



# Abstecher zum Konkurrenten

*Aufsichtsratsmitgliedern ist es grundsätzlich nicht verboten, gleichzeitig oder nach dem Ausscheiden für einen Mitbewerber tätig zu sein. Wie Unternehmen dies am besten verhindern können, beschreibt Albert Birkner.*

Der Wechsel des ehemaligen Bundeskanzlers Alfred Gusenbauer von der Spitze des Aufsichtsrats der Alpine in den Aufsichtsratsvorsitz der Strabag hat mancherorts Empörung ausgelöst. Klar ist, dass ohne Zustimmung des Aufsichtsrats eine Person nicht Mitglied in den Vorständen zweier miteinander konkurrierender Unternehmen sein kann. Erstaunlicherweise existiert keine vergleichbare Regelung für Aufsichtsräte. In der Praxis zeigt sich, dass es geradezu als wettbewerblicher Vorteil gesehen wird, einen Sitz im Aufsichtsrat eines Wettbewerbers zu erobern. Im Rahmen der Compliance-Diskussion ist es zweifelhaft, ob Mitgliedern des Aufsichtsrates die Übernahme eines Mandats bei einem Wettbewerber überhaupt versagt werden kann.

## Nachsichtiges Aktiengesetz

Das Aktiengesetz sieht für Mitglieder des Aufsichtsrats weder ein Konkurrenzverbot während der Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat noch ein Wettbewerbsverbot nach dem Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat vor. Die Einführung eines gesetzlichen Konkurrenzverbots für Aufsichtsräte wurde zwar zeitweilig diskutiert, schlussendlich jedoch abgelehnt. Das Gesetz geht davon aus, dass

Aufsichtsratsmitglieder in der Lage sind, im Rahmen unterschiedlicher Pflichtenkreise tätig zu sein.

Nach allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen ist der Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes dort eine Grenze gesetzt, wo es durch eine Wettbewerbstätigkeit seine organschaftlichen Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt. Eine besondere Ausprägung dieser Treuepflicht ist etwa die Verschwiegenheitspflicht, umso mehr, wenn eine Person Mitglied des Aufsichtsrats zweier im Wettbewerb stehender Unternehmen ist. Schließlich besteht auch für Aufsichtsratsmitglieder eine strafrechtliche Relevanz der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen. So kann sich ein Aufsichtsratsmitglied strafbar machen, wenn es Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die es kraft seiner Tätigkeit in Erfahrung gebracht hat, vorsätzlich zu Zwecken des Wettbewerbs verwertet.

Da nicht einmal die gleichzeitige Tätigkeit in den Aufsichtsräten zweier miteinander im Wettbewerb stehender Unternehmen per se unzulässig ist, ist auch ein Wechsel vom Aufsichtsrat des einen Konkurrenten in den Aufsichtsrat des anderen Konkurrenten aktienrechtlich möglich. Zu

beachten ist jedoch, dass die generelle Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats auch nach ihrem Ausscheiden aus einer AG fortwirkt.

## Unverbindlicher Kodex

Nach dem „soft law“ des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) dürfen Aufsichtsratsmitglieder hingegen keine Organfunktionen in anderen Gesellschaften wahrnehmen, die zum Unternehmen im Wettbewerb stehen. Die-



ZUR PERSON

Dr. Albert Birkner LL. M. ist Partner und Leiter der M&A Practice Group bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati (CHSH). Er ist auf Gesellschaftsrecht spezialisiert.  
albert.birkner@chsh.com

se Regel ist eine „Comply-oder-Explain“-Regel. Abweichungen davon sind im jährlichen Corporate-Governance-Bericht zu begründen. Eine zeitlich möglicherweise sogar unmittelbar anschließende Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Konkurrenzunternehmens verbietet aber auch der ÖCGK nicht. Die Einhaltung des österreichischen Kodex ist zwar rechtlich nicht verpflichtend, börsennotierte Aktiengesellschaften haben sich jedoch einem Kodex zu unterwerfen, für ein Listing im Prime Market der Wiener Börse dem ÖCGK.

### Vertragliche Wettbewerbsverbote

In Anbetracht der aktienrechtlichen Möglichkeiten der Aufnahme von Konkurrenzaktivitäten durch Aufsichtsräte ist das Interesse von Gesellschaften anzuerkennen, dies für die Mitglieder ihrer Aufsichtsräte zu beschränken. Neben einer Ausweitung der internen Corporate-Governance-Bestimmungen ist es denkbar, im Rahmen der Satzung oder der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ein Konkurrenz- und Wettbe-

werbsverbot für Mitglieder des Aufsichtsrates vorzuschreiben.

Für die GmbH hat der Oberste Gerichtshof eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die eine Konkurrenzaktivität eines Aufsichtsratsmitglieds ausdrücklich untersagt, für möglich erachtet (OGH 8 Ob 141/08f vom 2. 4. 2009). Eine entsprechende Bestimmung könnte bewirken, dass eine Person, die entgegen der Satzung auch eine Organfunktion bei einem Konkurrenten innehat, nicht wirksam zur Wahl in den Aufsichtsrat kandidiert werden kann.

Einzuräumen ist allerdings, dass es, soweit ersichtlich, solche Satzungsbestimmungen bei ATX-Gesellschaften nicht gibt. Ihnen würde das Risiko mangelnder Bestimmtheit anhaften, da nicht alle Konkurrenzsituationen ausreichend antizipiert und beschrieben werden können.

Ein Konkurrenz- und Wettbewerbsverbot kann möglicherweise auch im Rahmen einer Einzelvereinbarung zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Aufsichtsrats erfolgen. Bei der Lösung einer

vertraglichen Einigung über nachvertragliche Wettbewerbsverbote stellen sich weitreichende gesellschaftsrechtliche Fragen, etwa Fragen des Vertretungsrechts des Vorstands oder des Aufsichtsratsvorsitzenden für die Gesellschaft bis hin zu Fragen der generellen Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots.

### Fahler Beigeschmack

Selbst wenn die gleichzeitige Tätigkeit im Aufsichtsrat oder der Wechsel von einem Aufsichtsrat zu dem eines Wettbewerbers mitunter einen fahlen Beigeschmack hinterlässt, ist festzuhalten, dass das Aktiengesetz dies ausdrücklich zulässt. Die entsprechenden Verbotsbestimmungen des Corporate Governance Kodex sind reines „soft law“ und greifen zu kurz. Unternehmen, die Konkurrenzaktivitäten von Mitgliedern des Aufsichtsrates während oder auch nach der Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat eines Unternehmens verhindern wollen, sollten dies in der Satzung oder mittels Einzelvertrag untersagen.

## THE INTERNATIONAL LAW FIRM WITH SERIOUSLY LOCAL KNOWLEDGE

Ein besseres Ergebnis erzielen: Unsere Präsenz vor Ort ist einer der Gründe, warum wir so viele Preise gewinnen und für unsere Klienten so viele Fälle. Aber nicht, dass wir damit angeben wollen.

Erfahren Sie mehr auf [www.wolftheiss.com](http://www.wolftheiss.com)

IM INNENHOF DER  
REYTARSKA-STRASSE 9  
IN KIEW LEBT EIN ALTER  
RABE NAMENS KARL.  
ER POSIERT GERNE, WENN SIE  
EIN FOTO MACHEN MÖCHTEN