CMS

Law . Tax

Gesetzentwurf „Geschäftsführung und deren Kontrolle“

(Wetsvoorstel “Bestuur en Toezicht”)

September 2012

Einleitung

Der Gesetzentwurf „Geschäftsführung und deren Kontrolle“ (hiernach: der Gesetzentwurf) wurde am 31. Mai 2011 durch das Oberhaus des niederländischen Parlaments verabschiedet. Am 2. September 2011 hat das Unterhaus einen Änderungsentwurf vorgelegt und danach einige Anpassungen dieses Änderungsentwurfs. Der Änderungsentwurf nebst Anpassungen ist noch nicht im Unterhaus abgestimmt worden. Voraussichtlich tritt der Gesetzentwurf nebst Änderungsentwurf zum 1. Januar 2013 in Kraft.

Mit dem Gesetzentwurf wird eine Regelung eingeführt, die die Zusammenfügung von ausführenden und beaufsichtigenden Geschäftsführern in einem Gesellschaftsorgan ermöglicht. Das One Tier Board erhält damit eine gesetzliche Grundlage. Der Gesetzentwurf enthält des Weiteren neue Vorschriften für den Fall, dass ein Geschäftsführer oder ein Mitglied des Aufsichtsrats einen Interessenkonflikt mit ihrer Gesellschaft haben. Der Gesetzentwurf sieht außerdem eine quantitative Beschränkung der Aufsichtsposten vor, die von Geschäftsführern großer Aktiengesellschaften (naamloze vennootschappen, NV), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, BV) oder Stiftungen bekleidet werden dürfen. Außerdem werden einige weitere Aspekte geregelt. Nachstehend werden die wichtigsten Vorschläge besprochen.

Klarstellung der Aufgabenverteilung unter Geschäftsführern

Nach der heutigen gesetzlichen Regelung ist es innerhalb gewisser Grenzen möglich, eine Aufgabenteilung innerhalb der Geschäftsführung vorzunehmen. Es ist jedoch nicht klar, wie weit eine Aufgabenverteilung reichen darf. Ebenso unklar sind die Folgen einer Aufgabenverteilung mit Blick auf Beschlussfassung, Zuständigkeit und Haftung. Der Gesetzentwurf sieht ausdrücklich die Möglichkeit einer Aufgabenverteilung vor.

Der Gesetzentwurf bestimmt, dass zu den Aufgaben eines Geschäftsführers alle Angelegenheiten der Geschäftsführung gehören, die nicht einem anderen Geschäftsführer zugewiesen sind. Aufgaben, die nicht zugewiesen wurden, obliegen allen Geschäftsführern. Die Aufgabenverteilung kann in der Satzung niedergelegt werden. Eine Aufgabenverteilung kann auch mittels Geschäftsordnung zu Stande kommen. Auch ein Vorstandsbeschluss kann die Grundlage einer näheren Aufgabenverteilung sein.

Eine Aufgabenverteilung bedeutet nicht, dass sich an der gemeinsamen Zuständigkeit etwas ändern würde. Die Erfüllung der Aufgaben der Geschäftsführung sowie die durch den Vorstand gefassten Beschlüsse bleiben damit Obliegenheiten eines jeden Geschäftsführers. Der Gesetzentwurf bestimmt, dass jeder Geschäftsführer für den allgemeinen Geschäftsgang verantwortlich sei. Was unter „allgemeinem Geschäftsgang“ (algemene gang van zaken) zu verstehen ist, wird indes nicht ganz klar.

Der Grundsatz kollektiver Geschäftsführung führt dazu, dass alle Geschäftsführer für Missmanagement persönlich haften, auch wenn die jeweilige Angelegenheit in den Aufgabenbereich eines bestimmten Geschäftsführers fiel. Es besteht jedoch die Möglichkeit einer individuellen Haftungsbefreiung. Eine solche disculpatie ist möglich, wenn einem Geschäftsführer – unter anderem mit Blick auf die Aufgabenverteilung – kein schwer wiegender Vorwurf gemacht werden kann und er darüber hinaus beim Ergreifen von Maßnahmen zur Abwendung der Folgen des Missmanagements keine Fahrlässigkeit hat walten lassen. Auch nach dem neuen Gesetz müssen Geschäftsführer daher über die Erfüllung der Aufgaben ihrer Kollegen auf dem Laufenden sein und, sofern erforderlich, Maßnahmen ergreifen, ungeachtet einer etwaigen Aufgabenverteilung.

Die Neuregelung hinsichtlich der Aufgabenverteilung wird für alle Rechtspersonen nach Buch 2 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten.

Gesetzliche Regelung des One Tier Board

Nach der derzeitigen Gesetzgebung sind für die NV und die BV zwei Organe zwingend vorgeschrieben: die Gesellschafterversammlung (algemene vergadering van aandeelhouders) und der Vorstand / die Geschäftsführung.

Die Einrichtung eines Aufsichtsorgans, des Aufsichtsrats, ist für Gesellschaften, die nicht der sog. Strukturregelung für größere Gesellschaften unterliegen, fakultativ. Die derzeitige gesetzliche Regelung legt daher ein dualistisches Geschäftsführungsmodell mit einem Vorstand und einem separaten Aufsichtsrat zu Grunde. Dessen ungeachtet ist es bereits möglich, mittels einer Aufgabenverteilung einen One Tier Board ins Leben zu rufen.

Mit dem Gesetzentwurf wird für die NV und die BV eine gesetzliche Grundlage eines One Tier Board geschaffen, d.h. für einen Vorstand, der aus ausführenden („exekutiven") und nicht-ausführenden Geschäftsführern besteht. Auch Gesellschaften, die der Strukturregelung unterliegen, können sich für einen One Tier Board entscheiden.

Der One Tier Board beruht auf einer Aufgabenverteilung. Die ausführenden Geschäftsführer sind insbesondere mit der Leitung des Tagesgeschäfts der Gesellschaft und deren Unternehmung befasst. Die nicht-ausführenden Geschäftsführer führen die Aufsicht über die Tätigkeit der Geschäftsführer. Aufgaben, die nicht bestimmten Geschäftsführern zugeteilt worden sind, kommen der Geschäftsführung als Ganzes zu, mithin den ausführenden und den nicht-ausführenden Geschäftsführern gemeinsam.

Hinsichtlich der Aufgabenverteilung gelten eine Reihe von Beschränkungen. Die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen, kann den nicht-ausführenden Geschäftsführern nicht entzogen werden. Der Vorstandsvorsitz, das Vorlegen von Vorschlägen für die Ernennung von Geschäftsführern und die Festlegung der Entlohnung ausführender Geschäftsführer kann nicht einem ausführenden Geschäftsführer auferlegt werden. Außerdem darf ein ausführender Geschäftsführer nicht der Beschlussfassung über die Festlegung der Entlohnung ausführender Geschäftsführer beiwohnen. Des Weiteren gilt, dass nicht-ausführende Geschäftsführer, wie Mitglieder des Aufsichtsrats im dualistischen Geschäftsführungsmodell, natürliche Personen sein müssen.

Die nicht-ausführenden Geschäftsführer werden in stärkerem Umfang in die allgemeine Geschäftspolitik der Gesellschaft eingebunden sein als Mitglieder eines Aufsichtsrats. Sie wohnen schließlich der Beschlussfassung hinsichtlich allgemeiner Geschäftsentscheidungen bei und sind für diese auch direkt verantwortlich. Nicht-ausführende Geschäftsführer tragen ein größeres Haftungsrisiko als Mitglieder von Aufsichtsräten in einem dualistischen Geschäftsführungsmodell.

Neuregelung für Interessenkonflikte

Die Regelung für Interessenkonflikte ist nach heutigem Recht eine Vertretungsregelung. Es geht daher um eine Regelung mit externer Wirkung. Sie sieht vor, dass die Gesellschaft in allen Fällen, in denen einer oder mehrere der Geschäftsführer ein Interesse (belang) hat/haben, das dem der Gesellschaft zuwider läuft, durch die Mitglieder des Aufsichtsrats vertreten wird/werden. Die Geschäftsführer sind in diesem Falle nicht vertretungsberechtigt. Fehlt ein Aufsichtsrat, fungiert/fungieren eine oder mehrere durch die Gesellschafterversammlung zu diesem Zwecke ernannte Personen in solchen Konfliktfällen als Vertreter der Gesellschaft.

In der Satzung der Gesellschaft kann allerdings eine abweichende Regelung getroffen werden. Es kann auch vorgesehen werden, dass die Geschäftsführer auch bei einem Interessenkonflikt vertretungsberechtigt bleiben. Die Gesellschafterversammlung hat jedoch stets das Recht, eine oder mehrere Personen zu Vertretern der Gesellschaft zu ernennen. Diese Möglichkeit muss ihr geboten werden. Wurde die Gesellschaft von einem Geschäftsführer vertreten, der hierzu konfliktbedingt nicht berechtigt war, so können die Gesellschaft oder, im Falle eines Konkurses (faillissement), der Insolvenzverwalter (curator) sich gegenüber der jeweiligen Gegenpartei auf diese mangelnde Berechtigung berufen, sofern dieser Gegenpartei die mangelnde Vertretungsbefugnis bekannt war oder hätte sein können.

Im Gesetzentwurf wird die Regelung für Interessenkonflikte als Beschlussfassungsregelung vorgesehen. Es geht somit um eine Vorschrift mit Wirkung im Innenverhältnis. Diese Neuregelung sieht vor, dass ein Geschäftsführer nicht an den Beratungen zu Beschlüssen und der Beschlussfassung mitwirken darf, hinsichtlich derer er ein direktes oder indirektes eigenes Interesse hat, das dem der Gesellschaft und ihrer Unternehmung zuwider läuft. Wird infolgedessen kein Vorstandsbeschluss gefasst, so kommt die Beschlussfassung dem Aufsichtsrat zu. Ist kein Aufsichtsrat installiert, so wird der Beschluss von der Gesellschafterversammlung gefasst, sofern die Satzung nichts anderes bestimmt. Für

Interessenkonflikte von Mitgliedern des Aufsichtsrats wird eine vergleichbare Regelung gelten.

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzentwurfes entfällt die heutige Regelung zu Interessenkonflikten. Darauf basierende Satzungsbestimmungen werden ungültig. Wurde eine NV oder BV vor dem Inkrafttreten des Gesetzentwurfs von einem Vorstand oder einem Geschäftsführer trotz Interessenkonflikts eines oder mehrerer Geschäftsführer vertreten, so kann die Gesellschafterversammlung die Vertretung ratifizieren (bekrachtigen), indem sie den oder die jeweiligen Geschäftsführer zu besonderen Vertretern ernennt – dies kann mit oder nach Inkrafttreten des Gesetzentwurfs erfolgen.

Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und börsennotierter Gesellschaft: kein Arbeitsvertrag

Zwischen einem Geschäftsführer und einer Gesellschaft besteht zumeist ein zweischneidiges Rechtsverhältnis: zum einen ist der Geschäftsführer Teil der Gesellschaft, zum anderen besteht ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft. In den meisten Fällen ist dieses Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag oder als (entgeltliches) Auftragsverhältnis (overereenkomst van opdracht) ausgestaltet.

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzentwurfs wird das Rechtsverhältnis zwischen börsennotierten Gesellschaften und ihren Geschäftsführern nicht mehr als Arbeitsverhältnis qualifiziert. Für diese Geschäftsführer hat dies zur Folge, dass für sie die Arbeitnehmerschutzbestimmungen nicht mehr gelten. Bestehende Arbeitsverhältnisse bleiben allerdings intakt.

An Stelle eines Arbeitsvertrags können Geschäftsführer und börsennotierten Gesellschaft nunmehr ein (entgeltliches) Auftragsverhältnis beschließen. Eine weitere Möglichkeit ist der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Gesellschaft aus dem Gruppenverbund der börsennotierten Gesellschaft.

Begrenzung der Anzahl von Aufsichtsfunktionen von Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern

Im Gesetzentwurf soll die Anzahl von Aufsichtsfunktionen von Geschäftsführern und Mitgliedern von Aufsichtsräten von NVs, BVs und Stiftungen begrenzt werden, sofern diese als große Rechtspersonen einzustufen sind. Als große Rechtspersonen gelten solche, die mindestens zwei der folgenden Kriterien erfüllen:

(a) der Gesamtwert der Aktiva laut Bilanz mit Erläuterung beträgt, auf der Grundlage des Erwerbs- und Fertigungspreises (verkrijgings- en vervaardigingsprijs) mehr als EUR 17,5 Mio.;

(b) der Netto-Umsatz des Geschäftsjahres beträgt mehr als EUR 35 Mio.;

(c) die durchschnittliche Anzahl von Arbeitnehmern im Geschäftsjahr beträgt 250 oder mehr.

Sofern im Folgenden von einer „großen Rechtsperson" die Rede ist, sind darunter die große NV, BV oder Stiftung zu verstehen.

Auf Grund des Gesetzentwurfs kann nicht Geschäftsführer einer großen Rechtsperson sein, wer mehr als zwei Aufsichtsfunktionen bei anderen großen Rechtspersonen bekleidet bzw. dort Aufsichtsratsvorsitzender oder Vorsitzender eines One Tier Board ist. Mitglied des Aufsichtsrats einer großen Rechtsperson kann nicht sein, wer fünf oder mehr Aufsichtsfunktionen bei anderen großen Rechtspersonen innehat. Eine Position als Vorsitzender wird dabei doppelt gezählt.

Mit „Aufsichtsfunktion" ist eine Aufsichtsratsposition gemeint, aber auch eine nicht-ausführende Geschäftsführerfunktion in einem One Tier Board. Mit einem Mitglied eines Aufsichtsrates wird im Gesetzentwurf eine Person gleich gestellt, die Mitglied eines Aufsichtsorgans ist, das gemäß der Satzung einer Rechtsperson installiert wurde.

Nicht mitgezählt werden Aufsichtsfunktionen bei Gesellschaften aus dem Gruppenverbund einer großen Rechtsperson, bei denen die jeweilige Person als Geschäftsführer oder Mitglied des Aufsichtsrats agiert. Auch Aufsichtsfunktio-

nen bei ausländischen Rechtspersonen sind unbeachtlich.

Der Gesetzentwurf gilt lediglich für Ernennungen, die nach dem Datum seines Inkrafttretens stattfinden. Positionen, die vor diesem Zeitpunkt eingenommen wurden, zählen jedoch bei nach diesem Datum erfolgten Ernennungen mit.

Änderung der Vorschriften zur verbindlichen Nominierung von Geschäftsführer- und Aufsichtsratskandidaten

Nach der derzeitigen Regelung ist zwingend vorgeschrieben, dass für eine verbindliche Nominierung (bindende voordracht) eines Geschäftsführers oder Mitglieds des Aufsichtsrats mindestens zwei Kandidaten vorgetragen werden. Diese Vorschrift entfällt. Daneben wird das Stimmverfahren hinsichtlich der Benennung eines Kandidaten, für die eine verbindliche Nominierung erfolgt ist, vereinfacht. Enthält die Nominierung lediglich einen Kandidaten für eine zu besetzende Funktion, so hat ein Beschluss hinsichtlich der Nominierung zur Folge, dass der Kandidat berufen ist. Etwas anderes gilt lediglich, wenn die Nominierung für nicht verbindlich erklärt wird.

Gleichmäßige Sitzverteilung über Männer und Frauen

Der Gesetzentwurf führt quantitative Zielvorgaben ein hinsichtlich der Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratsposten durch Frauen bei NVs und BVs, die als große Rechtsperson eingestuft werden (siehe oben zu den Einstufungskriterien).

Aus dem Gesetzentwurf geht hervor, dass eine gleichmäßige Sitzverteilung in Vorstand und Aufsichtsrat bedeutet, dass mindestens 30% der Positionen durch Frauen und mindestens 30% durch Männer besetzt sein sollen, sofern diese Positionen auf natürliche Personen verteilt werden.

Bei einer großen Gesellschaft wird eine gleichmäßige Sitzverteilung auf Männer und Frauen so weit wie möglich angestrebt bei:

(a) der Berufung und Nominierung von Geschäftsführern;

(b) der Erstellung von Profilen über den Umfang und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats;

(c) der Ernennung, Empfehlung und Nominierung von Mitgliedern des Aufsichtsrats und nicht- ausführenden Geschäftsführern.

Sofern eine oder mehrere Rechtspersonen als Geschäftsführer einer Gesellschaft agieren, findet die Verpflichtung Anwendung auf die Geschäftsführer dieser Rechtspersonen, ungeachtet der Frage, ob diese als große Rechtspersonen einzustufen sind. Sofern diese Rechtspersonen ihrerseits Rechtspersonen als Geschäftsführer haben, gilt die Verpflichtung auch für deren Geschäftsführer.

Verfehlt eine große NV oder BV die Zielvorgaben, dann muss im Jahresabschlussbericht erklärt werden, warum keine gleichmäßige Sitzverteilung gegeben ist, auf welche Weise die Gesellschaft diese zu erreichen versucht hat und wie dies in der Zukunft geschehen soll. Die Geltung dieser Regelung ist zeitlich begrenzt, sie endet zum 1. Januar 2016. Danach werden das Unterhaus des Parlaments und das Kabinett Bilanz ziehen.

Bewertung

Laut Angaben des Ministers wird das gesamte Gesetz Anfang 2015, drei Jahre nach seinem Inkrafttreten, evaluiert.

Further information

Should you require any further information, we kindly ask you to contact one of the following persons:

Weitere Informationen

Falls Sie weitere Informationen über die hierin besprochenen Themen wünschen, nehmen Sie bitte Kontakt auf mit:

Martika Jonk
advocaat u. Rechtsanwältin
E martika.jonk@cms-dsb.com
T +31 20 3016 321
M +31 6 55384 343

Christian Delgado
advocaat
E christian.delgado@cms-dsb.com
T +31 20 3016 456
M +31 6 21288 613

Martijn van der Bie
Notar
E martijn.vanderbie@cms-dsb.com
T +31 20 3016 453
M +31 6 54241 039

CMS Derks Star Busmann is a leading commercial law firm in the Netherlands with 175 attorneys at law, civil law notaries and tax advisers. It offers legal and tax services from offices in Amsterdam, Brussels and Utrecht to a wide range of companies, public sector bodies and organisations. Visit **www.cms-dsb.com** for more information.

CMS Derks Star Busmann is a member of CMS. CMS Legal Services EEIG is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent member firms. CMS Legal Services EEIG provides no client services. Such services are solely provided by the member firms in their respective jurisdictions. In certain circumstances, CMS is used as a brand or business name of some or all of the member firms. CMS Legal Services EEIG and its member firms are legally distinct and separate entities. They do not have, and nothing contained herein shall be construed to place these entities in, the relationship of parents, subsidiaries, agents, partners or joint ventures. No member firm has any authority (actual, apparent, implied or otherwise) to bind CMS Legal Services EEIG or any other member firm in any manner whatsoever.

CMS member firms are: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italy); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Spain); CMS Bureau Francis Lefebvre (France); CMS Cameron McKenna LLP (UK); CMS DeBacker (Belgium); CMS Derks Star Busmann (The Netherlands); CMS von Erlach Henrici Ltd (Switzerland); CMS Hasche Sigle (Germany); CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria) and CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal).

CMS offices and associated offices: Amsterdam, Berlin, Brussels, Lisbon, London, Madrid, Paris, Rome, Vienna, Zurich, Aberdeen, Algiers, Antwerp, Beijing, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dresden, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Kyiv, Leipzig, Ljubljana, Luxembourg, Lyon, Milan, Moscow, Munich, Prague, Rio de Janeiro, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warsaw and Zagreb.

www.cmslegal.com