

Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Beratungsfehler bei
Fremdwährungskrediten

Kreditbesicherung durch
Lebensversicherung

Neuerungen im
Corporate Governance Kodex

EuGH *Syfait*
Parallelhandel im Pharmasektor

In der Krise
Kurzarbeit

Steuerbarkeit eines
„Traumhaus“-Loggewinns

Neuerungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex

Der österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance hat eine Neufassung des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) beschlossen, die für Geschäftsjahre gilt, die nach dem 31. 12. 2008 beginnen. Nachstehend wird eine Übersicht über die wichtigsten Änderungen gegeben.

Fassung Jänner 2009

JOHANNES REICH-ROHRWIG / KARINA LAHNSTEINER

A. Überblick

Die Erforderlichkeit einer Anpassung von einigen Kodexregeln ergab sich aufgrund des Inkrafttretens des Unternehmensrechts-Änderungsgesetzes 2008 (URÄG 2008)¹⁾ sowie aufgrund internationaler und nationaler Entwicklungen.

Die wichtigsten Änderungen betreffen:²⁾

- Regeln zum Corporate Governance-Bericht;
- weitere Stärkung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse;
- Berücksichtigung der Diversität von Aufsichtsräten;
- Verbesserung der Transparenz von Vorstandsbezügen.

Das am 1. 6. 2008 in Kraft getretene URÄG 2008 verpflichtet gem § 243 b UGB³⁾ alle börsennotierten Unternehmen⁴⁾ zur Aufstellung eines sog Corporate Governance-Berichts (nachstehend kurz „CG-Bericht“). Dieser hat die Nennung eines in Österreich oder am jeweiligen Börseplatz allgemein anerkannten Corporate Governance Kodex zu enthalten (§ 243 b Abs 1 Z 1) sowie bei allfälligen Abweichungen eine Erklärung, in welchen Punkten und aus welchen Gründen diese Abweichung zu einem anerkannten Corporate Governance Kodex erfolgt (§ 243 b Abs 1 Z 3).⁵⁾

Durch die gesetzliche Verpflichtung zur Aufstellung eines CG-Berichts für kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften erhält der Österreichische Corporate Governance Kodex größere Bedeutung.⁶⁾

Auch die seit dem URÄG 2008 bestehende Verpflichtung für börsennotierte Gesellschaften, unabhängig von der Mitgliederzahl ihres Aufsichtsrats einen Prüfungsausschuss⁷⁾ einzurichten, dem ein Finanzexperte angehören muss, findet sich im überarbeiteten ÖCGK (L-Regel 40).

Nachstehend werden einige Änderungen des ÖCGK idF Jänner 2009 im Vergleich zur Fassung Juni 2007 dargestellt, insb hinsichtlich der Aufstellung eines CG-Berichts:

B. Präambel

In der Präambel zum ÖCGK war bislang geregelt, dass sich dieser Kodex vorrangig an österreichische börsennotierte Aktiengesellschaften richtet. Nunmehr

wird der Anwendungsbereich um in Österreich eingetragene börsennotierte Europäische Aktiengesellschaften ergänzt. Falls in Österreich eingetragene Europäische Aktiengesellschaften ein monistisches System (Verwaltungsrat) eingeführt haben, sind die C- und R-Regeln des Kodex betreffend Vorstand sinngemäß auf die geschäftsführenden Direktoren und die C- und R-Regeln betreffend Aufsichtsrat sinngemäß auf den Verwaltungsrat anzuwenden. In der Neufassung der Präambel wird darüber hinaus nun empfohlen, dass sich auch nicht börsennotierte Aktiengesell-

Univ.-Doz. Dr. Johannes Reich-Rohrwig ist Partner bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Wien. Mag. Karina Lahnsteiner ist Rechtsanwaltsanwältin bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Wien.

- 1) BGBl I 2008/70. Zu den Änderungen durch das URÄG 2008 vgl *Werber*, Das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 im Überblick, ÖJZ 2008/45; *Gableithner*, Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008, ecolex 2008, 536 (I), 642 (II).
- 2) Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, News, Österreichischer Corporate Governance Kodex Fassung Jänner 2009 www.wienerboerse.at/corporate/news.htm (2. 2. 2009).
- 3) Paragrafenangaben ohne Gesetzeshinweis beziehen sich auf das Unternehmensgesetzbuch (UGB) idF URÄG 2008.
- 4) Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt iSd § 1 Abs 2 BörseG zugelassen sind oder die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien auf einem solchen Markt emittieren und deren Aktien mit Wissen der Gesellschaft über ein multilaterales Handelssystem iSd § 1 Z 9 WAG 2007 gehandelt werden (vgl § 243 b Abs 1).
- 5) § 243 b Abs 1 Z 3 gilt nur für jene Regeln des Corporate Governance Kodex, die im Sinn der österreichischen Terminologie „Comply or Explain (C)“-Charakter haben. Bei „Legal Requirements (L)“ und „Recommendations (R)“ ist Z 3 hingegen nicht anwendbar (ErläutRV 467 BlgNR 23. GP 15). „Legal Requirement (L)“-Regeln beruhen auf zwingenden Rechtsvorschriften. Bestimmte gesetzliche Regelungen gelten nur für Unternehmen, die an der österreichischen Börse notieren. Für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften sind diese als C-Regeln zu interpretieren. „Comply or Explain (C)“-Regeln sollen eingehalten werden; eine Abweichung muss erklärt und begründet werden, um ein kodexkonformes Verhalten zu erreichen. „Recommendation (R)“-Regeln haben Empfehlungscharakter; Nichteinhaltung ist weder offenzulegen noch zu begründen.
- 6) Vorwort von DI Dr. Schenz, Vorsitzender des Österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance, v 18. 11. 2008 zum Österreichischen Corporate Governance Kodex Fassung Jänner 2009; abrufbar unter www.corporate-governance.at
- 7) § 92 Abs 4 a AktG iVm § 271 a Abs 1 UGB iVm § 221 Abs 3 Satz 2 UGB.

schaften an den Regeln des Kodex orientieren, soweit die Regeln auf diese anwendbar sind.

Geltung erlangt der ÖCGK durch freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen. Alle österreichischen börsennotierten Gesellschaften waren schon bislang aufgerufen, sich durch eine öffentliche Erklärung zur Beachtung des Kodex zu verpflichten. Neu ist im ÖCGK idF Jänner 2009 geregelt, dass eine Verpflichtungserklärung zum ÖCGK für österreichische Gesellschaften eine Aufnahmevoraussetzung für den Prime Market der Wiener Börse ist.

Gesellschaften, die dem Gesellschaftsrecht eines anderen EU-Mitgliedstaats oder EWR-Mitgliedstaats unterliegen und an der Wiener Börse notieren, sind aufgerufen, sich zur Beachtung eines in diesem Wirtschaftsraum anerkannten Corporate Governance Kodex zu verpflichten und die Verpflichtung samt Verweis auf den eingehaltenen Kodex (link) auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen. Gesellschaften, die dem Gesellschaftsrecht eines Nicht-EU-Mitgliedstaats oder Nicht-EWR-Mitgliedstaats unterliegen und an der Wiener Börse notieren, sind aufgerufen, sich zur Beachtung des ÖCGK zu verpflichten. Nicht zwingend anwendbare L-Regeln des Kodex sind dabei als C-Regeln zu interpretieren.

Im Interesse größtmöglicher Transparenz sind alle an der Wiener Börse notierten ausländischen Gesellschaften aufgerufen, die Bestimmungen des für sie geltenden Gesellschaftsrechts zumindest hinsichtlich der in Anh 3 des ÖCGK angeführten Regelungen (keine Zeichnung eigener Aktien, keine Rückgewähr der Einlagen, Gewinnbeteiligung der Aktionäre, Satzungsänderung, Ausschluss des Bezugsrechts, Erwerb eigener Aktien) auf ihrer Website zu veröffentlichen und laufend zu aktualisieren.

C. Angaben im Corporate Governance-Bericht

Ein CG-Bericht (§ 243 b) ist zu erstellen, wenn die Aktiengesellschaft börsennotiert ist. Darüber hinaus ist er verpflichtend, wenn die Aktiengesellschaft andere Wertpapiere (zB Schuldverschreibungen) auf einem geregelten Markt ausgegeben hat und zugleich mit ihrem Wissen Aktien in einem multilateralen Handelssystem gehandelt werden.⁸⁾

Im Anh 2 des ÖCGK sind die gesetzlich geforderten Angaben des CG-Berichts und die in C-Regeln des Kodex geforderten Angaben zusammengefasst.

1. Pflichtangaben im CG-Bericht gem § 243 b Abs 1

Der CG-Bericht muss zumindest die Nennung eines in Österreich oder am jeweiligen Börseplatz anerkannten Corporate Governance Kodex enthalten (§ 243 b Abs 1 Z 1), weiters die Angabe, wo dieser öffentlich zugänglich ist (Z 2), gegebenenfalls eine Erklärung, in welchen Punkten und aus welchen Gründen eine Abweichung erfolgt (Z 3), und – wenn die Gesellschaft beschließt, keinem Kodex iSd § 243 b Abs 1 Z 1 zu entsprechen – eine Begründung hiefür (Z 4).

2. Angaben gem § 243 b Abs 2

Des Weiteren sind im CG-Bericht auch die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie seiner Ausschüsse anzugeben (§ 243 b Abs 2; ÖCGK L-Regel 60).

Die Angabe gem § 243 b Abs 2 soll nicht dazu führen, dass die gesamte Geschäftsordnung der Gesellschaft oder das gesamte nationale Aktienrecht dargestellt wird, sondern dass beispielsweise über die Kompetenzverteilung des Vorstands, über die Anzahl der Sitzungen des Aufsichtsrats oder über die Anzahl und Art der verschiedenen Ausschüsse⁹⁾ sowie über deren Mitglieder berichtet wird. Die Berichtspflicht (Stichwort: „Arbeitsweise“) geht auch nicht so weit, dass die Geschäftsordnung des Vorstands oder andere organisatorische Interna davon umfasst wären. Als Leitlinie für die Berichterstattung kann jedenfalls der ÖCGK herangezogen werden. Sie erübrigt sich, soweit sich diese Informationen schon aus den Berichtsteilen nach Abs 1 ergeben.¹⁰⁾

Zum Teil waren die diesbezüglichen Angaben bislang gem ÖCGK im Geschäftsbericht oder auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen. Nunmehr hat der CG-Bericht nachfolgende Informationen zu enthalten:

a) Zusammensetzung des Vorstands

- Name, Geburtsjahr und Datum der Erstbestellung und Ende der laufenden Funktionsperiode der Mitglieder des Vorstands sowie Angabe des Vorsitzes des Vorstands (C-Regel 16); und
- Angaben über Aufsichtsratsmandate oder vergleichbare Funktionen des Vorstands in anderen in- und ausländischen, nicht in den Konzernabschluss einbezogenen Gesellschaften (C-Regel 16).

b) Zusammensetzung des Aufsichtsrats

- Name, Geburtsjahr sowie Datum der Erstbestellung und Ende der laufenden Funktionsperiode der Mitglieder des Aufsichtsrats (C-Regel 58);
- Angabe des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats (C-Regel 58);
- Darstellung der vom Aufsichtsrat festgelegten Kriterien für die Unabhängigkeit gemäß C-Regel 53;¹¹⁾
- Darstellung, welche Mitglieder gemäß C-Regel 53 als unabhängig anzusehen sind;¹²⁾
- Darstellung, welche Mitglieder des Aufsichtsrats die Kriterien der C-Regel 54 erfüllen;¹³⁾
- Angabe der anderen Aufsichtsratsmandate oder vergleichbarer Funktionen in in- und ausländischen börsennotierten Gesellschaften für jedes Aufsichtsratsmitglied (C-Regel 58);¹⁴⁾

8) ErläutRV 467 BlgNR 23. GP 15.

9) Vgl § 92 Abs 4 und 4 a AktG.

10) ErläutRV 467 BlgNR 23. GP 15.

11) Die Unabhängigkeitskriterien waren bisher auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen. Vgl unten D.

12) Bisher im Geschäftsbericht darzustellen.

13) Bisher im Geschäftsbericht darzustellen.

14) Bisher Offenlegung im Geschäftsbericht oder auf der Website der Gesellschaft.

- Mitglieder der Ausschüsse und Angabe der Vorsitzenden der Ausschüsse (C-Regel 39);
- Vermerk, falls ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr an mehr als der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats nicht persönlich teilgenommen hat (C-Regel 58);¹⁵⁾ und
- gegebenenfalls Gegenstand und Entgelt von zustimmungspflichtigen Verträgen (C-Regel 49).¹⁶⁾

c) Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats

- Angabe der Kompetenzverteilung im Vorstand (C-Regel 16);
- Anzahl und Art der eingerichteten Ausschüsse und deren Entscheidungsbefugnisse (C-Regel 34);¹⁷⁾
- Anzahl der Sitzungen der Ausschüsse und Berichte über ihre Tätigkeit (C-Regel 39); und
- Anzahl der Sitzungen des Aufsichtsrats (C-Regel 36).

3. Transparenz von Vorstandsbezügen

Bereits bisher waren die im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge des Vorstands im Anhang zum Jahresabschluss auszuweisen.¹⁸⁾ Zusätzlich zu den gesetzlich geforderten Angaben (L-Regel 29) waren bislang folgende Informationen in den Geschäftsbericht aufzunehmen, die nunmehr ebenfalls im CG-Bericht anzugeben sind (C-Regel 30):

- Die im Unternehmen für die Erfolgsbeteiligung des Vorstands angewendeten Grundsätze, insb an welchen Kriterien eine Erfolgsbeteiligung anknüpft; ebenso ist über wesentliche Änderungen gegenüber dem Vorjahr zu berichten.
- Das Verhältnis der fixen zu den erfolgsabhängigen Bestandteilen der Gesamtbezüge des Vorstands.
- Die Grundsätze der im Unternehmen für den Vorstand gewährten betrieblichen Altersversorgung und deren Voraussetzungen.
- Die Grundsätze für Anwartschaften und Ansprüche des Vorstands des Unternehmens im Falle der Beendigung der Funktion.
- Neu: Das Bestehen einer allfälligen D&O-Versicherung, wenn die Kosten von der Gesellschaft getragen werden.

Für jedes Vorstandsmitglied werden die im Geschäftsjahr gewährten fixen und erfolgsabhängigen Vergütungen im CG-Bericht¹⁹⁾ einzeln veröffentlicht.²⁰⁾ In der überarbeiteten Fassung des ÖCGK wird klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn die Vergütungen über eine Managementgesellschaft geleistet werden (C-Regel 31).

Die Verpflichtung zur Angabe über eine allfällige D&O-Versicherung findet sich erstmals in der überarbeiteten Kodex-Fassung Jänner 2009, die für Geschäftsjahre maßgeblich ist, die nach dem 31. 12. 2008 beginnen.

Nach der Judikatur²¹⁾ und Teilen der Lehre²²⁾ ist der Abschluss von Rechtsschutz- sowie Haftpflichtversicherungen zugunsten von Organmitgliedern (zB Vorstandsmitgliedern der AG, GmbH-Geschäftsführern, Aufsichtsratsmitgliedern) samt Prämienzahlung durch die Gesellschaft nicht als Ersatz angemessener Auslagen (Aufwand gem § 1014 ABGB), sondern als

Entgeltleistung einzuordnen. Auch der Österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance dürfte bei seiner Überarbeitung des ÖCGK von diesem Verständnis ausgegangen sein, da zur Verbesserung der Vergütungstransparenz gemäß C-Regel 30 im CG-Bericht nunmehr auch die Angabe über das Bestehen einer allfälligen D&O-Versicherung vorgesehen ist, wenn die Kosten von der Gesellschaft getragen werden. Nach jüngerer Ansicht²³⁾ ist im Anschluss an die in Deutschland zunehmend vertretene Auffassung der Entgeltcharakter allerdings zu verneinen, weil eine Versicherung von Organmitgliedern keine Gegenleistung für deren Tätigkeit darstellt, sondern eine mitunter schwierige Rekrutierung geeigneter Führungskräfte erleichtert und dem Risiko eines Ausfalls von Schadenersatzforderungen gegen Organmitglieder vorbeugt und daher im Interesse der Gesellschaft liegt.

4. Allfälliger Bericht über die externe Evaluierung

Gemäß R-Regel 62 hat die Gesellschaft die Einhaltung der C- und R-Regeln des Kodex regelmäßig, mindestens alle drei Jahre, durch eine externe Institution evaluieren zu lassen und darüber im CG-Bericht zu berichten.²⁴⁾

D. Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse

Bereits bisher war im ÖCGK geregelt, dass den von der Hauptversammlung gewählten oder von Aktionären aufgrund der Satzung entsandten Mitgliedern des Aufsichtsrats sowie den Ausschüssen eine nach der Beurteilung des Aufsichtsrats ausreichende Anzahl von der Gesellschaft und deren Vorstand unabhängiger Mitglieder angehören soll (C-Regel 53 und C-Regel 39 aF). Nunmehr muss die Mehrheit der von der Hauptversammlung gewählten oder von Aktionären aufgrund der Satzung entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats sowie die Mehrheit der Ausschussmitglieder

15) Bisher Angabe im Bericht des Aufsichtsrats.

16) Bisher im Geschäftsbericht darzustellen.

17) Bisher waren die diese Bereiche betreffenden Abschnitte der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen.

18) § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB, vorbehaltlich einer Befreiung gem § 241 Abs 4 UGB; vgl ÖCGK L-Regel 29.

19) Bisher Veröffentlichung im Geschäftsbericht.

20) Auch die im Berichtszeitraum gewährten Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder werden nunmehr im CG-Bericht veröffentlicht (C-Regel 51).

21) OGH 30. 6. 1999, 9 ObA 68/99 m ARD 5060/2/99.

22) Reich-Rohrwig in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 25 Rz 222; Griebner, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006, 133 (136 f); Wenger, AG: Abschluss einer Rechtsschutzversicherung für den Vorstand auf Kosten der Gesellschaft, RWZ 1999, 360.

23) Hochedlinger, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolex 2008, 143 (144 f); Kals in Kals/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/453 und Rz 3/505 jeweils mwN zur deutschen Literatur; aA noch Kals in Doralt/Nowotny/Kals, AktG § 98 Rz 8 und § 99 Rz 46.

24) Als Hilfestellung für die freiwillige externe Evaluierung hat der Österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance einen Fragebogen entwickelt, der unter www.corporate-governance.at abrufbar ist.

die Kriterien für die Unabhängigkeit erfüllen (C-Regel 53 und C-Regel 39 nF). Bei börsennotierten Gesellschaften ist die Einrichtung eines Prüfungsausschusses zwingend erforderlich.²⁵⁾ Ein Aufsichtsrats- bzw. Ausschussmitglied ist gemäß C-Regel 53 als unabhängig anzusehen, wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen materiellen Interessenkonflikt begründet und daher geeignet ist, das Verhalten des Mitglieds zu beeinflussen. Der Aufsichtsrat legt auf dieser Grundlage die Unabhängigkeitskriterien fest und veröffentlicht diese im CG-Bericht (vgl. C.2.b.). Als weitere Orientierung dienen die in Anh 1 zum ÖCGK angeführten Leitlinien für die Unabhängigkeit. Neu ist in diesen Leitlinien geregelt, dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht länger als 15 Jahre dem Aufsichtsrat angehören soll, wobei dies nicht für Aufsichtsratsmitglieder gilt, die Anteilseigner mit einer unternehmerischen Beteiligung sind oder die Interessen eines solchen Anteilseigners vertreten.

E. Diversität des Aufsichtsrats

Schon bisher enthielt der ÖCGK die Regel mit Empfehlungscharakter, dass der Nominierungsausschuss

oder der gesamte Aufsichtsrat der Hauptversammlung Vorschläge zur Besetzung frei werdender Mandate im Aufsichtsrat unterbreitet (R-Regel 42). Diese Bestimmung wurde nun dahingehend ergänzt, dass dabei vorrangig die Grundsätze der C-Regel 52, insb. die persönliche und fachliche Qualifikation, zu beachten sind. Weiters sind auch Aspekte der Diversität des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Internationalität der Mitglieder, die Vertretung beider Geschlechter und die Altersstruktur zu berücksichtigen.

25) § 92 Abs 4 a AktG iVm § 271 a Abs 1 UGB iVm § 221 Abs 3 Satz 2 UGB.

SCHLUSSSTRICH

Die Neuerungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex sind zum Großteil durch das Inkrafttreten des URÄG 2008 bedingt. Im Anh 2 sind die erforderlichen Angaben des für kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften verpflichtend aufzustellenden Corporate Governance-Berichts zusammengefasst.