

Aufsichtsrat aktuell

Fachinformation

**für die verantwortungsvolle Kontrolle
und Beratung von Unternehmen und Stiftungen**

Das aktuelle Interview

- Benedikt Kommenda spricht mit Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüdler

5. Österreichischer Aufsichtsratstag

- Tagungsbericht

Praxisfragen rund um den Aufsichtsrat

- Unternehmensaufsicht und ihre Wirksamkeit
- Qualifikation und Organisation österreichischer Aufsichtsräte
- Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat
- 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil V)

Aktuelles für den Stiftungsvorstand

- Die stiftungsrechtliche Rechtsprechung des OGH im Jahr 2014
- Judikaturwende bei der Änderungsbefugnis des Stiftungsvorstands!?

Rechtsprechung

- Nachträgliche Änderung der Stiftungserklärung

Literaturreisenschau



schlüsse fassen als Boards mit einer geraden Anzahl?“ P. grinst, weil er weiß, dass er mich nun endgültig verwirrt hat. Ich wusste es nicht, aber noch bevor ich selbst ins Flugzeug steigen musste, fand ich heraus, woher er diese verblüffende Information hatte.(6)

Die Personen und Dialoge in der „Aufsichtsratslounge“ sind fiktiv, aber nicht unwahrscheinlich. Fragen, Anregungen, Kritik, Themenvorschläge und Diskussion bitte per E-Mail an den Autor (hkern@beyond.at).

(6) Deng/Gao/Liu, Voting Efficiency and the Even-Odd Effects of Corporate Board: Theory and Evidence (2012), online abrufbar unter <http://www.ntu.edu.sg/home/hsgao/oddbboard-0719.pdf>.

Josef Fritz

10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil V)

Trend Nr. 8 – Der Aufsichtsrat und die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft

In nur knapp einem Jahr haben 10 internationale Trends Österreich erreicht und verändern die Welt im Aufsichtsrat. In den letzten Ausgaben wurden sechs Trends vorgestellt: 1.) (österreichische) Gesetzgebung; 2.) Rechtsprechung; 3.) Corporate Governance bzw Compliance; 4.) Professionalität bzw Qualifikation, Eignung, Unabhängigkeit; 5.) EU-Gesetzgebung bzw Fit & Proper-Rundschreiben der FMA; 6.) mediale Berichterstattung – national und international; 7.) Diversität im Aufsichtsrat.(1) Als weiterer Trend wird im vorliegenden Beitrag die Rolle der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) thematisiert.

1. EINLEITUNG

Noch bis zum Ausbruch der internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise durch die Insolvenz der US-Bank Lehman Brothers im Herbst 2008 waren der Aufsichtsrat und Begriffe wie „*fraudulos*“, „*dolos*“, „*Forensik*“, „*fraud*“, „*litigation*“ und „*Malversation*“ nicht im Zusammenhang genannt worden.

Das hat sich grundlegend geändert. Derlei Begriffe sind nunmehr Begleiter der Aufsichtsratsverantwortlichen. Vorstandsmitglieder, aber auch Aufsichtsräte, die sich auf der Anklagebank befinden, sind auch in Österreich keine Seltenheit mehr. In der letzten Dekade hat die Wirtschaftskriminalität zugenommen.

2. WICHTIGE BEGRIFFE(2)

Synonyme für „*fraudulos*“ sind: betrügerisch, unterschlagend.

Forensik ist ein Sammelbegriff für wissenschaftliche und technische Arbeitsgebiete, in denen zB kriminelle Handlungen systematisch

untersucht werden. Der Begriff stammt vom lateinischen *forum* (Forum, Marktplatz), da Gerichtsverfahren, Untersuchungen, Urteilsverkündungen sowie der Strafvollzug im antiken Rom öffentlich und meist auf dem Marktplatz durchgeführt wurden.

Dolos (griechisch Δόλος [List], latein *dolus*) ist ein Daimon der griechischen und römischen Mythologie. Er ist die Personifikation der Täuschung und des Betrugs.

Fraud (griechisch *apate* oder auch *fraus*) ist die Göttin der Falschheit aus griechisch-römischer Mythologie. Ist das weibliche Pendant von *Dolos* (römisch *Dolus*), ein vom englischen *fraud* übernommener, in der Fachsprache der Revision häufig verwendeter Begriff für „Betrug“, auch „betrügerische Handlung“ oder „dolose Handlung“.

Litigation-PR (deutsch „Öffentlichkeitsarbeit im Rechtsstreit“, auch strategische Rechtskommunikation oder prozessbegleitende Öffentlichkeitsarbeit) ist eine Form der Pressearbeit, bei der die Kommunikation nach außen vor, wäh-



Dr. Josef Fritz ist Managing Partner eines auf die Suche nach qualifizierten Aufsichtsorganen im deutschsprachigen Raum spezialisierten österreichischen Dienstleistungsunternehmens.

(1) Vgl Fritz, 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil I), Aufsichtsrat aktuell 4/2014, 5; derselbe, 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil II), Aufsichtsrat aktuell 5/2014, 26; derselbe, 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil III), Aufsichtsrat aktuell 6/2014, 28; derselbe, 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil IV), Aufsichtsrat aktuell 1/2015, 27.

(2) Quelle: Wikipedia.

rend und nach juristischen Auseinandersetzungen gesteuert wird. Ziel der Litigation-PR ist es, die juristische Strategie der beteiligten Anwälte zu unterstützen, das Ergebnis der juristischen Auseinandersetzung mithilfe der Öffentlichkeit zu beeinflussen und gleichzeitig Schäden an der Reputation des Mandanten zu vermeiden. Sie ist verwandt mit Reputationsmanagement und Krisen-PR.

3. KORRUPTION UND DER AUFSICHTSRAT

Solange Aufsichtsratsmandate als Ehrenamt gesehen wurden, war das Thema „Korruption“ nicht auf der Tagesordnung. Ganz im Gegenteil: Davon haben sich alle distanziert. Wenn etwas „passiert ist“, dann war das unangenehm und peinlich. Es konnte sich dabei auch „nur“ um Mitarbeiter und selten um Führungskräfte handeln. Bei Mitarbeitern wurden dabei auch meist – oft nur intern – Sanktionen gesetzt. Eine begründete, notwendige und dann ausgesprochene Entlassung wurde jedoch meist in eine einvernehmliche Trennung und Auflösung des Dienstverhältnisses gewandelt. Das war für alle Beteiligten angenehm. Mitarbeiter, die sich etwas zuschulden kommen ließen, wurden *de facto* „gefeuert“, in der Außenwirkung für den Betroffenen und vor allem das Unternehmen war dies nicht ersichtlich – es trennten sich einfach die Wege. In den seltensten Fällen war das überhaupt ein gesamtes Vorstandsthema, sondern wurde zwischen der Personalabteilung und dem Führungsverantwortlichen „geklärt“. Nur wenn der finanzielle Schaden ein bestimmtes Ausmaß überschritt, kam es zur Involvierung des gesamten Vorstands und in nur ganz wenigen Fällen wurde der Aufsichtsrat mit der Angelegenheit behelligt, das heißt informiert.

Doch machen wir zuvor einen Blick zurück in die Geschichte:

Korruption ist so alt wie die Menschheit. Im Kodex Hammurabi (zirka 1800 vor Christus!) findet man folgende Sätze über die Bestechlichkeit von Richtern: *„Du sollst dich nicht bestechen lassen ... denn Bestechung macht Sehende blind und verkehrt die Sache derer, die im Recht sind ...“*

Damit sei der Geschichtsausflug auch schon wieder beendet, denn die Korruption findet sich durchgehend in allen Jahrhunderten bis heute.

Korruption ist interessanterweise kein Rechtsbegriff und bezeichnet auch kein Delikt.

Im Allgemeinen versteht man darunter den Missbrauch anvertrauter Macht zum eigenen Vorteil. Und hier kommen die Top-Unternehmensgremien rasch ins Spiel.

Zu Malversationen ist es auch früher gekommen. Das hängt nicht erst mit dem verstärkten Auftreten der „Giergesellschaft“ zusammen. Der Unterschied hingegen ist, dass heute Fehl-

verhalten eindeutig zugenommen hat und andere Transparenzumstände herrschen.

Wenn früher Malversationen festgestellt wurden, so überwog rasch das Interesse, dies tendenziell unter dem Aspekt des „Unternehmenswohls“ unter den Teppich zu kehren, um „nur keine Schlagzeilen in der Öffentlichkeit“ zu haben. Spätestens mit der Forderung im Aufsichtsrat „Wir wollen doch nicht mit negativen Schlagzeilen in der Zeitung stehen“ wurden sachinhaltliche Argumentationen zweitrangig gesehen. Dem so vermeintlichen Schutz des Unternehmenswohls wurde der Vorzug eingeräumt. Das war für alle Beteiligten durchaus angenehm. Jene, die fraudulos handelten, wurden nur in harträckigen Fällen bestraft, verantwortliche Vorstände und Aufsichtsräte konnten „die lästige Causa“ rasch abhaken.

Auch diese Zeiten sind vorbei.

4. VON DER KORRUPTIONSSTAATSANWALTSCHAFT ZUR WKSTA

Skandale hat es zu allen Zeiten gegeben. Starke Machtstrukturen und limitierte Oppositionsrechte haben auch in Österreich lange Zeit begünstigend gewirkt. Erst 2008 wurde eine eigene Korruptionsstaatsanwaltschaft eingerichtet. Auch das Erlassen von Antikorruptionsgesetzen fällt in diese Zeit. So wurden zwei Paragraphen des Strafgesetzbuches (StGB) neu formuliert, nämlich die Bestechung politischer Abgeordneter und es wurde das sogenannte Anfüttern unter Strafe gestellt. Als heißer Abschnitt galt der § 307 Abs 2 StGB, der sich an Unternehmer und Veranstalter richtet, die gerne Beamte und Politiker zu Festen einladen, um sie gewogen zu machen. Prompt kam im Sommer 2008 ein Aufschrei vom Direktorium der Salzburger Festspiele, die diese Gesetzesänderung kritisierte.

Der Beginn der Korruptionsstaatsanwaltschaft war verhalten. Es war keine Korruptionskampfmannschaft, sondern nur eine Korruptionsrumpfmannschaft. Dennoch war es wichtig, der seit Jahren zunehmenden Anzahl besonders umfangreicher Wirtschaftsstrafsachen – mit vermehrten internationalen Verflechtungen – zu begegnen. Die gesteigerte Komplexität dieser Verfahren erforderte neue Konzepte und Strukturen für einen erfolgreichen Einsatz der Ermittlungsbehörden.

Im September 2011 wurde dann die eigene WKStA für schwere Amts- und Korruptionsdelikte (Ausnahme des Amtsmissbrauchs) gegründet. In ihre Zuständigkeit fallen Wirtschaftsstrafsachen, wenn der Schadensbetrag 5 Mio € übersteigt und sogenannte Bilanzfälschungsdelikte bei größeren Unternehmen. Die WKStA ist für ganz Österreich zuständig und ersetzt die frühere Korruptionsstaatsanwaltschaft.

Solange Aufsichtsratsmandate als Ehrenamt gesehen wurden, war das Thema „Korruption“ nicht auf der Tagesordnung.

Dos and Don'ts im Aufsichtsrat

schaft. Die Leiter kämpften von Anfang an um eine quantitative und auch qualitative Personalaufstockung.

Rechtsanwälte monierten die enden wollende sachinhaltliche Qualität und auch die Art und Weise des Vorgehens.

Die WKStA erhebt von Amts wegen. Das ist ein wesentlicher Unterschied zu früher, denn somit wurde dem alten Prinzip „*entre nous*“ – auch im Aufsichtsrat – ein Riegel vorgeschoben. Das Prinzip des Unter-den-Teppich-Kehrens ist zumindest gefährlich geworden. Spätestens mit dem Durchbruch der Compliance-Bestimmungen und dem Aufkommen von *whistleblowing* ist es obsolet geworden.

Ganz im Gegenteil: Heute ist der Aufsichtsrat zum Handeln verpflichtet. Ist durch Management-Fehler ein Schaden entstanden, so hat der Aufsichtsrat die Pflicht, das Bestehen von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen.

In letzter Zeit wurde die WKStA nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ aufgestockt bzw. verstärkt. In den Reihen der WKStA finden sich mittlerweile Wirtschaftsversierte und IT-Fachkundige, sodass beschlagnahmte Unterlagen sich schon als Fundquelle für eine spätere Beweisführung vor Gericht herausgestellt haben. Insbesondere der E-Mail-Verkehr eröffnete Einblicke und wichtiges Hintergrundwissen, womit Absicht und Vorsatz beim Motiv erkennbar sind. Lediglich Fahrlässigkeit ins Treffen zu führen, wie einige ins Visier genommene Verantwortliche behaupteten, wurde vielfach durch aufgefundene digitale Korrespondenz widerlegt.

In einer Pressekonferenz im Februar 2015 wurde die WKStA als „*weiter auf Expansionskurs*“ bezeichnet. Es gibt inzwischen 40 Planstellen und die Zahl der besetzten Posten soll bis April auf 31 steigen, freute sich die Leiterin *Ilse-Maria Vrabl-Sanda*. Im Lauf des Jahres 2015 soll der Probetrieb für eine Außenstelle (voraussichtlich in Graz) starten.

Das ist auch erforderlich, wie die Zahlen zeigen:

- Die Weltbank nennt eine 1 Billion \$ jährlich als geschätzte Summe an Bestechungsgeld.
- 120 Mrd € beträgt der Schaden durch Korruption in der EU.
- Durch die wachsende Wirtschaftskriminalität entstand deutschen Unternehmen 2014 ein Schaden von rund 80 Mrd €.
- Österreich ist in der Korruptionsstatistik auf den 26. Platz abgerutscht; dabei waren wir im Jahr 2005 auf Rang 10, fielen im Jahr 2008 auf die 12. Stelle, 2011 auf Rang 16 und rutschten zuletzt auf den 26. Platz ab.⁽³⁾

- Der Milliardenschaden für das österreichische BIP ist erheblich. Gemäß den Veröffentlichungen von *Friedrich Schneider* von der Johannes Kepler Universität Linz wäre das BIP (basierend auf den Werten von 2011) um 16 Mrd € höher, wenn wir keine Korruption hätten. Würden wir die Korruption auf Schweizer Niveau reduzieren, wäre der volkswirtschaftliche Schaden um 6 Mrd € geringer.

Im Jahr 2013 wurden 1.351 Fälle bei der WKStA bilanziert, 2014 kamen weitere 1.359 Fälle hinzu. Zwei Drittel betreffen Wirtschaftsstrafsachen und ein Drittel Korruption. Zwei Drittel der österreichischen Verfahren entfielen auf den Oberstaatsanwaltschaftssprengel in Wien.

In der Öffentlichkeit bekannt wurden vor allem die 40 Großverfahren (wie zB Rail Cargo, AKH, Fernwärme, Kommunalkredit, Saualm, Y-Line).

Als Besonderheit der WKStA wird der Einsatz staatsanwaltlicher Teams hervorgehoben. So ist im Verfahren bei der Alpine eine Gruppe aus fünf Staatsanwälten, zwei Wirtschaftsexperten und einer IT-Expertin tätig geworden. Somit – und das erachte ich für einen in der Praxis ganz wesentlichen Punkt – könne man den Einsatz von (nicht immer unumstrittenen) Sachverständigen zurückdrängen.

Die vor zwei Jahren gestartete anonyme *Whistleblower*-Website wird nunmehr in den Regelbetrieb übernommen.

5. IACA UND GRECO

Nur wenigen ist bekannt, dass die International Anti-Corruption Academy (IACA) im niederösterreichischen Laxenburg ihren Sitz hat. Sie bietet ihren Mitgliedern spezielle Anti-Korruptions-Programme in den Bereichen Bildung und Forschung und fördert den internationalen Austausch. Gegründet wurde diese junge internationale Organisation im Jahr 2011 von der UNO, der EU und der Republik Österreich.

Österreich ist seit 1. 6. 2006 Mitglied der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO), welcher mittlerweile 47 Mitgliedstaaten angehören. GRECO prüft nach dem Prinzip der *peer reviews* der gegenseitigen Beobachtung und Beurteilung durch Experten aus anderen Mitgliedsländern in mehreren Evaluierungsrunden die Einhaltung bzw. Umsetzung der vom Europarat einschlägig verabschiedeten Rechtsinstrumente. Insbesondere die Einrichtung und Stärkung des Bundesamtes für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK), der WKStA und des Korruptionsgremiums zur Korruptionsbekämpfung sowie die vertiefte

Wirksamstes Mittel zur Korruptionsbekämpfung ist die Transparenz – das Offenlegen von Interessenkonflikten.

(3) Quellen: Transparency International und Korruptionsindex.

Zusammenarbeit von verschiedenen Strafverfolgungsbehörden und die Einführung eines Verhaltenskodex für Beamte sind als positive Schritte in Umsetzung der Empfehlungen von GRECO anerkannt worden.

Wie schon der deutsche Wirtschaftswissenschaftler Helmar Nahr sagte: „Korruption ist die Autobahn neben dem Dienstweg!“

6. KORRUPTIONSBEKÄMPFUNG UND DER AUFSICHTSRAT

Wirksamstes Mittel zur Korruptionsbekämpfung ist die *Transparenz* – das Offenlegen von Interessenkonflikten. Spätestens jetzt sind wir wieder beim Aufsichtsrat angelangt. Bei beiden Kriterien ist der Aufsichtsrat massiv gefordert und das beginnt bei ihm selbst, denn gemäß § 87 Abs 2 AktG haben Aufsichtsräte unabhängig zu sein. Sie erklären schriftlich, dass keine Umstände bekannt sind, die die Besorgnis einer Befangenheit des Aufsichtsratsmitglieds begründen können, bzw vor der Wahl haben die vorgeschlagenen Personen der Hauptversammlung ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen oder vergleichbare Funktionen sowie alle Umstände darzulegen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten.

Gemäß fast allen Satzungen und Geschäftsordnungen – sowohl für den Vorstand, als auch für den Aufsichtsrat – ist der Aufsichtsrat bei Rechtsverfahren involviert. Das beginnt von der Information (zB bei Passivprozessen) und geht bis zur Einholung der Aufsichtsratsgenehmigung bei Aktivprozessen.

Langjährige Rechtsprozesse begleiten mittlerweile zahlreiche börsennotierte Unternehmen. Somit hat der Aufsichtsrat auch die „Schnittstelle“ zur Hauptversammlung. Beispielsweise war bei der Immofinanz die Causa BUWOG und *Petrikovics* jahrelang Gegenstand von Aktionärsanfragen in der Hauptversammlung. Generell erschwert das so im Blickpunkt stehende Rechtsverfahren auch materielle Vergleichslösungen. Einige ausverhandelte Vergleiche, die schon die Aufsichtsratszustimmung hatten, fanden in Hauptversammlungen keine Mehrheit.

Dem Aufsichtsratsvorsitzenden kommt auch in Rechtscausae besondere Bedeutung zu. Der Aufsichtsrat ist schließlich jenes Organ, das in Kapitalgesellschaften Managern oft klar vor Augen zu führen hat, dass sie „angestellt“ sind – sie agieren mit und für fremdes Vermögen. Das Wort „Unabhängigkeit“ kommt zu inhaltlicher Geltung!

7. DER AUFSICHTSRAT UND INTERESSENKONFLIKTE, UNABHÄNGIGKEIT

Ich erinnere mich gut an ein Gespräch mit einem Aufsichtsrat einer österreichischen bör-

senotierten AG über Interessenkonflikte und er erwiderte mir: „Hören Sie mir auf mit der Unabhängigkeit.“

Knapp ein Jahr später begegneten wir einander wieder und er erzählte mir Folgendes: Nunmehr weiß er, was ich mit dem Problem, dass zahlreiche Aufsichtsräte in Österreich nicht unabhängig sind und der Interessenkonflikt der ständige Begleiter im Aufsichtsrat ist, meinte:

Das Unternehmen, in dem er ein Aufsichtsratsmandat bekleidet, wurde von einem Ex-Vorstand auf Zahlung diverser Ansprüche geklagt:

- Interessenkonflikt Nr 1: Vorstand versus Alt-Vorstand und wie der Aufsichtsrat damit umgeht.
- Interessenkonflikt Nr 2: Aufsichtsrat versus Ex-Vorstand; das „Kollegialorgan Aufsichtsrat“ vertrat unterschiedliche Auffassungen, wie den Ansprüchen des ehemaligen Vorstandsmitglieds zu begegnen ist. Einige waren auch für eine Gegenklage.
- Interessenkonflikt Nr 3: Aufsichtsrat versus Eigentümer. Es gab unterschiedliche Sichtweisen.
- Interessenkonflikt Nummer 4: *Dieser* einzelne Aufsichtsrat versus Ex-Vorstand; sie waren auch privat befreundet.
- Den Interessenskonflikt Nr 5 zeigte der Richter im Prozess mit der einfachen Frage „Was war denn das Beste für das Unternehmen?“ auf. Das wichtige Unternehmenswohl kommt zwar oft in den Satzungen und Lehrbüchern vor, in der praktischen Vorstands- und Aufsichtsratsarbeit soll es nicht immer „im Fokus“ sein.

8. FAZIT

Der Aufsichtsrat hat mit jemandem Bekanntschaft gemacht, den er eigentlich nicht wirklich kennen lernen wollte – der WKStA.

Das vermeintliche Denken, „das betrifft eh die anderen“, hat nicht wenige Aufsichtsräte in Österreich auf den Boden der Tatsachen des eigenen Unternehmens geführt. Der Gier bei Managern und Führungskräften Einhalt zu gebieten ist vor allem Aufsichtsratsache. Der Aufsichtsrat ist jenes Spitzenorgan, das das Unternehmenswohl maßgeblich zu vertreten hat.

Korruption ist nicht etwas, das vermeintlich nur in Entwicklungsländern stattfindet, sondern auch etwas, das oft an die Aufsichtsratsstür klopft. Aufsichtsräte haben hier entschlossen vorzugehen und dem alten Prinzip „*Ein bisserl was geht immer*“ mit dem neuen Grundsatz „*Ein bisserl was geht nimmer*“ zu begegnen.

Der Gier bei Managern und Führungskräften Einhalt zu gebieten ist vor allem Aufsichtsratsache. Der Aufsichtsrat ist jenes Spitzenorgan, das das Unternehmenswohl maßgeblich zu vertreten hat.

Aufsichtsrat aktuell- JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

**Aufsichtsrat aktuell-Jahresabonnement 2015 inkl. Onlinezugang
und App** (11. Jahrgang 2015, Heft 1-6)

EUR 151,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53