universität wien
Postgraduate Center

COPORATE UND FOUNDATION GOVERNANCE

RA HonProf Dr Georg Schima, M.B.L.-HSG, LL.M (Vaduz)

In Kooperation mit

NOTAR.AT

Mit Unterstützung von

lawyers & more executive search & consulting

VEREINIGUNG ÖSTERREICHISCHER UNTERNEHMENSJURISTEN

müller | partner rechtsanwälte works

ogv

MANZ

PRIVAT STIFTUNG

universität wien
Postgraduate Center

Inhalt

- **Corporate Governance im Allgemeinen**
  - Begriff CG
  - ÖCGK
  - Verhinderung von Interessenkonflikten
  - Umgang mit Interessenkonflikten
  - Interessenwahrungspflicht im Vorstands-Anstellungsvertrag
  - Der unabhängige AR als CG-Regelungsziel
  - Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern
- **Corporate Governance im Konzern**
  - Konzernbegriff
  - Konzernleitung und -überwachung
  - Konzernleitung als Pflicht des Vorstands?
  - Zustimmungsvorbehalte
  - Informationsrechte und -pflichten
- **Vorstandsvergütung als CG-Dauerbaustelle**
  - Say on Pay - Vergütungsregeln für Vorstand & AR
  - Inhaltliche Vorgaben an die Organvergütung vor dem AktRÄG 2019
  - Vergütungspolitik und Vergütungsbericht
  - Related Party Transactions
  - (Vorstands-)Vergütung nach dem BWG

universität wien
Postgraduate Center

Inhalt

- **Foundation Governance im Allgemeinen**
  - Begriff Foundation Governance
  - Ziel von Foundation Governance
  - Warum ist Foundation Governance wichtig?
  - Familienstrukturen anhand der Privatstiftung gestalten
- **Foundation Governance-Konzept des PSG**
  - Interessenkonflikte und Insichgeschäfte
  - Sorgfalt und Haftung des Stiftungsvorstandes
  - Business Judgment Rule im Stiftungsrecht
  - Abberufung von Vorstandsmitgliedern
- **FG bei der Unternehmensträgerstiftung**
  - Unternehmensträgerstiftung allgemein
  - Praxistipps zur Pflichtenbindung des Vorstands
  - Weisungsbindung
  - Zustimmungsvorbehalte
- **Erforderlichkeit einer Reform des PSG und Kritikpunkte**
- **Foundation Governance – Kurzer Rechtsvergleich**
  - Foundation Governance in der Schweiz und in Liechtenstein
  - Unterschiede zwischen österreichischem und liechtensteinischem Stiftungsrecht

universität wien
Postgraduate Center

Corporate Governance im Allgemeinen

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Begriff CG

- Eine einheitliche „Begriffsdefinition“ existiert nicht.
- Rechtlicher und faktischer **Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens.**
- CG verfolgt das Ziel einer auf Nachhaltigkeit und Wertschaffung ausgerichteten Leitung und Kontrolle des Unternehmens.
- CG befasst sich also mit Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle sowie mit der Frage, wie die Unternehmensverfassung auszugestalten ist, damit ein Unternehmen bestmöglich geführt wird und etwaigen Fehlentwicklungen bzw einem Fehlverhalten von Entscheidungsträgern rasch und zielorientiert entgegengewirkt werden kann.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Begriff CG

- Geschützt werden sollen Eigentümer oder Anteilseigner, die das Unternehmen nicht selbst leiten und verwalten und somit Macht über ihr Vermögen einem Dritten (dem Organmitglied) anvertrauen.
- Auch sonstige Gruppen („Stakeholder“), wie Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten etc, die ebenfalls ein Interesse am Unternehmen haben, sind vom Schutzbereich der CG-Regelungen regelmäßig umfasst.
- Grundprinzipien von CG sind **Gewaltentrennung und Transparenz.**

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Begriff CG

- CG versucht den „Principal-Agent-Konflikt“ abzufedern: Dieser entsteht, wenn in einem Unternehmen angestellte Manager fremdes Vermögen verwalten. Bei diesen besteht nämlich die Gefahr, dass sie ihre eigenen Interessen über die des Unternehmens stellen. Bestimmte Formen der Manager-Vergütung, insbesondere Aktienoptionen, wurden entwickelt, um den Konflikt durch Einebnung oder Verringerung des Interessengegensatzes zu entschärfen.
- Alle Abläufe sollen transparent sein, um die Kontrolle der Handlungen überhaupt erst zu ermöglichen, weshalb Leitungsorgane ihre Handlungen zu dokumentieren und bei Bedarf auch darüber Auskunft zu erteilen haben.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Begriff CG

- In Ö sind rechtliche Regelungen, die sich mit der Unternehmensleitung und -kontrolle speziell von Kapitalgesellschaften befassen, vor allem im AktG und GmbHG enthalten. Daneben existieren Sondervorschriften für bestimmte Branchen (zB im BWG).
- Innerhalb dieses weitgehend zwingenden gesetzlichen Rahmens werden CG-Regelungen durch Satzungen, Geschäftsordnungen, Anstellungsverträge, allgemeine Übung aber auch durch gerichtliche Entscheidungen näher ausgestaltet und fortentwickelt.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Begriff CG

- Zur Konkretisierung der Idee der CG wurden nach und nach in fast allen Ländern mit entwickelten Börseplätzen sogenannte Corporate Governance-Kodices ausgearbeitet, die – über das gesetzliche Maß hinaus – Richtlinien vorgeben sollen, wie Unternehmensleitung und -kontrolle zweckmäßigerweise zu strukturieren sind.
- Österreich war mit seinem vom Österreichischen Arbeitskreis für Corporate Governance im BMF ausgearbeiteten und im Oktober 2002 vorgestellten Kodex in (West)Europa schon fast Schlusslicht.
- Diese Kodices richten sich vornehmlich an börsenotierte Aktiengesellschaften (andere dürfen ihn aber natürlich auch anerkennen) und beruhen auf dem Prinzip der **freiwilligen Unterwerfung.**

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - ÖCGK

- Als Bestandteil des österreichischen Corporate Governance Systems ist der **Österreichische Corporate Governance Kodex** (ÖCGK) 2002 idgF vom Jänner 2025 sowohl bei Investoren als auch bei Emittenten als wirksames Instrument zur Förderung des Vertrauens etabliert.
- Die Regeln des ÖCGK sind „soft law“ und richten sich (vorrangig) an börsenotierte AG. Andere sind zur Einhaltung eingeladen.
- Im ÖCGK werden die international gebräuchlichen Regeln für eine gute Unternehmensführung als auch die relevanten Normen des ö Aktienrechts berücksichtigt.
- Der ÖCGK hatte in seinen ersten Jahren eine starke Vorreiterrolle betreffend die Setzung von über das zwingende Gesetzesrecht hinausgehenden Standards. Durch die immer höhere gesetzliche Regelungsdichte und die zunehmende Verankerung von Kodex-Empfehlungen im Gesetz ist diese Vorreiterrolle mehr in den Hintergrund getreten und ist es in den letzten Jahren vielmehr oft Aufgabe der Kodex-Verfasser, neue gesetzliche Bestimmungen im Kodex umzusetzen.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - ÖCGK

- Der ÖCGK erlangt durch eine (freiwillige) Selbstverpflichtung der einzelnen Unternehmen seine Geltung.
  - **L-Regeln** (Legal Requirement) sind verpflichtend einzuhalten und entsprechen – freilich nicht immer wörtlich – dem Inhalt des Gesetzes,
  - **C-Regeln** (Comply or Explain) sollen eingehalten werden, wobei Abweichungen zu erklären und zu veröffentlichen sind,
  - **R-Regeln** (Recommendation) sind bloße Empfehlungen, bei denen Abweichungen nicht öffentlich zu erklären sind.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - ÖCGK

- Eine Gesellschaft mit Sitz in Österreich, die an einer Börse in Österreich notiert ist, hat einen CG-Bericht nach § 243c UGB abzugeben und sich in punkto Anwendung eines Corporate Governance Kodex zu erklären (siehe unten). Für Gesellschaften im Prime Market der Wiener Börse ist gemäß dem entsprechenden Regelwerk sogar das Bekenntnis zum ÖCGK Voraussetzung.
- Mindestangaben im CG-Bericht:

1. Nennung eines am Börsenplatz allgemein anerkannten CG Kodex;
2. Hinweis darauf, wo dieser Kodex zugänglich ist;
3. Erklärung zu Abweichungen unter Angabe von Gründen für diese Abweichung;
4. Sofern die Gesellschaft beschließt, keinem Kodex zu entsprechen, eine Begründung hierfür;
5. die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse;
6. Maßnahmen zur Förderung von Frauen im Vorstand, im Aufsichtsrat und in leitenden Stellungen (§ 80 AktG) und bei großen AGs auch die Beschreibung des Diversitätskonzeptes betreffend Vorstand und Aufsichtsrat und bei dessen Fehlen eine Begründung hierfür.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Verhinderung von Interessenkonflikten

- Vorstandsmitglieder sind bereits aufgrund ihrer Leitungsfunktion zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet.
- Die Interessenswahrungspflicht von Vorstandsmitgliedern wird aus deren **organschaftlichen Sorgfalts- und Treuepflichten** abgeleitet.
- **Interessenkonflikte** können primär dann entstehen, wenn die Eigeninteressen von Vorstandsmitgliedern einer AG mit der aus der Organfunktion resultierenden Fremdinteressenwahrungspflicht kollidieren.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Verhinderung von Interessenkonflikten

- Gesetzliche Regelungen zur Bewältigung von Interessenkonflikten finden sich zB im AktG (zB § 97 AktG) und in § 25 Abs 4 GmbHG (Insichgeschäfte).
- Detaillierte Regelungen dazu enthält auch der ÖCGK.
- Lehre und Rsp haben auf Grundlage und in Ergänzung der gesetzlichen Regelungen ein System zur Bewältigung von Interessenkonflikten entwickelt (Offenlegung, Stimmverbot, Informationsbeschränkungen, Zustimmungserfordernisse, Abberufungsgründe).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Verhinderung von Interessenkonflikten

- Der ÖCGK sieht für börsenotierte Unternehmen einige Regeln für Interessenkonflikte und Eigengeschäfte des Vorstandes vor.
- Der ÖCGK definiert in den **L-Regeln 19, 20, 22, 23, 24, 25 und C-Regeln 21 und 26** mögliche Interessenkonflikte und Eigengeschäfte von Vorstandsmitgliedern.
- Der ÖCGK sieht ua vor, dass Personen, die Führungsaufgaben wahrnehmen, sowie ggf in enger Beziehung zu ihnen stehende Personen, alle von ihnen getätigten Geschäfte auf eigene Rechnung mit Wertpapieren der Gesellschaft oder mit sich darauf beziehenden Derivaten oder mit der Gesellschaft verbundener Unternehmen innerhalb von fünf Arbeitstagen nach dem Tag des Abschlusses zu melden und zu veröffentlichen haben.
- Ausgenommen: Geschäfte mit einer Abschlusssumme von weniger als EUR 20.000 innerhalb eines Jahres.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Umgang mit Interessenkonflikten

- Der ÖCGK legt den Umgang mit Interessenkonflikten in den L-Regeln 22 und 23 fest.
- Der Vorstand hat seine Beschlüsse frei von Eigeninteressen und Interessen bestimmender Aktionäre, sachkundig und unter Beachtung aller relevanten Rechtsvorschriften zu fassen (Achtung: die Regel gilt natürlich nicht nur für den Vst als Kollegialorgan – arg „Beschlüsse“, sondern für das einzelne Mitglied).
- Vorstandsmitglieder sind verpflichtet, wesentliche persönliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft und deren Konzernunternehmen als auch sonstige Interessenkonflikte dem AR gegenüber offen zu legen und die anderen Vorstandsmitglieder unverzüglich darüber zu informieren. Weder die L-Regel 22 noch die L-Regel 23 findet sich so im Gesetz; die Regeln geben vielmehr im Wesentlichen die hM zur diesbezüglichen Pflichtenlage wieder. Es empfiehlt sich aus Gesellschaftssicht sehr, eine entsprechend präzise Regelung im Anstellungsvertrag und/oder in der Geschäftsordnung für den Vorstand zu verankern.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Verhinderung von Interessenkonflikten

- In L-Regel 24 wird für den Vorstand näher definiert, dass alle zwischen der Gesellschaft bzw Konzernunternehmen und Vorstandsmitgliedern sowie diesen nahestehenden Personen oder Unternehmen abgeschlossenen Geschäfte den branchenüblichen Standards entsprechen müssen.
- Diese Geschäfte als auch deren Konditionen sind im Voraus durch den AR zu genehmigen; ausgenommen davon sind Geschäfte des täglichen Lebens. Der L-Charakter zumindest des zweiten Teils dieser Regel (Vorausgenehmigung durch den AR) kann auch hinterfragt werden. Es gilt das zu L-Regel 23 Gesagte: präzise Klarstellung im Anstellungsvertrag empfohlen (siehe unten).
- Das gesetzlich verankerte Wettbewerbsverbot wird in der L-Regel 25 nochmals wiederholt (hier war der ÖCGK Vorreiter bis zum AktRÄG 2005, weil seither die Annahme konzernexterner AR-Mandate selbst in Nicht-Konkurrenzunternehmen auch vom gesetzlichen Wettbewerbsverbot umfasst ist). Ergänzt wird die Bestimmung durch C-Regel 26, letzter Satz, wonach das gesetzliche Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder (aber auch für leitende Angestellte, für die nicht der AR, sondern der Vst zuständig ist) „nicht aufgehoben“ (gemeint wohl: auch nicht beschränkt) wird. In der Praxis kommt so eine Freistellung vom Wettbewerbsverbot so gut wie nicht vor (sie wäre auch schwer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsrates zu vereinbaren), und noch weniger wird eine börsenotierte Gesellschaft Derartiges öffentlich bekannt geben wollen.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Verhinderung von Interessenkonflikten

- Der ÖCGK sieht in der C-Regel 26 vor, dass Vorstands-mitglieder insgesamt nicht mehr als vier Aufsichtsratsmandate (Vorsitz zählt doppelt) in konzernexternen AG ausüben dürfen.
- Unternehmen, die in den Konzernabschluss einbezogen werden oder an denen eine unternehmerische Beteiligung besteht, gelten nicht als konzernexterne AG.
- Zusammengefasst sieht der ÖGCK bei Interessenkonflikten kein absolutes Handlungsverbot bzw ein Tätigkeitsverbot erst ab Erreichung der Mandatsgrenze vor, sondern folgt dem Transparenzgebot, verpflichtet daher zur Offenlegung und gegebenenfalls Genehmigung.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Interessenswahrungspflicht im Vorstands-Anstellungsvertrag

- Grundsätzlich gehört es zu einer guten CG eines Unternehmens, dass Vorstandsmitglieder die AG nicht bei Geschäften mit (wenn auch) anderen Vorstandsmitgliedern vertreten. Nach hM erlaubt dies § 97 Abs 1 AktG freilich, weil diese Bestimmung dem AR kein Vertretungsmonopol verschafft, sondern eine parallel zum Vorstand bestehende Vertretungs-kompetenz.
- Im **Anstellungsvertrag** kann der AR **klarstellen**, dass es dem **Vorstands-mitglied untersagt** wird, an der Vertretung der Gesellschaft bei Abschluss von Geschäften mit Vorstandsmitgliedern mitzuwirken (Frage: Konflikt mit Weisungsfreiheit nach § 70 AktG?).
- Im Hinblick auf § 70 AktG jedenfalls unproblematisch ist es, wenn der AR einen Beschluss nach § 95 Abs 5, letzter Satz AktG fasst und Geschäfte zwischen der AG und Vorstandsmitgliedern oder diesen nahestehenden Unternehmen oder Personen seiner Genehmigung unterwirft. Dies ist im Sinne guter CG sogar geboten. Auch die Genehmigungspflicht sollte zusätzlich im Anstellungsvertrag verankert werden.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Interessenswahrungspflicht im Vorstands-Anstellungsvertrag

Anstellungsvertragliche Musterklausel:

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 (unabhängig davon, ob das Vorstandsmitglied daran selbst mitwirkt) untersagt, an deren Abschluss entweder das Vorstandsmitglied selbst oder ein naher Angehöriger oder ein dem Vorstandsmitglied oder einem nahen Angehörigen nahe stehendes Unternehmen ein eigenes geschäftliches Interesse besitzt. Nahe Angehörige iS dieser Bestimmung sind Ehepartner, Lebensgefährten, Eltern, eheliche und uneheliche Kinder, Wahl- und Pflegekinder und Geschwister. Unter nahe stehenden Unternehmen iS dieser Bestimmung sind – in welcher Rechtsform auch immer organisierte – Unternehmen zu verstehen, an denen das Vorstandsmitglied oder ein im obigen Sinne naher Angehöriger direkt oder indirekt – gegebenenfalls mit anderen nahen Angehörigen des Vorstandsmitgliedes oder weiteren nahe stehenden Unternehmen – in einer Weise beteiligt ist, die wesentlichen, 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 zu Grunde zu legen.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen - Interessenswahrungspflicht im Vorstands-Anstellungsvertrag

- Die Aufnahme einer derartigen Genehmigungspflicht im Anstellungsvertrag entspricht, wie dargelegt, auch den im ÖCGK enthaltenen Regeln zum Thema Interessenkonflikte.
- Wenn eine **präzise Klarstellung im Anstellungsvertrag fehlt**, dann kann sich – ungeachtet des L-Regelcharakters der Regeln 23 und 24 ÖCGK (der zumindest in punkto Genehmigungspflicht in L-Regel 24 eben etwas zweifelhaft ist) – im konkreten Einzelfall schon die Frage stellen, ob ein Verstoß des Vorstandsmitgliedes dagegen eine Pflichtverletzung ist und bejahendenfalls, ob es sich dabei gar um eine „grobe“ Pflichtverletzung handelt, die den AR gemäß § 75 Abs 4, erster Fall zur Abberufung (und fristlosen Auflösung des Anstellungsvertrages) berechtigt. Die Frage erübrigt sich idR, wenn der Verstoß dagegen besteht, dass die Konditionen des Geschäftes nicht fremdüblich sind und die Gesellschaft schädigen.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Der unabhängige AR als CG-Regelungsziel

- Der Aufsichtsrat steht im Zentrum der Corporate Governance-Diskussion. Seine Rolle hat in den letzten 25 bis 30 Jahren wohl die stärkste Veränderung erfahren, wobei diese Änderungen nur zum Teil auf gesetzliche Vorschriften (den Beginn markierte das IRÄG 1997, mit dem die Mindestzahl an jährlichen Sitzungen von drei auf vier erhöht wurde) zurückzuführen sind.
- Die Rolle des AR wandelte sich vom (ex-post)Kontrollor zum strategischen Sparringpartner des Vorstandes, was sich im Gesetz nur ungenügend widerspiegelt.
- Der ÖCGK widmet dem AR immerhin 34 Regeln (mit der Kodex-Revision Jänner 2025 kamen wieder welche hinzu), mehr als dem Vorstand (dort sind es 25, wobei bei diesem die Umsetzung der zweiten Aktionärsrechte-RL die Regelungsdichte auch im Kodex stark erhöht hat).
-

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Der unabhängige AR als CG-Regelungsziel

- Der ÖCGK verfolgt das Ziel, die **Unabhängigkeit der AR-Mitglieder** durch verschiedene Soll-Vorschriften zu gewährleisten:
- Unabhängigkeit im Sinne des ÖCGK bedeutet aber nicht, dass deren Fehlen die Person als AR-Mitglied disqualifiziert. Es handelt sich nicht um ein Qualitätskriterium. Und es ist ein vertypter und eingeengter Unabhängigkeitsbegriff. Freundschaftliche Beziehungen zum Vorstand oder zu maßgebenden Aktionären oder ein enges Vertrauensverhältnis sind nicht erfasst und führen nicht zur Abhängigkeit.
- C-Regel 53 empfiehlt, dass die Mehrheit der von der HV gewählten oder von Aktionären entsendeten AR-Mitglieder von der Gesellschaft und deren Vorstand unabhängig ist.
- Ein **AR-Mitglied ist unabhängig** *„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“* (C- Regel 53).
- Der AR legt auf der Grundlage dieser Generalklausel die Kriterien der Unabhängigkeit fest und veröffentlicht diese im Corporate Governance Bericht.
- Anhang 1 zum ÖCGK enthält entsprechende Leitlinien, an denen sich der Aufsichtsrat orientieren kann.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Der unabhängige AR als CG-Regelungsziel

Nach Anhang 1 zum ÖCGK sollen die **Unabhängigkeit des AR etwa ausschließen:**

- Die Ausübung einer leitenden Position bei der Gesellschaft oder bei einem ihrer Tochterunternehmen in den letzten fünf Jahren, Geschäftsbeziehungen in bedeutendem Umfang im letzten Jahr zur Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (ausgenommen Organfunktionen im Konzern; die Genehmigung einzelner Geschäfte durch den AR nach L-48 bedeutet nicht automatisch, dass das betroffene Mitglied nicht unabhängig ist).
- Eine Beteiligung an der Abschlussprüfung der Gesellschaft in den letzten drei Jahren.
- Außerdem soll ein (unabhängiges) AR-Mitglied nicht Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft sein, in der ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft AR-Mitglied ist („Überkreuzverflechtung“: sofern die beiden Gesellschaften nicht konzernmäßig miteinander verbunden sind oder zwischen ihnen nicht eine unternehmerische Beteiligung iSd § 228 UGB besteht, verbietet das freilich schon § 86 Abs 2 Z 3 AktG). Bekleidet ein Mitglied bereits länger als 15 Jahre ein AR-Mandat bei der Gesellschaft, beseitigt auch das die Unabhängigkeit, sofern es sich nicht um einen Anteilseigner mit unternehmerischer Beteiligung oder einen Interessenvertreter eines solchen handelt (ratio: Verhinderung von „Betriebsblindheit“, die zB durch im Laufe der Zeit zu eng gewordene Beziehungen zum Vorstand entstehen kann).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Der unabhängige AR als CG-Regelungsziel

- Ein Indiz für mangelnde Unabhängigkeit ist außerdem die enge (in der Anlage näher definierte) Familienangehörigkeit zu einem Vorstandsmitglied oder einer anderen – in den obigen Punkten genannten – nicht unabhängigen Person.
- Eine Kernbeteiligung an der Gesellschaft spricht nicht gegen die Unabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand. Dem Schutz des Streubesitzes wird auf andere Weise Rechnung getragen: Bei Gesellschaften mit einem Streubesitz von mehr als 20% gehört dem Aufsichtsrat mindestens ein unabhängiges Mitglied an, das nicht einen Anteilseigner mit einer Beteiligung von mehr als 10% vertritt, bei einem Streubesitz von mehr als 50% mindestens zwei (C-Regel 54).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Der unabhängige AR als CG-Regelungsziel

- AR-Mitglieder haben gegenüber dem AR Unabhängigkeits-erklärungen abzugeben (L-44, C-53).
- Im CG-Bericht ist darzulegen, welche AR-Mitglieder

  (i) als unabhängig vom Vorstand und der Gesellschaft anzusehen sind und/oder

  (ii) nicht Anteilseigner mit einer Beteiligung von mehr als 10% vertreten (C-53, C-54).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern

- Auch AR-Mitglieder von AG und GmbH können bei der Ausübung ihrer Organfunktion mit der Gesellschaft in Interessenkonflikte geraten.
- Der Offenlegung potentieller Interessenkonflikte dient § 87 Abs 2 AktG (bzw die L-Regel 44 des ÖCGK) bzw § 30b Abs 1a GmbHG.
- Beide Bestimmungen ordnen im Zusammenhang mit der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder an, dass die vorgeschlagenen Personen der Hauptversammlung/den Gesellschaftern vor der Wahl ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen oder vergleichbaren Funktionen sowie alle Umstände darzulegen haben, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten.
- Auch das gewählte einzelne AR-Mitglied hat zu beachten, dass ihm die Verpflichtung obliegt, dem AR bestehende Interessenkonflikte grundsätzlich unverzüglich offenzulegen → organschaftliche Treuepflicht

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern

- Eine entsprechende Verpflichtung sieht auch der ÖCGK vor.
- Nach seiner C-Regel 46 haben AR-Mitglieder, die in **Interessenkonflikte** geraten, dies unverzüglich dem Vorsitzenden des AR **offen zu legen**.
- Für die Bewältigung von Interessenkonflikten wesentlich sind auch § 95 Abs 5 Z 12 AktG und § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG betreffend **Organgeschäfte**; sie enthalten eine spezifische Regelung für Geschäfte, die ein AR-Mitglieder mit der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, abschließt.
- Der Abschluss von Verträgen mit AR-Mitgliedern, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im AR gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten, bedarf der Zustimmung des AR.
- Gleiches gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein AR-Mitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat (§ 95 Abs 5 Z 12 AktG = § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG = L-Regel 48). Ein solches liegt entgegen manchen Stimmen keinesfalls erst bei einer Mehrheitsbeteiligung vor (siehe im Folgenden).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern

- Bei welcher Beteiligung des AR-Mitgliedes besteht ein „erhebliches wirtschaftliches“ Interesse und ist eine Beteiligung überhaupt erforderlich? (siehe nächste Folie; beachte: diesbezüglich war der ÖCGK Vorreiter, weil C-Regel 49 in der Stammfassung, als § 95 Abs 5 Z 12 AktG noch nicht existierte, die Genehmigung von Geschäften durch den Gesamt-AR empfahl, wenn entweder das AR-Mitglied Vertragspartner war oder ein diesem „nahe stehendes“ Unternehmen. Man könnte in der Formulierung mit dem „erheblichen wirtschaftlichen Interesse“ daher CG-mäßig sogar einen gewissen Rückschritt erblicken).
- Die C-Regel 49 des ÖCGK empfiehlt der Gesellschaft ergänzend dazu, im CG-Bericht Gegenstand und Entgelt von gemäß L-Regel 48 zustimmungspflichtigen Verträgen zu veröffentlichen, wobei eine Zusammenfassung gleichartiger Verträge zulässig ist.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern

- **Zustimmungspflichtig** sind gem § 95 Abs 5 Z 12 AktG (bzw § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG) auch Verträge mit Unternehmen, an denen ein AR-Mitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat.
- Ein **erhebliches wirtschaftliches** Interesse liegt vor, wenn dem AR-Mitglied direkt oder indirekt ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil zufließt, was jedenfalls ab einer Kapitalbeteiligung von 50% und einer unternehmerischen Beteiligung iSd § 189a Z 2 UGB (die ab 20% vermutet wird) anzunehmen ist. Das ist mE tendenziell noch immer viel zu großzügig.
- Ein erhebliches wirtschaftliches Interesse ist nach der Lit auch dann anzunehmen, wenn das AR-Mitglied dem Leitungsorgan des anderen Unternehmens angehört (und sich der Geschäftsabschluss positiv auf das Vermögen des Mitglieds auswirkt). Eine Beteiligung ist daher gar nicht erforderlich; auch das Bestehen eines Lizenz- oder sonstigen Vertrages, der dem AR-Mitglied relevante wirtschaftliche Vorteile bringt, reicht aus.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern

- Das Gesetz spricht von Verträgen, durch die sich ein AR-Mitglied zu einer Leistung gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, die außerhalb seiner organschaftlichen Leistungspflichten liegt.
- Gedeckt werden damit Beratungsleistungen, sonstige Dienstleistungen und auch Kauf- und Lieferverträge, bei denen das AR-Mitglied gegenüber der Gesellschaft die Leistung erbringt.
- Die Abgrenzung des vom AR-Mitglied in dieser Funktion geschuldeten Leistungsspektrums von den außerhalb desselben liegenden Leistungen richtet sich nach dem konkreten Aufgabenbereich des jeweiligen AR
- Die Pflicht, ein Geschäft der Gesellschaft zur Genehmigung durch den AR vorzulegen, trifft sowohl den Vorstand als auch das betreffende AR-Mitglied.
- Das betreffende AR-Mitglied ist von der Stimmabgabe ausgeschlossen, darf aber an der Sitzung teilnehmen, in der der Beschluss gefasst werden soll.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Allgemeinen – Interessenkonflikte von AR-Mitgliedern

- Das Thema ist insb auch für die rechtsberatenden Berufe heikel, weil auch in Ö nach hM im Ergebnis die vom dt BGH seit 1991 entwickelte Rsp (BGH 25.3.1991, BGHZ 114, 127 ff = ZIP 1991, 653; vgl auch BGH 2.7.1998, AG 1998, 583 etc) maßgebend ist, dass wegen des Vergütungsmonopols der HV gemäß § 98 AktG Beratungsverträge nichtig (und daher gegebenenfalls bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln sind), deren Inhalt nicht klar von der AR-Tätigkeit abgegrenzt ist.
- Werde ein derartiger Beratungsvertrag vor der Bestellung des Beraters zum AR-Mitglied geschlossen, verliert er – so der BGH – für die Dauer des AR-Mandats seine Wirkung (wird also gleichsam suspendiert).
- AR-Mitglieder sollen davon abgehalten werden, in wirtschaftliche Abhängigkeit von dem – über ihre Vergütung bestimmenden – Vorstand zu geraten und damit vielleicht der Versuchung zu erliegen, dessen Überwachung nicht mit der nötigen Intensität zu betreiben.
- Ein „nicht bloß geringfügiges Entgelt“ ist an den wirtschaftlichen Verhältnissen des AR-Mitgliedes, nicht jenen der Gesellschaft, zu messen.

universität wien
Postgraduate Center

Corporate Governance im Konzern

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Konzern CG bezieht sich auf die Unternehmensführung und -kontrolle, die durch das geschäftsführende Organ bzw das Überwachungsorgan der Konzernobergesellschaft innerhalb der Unternehmensgruppe ausgeübt wird.
- Konzern-CG beschäftigt sich also mit der Steuerung und Überwachung von Unternehmensgruppen und der Regelung von Interessenkonflikten der einzelnen Akteure.
- Sie ist um die Dimension der Tochtergesellschaften und die Verflechtung der Rechte und Pflichten der geschäftsführenden und überwachenden Organe der Konzernobergesellschaft sowie der Konzernglieder erweitert.
- Wesentliche Frage aus der Sicht der Konzernobergesellschaft ist der Ausgleich zwischen dem Interesse der Konzernmutter an möglichst umfassender Einflussnahme und dem Interesse der nachgeordneten Gesellschaften an Eigenständigkeit und organisatorischer Selbstverantwortung.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Das österreichische Gesellschaftsrecht kennt kein eigens kodifiziertes Konzernrecht zur Regelung der Konzernleitung und -überwachung oder einen eigenen CG-Kodex für Konzerne.
- Konzerne sind aber vom Gesetzgeber an verschiedenen Stellen (insb § 15 AktG und § 115 GmbHG) geregelt, und es haben sich aus den allg gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen und dem AktG bzw GmbHG wesentliche Vorgaben für die **Konzernleitung/-überwachung** etabliert.
- Der OGH spricht von einem Interesse der Wirtschaft an funktionierenden Konzernen (OGH 9 ObA 28/07v DRdA 2009, 497 [*Jabornegg*]).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern – Konzernbegriff

- Der **Konzernbegriff ist in § 15 AktG bzw § 115 GmbHG** geregelt und unterscheidet den Gleich- und den Unterordnungskonzern.
- § 15 AktG bzw gleichlautend § 115 GmbHG regeln, dass ein Konzern als Unternehmensverbund unter einheitlicher Leitung oder beherrschendem Einfluss vorliegt, wenn

  (i) rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter (tatsächlich ausgeübter!) **einheitlicher Leitung** zusammengefasst sind, oder

  (ii) ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem **beherrschenden Einfluss** eines anderen Unternehmens steht.

Explizite Konzernvermutungen wie das deutsche Aktienrecht enthält das österreichische nicht; sie werden aber auch in Ö ähnlich vertreten.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern – Konzernleitung

- **Konzernleitung:** umfasst die Lenkung der Geschäftsgebarung der einzelnen Konzernglieder durch die Konzernobergesellschaft.

→ Ergreifung aktiver Maßnahmen und Überwachungsmaßnahmen, die Teil der Konzernleitung sind und daher auch in die Kompetenz des geschäftsführenden Organs der Konzernobergesellschaft fallen. Für das Vorliegen (tatsächlicher) „einheitlicher Leitung“ ist vor allem die Steuerung im Finanzbereich maßgebend (gemeinsame Budgetplanung, Cash Pooling etc).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern – Konzernüberwachung

- **Konzernüberwachung:** der Vorstand der Konzernobergesellschaft übt im Rahmen der „Beteiligungsverwaltung“ wesentliche Überwachungsfunktionen aus.
- Daneben tritt der AR der Konzernobergesellschaft und überwacht die Tätigkeit „seines“ Vorstands.
  - Überwachungs- und Leitungsmaßnahmen umfassen insgesamt Personalmaßnahmen, Zustimmungspflichten, Konzernplanung, Unternehmenssteuerung gegenüber nachgeordneten Konzerngesellschaften und Ansiedlung bei der Konzernobergesellschaft, Informations- und Controlling-Organisation.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Die vielfältigen Verflechtungen unterschiedlicher Rechtsträger, deren Organwalter bzw Repräsentanten und die nicht immer gleichgelagerten Interessen innerhalb eines Konzerns begründen den Bedarf nach einer Konzern-CG.
- Innerhalb eines Konzerns soll es immer einen **Interessenausgleich zwischen der leitenden Gesellschaft und den einzelnen, rechtlich selbständigen Konzerngliedern geben**.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Wie weit Konzernleitung und -überwachung gehen dürfen, hängt stark von der **Strukturierung des Konzerns** ab, vor allem von der **Rechtsform der nachgeordneten Konzernunternehmen** (§ 70 AktG versus § 20 Abs 1 GmbHG; siehe im Folgenden) und der konkreten **Verankerung** der Existenz des Konzernverbundes in den betroffenen Satzungen, GO, etc.
- Auch die Berücksichtigung der Interessen der beherrschten Unternehmen ist für eine funktionierende Konzernleitung und -überwachung essentiell.
- Zu beachten ist, dass Konzernierung die tatsächliche Ausübung einheitlicher Leitung voraussetzt. Bei einer (Stimmrechts-) Mehrheitsbeteiligung ist ein Konzern zwar zu vermuten; diese Vermutung kann aber entkräftet werden.
- § 11 Abs 2 ÖIAG-G (das Gesetz trägt noch immer diesen Namen, obwohl der Firmawortlaut der ÖIAG seither mehrmals geändert wurde) enthält eine „negative“ Konzernbestimmung, dh die Österreichische Beteiligungs AG (ÖBAG) bildet mit ihren Beteiligungen keinesfalls einen Konzern („Die Bildung eines Konzernverhältnisses…… ist ausgeschlossen“).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Aus Sicht der Konzern-CG ist auch zu klären, inwieweit eine Konzernstrategie entwickelt werden kann und welche Maßnahmen die Durchsetzung derselben gewährleisten.

→ organisationsrechtliche Themen, aber auch Interessenwahrung etwaiger anderer (Minderheits-) Gesellschafter und des Minderheitenschutzes.

→ Konzernleitung und -überwachung dürfen nicht ausschließlich aus dem Blickwinkel der leitenden Gesellschaft beurteilt werden.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Regelungen zur Steuerung und Überwachung von Gesellschaften mit Konzernbezug finden sich an verschiedenen Stellen im Gesetz, zB die Erstreckung des Auskunftsrechts des AR einer AG gemäß § 95 Abs 2 AktG auf die Beziehung der Gesellschaft zu Konzernunternehmen.
- Auch der **ÖCGK bezieht sich auf wesentliche konzernrelevante Geschäfte** von Tochtergesellschaften und unterstellt damit zu Recht, dass es **zu den gesetzlichen Pflichten des AR der Konzernobergesellschaft gehört, auch für wesentliche konzernrelevante Geschäfte von Tochtergesellschaften seine Zustimmungspflich**t und entsprechende ziffernmäßige Genehmigungsgrenzen **vorzusehen**.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Unter CG-Gesichtspunkten ergibt sich aus der fehlenden Rechtspersönlichkeit eines Konzerns und mangels gesetzlicher Grundlage, dass es keine Konzernorgane gibt.
- In der Praxis häufig verwendete Bezeichnungen wie „Konzernvorstand“ / „Konzern-AR“ sind deshalb irreführend.
- Denn Vorstand und AR einer Konzernobergesellschaft sind nicht befugt, in die Leitung der „untergeordneten“ Konzernglieder direkt einzugreifen und rechtlich verbindliche Weisungen zu erteilen.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Auch wenn es kein kodifiziertes Konzernrecht gibt, bestehen relevante gesetzliche Regelungen und allgemein gültige Verhaltensgebote und -verbote, die den Rahmen für die Konzernleitung und -überwachung vorgeben, zB:
  - Auskunftsrechte der Aktionäre nach § 118 AktG bzw § 22 GmbHG
  - Auskunftsrechte des AR gemäß § 95 AktG bzw § 30j GmbHG
  - Treuepflichten
  - Verbot der Einlagenrückgewähr (insb und gerade auch zu Gunsten eines beherrschenden Gesellschafters)
  - Gebot zur Etablierung eines konzernweiten Informations- und Kontrollsystems
  - Eigenkapitalersatzrecht

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern - Konzernleitung als Pflicht des Vorstands?

- Die Konzernleitungspflicht bzw deren (im Einzelnen in D und Ö überaus strittiger) Umfang ergibt sich aus der allgemeinen Leitungsfunktion des Vorstands und der Tatsache, dass es sich bei den Beteiligungen an nachgeordneten Gesellschaften um Vermögen der Obergesellschaft handelt, zu dessen Verwaltung zum Wohle der letzteren deren geschäfts-führendes Organ verpflichtet ist, wobei die zur Beurteilung der Pflichten relevante Ebene jene der herrschenden AG ist.
- Relevante Entscheidungsparameter für den Vorstand sind:
  - Förderung des Wohls der Gesellschaft
  - Art und Ausmaß der Beteiligung
  - Unternehmensgegenstand/Satzung
  - Wirtschaftliche Situation

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

Stellung des AR in der Konzernobergesellschaft bei Konzernüberwachung und -leitung:

- Pflicht zur Überwachung des „Konzernvorstands“ trifft den „Konzern-AR“.
- Der Kern der Überwachungspflicht des AR kann folgendermaßen umschrieben werden:
  - Aufbau der Konzernstruktur
  - Überwachung von bereits abgeschlossenen Sachverhalten
  - Festlegung der Konzernstrategie
  - Prüfung konzernrelevanter Einzelgeschäfte

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

Die (rechtliche) Durchsetzbarkeit und Struktur der Konzernleitung und Konzernüberwachung hängen freilich von den Gesellschaftsformen der Tochtergesellschaften ab.

AG: Die Grenzen der Einflussnahme sind hier eher eng gezogen.

- Die Organe der Konzerngesellschaften haben primär im Interesse der eigenen Gesellschaft zu handeln.
- Berücksichtigung der Interessen der Konzernobergesellschaft ist nur im Rahmen des § 70 AktG zulässig.
- Nach wohl hM, der sich auch der OGH angeschlossen hat (OGH 9 ObA 28/07v DRdA 2009, 497 [*Jabornegg*]), kann auch der Vst der AG – zumindest auf vertraglicher Basis – ungeachtet des § 70 AktG an Weisungen gebunden werden, wenn und soweit dadurch das vom Vst zu verantwortende Unternehmensinteresse nicht beeinträchtigt wird.
- Kapitalerhaltungsvorschriften beschränken die Zugriffsmöglichkeiten der Aktionäre zugunsten der Gesellschaftsgläubiger.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

Anders bei der **GmbH**:

- Durch das umfassende und auch das Tagesgeschäft erfassende Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den GF (§ 20 Abs 1 GmbHG) ist die Möglichkeit der Einflussnahme und Konzernleitung wesentlich erleichtert; oberstes Organ ist die Gesellschafter-versammlung.
- Dies berührt auch stark die Stellung des AR in der GmbH. Dieser hat nämlich zB bei den zustimmungspflichtigen Geschäften (§ 30j Abs 5 GmbHG) eine entgegengesetzte Meinung der Gesellschafter zu respektieren.
- Bei einer 100%-Tochtergesellschaft ist die Einflussnahme am einfachsten und intensivsten sowie völlig formfrei (zB mündliche Weisungen an die GF) möglich.
- Sind andere konzernfremde Gesellschafter an der GmbH beteiligt, sind va die Rechte der Minderheitsgesellschafter zu beachten.
- Das Weisungsrecht berechtigt nach hM auch zur Erteilung von der GmbH wirtschaftlich nachteiligen Weisungen (soweit es sich nicht um Einlagenrückgewähr handelt).
- Ein heikle und umstrittene Frage ist, wie sich dieser Umstand zur Haftungsbefreiung bei Weisungsbefolgung (§ 25 Abs 5 GmbHG e contrario) verhält. Überzeugend ist die Ansicht, dass bei einem Geschäft, das bei verständiger ex ante Betrachtung den Bestand der Gesellschaft nicht gefährdet, mangels Rechtswidrigkeit des Verhaltens der GF eine Haftung endgültig ausscheidet (und nicht gleichsam „schwebend“ fortbesteht), selbst wenn die Gesellschaft als Folge der Weisungsbefolgung später insolvent wird.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern – Zustimmungsvorbehalte

- **Zustimmungsvorbehalte** bei wichtigen Geschäften des Vorstandes sind ein zentrales Mitwirkungs- und **Kontrollinstrument des AR, nicht nur in der Einzelgesellschaft, sondern auch im Konzern**.
- Dem AR der Konzernobergesellschaft ist es dadurch möglich, grundlegende Geschäftsführungsmaßnahmen seiner Zustimmung zu unterwerfen und so die Hand über für die Gesellschaft und den Konzern wesentliche Geschäfte und Maßnahmen zu haben.
- Durch Zustimmungsvorbehalte wird ein Netz an Kontrolle und Information des AR und damit an Informationsaufbereitung durch den Vorstand geschaffen.
- Vgl zustimmungspflichtige Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG.
- Verpflichtung des AR, den gesetzlichen Katalog nicht nur betreffend Betragsgrenzen zu konkretisieren, sondern auch durch „Erweiterungsbeschluss“ (§ 95 Abs 5, letzter Satz AktG) den Verhältnissen der Gesellschaft anzupassen (zahlreiche Arten von Geschäften – zB Miet- und Pachtverträge, Syndikatsverträge etc - sind im Gesetz nicht genannt).
- Streitfrage: Darf der AR auch ein Einzelgeschäft (von dessen geplanter Umsetzung er zB gerade erfahren hat) an seine Zustimmung binden (arg „Arten von Geschäften“ in § 95 Abs 5, letzter Satz AktG)? Richtigerweise ist die Frage zu verneinen; es besteht danach auch kein Bedarf (gegenteilig der BGH in D).

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern - Zustimmungsvorbehalte

- Ob ein Geschäft – auch bei konzernweiter Auslegung der Genehmigungstatbestände – der Zustimmungspflicht des AR der Konzernobergesellschaft unterliegt, hängt davon ab, ob auch eine **Relevanz des Geschäfts für den Konzern,** dh die Konzernobergesellschaft, vorliegt.
- Liegt ein konzernrelevantes Geschäft auf Ebene eines Konzerngliedes vor, ist dieses auch vom AR der Konzernobergesellschaft zu genehmigen. Nach umstrittener, aber richtiger Auffassung kann der AR der Obergesellschaft den Vorstand – im Rahmen des rechtlich Möglichen – dazu anhalten, dafür zu sorgen, dass konzernrelevante Geschäfte in Tochtergesellschaften auch der Zustimmung des AR der Obergesellschaft unterworfen werden. Es empfiehlt sich die Verankerung in der Vst-GO und allenfalls auch im Anstellungsvertrag.
- ABER: Die Geschäftsleitung einer beherrschten Tochtergesellschaft darf ein Geschäft, das deren AR nicht genehmigt, nicht schon deshalb abschließen, weil der AR der Konzernobergesellschaft genehmigt.
- Das bedeutet, dass sowohl die Nichteinholung der Zustimmung des eigenen AR als auch ein Handeln gegen dessen Ablehnung (weil der AR der Obergesellschaft das Geschäft genehmigt hat), pflicht- und damit rechtswidrig ist und den Vst vor allem in punkto Beweislastverteilung in eine schlechte Position bringt, wenn aus dem Geschäft ein Schaden entsteht.
- Die Situation ist also nicht gleichgelagert wie jene innerhalb einer GmbH, wo die GF eine Zustimmung oder Ablehnung der Generalversammlung betreffend ein genehmigungspflichtiges Geschäft zu beachten hat und auch dann haftungsfrei gegenüber der Gesellschaft wird, wenn der AR der GmbH gegenteilig entschieden hat.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern – Informationsrechte und -pflichten

- Besteht kein ordentliches Informationsregime, geht zwangsläufig jede Kontrolle und jeder Zustimmungsvorbehalt ins Leere.
- Innerhalb eines Konzerns sind bestimmte konzernbezogene Informationsrechte etabliert, die zu einer Informationsasymmetrie innerhalb des Konzerns führen. Die Konzernobergesellschaft soll sich für ihre Entscheidungsfindung ein Bild von den Tochtergesellschaften machen können.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern – Informationsrechte und -pflichten

- Bei der **GmbH** ist das Informationsrecht umfassender.
- Die Gesellschafter haben ein umfassendes Informationsrecht auch außerhalb der Generalversammlung.
- In der Lit befürworten zB *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG, 3. Auflage § 22 Rz 39) einen Anspruch auf Information auch gegenüber abhängigen Unternehmen, sofern es um Tatsachen geht, die für die (herrschende) GmbH selbst relevant sind.
- Zu beachten sind auch datenschutzrechtliche Aspekte, va bei konzernweiter Datenweitergabe.

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

- Maßnahmen des **Vorstands** zur Informationsbeschaffung:
  - Organisation von Internen Kontrollsystemen und Rechnungswesen
  - Controlling und Risikomanagement
  - Compliance Systeme (rechtliche Grundlage und Reichweite überaus umstritten)
  - Interne Revision
- Das Berichtsregime des **AR** umfasst:
  - Jahresberichte, Quartalsberichte, Sonderberichte
  - Anforderungsberichte und Vorlageberichte

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

Vermeidung von Interessenkonflikten im Konzern:

- Es gilt, neben den Interessenkonflikten der einzelnen Stakeholder (Aktionäre, Arbeitnehmer, Öffentlichkeit) und Organe die Interessen unterschiedlicher, wirtschaftlich verbundener Unternehmen auszugleichen.
- In Konzernstrukturen entstehen Interessenkonflikte insb für Organe der beherrschten Gesellschaften, die oft Interessen mehrerer Konzernglieder vertreten.
- Bei Zustimmungsvorbehalten in Tochtergesellschaften stellt sich daher immer die Frage, ob entsandte AR-Mitglieder die Interessen der eigenen Gesellschaft in den Hintergrund stellen und „Konzerninteressen“ verfolgen.

→ Inkompatibilitätsregelungen und Offenlegungsverpflichtungen

universität wien
Postgraduate Center

CG im Konzern

Verschwiegenheitspflichten:

- Grundsätzlich gilt der Vorstand als Souverän der Information, dh er entscheidet über die Weitergabe innerhalb der eigenen Gesellschaftsstruktur und auch gegenüber verbundenen Unternehmen.
- AR und Vorstand trifft eine Verschwiegenheitspflicht. Für Konzerne kann in Anbetracht der dort zulässigen Organverflechtungen eine gewisse, begrenzte Aufweichung der Verschwiegenheitspflicht abgeleitet werden. Dh ein gewisser Informationsfluss in Richtung beherrschender Gesellschafter ist zulässig, dh Informationsweitergabe zw AR/Vst der Tochtergesellschaft und der Konzernobergesellschaft ist grds zulässig.
- Begrenzungen ergeben sich durch zwingende Interessen beherrschter Gesellschaften und bei Existenz außenstehender Gesellschafter auch durch das Gleichbehandlungsgebot des § 47a AktG. Dieses setzt aber nach dem Wortlaut des Gesetzes „gleiche Verhältnisse“ voraus.

universität wien
Postgraduate Center

Vorstandsvergütung als „CG-Dauerbaustelle“

universität wien
Postgraduate Center

Vorstandsvergütung als „CG-Dauerbaustelle“

- Bis vor 30/35 Jahren bestand das „klassische“ Vorstandsvergütungsmodell aus einem Fixbezug samt einem variablen Bestandteil, der nicht selten als Ermessenstantieme ausgestaltet und idR mit 50% des Fixums nach oben begrenzt und von einer direkten (vom Unternehmen unmittelbar zu erfüllenden) Pensionszusage mit bis zu 80% des letzten Fixbezuges begleitet war. Das hat sich grundlegend geändert.
- 2001 erleichterte das Aktienoptionen-Gesetz (AOG) die Gewährung von Aktienoptionen (kein Umweg mehr über Wandelschuldverschreibungen).
- Der ÖCGK 2002 enthielt schon diverse Empfehlungen zur Vorstandsvergütung.
- 2011 traten – unionsrechtlich vorgegeben und als unmittelbare Folge der globalen Finanzkrise – umfassende und sehr weitreichende Änderungen für die Vergütung von Geschäftsleitern (und „Risktakers“ sowie Mitarbeitern in Schlüsselpositionen) in Kreditinstituten in Kraft (§ 39b BWG samt Anlage; dazu unten).
- 2012 erfolgte (drei Jahre später als in D) ein erster Eingriff im AktG: § 78 Abs 1 AktG verlangt seither (quasi im Nachvollzug des ÖCGK) ua, dass die Vergütung „*langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung*“ setzen müsse.
- In der Zwischenzeit hat sich gezeigt, dass vor allem bei börsenotierten Gesellschaften – ohne Bestehen eines gesetzlichen Zwanges – das vom BWG verpflichtend vorgeschriebene Modell der über mehrere (laut BWG: fünf; die RL verlangt nur drei) Jahre verteilten, verzögerten und an die Erfüllung von Erfolgsparametern in den Folgenjahren geknüpfte Auszahlung variabler Vergütungen Schule gemacht hat und mehrere wichtige Emittenten so ein Modell – wenn auch weniger komplex als in KI – umgesetzt haben. Dies geschieht auch unter dem wachsenden Einfluss von Vergütungs- und Stimmrechtsberatern.
- Vorläufiger, aber sicher nicht endgültiger Schlusspunkt der Entwicklung ist die Zweite Aktionärsrechte-Richtlinie und deren Umsetzung im AktG im Jahre 2019, womit der Hauptversammlung das Recht eingeräumt wurde, bei der Vergütung von Vorstand und AR mitzureden und die Verwaltung der Gesellschaft verpflichtet wird, eine Vergütungspolitik aufzustellen und einen Vergütungsbericht zu verfassen („Say on pay“; dazu im Folgenden).

universität wien
Postgraduate Center

Say on Pay - Vergütungsregeln für Vorstand & AR

- **„Say on Pay“** bezeichnet das Recht der Hauptversammlung (HV) auf Abstimmung über die Vergütung von Mitgliedern des Vorstandes und des AR (Unternehmensleitung). Dies geschieht in der Form, dass der AR eine **Vergütungspolitik** für den Vst und für den AR selbst aufzustellen und der HV zur – rechtlich unverbindlichen (!) – Beschlussfassung vorzulegen hat; für das jeweils abgelaufene Geschäftsjahr ist ein ausführlicher **Vergütungsbericht** zu verfassen und ebenfalls der HV zur Beschlussfassung vorzulegen.

- In Umsetzung der **2. AktionärsrechteRL** (RL 2017/828) wurde durch das **AktRÄG 2019** eine entsprechende HV-Zuständigkeit im AktG geschaffen.

universität wien
Postgraduate Center

Inhaltliche Vorgaben an die Organvergütung vor dem AktRÄG 2019

- Vor dem AktRÄG 2019 hatte der AR gem § 78 Abs 1 AktG zu beachten, dass die Gesamtbezüge der **Vorstandsmitglieder** in einem angemessenen Verhältnis zu Aufgaben und Leistungen des konkreten Vorstandsmitglieds, Lage der Gesellschaft und marktüblicher Vergütung stehen und auf langfristige Incentivierung ausgerichtet sind.

- C-Regel 27 ÖCGK:

  *„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, einschließlich ökologischer, sozialer oder Governance-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 Vergütungs-komponenten **zurückfordern kann**, wenn sich herausstellt, dass diese auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten ausgezahlt wurden.“*

universität wien
Postgraduate Center

Inhaltliche Vorgaben an die Organvergütung vor dem AktRÄG 2019

- § 98 Abs 1 AktG:

*„Den **Aufsichtsratsmitgliedern** kann für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende Vergütung gewährt werden. Ist die Vergütung in der Satzung festgesetzt, so kann eine Satzungsänderung, durch die die Vergütung herabgesetzt wird, von der Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.“*

- C-Regel 51 ÖCGK:

„Die im Berichtszeitraum gewährten Vergütungen für Aufsichtsrats-mitglieder 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.“

universität wien
Postgraduate Center

Say on Pay – Vergütungsregeln für Vorstand & AR

- Gemäß den 2019 eingeführten §§ 78a bis 78e sowie 98a AktG hat der **AR die Grundsätze für die Vergütung der Unternehmensleitung aufzustellen („Vergütungspolitik“).** Darunter fällt nicht das konkrete Ausmaß an Vergütung für die einzelnen Mitglieder.
- Aufgrund des AktRÄG 2019 gilt, dass die Vergütungspolitik einen für zukünftige Geschäftsjahre verbindlichen (aber vom AR abänderbaren) Rahmen vorgibt, innerhalb dessen die Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung liegen muss und dass „wesentliche“ Abweichungen der Vergütungspolitik wiederum der HV zur Beschlussfassung vorzulegen sind.

universität wien
Postgraduate Center

Say on Pay- Vergütungsregeln für Vorstand & AR

- Für den AR und dessen Mitglieder bestimmt § 98 Abs 1 AktG, dass den AR-Mitgliedern für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende Vergütung gewährt werden kann; dafür ist allein die HV zuständig.
- In börsenotierten AG/SE hat der AR eine Vergütungspolitik zu formulieren, in der die Grundsätze für die Vergütung von Vorstand und AR enthalten sind (§ 78a Abs 1 ff, für den AR iVm § 98a AktG).
- Die Vergütungspolitik dient quasi als abstraktes Regelwerk für die Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung über einen höchstens vierjährigen Zeitraum.

universität wien
Postgraduate Center

Vergütungspolitik

- Ist vom AR aufzustellen. Das gilt auch für die Vergütungspolitik des AR selbst (hier hat freilich die HV wegen § 98 AktG das Sagen, weil innerhalb der Gesellschaft in deren Namen nur die HV dem AR eine Vergütung für seine Tätigkeit bindend zuerkennen kann).
- Die Vergütungspolitik muss den Aktionären bei jeder „wesentlichen“ Änderung und mindestens alle vier Jahre zur Abstimmung vorgelegt werden.
- Diese Abstimmung hat **nur empfehlenden Charakter,** und der Beschluss kann nicht angefochten werden (§ 78b Abs 1 AktG); bei Ablehnung muss in der nächsten HV eine „überprüfte“ (dh: nicht notwendigerweise inhaltlich geänderte!) Vergütungspolitik vorgelegt werden.
- Abgesehen davon kommen die allgemeinen Regeln über die Beschlussfassung in der HV zur Anwendung.
- Die **vorgelegte Vergütungspolitik** bildet sodann die **Basis für die Entlohnung von Vorstand und Aufsichtsrat** und ist am zweiten Werktag nach der HV für die Dauer ihrer Gültigkeit auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen (§ 78b Abs 3 AktG).
- Zu bejahen ist die Frage, ob Vorstandsmitglieder auch in Abweichung von der Vergütungspolitik entlohnt werden dürfen, wenn die Abweichung nicht „wesentlich“ ist und daher die Änderung der Vergütungspolitik der HV noch gar nicht vorgelegt werden muss (Antinomie zwischen § 78b Abs 1, erster Satz und § 78b Abs 2, erster Satz AktG).
- Außergewöhnliche Umstände → Abweichen von Vergütungspolitik möglich; aber dies muss in der Vergütungspolitik vorbehalten und genau beschrieben werden (§ 78a Abs 8 AktG). COVID 19 hat zu konkreten Anlassfällen und tw auch zu Konflikten mit Stimmrechts- und Vergütungsberatern geführt.

universität wien
Postgraduate Center

Vergütungspolitik

Erforderliche Mindestinhalte der Vergütungspolitik (§ 78a Abs 2-7 AktG):

- eine Beschreibung **sämtlicher fester und variabler Vergütungsbestandteile** (inkl Fringe Benefits);
- eine Erläuterung, wie die **Vergütungspolitik** die Vergütungen und Arbeitsbedingungen der **Arbeitnehmer der Gesellschaft** berücksichtigt,
- eine **Beschreibung der Kriterien und Methoden**, nach denen variable Vergütungsbestandteile gewährt werden und Informationen zu allfälligen Wartefristen und zur Möglichkeit der Gesellschaft zu enthalten, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern (sog "**Clawback-Klauseln";** das Gesetz enthält aber keine Verpflichtung, solche vorzusehen);
- die **Laufzeit der Verträge der Vorstandsmitglieder** (nach der neuen C-Regel 38c ÖCGK sollen Erstbestellungen mindestens auf drei Jahre erfolgen) inkl Kündigungsfristen, die Hauptmerkmale von Zusatzrentensystemen und Vorruhestandsprogrammen sowie die Bedingungen für die Beendigung und die Zahlungen iZm der Beendigung;
- Prozessvorgaben für die Festsetzung, Überprüfung und Umsetzung der Vergütungspolitik (inkl etwaiger Ausschusszuständigkeiten, wobei der Beschluss über die Vergütungspolitik für den Aufsichtsrat der Mitbestimmung unterliegt) und zur Vermeidung und zum Umgang mit Interessenkonflikten. Es ist strittig, ob nur die Vorbereitung oder auch die Beschlussfassung über die Vergütungspolitik einem Ausschuss des AR überlassen werden kann. ME ist letzteres überzeugender.

universität wien
Postgraduate Center

Vergütungsbericht

- Vorstand und AR börsenotierter AG/SE haben auf **Grundlage der vorgelegten Vergütungspolitik jedes Jahr** einen (gemeinsamen) Vergütungsbericht zu erstellen, der über die im vergangenen Jahr gewährte oder zugesicherte Vergütung informiert.
- Jeder Vergütungsbericht muss den Aktionären zur Abstimmung vorgelegt werden.
- Wie bei der Vergütungspolitik hat der Beschluss nur **empfehlenden Charakter** und ist nicht anfechtbar.

universität wien
Postgraduate Center

Vergütungsbericht

Der **Inhalt des Vergütungsberichts ist in § 78c Abs 2 AktG** geregelt und umfasst:

- die **Gesamtvergütung**, aufgeschlüsselt nach Bestandteilen, den relativen Anteil von festen und variablen Vergütungsbestandteilen sowie eine Erläuterung, wie die Gesamtvergütung der Vergütungspolitik entspricht, einschließlich von Angaben dazu, wie die Gesamtvergütung die langfristige Leistung der Gesellschaft fördert und wie die Leistungskriterien angewendet wurden;
- die **jährliche Veränderung der Gesamtvergütung**, des wirtschaftlichen Erfolgs der Gesellschaft und der durchschnittlichen Entlohnung der sonstigen Beschäftigten der Gesellschaft auf Vollzeitäquivalenzbasis, zumindest für die letzten fünf Geschäftsjahre und in einer Weise, die einen Vergleich ermöglicht;
- **jegliche Vergütung von verbundenen Unternehmen** (§ 189a Z 8 UGB);
- die **Anzahl der gewährten oder angebotenen Aktien und Aktienoptionen** und die wichtigsten Bedingungen für die Ausübung der Rechte, einschließlich des Ausübungspreises, des Ausübungsdatums und etwaiger Änderungen dieser Bedingungen;
- Informationen dazu, ob und wie von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern;
- **Informationen zu etwaigen Abweichungen von dem Verfahren zur Umsetzung der Vergütungspolitik** nach § 78a Abs 2 bis 7 AktG und zu etwaigen Abweichungen, die gemäß § 78a Abs 8 AktG praktiziert wurden, einschließlich einer Erläuterung der Art der außergewöhnlichen Umstände, und die Angabe der konkreten Teile, von denen abgewichen wurde.

universität wien
Postgraduate Center

Vergütungsbericht

- Jeder vorgelegte Vergütungsbericht ist nach der HV für **zehn Jahre auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen** (§ 78e Abs 1 AktG).
- Der Vergütungsbericht ist gem § 78e AktG vom **Abschlussprüfer** formell zu prüfen, dh dahingehend, ob die erforderlichen Angaben enthalten sind und diese im Internet zur Verfügung gestellt werden – nicht hingegen auf inhaltliche Richtigkeit.
- Die jüngere HV-Praxis hat tw gezeigt, dass Vergütungs- bzw Stimmrechtsberater nicht zwischen Vergütungspolitik und Vergütungsbericht unterscheiden (können) und ein mangelndes Einverständnis mit der Vergütungspolitik auch auf das empfohlene Abstimmungsverhalten zum Vergütungsbericht übertragen, obwohl letzterer nur die Aufgabe hat, die zugesagte und gewährte Vergütung korrekt abzubilden. Es gab sogar Stimmrechtsberater, die eine Empfehlung für die Vergütungspolitik, aber gegen den Vergütungsbericht abgaben.

universität wien
Postgraduate Center

Related Party Transactions

Transparenz von und Zustimmung zu Geschäften mit (der Gesellschaft) nahestehenden Unternehmen oder Personen

- Ziel: wie kann man verhindern, dass herrschende Aktionäre oder Organmitglieder der AG Vermögenswerte rechtswidrig entziehen
- Umsetzung in § 95a AktG (eingefügt durch das AktRÄG 2019)
- **„wesentliche Geschäfte“**
  - Berücksichtigung des Einflusses, den Informationen über das Geschäft auf die wirtschaftliche Entscheidung der Aktionäre haben können
  - Berücksichtigung des Risikos, das für die Gesellschaft und die Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, mit dem Geschäft verbunden ist.

universität wien
Postgraduate Center

Related Party Transactions

- In börsenotierten Gesellschaften bedarf ein „wesentliches Geschäft“ mit nahestehenden Rechtsträgern (physischen oder juristischen Personen) der Zustimmung des AR. Dies gilt ebenfalls aufgrund der Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechte-RL.

- **Wesentlichkeit eines Geschäftes (§ 95a Abs 3 AktG)**
  - Der Wert des entsprechenden Geschäftes übersteigt 5 % der Bilanzsumme der AG (sehr großzügige Grenze, die den konkreten Anwendungsbereich sehr einschränkt): Zustimmung des AR erforderlich
  - bei Überschreiten von 10 % der Bilanzsumme: Veröffentlichung des konkreten Inhaltes des Geschäftes auf der Webseite der Gesellschaft
  - Zusammenrechnung mehrerer, isoliert betrachtet unwesentlicher Geschäfte innerhalb eines Geschäftsjahres

universität wien
Postgraduate Center

Related Party Transactions

- **Nahestehende Unternehmen und Personen** (§ 95a Abs 1 AktG)
  - als nahestehende Rechtsträger werden gemäß § 95a Abs 2 AktG Unternehmen und Personen (also juristische und physische Personen) verstanden, die diese Eigenschaft nach der Begriffsbildung in IAS 24 (VO [EG] 1606/2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards) aufweisen.
  - Nahestehende natürliche Personen: beherrschende Aktionäre (mindestens 20 % der Stimmrechte), Organmitglieder oder das Management in Führungspositionen, Familienangehörige
  - Nahestehende Unternehmen: ua Gesellschaften derselben Unternehmensgruppe, Joint Ventures sowie Gesellschaften, die durch eine nahestehende natürliche Person beherrscht werden

universität wien
Postgraduate Center

Related Party Transactions

Geschäfte, die

- im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb
- und zu marktüblichen Preisen abgeschlossen wurden (kumulative Voraussetzungen!)

sind von der Genehmigungs- und Offenlegungspflicht ausgeschlossen (§ 95a Abs 6 AktG).

Das bedeutet richtigerweise letztlich, dass Geschäfte, für die es gar keinen marktüblichen Preis gibt (also zB Errichtung von Anlagen, Gebäuden, Projektgeschäft etc), nicht unter die Ausnahme fallen können.

Zu beachten ist, dass gute Corporate Governance (nicht nur in börsenotierten Gesellschaften!) es gebietet, Genehmigungsvorbehalte für den AR schon bei viel geringeren Betragsgrenzen vorzusehen, als sie § 95a AktG enthält und dass sich solche Genehmigungsvorbehalte uU schon aus anderen Rechtsvorschriften ergeben.

Der wesentliche normative Gehalt des § 95a AktG besteht daher in der Pflicht zur Veröffentlichung solcher – allerdings nur sehr groß dimensionierter (nämlich wertmäßig 10% der Bilanzsumme übersteigender) – Geschäfte und ihrer Konditionen.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

- Situation in Kreditinstituten seit 2011
- §§ 39b BWG samt Anlage sowie § 39c BWG wurden in Umsetzung der RL 2010/76/EU (auch bekannt als CRD III) ins BWG eingefügt.
- Die durch die CRD III eingeführten und seither schon mehrfach geänderten bzw verfeinerten Vergütungsbeschränkungen sind eine unmittelbare **Reaktion auf die Finanzkrise 2008.** Es soll damit primär verhindert werden, dass Entscheidungsträger in Kreditinstituten aufgrund der dort verwendeten Vergütungsmodelle für „Erfolge“ belohnt werden, die sich als vorübergehend herausstellen und in Folgeperioden sogar zu einem finanziellen Verlust für das Unternehmen führen.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

- Die Vergütungsbestimmungen des BWG verpflichten **Kreditinstitute** zur Festlegung und Anwendung einer Vergütungspolitik, die die persönlichen Zielsetzungen der Mitarbeiter an die langfristigen Interessen ihres Instituts angleicht.
- Erreicht werden soll dies va dadurch, dass die Gewährung und Auszahlung variabler Vergütung (Boni, Prämien) sowohl durch die Nachhaltigkeit der individuellen Leistung als auch durch eine solide wirtschaftliche Lage des gesamten Kreditinstituts bedingt sein muss.
- Umgekehrt ist eine variable Vergütung unzulässig, wenn sich die prämierte Leistung als nicht nachhaltig erweist oder die Finanzlage des Instituts dem entgegensteht.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

- Die Vergütungsbestimmungen des BWG regeln die gesamte Vergütungspolitik und -praktiken in Kreditinstituten und umfassen daher grundsätzlich alle Bezüge der davon erfassten Mitarbeiter. Dies sind nicht nur die Geschäftsleiter, sondern auch AR-Mitglieder, Angehörige des „höheren Managements“, Mitarbeiter mit Managementverantwortung für Kontrollaufgaben oder wesentliche Geschäftsbereiche, Mitarbeiter mit einer jährlichen Vergütung von mindestens EUR 500.000.--, sofern dies mindestens dem Durchschnitt der Vergütung der Geschäftsleiter entspricht und Mitarbeiter in einem wesentlichen Geschäftsbereich, deren Tätigkeit sich erheblich auf das Risikoprofil des Geschäftsbereiches auswirkt.

→ Die Vergütung teilt sich dabei in **fixe und variable** (dh erfolgs- oder von sonstigen Kriterien abhängige) Bestandteile; das Hauptaugenmerk des BWG liegt aber auf der Regulierung der variablen Vergütung.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

- **§ 39b BWG samt Anlage** enthalten eine detaillierte Regelung sowohl im Hinblick auf die Bemessung der variablen Vergütung als auch die Modalitäten der Auszahlung.
- **Z 8a bis 8e** der Anlage zu § 39b BWG: Die variable Vergütung ist mit 100% des Fixbezugs begrenzt („cap“). Nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich mit qualifizierter Aktionärszustimmung (ua 66% der Stimmen und einem Präsenzquorum von 50% in der HV) kann der cap auf 200% angehoben werden).
- **Z 11** der Anlage: Ein erheblicher, 50% nicht unterschreitender Anteil der variablen Vergütung besteht aus unbaren Instrumenten.
- **Z 12** der Anlage: Mindestens 40%, bei „besonders hohen“ Vergütungen mindestens 60%, sind für einen fünfjährigen Zeitraum (die RL verlangt bloß drei Jahre) zurückzustellen und dürfen nur verteilt über diesen Zeitraum (nicht schneller als auf proportionaler Basis) ausbezahlt werden, wenn es die finanzielle Lage des KI zulässt und konkrete Erfolgsparameter in den Folgejahren erreicht sind. Dieses Modell macht – wie ausgeführt – seit einiger Zeit (in vereinfachter Form) auch in börsenotierten Gesellschaften Schule, die kein KI sind.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

Malus- und Claw-back Klauseln in Vorstandsverträgen in Kreditinstituten:

- Teil des variablen Vergütungssystems sind gemäß Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG auch Malus- und Rückforderungsvereinbarungen betreffend die variablen Vergütungsbestandteile. Unter „Malus“ versteht man die Vorenthaltung noch nicht ausbezahlter (variabler) Vergütungsbestandteile, „Claw-back“ meint hingegen die Rückforderung schon ausbezahlter Vergütungen.

- Das BWG und die Anlage zu § 39b BWG enthält aber keinen Zwang, solche Vereinbarungen zu treffen (arg „können“ in Z 12 lit a, dritter Satz, zweiter Halbsatz der Anlage, wobei das die FMA anders sieht; richtigerweise und jedenfalls gilt das auch für § 78a Abs 4, letzter Satz AktG). Wenn sie getroffen werden, können sie die gesamte variable Vergütung umfassen und „müssen“ (die gesetzliche Terminologie ist hier in der Tat sehr unglücklich) die Kriterien genau festgelegt werden, wobei das Gesetz insbesondere die Konstellationen der Teilnahme an oder Verantwortung für erhebliche Verlustgeschäfte und die Nichterfüllung persönlicher fachlicher Eignungs- und Zuverlässigkeitserfordernisse erwähnt.

universität wien
Postgraduate Center

Muster Malus- und Clawback-Klausel

(1) Die Gesellschaft kann nach Maßgabe folgender Bestimmungen noch nicht ausbezahlte variable Vergütungsbestandteile herabsetzen und/oder ausbezahlte variable Vergütungsbestandteile zurückfordern.

a) Herabsetzung der variablen Vergütung bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage

Die Gesellschaft, vertreten durch den Vergütungsausschuss des Aufsichtsrates, ist berechtigt, noch nicht ausbezahlte variable Vergütungsbestandteile iSd Pkt (…) dieses Vertrages herabzusetzen, wenn sich die finanzielle Situation oder Ertragslage der Gesellschaft so wesentlich verschlechtert, dass eine volle Aufrechterhaltung der Bezüge unbillig wäre.

Der Vergütungsausschuss des Aufsichtsrates ist berechtigt, bei einer (nachhaltigen) Besserung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft die Kürzung aufzuheben oder zu reduzieren und nach verantwortlichem Ermessen auch aufgrund der Lageverschlechterung vorenthaltene Vergütungsbestandteile nachzuzahlen.

b) Rückforderung und Herabsetzung variabler Vergütungsbestandteile aufgrund von Fehlberechnung und Fehlverhalten.

Die Gesellschaft, vertreten durch den Vergütungsausschuss des Aufsichtsrates, ist darüber hinaus berechtigt, bereits ausbezahlte variable Vergütungsbestandteile iSd Pkt…… dieses Anstellungsvertrages ganz oder teilweise zurückzufordern und noch nicht ausbezahlte variable Vergütungsbestandteile iSd Pkt (…) des Anstellungsvertrages ganz oder teilweise herabzusetzen, wenn

universität wien
Postgraduate Center

Muster Malus- und Clawback-Klausel

- → *sich herausstellt, dass diese Vergütungsbestandteile auf der Grundlage von – sei es auch vom Vorstandsmitglied nicht verschuldeten – offenkundig falschen Daten ausbezahlt bzw errechnet wurden (insbesondere, wenn es zu Bilanzberechtigungen kommt), sodass sich die damals für die Bemessung maßgeblichen Kennzahlen ändern oder*
- → *das Vorstandsmitglied an Handlungen, die zu erheblichen Verlusten geführt haben, teilgenommen hat oder für diese verantwortlich war, oder*
- → *das Vorstandsmitglied wesentliche Gesetzesverletzungen zu vertreten hat, die die konkrete Gefahr einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft geschaffen haben. Das gilt nur dann nicht, wenn die Gesetzesverletzung mit einer Sanktion (zB Verwaltungsstrafe) belegt ist, die allein das Vorstandsmitglied trifft oder allein von diesem getragen wird und sofern der Gesellschaft nicht durch die Gesetzesverletzung nach Einschätzung des Vergütungsausschusses ein aktueller oder potenzieller Nachteil entsteht, der durch die Sanktion nicht ausgeglichen wird (zB Ausschluss der Gesellschaft von öffentlichen Ausschreibungen, Verschlechterung von Finanzierungsbedingungen etc), oder*
- → *das Vorstandsmitglied in anderen Fällen gegen den Sorgfaltsmaßstab nach § 84 AktG verstoßen hat, zB durch Nicht-Einhaltung wesentlicher interner Bestimmungen/Verhaltensanordnungen oder sonstiges grob pflicht- oder sittenwidriges Verhalten, wodurch das Vorstandsmitglied eine konkrete Gefahr einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft geschaffen hat. Das gilt nur dann nicht, wenn die Gesetzesverletzung mit einer Sanktion (zB Verwaltungsstrafe) belegt ist, die allein das Vorstandsmitglied trifft oder allein von diesem getragen wird und sofern der Gesellschaft nicht durch die Gesetzesverletzung nach Einschätzung des Vergütungsausschusses ein aktueller oder potenzieller Nachteil entsteht, der durch die Sanktion nicht ausgeglichen wird (zB Ausschluss der Gesellschaft öffentlichen Ausschreibungen, Verschlechterung von Finanzierungsbedingungen etc), oder*

universität wien
Postgraduate Center

Muster Malus- und Clawback-Klausel

- → *die Gesellschaft rechtskräftig nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) verurteilt wird und die Verurteilung entweder auf einer vom Vorstandsmitglied als „Entscheidungsträger" iSd genannten Gesetzes selbst begangenen Straftat oder auf einer Straftat eines Mitarbeiters gemeinsam mit einer dem Vorstandsmitglied als Entscheidungsträger iSd VbVG zuzurechnenden Sorgfaltspflichtverletzung iSd § 3 Abs Z 2 VbVG beruht oder*
- → *das Vorstandsmitglied rechtskräftig wegen eines gerichtlichen Straftatbestandes iZ mit seiner Tätigkeit als Vorstandsmitglied der Gesellschaft wegen einer Vorsatztat zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilt wird.*

(2) Die Herabsetzung noch nicht ausbezahlter Beträge kann bis zur Vornahme der Auszahlung erfolgen. Die Rückforderung bereits ausbezahlter Beträge kann im Fall b) erster Spiegelstrich bis zu 30 Jahre und in den Fällen b) zweiter bis sechster Spiegelstrich bis zu fünf Jahre erfolgen.

(3) Das Recht der Gesellschaft, auf der Grundlage von rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten des Vorstandsmitgliedes nach den allgemein-zivilrechtlichen und aktienrechtlichen Bestimmungen Schadenersatzansprüche geltend zu machen, wird durch die vorstehenden Bestimmungen in keiner Weise beschränkt.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

- Ein Vergütungsausschuss ist gem § 39c Abs 1 BWG durch den Aufsichtsrat oder das sonst nach Gesetz oder Satzung zuständige Aufsichtsorgan des KI (nur) in Kreditinstituten (KI) einzurichten, deren Bilanzsumme 5 Mrd € übersteigt, oder in KI, die übertragbare Wertpapiere ausgegeben haben, die zum Handel an einem geregelten Markt gem § 1 Abs 2 des BörseG zugelassen sind.

universität wien
Postgraduate Center

(Vorstands)Vergütung nach dem BWG

- Der **Vergütungsausschuss** hat die Vergütungspolitik, dh das vom Institut aufgestellte theoretische Vergütungskonzept sowie deren/dessen praktische Handhabung (=Vergütungspraktiken) zu überwachen.
- In mitbestimmten AR hat dem Vergütungsausschuss mindestens ein Arbeitnehmervertreter (also abweichend von AktG und ArbVG ist dieser Ausschuss weder mitbestimmungsfrei noch drittelparitätisch besetzt) anzugehören und ein Vergütungsexperte, der in KI mit weniger als EUR 5 Mrd Bilanzsumme auch eine nicht dem AR angehörende Person sein kann.

universität wien
Postgraduate Center

Vorstandsvergütung und Golden Handshake

- Die Diskussion entzündete sich an spektakulären Fällen (in D *Mannesmann/Vodafone* mit zweistelligen Millionenbeträgen für die Gegenwehr gegen eine Übernahme mit der Folge hoher Gewinne für die Aktionäre; in der Schweiz SFr 60 Mio für den Novartis-CEO als Abgeltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes – führte zur „Minder-Initiative“ mit einschneidenden Änderungen im Schweizer Recht und Einschränkungen betreffend die Gestaltung der Vorstandsvergütung).
- AR – und uU auch der begünstigte Vst – müssen hier auch das Strafrecht im Auge behalten (Untreue nach § 153 StGB, ein überbegünstigter Vst kann uU Beitragstäter sein; der Fall *Mannesmann* landete vor einem Strafsenat des BGH).
- Vorsicht bei der Gewährung von Vergütungen anlässlich des Ausscheidens, die keine anstellungsvertragliche Grundlage haben (laut BGH in *Mannesmann*: „*kompensationslose Anerkennungsprämien*“, die schon dem Grunde nach unzulässig seien, wenn von ihnen nicht einmal eine Anreizwirkung für das sonstige Management ausgehe; der OGH war in der „*Hirsch-Servo-E*“ 2008 deutlich großzügiger und tolerierte sogar die Zahlung von über die Restlaufzeit hinausgehenden Beträgen durch den AR).
- Der AR kann bei der Vertragsgestaltung – und muss dies bis zu einem gewissen Maß – Vorkehrungen treffen, damit im Beendigungsfall Abfindungen nicht zu hoch werden. Die Gestaltungsfreiheit zu Lasten des Vorstandes ist dabei laut Rsp sehr groß: Koppelungsklauseln, die an die Abberufung auch aus unverschuldeten Gründen die sofortige Auflösung des Anstellungsvertrages bzw zumindest dessen Auflösbarkeit knüpfen, sind laut OGH zulässig (OGH 3 Ob 251/07v; 1 Ob 190/09m), zu beachten ist laut nur die vierwöchige Kündigungsfrist des § 1159a Abs 1 ABGB; seit dessen Aufhebung gilt wohl eine angemessen Frist.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance im Allgemeinen

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen - Begriff FG

- Vom Begriff Corporate Governance abgeleitet.
- Bei Stiftungen handelt es sich um nicht körperschaftlich organisiertes und eigentümerloses Zweckvermögen.

→ Corporate Governance Regeln nicht unmittelbar anwendbar.

- Der Begriff der CG wurde zur “Foundation Governance“ weiterentwickelt.

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen - Begriff FG

- Die Mehrdeutigkeit und Ambivalenz von „Corporate Governance“ trägt auch der Begriff „Foundation Governance“ naturgemäß in sich.
- *„Damit ist der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Überwachung einer Stiftung gemeint. Dies heißt, dass die Stiftung und ihre Beteiligten durch ein angemessenes Organisationsgefüge kontrolliert und vor Fehlverhalten geschützt werden sollen*“ (*Dominique Jakob*).
- *„Foundation Governance ist die Gesamtheit der auf die Interessen des Stifters, der Destinatäre und der anderen Anspruchsgruppen ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung der Gestaltungs- und Entscheidungsfähigkeit des Stiftungsrates eine wirksame Umsetzung des Stiftungszweckes, ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle sowie angemessene Transparenz anstreben*“ (*Thomas Sprecher*).
- Es gibt keine international gefestigte Definition.
- Die Schwierigkeit bei der Gestaltung von Foundation Governance liegt darin, trotz Fehlens von Eigentümern oder Mitgliedern ein effektives und ausgewogenes Kontrollsystem einzurichten und zwar eines, das auch nach dem Ableben des Stifters noch funktioniert.

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen - Ziel von FG

- Ziel einer guten Governance ist, dass die Stiftung und ihre Beteiligten durch ein angemessenes Organisationsgefüge kontrolliert und vor Fehlverhalten geschützt werden.

- Grundsätzlich zwei Möglichkeiten samt Kombination der beiden Ansätze:
  1. **Externe Governance**: Kontrolle durch staatliche Kontrollkörper (verwaltungsbehördlicher oder gerichtlicher Natur)
  2. **Interne Governance**: Kontrolle kann durch gegenseitige Kontrollrechte auch den Stiftungsbeteiligten selbst zugewiesen werden.

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen

- Es wurden von verschiedenen Ländern diverse Codes entwickelt mit dem Versuch, Foundation Governance in Richtlinien, Prinzipien oder Handlungsempfehlungen zu fassen.
- Diese Codes sind nicht verbindlich und werden grundsätzlich nicht durch zwingendes Recht geregelt → soft law
- In Ö gibt es keinen eigenen Kodex für eine Foundation Governance.

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen – Unterschiede zwischen Stiftung und AG

- Verselbständigte Vermögensmasse ohne Mitglieder/Gesellschafter/ keine Eigentümer der Stiftung → Einstufiger Organisationsaufbau bei der Stiftung; Vorstand/Stiftungsrat als Garant für Professionalisierung und Qualitätssicherung?
- Anders als bei Kapitalgesellschaften existiert bei Stiftungen kein Organ zur Vertretung der (wirtschaftlichen) Eigentümerinteressen.
- Die Stiftung wird nicht von jenen Personen kontrolliert oder verwaltet, die ein persönliches Interesse am Ergebnis der Verwaltung haben (und sie kann es auch gar nicht wegen der gesetzlich vorgegebenen Unvereinbarkeit von Vorstands- und Begünstigtenstellung!).
- Der Stifter selbst kann – solange er lebt – freilich sehr weitreichende Kontrolle ausüben (zB dadurch, dass er sich selbst zum Vorstandsmitglied bestellt und mit Dirimierungs- oder Alleinentscheidungsrecht ausstattet).

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen - Warum ist FG wichtig?

- Strukturen etablieren für möglichst wirksame Umsetzung des Stiftungszwecks
- Transparenz, die den verschiedenen Anspruchsgruppen die Wahrnehmung ihrer Anliegen und Ansprüche erlaubt
- Treffen von Maßnahmen gegen das Risiko von Machtmissbrauch

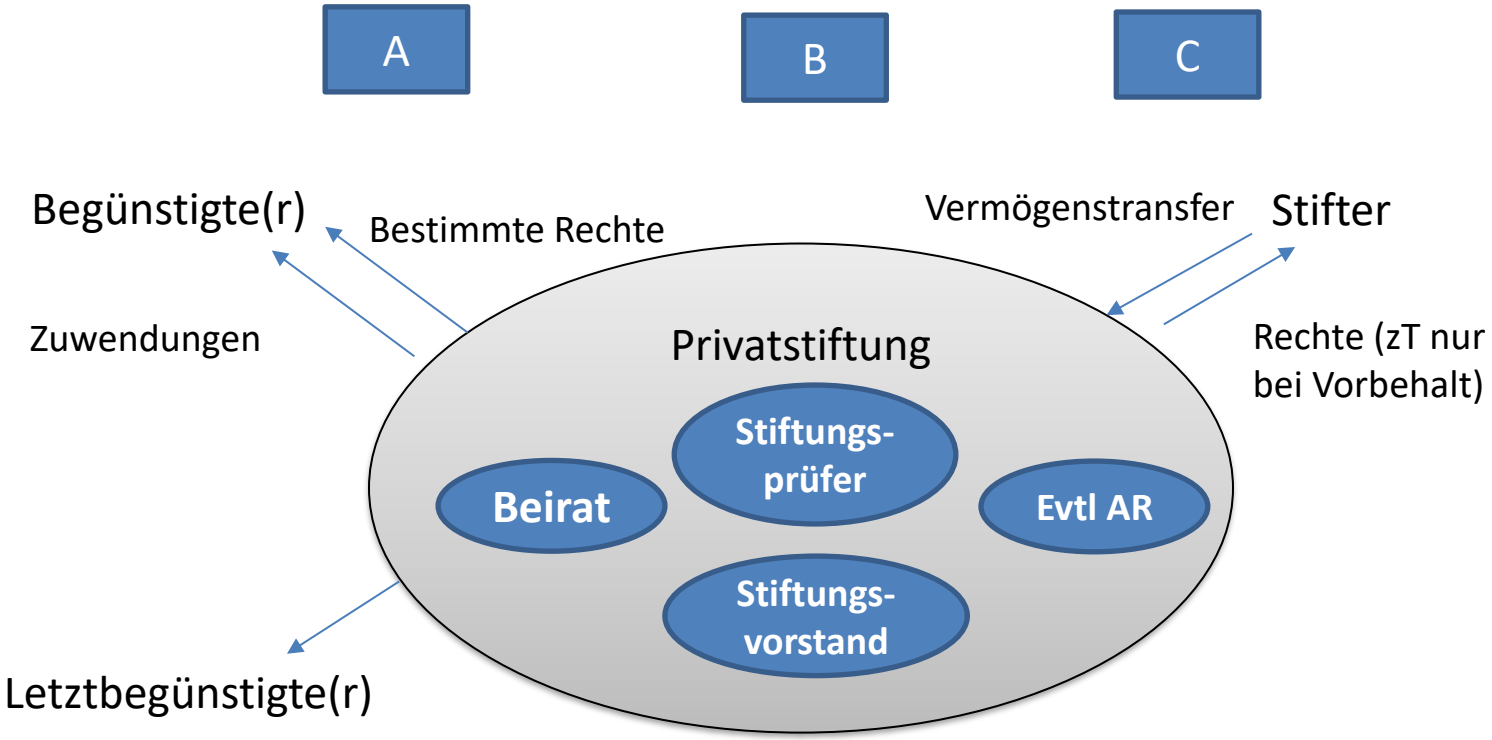
universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen - Warum ist FG wichtig?

- Stiftungen haben keine Eigentümer und keine Mitglieder, was durch verschiedene Kontrollmöglichkeiten zu kompensieren ist.
- Im Einklang mit gesamtgesellschaftlichen Entwicklungen werden auch an die Strukturen und Leitungsorgane von Stiftungen zunehmend höhere Anforderungen gestellt.
- Das Stiftungsrecht zB in Ö ist (viel) weniger dicht geregelt als das Aktienrecht.
- Auch Reputationsgründe spielen eine Rolle: Stiftungen können (und sollten) es sich nicht erlauben, hinter die von Corporate Governance gesetzten Standards zurückzufallen, was insb dann gilt, wenn sie – wie in Österreich vielfach der Fall – ganze Unternehmensgruppen kontrollieren (Unternehmensträgerstiftungen).

universität wien
Postgraduate Center

FG im Allgemeinen - Familienstrukturen anhand der Privatstiftung gestalten



universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

- Gemäß § 1 PSG ist die Privatstiftung ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung die Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks erreicht werden soll.
- Sie ist juristische Person und muss ihren Sitz im Inland haben.
- Privatstiftungen sind per definitionem keine Körperschaften, sondern **mitgliederlose, sich selbst gehörende Zweck-vermögen.**
- Anders als Kapitalgesellschaften haben Privatstiftungen daher **weder Eigentümer noch Mitglieder**.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

- Es handelt sich daher bei einer Privatstiftung um ein durch die Anordnung eines oder mehrerer Stifter einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen mit Rechtspersönlichkeit.
- Problem: aufgrund des Konzepts eines eigentümerlosen Vermögens gibt es keine durch Kapitaleinsatz motivierte Kontrolleinrichtung in der Stiftung.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

- Das PSG ist ein schlankes Gesetz → geht zu Lasten der Regelungsdichte.
- Genereller Rückgriff auf wesentliche Bestimmungen des AktG widerspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers (*Eiselsberg*: Das Gesellschaftsrecht und dessen Epigonen haben sich des Stiftungsrechts bemächtigt).
- Der Gesetzgeber wirkt dem strukturellen Kontrolldefizit aufgrund des Fehlens von Gesellschaftern oder Eigentümern iW auf drei Ebenen entgegen :

(i) zwingend zumindest dreigliedriger Vorstand

(ii) Stiftungsprüfer (stärkere Befugnisse im Vergleich zum Gesellschaftsrecht)

(iii) Firmenbuchgericht

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

- Selbst der Stifter ist nach der Grundkonzeption des PSG weder Mitglied des Stiftungsvorstands noch gesetzliches Organ der Stiftung. Er kann sich – was selten vorkommt – jedoch auch zum (sogar alleinentscheidungsbefugten) Vorstandsmitglied machen.
- Das gesetzliche Leitmodell ist die vorstandsdominierte Stiftung, das in der Praxis vorherrschende hingegen die stifterdominierte Stiftung (*Zollner*), nicht selten auch contra legem („Bankkonto mit Rechtspersönlichkeit“).
- Die Leitung und Verwaltung der Stiftung ist dem Stiftungsvorstand anvertraut, dessen Mitglieder sich dabei grundsätzlich selbst kontrollieren. Dh mangels Eigentümer oder Gesellschafter gibt es gewisse Kontrolldefizite.

→ Gerade dieses Kontrolldefizit sowie die Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung **erfordern die Aufnahme von Foundation Governance Regelungen** in der Stiftungsurkunde.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- Ziel einer guten Governance ist va auch die sachgerechte Verteilung von Macht, Verantwortung und Kontrolle zwischen den Akteuren der Stiftung.
- Das PSG kennt nur wenige Bestimmungen, die sich mit der Leitung und der Überwachung der Stiftungsorgane befassen. Nur einige davon sind auch zwingend.
- Der Stifter verliert mit der Widmung seines Vermögens an die Privatstiftung sein Eigentum daran.
- Damit fällt das weitere Schicksal des Vermögens grundsätzlich in die Hände der Stiftungsorgane.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Einflussmöglichkeiten des Stifters:

Der Stifter hat durch die Gestaltung der Stiftungserklärung die Möglichkeit, das Kontrollkonzept der Stiftung sehr stark zu beeinflussen.

- **Änderung** der Stiftungserklärung (§ 33 PSG)
- **Widerruf** der Privatstiftung (§ 34 PSG), sofern sich dies der Stifter in der Stiftungserklärung vorbehalten hat

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Einflussmöglichkeiten unabhängig von Stifterstellung:

- Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands oder der Mitglieder weiterer Organe (oft Beirat)
- Mitgliedschaft in weiteren Organen
- Zustimmungspflichtige Geschäfte, Vetorechte, etc in bestimmten Grenzen
- Auswahl von Begünstigten

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Begünstigte:

- § 5 PSG beschreibt Begünstigte als diejenigen Personen, die in der Stiftungserklärung als Begünstigte bezeichnet sind oder von der Stelle iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG bzw sonst vom Stiftungsvorstand als Begünstigte festgestellt worden sind.
- Nach hL und Rsp kann Begünstigte(r) einer Privatstiftung jede natürliche oder juristische Person sein, der die Vorteile der Verwirklichung des Zwecks der Privatstiftung unmittelbar und innerhalb der Zielrichtung des Stiftungszwecks zugute kommen.
- Ausschlaggebend ist, dass für die Leistung der Stiftung vom Empfänger keine adäquate Gegenleistung verlangt (und auch nicht gewährt) wird.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- **Principal-Agent-Konflikt** als Ausgangspunkt der CG-Diskussion besteht bei der Stiftung **verstärkt**. Denn die Stiftung gehört sich gewissermaßen selbst, nicht dem Vorstand, Stiftungsrat und auch nicht den Begünstigten.
- Der OGH hat den Begünstigten-Einfluss stark begrenzt (vgl etwa 6 Ob 42/09h, GesRZ 2009, 372 oder 6 Ob 139/13d, PSR 2013, 175), wobei es sich bei den Begünstigten um die „stiftungsinteressierten Personen“, im Grunde genommen um die „wirtschaftlichen Eigentümer“ des Stiftungsvermögens handelt (vgl dazu etwa *G. Schima*, Governance-Fragen bei der österreichischen und liechtensteinischen Privatstiftung, in *Schurr*, Zivil- und gesellschafts-rechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen [2015] 81).

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Begünstigte:

- Primärer Zweck der Privatstiftung ist idR die wirtschaftliche Unterstützung der Begünstigten im weitesten Sinn.

→ Dafür müssen aber Erträge erwirtschaftet werden.

- Somit verfolgt die Foundation Governance auch das Ziel der langfristigen Erhöhung des Wertes des Stiftungsvermögens.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- Nach dem Konzept des PSG verfügen die **Begünstigten nur über zwei Kontrollinstrumente**:
  - Auskunftsrecht gem § 30 PSG sowie
  - Recht, bei Gericht einen Antrag auf Abberufung des Stiftungsvorstandes aus wichtigem Grund nach § 27 Abs 2 PSG zu stellen.
- Es besteht kein Antragsrecht betreffend die Einleitung einer Sonderprüfung nach § 31 PSG (ein legistisches Manko).
- Im AR dürfen Begünstigte gemäß § 23 Abs 2 PSG nicht die Mehrheit stellen. Die Materialien begründen dies damit, dass eine solche Mehrheit anderen Begünstigten zum Nachteil gereichen könnte, die nicht im AR vertreten sind. Das überzeugt nicht: auch in einem AR sind idR nicht alle Gesellschafter vertreten, ohne dass damit dessen Legitimität in Frage gestellt wird. Außerdem sprechen diese Erwägungen nicht gegen einen Aufsichtsrat (dasselbe gilt für einen Begünstigten-Beirat), der mit *sämtlichen* Begünstigten besetzt ist. Es gibt überdies kein Gleichbehandlungsgebot für Begünstigte wie im Aktienrecht gegenüber Aktionären (§ 47a AktG).

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- **Stiftungsvorstand** = Zentraler Akteur der Privatstiftung nach dem Konzept des PSG.
- Nach den ErläutRV soll der Stiftungsvorstand ein *„effektives, professionelles und zugleich sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan der Privatstiftung“* sein (ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 26), **eine *„Kombination von Geschäftsführungs- und Kontrollorgan“***.
- Für den Stiftungsvorstand gilt ein objektivierter und strenger Sorgfaltsmaßstab.
- Der **Grundsatz der Selbstkontrolle** wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass der Stiftungsvorstand eine Mindestanzahl von drei Mitgliedern aufweisen muss (§ 15 Abs 1 PSG).
- Dieses Konzept ist aber keineswegs konsequent verwirklicht: Es gibt zB keine Regeln über die Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder *voneinander* (zB können ein RA und seine zwei RAA den Stiftungsvorstand bilden oder auch drei Partner einer Sozietät). Dem gesetzgeberischen Leitbild zuwider läuft auch die von der hM und Rsp anerkannte Möglichkeit unterschiedlicher Stimmgewichte im Vorstand (bis zum Alleinentscheidungsrecht) und die von der hM vertretene Möglichkeit, eine Geschäftsverteilung für den Vorstand mit Mehrheit zu beschließen und damit ein einzelnes Mitglied uU kalt zu stellen.
- Der OGH statuiert – freilich ohne gesetzliche Grundlage (das AktG kennt so etwas nicht) – eine **dreijährige Mindestbestelldauer** für Vorstandsmitglieder. Das erhöht zwar tendenziell die Unabhängigkeit, bedeutet aber keine Abhilfe gegen die oben aufgezählten Defizite.
- Ein weiterer Baustein der gesetzlich verankerten Foundation Governance sind die strengen, aber rechtspolitisch fragwürdigen (*Peter Doralt*: *„Erbsünde des österreichischen Stiftungsrechts“*) **Unvereinbarkeitsregeln** des § 15 Abs 2, Abs 3 und Abs 3a PSG (siehe dazu im Folgenden).

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

Mitglieder des Stiftungsvorstandes:

- Mitglieder des Stiftungsvorstandes können gemäß § 15 PSG **nicht** sein:
  - Begünstigte, deren Ehegatten und Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind
  - juristische Personen
  - an einer juristischen Person, die Begünstigte ist, beteiligte natürliche Personen sowie deren Angehörige
  - (Rechts-)Berater von Begünstigten

- Mit dieser – rechtspolitisch verfehlten – Unvereinbarkeitsregel will der Gesetzgeber die Begünstigten von der Leitung und Vertretung der Privatstiftung ausschließen. Dies hat bei der – in Ö überaus verbreiteten – Unternehmensträgerstiftung die fatale Konsequenz, dass die Familie nicht im obersten Leitungs- bzw Kontrollorgan der Unternehmensgruppe vertreten sein darf. Und es bedeutet, dass mit dem Abtreten der Stiftergeneration (neue Stiftungen kommen in Ö ja seit längerem kaum mehr hinzu) eine erhebliche Anzahl an Unternehmensgruppen in Ö von Rechtsanwälten, Wirtschaftstreuhändern und Notaren geführt bzw kontrolliert werden wird.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- Der **Stiftungsprüfer** ist gemäß § 14 Abs 1 PSG **zwingend** als Kontrollorgan einzurichten, das dem Stiftungsvorstand zu Seite steht. Der Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers umfasst die Prüfung des Jahresabschlusses, einschließlich der Buchführung und des Lageberichtes.
- Dem Stiftungsprüfer kommt die Befugnis zu, eine Sonderprüfung gemäß § 31 PSG zu verlangen. Weiters kommt dem Prüfer das Antragsrecht auf gerichtliche Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands nach § 27 Abs 2 PSG zu.
- Der Stiftungsvorstand unterliegt der **unmittelbaren Kontrolle** durch den Stiftungsprüfer.
- Die Unabhängigkeit des Stiftungsprüfers wird insbesondere dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er, sofern kein Aufsichtsrat besteht, ausnahmslos durch das Gericht bestellt wird (§ 20 Abs 1 PSG).
- Seine faktische Bedeutung sollte indes nicht überschätzt werden, zumal das Gericht idR dem Vorschlag des Stiftungsvorstandes folgt.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- § 22 PSG sieht eine **Aufsichtsratspflicht** für Privatstiftungen nur in Ausnahmefällen vor.
- Der AR ist zu bestellen, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung dreihundert übersteigt oder die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50% beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften beziehungsweise Genossenschaften im Durchschnitt dreihundert übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt Die Formulierung ist ein leicht absurd anmutender legistischer Zwitter, dessen erster Teil § 29 Abs 1 Z 3 GmbHG entnommen ist, dessen zweiter Teil hingegen die verunglückte, weil inhaltsleere Wendung aus § 110 Abs 6, dritter Satz ArbVG kopiert. Einheitliche Leitung, dh Konzernierung, ist nämlich begriffsnotwendig ausgeschlossen, wenn sich die Tätigkeit des herrschenden Unternehmens „auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen beschränkt“.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- Zur Überwachung von Geschäftsführung und Gebarung ist nach § 25 Abs 1 PSG der Aufsichtsrat berufen.
- In der Praxis ist die Bedeutung des Aufsichtsrats aber sehr gering, weil nur ganz wenige Privatstiftungen die genannten Voraussetzungen des § 22 Abs 1 PSG für die obligatorische Einrichtung erfüllen.
- Gemäß § 14 Abs 2 PSG kann der Stifter auch **weitere Organe** einrichten, deren Bezeichnung frei wählbar ist. In der Praxis handelt es sich meistens um Beiräte, in denen Begünstigte vertreten sind. Rechte und Pflichten dieser Organe hängen von der konkreten Ausgestaltung in der Stiftungserklärung ab.
- Dem **Gericht** kommt eine wichtige Rolle innerhalb der Foundation Governance zu. Insbesondere hat das Gericht gemäß § 27 Abs 1 PSG die subsidiäre Bestellungskompetenz hinsichtlich der Organmitglieder der Stiftung.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Interessenkonflikte und Insichgeschäfte

- Auch bei Privatstiftungen kann es zu Interessenkollisionen kommen:
- Vorstellbar sind zB Doppelvertretungen (also bspw der Abschluss eines Geschäftes zwischen der Privatstiftung und einer Gesellschaft, die von einem der Stiftungsvorstandsmitglieder beherrscht bzw vertreten wird) sowie Fälle des Selbstkontrahierens.
- Das PSG baut auf dem Prinzip der Selbstkontrolle auf, was durch das Erfordernis mindestens dreier Vorstandsmitglieder und den Ausschluss der Begünstigten, also jener, die von der Privatstiftung profitieren, sowie deren nahen Verwandten, aus dem Stiftungsvorstand verwirklicht werden soll.
- § 17 Abs 5 PSG verlangt für Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes, sofern kein AR eingerichtet ist, die **Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts.**

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Interessenkonflikte und Insichgeschäfte

- Das bei der CG beschriebene Thema von Geschäften zwischen der Gesellschaft und Vst- bzw AR-Mitgliedern begegnet uns in ähnlicher Form auch bei der Privatstiftung, weil Stiftungsvorstandsmitglieder sehr oft **Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater** sind und die Stiftung demgemäß oft auch jenseits ihrer Vorstandstätigkeit beraten (§ 17 Abs 5 PSG).
- Stiftungsvorstandstätigkeit ist oft keine hauptberufliche, und bei Vorstandsmitgliedern einer Stiftung, die den rechts- oder steuerberatenden Berufen angehören, stellt sich leicht die Frage, wo die Trennlinie zw Vorstandstätigkeit und (gesondert zu vereinbarender und zu vergütender) Beratungstätigkeit liegt.
- Vgl **OGH 6 Ob 155/06x**: gestattet gerichtliche Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG auch dann, wenn ein im Stiftungsvorstand vertretener RA generell und ohne nähere Eingrenzung mit der „laufenden rechtlichen Beratung und Vertretung“ der Privatstiftung gegen Honorierung nach der anwaltlichen Honorarordnung betraut wird (das gilt dann wohl auch bei Vereinbarung eines konkreten Stundensatzes). Das ist für Rechtsanwälte zwar erfreulich, aber nicht unproblematisch, denn damit wird der Inhalt des Rechtsgeschäftes völlig offen gelassen – der Vorstand beauftragt sich ja quasi selbst und kann damit auch das Ausmaß der Beratung bestimmen.
- Fraglich ist außerdem, wie Beratungsverträge zu beurteilen sind, die die Stiftung nicht mit einem als Vorstandsmitglied fungierenden Rechtsanwalt abschließt, sondern mit dessen Sozietät (eher der Regelfall). ME viel zu wenig streng ist die vorherrschende Sichtweise, dass nur bei einer entweder wirtschaftlich mit dem Vorstandsmitglied identischen (Einmann-RA-GmbH) oder zumindest vom Vorstandsmitglied beherrschten Gesellschaft der Beratungsvertrag vom Gericht genehmigt werden muss. Damit würden Verträge mit größeren Sozietäten, dessen Partner Vorstandsmitglied ist, so gut wie immer aus der gerichtlichen Genehmigungspflicht hinausfallen, weil der Anteil eines einzelnen Partners in solchen Fällen nie ein beherrschender ist. Es drängt sich hier viel eher eine Anlehnung oder Analogie zu § 95 Abs 5 Z 12 AktG auf; ein „erhebliches wirtschaftliches Interesse“ am Geschäft muss daher genügen.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Sorgfalt und Haftung des Stiftungsvorstandes

- § 17 Abs 1 und 2 PSG ordnen an, dass der Stiftungsvorstand für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen hat und seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters erfüllen muss.
- Dabei ist er verpflichtet, die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten.
- Wie bei geschäftsleitenden Organen von Kapitalgesellschaften (vgl § 25 Abs 1 GmbHG, § 84 Abs 1 AktG) wird für Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung ein objektiver Sorgfaltsmaßstab aufgestellt.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance- Konzept des PSG

Zur Business Judgment Rule im Stiftungsrecht:

- Der OGH sprach aus, dass **auch beim Stiftungsvorstand** Geschäftsführungsentscheidungen an der sog **„Business Judgment Rule“** zu messen sind (vgl dazu **OGH 6 Ob 160/15w** und Anm von *G. Schima/Toscani*).
- Die Business Judgment Rule hat der Gesetzgeber im Jahr 2015 im Aktien- und GmbH-Recht (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG) verankert.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance - Konzept des PSG

- **Business Judgment Rule:** ein/e Geschäftsleiter/in, der/die das Wagnis einer unternehmerischen Entscheidung eingeht, soll nicht dafür haften, wenn sich die Entscheidung zwar ex post als Fehler herausstellt und daraus ein Schaden entsteht, der/die Geschäftsleiter/in aber beim Entscheidungsprozess sorgfältig vorging und auf der Grundlage angemessener Information sowie frei von Interessenkonflikten in der begründeten Annahme handelte, das Beste für das Unternehmen zu bewirken.
- Der Anwendungsbereich der Business Judgment Rule ist nur dann eröffnet, wenn es sich um eine **unternehmerische Entscheidung des Vertretungsorgans** handelt. Dafür ist immer ein Gestaltungsspielraum erforderlich. Gesetzlich gebundene Entscheidungen sind grds keine unternehmerischen; auch bei ihnen kann es freilich einen *Auslegungsspielraum* geben, sodass die Vermeidung einer Haftung Vertretbarkeit der Auslegung voraussetzt.
- Zu den unternehmerischen Entscheidungen zählen etwa Entscheidungen über die Verwaltung des Stiftungsvermögens, nicht aber die Entscheidung über die Gewährung von Auskünften nach § 30 PSG. Auch bei Ausschüttungsentscheidungen kann ein haftungsfreier Ermessensspielraum bestehen.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

- Liegt eine unternehmerische Entscheidung vor, müssen **folgende Voraussetzungen kumulativ** erfüllt sein:
  1. Der Geschäftsleiter muss frei von Interessenkonflikten sein, dh es dürfen keine sachfremden Interessen existieren, die geeignet sind, sein Handeln zu beeinflussen;
  2. Die Entscheidung muss auf Grundlage angemessener Information getroffen werden (die Beschaffung sämtlicher verfügbarer Informationen ist nicht erforderlich und auch idR nicht möglich);
  3. Der Geschäftsleiter muss (vernünftigerweise) annehmen dürfen, im besten Interesse der juristischen Person zu handeln;
  4. Gelegentlich wird auch ein zusätzliches Kriterium betont (zB von *Lutter*), nämlich dass die Entscheidung im Falle des Misslingens nicht existenzgefährdend für das Unternehmen sein darf.

- Kann dem Stiftungsvorstand aus haftungsrechtlicher Sicht kein Vorwurf gemacht werden, weil er nach den Kriterien der BJR den an ihn gestellten Sorgfaltsmaßstab eingehalten hat, ist eine Abberufung zumindest nach § 27 Abs 2 Z 1 PSG nicht möglich, weil es an einer Pflichtverletzung fehlt. Freilich kann auch (nachhaltige) objektive Erfolglosigkeit des Stiftungsvorstandes in der Stiftungsurkunde als Abberufungsgrund statuiert werden.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance-Konzept des PSG

Abberufung von Vorstandsmitgliedern

- Wesentlich für die Foundation Governance ist auch die Regelung der Frage, wie leicht oder schwer sich die Stiftung von einem nicht korrekt/nicht erfolgreich agierenden Vorstand trennen kann/können soll.
- Der öOGH ist bei der Abberufung von Stiftungsvorstandsmitgliedern tendenziell strenger als vergleichsweise der FL-OGH (zB Beschluss des FL-OGH vom 5.2.2010, 10 HG.2008.28, LES 2010, 218).
- Wenn einem Organ gemäß § 14 Abs 2 PSG (also insb einem Begünstigten-Beirat) das Recht zur Abberufung des Vorstandes eingeräumt ist, muss dafür eine Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen und bei weniger als vier Mitgliedern somit Einstimmigkeit vorliegen.
- Soll die Abberufung durch ein Organ gemäß § 14 Abs 2 PSG aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen (grobe Pflichtverletzung, Dienstunfähigkeit oder wirtschaftliche Unzuverlässigkeit) erfolgen, dann darf Begünstigten, ihren Angehörigen und von Begünstigten oder ihren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ gemäß § 14 Abs 2 PSG betrauten Personen nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen.

universität wien
Postgraduate Center

FG bei der Unternehmensträgerstiftung

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen allgemein

- **Unmittelbare Unternehmensträgerstiftung** = Stiftung, die selbst ein Unternehmen betreibt

→ Aufgrund des Verbots von über eine bloße Nebentätigkeit hinausgehender gewerbsmäßiger Tätigkeit gem § 1 Abs 1 Z 1 PSG nur eingeschränkt zulässig.

- **Mittelbare Unternehmensträgerstiftung** / Beteiligungsträger-stiftung = Stiftung, zu deren Vermögen Anteilsrechte an Gesellschaften gehören → in Ö sehr weit verbreitet.
- Der OGH verbietet – ohne Rechtsgrundlage – der Stiftung eine „straffe Konzernleitung“. Was eine nicht straffe Konzernleitung ist, weiß niemand genau.

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen allgemein

- Governance-Grundproblem der Unternehmensträgerstiftung: aufgrund der Unvereinbarkeit von Vorstandsfunktion und Begünstigtenstellung kann die Familie nicht im obersten Führungs- bzw Kontrollorgan der Unternehmensgruppe vertreten sein.
- Rechtsunsicherheit schafft außerdem das vom OGH verordnete Verbot „straffer“ Konzernleitung (Antinomie zw § 1 Abs 2 und § 22 Abs 1 Z 2 PSG).
- Der Vorstand ist zur sorgfältigen Verwaltung dieser Unternehmensanteile verpflichtet.
- Je nach Rechtsform des/der Beteiligungsunternehmen/s erlauben die Gesellschafterrechte einen schwächeren/intensiveren Eingriff in die GF. IdR handelt es sich um GmbHs.
- Maßstab für das Handeln des Stiftungsvorstands bleibt auch bei der „Verwaltung“ von Unternehmensbeteiligungen das Wohl und Interesse der Privatstiftung.

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen allgemein

- Der Stifter hat die Möglichkeit, die Geschäftsführungstätigkeit des Stiftungsvorstandes durch Angaben in der Stiftungserklärung zu determinieren.
- Er kann sich in der Stiftungserklärung selbst oder einem anderen Organ die Kompetenz zum Erlass und zur Änderung solcher RL bzw einer GO einräumen oder in einem Anhang zur Stiftungs(zusatz)urkunde einen „Stiftungsauftrag“ an den Vorstand erteilen.
- Daher binden Vorgaben für die GF-Tätigkeit des Stiftungsvorstands diesen nur, wenn sie in der Stiftungsurkunde/Zusatzurkunde verankert sind.

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen - Praxistipps zur Pflichtenbindung des Vorstands

- Es empfiehlt sich, dass RL der GF eher grobe Leitlinien für das Handeln des Stiftungsvorstands sind, damit ein situationsbedingtes Reagieren möglich bleibt.
- Der Stiftungsvorstand muss seine Funktion nach wie vor eigenständig ausüben können und darf nicht zu einem bloßen Vollzugsorgan gemacht werden.
- So wird das dem Stiftungsvorstand grs eingeräumte Ermessen durch solche RL nicht ersetzt, sondern „angeleitet“.

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen - Weisungsbindung

- Nach Rsp und Lehre (6 Ob 42/09h; Briem, PSR 2010/27, *Karollus* in FS Reischauer 222f) ist die Einrichtung eines „beschränkten Weisungsrechts“ gegenüber dem Stiftungsvorstand zulässig.
- Unzulässig sind Weisungsbefugnisse, die zu einer Umgehung des im PSG normierten Organgefüges führen würden (vgl § 33 Abs 2 Satz 2 PSG).

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen - Zustimmungsvorbehalte

- Ein Zustimmungsrecht betreffend bestimmte Geschäfte kann dem Stifter oder einem anderen Organ eingeräumt werden.
- Auch hier: GF des Vorstands darf nicht zu sehr beschränkt, sondern nur beeinflusst werden.
- Ein Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften, der den Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradieren würde, ist **unzulässig** (diese Grenze gilt nach hM übrigens auch im Aktienrecht).
- zT wird die Ansicht vertreten, dass als Leitlinie der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG herangezogen werden kann.
- Überzeugender ist hingegen, Zustimmungsrechte von Beiräten oder vergleichbaren Organen in dem Ausmaß zuzulassen, in dem auch GF einer GmbH nach hM an die vorangehende Zustimmung der Gesellschafter selbst dann gebunden sind, wenn der Gesellschaftsvertrag keine diesbezügliche Beschränkung vorsieht.
- Bei Zustimmungsvorbehalten von Begünstigten-Beiräten kann das Problem entstehen, dass der Beirat nicht handlungsfähig oder nicht handlungswillig ist. In solchen Fällen möchte *Zollner* § 33 Abs 2 PSG „sinngemäß“ anwenden (Befugnis zur Änderung der Stiftungsurkunde). ME ist das überschießend, denn es fehlt bei Entscheidungsunfähigkeit am Vorliegen „geänderter Verhältnisse“.
- Eine Möglichkeit, die Unsicherheiten betreffend die einem Begünstigten-Beirat einräumbaren Befugnisse zu vermeiden, ist die Installierung solcher Beiräte in den Beteiligungsunternehmen. Zulässigkeit und Befugnisse bestimmen sich dann nach Gesellschaftsrecht.

universität wien
Postgraduate Center

Unternehmensträgerstiftungen -
Verstöße gegen Weisungen oder Zustimmungsvorbehalte

- **Gesetzwidrige Maßnahmen** darf der Stiftungsvorstand trotz Weisung oder erteilter Zustimmung **nicht ausführen**.
- Er hat die Maßnahmen auf Konformität mit der Stiftungserklärung und sonstigen gesetzlichen Vorschriften zu überprüfen.
- Eine berechtigte Verweigerung der Befolgung von Weisungen oder vom Beirat genehmigter rechtswidriger Maßnahmen ist rechtmäßig.
- Bei unberechtigter Missachtung verwirklicht der Vorstand indes eine Pflichtverletzung, die zur Abberufung und evtl zur Haftung für der Stiftung daraus entstandenen Schaden führen kann.

universität wien
Postgraduate Center

Erforderlichkeit einer Reform des PSG?

- Abtreten der Stiftergeneration führt zu (Interessen-) Konflikten, für die in vielen Stiftungs(zusatz)urkunden nicht Vorsorge getroffen ist und die aufgrund der vom Gesetzgeber im Verein mit dem OGH verordneten „Entmündigung“ der Begünstigten auch nicht interessengerecht gelöst werden können.
- Potentielle Konflikte zw Begünstigten und Vorstand, der zuvor das Vertrauen eines nicht mehr existenten Stifters besaß.

  → ausbalancierte Foundation Governance ist gefragt.
- PSG-Novelle 2017 war bereits geplant, wurde aber letztlich bis dato nicht verabschiedet.

universität wien
Postgraduate Center

Kritikpunkte

- Lücken im PSG führen zu Schutz- und Kontrolldefiziten, was die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Verwaltung des der Stiftung anvertrauten Vermögens anbelangt.
- Privatstiftung in Ö und FL als „Vehikel“, wo Aspekte wie Steuervorteile zwecks Anziehung (FL) bzw Verhinderung der Abwanderung (Ö) großer Vermögen und asset protection im Vordergrund standen. Interessengerechter und vor allem auch auf die Zeit nach dem Ableben des Stifters ausgerichteter Foundation Governance wurde dabei keine allzu große Aufmerksamkeit gewidmet. Bedauerlicherweise führte beim österreichischen Gesetzgeber aber auch ein Erkennen des Problems und die Existenz einer die Stellung der Begünstigten weiter schwächenden Rsp des OGH nicht zu einem Umdenken.

universität wien
Postgraduate Center

Foundation Governance

Kurzer Rechtsvergleich

universität wien
Postgraduate Center

Rechtsvergleich – Foundation Governance in der Schweiz

Swiss Foundation Code:

- In der Schweiz wurde bereits ein eigener Foundation Governance Kodex geschaffen, der sich in erster Linie an Förderstiftungen richtet. Privatstiftungen nach dem Vorbild in Ö und FL haben in der Schweiz auch keine wirkliche Bedeutung.
- Der Swiss Foundation Code enthält **Empfehlungen, aber keine zwingenden Vorgaben.** Dem Code vorangestellt sind drei wesentliche Grundsätze, nämlich
  - (i) die wirksame Umsetzung des Stiftungszwecks,
  - (ii) die Privatstiftung hat durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass alle wichtigen Entscheidungen und Abläufe der Privatstiftung ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Führung und Kontrolle haben, und
  - (iii) der Stiftungsrat hat für Transparenz über die Ziele, Tätigkeiten und Strukturen der Privatstiftung zu sorgen.

universität wien
Postgraduate Center

Rechtsvergleich – Foundation Governance in der Schweiz

Swiss Foundation Code:

- Der Swiss Foundation Code beschränkt sich konkret auf 28 Empfehlungen, die in vier Bereiche gegliedert sind, nämlich Gründung, Führung, Förderung und Finanzen.
- Jede Empfehlung erhält einen, in der Regel knapp formulieren Leitsatz und mehrere Einzelfestlegungen.

universität wien
Postgraduate Center

Rechtsvergleich – Foundation Governance in Liechtenstein

- In Liechtenstein ist das (privatnützige und gemeinnützige) Stiftungsrecht im Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) geregelt, Art 552 §§ 1 - 41.
- Die Geschäftsführung und Vertretung der Stiftung wird im PGR dem **Stiftungsrat** (Art 552 § 24 PGR) übertragen, der zwingend einzurichten ist und (seit der Reform 2008) aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen muss. In der Praxis sind das nicht selten zwei Partner ein- und desselben Treuhandgesellschaft oder Rechtsanwaltssozietät (Problem: wechselseitige Kontrolle funktioniert oft nicht).
- Der Stiftungsrat ist also das zentrale Handlungsorgan, das für die Erfüllung des Stiftungszwecks Sorge tragen muss (= Stiftungsvorstand in Ö).
- Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis sind nach dem PGR zwingender Bestandteil der Gründungserklärung bzw Stiftungsurkunde. Dem Gründer/Stifter kommt eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zu.

universität wien
Postgraduate Center

Rechtsvergleich – Foundation Governance in Liechtenstein

- Das liechtensteinische Stiftungsrecht geht den Weg einer Kombination von externer Governance durch staatliche Aufsicht und interner Governance durch die Stiftungsbeteiligten und bietet somit einen rechtlichen Rahmen, der durch die individuelle Ausgestaltung der Kontrollrechte im Innenverhältnis im Rahmen der Stiftungsstatuten modifiziert werden kann.
- Zwingendes Organ bei Stiftungen unter Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörde = Revisionsstelle
  - Dh für gemeinnützige Stiftungen und
  - für privatnützige Stiftungen, die durch eine Bestimmung der Stiftungsurkunde (freiwillig) der Stiftungsaufsicht unterstellt werden.
- Kontrollorgan = fakultatives Organ, weitere fakultative Organe zB Protektor.

universität wien
Postgraduate Center

Rechtsvergleich – Foundation Governance in Liechtenstein

- Interessant ist, dass der FL-StGH zB bei Interessen-konflikten im Stiftungsrat explizit auf den Grundgedanken des Art 11 des Swiss Foundation Code zurückgegriffen hat (FL-StGH 29.3.2010, StGH2009/112, Rz 5.11.).

universität wien
Postgraduate Center

Unterschiede zwischen Ö und FL-Stiftungsrecht

Ö:

Begünstigte und nahestehende Personen sowie deren Berater dürfen nicht gleichzeitig Mitglieder des Stiftungsvorstandes sein.

Stiftungsvorstand: min drei Mitglieder

AR, sofern bestimmt Größenkriterien überschritten werden

FL:

Auch Stifter oder Begünstigte dürfen Stiftungsratsmitglieder sein, dh keine Inkompatibilitätsbestimmung.

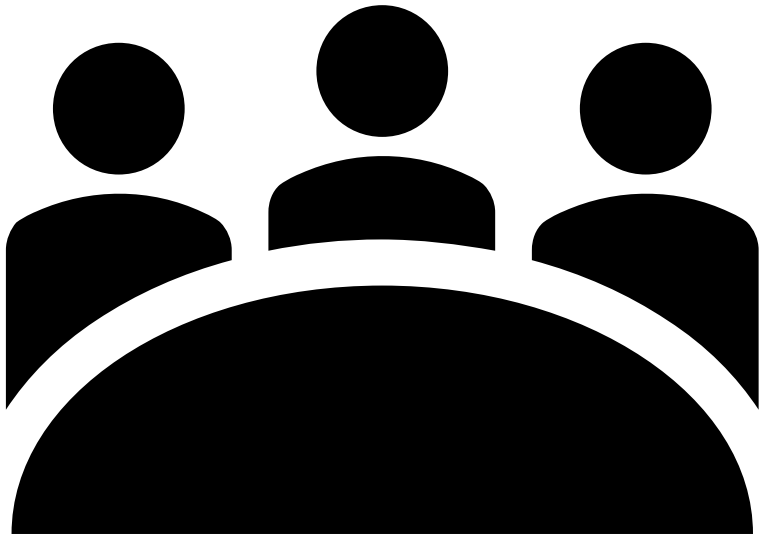
Stiftungsrat: min zwei Mitglieder

Keine Regelung über einen allenfalls zwingend einzurichtenden AR

universität wien
Postgraduate Center

Ausgewählte Literatur

- *Briem*, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung einer funktionierenden Governance der Privatstiftung in *Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 76.
- *Karollus*, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, insbesondere im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstands für die Stiftungs-Governance, in *FS Reischauer* (2010) 209.
- *Kodek*, Gedankensplitter zur corporate governance der Privatstiftung in *FS J. Reich-Rohrwig* (2014) 101.
- *G. Schima*, (Konzern-)Weisung an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 317.
- *G. Schima*, Die Vorstandsvergütung als Corporate Governance-Dauerbaustelle, in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance in Österreich (2012), 246.
- *G. Schima*, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in *FS J. Reich-Rohrwig* (2014) 161.
- *G. Schima*, Governance-Fragen bei der österreichischen und liechtensteinischen Privatstiftung in *Schurr* (Hrsg), Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen (2015) 81.
- *G. Schima*, Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen Stiftungsrecht, in FS Delle Karth (2013) 847.
- *G. Schima,* Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199.
- *G. Schima*, Say on Pay und Related Party Transactions, Übertriebener Formalismus oder sinnvolle Instrumente für den Kapitalmarkt? GesRZ 2019, 110.
- *G. Schima*, Vergütungspolitik und Vergütungsbericht nach dem Aktienrechts-Änderungsgesetz 2019 (Teil I), in AR aktuell, 4/19, 7.
- *G. Schima*, Vergütungspolitik und Vergütungsbericht nach dem Aktienrechts-Änderungsgesetz 2019 (Teil II), in AR aktuell 6/19, 8.
- *G. Schima*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35.
- *G. Schima/Arlt*, Leitung und Überwachung – Corporate Governance im Konzern, in Haberer/Krejci (Hrsg), Handbuch Konzernrecht (2016) 279.
- *G. Schima/Toscani*, Die Pflichtenbindung des Vorstandes einer Unternehmensträgerstiftung, GedS Helbich (2014) 121.

universität wien
Postgraduate Center

Diskussion