wirtschaftlichen Bedeutung eine Genehmigung des Aufsichtsrats vorschreiben.⁵⁴

Die Umsetzung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie sollte mE für die Emittenten auch den Anlass bilden, ihre Kataloge genehmigungspflichtiger Geschäfte und damit die Aufsichtsratsgeschäftsordnungen kritisch zu durchleuchten und gegebenenfalls anzupassen.

Was nun Geschäfte mit Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern oder diesen nahestehenden Dritten (*related parties*) anbelangt, dürften von der Umsetzung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie kaum Wirkungen ausgehen, weil die in Österreich geplante hohe Schwelle tendenziell noch weniger greifen wird als bei Transaktionen mit bedeutenden Aktionären oder diesen nahestehenden Dritten.⁵⁵

Bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern ist in Österreich umstritten, ob § 97 Abs 1 AktG dem Aufsichtsrat eine exklusive Kompetenz einräumt oder nur eine neben den Vorstand tretende, konkurrierende Zuständigkeit.⁵⁶

Folgt man der Meinung von der exklusiven Aufsichtsratszuständigkeit, dann fehlt dem Vorstand die Vertretungsmacht, doch gilt § 97 Abs 1 AktG (anders als § 95 Abs 5 Z 12 AktG für Geschäfte mit Aufsichtsratsmitgliedern) nur für Geschäfte mit Vorstandsmitgliedern als solchen, nicht dagegen mit diesen nahestehenden Dritten. Diesbezüglich besteht auch auf der Grundlage der vom Verfasser abgelehnten Meinung Handlungsbedarf.

Geht man indes von konkurrierender Zuständigkeit aus, gebietet es mE gute Corporate Governance, dass der Aufsichtsrat solche Geschäfte seiner Genehmigung unterwirft und damit dem Vorstand zwar nicht die Vertretungsmacht entzieht, genehmigungsloses Handeln aber pflichtwidrig macht.

Unter Beratung des Verfassers zustande gekommene Vorstandsverträge (auch in nicht börsennotierten AGs) enthalten seit Jahren eine sog Interessenwahrungspflichtklausel, die seither in Österreich in zahllosen Vorstandsverträgen verankert wurde, deutlich über den gesetzlichen Standard hinausgeht und insb keinerlei Wertschwellen vorsieht.⁵⁷

⁵⁴ Man könnte natürlich darüber diskutieren, ob es sich dabei noch um „Arten“ von Geschäften iSd § 95 Abs 5 letzter Satz AktG handelt.

⁵⁵ Koppensteiner, RdW 2019 (in Druck). Ganz generell lässt sich dies aber nicht sagen, weil die typischerweise begrenzte finanzielle Leistungskraft physischer Personen den Anwendungsbereich des neuen Zustimmungs- und Transparenzregimes auf der Grundlage von IAS 24.9 nicht schlechthin begrenzt. Es kann durchaus sein, dass ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied in einer anderen Gesellschaft – ohne vermögensmäßige Beteiligung – ebenfalls eine zentrale Funktion bekleidet und mit dieser Gesellschaft ein großvolumiges Geschäft abgeschlossen wird.

⁵⁶ Vgl für alle einerseits G. Schima/Toscani, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG) (Teil I), JBl 2012, 482 (483 f; iSd hM für konkurrierende Zuständigkeit); gegenteilig Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG², § 97 Rz 7 (für exklusive Zuständigkeit).

⁵⁷ Vgl Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge⁴ (2014) 240: „Das Vorstandsmitglied ist verpflichtet, bei seiner Tätigkeit für die Gesellschaft deren Interesse und das Unternehmenswohl vor die eigenen Interessen zu stellen. Dem Vorstandsmitglied ist ohne Einwilligung des Aufsichtsrates der Abschluss von Geschäften namens der Gesellschaft untersagt, an deren Abschluss entweder das Vorstandsmitglied selbst oder ein naher Angehöriger oder ein dem Vorstandsmitglied oder einem nahen Angehörigen nahestehendes Unternehmen ein eigenes geschäftliches Interesse besitzt. Nahe Angehörige im Sinne dieser Bestimmung sind Ehepartner, Lebensgefährten, Eltern, eheliche und uneheliche Kinder, Wahl- und Pflegekinder und Geschwister. Unter nahestehenden Unternehmen im Sinne dieser Bestimmung sind – in welcher Rechtsform auch immer organisierte – Unternehmen zu verstehen, an denen das Vorstandsmitglied oder ein in obigen Sinne naher Angehöriger direkt oder indirekt – gegebenenfalls mit anderen nahen Angehörigen des Vorstandsmitgliedes oder weiteren nahestehenden Unternehmen – in einer Weise beteiligt ist, die wesentlich, wenn auch nicht bestimmenden oder beherrschenden Einfluss auf die Führung des Unternehmens vermittelt. Außerdem sind darunter Unternehmen beliebiger Rechtsform zu verstehen, in denen das Vorstandsmitglied oder ein naher Angehöriger des Vorstandsmitgliedes eine Funktion als Arbeitnehmer in einer Managementposition oder als Berater bekleidet. Bei der Handhabung dieser Vertragsbestimmung ist eine wirtschaftliche und keine formalistische Betrachtungsweise zugrunde zu legen.“ Diese Klausel wurde vom Verfasser in der Zwischenzeit schon verfeinert. Sinnvoll ergänzt werden sollte sie außerdem um

⁵⁰ Der deutsche Gesetzgeber ist im Regierungsentwurf von dem im Referentenentwurf vorgesehenen 12-Monats-Zeitraum für die Zusammenrechnung abgegangen und stellt nun auch auf das Geschäftsjahr ab.

⁵¹ In der deutschen Regelung ist die Messgröße im Wesentlichen um Rechnungsabgrenzungsposten bereinigt.

⁵² Für die deutlich mehr als nur viermal größeren DAX-Gesellschaften bedeutet die viermal kleinere Schwelle demgemäß einen in absoluten Zahlen noch höheren Grenzwert.

⁵³ Vgl dazu G. Schima, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35 (35).

Logischerweise haben Gesellschaften, deren Vorstandsverträge solche Klauseln aufweisen (und dies sind in Österreich mittlerweile viele), auch ihre Aufsichtsratsgeschäftsordnungen um einen entsprechenden Genehmigungstatbestand zu erweitern, was – wie der Verfasser feststellen konnte – in der Praxis keineswegs immer geschieht.⁵⁸

Betreffend Rechtsgeschäfte der AG mit Aufsichtsratsmitgliedern bestimmt § 95 Abs 5 Z 12 AktG, dass der Zustimmung des Aufsichtsrats der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats unterliegt, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen iSd § 189 Z 7 UGB zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat.

Wann ein „erhebliches wirtschaftliches Interesse“ gegeben ist, präzisiert das Gesetz nicht und wird demgemäß im Schrifttum etwas uneinheitlich beantwortet. Auch wenn die Sichtweise, dass dies erst ab einer Beteiligung des Aufsichtsratsmitgliedes von 50 % sicher der Fall ist,⁵⁹ schon *de lege lata* nicht überzeugt, besteht selbst bei strengerer Auslegung Regelungsbedarf. Denn abgesehen davon, dass auch 10 % mE typischerweise ein „erhebliches wirtschaftliches Interesse“ begründen und ein solches schon nach dem gesetzlichen Wortlaut eine Beteiligung am Unternehmen des Vertragspartners der Gesellschaft gar nicht voraussetzt, sind von § 95 Abs 5 Z 12 AktG jedenfalls nahe Angehörige des Aufsichtsratsmitglieds oder Konstellationen, in denen das Aufsichtsratsmitglied für einen Dritten (bspw als Arbeitnehmer des Geschäftspartners) das Geschäft abschließt, nicht erfasst.

Insb in börsennotierten Gesellschaften verlangen gute Corporate Governance und Kontrolle danach, Geschäfte, die Aufsichtsratsmitglieder betreffen, über § 95 Abs 5 Z 12 AktG (deutlich) hinaus der Genehmigung des Aufsichtsrats zu unterwerfen. Dabei kann man sich an der oben zitierten Interessenwahrungsklausel für Vorstandsverträge orientieren, wenn gleich gewisse Lockerungen auf der Grundlage der unterschiedlichen Position von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gerechtfertigt sein mögen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die von der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie und dem künftigen § 95a AktG idF des Entwurfs verlangte Genehmigung des Aufsichtsrats für *related party transactions* in aller Regel keinen signifikanten Eingriff in die derzeit praktizierte Corporate Governance börsennotierter AGs bedeuten wird. Dort, wo dies der Fall wäre, bestünde ohnehin erheblicher und dringender Handlungsbedarf in Bezug auf die Anpassung der Aufsichtsratsgeschäftsordnung und die Statuierung zusätzlicher Tatbestände von genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften. Guter Corporate Governance und verantwortungsvoller Unternehmenskontrolle entspricht

es, *related party transactions* schon ab der Überschreitung wesentlich (!) geringerer als der künftig nach § 95a Abs 3 AktG idF des Entwurfs geltenden 10 %-Schwelle und insb bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern und diesen nahestehenden Unternehmen sogar ohne Schwelle vorzusehen.

Ausnahmen für Geschäfte des täglichen Lebens zu standardisierten Marktpreisen sind sinnvollerweise vorzusehen.⁶⁰

Relativ große Erwartungen verbinden die betroffenen Emittenten, wie diverse Gespräche gezeigt haben, mit der in Art 9c Abs 5 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie vorgesehenen Ausnahme, wonach weder Transparenz- noch Genehmigungspflicht für Geschäfte gelten, die „*im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden.*“ In § 95a Abs 6 AktG idF des Entwurfs liest sich das so: „*Ein im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb und zu marktüblichen Bedingungen geschlossenes Geschäft im Sinne des. Abs 1 bedarf weder der Zustimmung des Aufsichtsrats nach Abs. 4 noch der öffentlichen Bekanntmachung nach Abs. 5.*“

Ich hege Zweifel, ob dieser Ausnahme relevante praktische Bedeutung zukommen wird. Denn beim „*gewöhnlichen Geschäftsbetrieb*“ denkt man zwangsläufig zB an § 116 Abs 1 UGB, wonach sich die Befugnis zur Geschäftsführung der einzelnen Gesellschafter einer OG auf alle Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt, wohingegen zur Vornahme von darüber hinausgehenden Handlungen ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. Maßgebend für die Abgrenzung sind die wirtschaftliche Dimension und die Frequenz des Geschäfts. Nicht erforderlich ist, dass es sich bei dem Geschäft um eines handelt, dass seiner Art nach üblicher Weise nicht abgeschlossen wird.⁶¹

In einer Gesellschaft, die ausschließlich größere Projektgeschäfte abschließt, werden zwar zum „*gewöhnlichen Geschäftsbetrieb*“ folgerichtig auch (sehr) große Transaktionen gehören, es wird aber regelmäßig am zweiten, für die Anwendung der Ausnahme erforderlichen Kriterium fehlen, nämlich daran, dass das Geschäft „*zu marktüblichen Bedingungen*“ geschlossen wird. Dafür reicht es mE nämlich nicht aus, dass die Konditionen des Geschäfts einem Fremdvergleich standhalten,⁶² weil gerade darüber auch der Aufsichtsrat wachen soll. Vielmehr wird zu verlangen sein, dass es für das Geschäft einen Markt und damit auch einen Marktpreis gibt.⁶³

IV. Ausblick

Die Regelungen betreffend *say on pay* und *related party transactions* in der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie und dem österreichischen Entwurf zur Umsetzung im AktG werden die Corporate Governance börsennotierter österreichischer AGs zweifellos beeinflussen, und dies, obwohl sich die materiellen Eingriffe bei näherer Betrachtung in Grenzen halten.

eine Ausnahme betreffend Geschäfte des täglichen Lebens, die Vorstandsmitglieder oder deren *related parties* iZm dem Leistungsprogramm der Gesellschaft abschließen und für die es feste Marktpreise gibt.

⁵⁸ Ein Grund dafür könnte – abgesehen von einer gewissen Nachlässigkeit – darin liegen, dass Vorstandsverträge typischerweise nicht vom Aufsichtsratsplenium, sondern vom (mitbestimmungsfreien) Vergütungsausschuss bzw Ausschuss für Vorstandsangelegenheiten abgeschlossen werden, wohingegen ein Erweiterungsbeschluss gem § 95 Abs 5 letzter Satz AktG vom Plenum gefasst werden müsste und eine Delegation dieser Kompetenz an einen Ausschuss mE auch unzulässig wäre (abgesehen davon, dass solche Regelungen in der Praxis auch nicht vorkommen).

⁵⁹ So zB Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 95 Rz 59.

⁶⁰ Andernfalls müsste das Vorstandsmitglied eines Telekommunikationsunternehmens den Abschluss eines normalen Handy-Vertrages dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorlegen.

⁶¹ Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁶, § 116 Rz 5 f, 12 und 14 ff; Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB II (2017) § 116 Rz 9 ff.

⁶² So aber Koppensteiner, RdW 2019 (in Druck).

⁶³ Dies fügt sich auch in das österreichische System der In-sich-Geschäfte, bei denen die mE auch von einer Genehmigungspflicht grundsätzlich dann absieht, wenn aufgrund fester Markt- oder Börsepreise eine Interessengefährdung beim Vertretenen von vornherein ausscheidet.

Die Regelungen betreffend *say on pay* schreiben inhaltlich zur Gestaltung der Vorstandsvergütung gar nichts vor, werden aufgrund der – wenngleich ohne verbindliche Kraft ausgestatteten – Beschlussfassung der HV und der deutlich erweiterten Transparenzpflichten (Vergütungsbericht) meiner Einschätzung nach aber mittelfristig auch den Inhalt der variablen Vergütungskomponenten bei der Vorstandsentslohnung weiter beeinflussen. Diese Einschätzung gilt ungeachtet der nicht bestreitbaren Tatsache, dass in den letzten Jahren schon eine signifikante Entwicklung in Richtung Berücksichtigung langfristiger Entwicklungen und Nachhaltigkeit stattgefunden hat. Ob die weitere Entwicklung letztlich positiv einzuschätzen ist, kann nicht verlässlich prognostiziert werden. Vor allem der ständig steigende Einfluss von Stimmrechtsberatern (*proxy advisors*), die teilweise auch Vergütungsberatung anbieten und in sich selbst daher nicht selten Interessenkonflikte vereinigen,⁶⁴ muss mit wachsender Sorge beobachtet werden. Weder darf es eine eigene Wissenschaft sein oder der Gesellschaft von Beratern als solche verkauft werden, eine Vergütungspolitik für den Vorstand zu gestalten oder einen Vergütungsbericht aussagekräftig und verständlich abzufassen, noch ist den Aktionären und dem Kapitalmarkt *per se* mit juristischen Modeerscheinungen wie *Clawback*-Klauseln gedient, deren juristische Substanz oft mit ihrer öffentlichen Bewerbung nicht Schritt halten kann.

Nicht erwarten sollte man sich von den neuen Regeln betreffend Vergütungspolitik und Vergütungsbericht indes eine

Reduktion des absoluten Niveaus der immer wieder, wenngleich weniger in Österreich als in Deutschland, als überhöht kritisierten Vorstandsvergütungen in börsennotierten Gesellschaften. Vielmehr ist – wie im Gefolge der vor Jahren verpflichtend eingeführten Einzelveröffentlichung – eher das Gegenteil anzunehmen, immerhin aber vielleicht mehr Treffsicherheit in einer stärkeren Sensitivität variabler Komponenten in Bezug auf negative Unternehmensentwicklungen.

Bei den *related party transactions* sorgt der österreichische Gesetzgeber wegen der 10 %-Schwelle für einen minimalen Anwendungsbereich der Vorschriften der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie. Befreit werden die Gesellschaften dadurch aber nur von der Auferlegung allzu dichter Transparenz- und Offenlegungspflichten. Indes gebietet es die Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsrats (bereits seit Langem), *related party transactions*, gleichgültig, ob an Aktionäre, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder angeknüpft wird, schon bei Überschreiten wesentlich (!) geringerer Wertgrenzen oder sogar ohne solche in Anwendung des § 95 Abs 5 letzter Satz AktG der Genehmigung zu unterwerfen. Dies ist – soweit ersichtlich – bisher auch im Großen und Ganzen geschehen. Dennoch sollte die Umsetzung der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie in Österreich Anlass für börsennotierte Gesellschaften (und sinnvollerweise auch für nicht notierte AGs) bieten, ihre Aufsichtsratsgeschäftsordnungen und Kataloge genehmigungspflichtiger Geschäfte kritisch auf Anpassungsbedarf zu untersuchen. Denn dem Aufsichtsrat muss die Rolle zukommen, durch seine Einschaltung vor der Transaktion für die Gesellschaft nachteilige Vermögensverschiebungen zugunsten von *related parties* zu verhindern.

⁶⁴ Vgl dazu *Dörrwächter*, Stimmrechts- und Vergütungsberatung – Interessenkonflikte und Unabhängigkeit, AG 2017, 409 (410 f); *Hössl/U. Torgler*, Stimmrechtsberater, institutionelle Investoren und die Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie, GesRZ 2016, 185 (190).

Die Feststellungs- erklärung rasch und richtig meistern

Mit allen
Formular-
mustern
für 2018



Personengesellschaft in der Steuererklärung 2018

Drapela/Knechtl/Moser/
Wagner
2019, 312 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-3966-6
EUR 48,-

AUCH
online
www.lindeonline.at

Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise inkl. MwSt.

www.lindeverlag.at

Linde