



**Dr. Andreas Baumgartner, LL.M. (Harvard)**  
Univ.-Ass. Post Doc  
Institut für Unternehmens- und  
Wirtschaftsrecht  
Universität Wien  
Schottenbastei 10-16  
1010 Wien

andreas.j.baumgartner@univie.ac.at  
T: + 43-1-4277-35226  
F: + 43-1-4277-835226

Bundesministerium für Verfassung,  
Reformen, Deregulierung und Justiz  
Museumsstraße 7  
1070 Wien

Betreff: Stellungnahme zu MinEntw  
AktRÄG 2019, 130/ME 26. GP

per E-Mail:  
begutachtung@parlament.gv.at

Wien, 11.5.2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich erlaube mir, zu dem oben erwähnten Ministerialentwurf die folgende Stellungnahme abzugeben. Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Hochachtungsvoll



Andreas Baumgartner

**1) Der Ausschluss der Beschlussanfechtung** in Zusammenhang mit *say on pay gem § 78b Abs 1 Satz 3, § 78d Abs 1 Satz 3* AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 ist mE aus folgenden Gründen zu überdenken, zumindest in seiner derzeitigen Pauschalität. Er kann dazu führen, dass das Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses über Vergütungspolitik und -bericht (Art 9a, 9b Abs 4 AktionärsrechteRL II; § 78b, § 78d AktG idF MinEntw AktRÄG 2019) sowie die damit verbundenen „Öffentlichkeitswirkungen“<sup>2</sup> entwertet werden: Eine Verletzung formeller Regelungen über die Beschlussfassung (zB § 121 AktG),<sup>3</sup> einschließlich jener über die Ermöglichung einer sachgerechten Entscheidungsvorbereitung (§§ 105 ff AktG) könnte sanktionslos bleiben. Auch ein Sanktionsmangel in Bezug auf inhaltliche Beschlussfehlerhaftigkeit erscheint nicht ausgeschlossen, namentlich wenn eine vom Willen des Mehrheitsaktionärs getragene Vergütungspolitik ohne Rücksicht auf die Gesellschaftsinteressen oder satzungsmäßige Vorgaben<sup>4</sup> durchzusetzen versucht wird. Hinzu kommt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende angesichts seiner Nähe zum Entscheidungsgegenstand (vgl § 78a Abs 1, § 78c Abs 1, § 98a AktG idF MinEntw AktRÄG 2019) und der Gesellschaftermehrheit (§ 87 Abs 1 AktG) geringe Anreize hat, Beschlussmängeln bereits im Wege der Versammlungsleitung (§ 116 Abs 1, § 128 AktG) Rechnung zu tragen.

Den einzelnen Gesellschaftern, insb der Minderheit wird dadurch die ihr ansonsten zukommende Funktion entzogen, im Wege der Anfechtungsklage als außerordentliches Organ der Gesellschaft zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen einzuschreiten;<sup>5</sup> übrigens auch im Gegensatz zum derzeitigen Vergütungsrecht des Aufsichtsrats (§ 98 AktG)<sup>6</sup>. Das erscheint auch wegen des Richtlinien-Erfordernisses wirksamer Sanktionen (Art 14b AktionärsrechteRL II) und des erklärten Ziels der verstärkten Einbindung mehrerer Interessengruppen zur Verbesserung der Corporate Governance<sup>7</sup> bedenklich (vgl auch ErwGr 28 f, 31, 33 AktionärsrechteRL II).

Dagegen kann mE nicht eingewendet werden, *say on pay* iSd § 78b, § 78d AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 habe empfehlenden Charakter, erzeuge „also weder Rechte noch Pflichten“.<sup>8</sup> Denn die dafür vorgesehenen Hauptversammlungsbeschlüsse ziehen doch, wenn auch „reduzierte“ Rechtsfolgen nach sich (s § 78b Abs 2, Abs 3, § 78d Abs 1 Satz 4 AktG idF MinEntw AktRÄG 2019).<sup>9</sup> Außerdem dürfte dieser Einwand auf § 120a Abs 1 Satz 3, Abs 4

<sup>1</sup> RL (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl L 2017/132, 1.

<sup>2</sup> Vgl auch Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), Bundestagsdrucksache 16/13433, 11: „Bei einer börsennotierten Gesellschaft wird ein Beschluss der Hauptversammlung, der das bestehende Vergütungssystem missbilligt, erhebliche Öffentlichkeitswirkungen erzeugen“. S dazu noch unten Fn 11.

<sup>3</sup> Vgl dazu ErläutMinEntw AktRÄG 2019, 130/ME 26. GP 4 (zu § 78b).

<sup>4</sup> Vgl ErläutMinEntw AktRÄG 2019, 130/ME 26. GP 10 (zu § 98a).

<sup>5</sup> Vgl Herrenhausbericht 272 BlgHH 17. Session (GmbHG I) 11 (zu § 41 im Anschluss an das Aktienrecht der §§ 271 ff HGB 1897); zur präventiven Wirkung vgl aaO 12.

<sup>6</sup> S dazu *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> (2018) § 98 Rz 19.

<sup>7</sup> ErläutMinEntw AktRÄG 2019, 130/ME 26. GP 1 (Allgemeiner Teil).

<sup>8</sup> So ErläutMinEntw AktRÄG 2019, 130/ME 26. GP 4 (zu § 78b).

<sup>9</sup> Andeutungsweise ErläutMinEntw AktRÄG 2019, 130/ME 26. GP 4 (zu § 78b): „keine unmittelbaren Rechtsfolgen“ (eigene Hervorhebung); vgl auch Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_ARUG\\_II.pdf;jsessionid=D8A29394F793B12E5F834DCBFBAC14A2.1\\_cid324?blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_ARUG_II.pdf;jsessionid=D8A29394F793B12E5F834DCBFBAC14A2.1_cid324?blob=publicationFile&v=1), S 105 (zu § 120a Abs 3 dAktG idF RegEntw ARUG II): „Die in Absatz 3 niedergelegten Rechtsfolgen sind keine Ausflüsse des Beschlusses, sondern entspringen gesetzlicher Anordnung.“

Satz 2 dAktG idF Umsetzungsentwurf der deutschen Bundesregierung<sup>10</sup> und damit auf § 120 Abs 4 Satz 3 dAktG idF VorstAG<sup>11</sup> zurückgehen. Im letzteren Zusammenhang sind aber tatsächlich keine Rechtsfolgen des (Miss-)Billigungsbeschlusses der Aktionäre (vom europäischen Gesetzgeber) vorgeschrieben, weswegen das Argument mE nicht auf § 78b, § 78d AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 übertragbar ist.

Entsprechendes gilt für den Einwand, auch die Feststellung des Jahresabschlusses unterliege „im Regelfall“ nicht der Anfechtung durch Aktionäre.<sup>12</sup> Gerade wenn die Hauptversammlung dafür zuständig ist, wie auch im Rahmen der § 78b, § 78d AktG idF MinEntw AktRÄG 2019, dann besteht insoweit eine Anfechtungsmöglichkeit (vgl § 195 Abs 3 AktG)<sup>13</sup>.

Darüber hinaus kann die Zulassung der Anfechtung aufgrund des bloß empfehlenden Charakters der vergütungsrelevanten Hauptversammlungsbeschlüsse gem § 78b, § 78d AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 auch keinen unzumutbaren Schwebezustand für die Unternehmensleitung verursachen. Die Zulässigkeit<sup>14</sup> und Wirksamkeit<sup>15</sup> der Festsetzung der Vergütung bliebe davon unberührt. Der Aufsichtsrat wäre aber gem § 99, § 84 Abs 1, Abs 1a AktG verpflichtet, die Erfolgchancen der Anfechtungsklage zu beachten<sup>16</sup> – entsprechend der Pflicht zur Berücksichtigung der bloßen „Erörterung“ des Vergütungsberichts gem § 78d Abs 2 AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 – und diese in die Wahrnehmung seiner Überarbeitungs- (§ 78b Abs 2 Satz 2 *leg cit*) und Rechenschaftspflicht (§ 78d Abs 1 Satz 4 *leg cit*) einfließen zu lassen. Die Pflicht zur Veröffentlichung des Hauptversammlungsbeschlusses über die Vergütungspolitik (§ 78b Abs 3 *leg cit*) sollte dann einen Hinweis auf die anhängige Anfechtungsklage beinhalten, um die Transparenz zu erhöhen.

Insgesamt erscheint daher ein Erpressungspotenzial *qua* Anfechtung auch angesichts des damit verbundenen Prozessrisikos als vernachlässigbar. Daher kann das allgemeine Anliegen, „aktienrechtliche Beschlussmängelklagen einzudämmen“,<sup>17</sup> mE nicht die Abkehr von diesem zentralen gesellschaftsrechtlichen Kontrollinstrument iSd § 78b Abs 1 Satz 3, § 78d Abs 1 Satz 3 AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 rechtfertigen.

Bei Beibehaltung dieser Regelungen stellt sich wegen des Wortlauts („ist nicht anfechtbar“; vgl §§ 195 ff AktG) die Frage, ob damit auch die Nichtigkeitsklage (§§ 199 ff AktG) ausgeschlossen sein soll, insb wegen gravierender formeller Mängel (§ 199 Abs 1 Z 1 AktG).

**2) Die Regelung des organschaftsrechtlichen Stimmverbotes des § 95a Abs 4 AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 bei *related party transactions* bietet eine Chance, festzulegen, dass der Interessenkonflikt die Teilnahme des Organmitglieds nicht nur bei der Abstimmung,**

<sup>10</sup> RegEntw ARUG II (vorige Fn) 106 (zu § 120a Abs 1 dAktG idF RegEntw ARUG II), im Anschluss an die Gesetzesmaterialien zum VorstAG (s dazu folgende Fn).

<sup>11</sup> Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009, dBGBI I 2509; s dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zum VorstAG (oben Fn 2), Bundestagsdrucksache 16/13433, 12: „Wegen der fehlenden rechtlichen Wirkungen des Beschlusses ist nicht ersichtlich, weshalb dem Vorstand oder den Aktionären hier eine Anfechtungsmöglichkeit bereitstehen müsste.“

<sup>12</sup> RegEntw ARUG II (oben Fn 9) 108 (zu § 120a Abs 4 dAktG idF RegEntw ARUG II).

<sup>13</sup> Vgl dazu OGH 1 Ob 249/55, SZ 28/115; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> (2010) § 195 Rz 10.

<sup>14</sup> Vgl § 78b Abs 2 Satz 1 AktG idF MinEntw AktRÄG 2019: „vorgelegt“.

<sup>15</sup> RegEntw ARUG II (oben Fn 9) 106 (zu § 120a Abs 1 dAktG idF RegEntw ARUG II).

<sup>16</sup> Zu dem Parallelproblem der Gehorsampflicht bei anfechtbaren Weisungsbeschlüssen im GmbH-Recht (§ 20 Abs 1 GmbHG) vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 25 Rz 30.

<sup>17</sup> RegEntw ARUG II (oben Fn 9) 106 (zu § 120a Abs 1 dAktG idF RegEntw ARUG II).

sondern bereits bei der Beratschlagung verhindern soll.<sup>18</sup> Damit könnte einer unsachgerechten Einflussnahme auf die (zunächst) unbefangenen Mitglieder wirksamer entgegengesteuert werden. Zulässig (weil zweckmäßig) sollte aber die Übermittlung der Stellungnahme des befangenen Mitglieds an die unbefangenen Kollegen vor Beginn der Beratschlagung sein.

**3) Die Pflicht zur Veröffentlichung** eines *related party* Geschäfts „spätestens zum Zeitpunkt seines Abschlusses“ gem § 95a Abs 5 AktG idF MinEntw AktRÄG 2019 kann mit Art 17 der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)<sup>19</sup> in Konflikt geraten, wenn die Aufschiebuvoraussetzungen gem Abs 4 oder Abs 5 *leg cit* erfüllt sind. Entsprechend § 111c Abs 3 dAktG idF RegEntw ARUG II empfiehlt es sich mE, durch Verweis einen Vorrang von Art 17 Abs 4 und Abs 5 MAR klarzustellen (vgl auch Art 9c Abs 9 AktionärsrechteRL II).

---

<sup>18</sup> Vgl dazu etwa *Winner*, Die organschaftliche Treuepflicht, in *Kalss/U. Torggler*, Treuepflichten – Beiträge zum 6. Wiener Unternehmensrechtstag (2018) 137, 145 f mwN.

<sup>19</sup> VO (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl L 2014/173, 1.