

Albert Birkner / Hasan Inetas

Neuer Corporate Governance Kodex

Nach der in der Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex (Kodex) verankerten Vorgabe, den Kodex jährlich vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen, ist eine Anpassung mit dem derzeitigen Entwurf⁽¹⁾ des Österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance geplant. Der Bedarf einer Anpassung von Regeln des Kodex ist vor allem auf das am 1. 6. 2008 in Kraft getretene URÄG 2008⁽²⁾ zurückzuführen. Die wichtigsten Änderungen des Kodex beziehen sich auf den mit dem URÄG 2008 eingeführten Corporate-Governance-Bericht, die Regeln über den Aufsichtsrat, wobei bei Letzterem eine stärkere Unabhängigkeit der Mitglieder erreicht werden soll, sowie die Verbesserung der Transparenz von Vorstandsbezügen.



Dr. Albert Birkner, LL.M. ist Managing Partner, Dr. Hasan Inetas ist Rechtsanwalt einer international tätigen Rechtsanwaltskanzlei. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind M&A und Übernahmen.

1. PRÄAMBEL

Der Kodex richtet sich weiterhin vorrangig an österreichische börsennotierte Aktiengesellschaften. Dabei wird klargestellt, dass es sich um Aktiengesellschaften handelt, deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt im Sinne des § 1 Abs. 2 BörseG⁽³⁾ zugelassen sind oder die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien auf einem solchen Markt emittiert haben und deren Aktien mit Wissen der Gesellschaft über ein multilaterales Handelssystem (MTF) im Sinne des § 1 Z 9 WAG⁽⁴⁾ gehandelt werden. Die Wiener Börse betreibt den Dritten Markt als MTF und hat für diesen Betrieb spezielle Bedingungen erstellt.

Der Kodex richtet sich auch an in Österreich eingetragene Europäische Aktiengesellschaften. Für in Österreich eingetragene Europäische Aktiengesellschaften mit monistischem System sind die „Comply or Explain“-Bestimmungen (Regeln, die eingehalten werden sollen, wobei

eine Abweichung davon erklärt und begründet werden muss; C-Regeln) und die „Recommendation“-Regeln (Regeln mit Empfehlungscharakter, deren Nichteinhaltung weder offenzulegen noch zu begründen ist; R-Regeln) des Kodex in Bezug auf den Vorstand sinngemäß auf die geschäftsführenden Direktoren und betreffend Aufsichtsrat sinngemäß auf den Verwaltungsrat anzuwenden. Der Kodex spricht auch eine Empfehlung aus, dass sich auch nicht börsennotierte Aktiengesellschaften daran orientieren sollen, sofern die Regeln auf diese anwendbar sind.

Bereits seit 1. 6. 2008 ist für alle Unternehmen des Prime Markets der Wiener Börse Voraussetzung für die Aufnahme von Aktien in den Prime Market die Abgabe einer Verpflichtungserklärung zur Einhaltung des Kodex, die vom Emittenten samt den Erläuterungen zu den Abweichungen auf seiner Website zu veröffentlichen ist.⁽⁵⁾ Eine entsprechende Verpflichtungserklärung wird in die Präambel des Kodex im-

(1) Der Entwurf ist abrufbar unter <http://www.wienerborse.at/corporate/pdf/CGKodexRevision2008publicposting.pdf> (5. 12. 2008).

(2) Bundesgesetz, mit dem das Unternehmensgesetzbuch, das Aktiengesetz 1965, das GmbH-Gesetz, das SE-Gesetz, das Genossenschaftsgesetz, das Genossenschaftsrevisionsgesetz, das Spaltungsgesetz, das Luftfahrtgesetz, das Bankwesengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert werden (Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 – URÄG 2008), BGBl. I Nr. 70/2008.

(3) Ein geregelter Markt im Sinne des § 1 Abs. 2 BörseG ist ein von einem Börseunternehmen im Inland oder einem Marktbetreiber in einem Mitgliedstaat betriebenes oder verwaltetes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems nach nicht diskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt oder das Zusammenführen fördert, die zu einem Vertrag über Finanzinstrumente führt, die gemäß den Regeln und Systemen des Marktes zum Handel zugelassen wurden. Der geregelte Markt muss eine Konzession erhalten haben und gemäß jenen Vorschriften des Herkunftsmitgliedstaates ordnungsgemäß funktionieren, die dem Titel III der Richtlinie 2004/39/EG entsprechen.

(4) Die Definition des Begriffs des multilateralen Handelssystems entspricht grundsätzlich Art. 4 Abs. 1 Z 15 MiFID. Ein multilaterales Handelssystem im Sinne des § 1 Z 9 WAG ist ein von einer Wertpapierfirma oder einem Marktbetreiber betriebenes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems nach nicht diskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag gemäß den Bestimmungen des Titels II der Richtlinie 2004/39/EG führt, das jedoch kein geregelter Markt ist.

(5) Siehe Aufnahmeobligationspflichten Punkt 3, Regelwerk für den Prime Market der Wiener Börse, abrufbar unter http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/regelwerk_primemarket.pdf (5. 12. 2008).

plementiert. Nach der Präambel zum Kodex sind an der Wiener Börse notierte Gesellschaften, die dem Gesellschaftsrecht eines anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaates unterliegen, aufgerufen, sich zur Einhaltung eines in diesem Wirtschaftsraum anerkannten Corporate Governance Kodex zu verpflichten und die Verpflichtung mit einem Verweis auf den eingehaltenen Corporate Governance Kodex mittels eines Links auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen. Gesellschaften, die einem anderem als dem vorgenannten Gesellschaftsrecht unterliegen, sollen sich zur Einhaltung des Kodex verpflichten, wobei nicht zwingend anwendbare „Legal Requirement“-Regeln des Kodex (Regeln, die auf zwingenden Rechtsvorschriften beruhen; L-Regeln) dabei als C-Regeln zu interpretieren sind.⁽⁶⁾

Schließlich sollen alle an der Wiener Börse notierten ausländischen Gesellschaften die Unterschiede des für sie geltenden Gesellschaftsrechts zu den in den L-Regeln des Kodex zusammengefassten Bestimmungen auf ihrer Website in Form einer Kurzübersicht darstellen. Die Frage, in welchem Umfang die Gesellschaften eine solche Kurzübersicht auf ihrer Website zur Verfügung zu stellen haben, bleibt nach den Bestimmungen des Kodex offen. Anhaltspunkt kann hier das Regelwerk zum Prime Market der Wiener Börse sein, das Emittenten mit Sitz außerhalb Österreichs einen Mindestinhalt für eine Übersicht hinsichtlich der Bestimmungen des für sie geltenden Gesellschaftsrechts vorschreibt, die von der Gesellschaft auf ihrer Website zu veröffentlichen sind. Diese laufend zu aktualisierenden Regelungen beziehen sich etwa auf Bestimmungen zur Gewinnbeteiligung der Aktionäre, zum Ausschluss des Bezugsrechts oder beispielsweise hat der Emittent die nach nationalem Recht geltende Regelung hinsichtlich des Erwerbs eigener Aktien offenzulegen.⁽⁷⁾ Eine derartige Gegenüberstellung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften soll im Interesse einer größtmöglichen Transparenz erfolgen, wird aber in der Praxis für ausländische Gesellschaften, die an der Wiener Börse notieren, in jenen Fällen schwierig sein, in denen das ausländische Recht gewisse Rechtsinstitute des österreichischen Gesellschaftsrechts nicht kennt und umgekehrt.⁽⁸⁾

2. CORPORATE-GOVERNANCE-BERICHT

Die Regeln in Abschnitt VI des Kodex zur Transparenz der Corporate Governance sollen nach dem vorliegenden Entwurf um die als „Legal Requirement“ ausgestaltete Regel 61 ergänzt werden. Danach hat die Gesellschaft einen Corporate-Governance-Bericht aufzustellen, der zumindest 1.) die Nennung eines in Österreich oder am jeweiligen Börseplatz allgemein anerkannten Corporate Governance Kodex, 2.) die Angabe, wo dieser öffentlich zugänglich ist, 3.) soweit sie von diesem abweicht, eine Erklärung, in welchen Punkten und aus welchen Gründen diese Abweichung erfolgt, 4.) wenn sie beschließt, keinem Kodex zu entsprechen, eine Begründung hierfür sowie 5.) die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie seiner Ausschüsse zu enthalten hat.⁽⁹⁾

Die Grundlagen des Corporate-Governance-Berichts wurden durch das URÄG 2008 in das Unternehmensgesetzbuch (UGB) aufgenommen. Nach § 222 UGB haben die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft in den ersten fünf Monaten des Geschäftsjahres für das vorangegangene Geschäftsjahr neben den um den Anhang erweiterten Jahresabschluss und den Lagebericht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 243b UGB einen Corporate-Governance-Bericht aufzustellen und den Mitgliedern des Aufsichtsrats vorzulegen. Die Verpflichtung zur Berichterstattung nach § 243b UGB trifft nur Aktiengesellschaften im Sinne des Entwurfs zur Präambel des Kodex.⁽¹⁰⁾

Die Verpflichtung zur Einhaltung des Kodex ist in den Corporate-Governance-Bericht aufzunehmen und dieser ist auf der Website der Gesellschaft zu veröffentlichen (C-Regel 62). Nach § 243b Abs. 2 UGB hat der Corporate-Governance-Bericht die Zusammensetzung und Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie ihrer Ausschüsse anzugeben. Der Gesetzgeber hat hinsichtlich dieser sehr allgemein gehaltenen Vorgabe an die Unternehmen auf den Kodex hingewiesen, der hier als Leitlinie dienen soll. Entsprechend findet sich für Gesellschaften, die dem Anwendungsbereich des Kodex unterliegen, im Anhang zum Entwurf des Kodex eine Zusammenfassung der gesetzlich geforderten

Die neuen, den Corporate-Governance-Bericht betreffenden Kodex-Regelungen spiegeln die durch das URÄG 2008 geänderte Gesetzeslage wider.

(6) Vgl. dazu auch die zusätzlichen Aufnahmekriterien für Gesellschaften mit Sitz außerhalb Österreichs gemäß dem Regelwerk für den Prime Market der Wiener Börse, abrufbar unter http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/regelwerk_primemarket.pdf (5. 12. 2008).

(7) Vgl. Anhang ./B zum Regelwerk für den Prime Market der Wiener Börse, abrufbar unter http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/regelwerk_primemarket.pdf (5. 12. 2008).

(8) Einige ausländische Prime-Market-Unternehmen der Wiener Börse haben die Kurzübersicht bereits auf ihren Websites veröffentlicht.

(9) Regel 61 entspricht im Wesentlichen § 243b UGB.

(10) Vgl. dazu oben Pkt. 1.

Angaben des Corporate-Governance-Berichts sowie der in den „*Comply or Explain*“-Bestimmungen des Kodex geforderten Angaben.

Nach Regel 16, die weiterhin als „*Comply or Explain*“-Bestimmung konzipiert bleibt, sind im Corporate-Governance-Bericht Angaben zu den Vorstandsmitgliedern zu machen, wie Namen, Geburtsjahr, Datum der Erstbestellung und Ende der laufenden Funktionsperiode sowie die Kompetenzverteilung im Vorstand. Regel 16 ordnet auch die Offenlegung von Aufsichtsratsmandaten oder vergleichbaren Funktionen der Vorstandsmitglieder in anderen in- und ausländischen konzernexternen Gesellschaften im Corporate-Governance-Bericht an. Korrespondierend zu Regel 16 sind auch die Informationen zum Aufsichtsrat im Corporate-Governance-Bericht offenzulegen. Für den Fall, dass ein Mitglied an der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats nicht persönlich teilnimmt, ist auch dieser Umstand in den Bericht aufzunehmen (C-Regel 59).

Die Anzahl und die Art der eingerichteten Ausschüsse sowie der Entscheidungsbefugnisse (C-Regel 34) und die Anzahl der Sitzungen des Aufsichtsrats sind im Corporate-Governance-Bericht offenzulegen (C-Regel 36). Dabei bleibt die Vorgabe in Regel 36 unklar, wonach sich der Aufsichtsrat jährlich mit der Effizienz seiner Tätigkeit, insbesondere mit seiner Organisation und Arbeitsweise befasst. Des Weiteren sind genauere Angaben zu den Ausschüssen des Aufsichtsrats im Corporate-Governance-Bericht offenzulegen, nämlich die Namen der Mitglieder der Ausschüsse und die Vorsitzenden sowie die Anzahl der Sitzungen der Ausschüsse. Ferner ist auf die Tätigkeit der Ausschüsse einzugehen (C-Regel 39).

3. AUFSICHTSRAT

Eine der wichtigsten Änderungen des Kodex bezieht sich auf eine weitere Stärkung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats. Dem wird durch die Änderung von Regel 54 (Regel 53 a. F.), die eine „*Comply or Explain*“-Bestimmung ist, Rechnung getragen. Während der Kodex bisher bei den Mitgliedern des Aufsichtsrats auf eine nach der Beurteilung des Aufsichtsrats ausreichende Anzahl von der Gesellschaft und deren Vorstand unabhängiger Mitglieder abstellte, wird nunmehr eine Mehrheit an Aufsichtsratsmitgliedern verlangt, die von der Gesellschaft und deren Vorstand unabhängig ist. Der subjek-

tive Ansatz bei der Festlegung der Kriterien der Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats bleibt weiterhin aufrecht. Die vom Aufsichtsrat festgelegten Kriterien der Unabhängigkeit sollen künftig im Corporate-Governance-Bericht offengelegt werden. Welche Mitglieder nach dieser Beurteilung als unabhängig anzusehen sind, ist nicht mehr im Geschäftsbericht, sondern ebenfalls im Corporate-Governance-Bericht darzustellen.

Neben der Unabhängigkeit der Aufsichtsräte soll durch den vorliegenden Entwurf zum Kodex auch eine Diversität erreicht werden. Bei der Entscheidung über die Besetzung frei werdender Mandate im Aufsichtsrat ist insbesondere auch auf die Internationalität der Mitglieder, die Vertretung beider Geschlechter und die Altersstruktur Bedacht zu nehmen (R-Regel 42). Die Hauptversammlung als Adressat der „*Comply or Explain*“-Bestimmung 53 hat bei der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern auf die persönliche Qualifikation und die fachlich ausgewogene Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu achten. Dabei soll in Zukunft insbesondere keine Person als Aufsichtsratsmitglied bestellt werden, gegen die ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Delikts ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt.⁽¹¹⁾

4. VERBESSERUNG DER TRANSPARENZ VON VORSTANDSBEZÜGEN

Ein weiteres Anliegen im Zuge der Anpassung des Kodex war, für noch mehr Transparenz bei den Bezügen der Vorstandsmitglieder zu sorgen. Die Informationen über die im Unternehmen für die Erfolgsbeteiligung des Vorstands angewandten Grundsätze und der Bericht über wesentliche Änderungen gegenüber dem Vorjahr sowie Informationen über das Verhältnis der fixen zu den erfolgsabhängigen Bestandteilen der Gesamtbezüge des Vorstands, die Grundsätze betreffend betriebliche Altersversorgung einschließlich deren Voraussetzungen, die Grundsätze betreffend Anwartschaften und Ansprüche im Falle der Beendigung der Funktion nach der C-Regel 30 des Entwurfs sollen nicht mehr im Geschäftsbericht, sondern im Corporate-Governance-Bericht enthalten sein.

Die für jedes Vorstandsmitglied im Geschäftsjahr gewährten fixen und erfolgsabhängigen Vergütungen sollen im Corporate-Governance-Bericht einzeln veröffentlicht werden. Bei

Eine der wichtigsten Änderungen des Kodex bezieht sich auf eine weitere Stärkung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats.

(11) Ein ähnlicher Maßstab findet sich in der „*Comply or Explain*“-Regel 38, die ein möglichst objektives Verfahren bei der Bestellung des Vorstands sichern soll. Der Aufsichtsrat hat bei der Personalsuche, die nach Festlegung des Anforderungsprofils einem definierten Besetzungsverfahren folgt, all jene potenziellen Kandidaten abzulehnen, gegen die ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Delikts ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt.

Vergütungen an Managementgesellschaften ist der auf die Vorstandstätigkeit entfallende Anteil offenzulegen (C-Regel 31). Der Entwurf dieser Regel sieht nicht nur die Verschiebung⁽¹²⁾ dieser offenzulegenden Informationen vom Geschäftsbericht in den Corporate-Governance-Bericht vor, sondern es kommt vor allem zu einer Änderung der Regelungskategorie von der bisherigen R-Regel in eine „*Comply or Explain*“-Bestimmung, mit der Konsequenz, dass die Gesellschaft in Zukunft begründen muss, warum Informationen zu den Bezügen und Bonuszahlungen, welche an Vorstände gezahlt werden, nicht offengelegt werden.

5. SONSTIGE WESENTLICHE NEUERUNGEN

Neben Ergänzungen des Kodex um „*Legal Requirement*“-Bestimmungen, wie etwa in L-Regel 8, welche sich auf den Erwerb eigener Aktien bezieht und auf der in § 65 AktG festgesetzten Rückkaufermächtigung des Vorstandes durch die Hauptversammlung für einen Zeitraum von höchstens 30 Monaten und von höchstens 10 % beruht, oder in L-Regel 79 hinsichtlich der „*cool-off period*“ im Sinne des § 271c UGB im Zusammenhang mit der Tätig-

keit des Abschlussprüfers,⁽¹³⁾ sieht der Entwurf des Kodex auch eine Anpassung der Regel 70 (C-Regel 67 a. F.) vor. Danach soll die Gesellschaft im Konzernlagebericht wesentliche finanzielle und nicht finanzielle Risiken, denen das Unternehmen ausgesetzt ist, sowie die wesentlichen eingesetzten Risikomanagementinstrumente im Hinblick auf finanzielle Risiken und den Rechnungslegungsprozess beschreiben. Die bisherige Regel beruht nunmehr auf zwingenden Rechtsvorschriften und ist deshalb im Entwurf als „*Legal Requirement*“-Bestimmung vorgesehen (§ 237 Z 8a, § 243a Abs. 2 UGB).⁽¹⁴⁾

Nach § 237 Z 8a UGB sind im Anhang auch „*Art, Zweck und finanzielle Auswirkungen der nicht in der Bilanz ausgewiesenen und auch nicht gemäß Z 8 oder § 199 anzugebenden Geschäfte*“ anzugeben. Die Offenlegungspflicht nach § 237 Z 8a UGB ist allerdings beschränkt und setzt voraus, dass die Risiken und Vorteile, die sich aus solchen Geschäften ergeben, wesentlich sein müssen und die Offenlegung derartiger Risiken und Vorteile für die Beurteilung der Finanzlage der Gesellschaft notwendig sein muss. Im Gegensatz zur Vorschrift des § 237 Z 8a UGB soll die Offenlegung von etwaigen Off-Balance-Sheet-Transaktionen nach L-Regel 70 nicht im Anhang, sondern im Konzernlagebericht erfolgen.

Ein weiteres Anliegen im Zuge der Anpassung des Kodex war, für noch mehr Transparenz bei den Bezügen der Vorstandsmitglieder zu sorgen.

(12) Eine Offenlegung im Corporate-Governance-Bericht anstelle im Geschäftsbericht gilt auch für den Gegenstand und das Entgelt von gemäß L-Regel 48 zustimmungspflichtigen Verträgen (C-Regel 49).

(13) Weitere Vorschriften in Bezug auf den Abschlussprüfer sind insbesondere die als „*Legal Requirement*“ ausgestaltete Regel 80, wonach der Abschlussprüfer über während der Prüfung auftretende mögliche Ausschluss- oder Befangenheitsgründe, soweit diese nicht sofort beseitigt werden, nicht nur den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, sondern auch den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses informieren muss; sowie ferner die früher als „*Comply or Explain*“-Bestimmung verfasste Regel 78, die aufgrund der Änderungen des § 270 Abs. 1 UGB durch das URÄG 2008 als „*Legal Requirement*“-Regel 82 ausgestaltet wird. Sie ist die wesentliche Bestimmung in Bezug auf das Entgelt des Abschlussprüfers für die Durchführung der Abschlussprüfung. Das Entgelt hat in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Prüfers und dem voraussichtlichen Umfang der Prüfung zu stehen.

(14) § 243 Abs. 2 UGB verlangt von der Gesellschaft eine Beschreibung der wichtigsten Merkmale des internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems im Lagebericht.