Susanne Kalss/Peter Kunz (Hg.)

Handbuch für den Aufsichtsrat

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

Sonderdruck

facultas

Zitiervorschlag:
Autor in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016) Rz ../...

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen National bibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung des Autors oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2016 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
Stolberggasse 26, A-1050 Wien
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.
Satz und Druck: SOLTÉSZ
Printed in Austria
ISBN 978-3-7089-1362-9

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 5
Autorenverzeichnis 11
Abkürzungsverzeichnis 33
Allgemeines Literaturverzeichnis 43

I. Mitglieder und Zusammensetzung

1 Erscheinungsformen des Aufsichtsrats und ihr Zusammenhang mit den Ursachen seines Versagens – Ein Versuch
Peter Doralt und Maria Doralt 47

2 Qualifikationsanforderungen der AR-Mitglieder
Susanne Kalss und Matthias Schimka 75

3 Das freie Mandat – Unabhängigkeit, Weisungsunabhängigkeit und Höchstpersönlichkeit
Susanne Kalss 109

4 Der Rechtsanwalt als Aufsichtsrat
Peter Kunz 129

5 Der hauptberufliche Aufsichtsrat
Wilfried Stadler 165

6 Der Aufsichtsrat als Hochleistungsteam? Was gute Teamarbeit im Aufsichtsrat bewirken kann!
Ulrich Königswieser 181

7 Diversität in Aufsichtsräten
Heike Mensi-Klarbach 199

8 Die Wahl des Aufsichtsrats
Maria Doralt 211

9 Das entsendete und das nominierte Aufsichtsratsmitglied
Susanne Kalss 279

10 Die Arbeitnehmervertreter
Sieglinde Gahleitner 301

II. Aufgaben des Aufsichtsrats

11 Aufgaben des Aufsichtsrats
Stephan Frotz und Paul Schörghofer 329

12 Zustimmungspflichtige Geschäfte
Robert Briem 351

13 Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft
Susanne Kalss 391

14 Strategisches Management für den Aufsichtsrat
Peter Kunz und Werner H. Hoffmann 413

15 Investitionsentscheidung für den Aufsichtsrat
Romuald Bertl 447

16 Bilanzlesen und Bilanzpolitik für den Aufsichtsrat
Klaus Hirschler und Gudrun Geutebrück 469

17 Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat
Georg Schima 497

18 Professionelles On- und Offboarding von Vorstandsmitgliedern
Josef Fritz 607

19 Festsetzung und Prüfung der Vergütung des Vorstands
Michael H. Kramarsch und Regine Siepmann 627

20 Vorstandsvergütung und CSR
Janine Wendt 643

21 Auswahl und Beauftragung des Abschlussprüfers
Aslan Milla, Friedrich Rödler und Annette Köll 663

III. Handlungsinstrumente

22 Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats
Johannes Zollner 709

23 Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats und die Beiziehung eines Sachverständigen
Susanne Kalss 751

24 Paperwork – Ein Leitfaden für die Praxis
Maximilian Eiselsberg und Andreas Bräuer 773

25 Interessenkonflikte im Aufsichtsrat
Stephan Frotz und Paul Schörghofer 813

26 Das Informationsregime des Aufsichtsrats
Susanne Kalss 833

IV. Aufsichtsratsvorsitz

27 Der Aufsichtsratsvorsitz
Leo W. Chini und Elisabeth Reiner 879

28 Der Vorsitzende des Aufsichtsrats als Leiter der Hauptversammlung
Christian Nowotny 901

29 Die Aufsichtsratsausschüsse
Matthias Schimka 925

V. Sondersituationen

30 Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz
Susanne Kalss und Janine Wendt 999

31 Der Aufsichtsrat im Konzern
Michael Enzinger und Susanne Kalss 1019

32 Besonderheiten des Aufsichtsrats in der börsenotierten Gesellschaft
Edith Hlawati und Gernot Wilfling 1053

33 Der Aufsichtsrat bei Unternehmensübernahmen und Anteilserwerben an der Gesellschaft
Sascha Hödl 1095

34 Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen
Susanne Kalss und Peter Kunz 1137

VI. Aufsichtsrechtliche Sonderregelungen

35 Besonderheiten des Aufsichtsrats in Kreditinstituten
Christoph Herbst 1177

36 Anforderungen an AR-Mitglieder eines Kreditinstituts – Fit & Proper
Thomas Seeber 1235

37 Die Funktion des Aufsichtsrates bei Kreditentscheidungen
Martin Oppitz 1265

38 Besonderheiten des Aufsichtsrats in Versicherungsunternehmen
Susanne Kalss und Domenik Henning Wendt 1287

VII. Aufsichtsorgane in unterschiedlichen Rechtsträgern

39 Der Beirat
Susanne Kalss 1309

40 Besonderheiten des Aufsichtsrats in der GmbH
Markus Heidinger 1345

41 Besonderheiten des Aufsichtsrates in der Genossenschaft
Markus Dellinger 1367

42 Der Aufsichtsrat der Privatstiftung
Susanne Kalss 1385

43 Das Aufsichtsorgan in der SE mit Sitz in Österreich
Susanne Kalss 1393

44 Universitätsrat und Aufsichtsrat im Vergleich
Franz Marhold 1405

VIII. Verantwortlichkeit

45 Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats
Martin Schauer 1427

46 Strafrechtliche Risiken für den Aufsichtsrat
Robert Kert und Peter Komenda 1483

47 D&O-Versicherung
Martin Ramharter 1517

48 „Schutzschirm D&O-Versicherung" – ein Management Summary aus der Praxis für die Praxis
Brigitta Schwarzer 1577

IX. Vergütung und Evaluierung

49 Aufsichtsratsvergütung in Österreich: im Nebel von Rollenverständnis, Verantwortung, Haftung – und Privatleben
Manfred Reichl 1599

50 Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern
Susanne Kalss 1619

51 Evaluierung und Effizienzprüfung des Aufsichtsrates
Susanne Kalss und Peter Kunz 1647

X. Aufsichtsrat im Vergleich zu Deutschland und Schweiz

52 Der Aufsichtsrat im Rechtsvergleich Österreich/Deutschland
Eberhard Vetter 1671

53 Vom Damoklesschwert über dem Schweizer Verwaltungsrat und was wirklich zählt
Michèle F. Sutter-Rüdisser 1715

Stichwortverzeichnis 1727

Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat

Georg Schima

§§: 70–80 AktG; Regeln 13–31, 33, 38, 41–43 ÖCGK.

Literatur

Ö: *Aburumieh*, Interimistische Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied, Aufsichtsrat aktuell 2010, 9; *Aicher/Kalss/Oppitz*, Grundfragen des neuen Börserechts (1998); *Baums*, Der Gesellschaftsleitervertrag (1987); *Binder*, Auflösungsmöglichkeiten im „Vor-Arbeitsstadium", in FS Floretta (1983) 329; *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 247; *Brandl/Hohensinner*, Die Haftung des Vorstandes für Verletzungen der Ad-Hoc-Publizität nach § 82 Abs 6 BörseG, ecolex 2002, 92; *Brugger*, Unternehmenserwerb (2014); *Cernicky*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2002, 179; *Dellinger/Schellner*, Aufsichtsratsinterne Informationen und ihre Verweigerung am Beispiel von Managerdienstverträgen, in FS Nowotny (2015) 245; *Peter Doralt*, Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch Ausschüsse des Aufsichtsrates, GesRZ 1979, 137; *Peter Doralt*, Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschem Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit, in FS Grün (2003) 31; *Peter Doralt/Kastner*, Grenzen der Aktionärsschutzklausel des § 110 Abs 3 ArbVG bei der AG, GesRZ 1975, 38; *Egermann*, Zur Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes, RdW 2006, 69; *Eiselsberg/Prohaska-Marchried*, Von transparenten Besetzungen und Vertragsschablonen – Das StellenbesG, ecolex 1998, 319; *Eixelsberger/Zierler*, Zur Vorstandsbestellung im Ausschuss eines mitbestimmten Aufsichtsrats, GesRZ 2003, 9; *Engelbrecht*, Die Beendigung des Arbeitsvertrages, in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht I (2013); *Enzinger,* Interessenkonflikt und Organpflichten (2005); *Eypeltauer*, Bedingte und befristete Entlassung, DRdA 1985, 319; *Eypeltauer*, Änderung erfolgsabhängiger variabler Vergütungen für Mitarbeiter von Kreditinstituten, ecolex 2011, 544; *Feltl*, Der Vorstand der AG, in Ratka/Rauter (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung mit Vorstandshaftung[2] (2011) 439; *Fida*, Zur Ad-hoc-Publizität bei personellen Veränderungen im Vorstand, FS Nowotny (2015) 639; *Floretta*, Anmerkung zu OGH 15.6.1988, 9 ObA 117/88, DRdA 1990, 333; *Floretta*, Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, in FS W. Schwarz (1991) 475; *Fritz*, Die Kommanditgesellschaft (2013); *G. Frotz*, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 48; *Geist*, Kündigungsklauseln bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002, 405; *Geppert*, Anmerkung zu VwGH 15.5.1981, DRdA 1982, 407; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979); *Geppert*, Der „Anstellungs"vertrag des Vorstandsmitgliedes einer AG, DRdA 1980, 1; *Geppert*, Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer AG und die Bestellung sowie Anstellung von Vorstandsmitgliedern durch Aufsichtsratsausschüsse, DRdA 1980, 178; *Gerhartl,* Anrechnung bei Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsausfall aus Umständen in der Arbeitgebersphäre, wbl 2007, 14; *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515; *Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006, 133; *Gruber*, Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, Teil I, ASoK 2000, 306; Teil II, ASoK 2000, 344; *Gruber*, Ad-hoc-Publizität, ÖBA 2003, 239; *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig? wbl 2010, 169; *Grünwald*, Die Rechtsfolgen der Verschmelzung von Aktiengesellschaften auf die Funktion eines Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitglieds, ZAS 1994, 196; *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GeS 2010, 10; *Hainz*, Anmerkung zu OGH 15.9.1994,

8 ObA 276/94, ecolex 1994, 831; *Hausmanninger*, Insider Trading – Eine systemvergleichende Untersuchung amerikanischer, europäischer und österreichischer Regelungen (1997); *Herzeg,* Die arbeitsrechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder von AG und Geschäftsführer von GmbH, JAP 2008/2009, 93; *Herzer/Strobl/Taufner*, Der Vorstand, in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012) (Hrsg); *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolex 2008, 143; *Hodik*, Verstöße gegen das Ausschreibungsgesetz und das Gesellschaftsrecht, RdW 1984, 362; *Hofer/Moser*, Kommunikation der Exekutive Compensation, in Schuster/Gröhs/Havranek (Hrsg), Executive Compensation (2008) 175; *Holoubek*, Anmerkung zu OGH 30.9.2009, 7 Ob 119/09i, GesRZ 2010, 112; *Holzer,* Verschuldeter Annahmeverzug des Arbeitgebers und Anrechnung anderweitig absichtlich versäumten Verdienstes, DRdA 1983, 7; *Hörlsberger/Schröckenfux*, Können strafrechtliche Konsequenzen „zu hoher" Prämien an den Vorstand vermieden werden? ecolex 2004, 373; *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschaftsrecht und Steuerrecht in Kalss/U.Torggler (Hrsg), Einlagenrückgewähr, Beiträge zum zweiten Wiener Unternehmensrechtstag (2014) 19; *Jabornegg*, Ein Ausschuss des Aufsichtsrates bestellt ein Vorstandsmitglied, DRdA 1981, 324; *Jabornegg,* Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987); *Jabornegg*, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht, DRdA 1991, 13; *Jabornegg*, Anmerkung zu OGH 28.9.2007, 9 ObA 28/07, DRdA 2009, 502; *W. Jud*, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrates, ÖBA 1993, 773; *W. Jud/Wünsch*, Zum Anwendungsbereich des Ausschreibungsgesetzes und das Gesellschaftsrecht, NZ 1994, 25; *Kalss*, Anlegerinteressen – der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001); *Kalss,* Die Zuständigkeit für die Suspendierung eines Vorstandsmitglieds; Aufsichtsrat aktuell 4/2006, 4; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Folgen strafrechtlich relevanten Handelns, Jahrbuch Wirtschaftsrecht und Organverantwortlichkeit (2011) 131; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecolex 2014, 496; *Kalss*, Die Vergütung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, in FS Reich-Rohrwig (2014) 253; *Kalss*, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, GesRZ 2015, 78; *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2001) 632 ff; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Kalss/Hasenauer*, Aktuelles zur Ad-hoc-Publizität bei Beteiligungs- und Unternehmenstransaktionen, GesRZ 2014, 269; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (2005); *Kalss/Zollner*, Blockabstimmungen im Aufsichtsrat – zur Zulässigkeit der Abstimmung en bloc am Beispiel der Abberufung von Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2005, 66; *Kalss/Zollner*, Anmerkung zu OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, GesRZ 2008, 378; *Karollus* in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 19; *Kastner*, Bestellung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft auf unbestimmte Zeit, ÖJZ 1953, 645; *Kastner*, Gedanken über Gelegenheitsgesetze, JBl 1963, 62; *Kastner,* Aktiengesetz 1965, JBl 1965, 392; *Kastner*, Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaft, in FS Schmitz I (1967) 82; *Kastner*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts[4] (1983); *Kastner*, Zur Mitgliedschaft in mehreren Organen derselben Gesellschaft, in GedS Schönherr (1986) 193; *Kastner*, Zu Fragen der „Wirtschaftlichkeit" im österreichischen Recht, in FS Kralik (1986), 407; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] (1990); *Keinert*, Österreichisches Genossenschaftsrecht (1988); *Kietaibl*, Flexibilisierungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis Arbeit auf Abruf – Widerrufs- und Änderungsvorbehalte – Unverbindlichkeitsvorbehalte – Befristung von Arbeitsbedingungen, ASoK 2008, 370; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006); *Korenjak*, Das Vorstandsmitglied als arbeitnehmerähnliche Person, RdW 2009/451; *Körber-Risak/Schima G.*, Einseitige Eingriffe in und Ablaufstörungen bei erfolgsbezogenen Vergütungen, ZAS 2013/11, 59; *Kramer*, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 162; *Kraus,* Kompetenzverteilung bei der GmbH, ecolex 1998, 631; *Krejci*, Zur „Entmachtung" des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, in FS Wagner (1978) 247; *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber untersucht am Beispiel stei-

ermärkischer Primararztverträge, ZAS 1983, 203; *Krejci*, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer II, GesRZ 1984, 199; *Krejci*, Zulässigkeitsgrenzen konzernbildender Unternehmensverträge, ÖZW 1988, 66; *Krejci*, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? GA 10. ÖJT I/1, (1988); *Krejci*, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991, 776; *Krejci*, Der neugierige Aufsichtsrat, GesRZ 1993, 2; *Krejci*, Zur En-bloc-Abberufung des AG-Vorstandes, in FS Michalek (2005) 229; *Kuderna*, Die befristete Entlassung, DRdA 1972, 53; *Lewisch*, Gesellschaftsrecht und Strafrecht nach „Libro", in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014 (2014) 19; *Löschnigg*, Bestandschutz und befristetes Dienstverhältnis, DRdA 1981, 18; *Marhold,* Besprechung von Kastners Grundriß, ZAS 1981, 36; *Marhold*, Die Wirkung ungerechtfertigter Entlassungen – eine Kritik des sogenannten Schadenersatzprinzips, ZAS 1978, 13; *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985); *Marhold*, Konzern- und unternehmensverfassungsrechtliche Neuerungen, ZAS 1986, 194; *Marhold/Osmanovic*, Erste Anmerkungen zu § 39b BWG, ASoK 2011, 130; *Marhold/Friedrich,* Österreichisches Arbeitsrecht[2] (2012); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] (2015); *Mayr/Resch,* BMSVG Abfertigung neu (2009); *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2002); *Mazal*, (K)Eine Regel ohne Ausnahmen? ecolex 2008, 843; *Mazal,* Variable Entgeltgestaltung – individualarbeitsrechtliche Analyse, in *Brodil* (Hrsg), Entgeltliches im Arbeitsrecht, Rechtsprobleme von Entgeltgestaltung und –abwicklung, Wiener Oktobergespräche 2011 (2013) 1; *Neumayr*, Die Entlastung des Geschäftsführers, JBl 1990, 273; *Nicolussi*, Insider-Information: Zur Auslegung des Kriteriums der „präzisen" Information iSd Art 1 Z 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie, GesRZ 2015, 127; *Nowotny*, Suspendierung und vorzeitige Abberufung eines in eine Tochtergesellschaft entsandten Vorstandes, DRdA 1989, 427; *Nowotny*, Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlust? RdW 1995, 132; *Petrovic*, Anmerkung zu OGH 13.3.1979, 4 Ob 124/78, JBl 1986, 331; *Petrovic,* Kommentar zu OGH 19. 3. 1985, 4 Ob 31/85, ZAS 1987, 18; *Petrovic,* Die „Entlassung" einer arbeitnehmerähnlichen Person, DRdA 1993, 196; *Plöchl*, Zur Amtszeit des Vorstandes, GesRZ 1979, 11; *Prändl/Geppert/Göth*, Corporate Governance (2003); *Radner*, Prozesskostenersatz durch den Arbeitgeber bei „erfolgreicher" Schadensabwehr? DRdA 2009, 54; *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung[2] (2011); *Rebhahn*, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2005); *Reich-Rohrwig*, Die Zusammensetzung von Ausschüssen des Aufsichtsrates – neue Rechtslage ab 1.1.1987, wbl 1987, 1; *Reich-Rohrwig*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern? wbl 1987, 299; *Reich-Rohrwig,* Anmerkung zu OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, ecolex 2008, 926; *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, ecolex 2008, 740; *Reischauer*, Zur Vertretung eines verhinderten Aufsichtsratmitglieds einer AG (§ 95 Abs 6 AktG), ÖJZ 1990, 450; *Reissner*, Anmerkung zu OGH 8.6.1994, 9 ObA 88-90/94, ZAS 1995, 22; *Resch,* Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, GesRZ 2000, 2; *Riegler*, Wirtschafts- versus Verbraucherstreitigkeiten vor Schiedsgerichten, ecolex 2011, 882; *Rüffler*, Probleme der börserechtlichen ad-hoc-Publizität bei personellen Veränderungen im Vorstand, ÖBA 2009, 728; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991); *Runggaldier/G. Schima*, Abschluss von Vorstandsverträgen im Aufsichtsratsplenum, GesRZ 1992, 158; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] (2014); *Saurer*, Handlungsbedarf des Aufsichtsrats bei Missbrauch von Insiderinformationen durch ein Vorstandsmitglied? ecolex 2003, 736; *Schenz/Eberhartinger*, Die Regelung der Managergehälter im Österreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 209; *Schiemer,* Zur Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern einer AG, GesRZ 1984, 11; *G. Schima*, Gibt es einen „freien" Handelsvertreter? RdW 1987/1, 16; *G. Schima*, Enthaftung des Vorstandes (AR) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre, GesRZ 1991, 185; *G. Schima*, Anmerkung zu OGH 10.5.1989, 9 ObS 6/89, ZAS 1989, 206; *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448; *G. Schima*, Abferti-

gungsregeln in Vorstandsverträgen, in Runggaldier (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991) 407; *G. Schima*, Zustimmungsrechte des BR nach dem „KVI" rechtsunwirksam, RdW 1995, 101; *G. Schima*, Der Rücktritt des GmbH-Geschäftsführers nach dem Entwurf des IRÄG 1997, RdW 1997, 60; *G. Schima*, Gestaltungsfragen bei Aktienoptionen, GesRZ-Sonderheft Aktienoptionen 2001, 61; *G. Schima*, Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG, in FS Krejci (2001) 825; *G. Schima*, Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder – ein Schritt auf dem Weg in Richtung Board-System? GesRZ-Sonderheft Aktienoptionen 2001, 19; *G. Schima*, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199; *G. Schima*; Umgründungen im Arbeitsrecht (2004); *G. Schima*, Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 452; *G. Schima*, Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, ecolex 2006, 456; *G. Schima*, Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes" – zugleich Anmerkungen zu OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t, in FS Binder (2010) 817; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in Baudenbacher/Kokott/Speitler (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369; *G. Schima*, Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand"? GeS 2010, 260; *G. Schima*, Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern verhinderter Vorstandsmitglieder, GeS 2011, 259; *G. Schima*, Vorstandsmitglieder – hochbezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265; *G. Schima*, Vorstandsvergütung als Corporate-Governance-Dauerbaustelle, in Schenz/Eberhartinger (Hrsg), Corporate Governance in Österreich. Zum 10-jährigen Bestehen des Österreichischen Corporate Governance Kodex (2012) 246; *G. Schima*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35; *G. Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in FS W. Jud (2012) 571; *G. Schima*, Betriebspensionsrecht (2013); *G. Schima*, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig (2014) 160; *G. Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288; *G. Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht: Die Bedeutung der neuen Regelung, GesRZ 2015, 286; *G. Schima/Eichmeyer*, Einbeziehung von Vorstandsmitgliedern in das System der Abfertigung neu, RdW 2008, 154; *G. Schima/Eichmeyer*, Zur (Un)Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsdienstverträgen nach dem SchiedsRÄG 2006, RdW 2008, 723; *G. Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), JBl 2012, 482 (Teil I) und 570 (Teil II); *G.Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015); *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder der Aktiengesellschaft (2002); *Schneller*, Total- oder Teilnichtigkeit? Kritische Anmerkungen zum „Verbotszweck", DRdA 2010, 103; *Schopper/Kapsch,* Anmerkung zu OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, GeS 2008, 378; *Schopper/Walch*, Ad-hoc-Publizität bei zeitlich gestreckten Sachverhalten – zugleich eine Besprechung von VwGH 2012/17/0554, ZFR 2014/164, 255; *Schrank*, Übernahme von Strafen durch die Gesellschaft. Ein Fall fürs Strafgericht? CFO aktuell 2013, 59; *Schuhmacher*, Enthebung verdächtiger Vorstandsmitglieder, ecolex 1992, 774; *Schuster-Bonnott*, Zustandekommen und Lösung des Anstellungsverhältnisses zwischen Vorstandsmitgliedern und Aktiengesellschaft, GesRZ 1983, 109; *Schuster-Bonnott*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied abgeschlossenen Anstellungsvertrages, in FS Kastner (1972) 421; *Schuster/Gröhs/Havranek* (Hrsg)*,* Executive Compensation (2008); *Schwab*, Neues im Zivilverfahrensrecht – Änderungen seit dem Budgetbegleitgesetz 2011, JAP 2013/2014/6, 35; *Semler*, Mitverantwortung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft für die eigenen Vergütungen, in FS Happ (2006) 277; *Slezak*, Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen (2014); *Sprung/Wenzel*, Studien zu § 75 Abs 1, 3. Satz, Aktiengesetz 1965, in FS Krejci (2001) 868; *Strasser,* Die Ernennung (der Widerruf der Ernennung) eines Vorsitzenden des Vorstandes nach Aktienrecht und Arbeitsverfassungsrecht, in FS Schwind (1978) 311; *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 477; *Strasser*, Anmerkung zu OGH 22.2.1994, 6 Ob 3/94,

ecolex 1994, 472; *Terlitza*, Zur Abberufung des Vorstandmitglieds einer AG aus wichtigem Grund, GesRZ 2003, 270; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998); *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000); *Tomandl*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2005); *U. Torggler*, Anmerkung zu OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, wbl 2008, 348; *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften", ecolex 2009, 920; *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 35; *U. Torggler*, Das fehlerhafte Vorstandsmandat, insb bei rückwirkendem Entfall, in FS Reich-Rohrwig (2014) 239; *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980); *Wachter*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts – zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, wbl 1991, 81; *Wachter,* Vom Angestellten zum Vorstandsmitglied, ecolex 1991, 714; *Wagnest*, Nichtigkeit von Ausbildungskostenrückersatzklauseln, ASoK 2009, 324; *Waldherr/Zimmermann*, Beschränkungen für Bonuszahlungen durch das Bankwesengesetz – Vergütungspolitik der Kreditwirtschaft am Prüfstand, ÖBA 2012, 366; *Wallisch*, Die Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern, wbl 2010, 561; *Weigand*, Zur aktienrechtlichen Wirksamkeit der Rücktrittserklärung eines Vorstandsmitglieds gegenüber einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, GeS 2004, 381; *D. Weiß,* Arbeitnehmermitwirkung bei der Be- und Anstellung der Vorstandsmitglieder, Teil I, DRdA 1998, 22; Teil II, DRdA 1998, 94; *Wilhelm*, Beiläufige zivilistische Bemerkungen zum Stellenbesetzungsgesetz, ecolex 1998, 826; *G. Winkler,* Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem, GA 4. ÖJT 1970/II/4, 26; *Wolf*, Mißbrauch von Insiderinformationen: Abberufung und Entlassung von Vorstandsmitgliedern, ecolex 2003, 741; *Zankel*, Ersatz von Strafverteidigerkosten nach § 1014 ABGB, DRdA 2009, 59; *Zankl*, Anmerkung zu OGH 7.6.1984, 7 Ob 18/84, JBl 1985, 559; *Zankl*, Lebensversicherung und Nachlaß, NZ 1985, 82; *Zankl*, Anmerkung zu OGH 2.10.1986, 7 Ob 647, 648/86, NZ 1988, 331; *Zöllner*, Lohn ohne Arbeit bei Vorstandsmitgliedern, in FS Koppensteiner (2001) 291; *Zouplna/C. Wildmoser*, Öffentliche Ausschreibung bei der Wiederbestellung von Organmitgliedern? GeS 2008, 353.

Dtl: *Assmann*, Rechtsanwendungsprobleme des Insiderrechts, AG 1997, 50; *J. H. Bauer/Arnold,* Vorstandsverträge im Kreuzfeuer der Kritik, DB 2006, 260; *J. H. Bauer/Arnold,* Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717; *Bauer/Krets,* Gesellschaftsrechtliche Sonderregeln bei der Beendigung von Vorstands- und Geschäftsführerverträgen, DB 2003, 811; *Baums*, Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder, in FS Ulrich Huber (2206) 655, 2; *Bundesjustizministerium* (Hrsg), Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1965); *Dauner-Lieb,* Die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG als Herausforderung für den Aufsichtsrat, Der Konzern 2009, 583; *Diekmann*, Die Drittvergütung von Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft, FS Georg Maier-Reimer (2010) 81; *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2007); *Dose*, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellchaft3 (1975); *Dreher*, Der Abschluß von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001) 293; *Dreher*, Change of Control-Klauseln bei Aktiengesellschaften, AG 2002, 214; *Dreher*, Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669; *Dreher*, Überformung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung von Straf- und Verwaltungsgerichten? AG 2006, 213; *Fassbach*, Die „D&O-Verschaffungsklausel" für Aufsichtsräte, Der Aufsichtsrat 2013/10, 142; *Fleischer*, Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien und GmbH-Recht, WM 2003, 1045; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Fleischer*, Ad hoc-Publizität beim einvernehmlichen vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden, NZG 2007, 401; *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801; *Fonk*, Die Zulässigkeit von Bezügen dem Grunde nach, NZG 2005, 248; *Goette*, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, ÖBA 2009, 18; *Gruber/Gilmann*, Abberufung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern einer Aktienge-

sellschaft, DB 2003, 770; *Gruber/Mitterlechner/Wax,* D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012); *Heidbüchel*, Das Aufsichtsratsmitglied als Vorstandsvertreter, WM 2004, 1317; *Hoffmann*, Der Aufsichtsrat3 (1994); *Hoffmann-Becking,* Zum einvernehmlichen Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern, in FS Stimpel (1985) 589; *Hoffmann-Becking,* Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, 497; *Hofmann/Becking*, Gestaltungsmöglichkeiten bei Anreizsystemen, NZG 1999, 797; *Hoffmann-Becking*, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 169 (2005) 155; *Hoffmann-Becking*, Vorstandsvergütung nach Mannesmann, NZG 2006, 127; *Hoffmann-Becking*, Anmerkung zu BGH 21.12.2005, 3 StR 470/04, NZG 2006, 127; *Hohenstatt*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, ZIP 2009, 1349; *Hohenstatt/Naber*, Die „Abfindung der Restlaufzeit" bei der vorzeitigen Auflösung von Vorstandsverträgen, in FS J. H. Bauer (2010) 447; *Höhn*, Die Geschäftsleitung der GmbH[2] (1995); *Hölters/Weber,* Vorzeitige Bestellung von Vorstandsmitgliedern, AG 2005, 629; *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung – Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und der USA (2005); *Hüffer*, Mannesmann/Vodafone: Präsidiumbeschlüsse des Aufsichtsrats für die Gewährung von „Appreciation Awards" an Vorstandsmitglieder, Beilage 7 zu BB, 2003, 13; *Jaeger*, Zur Problematik von Altersgrenzen für Vorstandsmitglieder im Hinblick auf das AGG, in FS J. H. Bauer (2010) 495; *Kalb/Fröhlich*, die Drittvergütung von Vorständen, NZG 2014, 167; *Kort*, „Change-of-Control"-Klauseln nach dem „Mannesmann"-Urteil des BGH: zulässig oder unzulässig? AG 2006, 108; *Kort*, Voraussetzungen der Zulässigkeit einer D&O-Vereinbarung von Organmitgliedern, DStR 2006, 799; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates (1981); *Krieger/Schneider* (Hsg), Handbuch Managerhaftung (2007); *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014); *Liebers/Hoefs*, Anerkennungs- und Abfindungszahlungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder, ZIP 2004, 97; *Lutter*, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, 324; *Lutter*, Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 733; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat (2006); *Lutter*, Die Business Judgement Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 ff; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates6 (2014); *Martens*, Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand, ZHR 169 (2005), 124; *Mayer-Uellner*, Zur Zulässigkeit finanzieller Leistungen Dritter an die Mitglieder des Vorstands, AG 2011, 193; *Möllers*, Wechsel von Organmitgliedern und „Key Playern": Kursbeeinflussungspotential und Pflicht zur „Ad-Hoc-Publizität", NZG 2005, 459; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft (1994); *Noack/Spindler*, Unternehmensrecht und Internetrecht (2001); *Obermüller/Werner/Winden* (Hsg), Aktiengesetz 1965 (1965); *Olbrich*, Die D&O-Versicherung2 (2007); *Paefgen*, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG (1982); *Peltzer*, Das Mannesmann-Revisionsurteil aus der Sicht des Aktien- und allgemeinen Zivilrechts, ZIP 2006, 207; *Raguß*, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft (2005); *Rahlmeyer/Fassbach*, Vorstandshaftung und Prozessfinanzierung, GWR 2015, 331; *Ransiek*, Anerkennungsprämien und Untreue – das „Mannesmann"-Urteil des BGH, NSW 2006, 814; *Reuter*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, AG 2011, 274; *Säcker*, Rechtsprobleme beim Widerruf der Bestellung von Organmitgliedern und Ansprüche aus fehlerhaften Anstellungsverträgen, in FS G. Müller (1981) 745; *v. Schenck*, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in Baudenbacher/Kokott/*Speitler*, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369; *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002); *Schünemann*, Der BGH im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, 196; *Selzer*, Drittvergütungen in der Übernahme, AG 2013, 818; *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder4 (2013); *Thüsing*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517; *Traugott/Grün*, Finanzielle Anreize für Vorstände börsennotierter Aktiengesellschaften bei Private Equity-Transaktionen, AG 2007, 761; *Werder/Braun/Fromholzer* in Eilers/Koffka/

Mackensen (Hsg), Private Equity² (2012) 198; *Widder*, Anmerkung zu BGH 25.2.2008, II ZB 9/67, ZFR 2009, 24; *Willemer*, Die Neubestellung von Vorstandsmitgliedern vor Ablauf der Amtsperiode, AG 1977, 130; *Zollner*, Anmerkung zu BGH 25.02.2008, II ZB 9/67, ZFR 2009, 24; *Zürn/Böhm*, Neue Regeln für die Vergütung in Banken – Arbeitsrechtliche Umsetzung der Änderungen der Instituts-Vergütungsverordnung, BB 2014, 1271.

USA: *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in Baudenbacher/Kokott/Speitler, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369; *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013).

Gliederung **Rz**

I. Auswahl und Bestellung des Vorstandes 1–59
A. Die Auswahl des Vorstandes 1–22
1. Kardinalaufgabe des Aufsichtsrates 1–6
2. Ausschreibung bei staatsnahen Unternehmen 7–22
B. Die Bestellung des Vorstandes 23–49
1. Rechtsnatur und Formerfordernisse der Bestellung 23–27
2. Zuständigkeit 28–35
3. Bestellungsvoraussetzungen 36–41
4. Bestellungsdauer 42–44
5. Wiederholte Bestellung 45–49
C. Der mehrgliedrige Vorstand 50–59
1. Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung 50–52
2. Vorstandsvorsitzender 53–56
3. Sprecher des Vorstandes 57
4. Unverträglichkeiten im Vorstand 58–59
II. Der Vorstands-Anstellungsvertrag 60–158
A. Formale Fragen 60–87
1. Abschlusskompetenz und Formerfordernisse 60–71
2. Bestellungen ohne Anstellungsvertrag 72–76
3. Anstellungsdauer 77–80
4. Arbeitnehmereigenschaft 81–84
5. Arbeitnehmerähnlichkeit 85–87
B. Anstellungsvertragsinhalt 88–158
1. Regelung der Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes 88–93
a) Ressortvergabe 88
b) Konzernmandatsklauseln 89–91
c) Wiederbewerbungs- und Konzernbeschäftigungklauseln 92–93
2. Wettbewerbsverbot 94–96
3. Regelung von Interessenkonflikten 97–98
4. Corporate Opportunities 99–102
5. Vorstandsentgelt 103–142
a) Gesetzliches Angemessenheitsgebot 103–107
b) Rechtsfolgen unangemessener Vergütung 108–109
c) Veröffentlichung der Vergütung 110
d) Feste und variable Bezüge (Bonifikationen) 111–114
e) Fringe benefits 115–118
f) Vertragliche Abfertigung und BMSVG 119–122
g) Change of Control-Klauseln 123–125
h) Nachlaufklauseln 126
i) Barabfindug der Restlaufzeit 127

j) Anerkennungsprämien (appreciation awards) 128–130
k) Zahlungen für geräuschlose Trennung 131–133
l) D & O Versicherung 134–141
m) Aktienoptionen 142
6. Ersatz von Strafen, Verteidigungs- und Vertretungskosten ... 143–145
7. Urlaub 146
8. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot 147
9. Beendigungsklauseln 148–156
a) Kündigungsklauseln 148
b) Koppelungsklauseln 149–151
c) Vertragliches Rücktrittsrecht 152
d) Anrechnung anderweitigen Verdienstes 153–156
10. Schiedsklauseln 157–158
III. Beendigung der Vorstandsfunktion 159–200
A. Abberufung 159–186
1. Wichtiger Grund und Aufsichtsratsverantwortung 159–161
2. Grobe Pflichtverletzung 162–167
3. Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung 168–169
4. Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung 170–173
5. Sonstige Abberufungsgründe 174–176
6. Unverzügliche Geltendmachung, Nachschieben von Abberufungsgründen, Rechtsschutz 177–183
a) Zur Verfristung des Abberufungsrechts 177
b) Das Nachschieben von Abberufungsgründen 178–180
c) Rechtsschutz gegen die Abberufung 181–183
7. Auflösung des Anstellungvertrages 184–186
B. Rücktritt 187–195
C. Einvernehmliche Auflösung 196
D. Suspendierung 197–200

I. Auswahl und Bestellung des Vorstandes

A. Die Auswahl des Vorstandes

1. Kardinalaufgabe des Aufsichtsrates

1 Die Auswahl des „richtigen" Vorstandes in einer Aktiengesellschaft ist die eindeutig wichtigste[1], gar „höchste und verantwortungsvollste"[2] Aufgabe des Aufsichtsrates. Versagen des Aufsichtsrates bedeutet in der Praxis immer wieder auch die Nicht-Erfüllung gerade *dieser* zentralen Aufgabe. Bei einem starken Vorstand kann ein schwacher Aufsichtsrat wenig Schaden anrichten, wobei umgekehrt ein schwacher Vorstand durch einen starken Aufsichtsrat nicht kompensiert werden kann.[3] Einen unfähigen oder untätigen Aufsichtsrat verkraftet ein Unternehmen jedenfalls eher als einen unfähigen Vorstand.[4]

---

1 *Hopt/M. Roth* in GroßkommAktG[4] § 111 Rz 67 mwN in FN 197; ebenso *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 8.

2 *Krieger,* Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 1; *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 1; das Zitat stammt von *Rathenau*, Vom Aktienwesen (1918) 19.

3 Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 8.

4 So im Ergebnis auch *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] (2013) Vorb. § 95 Rz 4, die ausführen, dass dem Aufsichtsrat in seiner gestaltenden Mitwirkung an der Unternehmenspolitik

Die Wahrnehmung der in der AG allein dem Aufsichtsrat zukommende Personalhoheit über den Vorstand erfordert eine langfristig ausgerichtete Personalplanung.[5]

2 Unabhängig von der nach wie vor offenen und höchstgerichtlich nicht entschiedenen Streitfrage, ob die Bestellung (und Abberufung) von Vorstandsmitgliedern allein dem Aufsichtsratsplenum vorbehalten ist oder doch in einem (mitbestimmten) Ausschuss erledigt werden darf (dazu Rz 43 ff) erfordert die Bedeutung der Angelegenheit es, dass der gesamte Aufsichtsrat sich – wenn auch abgestuft – mit der Vorstandsauswahl befasst. Die Einrichtung eines Nominierungsausschusses, den die C-Regel 41 und 42 ÖCGK empfehlen, steht damit keinesfalls in Widerspruch. Kleine Gremien sind üblicherweise effizienter als große und die Vorbereitung der Vorstandsauswahl kann in einem Ausschuss typischerweise besser bewältigt werden. Die Beiziehung von Personalberatungsunternehmen für die Kandidatensuche und Aufbereitung der Daten ist meist zweckmäßig.[6] Zur Erteilung entsprechender Aufträge an Beratungsunternehmen kommt dem Aufsichtsrat – richtigerweise wegen § 75 Abs 1 AktG sogar ausschließliche – Vertretungsmacht für die Gesellschaft zu.[7]

3 Da der Aufsichtsrat den Vorstand nicht zwingen kann, Talente im Unternehmen zu fördern und Nachfolger aufzubauen, handelt es sich dabei um eine gemeinsam von Vorstand und Aufsichtsrat zu bewältigende Aufgabe. Umso wichtiger ist es für den Aufsichtsrat, gegenüber dem „starken Mann" (oder auch der „starken Frau") im Vorstand eine gewissen kritische Distanz zu bewahren. Krisensituationen begünstigen die Entstehung solcher Führungsstrukturen; Teamfähigkeit gehört aber oft nicht zu den Stärken solcher Persönlichkeiten, und diese ist in jeder Lage eines Unternehmens gefragt.

4 In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass Aufsichtsräte (gelegentlich auch selbstherrlich agierende Aufsichtsratsvorsitzende) dem/der Vorsitzenden des Vorstandes weitgehende Mitspracherechte bei der Auswahl der anderen Vorstandsmitglieder einräumen. Dies geht manchmal so weit, dass der Vorstandsvorsitzende sich „sein Team zusammensucht".

Hier ist aus der Sicht des Aufsichtsrates Vorsicht geboten. Gewiss macht es Sinn, bei der Zusammenstellung eines Vorstandsteams gerade den Vorstandsvorsitzenden mit einzubeziehen (freilich gilt es auch für das Verhältnis „einfacher" Vorstandsmitglieder untereinander, was Aufsichtsräte in der Praxis manchmal

---

enge Grenzen gesetzt seien und dass das eigentliche Gravitationszentrum der Unternehmenspolitik der Vorstand sei und bleibe. Dies hat sich auch durch die im Zuge der umfassenden, seit mehr als zehn Jahren auf Deutschland und Österreich übergegriffenen Corporate Governance-Diskussion erfolgte Aufwertung der Rolle des Aufsichtsrates mE nicht entscheidend geändert.

5 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/255; *Spindle*r in MünchKomm-AktG[4] (2014) § 84 Rz 16.

6 *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 28.

7 Vgl idS für die Kompetenz zur Erteilung von Aufträgen gemäß § 111 Abs 2 dAktG (entspricht im wesentlichen § 95 Abs 3 öAktG) *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 111 Rz 68; *Pentz* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 16 Rz 96; *Hopt/Roth* in Großkomm-AktG[4] §111 Rz 428.

nicht bedenken). Denn zu den Aufgaben des Vorstandsvorsitzenden zählt nun einmal die Koordinierung der Aufgaben im Vorstand.[8]

5 Zwischen der – vor allem bei kapitalmarknahen Unternehmen auch rechtlich gebotenen – Transparenz und der im Interesse des Unternehmens bei der Vorstandsauswahl oft gebotenen Diskretion besteht ein unübersehbares Spannungsverhältnis. Dieses kann sich bei staatsnahen, dh der Rechnungshofkontrolle unterworfenen Unternehmen mit der für diese geltenden Ausschreibungspflicht (vgl dazu Rz 19 ff) noch verschärfen, zumal es in Österreich auch vereinzelt börsenotierte Unternehmen gibt, die in diese Kategorie fallen.

Bei strikter Einhaltung der für staatsnahe Unternehmen geltenden Verpflichtung kann der Aufsichtsrat vor dem Problem stehen, das zu Verfügung stehende Kandidatenpotenzial nicht voll ausschöpfen zu können.

Auch die gute Praxis, künftige Vorstandsmitglieder oder Vorstandsvorsitzende länger Zeit im Unternehmen aufzubauen, verträgt sich nicht ganz mit der Ausschreibungspflicht.[9]

6 Den Aufsichtsrat trifft für die Auswahl des bestgeeigneten Vorstandes auch eine haftungsrechtliche Verantwortung gem § 99 iVm § 84 AktG. Dabei handelt es sich um eine § 1315 ABGB ähnliche Haftung für Auswahlverschulden (vgl *Schauer* Rz 45/1 ff).[10]

Diese Verantwortung und Haftung bezieht sich nicht nur auf die Bestellung des bestgeeigneten Vorstandes, sondern auch auf die Belassung von untauglichen oder gar die Gesellschaft schädigenden Vorstandsmitgliedern im Amt. Erkennt der Aufsichtsrat, dass ein Vorstandsmitglied die Gesellschaft schädigt, dann wandelt sich das Recht zur Abberufung zu einer Pflicht, deren Verletzung den Aufsichtsrat der Haftung für vom Vorstandsmitglied danach herbeigeführte Folgeschäden aussetzt, soweit zwischen diesen und der Pflichtverletzung des Aufsichtsrates ein Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht. Bei der Abberufung von Vorstandsmitgliedern handelt es sich in der Regel um eine unternehmerische (Ermessens-) Entscheidung[11] mit einem mehr oder weniger großen Entscheidungsspielraum (der bei manifesten und groben Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitgliedes gegen Null tendieren kann). Deshalb bedeutet das Unterbleiben einer Abberufung nur

---

8 Vgl *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 70 Rz 29; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/252; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 54.

9 In Österreich bekannt gewordene flagrante Verstöße gegen die Ausschreibungspflicht (wie zB die Vorstandsbestellung in der Flughafen Wien AG im Jahr 2009 als Reaktion auf die massiven Verzögerungen und Kostenüberschreitung beim Skylink-Projekt) können freilich nicht für sich in Anspruch nehmen, aus solchen „guten Gründen" zu erfolgen, sondern basieren in der Regel auf rein politischem Kalkül.

10 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 75 Rz 4; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/255.

11 Vgl zu solchen und zur Abgrenzung gegenüber gesetzlich oder satzungsmäßig determinierten Entscheidungen ausführlich *G. Schima* in FS Binder 817 (824 ff) und zur Ermessensentscheidung des Aufsichtsrates bei der Gewährung anstellungsvertraglich nicht vorgesehener „Trennungsvergütungen" OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*).

dann ein objektiv sorgfaltswidriges, dh rechtswidriges Verhalten, wenn die Belassung des betroffenen Vorstandsmitgliedes im Amt unverantwortlich ist.[12]

Ob der Aufsichtsrat ein Vorstandmitglied abberuft, das eine größere Fehlinvestition zu verantworten, aber keine spezifische Pflichtverletzung begangen hat, liegt in seinem verantwortlichen Ermessen.[13]

2. Ausschreibung bei staatsnahen Unternehmen

7 Die Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans (Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbH-Geschäftsführer) von Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Kontrolle des Rechnungshofes unterliegen, darf gemäß dem Stellenbesetzungsgesetz[14] nur nach einer im Gesetz näher geregelten öffentlichen Ausschreibung erfolgen. Die Ausschreibung ist von dem Organ vorzunehmen, das die Stelle zu besetzen hat, in der AG also vom Aufsichtsrat und in der GmbH von den Gesellschaftern. Die Ausschreibung muss möglichst sechs Monate vor, spätestens jedoch innerhalb eines Monats nach Freiwerden der Stelle erfolgen. Neue Stellen sind innerhalb eines Monats nach dem Zeitpunkt der betreffenden organisatorischen Maßnahmen zu besetzen (§ 2 Abs 2 StellenbesG).

8 Die Stelle ist ausschließlich aufgrund der Eignung der Bewerber zu besetzen. Externe Berater (insbesondere Personalberatungsunternehmen) dürfen beigezogen werden (§ 4 Abs 3 StellenbesG).

9 Das für die Besetzung zuständige Organ hat den Namen des erfolgreichen Bewerbers und die Namen aller an der Entscheidung Mitwirkenden zu veröffentlichen.

10 Betreffend den Aufsichtsrat der AG haben die Vorgaben des StellenbesG nur insofern normative Bedeutung, als die Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung und Art der Veröffentlichung angeordnet wird; dass der Aufsichtsrat dazu angehalten ist, den geeignetsten Bewerber als Vorstandsmitglied zu bestellen, ergibt sich schon aufgrund der auch für den Aufsichtsrat qua Analogie zu § 70 AktG[15] geltenden Sorgfaltsanforderungen.

---

12 Vgl zum Kontrollmaßstab der „Unverantwortlichkeit" *Hopt/M. Roth* in GroßkommAktG[5] § 93 Rz 124 mwN; so auch schon der BGH in der ARAG/Garmenbeck-E BGHZ 135, 244, 253 und dem gegenüber zum Maßstab der Vertretbarkeit bzw Unvertretbarkeit bei beschränktem unternehmerischem Ermessen, insbesondere bei gesetzlich, vertraglich oder durch Satzung gebundenen Entscheidungen, wo es letztlich um Rechtsauslegung geht, *Hopt/M. Roth*, GroßkommAktG[5], § 93 Rz 126 mwN; dazu auch *G. Schima* in Baudenbacher/Kokott/Speitler 396.

13 Ob ein Fall wie der beschriebene in Anbetracht des – wenngleich nur demonstrativen – Katalogs der Abberufungsgründe in § 75 Abs 4 AktG einen Abberufungsgrund bildet oder dem Aufsichtsrat nur die Möglichkeit verschafft, die Aktionäre zur Fassung eines Misstrauensvotums zu motivieren, ist nämlich eine wesentliche Frage (dazu unten im Zusammenhang mit der Abberufung Rz 144).

14 BGBl I 1998/26.

15 Vgl *G. Frotz*, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44 (48); *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 425; *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985) 152; *Kastner,* Zu Fragen der „Wirtschaftlichkeit" im österreichischen Recht, in FS

Die Vorschriften des StellenbesG sind keine Vollmachtsbeschränkungen,[16] sondern Verhaltensgebote an das für die Bestellung von Mitgliedern der Unternehmensleitung zuständige Organ. Sie konkretisieren das im AktG vorgegebene Sorgfaltsgebot.

Bei GmbH-Gesellschaftern, die keinem § 25 GmbHG vergleichbaren Sorgfaltsmaßstab unterliegen,[17] hat die Verpflichtung zur Bestellung des Bestgeeigneten indes schon normative Bedeutung (soweit die Gesellschafter nicht Körperschaften sind, die nur durch einem gesetzlichen Sorgfaltsgebot unterliegende Geschäftsleitern handeln können).

11 Die Aussage des OGH[18], das StellenbesG sei ein „*Selbstbindungsgesetz",* weil darin „*bestimmte Verhaltenspflichten des Bundes geregelt*" seien, trifft in dieser Form nur auf Konstellationen zu, in denen der Bund zu 100 % an einer GmbH beteiligt ist. Das Verhaltensgebot trifft aber nicht die Gebietskörperschaft als solche, sondern das zuständige Bestellungsorgan, in der GmbH also die Generalversammlung und in der AG allein den Aufsichtsrat.

Gegen die Zulässigkeit einer Verlagerung der Ausschreibungspflicht in der GmbH auf einen Aufsichtsrat spricht die enge Verknüpfung der Ausschreibung mit der organschaftlichen Bestellung.

Die Ausschreibung ist ein Akt des Privatrechts.[19]

12 Es überzeugt nicht, die Ausschreibungspflicht bei der Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern zu verneinen.[20] Dass ein Kandidat aufgrund Absolvierung einer Amtsperiode bereits bewiesen hat, dass er geeignet ist, ändert daran nichts, denn das Gesetz sicherstellen möchte, dass bei jedem anstehenden Bestellungsakt das Bestellungsorgan seine Verpflichtung, den Bestgeeigneten zu bestellen, durch ein formalisiertes Ausschreibungsverfahren aktiviert.

13 Eine Ausschreibung kann dann unterbleiben, wenn ein zu besetzendes Vorstandsmandat zeitlich so knapp nach einer ordnungsgemäß durchgeführten Ausschreibung vakant wird, dass das Bestellungsorgan mit gutem Grund davon ausgehen darf, die Ausschreibungslage und der Bewerberkreis hätte sich nicht (signifikant) geändert.[21]

Kralik (1986) 407 (409 f); *Reischauer,* Zur Vertretung eines verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes einer AG (§ 95 Abs 6 AktG ÖJZ 1990, 450 (452); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 257; *Kalss in* Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/510 ff; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 23.

16 Dies erwägt *Wilhelm,* Beiläufige zivilistische Bemerkungen zum Stellenbesetzungsgesetz, ecolex 1998, 826 (827).

17 Vgl zur Sorgfaltspflicht von GmbH-Gesellschaftern *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 61 Rz 14, die den Sorgfaltsmaßstab des § 25 GmbHG zu Recht nicht für anwendbar halten; aM OGH 4 Ob 65/01i SZ 74/64; OGH 2 Ob 308/02m RdW 2003, 268; OGH 6 Ob 313/03b GesRZ 2004, 379 (*Harrer*).

18 OGH 7 Ob 119/09i GesRZ 2010, 112 f (*Holoubek*); 1 Ob 218/14m EvBl 2015, 610.

19 Zutr OGH 7 Ob 119/09i GesRZ 2010, 112 f (*Holoubek*); 1 Ob 218/14m EvBl 2015, 610.

20 So *Zouplna/C. Wildmoser*, Öffentliche Ausschreibung bei der Wiederbestellung von Organmitgliedern? GeS 2008, 353 (354); gegenteilig *Eiselsberg/Prohaska-Marchried,* Von transparenten Besetzungen und Vertragsschablonen – Das Stellenbesetzungsgesetz, ecolex 1998, 319.

21 Zutr *Mazal,* (K)eine Regel ohne Ausnahmen? ecolex 2008, 843 (845).

14 Ebenfalls unterbleiben kann eine Ausschreibung dann, wenn Gefahr im Verzug ist und eine ausschreibungsbedingt längere Vakanz für das Unternehmen nachteilig wäre.[22] Dies kann vor allem bei Kreditinstituten relevant werden, die über zumindest zwei Geschäftsleiter verfügen müssen (§ 5 Abs 1 Z 12 BWG).[23]

In solchen Fällen sollte die Bestellung bloß provisorisch erfolgen und zeitnah eine ordnungsgemäße Ausschreibung durchgeführt werden.[24]

15 Eine Ausschreibung ist auch dann erforderlich, wenn ein bestehendes Organmitglied in einer anderen Gesellschaft der Unternehmensgruppe eine weitere und unbesoldete Geschäftsleiterfunktion übernehmen soll, die in Form der „Drittanstellung" durch den mit der anderen Konzerngesellschaft bestehenden Anstellungsvertrag abgegolten wird.

Bei Ausgliederungen entfällt die Ausschreibungspflicht nur dann, wenn eine Person im ausgegliederten Bereich Geschäftsleiter (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer) wird, die schon davor als Geschäftsleiter dem ausgegliederten Bereich vorstand.[25]

16 Im StellenbesG ist keine Sanktion für den Fall seiner Verletzung enthalten. Es wird daher auch als *„lex imperfecta"* bezeichnet.[26]

Weitgehend gesichert ist, dass ein Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht nicht die Sanktion der Unwirksamkeit der Bestellung hat, was auch schon zum AusschreibungsG 1982 ganz überwiegend vertreten wurde.[27]

Schon aktienrechtlich hat der Aufsichtsrat die Verpflichtung, den geeignetsten Bewerber zu bestellen; dass die Verletzung dieser Verpflichtung nur in rechnungshofkontrollierten Unternehmen mit Nichtigkeitssanktion belegt würde, wäre sachlich nicht nachvollziehbar und würde die Rechtssicherheit unerträglich belasten.[28]

Die Bestellung ist auch nicht dadurch unwirksam, dass gar keine Ausschreibung durchgeführt wurde.[29]

---

22 *Mazal,* ecolex 2008, 844.

23 In der Praxis erfolgt bei unvorhergesehenem Absinken der Anzahl der Geschäftsleiter unter die gesetzliche Mindestzahl meist die bescheidmäßige Anordnung durch die FMA, dass das Kreditinstitut binnen der im Bescheid festgesetzten Frist die Zahl der Geschäftsleiter auf die gesetzliche Mindestzahl aufzustocken hat (so vor ein paar Jahren geschehen bei einer Wiener Privatbank).

24 *Mazal,* ecolex 2008, 845

25 Zutr *Mazal,* ecolex 2008, 846.

26 So zB *Eiselsberg/Prohaska-Marchried*, ecolex 1998, 320 f; vgl auch *Zouplna/C. Wildmoser*, GeS 2008, 355.

27 Vgl *Hodik,* Verstöße gegen das Ausschreibungsgesetz und das Gesellschaftsrecht, RdW 1984, 362; *W. Jud/Wünsch*, Zum Anwendungsbereich des Ausschreibungsgesetzes, NZ 1994, 25.

28 Auch *Wilhelm* (ecolex 1998, 826 f) räumt ein, dass die sich hier stellenden Abgrenzungsprobleme auch seine – entgegen der hier vertretenen Ansicht – am Vollmachtsrecht anknüpfenden Überlegungen zu eher theoretischen Gedankenspielereien machen.

29 Demgegenüber hat der OGH für den Fall des Unterbleibens eines ordnungsgemäßen, § 107 UG 2002 entsprechenden Berufungsverfahrens für einen Professor die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages angenommen, weil die verletzten Vorschriften über das Berufungsverfahren auch dem Schutz von Allgemeininteressen dienen (OGH 8 Ob 1/08t DRdA 2010, 303 [*Löschnigg*]. Dieser Fall hat aber mE keine relevanten Prallelen zum Fall der Ausschreibung von Vorstandsmandaten nach dem StellenbesG.

Das Unterbleiben einer Ausschreibung muss keineswegs bedeuten, dass nicht der Bestgeeignete genommen wurde.[30]

17 Der OGH qualifizierte die (Wieder-) Bestellung des Präsidenten des Salzburger Festspielfonds trotz Unterlassung einer Ausschreibung als wirksam.[31] Wenige Monate später vertrat der OGH freilich die Ansicht, dass der Vertrag mit einem Universitätsprofessor schon bei bloßem Verstoß gegen das im § 107 UniversitätsG 2002 normierte Ausschreibungsgebot unwirksam sei.[32]

Diese Sichtweise lässt sich auf die Bestellung von Geschäftsleitern von AG und GmbHs entgegen *Löschnigg*[33] nicht übertragen, weil kein vergleichbares öffentliches Interesse wie jenes an sachlich ablaufenden Postenbesetzungen im staatlichen Bildungswesen besteht.

18 Die in der AG den Aktionären zur Verfügung stehende Möglichkeit der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern, die gegen die Ausschreibungspflicht verstoßen haben (vgl § 87 Abs 8 AktG) ist eher theoretischer Natur, weil solche Verstöße üblicherweise mit Rückendeckung des Eigentümers gesetzt werden.

Gegen eine Verpflichtung des Aufsichtsrates, ausschreibungslos oder nicht als bestgeeignete Kandidaten bestellte Vorstandsmitglieder wieder abzuberufen,[34] sprechen zudem rechtliche Erwägungen, weil sich das verletzte Verhaltensgebot nur an das Bestellungsorgan und nicht an den Bestellten richtet und die Berufung auf eigene Sorgfaltswidrigkeit mE rechtsmissbräuchlich wäre.

19 Schutzobjekt der die Ausschreibungspflicht anordnenden Normen des StellenbesG ist die betroffene Gesellschaft (und mittelbar die daran beteiligte Gebietskörperschaft). Zweck des Gesetzes ist es mE nicht, abgewiesenen, aber geeigneteren Bewerbern die Position zu verschaffen. Analogien zum Vertrag zugunsten Dritter oder die Bejahung eines „Kontrahierungszwanges" zugunsten des „*wahrhaft Geeigneten*" verbieten sich von vornherein.[35]

20 Der OGH[36] hat bestätigt, dass der Zweck des StellenbesG die Bestellung der geeignetsten Personen für die Leitungsfunktionen der dem Gesetz unterliegenden Unternehmen sei und dass potenzielle Bewerber keinen Anspruch auf Ausschreibung hätten.

---

30 Auch *Wilhelm* scheint seine Thesen vor allem auf den Fall der Bestellung eines Ungeeigneten abzustellen, nicht dagegen auf den Fall der Bestellung des Geeignet(s)ten trotz Unterbleibens einer Ausschreibung.

31 OGH 8 Ob A 1/11x ecolex 2011/338.

32 Der Kläger war jedoch Vertragsassistent, und das Unterbleiben der Ausschreibung soll nach Ansicht des OGH bei Mitarbeitern auf sonstigen wissenschaftlichen Stellen nicht die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge haben (OGH 9 Ob A 76/11h DRdA 2013, 39 [*L*öschnigg]).

33 DRdA 2013, 39.

34 Eine solche habe ich in *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 64 noch bejaht.

35 So aber *Wilhelm*, ecolex 1998, 827 f.

36 OGH 7 Ob 120/11i EvBl 2012/74 = ÖJZ 2012, 511 (*Konecny*). Es handelte sich um das fortgesetzte Verfahren betreffend die ausschreibungslose (Wieder-)Bestellung des Geschäftsführers der Bundestheater Holding GmbH Dr Georg Springer, das den OGH bereits in der E vom 30.9.2009, 7 Ob 119/09i beschäftigt hatte. Dort musste der OGH nur die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges klären.

Entgegen der vom OGH vertretenen Ansicht kommen aber auch Schadenersatzansprüche des übergangenen (aber geeigneteren) Bewerbers oder des wegen Unterbleibens einer Ausschreibung potenziellen Bewerbers nicht in Betracht. Der Ableitung solcher Ansprüche aus dem qua „Fiskalgeltung der Grundrechte" anzuwendenden Gleichbehandlungsgrundsatz[37] steht schon der regelmäßige Umstand im Wege, dass es sich um die Tätigkeit einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft handelt, deren Grundrechtsbindung nur bei Besorgung tatsächlich öffentlicher Aufgaben und nicht bloß erwerbswirtschaftlicher Tätigkeiten zu bejahen ist.[38] An dieser Voraussetzung wird es meist fehlen.

Auch Parallelen zum Vergaberecht, das Schadenersatzansprüche übergangener Bieter kennt, überzeugen nicht.[39] Denn das StellenbesG ist kein Schutzgesetz für potenzielle Stellen-Mitbewerber, sondern dient einerseits der Sicherung der Effizienz von – mittelbar (bei der Aktiengesellschaft) bzw unmittelbar (bei der GmbH) – staatlichen Handelns und – dies gilt jedenfalls für die AG – konkretisiert nur die den Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der Vorstandsauswahl ohnehin treffende Sorgfaltspflicht. Warum nur bei rechnungshofkontrollierten Unternehmen ein übergangener, aber geeigneterer Bewerber oder ein potenzieller Bewerber Schadenersatzansprüche haben sollte, in allen anderen Fällen hingegen nicht, wäre sachlich nicht begründbar.

21 In zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2014 musste sich der OGH mit Schadenersatzklagen von potenziellen Bewerbern beschäftigen.

Die Klage eines potenziellen Bewerbers in die Bundestheater Holding GmbH wegen Unterlassung einer Ausschreibung bei der wiederholten Bestellung ihres Geschäftsführers wies das Höchstgericht ab.[40] Der Kläger begehrte Schadenersatz und stützte sich auf Schutzgesetzverletzung, culpa in contrahendo sowie das Gleichbehandlungsgesetz. Der OGH ließ jedoch offen, ob die Verletzung der Ausschreibungspflicht nicht Schadenersatzansprüche von an der Bewerbung gehinderten Interessenten begründen könne. Bei unterbliebenem Ausschreibungsverfahren käme allenfalls ein Vertrauensschaden in Betracht, den der Kläger jedoch nicht geltend gemacht habe.

In einer weiteren Entscheidung[41] bejahte der OGH die Möglichkeit des Schadenersatzes einer Bewerberin betreffend die ebenfalls unter Ausschreibungspflicht stehende Bestellung zur Landesgeschäftsführerin des Arbeitsmarktservice eines Bundeslandes. Hier wurde die Position ordnungsgemäß ausgeschrieben, die Klägerin behauptete, dass sie die objektiv Bestgeeignete gewesen sei. Das Höchstgericht sprach aus, dass das StellenbesG zwar keinen subjektiven Anspruch auf Einstellung vermittle, sehr wohl aber auch die Interessen von Bewerbern schütze, und diese vor unsachlichen Besetzungsentscheidungen zu bewahren. Die Fiskalgeltung der Grundrechte fände auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung Anwendung. Wegen der ausschließlich staatlichen Trägerstruktur hätte das

---

37 Derartiges deutet der OGH in seiner E vom 30.9.2009, 7 Ob 119/09i (GesRZ 2010, 112) an (vgl auch *Holoubek,* GesRZ 2010, 114).

38 Vgl OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93; *Holoubek*, GesRZ 2010, 114.

39 Solche Parallelen erwägend *Holoubek*, GesRZ 2010, 114.

40 OGH 25.8.2014, 8 Ob A 10/14z DRdA 2015, 247 (*Kletečka*).

41 OGH 23.12.2014, 1 Ob 218/14m EvBl 2015/86.

erstbeklagte AMS daher auch bei den privatrechtlichen Akten (hier: der Bestellung von Geschäftsführern) das Sachlichkeitsgebot zu beachten.

ME ist auch diese Sichtweise nicht auf der Rechnungshofkontrolle unterliegende Aktiengesellschaften und GmbHs übertragbar, wenn die Interessenlage und die Organverantwortlichkeiten nicht mit jener/n in der staatlichen Arbeitsmarktverwaltung vergleichbar sind. Jedenfalls der Aufsichtsrat der AG hat schon aktienrechtlich die Verpflichtung, den bestgeeigneten Kandidaten zu bestellen; eine Differenzierung in den Sanktionen bei Verletzung dieser Pflicht zwischen rechnungshofkontrollierten und anderen Unternehmen wäre sachlich nicht begründbar.

22 **Schadenersatzansprüche** von Bewerbern sind nicht gegen die Gebietskörperschaft zu richten, sondern die Gesellschaft und zwar auch dann, wenn es sich um eine im Alleineigentum des Bundes stehende GmbH handelt, Adressat der Ausschreibungspflicht daher unmittelbar der Bund als Alleingesellschafter ist. Denn das Gesellschaftsorgan (Generalversammlung in der GmbH, Aufsichtsrat in der AG) handelt bei der Bestellung von Organmitgliedern und damit auch bei der mit dieser eng verknüpften Ausschreibung *in Vertretung der Gesellschaft*. Der OGH hätte daher in seiner E vom 30.9.2009[42] betreffend die Bestellung des Geschäftsführers der Bundestheater Holding GmbH die Entscheidungen der Unterinstanzen, die die Klagen wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen hatten, nicht aufheben, sondern die Klage mE gleich abweisen müssen, weil sie gegen den Bund[43] gerichtet war.

B. Die Bestellung des Vorstandes

1. Rechtsnatur und Formerfordernisse der Bestellung

23 Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder gem § 75 Abs 1 Satz 1 AktG auf höchstens fünf Jahre; eine Bestellung auf unbestimmte Zeit, ohne Zeitbestimmung oder für einen fünf Jahre übersteigenden Zeitraum ist nach Anordnung des Gesetzes nur fünf Jahre wirksam. Zuständig ist grundsätzlich der Gesamtaufsichtsrat; zur Frage der Möglichkeit einer Verlagerung in einen Ausschuss s Rz 42 ff. Die Bestellung hat durch Beschluss des Aufsichtsrates zu erfolgen. Dieser bedarf mangels abweichender Spezialregelung der einfachen Mehrheit.[44]

Eine Verschärfung der Mehrheitserfordernisse durch die Satzung (nicht: durch die Geschäftsordnung für den Aufsichtstrat) sowie die Zuerkennung eines Dirimierungsrechtes an den Aufsichtsratsvorsitzenden bei Stimmengleichheit, ist zulässig.[45] Eine Verschärfung der Mehrheitserfordernisse schafft grundsätzlich die Gefahr der Lahmlegung und damit potenzielle Vertretungsprobleme,[46] ist aber gleichwohl zulässig.

---

42 7 Ob 119/09i GesRZ 2010, 112 ff (*Holoubek*).

43 Zunächst gegen den Minister für Unterricht und Kunst und vom Rekursgericht dann juristisch unpräzise auf „*Republik Österreich*" richtiggestellt.

44 Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 252; *Schuster-Bonnott,* Zustandekommen und Lösung des Anstellungsverhältnisses zwischen Vorstandsmitgliedern und Aktiengesellschaft, GesRZ 1983, 109 ff, 115; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 54 f.

45 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 55; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 8.

46 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 55.

Die Bestellung durch Aufsichtsratsbeschluss muss nicht unbedingt schriftlich erfolgen, sehr wohl aber ausdrücklich, weil stillschweigende Aufsichtsratsbeschlüsse keine Wirksamkeit entfalten.[47] Auch die jahrelange Bezeichnung einer Person als Vorstandsmitglied auf Geschäftspapieren und mit Kenntnis des gesamten Aufsichtsrates ersetzt nicht die wirksame Bestellung.[48] **24**

Möglich ist es aber, dass ein vorhandener Aufsichtsratsbeschluss durch *Auslegung* inhaltlich ergänzt werden kann. In der Praxis werden Bestellung und Anstellung so gut wie nie in *einem* Aufsichtsratsbeschluss erledigt (weil für den Anstellungsvertragsabschluss jedenfalls ein mitbestimmter Ausschuss ausreicht) und unterbleibt nicht selten überhaupt ein Beschluss (auch bloß eines Ausschusses) über den Anstellungsvertragsinhalt.

In derartigen Konstellationen, nämlich bei Vorhandensein eines ausdrücklichen Beschlusses über die Vorstandsbestellung ohne eigenen Anstellungsvertragsbeschluss, können mE zusätzliche Erklärungen insbesondere des Aufsichtsratsvorsitzenden (mit denen zB auf den schon bestehenden Anstellungsvertrag für die abgelaufene Mandatsperiode verwiesen wird) zum Ergebnis führen, dass ein Aufsichtsratsbeschluss auch über den Anstellungsvertrag gegeben ist. Die Bestellung zum Vorstandsmitglied kann durch solche konkludenten Handlungen freilich nicht ersetzt werden. **25**

Richtiger Ansicht zufolge ist die Bestellung eines Vorstandsmitglieds ein körperschaftsrechtlicher Vertrag.[49] **26**

Diese Ansicht ist nicht unumstritten; manchen sehen die Bestellung als einseitiges Rechtsgeschäft[50], und es besteht nicht einmal vollkommene Einigkeit, ob die Bestellung annahmebedürftig oder bloß empfangsbedürftig ist.[51] An der Annahmebedürftigkeit der Bestellung kann indes kein wie immer gearteter Zweifel bestehen.[52]

---

47 Vgl OGH 3 Ob 546/77 EvBl 1978/41; *Schuster-Bonnott*, GesRZ 1993, 155; *Schiemer*, AktG[2] Anm 3.1. zu § 75; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 45, §§ 75, 76 Rz 34.

48 Vgl *Säcker*, Rechtsprobleme beim Widerruf der Bestellung von Organmitgliedern und Ansprüche aus fehlerhaften Anstellungsverträgen, in FS G. Müller 745; BGH 6.4.1964 – II ZR 75/62 BGHZ 41, 282 (285 f); *Runggaldier/G. Schima* Führungskräfte 55; abweichend und nicht ganz klar in Bezug auf den Abschluss des Anstellungsvertrages *Schuster-Bonnott*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied abgeschlossenen Anstellungsvertrages, in FS Kastner (1972) 421 ff, 428 f, der konkludentes Zustandekommen des Anstellungsvertrages zu bejahen scheint.

49 Andeutungsweise schon *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 59; ebenso *Keinert*, Genossenschaftrecht (1988) 156 Rz 335; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag (1987) 40; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG[3] (2015) § 84 Rz 6 mwN zur Gegenmeinung in FN 10; anders *Hüffer/Koch* AktG[11] § 84 Rz 4.

50 Gegen die Vertragsnatur schon *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 477 (480) ohne Begründung; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 5; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/261; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 5.

51 Für Annahmebedürftigkeit *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 5; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftrecht Rz 3/261; für bloße Empfangsbedürftigkeit hingegen (offenbar nur) *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 5.

52 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 5 zitiert *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 58 *für* seine Meinung, obwohl dort dezidiert das *Gegenteil*, nämlich Annahmebedürftigkeit, vertreten wird.

Auch die Deutung, die Annahme der Bestellung sei bloß deren Rechtsbedingung,[53] vermag die Rechtsnatur der auch ohne Anstellungsvertrag durch ein Verhältnis gewisser gegenseitiger Rechte und Pflichten gekennzeichneten Bestellung nicht voll zu erfassen. Die Sichtweise, es handle sich zwar um zwei einseitige, aber inhaltlich auf einander bezogene, und damit einem Vertrag entsprechende Rechtsgeschäfte,[54] entspringt offenbar dem Unbehagen, das sowohl der Vertragsthese als auch der Theorie vom einseitigen (durch Annahme bedingten) Rechtsgeschäft entgegengebracht wird.[55] Gegen die Deutung als Vertrag bestehen aber keine wirklichen Bedenken, zumal damit noch nichts darüber ausgesagt ist, welche Pflichten konkret zueinander im Synallagma stehen. Selbstverständlich kann ein Vorstandsmitglied, dem das Entgelt nicht gezahlt wird, nicht seine Arbeitsleistung zurückhalten (schon weil die Vorstandspflichten auch im Interesse des Gläubigerschutzes statuiert sind). Andererseits hat ein ordnungsgemäß bestelltes Vorstandsmitglied auch ohne Abschluss eines Anstellungsvertrages Anspruch auf ein angemessenes Entgelt, wenn nicht aufgrund der Umstände (zusätzliches Konzernmandat) anderes zu gelten hat.[56]

27 Damit die Bestellung als Rechtsakt Wirksamkeit entfalten kann, bedarf sie der **Annahme** durch den Bestellten. Dafür ist zunächst ein dem Erklärenden zurechenbarer und von ihm willentlich gesteuerter Vorgang des Zugangs an den Erklärungsempfänger erforderlich. Bloß zufällige Kenntnis von der Willenserklärung reicht nicht aus, was in der Praxis vor allem für die Abberufung von Bedeutung ist.[57]

Die Annahmebedürftigkeit erfolgt schon daraus, dass die Bestellung weitreichende Pflichten (und insbesondere auch eine strenge persönliche Haftung) auslöst.[58] Die Annahme ist nicht formbedürftig; sie kann schriftlich, mündlich oder auch nur konkludent (zB durch faktische Aufnahme der Tätigkeit)[59] und auch schon vor der Bestellung abgegeben werden[60], wobei aber die bloße Bewerbung

---

[53] Diese rechtsdogmatische Deutung wird im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum auch unter den Befürwortern der These vom einseitigen Rechtsgeschäft oft nicht vorgenommen (so äußern sich zB *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 5 und *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftrecht Rz 3/261 dazu nicht), wohl aber im zivilrechtlichen Schrifttum: Für Rechtsbedingung zB *Reuter* in MünchKommBGB[5] § 27 Rz 16; *Weick* in Staudinger, BGB § 27 Rz 10.

[54] *Hüffer*/*Koch*, AktG[11] § 84 Rz 4; zust *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 6, wobei die Formulierung *„einem Vertrag entsprechende"* sich bei *Hüffer* so nicht findet.

[55] Deutlich diesbezüglich *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 4: „*Voll überzeugend ist keine der referierten Ansichten.*"

[56] Vgl *Baums*, Geschäftsleitervertrag 52 f, 160; *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 87.

[57] Vgl zB *U.H. Schneider* in Scholz, GmbHG[10] § 38 Rz 30 mwN: „Eine nur zufällige Kenntnisnahme des Abzuberufenden von dem Beschluss durch das Abberufungsorgan macht die Abberufung nicht wirksam."

[58] Vgl *Schiemer*, AktG[2] Anm 1.4. zu § 75; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/261; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 59; aM – nämlich für bloße Empfangsbedürftigkeit der Bestellung – soweit ersichtlich, nur *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 5.

[59] *Strasser*, JBl 1990, 479; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 58; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 5.

[60] *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 5; *Hefermehl* in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 84 Rz 13; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 58; anscheinend

um das Vorstandsamt keine vorweggenommene Annahme der dann erfolgten Bestellung bedeutet.[61]

2. Zuständigkeit

28 Noch immer umstritten und nicht durch Rsp geklärt ist die Frage, ob die Bestellung von Vorstandsmitgliedern dem Aufsichtsratsplenum vorbehalten ist oder auch in einem Ausschuss erfolgen darf. Die hM tritt für ausschließliche Plenumszuständigkeit zumindest beim mitbestimmten Aufsichtsrat ein.[62]

Früher ging es in der Diskussion primär um das Verhältnis zwischen § 92 Abs 4 AktG und § 110 Abs 3 (später: Abs 4) ArbVG und ob aufgrund der Zulassung der Vorstandsbestellung im Ausschuss die Mitbestimmungsrechte der Belegschaftsvertretung umgangen werden könnten.[63] In jüngerer Zeit wird die alleinige Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums von der überwiegenden Ansicht daraus abgeleitet, dass es sich bei der Vorstandsbestellung um eine „Kernaufgabe" des

---

auch diesbezüglich aM *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 5: Arg *„Gibt das bestellte Vorstandmitglied, nachdem ihm die Bestellung ordnungsgemäß zugegangen ist […]".*

61 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 58.

62 Vgl *Strasser*, Die Ernennung (der Widerruf der Ernennung) eines Vorsitzenden des Vorstandes nach Aktienrecht und Arbeitsverfassungsrecht, in FS Schwind, 317 ff; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 221 ff; *Geppert*, Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer AG und die Bestellung sowie Anstellung von Vorstandsmitgliedern durch Aufsichtsratsausschüsse, DRdA 1980, 178 ff; *Jabornegg*, Ein Ausschuss des Aufsichtsrates bestellt ein Vorstandsmitglied, DRdA 1981, 324; *Schiemer*, AktG[2] Anm 1.2. zu § 75 und Anm 7.4. zu § 92; OLG Wien NZ 1982, 72; *Kastner/Doralt/Nowotny*; Gesellschaftsrecht[5] 255; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 6; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 92 Rz 175; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 256; *D. Weiß*, Arbeitnehmermitwirkung bei der Be- und Anstellung der Vorstandsmitglieder, Teil I, DRdA 1998, 22 ff, Teil II 94 (99); *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), ArbVG-Komm § 110 Rz 246 ff; *Reich-Rohrwig*, Die Zusammensetzung von Ausschüssen des Aufsichtsrates – neue Rechtslage ab 1. Jänner 1987, wbl 1987, 1 (2 f); *Löschnigg*, Arbeitsrecht[12] (2015) 11/297; *Nowotny,* DRdA 1989, 431 f; *Saurer*, Handlungsbedarf des Aufsichtsrats bei Missbrauch von Insiderinformationen durch ein Vorstandsmitglied? ecolex, 2003, 736; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 15; der von *Strasser* (aaO) für die hM angeführte *Terlitza*, Zur Abberufung des Vorstandsmitglieds einer AG aus wichtigem Grund, GesRZ 2003, 270, 271, äußert sich zu der Frage nicht, sondern gibt nur die hM wieder, dass für die Abberufung ausschließlich der Aufsichtsrat (gemeint: nicht dagegen ein anderes Organ) in der AG zuständig sei; *Eixelsberger/Zierler*, Zur Vorstandsbestellung im Ausschuss eines mitbestimmten Aufsichtsrats, GesRZ 2003, 9 ff, 16 f, 19, lehnen die hM nach detaillierter Analyse sogar dezidiert ab und treten für Zulässigkeit der Ausschussbestellung (sogar mit bloß *einem* Arbeitnehmervertreter) ein.

63 Vgl *Strasser* in FS Schwind 317 ff; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 221 ff; *Geppert*, DRdA 1980, 178 ff; *Jabornegg*, DRdA 1981, 324 ff; *Schiemer*, AktG[2] Anm 1.2. zu § 75 und Anm 7.4. zu § 92; OLG Wien NZ 1982, 72; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 255; als Vertreter der Gegenmeinung und für Zulässigkeit der Ausschussbestellung damals *Peter Doralt/Kastner*, Grenzen der Aktionärsschutzklausel des § 110 Abs 3 ArbVG bei der AG, GesRZ 1975, 40; *Peter Doralt*, Bestellung und Abberufung von Vorstandmitgliedern durch Ausschüsse des Aufsichtstrates, GesRZ 1979, 137; *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit und Belegschaftsvertretung (1986) 31 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 56 ff.

Aufsichtsrates handle.[64] Vertreter dieser Ansicht bejahen die alleinige Plenumszuständigkeit – insofern konsequent – auch für den nicht mitbestimmten dh über keine Belegschaftsvertreter verfügenden Aufsichtsrat.[65]

29 Auch die in der jüngeren Diskussion vorgetragenen Argumente von der Alleinzuständigkeit des Aufsichtsratsplenums vermögen die vom Verfasser schon vor 25 Jahren vertretene Auffassung von der Zulässigkeit der Vorstandsbestellung auch in einem (mitbestimmten) Ausschuss des Aufsichtsrates[66] nicht schlüssig zu widerlegen. Die ArbVG-Nov 1986 hat mit § 110 Abs 4 ArbVG, nämlich der Verankerung des Rechts der Arbeitnehmer auf drittelparitätische Vertretung in allen Ausschüssen des Aufsichtsrates mit Ausnahme des die (schuldrechtlichen) Beziehungen zu Vorstandsmitgliedern regelnden Ausschusses die mitbestimmungsrechtlichen Bedenken gegen eine mögliche Umgehung beseitigt.[67] Schon vor der ArbVG-Nov 1986 war die hM jedoch nicht überzeugend,[68] weil § 110 Abs 3 Satz 4 ArbVG keinesfalls die Bedeutung eines Verbots der Ausschusserrichtung (die dort auch mit keinem Wort erwähnt wird) bei der Vorstellungsbestellung entnommen werden kann[69] und die Sicherung der Arbeitnehmermitbestimmung bei der Vorstandsbestellung im Aufsichtsrat nicht nur durch ein Verbot der Ausschussverlagerung gewährleistet ist.[70]

§ 110 Abs 3 Satz 4 ArbVG ist keineswegs eine „vollständige" Regelung,[71] sondern hat die Ausschussregelung in § 92 Abs 4 Satz 2 AktG erst lückenhaft gemacht.[72]

30 Schon vor der ArbVG-Novelle 1986 hatte richtigerweise in Anbetracht des klaren in § 110 Abs 1 iVm Abs 3 Satz 4 ArbVG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens, dass eine Vorstandsbestellung allein mit drittelparitätischer Beteiligung der Arbeitnehmer – unter Berücksichtigung der „doppelten Mehrheit" auch im Ausschuss – zustande kommen sollte,[73] die drittelparitätische Beteiligung der Arbeitnehmer unter Anwendung der „Aktionärsschutzklausel" auch im Ausschuss Anwendung zu finden.[74]

---

64 So *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 6; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 92 Rz 175; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 94 Rz 256; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/258.

65 So im Ergebnis auch *D. Weiß*, DRdA 1998, 94 (99) – jedoch ohne Rückgriff auf das „Kernaufgabe-Dogma", sondern unter Berufung auf seine (verfehlte) These von der Derogation des § 92 Abs 4, Satz 2, Halbsatz 2 AktG; nicht ganz klar, aber anscheinend für Plenumszuständigkeit auch im nicht mitbestimmten Aufsichtsrat *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 15.

66 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 56 ff mwN.

67 Vgl *Marhold*, Konzern- und unternehmensverfassungsrechtliche Neuerungen, ZAS 1986, 198; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 57.

68 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 56 f.

69 *Peter Doralt*, GesRZ 1979, 139.

70 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 56 f.

71 So aber *Jabornegg*, DRdA 1981, 327.

72 Zutr *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit 33; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 57.

73 Vgl die Andeutungen bei *Strasser* in FS Schwind 318.

74 Überzeugend *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit 34 f; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 57; aM, aber mE inkonsequent *Peter Doralt*, GesRZ 1979, 140: Zulässigkeit der Bestellung im Ausschuss auch ohne drittelparitätische Arbeitnehmerbeteiligung.

Es ist völlig naheliegend und dogmatisch gut begründbar, der Umgehung der „Aktionärsschutzklausel" durch analoge Anwendung der doppelten Mehrheit im Ausschuss zu begegnen.[75] Der Begriff *„Mehrheit"* in § 110 Abs 3 Satz 4 ArbVG lässt sich zwanglos als Mehrheit der im Ausschuss vertretenen Aktionärsvertreter deuten.[76]

Die klare Absicht des Gesetzgebers, der Mehrheit der Anteilseigner keinen Vorstand gegen ihren Willen aufzuzwingen, kann durch die analoge Anwendung der doppelten Mehrheit (Aktionärsschutzklausel) auch bei Verlagerung in einen Ausschuss viel adäquater Rechnung getragen werden, als durch ein – überschießendes – Verbot der Ausschussbestellung, das im Übrigen klar gegen § 92 Abs 4 Satz 2 AktG verstößt.

31 Die Annahme einer materiellen Derogation des § 92 Abs 4 Satz 2 AktG durch § 110 Abs 4 ArbVG[77] verbietet sich nicht nur aus den schon erwähnten Gründen und wegen des nicht deckungsgleichen Anwendungsbereiches,[78] sondern auch deshalb, weil der Gesetzgeber nach der ArbVG-Novelle 1986 mehrfach § 92 Abs 4 Satz 2 AktG novelliert hat. Erst das IRÄG 1997[79] ersetzte den Verweis des § 92 Abs 4 Satz 2 AktG auf das BRG 1947 durch den Verweis auf § 110 ArbVG. Mit dem Aktienoptionengesetz (AOG) 2001[80] wurde eine weitere (Gegen-) Ausnahme vom Ausschluss der Arbeitnehmer von der Mitwirkung in „Personalausschüssen" in Gestalt der Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft aufgenommen.[81] Dies bedeutete ohne Zweifel eine Novellierung von § 110 Abs 4 Satz 2 ArbVG, weil bis zur Inkraftsetzung des AOG 2001 auch die Einräumung von Aktienoptionen an Vorstandsmitglieder zweifellos zu den (gemeint: schuldrechtlichen) *„Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes"* und damit zu anstellungsvertraglichen Agenden iwS zählte.

32 Der wesentliche Argumentationsfehler der hA von der Alleinzuständigkeit des Aufsichtsratsplenums liegt darin, dass einer nicht-aktienrechtlichen Norm (im ArbVG) ein noch dazu gegen eine ausdrückliche Vorschrift des AktG (§ 92 Abs 4 Satz 2 AktG) verstoßender Rechtssatz mit dem Inhalt entnommen wird: „Die Bildung eines Aufsichtsratsausschusses für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern und die Bestellung in einem solchen ist unzulässig".[82] Durch die mehrfachen Novellierungen von § 92 Abs 4 Satz 2 AktG nach der ArbVG-Novelle 1986 hat der Gesetzgeber diese aktienrechtliche Norm in ihrem Bestand bekräftigt.

Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Vorstandsbestellung seit der ArbVG-Novelle 1986 wichtiger geworden wäre und es einen diesbezüglichen „Paradigmenwechsel" gegeben habe. Der österreichische Gesetzgeber hat sich

---

75 *Peter Doralt*, GesRZ 1979, 138.

76 So *Peter Doralt*, GesRZ 1979, 140.

77 So *D. Weiß*, DRdA 1998, 94 (99); ebenso, aber insoweit nicht überzeugend (wenngleich vor dem IRÄG 1997 und dem AOG 2001) *Marhold*, ZAS 1986, 198.

78 Dazu ausführlich *Eixelsberger/Zirler*, GesRZ 2003, 14 f.

79 Art XI Z 4 lit b IRÄG 1997.

80 BGBl I 2001/42.

81 Vgl zum Verhältnis von § 110 Abs 4 ArbVG und § 92 Abs 4 Satz 2 AktG idF AOG 2001 *G. Schima*, Gestaltungsfragen bei Aktienoptionen, GesRZ-Sonderheft Aktienoptionen 2001, 61 ff, 70 ff.

82 So schon *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 56.

eben bewusst nicht für eine Regelung wie den deutschen § 107 Abs 3 dAktG entschieden, wonach Vorstandsbestellungen dem Plenum vorbehalten sind.[83]

33 Nicht überzeugend ist die Sichtweise, aus dem zutr Argument, § 92 Abs 4 letzter Satz AktG sei durch § 110 Abs 4 ArbVG nicht materiell derogiert worden abzuleiten, dass für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern im Ausschuss nicht die drittelparitätische Besetzung gilt, sondern nur *ein* Arbeitnehmervertreter mitzuwirken habe.[84]

Eine reine Wortlautinterpretation mag dieses Verständnis noch decken; es unterläuft aber den eindeutigen Zweck des § 110 Abs 3 Satz 4 iVm § 110 Abs 4 ArbVG. Denn schon vor der ArbVG-Novelle 1986 ordnete § 92 Abs 4 Satz 2 AktG für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern im Ausschuss die Mitwirkung *eines* Arbeitnehmervertreters an. Da der ArbVG-Novelle 1986 nicht unterstellt werden kann, den Mitbestimmungsstandard zurückgeschraubt zu haben, muss die Wortfolge *„Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes"* in § 110 Abs 4 Satz 2 ArbVG eng in dem Sinne interpretiert werden, dass die Bestellung und Abberufung davon nicht erfasst ist.[85] Vorstandsbestellungen und -abberufungen fallen daher, wenn sie im Ausschuss durchgeführt werden, unter § 110 Abs 4 Satz 1 ArbVG.[86]

34 Ganz ohne Brüche kommt keine der vertretenen Ansichten aus, was an der nicht geglückten Abstimmung von § 92 Abs 4 Satz 2 AktG einerseits und § 110 Abs 3 Satz 4 und § 110 Abs 4 ArbVG andererseits liegt. Der Gesetzgeber wollte in den durch diesen Normenkonflikt ausgelösten Meinungsstreit offenkundig nicht eingreifen, wie er mit mehreren Novellierungen bewiesen hat.[87]

35 Der Praxis muss in Anbetracht des Fehlens höchstgerichtlicher Rsp freilich geraten werden, ungeachtet der mangelnden Überzeugungskraft der hA die Bestellung von Vorstandsmitgliedern (ebenso wie die Abberufung) durch das Aufsichtsratsplenum erledigen zu lassen, weil eine Adaption der hA durch die Rsp letztlich die Rechtsunwirksamkeit der Bestellung im Ausschuss bedeuten könnte.[88]

---

[83] Zutr *Peter Doralt*, GesRZ 1979, 139 f; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 58.

[84] So aber *Eixelsberger/Zierler*, GesRZ 2003, 15 f

[85] *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 57 f.

[86] Es ist daher nicht zutreffend, wenn *Eixelsberger/Zierler* (GesRZ 2003, 16 f) meinen, eine analoge Anwendung des Drittelparitätsgebotes – und damit in weiterer Konsequenz auch der Aktionärsschutzklausel – auf den *„Personalausschuss"* scheide aus, weil § 110 Abs 4 Satz 2 ArbVG *„in seiner Ablehnung der Drittelparität für den Personalausschuss eindeutig"* sei. Von einem *„Personalausschuss"* ist im Gesetz nirgendwo die Rede, sondern nur von den *„Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes"*.

[87] Nicht überzeugend daher *Reich-Rohrwig*, wbl 1987, 3, wonach der Gesetzgeber die in § 92 Abs 4 Satz 2 AktG enthaltene Gegenausnahme deshalb nicht in § 110 Abs 4 ArbVG aufgenommen habe, weil er mit der hM von der Unzulässigkeit der Vorstandsbestellung im Ausschuss eines mitbestimmten Aufsichtsrates ausgegangen sei und eine derartige Gegenausnahme daher als überflüssig angesehen habe (diese Ansicht referierend *Ch. Nowotny*, Suspendierung und vorzeitige Abberufung eines in eine Tochtergesellschaft entsandten Vorstands, DRdA 1989, 427 (431 f); ebenso *D. Weiß*, DRdA 1998, 99). Dafür fehlt jeglicher Anhaltspunkt im Gesetz und in den Materialien. Die Existenz der Kontroverse schon vor der ArbVG-Nov 1986, die dem Gesetzgeber wohl bekannt war, spricht viel eher *gegen* als für eine solche Deutung.

[88] Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 36. Ob die Rsp in Österreich ähn-

3. Bestellungsvoraussetzungen

36 Bestellungsverbote und Bestellungshindernisse sind auf Gesetz oder Satzung beruhende Vorschriften, die für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern bestimmte positive oder negative Voraussetzungen aufstellen.[89]

Bei einem Verstoß gegen ein Bestellungsverbot ist die Bestellung rechtsunwirksam und wird der Bestellte daher nicht wirksam Vorstandsmitglied,[90] wohingegen die Nichtbeachtung von Bestellungshindernissen (idR sind es Eignungserfordernisse), die Bestellung nach praktisch einheitlicher Ansicht[91] in ihrer Wirksamkeit nicht berührt.

37 § 75 Abs 2 und § 90 AktG enthalten Bestellungsverbote. Eine juristische Person oder eine Personengesellschaft (Offene Gesellschaft, Kommanditgesellschaft) kann gemäß § 75 Abs 2 AktG nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden. Ein dagegen verstoßender Bestellungsbeschluss ist nichtig, bedarf also keiner Anfechtung.[92]

Gemäß § 90 Abs 1 AktG können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglieder oder dauernde Vertreter von Vorstandsmitgliedern der Gesellschaft oder ihrer Tochterunternehmen iSd § 189a Z 7 UGB sein. Sie können auch nicht als Angestellte die Geschäfte der Gesellschaft führen.

Wenn ein Aufsichtsratsmitglied, das gemäß § 90 Abs 2 AktG als Vertreter eines verhinderten Vorstandsmitglieds für einen vorübergehenden, bestimmten Zeitraum in den Vorstand bestellt wurde, der Verpflichtung nicht nachkommt, während dieser Zeit die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied nicht auszuüben,[93] dann wird richtiger Ansicht zufolge die Mitgliedschaft im Vorstand nicht wirksam erworben, was die Haftung als faktisches Organmitglied freilich unberührt lässt.[94]

---

lich vorgehen würde wie der BGH dereinst bei der Behandlung von in einem Zweimann-Ausschuss abgeschlossenen Vorstands-Anstellungsverträgen, die das Höchstgericht als unzulässig, für den Zeitraum bis zum Bekanntwerden der Judikatur aber als wirksam ansah, ist fraglich.

89 Vgl *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 3; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/247 ff, 250, 264; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 6 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 62 ff.

90 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 3; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 6.

91 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 7; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 3; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/250, 264 mwN.

92 Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 90 Rz 6; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 6; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/247, die darauf hinweist (FN 7), dass die SE-VO die (von Österreich freilich nicht genützte) Bestellung einer juristischen Person beinhaltet und dass mit der Umsetzung einer solchen Möglichkeit das Ernennungsrecht in Bezug auf die das Vorstandsamt tatsächlich ausübende Person auf die juristische Person überginge.

93 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 6; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/248; näher *Kastner*, Zur Mitgliedschaft in mehreren Organen der selben Gesellschaft, in GedS Schönherr (1986) 193 ff.

94 Offen gelassen von *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 90 Rz 19 und *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 90 Rz 17.

Bestellt die Hauptversammlung ein Vorstandsmitglied zum Mitglied des Aufsichtsrates, erlischt dadurch mE nicht die Vorstandsmitgliedschaft des Bestellten, sondern ist vielmehr der betroffene Hauptversammlungsbeschluss, weil *„mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar"* und außerdem wegen Verstoßes von zumindest *auch* dem Gläubigerschutz dienenden Normen gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG *absolut nichtig*.[95] Bloße Anfechtbarkeit würde der Bedeutung des Gesetzesverstoßes nicht gerecht.[96] § 90 AktG verbietet auch eine Delegierung wesentlicher Geschäftsführungsbefugnisse eines ganzen Resorts an den Aufsichtsrat im Wege einer Bevollmächtigung durch den Vorstand.[97]

Unwirksam ist auch die Bestellung einer nicht voll geschäftsfähigen Person zum Vorstandsmitglied.[98]

38 Verschiedene Gesetze enthalten bestimmte Eignungserfordernisse für Vorstandsmitglieder. Dazu gehören zB das Unvereinbarkeitsgesetz,[99] das Stellenbesetzungsgesetz (siehe Rz 19 ff), Art 126 B-VG betreffend Beschränkungen für Mitglieder des Rechnungshofes,[100] § 56 BDG betreffend das Verbot von abträglichen Nebenbeschäftigungen für Bundesbeamte und deren Verpflichtung eine Tätigkeit im Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in einem sonstigen Organ einer auf Gewinn gerichteten juristischen Person des Privatrechts der Dienstbehörde zu melden, § 63 Abs 4 RStDG[101], § 36 Abs 2 Z 3 BörseG und die Eignungs-

---

95 *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 105 Rz 39 mwN. Vgl dem gegenüber *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 195 Rz 5, der diesen Fall offenbar unter die unwirksamen Beschlüsse wegen Überschreitens der Zuständigkeit der Hauptversammlung subsumiert (*Strasser* nennt explizit den Fall der Bestellung einer juristischen Person zum Aufsichtsratsmitglied entgegen § 86 Abs 1 Satz 1 AktG). Der Vorzug dieser Sichtweise liegt darin, dass es keine Heilung nach dreijähriger Firmenbucheintragung gem § 200 Abs 2 AktG gibt; dennoch sind dagegen Bedenken anzumelden und der Fall der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes zum Aufsichtsratsmitglied zB nicht dem von *Strasser* (in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 195 Rz 5) auch erwähnten Fall der Bestellung oder Abberufung eines Vorstandsmitgliedes gleich zu halten, weil im letztgenannten Fall die Hauptversammlung über ihre Kompetenz hinausgeht und in die exklusive Zuständigkeit eines anderen Organs eingreift, wohingegen bei Wahl eines Vorstandsmitgliedes in den Aufsichtsrat „nur" gegen ein gesetzliches Bestellungsverbot verstoßen wird, die Hauptversammlung aber für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern allein zuständig ist.

96 Vgl OGH 10.10.2002, 6 Ob 97/02m GesRZ 2003, 41 (42 f), der für diesen Fall zwischen Nichtigkeit nach § 199 Abs 1 Z 3 AktG und bloßer Anfechtbarkeit nach § 195 Abs 1 AktG schwankt, dabei freilich zwischen einem direkten Verstoß gegen § 90 AktG – der im Anlassfall nicht vorlag, weil das Aufsichtsratsmitglied nicht Vorstandsmitglied war, sondern „nur" *Vorstandsaufgaben besorgte* – und einer Umgehung des in § 90 AktG verankerten Trennungsprinzips durch Verlagerung von Vorstandsaufgaben an Aufsichtsratsmitglieder nicht sauber unterschied.

97 OGH 6 Ob 97/02m GesRZ 2003, 41.

98 So schon *Kastner*, Gedanken über Gelegenheitsgesetze, JBl 1963, 62 (66); *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 10; ebenso *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/248.

99 BGBl 1983/330; vgl dazu näher *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 8.

100 Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/250; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 8.

101 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/250; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 8.

erfordernisse in den §§ 4 Abs 3 Z 6, 5 Abs 1 Z 6-11, 13 BWG, § 4 Abs 6 Z 1 VAG und § 9 Z 9-13 PKG.

39 Bestellungshindernisse bzw Eignungserfordernisse können auch in der Satzung enthalten sein. Denkbar sind satzungsmäßige Erfordernisse betreffend Staatsbürgerschaft, Wohnsitz, Ausbildung, berufliche Vorerfahrung, Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie, Aktionärseigenschaft, etc.[102] Die Möglichkeit des Aufsichtsrates, einen qualifizierten Vorstand zu finden, darf durch satzungsmäßige Eignungserfordernisse jedoch nicht unsachlich eingeschränkt werden.[103]

Problematisch und uU unwirksam sind satzungsmäßige Eignungserfordernisse, die sich auf nach dem Gleichbehandlungsgesetz verpönte, weil diskriminierend wirkende Kriterien wie zB Geschlecht, Rasse, ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung beziehen.[104] Da das GlBG auch Bedingungen für den Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit erfasst (§ 1 Abs 1 Z 4 bzw § 4 Z 3 GlBG),[105] ist eine im obigen Sinne diskriminierende Satzungsbestimmung gemäß § 879 Abs 1 ABGB unwirksam.[106]

Altersbeschränkungen sind mE nur im Falle sehr niedriger Altersmindestgrenzen und sehr hoher Altershöchstgrenzen iSd § 20 Abs 3 GlBG rechtfertigbar.

40 Bei Verstoß gegen – sowohl gesetzliche als auch satzungsmäßige – Bestellungshindernisse ist der Bestellungsbeschluss nicht unwirksam. Gesetzliche Bestellungshindernisse hat auch das Firmenbuchgericht jederzeit von Amts wegen aufzugreifen;[107] für Verstöße gegen satzungsmäßige Bestellungshindernisse gilt das hingegen nicht.[108]

Die von der hA im Schrifttum vertretene Position, bei einem Verstoß gegen (gesetzliche und satzungsmäßige) Eignungserfordernisse sei der Aufsichtsrat *„zur sofortigen Abberufung verpflichtet“*,[109] ist in dieser Allgemeinheit nicht überzeu-

---

[102] Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 10; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/251.

[103] Dies gilt umso mehr, je weniger sachbezogen die Kriterien sind. Enthält die Satzung zB die Bestimmung, dass der Vorstand sich ausschließlich aus Personen zusammensetzen dürfe, die sowie deren Eltern und Großeltern immer in einem bestimmten Bundesland gelebt hätten und die außerdem einer bestimmten politischen Partei angehörten, dann wird dadurch die Fähigkeit des Aufsichtsrates, den bestqualifizierten Vorstand zu finden, in unverhältnismäßiger und unsachlicher Weise eingeschränkt, sodass der Aufsichtsrat nicht pflichtwidrig handelt, wenn er solche Bestimmungen nicht beachtet, freilich aber seine Abberufung riskiert.

[104] Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/251; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 29.

[105] Vgl *Rebhahn* in Rebhahn, GlBG § 1 Rz 38, 47; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/251.

[106] *Rebhahn* in Rebhahn, GlBG § 1 Rz 38, § 3 Rz 28 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/251.

[107] *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 3.

[108] *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 10.

[109] So *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 3; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 76 Rz 145; ähnlich – möglicher Weise aber nur auf gesetzliche Bestellungshindernisse bezogen – *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/250; auch für satzungsmäßige Bestellungshindernisse eine Abberufungsverpflichtung annehmend *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 10; so schon früher *Schiemer*, AktG[2] Anm 5.4. und 5.5. zu § 75; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht[3] II 258; *Hefermehl* in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 84 Rz 19.

gend. Es muss vielmehr darauf ankommen, ob ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft an der Einhaltung der Bestimmung besteht, diese zB auch dem Schutz von Gläubigern oder (Minderheits-)Aktionären dient und ob dem Vorstandsmitglied die Satzungsbestimmung bekannt oder eine Unkenntnis vorwerfbar war. Es ist sachlich nicht begründbar, zB den Verstoß gegen die Berücksichtigung typisierter Qualifikationsmerkmale (wie zB die Absolvierung eines bestimmten Studiums) anders zu behandeln, als die Verletzung der den Aufsichtsrat treffenden Pflicht, die bestgeeignete Person zum Vorstandsmitglied zu bestellen.[110]

Entzieht die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied deshalb das Vertrauen, weil dieses ein gesetzliches oder satzungsmäßiges Eignungserfordernis nicht erfüllt, ist ein solcher Vertrauensentzug indes nicht *„offenbar unsachlich"*,[111] sofern die Aktionäre den Verstoß nicht schon im Vorfeld gebilligt haben.

41 Die Kompetenz den Vorstand zu bestellen, kann nicht an ein anderes Organ als den Aufsichtsrat oder an eine sonstige Stelle übertragen werden.[112] Auch die Satzung kann eine solche Übertragung nicht vornehmen.[113]

4. Bestellungsdauer

42 Vorstandsmitglieder können vom Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre bestellt werden (§ 75 Abs 1 Satz 1 und 2 AktG). Wenn die Bestellung auf eine bestimmte längere Zeit, auf unbestimmte Zeit oder ohne Zeitangabe erfolgt, ist sie fünf Jahre wirksam.

Begrenzt ist im Gesetz also nur die Höchstdauer für eine Mandatsperiode, nicht jedoch die gesamte Amtsdauer eines einzelnen Vorstandsmitgliedes, sodass Amtsperioden unbeschränkt aneinander gereiht werden können.[114]

Die Fünf-Jahres-Frist beginnt nicht mit dem Zeitpunkt der Fassung des Be-stellungsbeschlusses, sondern mit dem Zeitpunkt des Funktionsbeginns zu laufen.[115]

43 Innerhalb der fünfjährigen Höchstfrist des § 75 Abs 1 Satz 1 AktG sind Klauseln mit „Verlängerungsautomatik" grundsätzlich unproblematisch.[116] Soweit mit einer solchen Verlängerungsklausel die Fünf-Jahres-Grenze überschritten wird, tritt jedoch (Teil-)Unwirksamkeit ein.[117]

---

110 Vgl zu alldem näher *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 63.

111 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 63.

112 *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 64; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 12; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/257.

113 *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 253; *dieselbe* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/257; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 6; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 12.

114 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 60.

115 Vgl *Schiemer*, AktG[2] Anm 2.1. zu § 75; *Kastner/Doralt/Nowotny,* Gesellschaftsrecht[5] 218 f; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 238; *Plöchl*, Zur Amtszeit des Vorstandes, GesRZ 1979, 11 (12); *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 61; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 29; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/266.

116 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 60; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 12; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/266; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 32.

117 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 60; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 32.

„Verlängerungs- bzw Kettenklauseln", wonach das Vorstandsmandat sich auf eine bestimmte Zeit verlängert, wenn der Aufsichtsrat nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt einen gegenteiligen Beschluss gefasst hat, sind zulässig, sofern die ursprüngliche Mandatsdauer und die Verlängerungsdauer (n) insgesamt fünf Jahre nicht überschreiten.[118]

44 Es gibt keine gesetzliche Mindestbestellungsdauer für Vorstandsmitglieder.[119] Grundsätzlich liegt es im verantwortlichen Ermessen des Aufsichtsrates, für wie lange er innerhalb der gesetzlichen Höchstdauer ein Vorstandsmitglied bestellt.[120] In den letzten Jahren mutierte der Fünf-Jahres-Vertrag von der Regel eher zur Ausnahme.

Gleichwohl begegnen schrankenlos kurze Bestellungsdauern gewissen Bedenken. Sie untergraben tendenziell die die im AktG (§ 70) gewährleistete Unabhängigkeit des Vorstandes auch vom Aufsichtsrat, erschweren dem Vorstand vorausschauende und nicht bloß kurzfristige Planung und können in Gestalt von Kettenklauseln mit sehr kurzfristigen Bestellungsdauern das auf zwingendem Recht beruhende Erfordernis eines wichtigen Grundes für die Abberufung (§ 75 Abs 4 AktG) umgehen.[121]

Demgemäß sind Kettenklauseln mit kurzen (zB sechs Monate betragende) Befristungen – als Konsequenz des § 75 Abs 1 Satz 2 AktG – als Bestellung auf unbestimmte Zeit und damit auf fünf Jahre zu qualifizieren, weil sonst das Erfordernis eines wichtigen Grundes für die Abberufung sinnlos wäre.[122] Eine starre Untergrenze[123] lässt sich daher schwer ausmachen.[124]

5. Wiederholte Bestellung

45 Die „wiederholte Bestellung" bedarf gem § 75 Abs 1 Satz 3 AktG „*zu ihrer Wirksamkeit* der *schriftlichen Bestätigung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden"*. Diese umstrittene Vorschrift wird zu Recht im Schrifttum als „*offensichtlich misslungen"* bezeichnet.[125] Denn logisch wäre es, für die Wiederbestellung nicht strenger, sondern nur geringere Anforderungen zu verlangen.[126]

---

118 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 60.

119 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 62; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/266; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 32.

120 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 32.

121 Vgl *Hefermehl* in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 84 Rz 23; *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 62; ähnlich *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/266 und jüngst *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 260.

122 Vgl *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 260 und *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/266, die davon spricht, dass ein Widerruf der Bestellung *„sonst überflüssig würde"*.

123 Vgl *Kastner*, Bestellung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft auf unbestimmte Zeit, ÖJZ 1953, 645, plädiert für eine Untergrenze von einem Jahr.

124 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 62.

125 So *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 219. Ausführlich zur Entstehung der Bestimmung *Wallisch*, Die Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern, wbl 2010, 561 (567).

126 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 59; vgl auch *Kastner*, ÖJZ 1953, 647, der unter der Geltung des AktG 1937 die Meinung vertrat, dass die „wiederholte Bestellung" auch durch Unterlassung der Abberufung und Vornahme von Handlungen – wie zB der Billigung

Kastner[127] vertrat tatsächlich die Auffassung, die schriftliche Bestätigung der Wiederbestellung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden könne den Wiederbestellungsbeschluss ersetzen.[128]

46 Die Rechtsmeinung hat sich aber nicht durchgesetzt und widerspricht doch dem insoweit klaren (wenn auch rechtspolitisch fragwürdigen) Gesetzeswortlaut, der *sowohl* einen Wiederbestellungsbeschluss *als auch* die schriftliche Bestätigung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden verlangt.[129]

47 Da der Sinn und Zweck der Vorschrift nicht auszumachen ist und der Gesetzgeber außerdem tatsächlich die Meinung zu vertreten schien, dass die schriftliche Bestätigung den Wiederbestellungsbeschluss substituieren könne,[130] ist eine korrigierende Auslegung mE in der Weise berechtigt, dass das Erfordernis der schriftlichen Bestätigung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden überhaupt *entfallen* kann. Denn die gegenteilige Ansicht vermag grotesk unbillige Ergebnisse zu produzieren.

Auch wenn man diese Sichtweise nicht teilt, genügt jedenfalls die Unterfertigung des Protokolls über den Wiederbestellungsbeschluss durch den Aufsichtsratsvorsitzenden.[131] § 75 Abs 1 Satz 3 AktG verlangt nicht, dass die *„schriftliche Bestätigung"* – bei der es sich nur um eine Wissenserklärung und nicht um Willenserklärung handeln kann[132] – dem Wiederbestellten auch zugehen muss. Protokollunterfertigung reicht daher jedenfalls aus.

48 Das österreichische AktG enthält – anders als § 84 Abs 1 Satz 3 dAktG – keine Regelung darüber, „wie früh" Wiederbestellungen von Vorstandsmitgliedern erfolgen dürfen (nach der deutschen Regelung frühestens ein Jahr vor Ende der Amtszeit). Die Geltung einer maximal einjährigen Vorlaufzeit für Österreich kann daher nicht vertreten werden.[133] Selbst in Deutschland wird § 84 Abs 1 Satz 3 dAktG im Schrifttum[134] nicht streng dem Wortlaut ausgelegt, sondern soll nach hL

---

des Jahresabschlusses – erfolgen könne, die deutlich erkennen ließen, dass der Aufsichtsrat den Betroffenen weiterhin als Vorstandsmitglied betrachte.

127 *Kastner,* Aktiengesetz 1965, JBl 1965, 392 ff, 394 f.

128 Ebenso *Kastner* in FS Schmitz (1967) I 82 ff, 98.

129 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 59; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 34; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 238; für den Charakter als konstitutive Formvorschrift auch OGH 20.9.1977, 3 Ob 546/77 EvBl 1978/41 = HS 11.301.

130 Vgl dazu *Kastner*, Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaften, in FS Schmitz I (1967) 82 (97 f); *Kastner*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts[4] (1983) 180; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 59.

131 So schon *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 219 f; diesen folgend *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 59 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/267; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 261; *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 638 ff; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 34 f; gegenteilig *Sprung/Wenzel*, Studien zu § 75 Abs 1, 3. Satz, Aktiengesetz 1965, in FS Krejci I 868 (892), die zwar eine eingehende Analyse anstellen, sich letztlich aber in Begriffe verstricken und den Telos der Regelung dabei aus den Augen verlieren.

132 Insoweit zutr *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 34.

133 So aber offenbar *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/267 und MünchKommAktG[4] § 84 Rz 261 ohne Begründung und unter bloßem Verweis auf die deutsche Regelung, ja sogar mit der Aussage, dass eine frühere Wiederbestellung unwirksam sei.

134 So aber offenbar *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/267 und Münch-

nur greifen, wenn durch den Wiederbestellungsbeschluss des Aufsichtsrates eine „faktische Amtszeit" von mehr als sechs Jahren zustande käme, der Aufsichtsrat also erst nach sechs Jahren (oder einem noch längerem Zeitraum) über eine erneute Wiederbestellung entscheiden müsste.[135]

Auch die kritischen Stimmen im deutschen Schrifttum problematisieren eine „Wiederbestellung" nicht, durch die die fünfjährige Höchstdauer ohnehin nicht überschritten wird.[136] Von der *„wiederholten Bestellung"* ist außerdem die *Erneuerung der Bestellung* zu unterscheiden. Bei letzterer wird während der Amtszeit ein zB für fünf Jahre bestelltes Vorstandsmitglied nach zwei oder drei Jahren neuerlich, und zwar für eine sofort neu wirksame Periode von wiederum maximal fünf Jahren bestellt. Dabei handelt es sich um die Aufhebung der bisherigen Bestellung unter gleichzeitiger Neubestellung.[137]

Jedenfalls gibt es keinen überzeugenden Grund, die deutsche Regelung in § 84 Abs 1 Satz 3 dAktG kraft Interpretation einfach in Österreich anzuwenden.[138]

Nach der Absicht des Gesetzgebers soll es zumindest alle fünf Jahre (bezogen **49**
auf ein und dieselbe Person als Vorstandsmitglied) zu einer Willensentscheidung des Aufsichtsrates über den Bestand des Mandats kommen. Dabei darf aber zeitlich nicht mit dem Lineal gemessen werden.[139] Der Beschluss des Aufsichtsrates auf wiederholte Bestellung ist (nur) dann rechtswidrig und nichtig, wenn er so gefasst wird, dass es faktisch zu einer die gesetzliche Höchstdauer von fünf Jahren beträchtlich überschreitenden Funktionsperiode kommt.[140] Gegen einen verhältnismäßig geringfügigen „Überhang" in der Weise, dass die „de facto-Amtszeit" eines Vorstandsmitgliedes auch einige Monate länger dauert als fünf Jahre, ist aber

---

KommAktG[4] § 84 Rz 261 ohne Begründung und unter bloßem Verweis auf die deutsche Regelung, ja sogar mit der Aussage, dass eine frühere Wiederbestellung unwirksam sei.

135 Ausdrücklich *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 105, der von einer „maximal sechsjährigen Bindung des Aufsichtsrates an seine Personalentscheidung" spricht.

136 *Hefermehl/Spindler* in MünchKommAktG[2] § 84 Rz 36; *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 8.

137 Vgl *Hefermehl/Spindler* in MünchKommAktG[2] § 84 Rz 36; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 50; die Zulässigkeit solcher Neubestellungen ablehnend *Mertens/Cahn*, KölnKommAktG[3] § 84 Rz 23.

138 So auch zutr *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 37; aM offenbar *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/267.

139 Gegen eine starre Grenzziehung *Wallisch*, Die Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern, wbl 2010, 561 (565), der die Wirksamkeit einer aus sachlichen Gründen erfolgenden vorzeitigen Wiederbestellung bejahen würde, selbst wenn sie mehr als ein Jahr vor Auslaufen der Fünfjahresfrist erfolgt.

140 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 37. Strasser knüpft die Unzulässigkeit daran, dass die Wiederbestellung „ohne sachlichen Grund zu einem unverhältnismäßig frühen Zeitpunkt während der ersten Funktionsperiode erfolgt" und „es auf dieser Weise faktisch zu einer die gesetzliche Höchstdauer von fünf Jahren beträchtlich überschreitendenden Funktionsperiode kommt […]" Dieser Auffassung ist beizutreten, weil nichts dagegen einzuwenden ist und es auch in der Praxis regelmäßig vorkommt, dass die Wiederbestellung so erfolgt, dass die neue Mandatsperiode zB fünfeinhalb Jahre nach Fassung des Wiederbestellungsbeschlusses ausläuft, weil der Aufsichtsrat ohnehin sechs Monate vor Ablauf der Mandatsperiode über eine Wiederbestellung entscheidet. *Nowotny* (in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 13) meint, es sei auch eine Wiederbestellung einige Monate vor Ablauf der Bestellung unbedenklich, „soweit nicht übliche Fristen für die Vorbereitung auf einen Berufswechsel (in der Regel höchstens ein Jahr) überschritten werden."

sicher nichts einzuwenden.[141] Sechs Monate nicht überschreitende „Überhänge" sind mE grundsätzlich unproblematisch und entsprechen auch der in gut geführten Unternehmen üblichen Praxis, dass der Aufsichtsrat idR nicht später als sechs Monate vor Ablauf der Amtszeit über die Wiederbestellung entscheidet, sodass es dann im Falle einer Verlängerung auf die aktienrechtliche Höchstdauer ohnehin zu einer längeren als fünfjährigen „de-facto-Amtszeit" kommt. Mehr als ein Jahr dauernde Überhänge sind indes nicht tolerabel;[142] dazwischen liegt – auch mangels Rechtsprechung – ein juristischer Graubereich, sodass insofern – gemessen an der herrschenden Auslegung des § 84 Abs 1 Satz 3 dAktG – in Österreich sogar *mehr* Vorsicht bei der frühzeitigen Wiederbestellung von auf fünf Jahre bestellten Vorstandsmitgliedern geboten ist.

C. Der mehrgliedrige Vorstand

1. Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung

50 Nach dem gesetzlichen Model besteht nicht nur eine Gesamtvertretungsbefugnis,[143] sondern auch Gesamtgeschäftsführung. Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung über die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands.[144] Dennoch ist anerkannt, dass dem gesamten Vorstand als Kollegialorgan die Geschäftsführung obliegt, sodass alle Vorstandsmitglieder gleichberechtigt zur Geschäftsführung berufen sind.[145] Von der Gesamtgeschäftsführung kann aber durch Satzungsgestaltung oder mittels vom Aufsichtsrat zu beschließender Geschäftsordnung auf mehrere Arten abgewichen werden.[146]

Sowohl Satzung als auch Geschäftsordnung können Einzelgeschäftsführung anordnen oder unechte Gesamtgeschäftsführung in Form der Führung der Geschäfte durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen.[147] Gesamtgeschäftsführung bedeutet, dass alle Vorstandsmitglieder an der Entscheidungsfindung mitwirken müssen; Mehrheitsbeschluss genügt.[148] Einzelnen Vorstandsmitgliedern können auch Veto-Rechte eingeräumt werden.

51 Die primäre Kompetenz die Geschäfte in einem mehrgliedrigen Vorstand aufzuteilen kommt der Satzung zu. Diese macht in der Praxis davon aber nur selten

---

141 Vgl *Sprung/Wenzel* in FS Krejci I 869 ff, 890 ff; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 37; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 13.

142 Liberaler hingegen *Wallisch*, wbl 2010, 561 (656), der auf die sachliche Begründung im Einzelfall abstellt.

143 Vgl dazu näher *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 71–74 Rz 27 ff; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/375.

144 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 30.

145 Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 229; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 31; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 77 Rz 70; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/339; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 70 Rz 20 f.

146 Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/342.

147 Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/342; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 77 Rz 30; *Mertens/Cahn*, KölnKommAktG[3] § 77 Rz 15.

148 *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 70 Rz 20 ff. In Deutschland ist, anders als im ö AktG, in § 77 Abs 1 dAktG explizit festgeschrieben, dass mangels abweichender Satzungs- oder Geschäftsordnungsbestimmung die Vorstandsmitglieder nur einstimmig („gemeinschaftlich") über Geschäftsführungsmaßnahmen entscheiden.

Gebrauch. Die konkrete Ressortvergabe an bestimmte Personen ist der Satzung darüber hinaus verwehrt.[149]

Regelmäßig sorgt der Aufsichtsrat für die Ressortbildung und Ressortvergabe.[150]

In einem mehrgliedrigen Vorstand ist es nicht nur ein Recht, sondern eine *Pflicht* des Aufsichtsrates für eine sachgerechte und die bestmögliche Führung der Gesellschaft sicherstellende Ressortbildung und Ressortvergabe zu sorgen.[151]

Nimmt der Aufsichtsrat seine Aufgabe nicht wahr, kann der Vorstand die Geschäfte selbst unter sich aufteilen und sich Regeln für die Willensbildung geben.[152]

Schon daraus ergibt sich, dass jene Auffassung nicht richtig sein kann, nach der nur eine vom Aufsichtsrat beschlossene Geschäftsverteilung die Wirkung einer abgestuften Verantwortlichkeit[153] im mehrgliedrigen Vorstand hätte, nicht dagegen eine Geschäftsverteilung, die sich der Vorstand selbst gibt.[154]

Denn aus der Verfehlung einer den Aufsichtsrat treffenden Verpflichtung eine Verschlechterung der haftungsrechtlichen Situation des Vorstandes abzuleiten, der dieses aufgrund der Pflichtverletzung des Aufsichtsrates entstehende Vakuum ausfüllt, ist nicht vertretbar.[155]

Ein umsichtiger Aufsichtstrat hat darauf zu achten, eine anstellungsvertragliche Verfestigung einer gegebenen Ressortverteilung entstehen zu lassen. Die in **52**

[149] *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 103; *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit 51; *Schiemer*, AktG² Anm 4.2. zu § 70; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 70 Rz 32 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftrecht⁵ 229 FN 56.

[150] Vgl *Doralt/Kastner,* GesRZ 1975, 41; *Schiemer*, AktG² Anm 4.2. zu § 70; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 70 Rz 32, 34 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/343.

[151] Vgl auch in diese Richtung *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/345, die eine solche Verpflichtung für aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Aufsichtsrat ableitbar erachtet; ebenso *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 23: *„Regelmäßig wird es zu den Pflichten des Aufsichtsrates gehören, sich um eine geeignete Ressortverteilung zu kümmern, zumal die in seine Zuständigkeit fallende Bestellung und Anstellung von Mitgliedern des Vorstandes impliziert, dass sich der Aufsichtsrat mit der Eignung eines Mitgliedes für bestimmte Aufgaben auseinander setzt.“*; vgl auch *G. Schima*, Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 452 f.

[152] Vgl *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 22, der anscheinend überhaupt meint, es sei allein der Selbstorganisation des Vorstands überlassen, *„in welcher Form die gemeinsame Willensbildung im Vorstand erfolgt“*. Daran ist zumindest so viel richtig, dass der Aufsichtsrat bei der Erlassung einer Geschäftsordnung und der Aufstellung organisatorischer Rahmenbedingungen für den Vorstand die Konkretisierung, schon um die Unabhängigkeit des Vorstandes zu wahren, nicht auf die Spitze treiben und zB nicht anordnen kann, dass der Vorstand einmal in der Woche an einem bestimmten Ort zusammentreffen muss.

[153] Vgl zu dieser – im Grundsatz allgemein anerkannten, in den Details aber umstrittenen – abgestuften Verantwortlichkeit im mehrgliedrigen Vorstand bei Ressortverteilung OGH 3 Ob 536/77 GesRZ 1978, 36 für die AG; OGH 6 Ob 104/73 EvBl 1973/306 für die Genossenschaft; OGH 3 Ob 622/78 SZ 52/116 = EvBl 1980/4 = JBl 1980, 38 für die GmbH; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/425; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 24.

[154] So *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 70 Rz 33, 35, 40, 42.

[155] *G. Schima*, ecolex 2006, 453. Zustimmend *Feltl* in Ratka/Rauter (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 9/431.

Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern idR enthaltenen Verweisungen auf die „Geschäftsordnung" bzw „Geschäftsverteilung"[156] sind im Zweifel als statisch und nicht als dynamische Verweisung zu qualifizieren.[157]

Wurde einem Vorstandsmitglied ein bestimmtes Ressort dessen ungeachtet anstellungsvertraglich zugesichert, muss es eine gegen die Zusage verstoßende Geschäftsordnung/Geschäftsverteilung nicht hinnehmen,[158] sondern hat das Recht zur Mandatswiederlegung und vorzeitigen Beendigung des Anstellungsvertrages.[159]

2. Vorstandsvorsitzender

53 Bei Existenz mehrerer Vorstandsmitglieder kann gemäß § 75 Abs 3 AktG der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstandes ernennen. Die Satzung kann dem Aufsichtsrat weder vorschreiben noch verbieten, einen Vorstandsvorsitzenden zu bestellen.[160] Denn die Satzung darf ohne gesetzliche Ermächtigung nicht in das gesetzlich vorgesehene Zuständigkeitsgefüge eingreifen und dieses nicht zugunsten der Aktionäre verschieben.[161] Es ist eine allein dem Aufsichtsrat zukommende *unternehmenspolitische Entscheidung*, ob ein Vorstandsvorsitzender bestellt werden soll.[162]

54 Wenn ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzenden des Vorstandes ernannt ist, so gibt gemäß § 70 Abs 2 AktG, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, seine Stimme bei Stimmengleichheit den Ausschlag. Aus den Gesetzesmaterialien zum AktG 1965 ergibt sich, dass der Gesetzgeber damals auch die Einräumung

---

156 Vgl die Mustervertragsregelung bei *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] (2014) 197.

157 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 37; meine Auffassung in *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 120, eine bloße Bezugnahme im Anstellungsvertrag auf die Geschäftsordnung/Geschäftsverteilung sei im Zweifel als *statische Verweisung* zu qualifizieren, kann nicht aufrecht erhalten werden Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 246 – Anmerkung 5a) zum Mustervertrag mit einem Vorstandsmitglied.

158 *Krejci*, Zur „Entmachtung" des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft in FS Wagner (1978) 247 (255); Vgl auch *Doralt/Kastner*, GesRZ 1975, 42; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 37. *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 77 Rz 64 sind jedoch ebenfalls der Ansicht, dass eine vom Inhalt des Anstellungsvertrages abweichende Ressortzuteilung körperschaftsrechtlich wirksam ist, aber einen Austrittsgrund in Bezug auf den Anstellungsvertrag bildet.

159 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 37; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 455, 457 mwN.

160 Ganz hM in Deutschland: Vgl *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 120; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 467 (differenzierend noch die Vorauflage: Vorschreibung zulässig, Untersagung dagegen unzulässig [*Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[5] Rz 458]; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG § 84 Rz 86; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 112; *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 24 Rz 2; *Mertens* in KölnKommAktG[2] § 84 Rz 88; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 101; *Paefgen,* Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG (1982) 142; für Österreich ebenso *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 58; *G. Schima,* Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand"? GeS 2010, 260; aM *Krieger,* Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 252 f; *Dose,* Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft[3] (1975) 28 ff.

161 Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/686.

162 Zutr *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 101.

eines Alleinentscheidungsrechtes des Vorstandsvorsitzenden als eine der Satzung offenstehende Möglichkeit verstand.[163] Demgemäß bejaht die ganz hA, dass die Satzung nicht nur ein Veto-Recht des Vorstandsvorsitzenden[164], sondern auch ein Alleinentscheidungsrecht entsprechend dem „Führer-Prinzip" des AktG 1937/38 vorsehen kann.[165]

Die hA ist mit *Strasser*[166] indes deshalb abzulehnen, weil ein Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden ein Über- und Unterordnungsverhältnis im Vorstand schafft und den Vorstandsvorsitzenden zum Vorgesetzten der anderen Vorstandsmitglieder macht, was sich mit § 70 Abs 1 AktG nicht verträgt.[167]

In teleologischer Reduktion des § 70 Abs 2 letzter Satz AktG ist der Satzung daher die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechtes an den Vorstandsvorsitzenden nicht gestattet. Abgesehen davon kann jedem Aufsichtsrat von der Wahrnehmung einer solchen Möglichkeit nur abgeraten werden.[168]

Auf keinen Fall kann der Aufsichtsrat (mittels Geschäftsordnung) Veto, Dirimierungs- oder gar Alleinentscheidungsrechte verankern, weil eine dies erlaubende Regelung anders als in Deutschland (§ 77 Abs 1 Satz 2 dAktG) fehlt.[169]

55 Dieselben Bedenken wie gegen ein Alleinentscheidungsrecht des Vorstandesvorsitzenden sprechen gegen ein gewöhnliches Dirimierungsrecht im Zweier-Vorstand. Denn damit wird genauso eine „Zweiklassen-Gesellschaft" im Vorstand geschaffen wie beim Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden und ein Vorstandsmitglied zum Vorgesetzten des Anderen.[170]

56 Jedenfalls verwirklicht die nachträgliche Einführung eines Alleinentscheidungsrechtes für den Vorstandsvorsitzenden oder eines Dirimierungsrechtes im Zweier-Vorstand für die von einer Maßnahme negativ betroffenen Vorstandsmit-

---

163 ErlRV 301 BlgNR 10. GP 68; abgedruckt zB bei *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 635.

164 *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 77 Rz 74; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/353; dies wird auch in Deutschland als mit § 77 Abs 1 letzter Satz dAktG für vereinbar gehalten: *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 77 Rz 16 f; krit *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 77 Rz 12; *Kort* in GroßkommAktG[5] § 77 Rz 27 f.

165 So *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 229; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 70 Rz 27, der darauf hinweist, dass diese Regelung frei von nationalsozialistischem Gedankengut und in der Satzung jedenfalls zulässig ist; *Peter Doralt*, Die Unabhängigkeit des Vorstandes nach österreichischem und deutschem Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit, in FS Grün (2003) 31 (36); *Ch. Nowotny* in Prändl/Geppert/Göth, Corporate Governance 27; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 77 Rz 74; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/353.

166 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 52.

167 Vgl idS *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 52; *G. Schima*, GeS 2010, 264.

168 Vgl idS auch *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG § 77 Rz 42, der darauf hinweist, es sei de lege ferenda nicht empfehlenswert, den Gesellschaften in Bezug auf ein CEO-Modell größere Satzungsautonomie einzuräumen, dh gesetzlich vorzusehen, dass Vorstandsvorsitzende mit größerer Machtfülle ggf auch wieder (wie nach dem AktG 1937) mit einem Alleinentscheidungsrecht ausgestattet werden können.

169 AM ohne Begründung *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/353.

170 Inkonsequent daher *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 53, der das Dirimierungsrecht bei Stimmengleichheit im Zweier-Vorstand zulässt, weil das Gesetz (§ 70 Abs 2 Satz 2 AktG) diesbezüglich keine Einschränkung beinhalte.

glieder einen Grund für die – hier ausnahmsweise wohl unter Einhaltung einer angemessenen Frist zu erklärende – Niederlegung des Mandats aus wichtigem Grund und die vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrages.

3. Sprecher des Vorstandes

57 Den Sprecher des Vorstandes kennt das AktG nicht; ein solcher ist in Österreich deutlich unüblicher als in Deutschland. Ob die Ernennung nur dem Aufsichtsrat vorbehalten ist[171] oder ob auch der Vorstand selbst bei Untätigkeit des Aufsichtsrats einen Sprecher bestimmen kann,[172] ist strittig.

Unbestritten ist, dass dem Vorstandssprecher die zentralen Vorsitzenden-Funktionen wie Dirimierungs- oder Veto-Rechte sowie die Befugnis zur verbandsinternen Überwachung und Koordination nicht eingeräumt werden können.[173]

Ein Vorstandssprecher kann daher auch nicht neben einem Vorstandsvorsitzendem existieren; seine Funktion endet automatisch mit der Bestellung eine Vorstandsvorsitzenden durch den Aufsichtsrat.[174]

Kommt dem Sprecher nur die Rolle zu, Erklärungen des Gesamtvorstandes an der Öffentlichkeit abzugeben, besteht kein Zweifel, dass der Vorstand einen solchen Sprecher ernennen darf. Zweifelhaft ist viel eher, ob der Aufsichtsrat gegen den Willen des Vorstandes einen „Pressesprecher" bestimmen darf.

4. Unverträglichkeiten im Vorstand

58 Aufgabe des Aufsichtsrates ist es, bei einem mehrgliedrigen Vorstand auf eine optimale Zusammensetzung zu achten.[175]

Die Aufgabe, den bestqualifizierten Vorstand zu finden, wird in der Aufgabe gespiegelt, sich von einem nicht oder nicht mehr geeigneten Vorstand oder Vorstandsmitglied möglichst bald zu trennen,[176] es sei denn, der Gesellschaft droht nach vertretbarer Prognose aus der Abberufung ein Schaden, der die Nachteile der Belassung des Vorstandsmitgliedes in Amt überwiegt.[177]

59 Besonders gefordert ist der Aufsichtsrat, wenn ein aus mehreren Personen bestehender Vorstand in sich zerstritten ist und einzelne Vorstandsmitglieder miteinander nicht mehr optimal zusammenarbeiten *können* und/oder bekanntermaßen

---

171 So offenbar *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 50; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/351.

172 So die hA in Deutschland: Vgl *Kort* in GroßkommAktG[5] § 77 Rz 57 f; *Lutter/Krieger/Verse,* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 468; *Hüffer/Koch,* AktG[11] § 84 Rz 30; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 103; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG § 84 Rz 90; *Hoffmann-Becking*, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, 497 (517).

173 So zutr *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 24 Rz 5 f.

174 Vgl *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 255 ff; *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 24 Rz 7; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 468.

175 *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 191 ff; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] Vorb § 95 Rz 2 f.

176 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 11; *Wiesner* in MünchHdbGesR[3] IV § 20 Rz 51; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 140 f.

177 *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 105 mwN.

nicht mehr zusammenarbeiten *wollen*. Die Frage nach Schuldzuweisungen und die Anwendung des „Verursacher-Prinzips" wird dann zweitrangig;[178] sie tritt in den Hintergrund gegenüber der den Aufsichtsrat dann zufallenden Aufgabe, personelle Konsequenzen zu ziehen, um die Handlungsfähigkeit des obersten Führungsgremiums sicherzustellen.[179] Darin darf sich der Aufsichtsrat nicht die Kontrolle aus der Hand nehmen lassen und sich insbesondere nicht durch langandauernde und möglicherweise von vornherein fruchtlose Recherchen darüber aufhalten lassen, wer an dem Zerwürfnis im Vorstand „schuld" ist.[180]

Unheilbare Zerwürfnisse oder langandauernder Unfriede zwischen den Vorstandsmitgliedern, der ein gedeihliches Zusammenarbeiten gefährdet, können in schweren Fällen einen wichtigen Grund für die Abberufung bilden.[181] Grobe Pflichtverletzung bildet die vorsätzliche Täuschung von Vorstandskollegen über geschäftserhebliche Tatsachen,[182] wiederholte Übergriffe in den Kompetenzbereich anderer Vorstandsmitglieder[183] oder sonstige persönliche Unverträglichkeit in der kollegialen Zusammenarbeit.[184] Bloße Meinungsverschiedenheiten zwischen Vorstandsmitgliedern reichen aber (grundsätzlich) nicht.[185]

Bei einem sich auf mehrere Vorstandsmitglieder erstreckenden Zwist hat der Aufsichtsrat eine sachgerechte Auswahl zu treffen[186] und kann ein gewisses Ermessen in Anspruch nehmen, welches von mehreren Vorstandsmitgliedern abberufen werden soll.[187] Bei „unheilbarer" Verfeindung muss der Aufsichtsrat nicht notwendigerweise den „Schuldigen" abberufen; er kann sich auch für den Fähigeren entscheiden.[188]

---

178 *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb³ § 9 Rz 307.

179 Vgl *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb⁴ § 10 Rz 304.

180 *Wiesner* in MünchHdbGesR⁴ IV § 20 Rz 56; *Spindler* in MünchKommAktG⁴ § 84 Rz 132; BGH II ZR 131/97 AG 1998, 519 f; BGH II ZR 79/91 ZIP 1992, 760 f; OLG Koblenz ZIP 1987, 1120 (1124).

181 So *Wiesner* in MünchHdbGesR³ IV § 20 Rz 48; *Spindler* in MünchKommAktG⁴ § 84 Rz 132 mwN; BGH II ZR 31/83 WM 1984, 29 f.

182 OLG Düsseldorf DB 1983, 1036 (fristlose Kündigung eines Bankvorstandsmitgliedes).

183 OLG München 6 U 5444/04 AG 2005, 776 ff.

184 *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG³ § 84 Rz 125 f; *Wiesner* in MünchHdbGesR⁴ IV § 20 Rz 56; *Raguß*, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft (2005) 190 ff; *Hüffer/Koch*, AktG¹¹ § 84 Rz 36 mwN; *Kort* in GroßkommAktG⁵ § 84 Rz 158 mwN.

185 BGH II ZR 131/97 AG 1998, 519 f; LG Stuttgart 31 KfH 62/01 AG 2003, 53; BGH II ZR 79/91 ZIP 1992, 760 f.

186 *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 24 mwN.

187 *Spindler* in MünchKommAktG⁴ § 84 Rz 132; OLG Stuttgart 20 U 59/01 AG 2003, 211 f; *Kort* in GroßkommAktG⁵ § 84 Rz 149.

188 *Wiesner* in MünchHdbGesR⁴ IV § 20 Rz 56; *Spindler* in MünchKommAktG⁴ § 84 Rz 132; BGH II ZR 131/97 AG 1998, 519 f; BGH II ZR 79/91 ZIP 1992, 760 f; OLG Koblenz ZIP 1987, 1120 (1124).

II. Der Vorstands-Anstellungsvertrag

A. Formale Fragen

1. Abschlusskompetenz und Formerfordernisse

60 Im Sinne der „Trennungsthese" muss zwischen körperschaftsrechtlichem – wenn auch richtiger Ansicht zufolge bereits zu einem Vertragsabschluss führendem[189] – Akt der Bestellung und (wie zu zeigen sein wird nicht unverzichtbar) Abschluss des Anstellungsvertrages zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied unterschieden werden.[190]

61 Der Anstellungsvertrag ergänzt das Vorstandsmandat[191], das ohne ersteren sehr wohl bestehen kann. Umgekehrt gilt dies hingegen nicht.[192] Ein abgeschlossener Anstellungsvertrag vermag auch keinen Anspruch auf Bestellung zu vermitteln.[193]

62 Für den Abschluss des Anstellungsvertrages ist innerhalb der AG unentziehbar der Aufsichtsrat zuständig[194]; dem Vorstand fehlt es diesbezüglich an jeglicher Vertretungsmacht, sodass er die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitglieder in Anstellungsvertragsfragen gar nicht wirksam verpflichten kann.[195] Die Abgrenzung, wann es sich um eine unter § 75 Abs 1 letzter Satz AktG fallende „anstellungsvertagliche Zusage" handelt, kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.

63 Der Abschluss des Anstellungsvertrages kann unstrittiger Weise von einem Ausschuss besorgt werden in dem gem § 110 Abs 4 Satz 2 ArbVG den Arbeitnehmervertreter ausnahmsweise kein Recht auf Teilnahme oder Stimmrecht zusteht. Denn es geht um *„die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes"* (§ 92 Abs 4 AktG).[196] Die hA, wonach bei Abschluss des Anstellungsvertrages im Aufsichtsratsplenum den Arbeitnehmervertretern uneinge-

---

189 Vgl oben Rz 43; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 58 f; *Floretta* in FS W. Schwarz 310; *Keinert*, Genossenschaftsrecht (1988) 156 Rz 335; *Baums*, Geschäftsleitervertrag 40; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 6 mwN in FN 11; ebenso für die Geschäftsführerbestellung in der GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 15 Rz 7, 11; aM *Strasser*, JBl 1990, 478 (480); *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76, Rz 5

190 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 65

191 Vgl insb *Floretta* in FS W. Schwarz 475 ff; *G. Schima,* Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 226 f.

192 Vgl dazu näher *Baums*, Geschäftsleitervertrag 159 f; ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 86 ff; BGH II ZR 265/51 BGHZ 8, 348.

193 OGH 4 Ob 163 /02b EvBl 2002/197.

194 *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 257, *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 67 ff; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/283; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 75.

195 Ausführlich, auch zur Abgrenzung von § 97 Abs 1 und § 75 Abs 1 AktG *G. Schima/Toscani*, JBl 2012, 570 (Teil II); *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 75; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 68 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 257; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 68.

196 Vgl *Kalss* in Doralt/Nowonty/Kalss, AktG[2] § 92 Rz 160; *Schiemer*, AktG[2] Anm 7.3. zu § 92, der zutr auch die Angelegenheiten in den §§ 79, 80 AktG darunter subsummiert; *Doralt/Kastner*, GesRZ 1975, 42; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/283; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 76; *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Komm § 110 Rz 252 f.

schränktes Teilnahme- und Stimmrecht zustehen soll[197], überzeugt nicht. Vielmehr gilt auch in diesem Fall die „Aktionärsschutzklausel" (doppelte Mehrheit), sodass es im Plenum der Mehrheit nicht nur sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder, sondern auch der Kapitalvertreter bedarf.[198]

64 Der Abschluss des Anstellungsvertrages ist „einseitig formgebunden"[199], bedarf also auf Seiten des Aufsichtsrates eines Beschlusses (entweder durch Plenum oder Ausschuss), weil konkludentes Verhalten grundsätzlich nicht die Wirkung eines Aufsichtsratsbeschlusses haben kann.[200] Freilich darf man das Gebot der Ausdrücklichkeit von Aufsichtsratswillensäußerungen gerade beim Anstellungsvertragsabschluss nicht überdehnen. Es kommt in der Praxis häufig vor, dass mit Vorstandsmitgliedern vor ihrer Bestellung sehr konkret über Anstellungsvertragsinhalte verhandelt wird, sodann die Bestellung erfolgt und es danach über lange Zeit oder überhaupt nicht zu einem schriftlichen Anstellungsvertragsabschluss kommt. Hier kann der Bestellungsbeschluss idR so *ausgelegt* werden, dass auch die mit dem Kandidaten verhandelten Anstellungsvertragsbedingungen, insbesondere der ausgehandelte Bezug, als vereinbart gelten.[201]

65 Der Aufsichtsrat/Ausschuss kann eine bestimmte Person – idR den Aufsichtsratsvorsitzenden – zum Abschluss des Anstellungsvertrages bevollmächtigen.[202] Kraft seiner Funktion ist der Aufsichtsratsvorsitzende nicht Vertreter des Aufsichtsrates im Willen, kann daher Willenserklärungen des Aufsichtsrates, bei denen dieser die Gesellschaft vertritt (wie eben nach § 75 Abs 1 AktG) nur entweder als Bote überbringen oder als vom Aufsichtsrat oder einem Ausschuss (dann aber nur mittels Beschlusses) bevollmächtigter Vertreter abgeben.[203]

---

197 So *Strasser* in FS Schwind 318; *Geppert,* DRdA 1980, 182 f; *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit 36 ff; *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Komm § 110 Rz 252 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/283; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 76.

198 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 68 f; ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Abschluss von Vorstandsverträgen im Aufsichtsratsplenum, GesRZ 1992, 158 ff; diesen folgend *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 17a.

199 So zutr *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 77.

200 So zutr *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 77.

201 So auch *Ch. Nowotny,* DRdA 1989, 430; *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 66 f.

202 Vgl OGH 2 Ob 500, 501/52 HS 2105; *Schiemer*, AktG[2] Anm 4.3. zu § 75*; Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 68. Richtig ist, dass einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied nicht die Kompetenz zum Anstellungsvertragsabschluss übertragen werden kann. Daraus aber gleich abzuleiten, ein einzelnes Mitglied (zB der Vorsitzende) könne nur zur Unterzeichnung bevollmächtigt werden (*Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 71), geht eindeutig zu weit. Denn gegen eine inhaltlich determinierte Bevollmächtigung auch eines einzelnen Mitglieds im Einzelfall spricht nichts (etwas differenzierter auch *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 21 Rz 22). Nach *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 17 soll idR die Satzung vorschreiben, dass der Aufsichtsratsvorsitzende bevollmächtigt ist, die Gesellschaft aufgrund des Beschlusses des Aufsichtsrates oder eines Ausschusses zu vertreten.

203 So ausdrücklich OGH 9 ObA 28/07v DRdA 2009, 497 (500) (*Jabornegg*); *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 95–97 Rz 68, 70; vgl auch *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 11 Rz 682 mwN. Eine Ausnahme besteht nur für die Durchführung solcher Rechtsgeschäfte, die für eine ordnungsgemäße Durchführung der Aufgaben des Aufsichtsrates erforderlich sind, wie zB die Anmietung von Sitzungsräumen (*Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 11 Rz 681); ob dies auch für den

66 Die Vollmacht kann Abschluss- oder bloße Verhandlungsvollmacht sein; im Zweifel wird man mE Abschlussvollmacht annehmen können.

67 Der Aufsichtsrat ist nur *innerhalb* der AG unentziehbar für den Abschluss des Anstellungsvertrages zuständig. Insbesondere in Unternehmensgruppen ist hingegen die „Drittanstellung" weit verbreitet, bei der der Anstellungsvertrag nicht mit jener Gesellschaft abgeschlossen wird, in der das Vorstandsmitglied sein Mandat ausübt, sondern zB mit einer Konzernobergesellschaft. Solche Gestaltungen sind grundsätzlich zulässig.[204]

68 Der BGH hat in einer neuen Entscheidung[205] die Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen bestätigt, jedoch ausgesprochen, dass der Aufsichtsrat zwingend für den Abschluss des Vertrages zwischen der AG und dem Dritten (Beratungsunternehmen) zuständig ist, aus dem sich indirekt die Vergütung des Vorstandsmitglieds ableite. Dies ergebe sich aus der Kompetenz des Aufsichtsrates zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern und dem „Gleichlauf von Bestellungs- und Anstellungskompetenz".[206]

69 Für Verträge, die die AG mit einem Dritten schließt und die zumindest indirekt die Vergütung eines Vorstandsmitgliedes regeln, ist dieser Ansicht mE zuzustimmen. Bei solchen Drittanstellungen, bei der die Gesellschaft keinerlei (Rück-)Vergütung für das Vorstandsmitglied schuldet, sondern das Vorstandsgehalt ausschließlich von Dritten getragen wird,[207] muss mE der Aufsichtsrat der Gesellschaft dem Abschluss des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitglieds mit dem Dritten hingegen nicht zustimmen. Davon muss uU im Fall von speziellen erfolgsbezogenen Vergütungsregelungen eine Ausnahme gemacht werden, wenn sie andere Komponenten beinhalten, die mit dem Inhalt der in der Gesellschaft etablierten, vom Aufsichtsrat gestalteten und mit den Vorstandsmitgliedern vereinbarten Vergütungssystemen nicht kompatibel sind.

70 Da durch die Drittanstellung nicht die gesetzlich verbriefte Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstandsmitgliedes gefährdet werden darf[208], sind solche

---

Abschluss von Honorarvereinbarungen mit gem § 93 Abs 1 Satz 2 AktG zu einer Sitzung beigezogenen Sachverständigen gilt (so für die vergleichbare Vorschrift des § 109 Abs 1 Satz 2 dAktG *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 11 Rz 681), halte ich für fraglich. Zumindest für die Beauftragung von Sachverständigen nach § 95 Abs 3 AktG ist wohl zumindest ein Ausschussbeschluss zu fordern.

204 Dafür im Ergebnis auch *Nowotny*, DRdA 1989, 428; offensichtlich auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 224; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 68 f, 98 ff; so auch die hA in Deutschland: Vgl *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 186 f; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 438 f; *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 21 Rz 3 ff; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 26; aM *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 320 ff, 325; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 56; *Spindler* in MünchKommAktG[3] § 84 Rz 66; *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 4 Rz 68 f; *Baums*, Geschäftsleitervertrag 73 f.

205 BGH II ZR 63/14 NZG 2015, 792.

206 BGH II ZR 63/14, Rz 27.

207 Solche Konstellationen werden außerhalb einer Konzernbeziehung mit dem Dritten höchst selten vorkommen, weil der Dritte (Beratungsgesellschaft) kein Interesse haben wird, Managementleistungen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

208 Vgl *Baums*, Geschäftsleitervertrag 62; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 69, 99 f.

Verträge in der Weise *auszulegen*,[209] dass die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis des Dritten durch die zwingende gesellschaftsrechtliche Struktur der AG und die dem Vorstandsmitglied dadurch verschaffte Weisungsfreiheit überlagert wird.

71 Unzulässig und unwirksam ist es daher auch, das zwingende aktienrechtliche Erfordernis eines wichtigen Grundes für die Abberufung durch eine nicht an Gründe gebundene Kündigung des Drittanstellungsvertrages zu unterlaufen und damit dem Vorstandsmandat die wirtschaftliche Grundlage zu entziehen.[210] Abgesehen davon besitzt das Vorstandsmitglied, wenn sich die Unentgeltlichkeit der Mandatsausübung nicht aus den Umständen ergibt, schon gem § 1152 ABGB einen Entgeltanspruch gegen die Gesellschaft.

2. Bestellungen ohne Anstellungsvertrag

72 Ein Anstellungsvertrag ist nicht unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit eines Vorstandsmitgliedes.[211] § 75 Abs 1 letzter Satz AktG schreibt den Abschluss eines Anstellungsvertrages nicht vor, sondern setzt für den Fall des Abschlusses bloß der Gestaltungsfreiheit gewisse Grenzen.[212]

73 Anstellungsvertragslose Mandatsausübung kommt in Unternehmensgruppen nicht selten vor.[213]

74 Heikler sind die Fälle, in denen nach erfolgter Bestellung ein Anstellungsvertragsabschluss außerplanmäßig unterbleibt. Dies ist in der Praxis nicht so selten der Fall, zumal gerade Manager sich um ihre eigenen (Vertrags-)Angelegenheiten oft recht nachlässig kümmern.[214]

75 Wie schon oben ausgeführt, ergibt sich nach erfolgter Bestellung zum Vorstandsmitglied die Verpflichtung der Vertragspartner, die noch offenen Anstellungsbedingungen in fairer Weise zu regeln.[215] Verweigert die Gesellschaft dies, kommt als Sanktion in aller Regel nur die vorzeitige Mandatsniederlegung in Betracht.[216]

76 Das Bestehen von Schadenersatzansprüchen wegen schuldhafter Verletzung der die Gesellschaft treffenden Verpflichtung, die Anstellungsbedingungen in fai-

---

209 Vgl *Ch. Nowotny*, DRdA 1989, 428; so auch *E. Vetter* in FS Hoffmann-Becking, 1297 (1304 f).

210 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 99 f.

211 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 58 f, 61 f, 65 f; so auch schon *Schiemer*, Ges-RZ 1984, 18.

212 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 65.

213 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 66.

214 Dieser Befund trifft im Übrigen oft auch dann zu, wenn sehr wohl schriftliche Anstellungsverträge vereinbart werden, deren Reichweite dem Vortandsmitglied aber nicht bewusst ist. Das drastischste Beispiel ist die „Koppelungsklausel", bei der im Falle der selbst unverschuldeten Abberufung der Vorstandsvertrag sofort erlöschen soll deren Bedeutung dem Vorstandsmitglied erst bewusst wird, wenn aufgrund von Unstimmigkeiten über die Beendigung des Mandats verhandelt wird oder es gar zu einer einseitigen Abberufung kommt. Zur Zulässigkeit und Wirkung solcher Koppelungsklauseln s Rz 154.

215 So zutr *Baums*, Geschäftsleitervertrag 52 f, 160, 201, 204 f; vgl auch *Nowotny*, DRdA 1989, 430 FN 11; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 66.

216 So offenbar auch *Baums*, Geschäftsleitervertrag 52 f; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 66.

rer Weise zu regeln, kann im Ergebnis auch einen Entgeltanspruch des Vorstandsmitgliedes für die Restlaufzeit des Mandats bedeuten.

3. Anstellungsdauer

77 Die Anordnung der sinngemäßen Geltung der für die Bestellung geltenden Regeln auch für den Anstellungsvertrag (§ 75 Abs 1 letzter Satz AktG) bedeutet, dass der Vorstands-Anstellungsvertrag ein Vertag auf bestimmte Zeit sein muss und mit der Höchstdauer der Funktionsperiode, dh mit fünf Jahren – maximal aber mit der Bestellungsdauer – begrenzt ist.[217]

78 Einen die im Bestellungsbeschluss festgesetzte Mandatsdauer überdauernden Anstellungsvertrag kann es nicht geben. Ein solcher Anstellungsvertrag wäre teilnichtig.[218]

79 Zu diesem Ergebnis nötigt weniger das – in der Diskussion oft maßlos überschätzte – Gebot der Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrates, der versucht sein könnte, jenes Vorstandsmitglied wieder zu bestellen, das schon über eine weitereichende Zusage verfügt,[219] sondern der Umstand, dass Inhalt des Anstellungsvertrages ja nicht bloß die Verpflichtung der Gesellschaft bildet, das vereinbarte Entgelt zu zahlen, sondern die Pflicht (und natürlich auch das Recht) des Bestellten als Vorstandsmitglied seinen Aufgaben nachzukommen. Dazu kann sich ein Vorstandsmitglied über die Bestellungsdauer hinaus aber weder verpflichten noch kann der Aufsichtsrat über die Bestellungsdauer hinaus grundsätzlich ein solches Recht zusagen.

80 Rechtlich unbedenklich ist eine anstellungsvertragliche „Verlängerungsklausel“ (Kettenklausel) der zufolge sich der Anstellungsvertrag bei Wiederbestellung des Vorstandsmitgliedes automatisch auf die Dauer der neuen Amtsperiode verlängert.[220] Die vereinzelte Gegenmeinung[221] übersieht unter anderem, dass das (ohnehin keinen nachvollziehbaren Zweck erfüllende; siehe oben) Gebot der schriftlichen Bestätigung für die Verlängerung des Anstellungsvertrages nicht gilt.[222]

4. Arbeitnehmereigenschaft

81 Vorstandsmitglieder einer AG sind nach heute wohl einhellig vertretener Ansicht in Lehre und Judikatur keine Arbeitnehmer.[223]

---

217 *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 69; vgl *Schiemer*, AktG[2] Anm 4.3 zu § 75; *Schuster-Bonnott*, GesRZ 1983, 116; *G. Schima*, ecolex 2006, 457; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 78.

218 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 70.

219 IdS *Hefermehl* in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 84 Rz 42.

220 *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 221 f, 222 FN 21; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 70; ebenso *Hefermehl* in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 84 Rz 42; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 53; *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 20; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 79; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 28; BGH II ZR 118/50 BGHZ 3, 90 (94); BGH II ZR 126/52 BGHZ 10, 187 (194).

221 Vgl *Schiemer* AktG[2] Anm 4.4 zu § 75; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 82.

222 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 70; so auch *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/284; *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 265.

223 Erstmals idS OGH 2 Ob 356/74 SZ 48/79 = Arb 9371 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976,

Nach ganz herrschender und zutreffender Ansicht ist der Vorstands-Anstellungsvertrag ein „freier" Dienstvertrag.[224] Die nicht ausrottbare Meinung, es käme auch ein Werkvertrag in Betracht,[225] ist schon deshalb unhaltbar,[226] weil der Werkvertrag ein reines Zielschuldverhältnis ist und die Besorgung der Aufgaben in Geschäftsführungs- und Vertretungsorganen einer Körperschaft grundsätzlich nicht im Rahmen eines Zielschuldverhältnisses abgewickelt werden kann.[227]

Auch ein Auftragsvertrag kommt als solcher für eine Einordnung von Vorstandsverträgen (nicht bloß in der AG) nicht in Betracht.[228]

---

26 = HS 9602; bestätigend OGH 4 Ob 5/85 SZ 58/20 = Arb 10.406 = EvBl 1985/80 = GesRZ 1985, 142 = ÖBl 1985, 124 (*Collin*); OGH 9 Ob A 117/88 DRdA 1990, 333 (*Floretta*); ausführlich *Geppert*, Der „Anstellungs"vertrag des Vorstandsmitgliedes einer AG, DRdA 1980, 1 (8 ff); *Jabornegg*, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht, DRdA 1991, 13 mwN in FN 13 zum Meinungsstand; *Wachter*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts – Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, wbl 1991, 81 (83) – ohne eigene Begründung; sehr eingehend VwGH 1773/80 DRdA 1982, 407 (zust *Geppert*); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 223; ausführlich *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 1 ff; *Floretta* in FS W. Schwarz 488 ff; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/280; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 64 ff.

224 *Wachter*, wbl 1991, 81 (83); *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 2; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/280; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 65.

225 Vgl für den GmbH-Geschäftsführer zB OGH 4 Ob 69/76 Arb 9538 = EvBl 1977/112 = ZAS 1978, 53 ff mit Anm *Buchsbaum;* aus jüngster Zeit zB *Herzeg*, Die arbeitsrechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder von AG und Geschäftsführer von GmbH, JAP 2008/2009, 93 (95); für das Vorstandsmitglied einer Stiftung unter ausdrücklichem Verweis auf die „Einordnungsproblematik" bei der GmbH *N. Arnold*, PSG-Kommentar[3] § 15 Rz 111 mwN.

226 So auch ganz zutr zB *Schuster-Bonnott*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrages, in FS Kastner (1972) 421 (429); *Strasser* in FS Schwind (1978) 311 (314).

227 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 2, 9; verkennend zB *Herzeg*, JAP 2008/2009, 93 (95) und FN 19, der behauptet, ein Werkvertrag könne *„ausnahmsweise etwa bei Sanierungsmanagern („One Dollar-Managern", „Trouble-Shootern")*" eine Rolle spielen, und *Floretta* (in FS W. Schwarz 476) *„irre"* sich, wenn er meine, der Werkvertrag käme als mögliches Rechtsverhältnis nicht in Betracht, weil ein Vorstandsmitglied nicht das Herbeiführen eines bestimmten Erfolgs schulde. Diese Meinung überzeugt jedoch nicht, denn auch ein „Sanierungsmanager" schuldet keinen Erfolg im *rechtlichen*, dh werkvertraglichen Sinne, und selbst wenn es zulässig sein sollte, zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied gültig zu vereinbaren, dass das Vorstandsmitglied zB die Eigenkapitalquote innerhalb von zwei Jahren auf einen ganz bestimmten Wert anzuheben hat, läge deshalb noch kein Werkvertrag (Zielschuldverhältnis) vor, sondern ohne Zweifel genauso ein „freier" Dienstvertrag.

228 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 2, 9; abl gegenüber dem Werkvertrag und dem Bevollmächtigungsvertrag/Auftragsvertrag auch VwGH 2397/79 Arb 9876; dies verkennend *Schiemer*, AktG[2] Anm 4.2. zu § 75; *Schiemer*, GesRZ 1984, 16 f; ebenso *Strasser* in Rummel, ABGB I[3] § 1002 Rz 39 mit ungerechtfertigter Kritik an der zitierten VwGH-E; nunmehr abgeschwächt und auf die Linie des freien Dienstvertrages mit Elementen eines Bevollmächtigungsvertrages einschwenkend *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 65; auch der Vertrag mit dem Vorstandsmitglied einer Privatstiftung kann – entgegen *N. Arnold* (PSG-Kommentar[3] § 15 Rz 111) – kein *„bloßes Auftragsverhältnis"* als solches sein, weil auch ein Stiftungs-Vorstandsmitglied im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses laufend gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen hat, die in den §§ 1002 ff

82 Wenngleich § 70 Abs 1 AktG dem Vorstand bzw Vorstandsmitglied nur die Freiheit von sachlichen Weisungen gewährleistet, sind richtiger Ansicht zufolge die für ein Arbeitsverhältnis charakteristischen persönlichen Weisungen dem Aufsichtsrat einer AG gegenüber einem Vorstandsmitglied gar nicht gestattet.[229] Ebenso wenig ist der Aufsichtsrat berechtigt, „Disziplinarmaßnahmen" über Vorstandsmitglieder zu verhängen, also zB eine Disziplinarordnung zu erlassen. Die Zulässigkeit von – möglicherweise als „Disziplinarmaßnahmen" empfundenen Maßnahmen (wie zB eine Suspendierung) bestimmt sich allein nach vertragsrechtlichen Grundsätzen.[230]

83 In der *Danosa*-E aus dem Jahr 2010 hatte der EuGH[231] die Frage zu behandeln, ob ein Vorstandsmitglied einer AG Arbeitnehmerin im unionsrechtlichen Sinn sein kann. Bei einer lettischen AG bejahte der EuGH die Anwendung der Mutterschutz-RL[232] (auf die gestützt das Vorstandsmitglied die angeblich wegen der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung bekämpfte).[233]

Arbeitnehmer iSd RL seien Personen, die während einer bestimmten Zeit gegen Entgelt Leistungen für eine andere Person nach deren Weisung erbrächten.[234]

Ein Mitglied der Unternehmensleitung – so der EuGH – das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, erfüllt dem ersten Anschein nach die Voraussetzungen, um als Arbeitnehmer iSd Mutterschutz-RL zu gelten.[235]

Ob die im dt Schrifttum gezogene Schlussfolgerung, diese Entscheidung habe keine Auswirkungen auf das dt Aktienrecht, berechtigt ist, könnte aber hinterfragt werden. Die vom EuGH aufgestellten Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs[236] treffen nämlich nicht auf dt AG-Vorstandsmitglieder zu, weil diese nicht jederzeit abberufen werden können, wie dies bei der lettischen AG der Fall ist, die in Wahrheit eher mit einer dt GmbH vergleichbar[237] ist. Die Argumente des Generalanwalts,[238]

ABGB enthaltenen Regelungen aber auf die Besorgung eines Einzelgeschäftes zugeschnitten sind (*Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 2). Dass über § 1151 Abs 2 ABGB die §§ 1002 ff ABGB sinngemäß zur Anwendung gelangen, weil gerade Vorstandsmitglieder in erheblichem Maße Rechtsgeschäfte tätigen, kann indes keinem Zweifel unterliegen (vgl *Schuster-Bonnott*, GesRZ 1983, 114; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 2).

229 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 3 f.

230 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 4.

231 EuGH 11.11.2010, C-232/09 *Danosa*.

232 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl L 348 vom 28.11.1992, 1.

233 Vgl den veröffentlichten Sachverhalt in NJW 2011, 2343.

234 Vgl EuGH 11.11.2010, C-232/09 Rz 39.

235 Vgl Rz 51 der Entscheidung.

236 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 273c.

237 So *Preis/Sagan,* Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26 (33 ff) mwN.

238 Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 2. September 2010 zu C-232/09, Rz 77–84.

mit denen die Arbeitnehmereigenschaft bejaht wurde und auf die der EuGH in seiner Entscheidung ausdrücklich verweist,[239] treffen mE auch auf Vorstandsmitglieder zu. Nach dieser Argumentation agiert ein Organ dann nicht in völliger Unabhängigkeit, wenn seine Mitglieder *„bereits wegen eines Vertrauensverlustes abberufen werden"* können. In so einem Fall sähe sich das Organ gezwungen, die Leitung der Gesellschaft sehr wohl nach den Erwartungen des Aufsichtsorgans zu richten. Vergegenwärtigt man sich, dass ein Vertrauensentzug nach dt oder österreichischem Aktienrecht nur *„nicht offenbar unsachlich"* sein muss, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH deutsche und österreichische Vorstandsmitglieder einer AG ebenfalls als Arbeitnehmer iSd Unionsrechts qualifizieren würde.

Dies würde aber nicht die Einstufung als Arbeitnehmer iSd nationalen Arbeitsrechts bedeuten und auch nicht, dass auf dieser Grundlage die körperschaftsrechtliche Abberufung ebenfalls als unwirksam bekämpft werden könnte. Denn Zweck der mutterschaftsrechtlichen Vorschriften ist wohl in erster Linie die Schaffung eines wirtschaftlichen Schutzes gegenüber Kündigungen in prekärer Lage, nicht hingegen die Bewahrung eines bestimmten Arbeitsplatzes.

84 Die Einordnung des Vorstandsvertrages als „freier" Dienstvertrag führt dazu, dass grundsätzlich jene arbeitsrechtlichen Normen analog anzuwenden sind, die einen Geltungsgrund nicht in der das Arbeitsverhältnis kennzeichnenden persönlichen Abhängigkeit und besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit haben.[240]

Nicht anwendbar ist zB § 23 AngG alt betreffend die Abfertigung.[241]

Ebenfalls nicht als solches generell (analog) anwendbar ist das UrlG, was aber nichts daran ändert, dass Vorstandsmitglieder schon wegen der sie persönlich treffenden Arbeitspflicht ohne Vertretungsmöglichkeit zumindest einen Anspruch auf (und sei es nur unbezahlte) Freistellung in dem einem Arbeitnehmer zustehenden Ausmaß haben.

Durch die analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen auf „freie" Dienstverträge geht der zwingende Charakter der Norm grundsätzlich verloren.[242] Dennoch können Abweichungen von in diesem Sinne dispositiven Normen auch bei freien Dienstverträgen sittenwidrig sein. Ein Bsp wäre zB die Verankerung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes, das das Vorstandsmitglied – in Abweichung von § 37 AngG – auch bei einer unverschuldeten Abberufung oder einen vorzeitigen Rücktritt und Austritt aus wichtigem (gar von der Gesellschaft verschuldetem) Grund einhalten muss, ohne dafür eine Entschädigung zu erhalten.[243]

---

239 Dies in Rz 48 der Entscheidung.

240 Vgl *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] § 1151 ABGB Rz 135 mwN; *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 ff; OGH 9 Ob 902/91 DRdA 1992, 124 (*Wachter*); *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 2; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 68.

241 Vgl OGH 4 Ob 45/81 Arb 10.055 (Tierarzt); OGH 14 ObA 46/87 Arb 10.697 (Zielorte-Reiseleiter) und dazu *G. Schima*, Abfertigungsregelungen in Vorstandsverträgen, in *Runggaldier*, Abfertigungsrecht (1991) 407 (408).

242 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 68.

243 Wobei die Leistung einer Karenzentschädigung wohl nur den erstgenannten Fall zulässig macht; siehe zu alledem Rz 410).

Von einer Klausel, mit der das AngG subsidiär für anwendbar erklärt wird, soweit der Vertrag nichts anderes bestimmt, kann dem Aufsichtsrat wegen der dadurch geschaffenen, uU diffizilen Auslegungsprobleme nur abgeraten werden.[244]

5. Arbeitnehmerähnlichkeit

85 Während die ältere Rsp – bis zu einer diese Linie grundlegend ändernde OGH-E[245] – sogar die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft von Vorstandsmitgliedern einer AG bejaht hatte, verneint sie seit einer E aus dem Jahr 1996[246] auch die Arbeitnehmerähnlichkeit. Der OGH hat diese Sichtweise in der Folge bestätigt.[247]

Bei Vorliegen *„ganz besonderer Umstände"* möchte das Höchstgericht Arbeitnehmerähnlichkeit uU anerkennen.[248]

So meint der OGH,[249] die Arbeitnehmerähnlichkeit könne im Einzelfall bloß dann gegeben sein, wenn die wirtschaftliche Abhängigkeit des Vorstandsmitgliedes überhaupt über das übliche Maß hinausgehe, insbesondere, wenn die vertragliche Verpflichtung die *„Einhaltung der kollektivvertraglichen Arbeitszeit"* die *„Führung von Überstundenaufzeichnungen"*, die *„Verrichtung der Tätigkeit in den Räumen der Aktiengesellschaft"* sowie den mehrfachen Verweis auf die *„keineswegs nur subsidiäre Geltung des AngG"* beinhalte.

86 Die Auffassung des OGH und der diesem folgenden Ansicht in der Lehre[250] ist abzulehnen; richtigerweise sind hauptberuflich tätige Vorstandsmitglieder, die nicht wesentlich an der Gesellschaft beteiligt sind, nicht generell arbeitnehmerähnlich.[251]

87 Die praktischen Konsequenzen an der Verneinung oder Bejahung der Arbeitnehmerähnlichkeit von Vorstandsmitgliedern halten sich in Grenzen.

Vor allem geht es um die Gerichtszuständigkeit. Aufgrund der Rsp des OGH gehören Rechtsstreitigkeiten zwischen AG und Vorstandsmitglied grundsätzlich vor die Handelsgerichte. Es kann aber die Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichtes vereinbart werden.[252]

---

244 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 267 (Anmerkung 40 zum Mustervertrag eines Vorstandsmitglieds).

245 OGH 2 Ob 356/74 SZ 48/79 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602.

246 OGH 9 ObA 2003/96s SZ 69/103 = Arb 11.519 = RdW 1997, 417 = wbl 1997, 77.

247 Vgl OGH 9 ObA 2044/96w ARD 4799/21/96 = DRdA 1996, 522; OGH 29.3.2006, 9 ObA 75/05b; OGH 27.2.2008, 3 Ob 252/07v; 8 ObS 16/08y Arb 12.777.

248 OGH 9 ObA 2003/96s SZ 69/103 = Arb 11.519 = RdW 1997, 417 = wbl 1997, 77.

249 OGH 9 ObA 75/05b ARD 5685/13/06.

250 So *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 67.

251 So *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 20; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 32 ff, 34.

252 IdZ ist Vorsicht bei der Formulierung der anstellungsvertraglichen Zuständigkeitsklausel geboten. Der Verfasser ist gerade mit einem Fall beschäftigt, in dem – der üblichen Formulierung entsprechend – laut Gerichtsstandsklausel *„die aus dem Anstellungsvertrag resultierenden Streitigkeiten, wozu auch Streitigkeiten über dessen Gültigkeit zählen"* vor dem Arbeits- und Sozialgericht auszutragen sind und wo die geklagte Gesellschaft nun behauptet, die Bekämpfung des Abberufungsbeschlusses des Aufsichtsrates falle nicht unter diese Gerichtsstandsklausel, weil es dabei um den Bestand des Mandats und nicht des Anstellungsvertrags ginge. Zwar ist diese Auffassung mE klar verfehlt, weil eine sachgerechte

Das auf arbeitnehmerähnliche Personen an sich anwendbare Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG) ist auf Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, selbst wenn sie arbeitnehmerähnlich oder gar Arbeitnehmer sind, nach der Rsp nicht anwendbar.[253] Das Kautionsschutzgesetz ist auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar und beschränkt die Stellung von Sicherheiten und Kautionen auf den Arbeitnehmer/die arbeitnehmerähnliche Person zugunsten des Arbeitgebers/Vertragspartners.[254] Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) ist auf arbeitnehmerähnliche Personen zwar anwendbar, sein wesentlicher Teil gilt aber für die konzerninterne Überlassung nicht, wenn die Überlassung nicht dem Betriebszweck der überlassenden Gesellschaft bildet.[255]

Vom IESG sind zwar seit 1.10.2005 GmbH-Geschäftsführer nicht mehr, wohl aber nach wie vor Vorstandsmitglieder ausgeschlossen, weil sie keine Arbeitnehmer sind.[256]

B. Anstellungsvertragsinhalt

1. Regelung der Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes

a) Ressortvergabe

88 Wie schon erwähnt, bedarf die Einräumung eines – dem Aufsichtsrat nicht anzuratenden – vertraglichen Rechts auf ein ganz konkretes Ressort gegenüber einen Vorstandsmitglied explizierter vertraglicher Zusage; bloße Verweisungen auf die vom Aufsichtsrat beschlossene Geschäftsverteilung sind im Zweifel dynamisch und nicht statisch zu verstehen.[257]

Der Auffassung, eine derartige Zusage würde in die Geschäftsordnungskompetenz des Aufsichtsrates eingreifen und sei deshalb unzulässig,[258] ist nicht zu folgen.[259]

Auslegung der vertraglichen Regelung deren Anwendung auf das *gesamte* Rechtsverhältnis zwischen AG und Vorstandsmitglied ergibt; durch entsprechend umfassende Formulierung erspart man sich aber diese Komplikationen.

253 OGH 1 Ob 179/73 SZ 46/113 = EvBl 1974/83 = Arb 9185 für Vorstandsmitglieder einer AG; OGH EvBl 1979/135 für GmbH-Geschäftsführer; *Schiemer*, AktG[2] Anm 4.1. zu § 84; *Schuster-Bonnott* in FS Kastner 436 f; *Marhold*, Aufsichtsratstätigkeit 149 f; *Jabornegg*, DRdA 1991, 14 f; ebenso, aber mit der Ausnahme für deliktische Schäden, die nicht in Ausübung der Unternehmensleitung zugefügt werden, *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 219 ff; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/423; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 95 geht darauf nicht näher ein, was von seiner Position her konsequent ist, wonach Vorstandsmitglieder ohnehin *nie* arbeitnehmerähnlich sein können.

254 Vgl dazu OGH 8 ObA 57/06z SZ 2006/112 = ARD 5722/3/06: es stehe allerdings nicht fest, ob das gesamte Gesetz auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen anzuwenden ist; OLG Innsbruck, ARD 4399/11/92 = ZASB 1992, 6.

255 Vgl dazu ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 40 f; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 21.

256 Vgl ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 229 ff.

257 Vgl diesbezüglich noch zurückhaltender *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 103 f, 119 ff.

258 Vgl dazu für Deutschland zB *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] § 22 Rz 27.

259 Wie hier auch *Kort* in GroßkommAktG[5] § 77 Rz 93 f; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 455, 457.

Vermag der Aufsichtsrat die Zusage nicht einzuhalten und ergibt sich nicht ausnahmsweise eine Verpflichtung des Vorstandsmitgliedes trotz anstellungsvertraglicher Zusage (zB bei unbedingt erforderlicher Vergrößerung oder Verkleinerung des Vorstandes) in maßvolle Änderungen einzuwilligen, kann das Vorstandsmitglied sein Amt niederlegen und den Vertrag fristlos auflösen.[260] Folgt man der (nicht überzeugenden) hA, dass Vorstandsbestellungen dem Aufsichtsratsplenum vorbehalten sind, müsste dies wegen der unmittelbaren Verknüpfung mit der Bestellung auch für eine anstellungsvertragliche Zusage eines ganz konkreten Ressorts gelten.[261]

b) Konzernmandatsklauseln

89 Klausen, die das Vorstandsmitglied (für die GmbH-Geschäftsführer gilt ganz Ähnliches) während der Dauer des Mandats bzw des Anstellungsvertrages verpflichten, Mandate in anderen konzernangehörigen Unternehmen – insbesondere als Aufsichtsratsmitglied oder Geschäftsführer von Tochter- und Beteiligungsgesellschaften – ohne gesondertes Entgelt zu übernehmen und diese Funktionen auf jederzeitiges Verlangen der Gesellschaft unverzüglich zurückzulegen[262] sind in Verträgen mit Geschäftsleitern geradezu zur Vertragssitte geworden.[263]

90 Teilweise ist die Wirksamkeit solcher Konzernmandatsklauseln im Hinblick auf die in § 70 Abs 1 AktG verbriefte Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstandes in Zweifel gezogen worden.[264] Der OGH[265] hatte den Fall zu beurteilen, dass ein Vorstandsmitglied ua deshalb fristlos entlassen wurde, weil es der in seinem Anstellungsvertrag in der „Konzernmandatsklausel" enthaltenen Verpflichtung nicht nachgekommen war, Mandate in verbundenen Unternehmen niederzulegen.

Zur konkreten Konzernmandatsklausel musste der OGH nicht Stellung nehmen, weil er die Entlassung – zutreffend – schon aus anderen Gründen verneinte. Er schloss sich aber der hA zur beschränkten Zulässigkeit von Weisungsklauseln in Beherrschungsverträgen oder Anstellungsverträgen an,[266] soweit das dadurch

---

260 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 70 Rz 25; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 455, 457.

261 Vgl für Deutschland zB *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 7 Rz 389 4; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 49; *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 21 Rz 21.

262 Vgl ausführlich zu dieser Art von Klauseln *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 104 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 42 ff.

263 Wie die Praxis zeigt, wird dabei ganz überwiegend der Muster-Vertragstext von *Runggaldier/G.Schima,* Führungskräfte 270 bzw *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[3] 198 verwendet. Nicht durchgesetzt hat sich in der Praxis die in Abs 4 dieses Muster-Vertragstextes verankerte Verpflichtung des Vorstandsmitglieds, zur Sicherung der Verpflichtung zum jederzeitigen Rücktritt von der Funktion bereits blanko unterschriebene Rücktrittserklärungen der Gesellschaft zu übergeben. Eine solche Regelung ist in der Tat nicht ganz unproblematisch. In der Neuauflage (*Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] [2014] 236) ist diese Regelung in Pkt III. Abs 4 des Mustervertrags mit einem AG-Vorstandsmitglied gleichwohl weiterhin enthalten.

264 Vgl *Jabornegg,* Anm zu OGH 28.9.2007, 9 Ob A 28/07v, DRdA 2009, 497.

265 OGH 28.9.2007, 9 Ob A 28/07v DRdA 2009, 497 (*Jabornegg).*

266 Vgl dazu ausführlich *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 7 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 20 ff; *Krejci,* ÖZW 1988, 66 ff.

anvertraute Unternehmensinteresse (§ 70 Abs 1 AktG) nicht beeinträchtigt werde, und begründete dies mit dem „*beträchtlichen Interesse der Wirtschaft an funktionierenden Konzernen*".

91 Der Kritik von *Jabornegg,*[267] wonach die konkrete Konzernmandatsklausel wegen der darin verkörperten unzulässigen „*Vorgabe betreffend die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens"* unzulässig sei und bloß bei einer aus wichtigem Grund erklärten Abberufung des Vorstandsmitgliedes greifen könne, ist in dieser Form nicht zu folgen.

Soweit die Klausel in die das Vorstandsmitglied in gruppenangehörigen Unternehmen, insb in beherrschenden Gesellschaften, treffende Verpflichtung zur Leitung bzw Überwachung und Kontrolle von nachgeordneten Gesellschaften, also in die „Konzernkoordinierungspflicht"[268] eingreift, ist sie unwirksam. Bei *aufrechtem Mandat* kann eine solche Klausel das Vorstandmitglied nicht daran hindern, in Erfüllung der „Konzernkoordinationspflicht" relevante Organpositionen nach eigenem verantwortlichen Ermessen zu bekleiden und demgemäß auch nicht dazu verpflichten, solche Funktionen niederzulegen.

Bei Beendigung des Mandats gem § 75 Abs 4 AktG, die nach dem Gesetz vorläufig wirksam ist, gilt mit *Jabornegg* in dieser Fallkonstellation, dass das Vorstandsmitglied zur Aufgabe der Konzernmandate sehr wohl angehalten werden kann.

Bei Konzernmandaten, deren Ausübung nicht mehr auf eine das Vorstandsmitglied schon nach dem AktG treffende „Geschäftsleitungspflicht" oder „Konzernkoordinationspflicht" gestützt werden kann, ist die anstellungsvertragliche Verankerung einer Zurücklegungspflicht aber auch bei aufrechtem Vorstandsmandat unbedenklich. Hier kann eine Weigerung des Vorstandsmitgliedes sehr wohl einen Abberufungsgrund iSd § 75 Abs 4 erster Fall AktG verwirklichen.

Die in Konzernmandatsklauseln fast immer enthaltene Verpflichtung, die Funktionen ohne gesondertes Entgelt auszuüben, berührt § 70 Abs 1 AktG nicht und ist unbedenklich.

c) Wiederbewerbungs- und Konzernbeschäftigungklauseln

92 Manchmal enthalten Vorstands-Anstellungsverträge eine Regelung, dass das Vorstandsmitglied nach Ablauf der Bestellungsdauer sich wieder um das Amt bewerben und eine Wiederbestellung zu mindestens gleich guten Konditionen annehmen muss, anderenfalls finanzielle „Sanktionen" in Form des Verfalls einer vertraglichen Abfertigung oder des betrieblichen Pensionsanspruches greifen.[269] Derartige Klauseln sind an § 1158 Abs 3 ABGB zu messen. Diese Vorschrift ist auch auf solche freien Dienstverträge anzuwenden, in deren Rahmen der Dienstverpflichtete seine (gesamte) persönliche Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat. [270]

---

267 *Jabornegg,* DRdA 2009, 502 f.

268 Vgl *Hüffer/Koch,* AktG[11] § 76 Rz 46 ff; *Kort* in GroßkommAktG[5] § 76 Rz 177; *Hopt* in GroßkommAktG[5] § 93 Rz 204; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 76 Rz 42 ff; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG § 76 Rz 73 ff.

269 Vgl dazu *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 110 ff mwN.

270 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 111 f mit ausführlicher Begründung und Verweis auf die Diskussion auch in Deutschland.

Der Verfall einer direkten und bei Vorstandsmitgliedern einer AG nicht vom BPG erfassten Pensionsleistungszusage bei Unterbleiben der Wiederbewerbung ist grundsätzlich unbedenklich und bedeutet nichts anderes als die Festigung einer bestimmten Anwartschaftsdauer.[271]

Ähnliches gilt für den Verfall einer Abfertigung, weil das Unterbleiben der Annahme einer Mandatsverlängerung trotz mindestens gleich guter Konditionen wertungsmäßig einer „Dienstnehmerkündigung" gleichzuhalten ist und für diese auch § 23 Abs 7 AngG alt den Verfall der Abfertigung absieht. Eine Besserstellung von Vorstandsmitgliedern gegenüber Arbeitnehmern ist nicht geboten.[272]

93 Manchmal sind Anstellungsverträge in der Praxis nicht nur auf die Vorstandstätigkeit zugeschnitten, sondern entstehen bei aus dem Unternehmen selbst geholten Vorstandsmitgliedern aus alten Dienst- bzw Prokuristenverträgen, die anlässlich der Bestellung zum Vorstandsmitglied uU nur in punkto Bezugshöhe geändert und im Übrigen „weiterverwendet" werden. Solche Vertragsgestaltungen können vielfältige Auslegungsprobleme und insbesondere die Frage aufwerfen, ob die Gesellschaft nach Ablauf des Vorstandsmandates berechtigt oder gar verpflichtet ist, dem (ehemaligen) Vorstandsmitglied eine andere adäquate Führungstätigkeit in der Gesellschaft oder in einem verbundenen Unternehmen anzubieten und ob das ehemalige Vorstandsmitglied eine damit korrespondierende Pflicht trifft oder in ein damit korrespondierendes Recht auf Ausübung einer solchen Tätigkeit zusteht.[273]

Vertragsklauseln, die solche Rechte bzw Pflichten ausdrücklich vorsehen, sind durchaus möglich und je nach Interessenlage uU auch sinnvoll. Denn Vorstandsmitglieder genießen keinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, weshalb die Zusicherung einer an die Mandatsbeendigung sich anschließenden Tätigkeit als Führungskraft in der Gesellschaft oder der Unternehmensgruppe attraktiv sein kann. Aus dem Umstand, dass die Gesellschaft bei einer vom Vorstandsmitglied nicht verschuldeten Abberufung und mangels Kündigungs- oder Koppelungsklausel eine möglicherweise noch lange andauernde Restlaufzeit abzugelten hat, verpflichtet das Vorstandsmitglied nicht, auf Verlangen der Gesellschaft anderweitigen (Führungs)Tätigkeiten für die Gesellschaft oder in einem verbundenen Unternehmen nachzugehen.[274]

2. Wettbewerbsverbot

94 Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrates weder ein Unternehmen betreiben noch Aufsichtsratsmandate in Unternehmen annehmen, die mit der Gesellschaft nicht konzernmäßig verbunden sind oder an denen die Gesellschaft nicht im Sinne des § 189a Z 2 UGB unternehmerisch beteiligt ist, noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Sie dürfen sich auch nicht an einer anderen unternehmerisch tätigen Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter beteiligen (§ 79 Abs 1 AktG idF des ARÄG 2014[275]).

---

271 Vgl *Petrovic,* Kommentar zu OGH 19. 3. 1985, 4 Ob 31/85, ZAS 1987, 18 (19); *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 113.

272 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 113 f.

273 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 114 f.

274 Vgl *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 228 ff; dies ist umstritten.

275 BGBl I 2015/22.

Die Sanktionen im Falle eines Verstoßes sind denen nach dem AngG nachgebildet, dh Schadenersatz, Herausgabe des aus dem verbotenen Geschäft erlangten Vorteiles oder Abtretung des Vergütungsanspruches an die Gesellschaft bzw Ermöglichung des Eintrittes der Gesellschaft in das Geschäft (§ 79 Abs 2 AktG). Nicht ausdrücklich erwähnt ist als Sanktion die Abberufung aus wichtigem Grund und die vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrages, die sich aber schon aus § 75 Abs 4 erster Fall AktG ergibt, denn es handelt sich um eine Verletzung von Vorstandspflichten.[276]

95 § 79 AktG weist auch nach den Novellierungen logische Brüche auf. So ist nicht verständlich, warum Aufsichtsratsmandate auch in nicht konkurrenzierenden Gesellschaften der Genehmigung bedürfen, außer es handelt sich um eine konzernverbundene Gesellschaft, wohingegen die mit vergleichbarem oder sogar höherem Haftungsrisiko und mindestens so intensiver Inanspruchnahme verbundene Tätigkeit als Gesellschafter, Geschäftsführer in einer nicht konkurrenzierenden GmbH vom Gesetz nicht erfasst wird. Die wohl hM bezieht deshalb § 79 AktG – entgegen den Wortlaut – auch auf die Übernahme von Geschäftsführungs- und Vorstandsmandaten in anderen Gesellschaften, unabhängig ob diese konkurrenzierend sind oder nicht.[277]

Das Wettbewerbsverbot ist an den aufrechten Bestand des Mandats geknüpft und erlischt daher mit dessen Ende, auch wenn der Anstellungsvertrag bzw die Entgeltzahlungspflicht der Gesellschaft noch fortdauert.

96 Der Aufsichtsrat kann ein Vorstandsmitglied vom Wettbewerbsverbot ganz oder teilweise entbinden. Zuständig ist dafür der Aufsichtsrat entweder als Plenum oder in Form eines Ausschusses ohne Arbeitnehmervertreter gem § 92 Abs 4 letzter Halbsatz AktG iVm § 110 Abs 4 letzter Satz ArbVG.[278] Einen gerechtfertigten Grund für eine auch nur teilweise Befreiung vom Wettbewerbsverbot wird der Aufsichtsrat nur selten haben. Bei der Entscheidung darüber unterliegt der Aufsichtsrat der Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a iVm § 99 AktG). Hat der Aufsichtsrat oder eines seiner Mitglieder selbst ein geschäftliches Interesse an der Befreiung des Vorstandsmitgliedes vom Wettbewerbsverbot, hat sich das betroffene Mitglied der Stimme zu enthalten.

Erteilte Genehmigungen bzw (teilweise) Befreiung vom Wettbewerbsverbot sollte der Aufsichtsrat an einen Abänderungsvorbehalt bei geänderten Verhältnissen knüpfen.

Für Einwilligungen der Gesellschaft in eine Lockerung oder gar Aufhebung des Wettbewerbsverbotes und für vertragliche Erklärungen betreffend eine Verschärfung des Verbotes ist namens der Gesellschaft ausschließlich der Aufsichtsrat

---

276 Vgl *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 79 Rz 9; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 154; *Schiemer,* AktG[2] Anm 3.1. zu § 79; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 79.

277 Vgl *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 88 Rz 69 mwN; ebenso *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften", ecolex 2009, 920 (920 f).

278 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 153; *Marhold,* Aufsichtsratstätigkeit 42 ff; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 70; *Geppert*, DRdA 1980, 187 scheint nur die *Verschärfung* des Wettbewerbsverbotes unter § 92 Abs 4, letzter Halbsatz AktG bzw § 110 Abs 4, letzter Satz ArbVG zu subsumieren.

(Plenum oder nicht mitbestimmter Ausschuss) zuständig,[279] weil es sich nicht um eine Angelegenheit des § 97 AktG, sondern um die aus § 75 Abs 1 AktG abgeleitete *Anstellungsvertragskompetenz* des Aufsichtsrates handelt und dem Vorstand diesbezüglich jegliche Vertretungsmacht fehlt.[280]

Für die Entscheidung über die Ergreifung von Sanktionen bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot ist bei *aktiven* Vorstandsmitgliedern mE *nur* der Aufsichtsrat zuständig.[281]

3. Regelung von Interessenkonflikten

97 Spezielles Augenmerk sollte der Aufsichtsrat dem Thema „Interessenkonflikte von Vorstandsmitgliedern bei der Abwicklung von Geschäften" widmen.[282] Gleichgültig ob man der herrschenden und mE überzeugenden Ansicht ist, dass nach § 97 Abs 1 AktG dem Aufsichtsrat beim Abschluss von Geschäften mit Vorstandsmitgliedern nur ein neben die Kompetenz des Vorstandes tretendes Vertretungsrecht zukommt oder ob man mit der Mindermeinung dem Aufsichtsrat ausschließliche Vertretungsmacht zuerkennt, sollte es zur guten Corporate Governance im Unternehmen gehören, dass nicht Vorstandsmitglieder die AG bei Geschäften mit anderen Vorstandsmitgliedern vertreten.[283]

Mangels näherer vertraglicher Regelung ist nicht gesichert, ob ein Vorstandsmitglied, das zB die Betriebsverpflegung einem Cateringunternehmen im Eigentum seiner Ehefrau vergibt, pflichtwidrig handelt, wenn dieses Unternehmen nachweislich Bestbieter war.[284]

---

279 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 153; ebenso *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 70.

280 Vgl zur schwierigen Abgrenzung der Materien ausführlich *G. Schima/Toscani*, JBl 2012, 570 (574 ff, 577).

281 *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 154, aM *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 83, der konkurrierende Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat annimmt.

282 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 109 ff und die Mustervertragsklausel Pkt IX. Abs 5 (Seite 240); *G. Schima,* Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 455.

283 Ein „Abstimmungsbedarf" (vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 83) ergibt sich also vor allem insofern, als der Aufsichtsrat dies klar zu stellen hätte.

284 Die Beweislast würde das Vorstandsmitglied in diesem Fall mE auch nach österreichischem Verständnis treffen – und zwar selbst wenn man nicht der verfehlten hM folgt, die die Beweislast auch in punkto Rechtswidrigkeit umgekehrt sehen will (vgl dazu *G. Schima*, in Baudenbacher/Kokott/Speitler, Aktuelle Probleme 369 ff, 404 ff und besonders eingehend *G. Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, FS W. Jud [2012] 571 [592ff]) und wenn man sich nicht unmittelbar an der in § 93 Abs 1 dAktG vor mittlerweile mehr als zehn Jahren verankerten „deutschen Business Judgment Rule" anlehnt (wobei die deutsche Regelung bekanntlich gar nicht explizit das Fehlen eines Interessenkonfliktes als Anwendungsvoraussetzung für die BJR anführt, dies aber der einhelligen Lehrmeinung entspricht). Denn der Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit einer einem Vorstandsmitglied nahe stehenden Person ist ein Verhalten, das zumindest einen *Schluss auf eine mögliche Pflichtwidrigkeit* zulässt, sodass auch nach der hier vertretenen Meinung das Vorstandsmitglied den Beweis führen müsste, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet zu haben, was darauf hinausläuft, den Nachweis zu führen, dass das Geschäft unter fremdüblichen Konditionen abgeschlossen wurde (*G. Schima*, Reform des Unteuetatbestandes und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286 (292).

Die Verfasser des ÖCGK waren offenkundig der Meinung, dass zumindest bei börsenotierten Gesellschaften die vorangehende Genehmigung solcher Geschäfte durch den Aufsichtsrat dem geltenden Recht entspricht, weil die dies besagende Regel 24 als L-Regel ausgestaltet ist.

Insbesondere für Familienunternehmen lässt sich dies aber nicht ohne weiteres sagen.

Es empfiehlt sich sorgfältige anstellungsvertragliche Gestaltung in der Weise, dass Geschäfte mit einem Vorstandsmitglied nahestehenden physischen oder juristischen Personen der vorangehenden Genehmigung des Aufsichtsrates oder eines zuständigen Ausschusses bedürfen.[285]

98 Nicht selten sind in Vorstands-Anstellungsverträgen auch Regelungen enthalten, die für die Aufnahme von weder konkurrenzierenden noch einen Interessenkonflikt beinhaltenden Nebentätigkeiten die vorangehende Zustimmung des Aufsichtsrates verlangen.[286]

Dabei kann es um Funktionen in berufsständischen Kammern und Verbänden gehen, aber auch um ehrenamtliche Funktionen in gemeinnützigen Vereinen. Bloße Mitgliedschaften fallen im Zweifel nicht unter solche Klauseln, und sie kann die Gesellschaft auch nicht wirksam verbieten, weil damit in Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird.

Die bloße Formulierung im Anstellungsvertrag, das Vorstandsmitglied habe der Gesellschaft seine „*gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen*“,[287] begründet aber kein Nebenbeschäftigungsverbot.

4. Corporate Opportunities

99 Es ist in der österreichischen[288], aber auch deutschen[289] Gesellschaftsrechtslehre und Rsp[290] anerkannt, dass Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer von

---

285 Vgl die Formulierung der Mustervertragsklausel Pkt IX. Abs 5 bei *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 240.

286 Vgl *Runggaldier/G. Schima*; Führungskräfte 157 f; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 107 f.

287 Vgl die Formulierung im Mustervertrag bei *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 272 f und *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 239, Pkt IX. Abs 2 des Mustervertrages.

288 Vgl für die Personengesellschaft *Enzinger* in *Straube*, UGB[4] I § 114 Rz 49; für Geschäftsführer einer GmbH *Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 78 f; *Koppensteiner/Rüffler*,GmbHG[3] § 82 Rz 17e; für Vorstandsmitglieder einer AG *Herzer/Strobl/Taufner*, Der Vorstand, in *Hausmaninger/Graztl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft Rz 146; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/395 mwN; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I[2] § 79 Rz 14.

289 Vgl *Hopt/Roth* in GroßKomm AktG, § 93 Rdn 250 ff; *Mertens/Cahn*, KK-AktG[3] § 93 Rz 105; *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG[3] § 88 Rz 7; *Spindler* in MüKoAktG[4] § 88 Rz 14 ff; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG § 93 Rz 124 ff; *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 9 Rz 23; *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 ff (82).

290 Vgl für Österreich OGH 23.2.1999, 4 Ob 27/99w, EvBl 1999/129; 4 Ob 123/07b RIS-Justiz RS0111527; für Deutschland BGHZ 1985, 1484, 1485; BGH WM 1956, 865; BGH NJW 1986, 585.

Kapitalgesellschaften Geschäftschancen der Gesellschaft nicht an sich ziehen und zum eigenen Nutzen verwerten dürfen. Die „Corporate Opportunities-Doktrin" kommt aus dem US-amerikanischen Recht[291] und basiert dort auf unterschiedlichen theoretischen Erklärungsmodellen. Entscheidend ist letztlich überall die Frage, wie konkret eine „Geschäftschance" für die Gesellschaft sein muss, dass ihre Verwertung zum eigenen Nutzen für den Geschäftsleiter (Vorstandsmitglied / Geschäftsführer) pflichtwidrig ist.[292]

100 Der Sache nach geht es um eine besser als Interessenwahrungspflicht zu bezeichnende und vom OGH als „besonderer Typus der Treuepflichtverletzung"[293] betitelte Verpflichtung, die für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer mE bereits aus § 1009 iVm § 1151 Abs 2 ABGB resultiert. Ist schon das Unterlassen des Abschlusses konkret ertragbringender Geschäfte für die Gesellschaft[294] auch ohne Ausnützung der Geschäftschance zum eigenen Vorteil pflichtwidrig, ergibt sich aus einem Größenschluss, dass die Verwertung einer Geschäftschance für die Gesellschaft zum eigenen Vorteil des Geschäftsleiters umso mehr eine Verletzung von dessen organschaftlichen Pflichten bedeutet.

101 Richtigerweise kann der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied – anders als beim Wettbewerbsverbot des § 79 Abs 1 AktG – nicht einfach vom *Verbot der Ausnutzung von Geschäftschancen* der Gesellschaft befreien. Denn eine solche Befreiung bedeutet letztlich nichts anderes als eine *Einwilligung in die Schädigung der Gesellschaft* durch das Vorstandsmitglied.[295]

Denn bei einer „Befreiung" vom Verbot der eigennützigen Ausnutzung von Geschäftschancen der Gesellschaft kann es sinnvoll nur um die konkrete Befrei-

---

[291] Vgl *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht[3] (2013) Rz 995 ff mwN.

[292] Vgl BGHZ 1985, 1484, 1485 (Annahme einer vom Vorstand privat erlangten, auch für die Gesellschaft vorteilhaften Geschäftschance); BGH WM 1956, 865; BGH NJW 1986, 585 (Ausnutzung von corporate opportunities); BGH WM 1977, 361, 362 (Erwerb eines Betriebsgrundstücks).

[293] OGH 23.2.1999, 4 Ob 27/99w, EvBl 1999/129: *„Einen besonderen Typus der Treuepflichtverletzung bilden jene, die nicht nur durch Konkurrenz im Geschäftszweig der Gesellschaft, sondern auch durch Vereitelung sog Geschäftschancen („Corporate Opportunities") begangen werden: Nach verbreiteter Auffassung kann nicht nur ein Leitungsorgan der Gesellschaft, sondern jeder Mitgesellschafter pflichtwidrig handeln, wenn er sich eigenmächtig und treuwidrig eine Geschäftschance der Gesellschaft für eigene Zwecke zunutze macht, va wenn er davon als Mitglied Kenntnis erlangt hat, diese Chance an ihn in dieser Eigenschaft herangetragen worden oder sie für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung ist … So handelt ein Gesellschafter treuwidrig, wenn er sich in einen zwischen der GmbH und einem Dritten abgeschlossenen Vertrag hineindrängt, indem er das Geschäft auf sich selbst überleitet oder den Dritten zum Vertragsbruch veranlasst …".*

[294] Diese Verpflichtung des Machtgebers zur Verschaffung des größtmöglichen Nutzens zugunsten des Machthabers betont auch der OGH in seiner strafrechtlichen Judikatur zu § 153 StGB (vgl OGH 19. 4. 1994, 11 Os 10/94; 11. 3. 1999, 15 Os 211/98; 1. 3. 2011, 14 Os 80/10m), wobei für die Verwirklichung des Straftatbestandes der Untreue durch Unterlassung zusätzlich die Kriterien des § 2 StGB erfüllt sein müssen.

[295] Deshalb ist auch die Bestimmung Section 7 im „European Model Companies Act", eines im September 2015 anlässlich einer zweitägigen Veranstaltung in Wien vorgestellten „Professoren-Gesetzes-Entwurfes" nicht ganz sachgerecht, wonach vom Verbot der Ausnutzung von Geschäftschancen der AR bzw die independent directors entbinden können sollen. Da-

ung hinsichtlich einer bestimmten Geschäftschance gehen. Eine generelle Befreiung ist in der Praxis nicht oder kaum vorstellbar und aus der Sicht des Aufsichtsrates immer pflichtwidrig. Geht es aber um eine konkrete Befreiung vom Verbot, dann bedeutet dies naturgemäß die Einwilligung in eine Schädigung der Gesellschaft. Hätte letztere ohnehin nie die Absicht gehabt, die Geschäftschance wahrzunehmen, träfe das Vorstandsmitglied von vornherein nicht das Verbot der Ausnutzung zum eigenen Vorteil (sofern nicht gleichzeitig ein Verstoß gegen § 79 Abs 1 AktG vorläge).

102 Der Aufsichtsrat kann einem Vorstandsmitglied eine Geschäftschance freilich auch als *Vergütungsbestandteil* zuwenden (zB die Überlassung eines Bildes der Gesellschaft zu einem vergünstigen Preis oder die Schenkung des Dienstfahrzeuges). Die Zulässigkeit eines solchen Vorganges setzt voraus, dass neben der Einhaltung der für Vorstandsvergütungen geltenden Maximen auch offengelegt wird, dass es sich dabei um einen Teil der Vorstandsvergütung handelt.

5. Vorstandsentgelt

a) Gesetzliches Angemessenheitsgebot

103 Der Aufsichtsrat hat gem § 78 Abs 1 AktG für ein angemessenen Verhältnis der Gesamtbezüge zu den Aufgaben und **Leistungen** des Vorstandsmitgliedes, zur Lage der AG und zu der üblichen Vergütung, und dafür zu sorgen, dass **langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung** gesetzt werden.[296] Die Gesamtbezüge umfassen sowohl feste als auch variable Bezüge, Entgelt und Aufwandersatz, Geld- und Sachleistungen.[297] Das Gesetz erwähnt explizit: Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art. Unter Nebenleistungen sind zB die private Nutzungsmöglichkeit eines Dienstwagens, Freikarten oder die kostenlose oder besonders günstige Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder Waren zu verstehen.[298] Die Angemessenheitskriterien gelten sinngemäß auch für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art (§ 78 Abs 1 letzter Satz AktG).

104 Als Kriterien werden anerkannt: die Qualifikation und der Marktwert des Vorstandsmitglieds; konkrete Verhandlungslage; Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft; familiäre Verhältnisse.[299] Ebenso sind die Branche, in der die AG tätig ist, die Ertragslage und Größe des Unternehmens sowie die Struktur und die Größe des Vorstandes zu berücksichtigen.[300] Eine wirtschaftlich schlechte Lage der AG

---

rauf wies der Verfasser in seinem vom 10. September 2015 gehaltenen Referat hin. Siehe auch *T. Baums/P. Krüger Andersen*, The European Model Company Law Act Project, http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/ILF_WP_078.pdf (abgefragt am 18.11.2015).

296 Die fett hervorgehobenen Kriterien sind mit der Novellierung der Bestimmung durch das 2. StabilitätsG 2012 (BGBl I 2012/35) hinzugekommen.

297 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 78 Rz 5.

298 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 87 Rz 44; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 78 Rz 5.

299 BGH II ZR 88/91 = ZIP 1992, 1152 ; BGH II ZR 126/89 BGHZ 111, 224, 228 = ZIP 1990, 784.

300 *Raguß*, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft (2005) 117 ff.

bedeutet nicht zwingend, dass dem Vorstand niedrige(re) Bezüge zu zahlen sind: es kommt darauf an, was für die Beschäftigung einer zur Sanierung geeigneten Person aufgewendet werden muss.[301] Das kann einen sogar höheren Wert ergeben als für einen Manager „in Friedenszeiten" angemessen wäre.[302]

105 Die in § 78 Abs 1 AktG enthaltenen Vorgaben ergeben sich schon aus der auch dem Aufsichtsrat vom Gesetz zur Pflicht gemachten vorrangigen Berücksichtigung des Unternehmenswohls (§ 70 Abs 1 AktG).

Die Entscheidung über die Vorstandsvergütung ist grundsätzlich eine *unternehmerische Ermessensentscheidung*,[303] bei der der Aufsichtsrat einen ent-sprechenden Entscheidungsspielraum hat. Diverse gesetzliche oder in Kodex-Empfehlungen oder Empfehlungen der EU-Kommission gegossene Vorgaben als Resultat der globalen Finanzkrise 2008/2009[304] verleihen dieser unternehmerischen Ermessensentscheidung zwar immer stärker die Züge einer gebundenen Entscheidung; ein beträchtlicher Spielraum verbleibt dem Aufsichtsrat aber nach wie vor.

106 Dass die Vergütung des Vorstands „*in einem angemessenen Verhältnis zu der* üblichen Vergütung*"* stehen müsse, bedeutet letztlich die Maßgeblichkeit eines horizontalen, dh am Mark orientierten Vergleiches, was auch schon vor der Novelle 2012 galt.[305] Es geht also um einen Vergleich mit den Gehältern von Führungskräften aus Unternehmen vergleichbarer Größe und Branche,[306] wobei zu berücksichtigen ist, dass der Arbeitsmarkt für Topmanager ein internationaler, ja zT globaler ist.

Dem österreichischen Gesetzgeber scheint eine „nationale Grenze" für die Angemessenheitsprüfung vorzuschweben,[307] doch hängt die Zulässigkeit der Einbeziehung von Managergehältern in vergleichbaren ausländischen Unternehmen mE ausschließlich davon ab, ob in Bezug auf das konkrete Unternehmen ein Österreich übergreifender Markt für die Rekrutierung von Managern besteht oder nicht.[308] Der Aufsichtsrat hat dies in pflichtgemäßem Ermessen und allenfalls un-

---

301 *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 87 Rz 4 mwN; *Hofmann/Becking*, Gestaltungsmöglichkeiten bei Anreizsystemen, NZG 1999, 797 (798); BGH II ZR 204/74 WM 1976, 1226 (1228); BGH II ZR 126/89 BGHZ 111, 224, 228 = NJW 1990, 2625.

302 Vgl zutr *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 87 Rz 9; *Kort* in GroßKommAktG[5] § 87 Rz 77

303 OGH 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*); ausführlich *G. Schima* in FS Binder 817 (825 ff).

304 Vgl zu den damaligen Entwicklungen, noch vor der Novelle zu § 78 AktG zB *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GeS 2010, 10 (11 ff); *Schenz/Eberhartinger*, Die Regelung der Managergehälter im Östrreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 209.

Vgl dazu zB *Thüsing,* AG 2009, 517.

305 So auch *Haberer/Kraus*, GeS 2010, 15 und die überzeugende Meinung in D: Vgl *Fleischer,* Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801 (802); *Dauner-Lieb*, Der Konzern 2009, 583 ff.

306 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 78 Rz 9.

307 So die ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 30 zu Z1 der Änderungen des AktG.

308 Zutreffend *Kort* in GroßKommAktG[5] § 87 Rz 84 ff.

ter Zuziehung von Personal- oder Vergütungsberatern oder entsprechender Vergütungsstudien[309] zu ermitteln.

Nach dem im Gesetzeswortlaut nicht wirklich zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers[310] soll die Angemessenheit der Vergütung auch anhand eines vertikalen Vergleichs gemessen und darauf Bedacht genommen werden, wie sich die Vorstandsvergütung zur durchschnittlichen Entlohnung von Führungskräften im selben Unternehmen verhält. Dass Vorstandsmitglieder in einer Niedriglohnbranche weniger verdienen dürfen als Manager in Unternehmen mit hohen Löhnen, lässt sich nicht generell sagen.[311] Im Konfliktfall muss der horizontale Vergleichsmaßstab vorgehen[312] und das schon deshalb, weil nur über den horizontalen Fremdvergleich der Aufsichtsrat seiner Aufgabe nachkommen kann, den bestmöglichen Vorstand zu finden. Wenn dieses Ziel nur unter Inkaufnahme eines sehr hohen „vertikalen Vervielfachungsfaktors" erreichbar ist, dann darf der Aufsichtsrat nicht deshalb davon absehen.

107 2012 neu eingefügt wurde auch das Kriterium der „*langfristigen Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung"*. Diese Vorgabe war früher schon in der C-Regel 27 des ÖCGK enthalten.[313] Schon vor der Kodifikation war die Sichtweise vorherrschend, dass der Aufsichtsrat durch seine Bindung an das idR langfristig angelegte Unternehmensinteresse verpflichtet ist, die Vergütung so zu gestalten, dass das Wohl des Unternehmens nachhaltig und dauerhaft gewährleistet ist.[314] Der Gesetzgeber nennt als Beispiel, dass Bonifikationen nicht so gestaltet werden dürfen, dass die Erfüllung der Parameter nur zu einem einzigen Stichtag vorliegen muss oder durch ein Verhalten der Vorstandsmitglieder in Form der Aufblähung von Geschäftsvolumen beeinflusst werden kann.[315]

b) Rechtsfolgen unangemessener Vergütung

108 Nach der älteren und nach wie vor tendenziell vorherrschenden Sichtweise beinhalten § 78 Abs 1 AktG (und § 87 Abs 1 dAktG) keine Verbotsgesetze, sondern Handlungsanleitungen an den Aufsichtsrat, deren Verletzung eine gegen das Angemessenheitsverbot verstoßende Vergütung nicht rechtsunwirksam, sondern den

---

309 Vgl *Haberer/Kraus*, GeS 2010, 10 (15).

310 ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 30 zu Z1 der Änderungen des AktG.

311 So überzeugend *Kort* in GroßKommAktG[5] § 87 Rz 91.

312 So *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 87 Rz 10 f, wobei in D die Gesetzesmaterialien den Vertikalvergleich tatsächlich in Form einer „Kann-Formulierung" begründen. Das ist in Österreich nicht der Fall. Dennoch muss auch hier mE wegen der fragwürdigen Tauglichkeit des vertikalen Vergleichs der horizontale Vergleich im Zweifel Vorrang haben. So auch *Haberer/Kraus*, GeS 2010, 10 (15).

313 Vgl zur Entwicklung der Bestimmungen *G. Schima* in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance 250, 260.

314 *Haberer/Kraus*, GeS 2010, 10 (17) mwN.

315 Vgl ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 30 f zu Z1 der Änderungen des AktG. Ersteres war zB vor ein paar Jahren bei einem Aktienoptions-Vergütungsprogramm in der Telekom Austria AG der Fall, das in mehrere Strafverfahren mündete, weil der Börsekurs, der zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Wert überschreiten musste, um hohe Bonuszahlungen für eine größere Gruppe von Führungskräften auszulösen, im Einvernehmen mit Entscheidungsträgern der Gesellschaft manipuliert worden war.

Aufsichtsrat verantwortlich macht.[316] Nach der Gegenmeinung ist die Gesellschaft bei überhöhten Vergütungen wegen Teilnichtigkeit des Vertrages zur Rückforderung berechtigt.[317]

Konsens besteht darüber, dass in missbräuchlicher (und vom Vorstandsmitglied erkannter oder nur grob fahrlässig nicht erkannter) Ausnützung der Vertretungsmacht des Aufsichtsrates gewährte Vergütungen wegen Kollusion unwirksam sind.[318]

Damit sind die beiden Positionen einander aber ohnehin stark angenähert. Denn wenn – mit der mE überzeugenden Ansicht des OGH,[319] wonach nur bei *eklatanter*[320] Überschreitung des dem Aufsichtsrat durch § 78 Abs 1 AktG eingeräumten Ermessensspielraumes, dh bei *krass überhöhten* Vorstandsbezügen überhaupt *rechtswidriges* Handeln vorliegt, das den Aufsichtsrat verantwortlich macht[321], dann reduziert sich die Diskussion auf die Frage, ob diese Fälle gleich zu setzen sind mit dem Tatbestand der Kollusion, bei der das Geschäft unwirksam ist, der Gesellschaft daher notwendigerweise ein Schadenersatzanspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder und – parallel – ein Rückforderungsanspruch gegen das begünstigte Vorstandsmitglied zusteht.

Richtigerweise kann es keine oder kaum Fälle geben, in denen trotz krass überhöhter Vorstandsbezüge dem Vorstandsmitglied eine allfällige Unkenntnis dieses Umstandes nicht als grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.[322] Denn das Vorstandsmitglied darf nach mE zutreffender Meinung bei der Aushandlung seiner eigenen Vergütung nicht allein seine Interessen vertreten, sondern hat auch das Unternehmenswohl im Auge zu behalten, was es verbietet, sich eklatant überhöhte Vergütungen zusagen zu lassen.[323]

---

316 Vgl OGH 9 ObA 513/88 DRdA 1989, 417 – „VOEST-Manager-Pensionserkenntnis"; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 142; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/289; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 78 Rz 10.

317 *Krejci*, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991, 776 (778), vertritt diese Position aber nicht generell, sondern nur für spezielle Fälle wie Kollusion, Knebelung etc; insoweit sich zu Unrecht auf diesen berufend *Hörlsberger/Schröckenfux*, Können strafrechtliche Konsequenzen „zu hoher" Prämien an den Vorstand vermieden werden? ecolex 2004, 373 (375). Auch *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/289 ordnet *Krejci* nicht richtig in die Kategorie der generellen „Rückforderungsbefürworter" ein.

318 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/289; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 142; *Graf,* RdW 2007, 515 (516 f).

319 OGH 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*); vgl schon davor – aber nicht zu Vergütungsentscheidungen – OGH 1 Ob 144/01k GesRZ 2002, 86.

320 So auch *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 87 Rz 16.

321 So auch *Graf,* RdW 2007, 515 (516 f); *G. Schima* in FS Binder 817 ff, 827; aM *U. Torggler,* wbl 2008, 603 und *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/289 FN 144, die dem OGH in der E 7 Ob 58/08t vom 11.6.2008 eine *„kaum nachvollziehbare Haltung*" attestiert, dabei mE aber – wie *U. Torggler* – nicht berücksichtigt, dass es sich um eine unternehmerische Ermessensentscheidung handelt und der OGH mit der Formulierung – mE ganz zu Recht – zum Ausdruck bringen wollte, dass sich die Grenzen der (Un-)Angemessenheit auch nicht annähernd exakt bestimmen lassen (vgl dazu auch anschaulich *Lutter,* Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 733 [734 f]).

322 IdS auch *Graf*, RdW 2007, 515 (517).

323 Vgl *Kort* in GroßKommAktG[5] § 87 Rz 350 ff, der davon ausgeht, dass eine solche Haftung

Selbst in so einer Konstellation muss noch nicht strafrechtlich Untreue iSd § 153 StGB vorliegen. Schon wegen dem von der zitierten Norm geforderten qualifizierten Vorsatz der Wissentlichkeit (bezogen auf den Befugnismissbrauch) wird es Fälle geben, bei denen zwar zivilrechtliche Rechtswidrigkeit wegen grober Ermessensüberschreitung vorliegt, nicht aber der Straftatbestand des § 153 StGB verwirklicht ist. Eine Verantwortlichkeit des begünstigten Vorstandsmitgliedes als Beitragstäter nach den §§ 12, 14 iVm § 153 StGB kommt – zumindest für Österreich – entgegen der vom BGH in der Mannesmann-E[324] geäußerten Meinung, das Vorstandsmitglied träfe bei der Aushandlung seiner eigenen Vergütung keinerlei Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft,[325] mE vom Grundsatz her schon in Betracht. Voraussetzung ist freilich, dass das Vorstandsmitglied dem Befugnismissbrauch durch den unmittelbaren Täter für gewiss halten muss. **109**

Da Vorstandsvergütungen gerade in den letzten Jahren zu einem heiklen Thema geworden sind, bietet sich zur Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat bei heiklen Vergütungsentscheidungen § 103 Abs 2 AktG an. Diese Norm gibt dem Vorstand und bei dem der Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegenden Geschäften auch diesem die Möglichkeit, in einer Angelegenheit der Geschäftsführung die Hauptversammlung anzurufen,[326] die dann zwar nicht verpflichtend ist, zu entscheiden, im Falle einer Entscheidung aber den Vorstand bindet, ihm also ausnahmsweise eine Weisung erteilen kann.[327] Nach überzeugender Ansicht kann der Aufsichtsrat die Hauptversammlung nicht nur dann anrufen, wenn die Maßnahme der Geschäftsführung seiner Zustimmung bedarf, sondern auch wenn sie von vornherein in seine alleinige oder mit dem Vorstand geteilte Kompetenz fällt.[328] Das betrifft nicht nur den Abschluss von Geschäften mit Mitgliedern des Vorstandes (§ 97 AktG), sondern insbesondere auch die Ausübung der allein dem Aufsichtsrat vorbehaltenen Zuständigkeit zur Regelung der anstellungsvertraglichen Bedingungen (§ 75 Abs 1 AktG).

Haben Vorstand oder Aufsichtsrats „*aufgrund eines gesetzmäßigen Beschlusses der Hauptversammlung*" gehandelt, sind sie von der Haftung gegenüber der Gesellschaft befreit (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG).

---

nur in seltenen Fällen in Frage kommen wird; *Fleische*r in Spindler/Stilz, AktG § 87 Rz 29;; *Dreher,* Überformung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung von Straf- und Verwaltungsgerichten? AG 2006, 213 (219); *Lutter,* ZIP 2006, 733, 736; *Semler,* Mitverantwortung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft für die eigenen Vergütungen in FS Happ (2006) 277 (282 f); *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 120 mwN. Die Gegenansicht vertritt nunmehr *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 87 Rz 135 ff; auch *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 87 Rz 16 f vertritt die Ansicht, dass das Vorstandsmitglied nicht Pflichtenadressat von § 87 dAktG ist.

324 BGH 3 StR 470/04 BB 2006, 323 = ZIP 2005, 72; zu dieser aus österr Sicht ausführlich *G. Schima* in FS Binder 817 (843 ff); *G. Schima* in Baudenbacher/Kokott/Speitler, Aktuelle Entwicklungen 420 ff.

325 BGH 3 StR 470/04 ZIP 2006, 72 (81 f).

326 Vgl ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 16 ff; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 103 Rz 19 ff.

327 *Kalss* in Doralt/Nowotny/ Kalss, AktG[2] § 103 Rz 25; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 17 f mwN.

328 *G. Frotz* in FS Wagner 137 (140); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 103 Rz 21; aM *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 103 Rz 9.

Anders als nach der in Deutschland hM[329] darf hier nicht zu sehr am Gesetzeswortlaut geklebt werden, weshalb auch eine durch alle Aktionäre oder durch den Alleinaktionär ausgesprochene Billigung ausreicht, wie dies im GmbH-Recht seit langem anerkannt ist,[330] wo sogar ein formloses Zusammenwirken aller Gesellschafter als Gesellschafterbeschluss behandelt wird.[331] Nach hA in Österreich hat die Billigung des Verhaltens (des Vorstandes – oder wie hier – des Aufsichtsrates) durch alles Aktionäre die Wirkungen eines Hauptversammlungsbeschlusses.[332] Es darf dann aber nicht einmal eine kleine Minderheit fehlen.[333]

Es kommt für die Haftungsbefreiung auch nicht darauf an, ob die Hauptversammlung bzw die Gesamtheit der Aktionäre eine förmliche Weisung erteilt hat.[334] Die durch Hauptversammlungsbeschluss erfolgende (oder durch sämtliche Aktionäre erklärte) Billigung einer Maßnahme genügt aber nur dann, wenn diese *vor* Durchführung der Maßnahme bzw vor Abschluss des Geschäftes erfolgt.[335] Auch wenn man anderer Meinung ist, könnte bei Billigung des Verhaltens durch den Alleinaktionär oder alle Aktionäre das in Anspruch genommene Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen halten.[336]

c) Veröffentlichung der Vergütung

110 § 239 Abs 1 UGB (Pflichtangaben über Organe und Arbeitnehmer) bestimmt, dass mittelgroße und große Gesellschaften[337] im Anhang zum Jahresabschluss in Bezug auf die Vergütung von Organmitgliedern Folgendes anführen müssen:

---

329 *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 93 Rz 249; *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 26 Rz 43.

330 Vgl OGH 1 Ob 482/58 SZ 32/2; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 24 f, 242.

331 OGH 3 Ob 601/90 ecolex 1991, 394 (*Reich-Rohrwig*) – sogar bei Missachtung eines satzungsmäßigen Schriftformerfordernisses; OGH 5 Ob 553/87 RdW 1987, 371; OGH 7 Ob 633/95wbl 1996, 249; RIS-Justiz RS0059949, zuletzt in 8 ObA 49/11f; ebenso *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 26; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/278.

332 *Kastner,* Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaften in FS Schmitz I 87; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 238; *Frotz* in FS Wagner 136 ff, 149; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 238 f; *Nowotny*, in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 84 Rz 29; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/417; *Schlosser*, Organhaftung 17; aM *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 115. AA jetzt auch *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 93 Rz 367.

333 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 239.

334 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 84 Rz 29; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftrecht[5] 238; aA *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 93 Rz 367 unter Berufung auf die OGH-E 6 Ob 210/12v, die aber nicht einschlägig ist.

335 Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 239; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 84 Rz 29.

336 So die in D wohl hL: Vgl *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 26 Rz 43 mwN; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 83; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG § 84 Rz 223 mwN. § 93 Abs 4 dAktG wird insofern als gesetzliche Ausprägung bzw Fortentwicklung des Arglisteinwandes betrachtet (*Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 83). AA *Krieger/Seiler-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 93 Rz 60; *Hopt/M. Roth* in GroßKommAktG[5] § 93 Rz 479.

337 Zu den Größenklassen: § 221 Abs 2 UGB: Mittelgroß ist eine Gesellschaft, die mindestens zwei der folgenden Merkmale überschreitet: 5 Mio Bilanzsumme, 10 Mio Umsatzerlös,

- Z 3: die **Aufwendungen für Abfertigungen und Pensionen**, getrennt nach solchen für Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte gem § 80 Abs 1 AktG und für andere Arbeitnehmer;
- Z 4: die Bezüge der Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrates oder ähnlicher Einrichtungen gesondert für jede Personengruppe, und zwar:
  a) die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art)[338]
  b) die **Gesamtbezüge** (Abfindungen, Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art) der **früheren Mitglieder** der bezeichneten Organe und ihrer Hinterbliebenen; lit a ist entsprechend anzuwenden;
- Z 5: Aktienoptionen:
  a) Anzahl und Aufteilung der insgesamt und der im Geschäftsjahr eingeräumten Optionen auf Arbeitnehmer und leitende Angestellte sowie auf die namentlich anzuführenden Organmitglieder […];
  b) Anzahl, Aufteilung und Ausübungspreis der im Geschäftsjahr ausgeübten Optionen auf Arbeitnehmer und leitende Angestellte sowie auf die namentlich anzuführenden Organmitglieder; […].

Die Veröffentlichung der Summe der Bezüge der Organmitglieder bedeutet, dass das individuelle Gehalt der einzelnen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geheim bleiben darf. Zwar sind die Namen der aktiven Vorstandmitglieder bei mittelgroßen und großen Gesellschaften auch im Anhang zu veröffentlichen (§ 239 Abs 2 UGB), doch erfolgt keine individuelle Zuordnung von Bezügen. Nur bei der Veröffentlichung der eingeräumten oder ausgeübten Aktionenoptionen erfolgt eine persönliche Zuordnung zu den einzelnen Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat.[339]

Bei börsenotierten Aktiengesellschaften sieht § 243 Abs 2 Z 3 UGB hingegen vor, dass im Corporate Governance Bericht auch die Gesamtbezüge der *einzelnen* Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder (gem § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB), sowie die Grundsätze der Vergütungspolitik offengelegt werden müssen. Die Verpflichtung zur Einzelangabe der Vorstandsbezüge war bis zur Novellierung der Bestimmung im UGB durch das 2. StabilitätsG 2012[340] nur als C-Regel 31 im ÖCGK enthalten; seither ist sie jedoch gesetzlich vorgeschrieben und verpflichtend. Die „Schutzklausel" des § 242 Abs 4 UGB, wonach eine Veröffentlichung bei weniger als drei betroffenen Personen unterbleiben darf, kommt für börsenotierte Gesellschaften

---

beschäftigt durchschnittlich 50 Arbeitnehmer im Jahr; und mindestens zwei der folgenden Merkmale nicht überschreitet: 20 Mio Bilanzsumme, 40 Mio Umsatzerlöse, beschäftigt durchschnittlich 250 Arbeitnehmer im Jahr. § 221 Abs 3 UGB: Groß ist eine Kapitalgesellschaft, die mindestens zwei der drei genannten Merkmale überschreitet: 20 Mio Bilanzsumme, 40 Mio Umsatzerlöse, beschäftigt durchschnittlich 250 Arbeitnehmer im Jahr. „Unternehmen von öffentlichem Interesse" sind immer große Kapitalgesellschaften. Gemäß der Definition des § 189a Z 1 UGB sind folgende Unternehmen „von öffentlichem Interesse": kapitalmarktorientierte Unternehmen, Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, sowie Unternehmen, die ein Bundesgesetz als solche bezeichnet.

338 Dies entspricht genau der Aufzählung der Bezüge in § 78 Abs 1 AktG.

339 *Ch. Nowotny* in Straube, UGB UGB II/RLG[3] § 239 Rz 47c, 47e.

340 BGBl I 2012/35.

explizit nicht zur Anwendung. Die Einzelveröffentlichung von Vorstandsbezügen dient der Information der Aktionäre.[341]

d) Feste und variable Bezüge (Bonifikationen)

111 Zu den Festbezügen gehören nicht nur das (monatliche bzw jährliche) Grundgehalt, sondern alle Zahlungen, die nicht leistungsbezogen sind, und regelmäßig anfallen, so zB Urlaubs- und Weihnachtsgeld,[342] die Bereitstellung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung (Sachbezug) oder die Übernahme einer Versicherungsprämie oder eines Zuschusses zu einer privaten Krankenversicherung durch die Gesellschaft. Das mit dem Vorstandsmitglied vereinbarte Fixgehalt ist häufig die Bemessungsgrundlage für Abfertigungsansprüche.

Wertsicherungsklauseln können Teil des Vorstandsvertrages sein; dem Aufsichtsrat ist aber eine automatische Valorisierung eher nicht zu empfehlen, weil er sich uU einen sinnvollen Gestaltungsspielraum gibt.

112 Variable Vergütungsbestandteile können gemäß § 77 AktG als Gewinnbeteiligungen gewährt werden, die *„in einem Anteil am Jahresüberschuss zu bestehen haben"*. Diese Formulierung wird weit ausgelegt und die hL anerkennt daher die Zulässigkeit von Prämienmodellen (Tantiemen),[343] denen Kriterien zugrunde liegen, die sich im Jahresüberschuss (zumindest) auswirken. Dazu gehören zB Cash-Flow bezogene Kennzahlen; ROI, sowie der Abbau von negativen Erfolgsbeiträgen, dividendenbezogene oder auf Kurzziele abstellende („phantom shares"; „stock appreciation rights", „stock option plans") Vereinbarungen.[344] Unzulässig und teilnichtig werden hingegen rein vom Umsatz abhängige Prämien oder die Berücksichtigung der Auflösung von Gewinnrücklagen aus zB konzerninternen Transkationen sein.[345]

113 Der ÖCGK enthält va für variable Bezüge eine Reihe von Empfehlungen.[346] C-Regel 27 dritter Satz empfiehlt, dass grundsätzlich variable Vergütungen im Anstellungsvertrag festgelegt werden sollen. Die variablen Vergütungsbestandteile sollen C-Regel 27 zufolge insbesondere an *„nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien"* anknüpfen und *„dürfen nicht zur Eingehung unangemessener Risiken verleiten"*.[347] Für variable Vergütungsbestandteile sollen *„messbare Leistungskriterien sowie betraglich oder als Prozentsätze der fixen Vergütungsteile bestimmte Höchstgrenzen im Voraus festgelegt"* werden. Außerdem empfiehlt C-Regel 27 ein vertragliches Rückforderungsrecht der Gesellschaft, *„wenn diese auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten ausgezahlt wurden"*. Ein derartiges Recht ergibt sich freilich bei einer solchen Sachlage schon aus allgemeinen zivil- oder sogar strafrechtlichen Erwägungen.

---

341 Vgl *Geirhofer* in U. Torggler, UGB (2013) § 243b Rz 14.

342 *Raguß*, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft 123.

343 *Raguß*, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft 126 f.

344 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 77–84 Rz 152; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 77 Rz 1 ff; einschränkend BGH 10.3.2003, II ZR 163/02 BB 2003, 917.

345 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 77–84 Rz 152; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 77 Rz 3.

346 Vgl dazu *Schenz/Eberhartinger*, Die Regelung der Managergehälter im Österreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 209; *Haberer/Kraus*, GeS 2010, (16 f).

347 Vgl die gleichlautende Formulierung in § 4 Abs 1 FinStAG-VO, BGBl II 2008/382.

Die Nachhaltigkeit bei der variablen Vorstandsvergütung soll bei ATX-Unternehmen (45 %) meist mittels Verknüpfung zumindest eines Vergütungsbestandteils mit dem Aktienkurs erreicht werden.[348] Sogenannte Long-Term-Incentive-Programs (LTIP) werden bereits von 40 % der ATX-Unternehmen angewandt, meist in Kombination mit Eigeninvestment und einer Laufzeit von drei Jahren.[349]

114 Variable Vergütungsbestandteile werden üblicherweise nicht für die gesamte Laufzeit des Anstellungsvertrages festgelegt, sondern in jährlichen Zielvereinbarungen zwischen dem Vorstandsmitglied und dem Aufsichtsrat (bzw dem Vergütungsausschuss) definiert. So kann die Anknüpfung der variablen Vergütungsbestandteile an bestimmte Parameter regelmäßig an die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens, an die Leistung oder die Aufgabe des Vorstandsmitgliedes und die jeweils aktuellen Umstände angepasst werden.

Je nach Formulierung der Vergütungsvereinbarung werden die Zielparameter für die variable Vergütung jährlich entweder einseitig vom Aufsichtsrat vorgegeben oder in einer Zielvereinbarung zwischen dem Vorstandsmitglied und dem Aufsichtsrat (Vergütungsausschuss) einvernehmlich festgelegt. Das bedeutet, dass beide Parteien rechtzeitig vor Beginn eines Geschäftsjahres (oder zu dem im Vertrag angegebenen Zeitpunkt) in Verhandlungen über die neuen Parameter treten und sich über deren Festlegung einigen müssen. Wenn keine Zielvereinbarung zustande kommt, bedeutet dies idR nicht, dass das Vorstandsmitglied deswegen keinen Anspruch auf eine Bonifikation hat.[350] Ratsam ist es, für den Fall des Scheiterns der Zielvereinbarung vertraglich vorzusorgen, indem zB die Vereinbarung des Vorjahres weitergilt, ein vorab festgelegter Zweifelswert für die Parameter angenommen wird, oä. ME kann auf die Grundwertung des § 1152 ABGB zurückgegriffen werden, wonach mangels einer Entgeltvereinbarung ein *angemessenes* Entgelt zu zahlen ist, sofern nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde.[351]

e) Fringe benefits

115 Vorstandsverträge enthalten regelmäßig auch Sachbezüge und sonstige Nebenleistungen wie zB einen privat nutzbaren Dienstwagen, eine Dienstwohnung, Zuschüsse zu Versicherungen, Vergünstigungen beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen etc. Auch solche Leistungen sollten aus der Sicht des Aufsichtsrates genau vertraglich geregelt werden, insbesondere im Hinblick auf die Beendigung der Vorstandstätigkeit oder die Widerruflichkeit.[352] Auch für die Nebenleistungen gilt das Angemessenheitsgebot des § 78 Abs 1 AktG. Zwar ist die Angemessenheit an den Gesamtbezügen zu messen, sodass ein Vorstandsmitglied sehr wohl einen unangemessen luxuriösen Dienstwagen und in einer unüblich großen luxuriösen Dienstvilla wohnen darf, sich dies aber bei den sonstigen Bezügen dämpfend auszuwirken hat.[353]

---

348 Studie der AK-Wien, Vorstandsvergütung in den ATX-Unternehmen 2013/2014, 18 f.

349 Studie der AK-Wien, Vorstandsvergütung in den ATX-Unternehmen 2013/2014, 20.

350 Vgl aber die OGH-E vom 17.12.2012, 9 ObA 111/12g und die Kritik bei *Körber-Risak/G. Schima*, Einseitige Eingriffe in und Ablaufstörungen bei erfolgsbezogenen Vergütungen, ZAS 2013/11, 59 (67).

351 So schon *Körber-Risak/G. Schima*, ZAS 2013/11, 59 (67 f).

352 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 81.

353 Vgl dazu ausführlich *Kalss*, Die Vergütung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft in FS Reich-Rohrwig (2014) 253 (257).

116 Dienstwagenregelungen wird in Vorstandsverträgen meist überproportionale Aufmerksamkeit gewidmet. Dass das Vorstandsmitglied die Lohnsteuer trägt, die sich aus dem für die Privatnutzung anzusetzenden Sachbezugswert[354] ergibt, versteht sich von selbst, wird aber in den Verträgen meist ausdrücklich festgehalten. Genauer geregelt werden sollte das Ausmaß der von der Gesellschaft übernommenen Betriebs- und sonstigen Kosten und die Frage, wer außer dem Vorstandsmitglied das Fahrzeug noch benutzen darf (Familienangehörige). Sinnvoll ist es auch, zu regeln, unter welchen Bedingungen die Gesellschaft dem Vorstandsmitglied das Fahrzeug etwas bei Dienstfreistellung entziehen kann.[355] Wegen der niedrigen vertraglichen Begrenzung des steuerlichen Sachbezugswertes mit monatlich maximal EUR 960,-[356] bzw bei emissionslosen Autos sogar EUR 0,- sind Dienstwagenklauseln steuerlich ebenso interessant wie die Zurverfügungstellung von Dienstwohnungen.

117 Bei Dienstwohnungsvereinbarungen hat die Gesellschaft darauf zu achten, dass kein Schutz nach dem MRG begründet wird, was bei entsprechender Vertragsgestaltung aber nicht schwierig ist.[357] Der Dienstvertrag muss Vertragsgrundlage des Mietvertrages sein, was nicht unbedingt bedeutet, dass das Vorstandsmitglied bei Beendigung des Dienstverhältnisses die Wohnung räumen muss.[358] Ergibt sich aufgrund der Festlegung von für das Vorstandsmitglied besonders günstigen Konditionen ein Vermögensvorteil in Höhe der Differenz zwischen Verkehrswert und Kaufpreis, liegt ein lohnsteuerpflichtiger Vorteil aus dem Dienstverhältnis vor;[359] erfolgt die Veräußerung an Familienangehörige, ist ein lohnsteuerpflichtiger Bezug mE nur dann denkbar, wenn dadurch das (Ex-)Vorstandsmitglied von einer (Unterhalts-) Verpflichtung entlastet wurde.

118 Üblicher Standard in Vorstandsverträgen sind private Kranken-, Unfall- und Lebensversicherungen, wobei das Vorstandsmitglied idR berechtigt wird, den oder die Begünstigten für den Todesfall zu bestimmen. Dies ist nicht unbedeutend, weil Lebensversicherungsverträge, denen zufolge im Ablebensfalle die Versicherungssumme an eine bestimmte Person (Begünstigter) ausgezahlt werden soll, nach überwiegender Ansicht nicht in den Nachlass fallen.[360]

---

354 Vgl die Novelle der Sachbezugswerteverordnung (BGBl II 2015/243), die mit Wirksamkeit ab 1.1.2016 eine Erhöhung der bisherigen Sachbezugswerte von 1,5% auf 2% der tatsächlichen Anschaffungskosten, dh maximal EUR 960 vorsieht, und außerdem Vergünstigungen für Fahrzeuge mit niedrigem CO_2-Ausstoß bzw einen Sachbezugswert von Null für Fahrzeuge ohne CO_2-Emissionen, dh Elektrofahrzeuge. Vgl dazu überblicksartig Sachbezugsverordnung – Kfz-Sachbezug, BBi 2015 H 10, 4.

355 Ist im Vertrag dazu nichts geregelt, trifft die Gesellschaft uU die Verpflichtung, dem Vorstandsmitglied bei Entzug des Dienstwagens während der Dienstfreistellung den Entgang der Privatnutzung zu ersetzen (vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 82).

356 Diese Beträge liegen weit unter jenen monatlichen Kosten, die für die Anschaffung bzw das Leasing inklusive Versicherung und Unterhaltung selbst eines Mittelklasse-PkW a la Audi A4, 3er-BMW oder C-Klasse Mercedes anfallen.

357 Dazu genauer *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 84 ff.

358 *Prader*, MRG[4.09] § 1 E 180, E 193/1.

359 Vorstandsmitglieder einer AG werden – obwohl im arbeitsrechtlichen Sinne keine Arbeitnehmer – steuerlich als Dienstnehmer behandelt, sofern sie die Beteiligungsgrenze des § 22 Z 2 EStG (25 %) nicht überschreiten. Im Detail *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 73 ff.

360 Vgl §§ 166 Abs 2, 167 Abs 2 Satz 2 VersG; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 531 Rz 11;

f) Vertragliche Abfertigung und BMSVG

Vorstandsmitglieder unterlagen mangels Arbeitnehmereigenschaft nicht dem System der „Abfertigung alt" des § 23 AngG. Üblich waren aber früher vertragliche Abfertigungsregelungen, die oft § 23 AngG nachgebildet waren. **119**

Für Arbeitsverträge, die nach dem 31.12.2002 abgeschlossen wurden, gilt das Abfertigungsregime des BMSVG (Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorge Gesetz), in das auch Vorstandsmitglieder und freie Dienstnehmer seit 1.1.2008 einbezogen werden (§ 1 Abs 1a BMSVG). Bei Vorstandsmitgliedern, die aufgrund eines vor dem 1. Jänner 2003 geschlossenen und daher noch nicht unter die Geltung des BMSVG fallenden Arbeitsvertrages Arbeitnehmer der Gesellschaft geworden und später zum Vorstandsmitglied bestellt worden sind, ist in der Praxis die übliche Durchrechnung der Abfertigung, also das Unterbleiben einer Auszahlung samt Berücksichtigung der Vorstandszeiten (und der damit idR einhergehenden Entgelterhöhung) rechtlich zulässig und mit § 40 AngG vereinbar, weil sie für den Betroffenen günstiger ist als die Auszahlung der Abfertigung bei Bestellung zum Vorstandsmitglied.[361]

Bei der Gestaltung vertraglicher Abfertigungen in Vorstandsverträgen sind die Vertragspartner nach wie vor nicht an die inhaltlichen Vorgaben des § 23 AngG gebunden, weil diese gesetzliche Regelung für Vorstandsverträge nicht gilt und nie galt. Die Abfertigung kann daher zB auch nur auf der Basis des Festbezuges ohne Einbeziehung variabler Vergütungen berechnet werden. Bei der Regelung jener Beendigungsgründe, bei deren Vorliegen die Abfertigung nicht gebühren soll, empfiehlt sich eine Bedachtnahme auf den Umstand, dass der Anstellungsvertrag vom Gesetz her befristet sein muss. Eine Dienstgeber- oder Dienstnehmerkündigung gibt es daher nicht notwendigerweise (und wenn keine Kündigungsklauseln vereinbart sind, überhaupt nicht). Es ist daher zu bedenken, dass die Ablehnung der Wiederbestellung durch Vorstandsmitglied trotz mindestens gleichwertiger Konditionen einer „Dienstnehmerkündigung" gleichzuhalten und die Verweigerung der Wiederbestellung durch den Aufsichtsrat trotz Bereitschaft des Vorstandsmitgliedes wie eine „Dienstgeberkündigung" anzusehen sind.

Für die dem BMSVG nunmehr unterliegenden Dienstverhältnisse und eben auch Vorstandsdienstverträge muss die Gesellschaft gem § 6 BMSVG einen laufenden Beitrag in Höhe von 1,53 % des sozialversicherungspflichtigen Entgelts iSd § 49 ASVG[362] zahlen, mit dem die Abfertigung finanziert wird. Nur Beiträge in diesem Ausmaß sind steuer- und sozialversicherungsfrei.[363] Berechnungsgrundla- **120**

Zankl, Lebensversicherung und Nachlass, NZ 1985, 82 f; OGH, 1 Ob 555/86, JBl 1987, 46 (48); RIS-Justiz RS0007845, zuletzt in OGH 1 Ob 61/15z.

361 OGH 9 Ob S 6/89 ZAS 1989, 205 (*G. Schima*) = GesRZ 1989, 221 = wbl 1989, 377; ausführlich *G. Schima,* Abfertigungsregelungen in Vorstandsverträgen, in Runggaldier, Abfertigungsrecht (1991) 409 ff. Für die Sicherung von Abfertigungsansprüchen von Arbeitnehmern, die später zu Organmitgliedern bestellt wurden, wird hingegen die zuletzt als Arbeitnehmer bezogene Entgelthöhe für das Insolvenzausfallsgeld eingefroren und werden nur Zeiten berücksichtigt, in denen die Person nicht Organmitglied war (OGH 8 Ob S 6/07a Arb 12.664 = ARD 5793/4/2007).

362 Zum sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff vgl VwGH 22.10.1991, 90/08/0189; VwGH ÖJZ 1973, 193.

363 *Schindler*, Ansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap XX Rz 93 und 94.

ge sind daher alle sozialversicherungspflichtigen Bezüge unter Außerachtlassung der Geringfügigkeitsgrenze und der Höchstbeitragsgrundlage.[364]

121 Gemäß der Übergangsvorschrift des § 73 Abs 7 BMSVG[365] bleiben Vorstandsmitglieder, die am 31. Dezember 2007 in einem aufrechten freien Dienstverhältnis standen und deren Anstellungsvertrag eine freiwillige Abfertigungsregelung enthält, die spätestens am 31. Dezember 2007 begründet worden sein muss, weiterhin vom BMSVG ausgenommen und haben nach wie vor (nur) Anspruch auf die ihnen vertraglich zugesagte freiwillige Abfertigung.[366]

Die vertraglich vereinbarte Abfertigung muss zwar spätestens vor dem 31. Dezember 2007 vereinbart worden sein, wobei aber der im Zusammenhang mit der Bestellung und deren Annahme typischerweise getroffene Grundkonsens über die Entgeltfragen mit oder ohne vertragliche Abfertigung ausreicht und der formelle Abschluss des Anstellungsvertrages mE auch nach dem 31. Dezember 2007 erfolgt sein darf, ohne dass bei Existenz einer vertraglichen Abfertigung eine Anwendung des BMSVG begründet wird.

Das Gesetz stellt nicht darauf ab, *wie* die vertragliche Abfertigungsregelung des Vorstandsmitgliedes genau beschaffen ist. *Jede* Abfertigungsregelung, dh auch eine im Niveau hinter § 23 AngG (weit) zurückbleibende[367] Regelung, schließt daher die Anwendung des BMSVG aus.

122 Für Anstellungsverträge im Anwendungsbereich des StellenbesetzungsG enthält die SchablonenVO gewisse Beschränkungen für die Vereinbarung von vertraglichen Abfertigungen. Gem § 2 Abs 3 Z 14 SchablonenVO darf eine vertragliche Abfertigung nur so ausgestaltet werden, dass sie die im AngG geregelte maximale Abfertigung nicht übersteigt. Findet auf den Anstellungsvertrag das

---

364 Bereits während des Begutachtungsverfahrens wurden Stimmen laut, dass diese Regelung die Dienstgeber bzw Vertragspartner von unselbständig Beschäftigten sowie nach den Bestimmungen des ASVG Versicherten gegenüber den GSVG-Versicherten in einer verfassungswidrigen Weise benachteilige. Denn während das BMSVG, wie gesagt, die Höchstbeitragsgrundlage des ASVG nicht berücksichtigt (§ 6 Abs 5 BMSVG), verweist § 52 Abs 3 BMSVG für die Beitragsgrundlage der GSVG-Versicherten auf die §§ 25, 26 sowie 35b GSVG und schließt somit die Höchstbeitragsgrundlage (§ 25 Abs 5 GSVG) mit ein. Dadurch werden in der Folge die nach den Bestimmungen des ASVG versicherten Dienstnehmer höhere Leistungen aus der BMSVG-Pensionskasse als die GSVG-Versicherten erhalten; eine sachliche Rechtfertigung dieser Differenzierung lässt sich hierfür mE nicht ins Treffen führen.

365 Der genaue Wortlaut der Regelung lautet wie folgt:
„[…] § 1 Abs 1a findet auf zum 31. Dezember 2007 bestehende freie Dienstverhältnisse mit vertraglich festgelegten Abfertigungsansprüchen sowie auf unmittelbar nachfolgende mit demselben Dienstgeber oder einem Dienstgeber im Konzern (§ 46 Abs 3 Z 2) abgeschlossene freie Dienstverhältnisse mit solchen Abfertigungsansprüchen keine Anwendung."

366 Dazu ausführlich *G. Schima/Eichmeyer*, Einbeziehung von Vorstandsmitgliedern in das System der Abfertigung neu, RdW 2008, 154.

367 Praktische Relevanz hat dieser Umstand in Bezug auf Vorstandsverträge insbesondere hinsichtlich der dort nicht unüblichen Regelung (vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 241, 257 f), dass in die Bemessung der Abfertigung nur der feste Bezug, nicht aber eine Bonifikation oder ein sonstiger erfolgsbezogener Vergütungsbestandteil, einbezogen wird. Eine solche Bestimmung verstieße bei Arbeitnehmern gegen § 23 Abs 1 AngG (im Sinne der stRsp des OGH zu dieser Norm).

BMSVG Anwendung, darf zusätzlich gar keine vertragliche Abfertigung mehr vereinbart werden (§ 2 Abs 3 Z 14 lit c SchablonenVO).[368]

Vorstandsmitglieder, die erst seit dem 1.1.2008 eine Funktion in einem rechnungshofkontrollierten Unternehmen begonnen haben und für die daher Beiträge nach dem BMSVG abgeführt werden, dürfen in ihren Anstellungsverträgen somit keine zusätzliche vertragliche Abfertigung vereinbaren.

g) Change of Control-Klauseln

123 Change of Control-Klauseln wurden in den letzten Jahren auch in Österreich immer häufiger Bestandteil von Vorstands-, aber auch Geschäftsführerverträgen.[369]

Die typische Change of Control-Klausel sieht meist folgendermaßen aus: dem Vorstandsmitglied/Geschäftsführer wird das Recht eingeräumt, binnen einer bestimmten, sich üblicherweise zwischen drei und sechs Monaten bewegenden Frist ab Eintritt eines (sinnvollerweise möglichst exakt zu definierenden)[370] Eigentümer- bzw Kontrollwechsels[371] durch einseitige Erklärung (also Rücktritt), die ebenfalls unter einer Einhaltung einer Frist zu erfolgen hat, das Mandat und den Anstellungsvertrag zu beenden, wobei die finanziellen Konsequenzen in der Praxis am ehesten den Rechtsfolgen wie bei Beendigung des Mandats und des Anstellungsvertrages durch die Gesellschaft ohne Verschulden des Organmitgliedes angenähert sind (oder im Einzelfall auch noch darüber hinaus gehen).

Die vertraglichen Gestaltungen können vielfältig sein. In einem auf unbefristete Zeit abgeschlossenen GmbH-Geschäftsführervertrag kann die Klausel uU bloß vorsehen, dass bei kontrollwechselbedingtem Rücktritt dem Geschäftsführer die Abfertigung gebührt (die, wenn es sich um eine Abfertigung alt handelt, bei Dienstnehmerkündigung nach § 23 Abs 7 AngG verfallen würde); ebenso ist es aber denkbar, dass in einem Vorstandsvertrag vorgesehen wird, dass bei Rücktritt aufgrund Kontrollwechsels dem Vorstandsmitglied die gesamte Restlaufzeit als Barabfindung ausgezahlt wird. Diese Abfindung kann im Vertrag sowohl mit einer Untergrenze (falls die Restlaufzeit nur mehr gering ist) als auch mit einer Obergrenze versehen werden. Letztere wird in der Praxis vor allem bei börsenotierten

---

368 Diese letzte Bestimmung trat mit der Veröffentlichung im BGBl II 66/2011 am 24.2.2011 in Kraft.

369 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 138; *G. Schima* in FS Binder 817 (836 ff); vgl für Deutschland zB *Dreher,* Change of Control-Klauseln bei Aktiengesellschaften, AG 2002, 214; *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 178 ff, der Change in Control-Klauseln bei erstmaligem Kontrollerwerb in einer bis dahin unabhängigen Gesellschaft und Change of Control-Klauseln bei Kontrollwechsel unterscheidet. Gut formulierte Klauseln sollten *beide* Fälle abdecken

370 Darauf verweist auch zu Recht *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 180.

371 In Anbetracht der in Österreich mit der ÜbG-Novelle 2006 vollzogenen Ersetzung eines materiellen Kontrollbegriffes durch einen formellen Kontrollbegriff, der bei einer 30%igen Beteiligung ansetzt, ist es aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes einer börsenotierten Aktiengesellschaft *nicht empfehlenswert*, den Kontrollwechsel anstellungsvertraglich an den übernahmegesetzlichen Kontrollwechseltatbestand zu knüpfen. Denn wie auch die österreichische Praxis seit der Novelle zeigt, lassen sich börsenotierte Aktiengesellschaften bei entsprechendem Streubesitz und in Anbetracht der niedrigen Hauptversammlungspräsenz auch mit (uU deutlich) unter 30%iger Beteiligung beherrschen.

Unternehmen in Anlehnung an die Empfehlung der C-Regel 27a ÖCGK[372] nicht selten mit zwei Gesamt-Jahresvergütungen eingezogen.

124 Change of Control-Klauseln verfolgen vor allem bei börsenotierten Gesellschaften den Zweck, dem Vorstandsmitglied die unbefangene Beurteilung eines Übernahmeversuches zu ermöglichen, es also davon abzuhalten, gegen den neuen Groß- oder Mehrheitsaktionär nur deshalb Stellung zu beziehen, weil das Vorstandsmitglied den Amtsverlust und die Ersetzung durch eine von neuen Eigentümern bestellte Geschäftsführung zu fürchten hat.[373] Daneben soll die Change of Control-Klausel aber auch schlicht dem Vorstandsmitglied einen finanziell gut gepolsterten Ausstieg ermöglichen, wenn sich gleichsam die Identität seines Ansprechpartners in einer vom Vorstandsmitglied möglicherweise als unangenehm empfundenen Form ändert.

Zu messen sind Change of Control-Klauseln letztlich nur (aber immerhin) am *Angemessenheitsgebot* des § 78 Abs 1 AktG (bzw § 87 Abs 1 dAktG). Die von *Martens*[374] in Deutschland geäußerten Bedenken weisen letztlich ebenfalls nur auf das aktienrechtliche Angemessenheitsgebot hin. Es handelt sich um eine Maßfrage.

Nicht gefolgt werden kann daher auch der Meinung, wonach im Allgemeinen die Gewährung von über die Auszahlung des Anstellungsvertrages hinausgehenden Vergütungen im Wege einer Change of Control-Klausel nicht gerechtfertigt sei.[375]

125 Zumindest unter dem Blickwinkel der Mannesmann-E des BGH (dazu unten im Kapitel „Anerkennungsprämien") sind solche Change of Control-Klauseln zumindest heikler, die erst nachträglich oder dann vertraglich verankert werden, wenn ein Übernahmeversuch sich bereits abzeichnet[376] oder gar schon erfolgt ist.[377]

Eine generelle Unzulässigkeit solcher nachträglich implementierter Change of Control-Klauseln kann man mE aber selbst aus dem Mannesmann-Erk nicht einmal dann ableiten, wenn die Klausel bei einem sich schon abzeichnenden Übernahmeversuch vereinbart wird. Denn auch in einer solchen Situation kann ein ganz konkretes und zukunftsbezogenes Interesse der Zielgesellschaft und ihrer Aktionäre darin bestehen, dass der Vorstand in dieser heiklen Phase möglichst frei von überwiegend finanziell motivierten Ängsten um seine berufliche Zukunft agiert.[378]

---

372 Vgl zu den Hintergründen dieser Regelung *G. Schima* in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance 246 (255 ff).

373 Zutr *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005) 155 (170); *Kort*, AG 2006, 108; *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 178.

374 *Martens*, Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand, ZHR 169 (2005) 124 (139 ff).

375 IdS *Lutter,* Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 733 (737).

376 Diesbezüglich ohne Bedenken *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 179 mwN.

377 Vgl *Kort,* AG 2006, 108; auch diesbezüglich ohne Bedenken dagegen *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005), 155 (171).

378 *Fonk* (in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 179) und *Hoffmann-Becking* (ZHR 169 [2005] 155 [171]) betonen, dass gerade in einer solchen Konstellation der Zweck der Change of Control-Klausel besonders einleuchtend sei.

Im Auge behalten muss der Aufsichtsrat bei der Implementierung von Change of Control-Klauseln nicht nur, aber insbesondere bei der börsenotierten AG, dass es eine Führungslosigkeit der Gesellschaft zu vermeiden gilt. Es muss darauf geachtet werden, ausreichend lange Rücktrittsfristen vorzusehen, damit einerseits sämtliche Mitglieder des Vorstandes die Change of Control-Klausel in Anspruch nehmen können, ein überfallsartiger Kollektivrücktritt des gesamten Vorstandes andererseits aber vermieden wird. Denn auch ein strategischer Investor, der eigenes Führungspersonal einbringt, ist gegen die plötzliche Führungslosigkeit nicht leicht gewappnet. In einer solchen Vorgangsweise könnte uU auch ein Verstoß gegen das übernahmerechtliche Verhinderungsverbot (§ 12 ÜbG) liegen. Eine Drei-Monats-Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts wird wohl die Untergrenze sein; besser sind sechs Monate.[379]

h) Nachlaufklauseln

126 Der Umstand, dass Vorstandsverträge in der AG gesetzlich befristet sind, schafft für das Vorstandsmitglied zumindest theoretisch (wenn auch nur bei schlechter Corporate Governance des Aufsichtsrates) die Gefahr, erst sehr kurzfristig zu erfahren, ob der Aufsichtsrat eine Verlängerung der Amtsperiode (Wiederbestellung) wünscht.

Um Vorstandsmitgliedern als wirtschaftliches Äquivalent zu einer angemessenen Kündigungsfrist, wie sie in unbefristeten Verträgen notwendigerweise vereinbart wird, zu sichern, haben sich in der Praxis sogenannte „Nachlaufklauseln" herausgebildet. Sie sehen typischerweise vor, dass die Pflicht der Gesellschaft zur Zahlung der (zumindest festen) Vorstandsbezüge sich um einen bestimmten Zeitraum (in der Praxis sind sechs Monate nicht unüblich) verlängert, wenn der Aufsichtsrat nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Mandatsende (zB ebenfalls sechs Monate) dem Vorstandsmitglied mitteilt, dass eine Wiederbestellung beabsichtigt ist oder nicht. Die Zahlung schuldet die Gesellschaft dann, wenn der Aufsichtsrat entweder die Mitteilung unterlässt und es dann nicht zur Wiederbestellung kommt oder die Wiederbestellung signalisiert und diese dann unterbleibt.[380]

„Nachlaufklauseln" sind, sofern maßvoll und damit nicht mit dem Angemessenheitsgebot des § 78 Abs 1 AktG bzw § 87 dAktG in Konflikt geratend,[381] unbedenklich. Jene Einwände gegen die Zulässigkeit solcher Klauseln, die eine „Beschränkung der Entschlussfreiheit" des Aufsichtsrates monieren,[382] verkennen mE erstens den Sinn und Zweck solcher Regelungen und geraten außerdem in unlösbare Wertungswidersprüche zu diversen anderen Vergütungsbestandteilen,

---

379 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 141.

380 *Fonk* in in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 216 beschreibt hingegen Klauseln, in denen sich die Gesellschaft „verpflichtet", bis zu einem bestimmten Tag vor Ablauf des Mandats über die Wiederbestellung zu entscheiden. Damit wäre keine Rechtspflicht der Gesellschaft verbunden, sondern es handelt sich um eine reine Absichtserklärung. Bei Fristversäumnis oder widersprüchlichem Handeln des Aufsichtsrates kommen Schadenersatzansprüche des Vorstandsmitglieds in Betracht. Wirksamer, weil mit konkreten finanziellen Konsequenzen verbunden, ist sicherlich die hier beschriebene Art der Nachlaufklausel.

381 Zutr *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[3] § 9 Rz 132.

382 Vgl *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 78, der aber gegen die hier behandelten Vereinbarungen nichts einzuwenden haben dürfte.

gegen deren grundsätzliche Zulässigkeit bisher zu Recht kein Einwand erhoben wurde (zB Pensionsregelungen oder die gerade behandelten Change of Control-Klauseln).

i) Barabfindung der Restlaufzeit

127 Wenn die Gesellschaft sich von einem Vorstandsmitglied ohne dessen Verschulden trennen möchte, steht sie regelmäßig vor dem Problem, dass das Vorstandsmitglied üblicherweise die Auszahlung des Vertrages, dh die Abfindung der Restlaufzeit und allfällige sonstiger Ansprüche begehrt. Kündigungsklauseln (und noch stärker natürlich Koppelungsklauseln) können die finanzielle Last der Gesellschaft deutlich lindern, dies aber auch nur dann, wenn Hauptversammlung und Aufsichtsrat bereit sind, das Vorstandsmitglied nach § 75 Abs 4, 3. Fall AktG, also wegen eines Misstrauensvotums der Hauptversammlung abzuberufen. Denn ohne wirksame Abberufung kommen Kündigungs- und Koppelungsklauseln gar nicht zur Anwendung. In börsenotierten Gesellschaften kommt ein Misstrauensvotum der Hauptversammlung fast nie vor, sodass in solchen Fällen auch vereinbarte Kündigungs- und Koppelungsklauseln der Gesellschaft in den Trennungsverhandlungen mit nicht mehr gewollten, aber nicht pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitgliedern kaum helfen, sodass im Ergebnis hohe Abfindungen ausgezahlt werden, die sich mehr an der restlichen Mandatsdauer als an der Dauer einer vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist orientieren. Die österreichische Praxis ist reich an derartigen Fallgestaltungen, die in der nur unzureichend informierten Öffentlichkeit meist auf Unverständnis stoßen.

Die Barabfindung der Restlaufzeit für den Fall vorzeitiger Mandatsbeendigung kann schon im Anstellungsvertrag vereinbart sein, was in Österreich selten vorkommt, gleichwohl rechtlich unbedenklich und aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes sehr empfehlenswert ist. Die Gesellschaft verzichtet damit vorweg auf die ihr zustehende Möglichkeit, für den Zeitraum zwischen Beendigung des Mandats und des Anstellungsvertrages, in dem des (ehemalige) Vorstandsmitglied keine Tätigkeitspflicht mehr trifft, anderweitig erzieltes Erwerbseinkommen oder absichtlich versäumten Erwerb des Vorstandsmitglieds gem § 1155 ABGB anzurechnen.[383] Die Zulässigkeit einer im Anstellungsvertrag vereinbarten Abfindung der gesamten Restlaufzeit ist auch dann nicht in Zweifel zu ziehen, wenn mit der Abfindung die von der EU-Kommission[384] empfohlene Grenze von zwei festen Jahresvergütungen oder die in C-Regel 27a ÖCGK empfohlene Grenze von zwei Gesamtjahresvergütungen überschritten wird. Börsenotierte und den Kodex einhaltende Gesellschaften müssten eine Abweichung von C-Regel 27a freilich öffentlich kommunizieren.

Grundsätzlich dasselbe gilt für nicht anstellungsvertraglich vorgesehene, aber im Zuge der Trennungsverhandlungen ad hoc vertraglich zuerkannte Abfindungen der Restlaufzeit. Auch hier ist das Ermessen des Aufsichtsrats, der eine unterneh-

---

383 Vgl ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 179 ff; *G. Schima*, ecolex 2006, 456 (458).

384 Empfehlung der Kommission zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, vom 30.4.2009, 2009/385/EG.

merische Entscheidung gem § 84 Abs 1a iVm § 99 AktG trifft, mit dem aktienrechtlichen Angemessenheitsgebot des § 78 Abs 1 AktG begrenzt.

Pflichtwidrig kann ein Verhalten des Aufsichtsrates freilich dann sein, wenn dieser – ohne Existenz einer anstellungsvertraglich vereinbarten Barabfindungsklausel – einem Vorstandsmitglied die volle Restlaufzeit als Abfindung abgilt, obwohl er weiß, dass das Vorstandsmitglied bereits eine neue und entsprechend gut dotierte Position antreten wird.

j) Anerkennungsprämien (appreciation awards)

128 Es geht – etwas abstrahiert betrachtet – im Wesentlichen um Vergütungen, die der Aufsichtsrat einem Vorstandsmitglied für eine entweder schon erbrachte oder noch zu erbringende, aufgrund bestimmter Umstände bevorstehende Leistung zuerkennt, die ohne eine solche spezielle Vergütungsabrede mit der im Anstellungsvertrag bereits vereinbarten Vergütung abgegolten wäre. Dabei kann es sich in der Praxis insbesondere um Vergütungen an der Mitwirkung an einem gut abgewickelten Verkauf entweder des Unternehmens der Gesellschaft selbst, einer Tochtergesellschaft oder eines Unternehmensteiles handeln.

Der Begriff „Anerkennungsprämien" trat in das Bewusstsein der „juristischen Öffentlichkeit" im Wesentlichen mit dem berühmten „Mannesmann-Urteil"[385] des deutschen BGH. Bei Mannesmann ging es um die Honorierung des Vorstandsvorsitzenden von Mannesmann, seines Teams aber auch einer ganzen Reihe von Aufsichtsratsmitgliedern, Hinterbliebenen von früheren Führungskräften und Aufsichtsratsmitglieder (in Form von Pensionsabfindungen) im Zusammenhang mit vehementer Gegenwehr des Mannesmann-Management im Übernahmekampf gegen Vodaphone. Diese Gegenwehr hatte zu einem massiven Anstieg des Aktienkurses von Mannesmann und damit zu Profiten für die Aktionäre in Milliardenhöhe geführt.

In dem darüber letztlich geführten Strafprozess unter anderem gegen den Vorstandsvorsitzenden, aber auch den Aufsichtsratsvorsitzenden von Mannesmann vertrat der BGH – zusammengefasst – folgende Ansicht: Ist im Dienstvertrag vereinbart, dass eine an einen Geschäftserfolg gebundene einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung gezahlt wird, dürfe sie nach Ablauf des Geschäftsjahres nachträglich zuerkannt werden. Der weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Präsidiumsmitglieder sei als Ausfluss ihrer Vermögensbetreuungspflicht nur insoweit eingeschränkt, als die Gesamtbezüge des bedachten Vorstandsmitgliedes gem § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen müssten. Auch bei fehlender Rechtsgrundlage im Dienstvertrag sei die Bewilligung einer nachträglichen Anerkennungsprämie zulässig, wenn und soweit dem Unternehmen gleichzeitig Vorteile zuflössen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermögens stünden. Dies komme insbesondere in Betracht, wenn die freiwillige Sonderzahlung entweder dem begünstigten Vorstandsmitglied selbst oder zumindest anderen aktiven oder potenziellen Führungskräften signalisiere,

[385] BGH 21.12.2005, BB 2006, 323 ff = ZIP 2006, 72 ff.

dass sich außergewöhnliche Leistungen lohnten, von ihr also eine für das Unternehmen vorteilhafte Anreizwirkung ausginge. Unter dem Gesichtspunkt einer Anreizwirkung für Dritte erscheine die Zuwendung einer freiwilligen Anerkennungsprämie auch an ein Vorstandsmitglied denkbar, das demnächst aus der Gesellschaft ausscheide. In all diesen Fällen werde aber dem Angemessenheitsgebot des § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG besondere Bedeutung zukommen. Welche Grenzen sich daraus für die Höhe einer Prämie ergäben, entziehe sich – so der BGH – generalisierender Betrachtung und bedürfe angesichts der Besonderheiten des zu entscheidenden Falles keiner näheren Erörterung.

Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter habe und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen könne – dafür verwendete der BGH die Bezeichnung „*kompensationslose Anerkennungsprämie*" – sei dem gegenüber als treuepflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten. Sie sei *bereits dem Grunde nach unzulässig*, ohne dass es auf die Frage ankomme, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitgliedes unter Einschluss der Sonderzahlungen nach den Grundsätzen des § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten.

129 Die Entscheidung wurde zu Recht ganz überwiegend sowohl von gesellschaftsrechtlichem als auch strafrechtlichem Schrifttum kritisiert. Denn der BGH schloss sich der herrschenden Ansicht, dass Anerkennungsprämien – unabhängig von einer Anreizwirkung – dann zulässig seien, wenn die Gesamtbezüge dem aktienrechtlichen Angemessenheitsgebot entsprächen, ausdrücklich nicht an.[386]

In der Tat ist der kardinale Fehler der Mannesmann-E das „*Ignorieren des aktiengesetzlichen Angemessenheitsgebotes"*. Wie der OGH in der E vom 11. Juni 2008[387] zutreffend ausführte, gibt es kein dem § 78 Abs 1 AktG bei der Bemessung der Vorstandsbezüge gleichsam „vorgelagertes" Unternehmensinteresse bzw Unternehmenswohl; vielmehr ist § 78 Abs 1 AktG nichts anderes als die spezifische Ausprägung der in § 70 AktG vorgegebenen Leitmaxime. Für Deutschland hat nichts anderes zu gelten, denn die Rechtslage ist völlig vergleichbar. Das aktienrechtliche Angemessenheitsgebot als spezifische gesetzliche Ausprägung eines interessengerechten Handelns in der Kapitalgesellschaft behandelt nämlich sowohl die Frage nach dem „ob" der Vergütungszusage als auch nach dem „wie" bzw „wie hoch".[388] Der BGH wollte sich mit der Schaffung der seltsamen Rechtsfigur der „*kompensationslosen Anerkennungsprämie"* in Wahrheit vor der Angemessenheitsprüfung drücken. Nur das wäre der methodologisch richtige Weg gewesen.

---

386 Vgl *Hüffer,* Beilage 7 zu BB 2003, 18 ff; *Baums*, Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Institut für Bankrecht Nr 121, 2 ff; *Fonk,* NZG 2005, 248; *Liebers/Hoefs*, Anerkennungs- und Abfindungszahlungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder, ZIP 2004, 97; *Hoffmann-Becking,* ZHR 169 (2005) 155 (161 ff); *Kort*, NJW 2005, 333. Dass sich der BGH von dieser „Phalanx" ziemlich unbeeindruckt zeigte, dürfte zumindest auch darauf zurückzuführen sein, dass es sich dabei zum überwiegenden Teil um Auftragsarbeiten (zB für die Deutsche Bank) handelte, was freilich die Überzeugungskraft diverser, dem BGH widersprechender Argumente nicht schwächt.

387 OGH 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*).

388 So treffend *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 98.

Nimmt man die Argumentation des BGH in der Mannesmann-E ernst, müssten dieselben für den Aufsichtsrat aufgestellten Schranken auch für den Vorstand gelten, wenn dieser zB verdienten Mitarbeitern zusätzliche Leistungen gewährt, knapp vor Ruhestandsversetzung Prämien zahlt oder für einen ausscheidenden, viele Jahre verdienstvoll tätigen Mitarbeiter auf Unternehmenskosten ein kleines Fest ausrichtet. Die Zulässigkeit solcher Zuwendungen hat zu Recht noch niemand bestritten. Warum sollte dann der Aufsichtsrat dem Vorstand Vergütungen nicht zuerkennen dürfen, die der Vorstand rechtlich unbedenklich den ihm unterstellten Mitarbeitern gewähren darf.[389]

130 In Deutschland hat die Mannesmann-E große Rechtsunsicherheit herbeigeführt. Aus der Hirsch-Servo-E vom 11. Juni 2008[390] kann man aber ableiten, dass der österreichische OGH diese Argumentationsweise ganz offensichtlich nicht billigt. Denn in dem dieser Entscheidung zugrundeliegender Sachverhalt wurden vom Anstellungsvertrag nicht gedeckte Vergütungen offenkundig deshalb gezahlt, um die Vorstandsmitglieder zum möglichst „geräuschlosen" Verlassen des Unternehmens zu bewegen (dazu im Folgenden).

Unter dem Einfluss der Mannesmann-E empfiehlt sich allenfalls die anstellungsvertragliche Verankerung der Möglichkeit des Aufsichtsrates, unter bestimmten Voraussetzungen für besondere Leistungen besondere Vergütungen festzulegen. Welche Art von „Ankündigungsklauseln" für den BGH ausreichend ist, um als „*anstellungsvertragliche Anspruchsgrundlage*" anerkannt, zu werden, lässt das Höchstgericht offen und produziert damit große Rechtsunsicherheit.[391]

All dies zeigt aber nur die Unhaltbarkeit des Begründungsansatzes des BGH, denn die Pflichtwidrigkeit oder gar Strafbarkeit von Vorstandsvergütungen kann nicht davon abhängen, ob sich im Anstellungsvertrag eine formularmäßige Klausel findet, dass der Aufsichtsrat bei besonderen Leistungen besondere Vergütungen gewähren kann oder ob diese Klausel – vielleicht irrtümlich – vergessen wurde.[392]

k) Zahlungen für geräuschlose Trennung

131 Bei Trennungen zwischen Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsrat geht es oft darum, das „Waschen von Schmutzwäsche" zu vermeiden. Daran haben meist beide Seiten ein Interesse – wenn auch nicht immer in gleich hohem Ausmaß, sodass die mehr oder weniger unverhohlene Drohung, gewisse Ereignisse an die Öffentlichkeit zu bringen, in nicht ganz friedlich verlaufenden Trennungsverhandlungen immer wieder als Druckmittel gebraucht wird.

Gesellschaften sind selten geneigt, bei der Trennung von einem ungeliebten, aber nicht grob pflichtwidrig gehandelt habenden und daher nicht durch Entlassung entfernbaren Vorstandsmitglied verhältnismäßig großzügig zu sein, um auf diese Art und Weise die Trennung möglichst ohne große Aufregung und ohne an die Öffentlichkeit gelangende Indiskretionen abzuwickeln.

---

389 Zutr *Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 129.

390 OGH 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*); dazu eingehend *G. Schima*, in FS Binder (2010), 817.

391 Vgl *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 146 ff.

392 Vgl *Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 130.

Derartige Zahlungen sind ebenfalls Bestandteil der Vorstandsvergütung und unterliegen daher dem Angemessenheitsgebot des § 78 Abs 1 AktG. Eine besondere Leistung wird mit solchen Zahlungen üblicherweise nicht vergütet, sondern sie soll die Unsicherheiten für beide Seiten ausgleichen, die mit einer Anfechtungsklage gegen eine Abberufung verbunden wären. Im Hinblick auf den zukunftsgerichteten Nutzen für die Gesellschaft werden daher solche Zahlungen kritisch zu hinterfragen sein.

132 In seiner E vom 11. Juni 2008 hatte sich der OGH[393] mit einer solchen Konstellation auseinanderzusetzen. Der Aufsichtsrat hatte zwei Vorstandsmitglieder nach Hinweisen auf Missmanagement suspendiert und stand nach Erhalt des vollständigen Berichtes, der keine für eine Abberufung und Entlassung tauglichen Pflichtverletzung zu Tage förderte vor dem Problem, die Vorstandsmitglieder einerseits nicht mehr zurücknehmen zu wollen, andererseits aber auch nicht entschädigungslos und mit rechtlicher Aussicht auf Erfolg entfernen zu können. Darüber hinaus wollte der Aufsichtsrat – wenn wohl auch rechtsirrig – eine ad hoc Meldung der Suspendierungen vermeiden und ließ sich in der Folge auf Abfindungszahlungen an die beiden Vorstandsmitglieder in Höhe von in einem Fall etwas über EUR 500.000 und im anderen von etwas über EUR 600.000 ein, die über die durch den Anstellungsvertrag begründeten Zahlungen der Restlaufzeit hinausgingen. In Anbetracht des Umstandes, dass es sich um eine verhältnismäßig kleine börsenotierte Gesellschaft handelte, betrugen diese Zahlungen in jedem Fall wohl deutlich mehr als einen Jahresbezug.

133 An der E wurde verschiedentlich Kritik geübt. *Kalss/Zollner*[394] bezeichneten die unreflektierte Bezugnahme auf „Prozessvermeidung" und „Verhinderung von Reputationsschaden" als *„schablonenhaftes Totschlagargument"*.

Dem ist grundsätzlich schon beizupflichten; in Wahrheit sind aber die dürftigen Angaben im Urteil mE nicht ausreichend, um verlässlich zu beurteilen, ob der Aufsichtsrat bei der Vereinbarung der Konditionen über das Ausscheiden der beiden suspendierten Vorstandsmitglieder das ihm eingeräumte und durchaus beträchtliche (da ist dem OGH zuzustimmen) Ermessen in noch verantwortungsvoller Weise ausgeübt hat. Denn man erfährt im Urteil nicht, wofür dieses Geld genau gezahlt wurde. Wollte der Aufsichtsrat damit etwa verhindern, dass eigene Kontrollversäumnisse ans Licht der Öffentlichkeit gelangten, wäre dies keine korrekte Vorgangsweise.[395] Ob diese alles in allem keineswegs professionelle Vorgangsweise des Aufsichtsrates auch die Haftung der für die freiwilligen Abfertigungen stimmenden Aufsichtsratsmitglieder auslöste, ist zumindest zweifelhaft und auf der Grundlage der dürftigen Sachverhaltsinformationen freilich nicht verlässlich beurteilbar.[396]

---

393 OGH 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*); dazu eingehend *G. Schima*, FS Binder (2010) 817.

394 GesRZ 2008, 378 (385).

395 IdS auch *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 378 (384).

396 Für eine Haftung aber anscheinend *Kalss/Zollner,* GesRZ 2008, 378 (384 f).

l) D & O Versicherung

134 D&O Versicherungen[397] sind Vermögensschadens-Haftpflichtversicherungen für Manager mit idR gut dimensionierter Rechtsschutzversicherung. Sie wirken zu Gunsten des Managers (versicherte Person),[398] kommen jedoch auch in gewisser Weise der Gesellschaft (Versicherungsnehmerin) zu Gute und sichern ihr (bzw ihren Gläubigern) einen Haftungsfonds. Die D&O-Versicherung ist eine Versicherung für fremde Rechnung iSd §§ 74 ff VersVG.[399] Versicherungsnehmer und Prämienschuldner ist die Gesellschaft, Versicherter der betroffene Manager bzw eine Gruppe von Managern. Nicht selten kommt es vor, dass das Management einer ganzen Unternehmensgruppe versichert ist; als Versicherungsnehmer tritt dann meist, aber nicht immer die Konzernobergesellschaft auf. Einbezogen sind in aller Regel auch die Mitglieder des Aufsichtsrates. Die begünstigten Personen werden nicht namentlich in die Polizze aufgenommen, sondern pauschal umschrieben: zB aktuelle und ehemalige Mitglieder des Führungsorgans und des Überwachungsorgans der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften.[400]

Die Versicherung deckt das Risiko von Organmitgliedern ab, aufgrund von Fehlhandlungen bei der Ausübung ihrer Organtätigkeit[401] entweder der Gesellschaft gegenüber (Innenhaftung) oder Dritten (Außenhaftung) verantwortlich zu werden.[402] Gedeckt sind Vermögensschäden, also Schäden, die weder Personenschäden[403] noch Sachschäden[404] sind oder sich aus solchen Schäden ableiten.[405]

135 Der Schutz des Managers umfasst im Wesentlichen zwei Komponenten: Erstens den *Abwehrschutz*, also die notwendigen Verteidigungs- und Beratungskosten im Zusammenhang mit der Abwehr unberechtigter Schadenersatzansprüche (dh Rechtsanwaltskosten, aber auch außergerichtliche Kosten).[406] Die zweite Komponente ist die *Freistellung* von berechtigten Schadenersatzansprüchen durch den Versicherer. Der Versicherer hat die geltend gemachten Haftungsansprüche zu prüfen und vorerst die Wahl, ob er die Abwehr finanziert, oder die erhobenen Ansprüche befriedigt.[407] Ist ein Schadenersatzanspruch der Gesellschaft oder eines Dritten durch rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich festgestellt, hat

---

397 Vgl *Kort*, Voraussetzungen der Zulässigkeit einer D&O-Versicherung von Organmitgliedern, DStR 2006, 799 (802 f); siehe die ausführliche Darstellung von *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 12 Rz 1 ff; für Ö *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig? wbl 2010, 169.

398 Üblicherweise erfassen D&O-Versicherungen Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, leitende Angestellte sowie Aufsichtsratsmitglieder.

399 Vgl *Dreher,* Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669 (1670); *Olbrich,* Die D&O-Versicherung[2] (2007) 53.

400 *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 6 Rz 3 ff.

401 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 4 Rz 8.

402 *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169.

403 Tod, Verletzung oder Gesundheitsschädigung eines Menschen.

404 Zerstörung, Beschädigung, Verlust einer Sache.

405 Ausführlich *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 4 Rz 23.

406 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 6 Rz 6 ff.

407 *Lange*, D&O-Versicherung § 14 Rz 5; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 6 Rz 4.

der Manager den Anspruch gegen die Versicherung, ihn von der Verbindlichkeit zu befreien, dh an den Anspruchsberechtigten zu leisten.[408]

136 Die D&O-Versicherung funktioniert nach dem sogenannten „*claims made-Prinzip*", also dem Anspruchserhebungsprinzip (im Gegensatz zu dem in der Haftpflichtversicherung sonst geltenden Verstoßprinzip). Wird während der Dauer des Versicherungsvertrages (idR ein Jahr mit automatischer Verlängerung, falls nicht gekündigt wird[409]) ein versicherter Manager von der Gesellschaft oder einem Dritten ernsthaft auf Schadenersatz in Anspruch genommen, tritt der Versicherungsfall ein und der Versicherer ist zur Leistung verpflichtet.[410] Die versicherten Personen treffen eine Reihe von Obliegenheiten, wie etwa die rechtzeitige Meldung der Inanspruchnahme. Es kommt daher nicht darauf an, wann die schädigende Handlung oder der Schadenseintritt erfolgten. Die Schädigung kann auch aus einer Zeit vor Abschluss des Versicherungsvertrages stammen,[411] solange im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs der Versicherungsvertrag (bzw eine allfällige Nachmeldefrist) aufrecht ist, der Anspruch geltend gemacht wird und noch nicht verjährt ist und es sich um eine vom Versicherungsvertrag umfasste Person und Schädigung handelt. Die D&O-Versicherung enthält eine unbegrenzte Rückwärtsversicherung.[412] Nach Ende des Versicherungsvertrages kann eine oft mehrjährige Nachmeldefrist vereinbart werden, binnen derer weitere Schäden gemeldet werden können, die sich während der Laufzeit der Versicherung ereignet haben.[413]

137 Nach wie vor heftig umstritten ist die Frage, ob die wirtschaftliche Tragung von Prämien einer den Vorstand der AG versichernden D&O-Versicherung durch die Gesellschaft Entgelt iSd § 78 Abs 1 AktG ist, was eine zwingende Zuständigkeit des Aufsichtsrates begründen würde, oder ob es sich dabei um eine so überwiegend im Gesellschaftsinteresse gelegene Leistung handelt, dass von einem Entgelt nicht gesprochen werden kann.

In Deutschland hat die den Entgeltcharakter verneinende Ansicht[414] durch die Sichtweise der Finanzverwaltung Auftrieb erhalten, die wegen des überwiegenden Interesses der Gesellschaft eine Lohnsteuerpflicht verneint.[415] Ein Teil der Lehre in Deutschland bejaht jedoch nach wie vor den Entgeltcharakter der Prämienübernahme.[416]

---

408 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 6 Rz 5.

409 *Kersten v. Schenck*, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494 (498).

410 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 4 Rz 2, § 6 Rz 93 ff.

411 Die bei Abschluss des Vertrages bekannten Schäden muss die Gesellschaft offenlegen – für sie besteht kein Versicherungsschutz (*v. Schenck*, NZG 2015, 494 [496]).

412 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 6 Rz 98 und im Detail Rz 123 ff; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 10 Rz 25 ff.

413 Ausführlich *Lange*, D&O-Versicherung § 10 Rz 54 ff, der zwischen Nachhaftungsfrist und Nachmeldefrist unterscheidet. Bei letzterer steht die Nachhaftung unter der Bedingung, dass die Versicherungsfälle während der Nachhaftungsfrist eintreten und gemeldet werden.

414 So *Wiesner* in MünchHdbGesR IV[4] § 26 Rz 76; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 12 Rz 12; *Dreher,* Der Abschluß von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), 293 (304); *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 93 Rz 58.

415 Vgl dazu *Kort* in GroßKommAktG[5] § 87 Rz 154.

416 Differenzierend *Spindler*, MünchKommAktG[4] § 87 Rz 25 ff, der darauf abstellt, ob die Versicherung nur den Vorstand erfasst (dann Entgelt iSd § 87 dAktG) oder ob es sich um eine „Fürsorgecharakter" tragende Gruppenversicherung handelt, die auch die leitenden Ange-

Der OGH[417] hat die im Anlassfall eben nicht vom Aufsichtsrat genehmigte, sondern vom Vorstandsmitglied eigenmächtig durchgesetze Tragung der Prämie für eine Manager-Rechtschutzversicherung als Entgelt iSd § 78 Abs 1 AktG qualifiziert und die Abberufung wegen grober Pflichtverletzung und die fristlose Entlassung des die Versicherung eigenmächtig abschließenden und die Prämienlast auf die Gesellschaft überwälzenden Vorstandsmitgliedes gebilligt. Das Höchstgericht anerkannte gerade *nicht* das Argument, der Abschluss der Versicherung liege auch im Interesse der Gesellschaft, weil im Schadensfall die Einbringlichkeit von Ersatzansprüchen besser gesichert sei. Vielmehr sei die Versicherung des das Vorstandsmitglied treffende Haftungsrisikos allein dessen Angelegenheit und allein von diesem zu finanzieren. Ein Aufwandsersatzanspruch des Vorstandmitgliedes aus § 1014 ABGB sei abzulehen.[418]

Daraus leitet die in Österreich hM[419] mE zu Recht ab, dass Prämien für eine gesellschaftsfinanzierte D&O Versicherung Entgelt iSd § 78 Abs 1 AktG sind.

An dieser Meinung sollte auch festgehalten werden. Denn sie hat die besseren Gründe für sich.[420] Letztlich überwiegt klar das Interesse des versicherten Vorstandsmitgliedes, bei Bestehen einer D&O-Versicherung mit einigermaßen gut dotierter Versicherungsumme damit rechnen zu können, auch bei grob fahrlässigen Fehlhandlungen persönlich ungeschoren davon zu kommen. Diese Interessenlage entspricht es auch, dass Vorstandsmitglieder (wie Aufsichtsratsmitglieder) in Österreich kaum mehr eine Position ohne entsprechenden Versicherungsschutz übernehmen.

138 In der Diskussion wird teilweise die Frage der Vertragsabschlusskompetenz mit der Frage nach dem Entgeltcharakter vermengt, was nicht zur Klarheit beiträgt.[421]

---

stellten der Gesellschaft/Unternehmensgruppe erfasst (im letzteren Fall soll die Angelegenheit in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes fallen).

417 OGH 30.6.1999, 9 Ob A 68/99m, RWZ 1999, 360.

418 Vgl auch *G. Schima*, Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 452 (454) FN 21.

419 Vgl *G. Schima*, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199 (208); *Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance in Österreich, RdW 2006, 133 (136); *Hochedlinger,* D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, exolex 2008, 143; *U. Torggler* in Artmann/Rüffler/Torggler, Organhaftung, 52 ff; aM *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 5 Rz 26 ff; auch schon *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169 (173 ff) und aM (außer für den Fall einer individuell auf Vorstandsmitglieder zugeschnittenen D&O-Versicherung) auch *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/453 für den Vorstand und Rz 3/505 für den Aufsichtsrat, die *Gruber/Wax* (wbl 2010, 174 FN 68) zu Unrecht der den Entgeltcharakter vertretenden Meinung zuordnet.

420 AM *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/453. Auch in Deutschland angestellte Untersuchungen belegen ziemlich deutlich, dass die Hauptmotivation für den Abschluss von D&O-Versicherungen im Interesse der Organmitglieder liegt, ihr persönliches Haftungsrisiko zu minimieren. Demgemäß akzeptiert heute zumindest in Deutschland, mittlerweile aber auch weitgehend in Österreich kaum ein Manager eines größeren – oder gar an der Börse notierenden oder beaufsichtigten – Unternehmens eine Vorstandsposition ohne entsprechend dimensionierte D&O-Versicherung.

421 Deutlich wird dies zB beim Beitrag von *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169 ff.

Den D&O-Versicherungsvertrag kann mE nur der Vorstand abschließen, weil dem Aufsichtsrat dafür die Vertretungsmacht fehlt.[422] *Pflichtgemäß* handelt der Vorstand aber nur, wenn der Aufsichtsrat in Wahrnehmung seiner in § 75 Abs 1 iVm § 78 Abs 1 AktG verankerten, exklusiven Kompetenz dem Vorstand eine entsprechende – inhaltlich zumindest ausreichend bestimmte[423] – *Zusage* gemacht hat, dass die Gesellschaft die Prämien zahlt.[424] Entgeltcharakter und Vertragsabschlusskompetenz des Vorstandes schließen daher einander keineswegs aus.

139 Bei der Gestaltung der D&O-Versicherung ist große Vorsicht geboten und jedenfalls fachlicher und auch rechtskundiger Rat einzuholen. Denn die genaue Beschaffenheit und die Risikoausschlüsse der Versicherung entscheiden möglicherweise Jahre später über die wirtschaftliche Existenz von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern.

Besonders relevant ist in der Praxis der Risikoausschluss für vorsätzliches Verhalten, der aber in ganz unterschiedlicher Ausgestaltung in den Bedingungen auftritt. Am günstigsten für den Versicherten ist der Ausschlussgrund der wissentlichen Pflichtverletzung, gefolgt vom Ausschluss bei vorsätzlicher Schadensverursachung und dem ungüngstigen Ausschlusstatbestand, der vorsätzlichen Pflichtverletzung.[425]

So gut wie immer enthalten die Polizzen einen Ausschluss für Strafen, Geldbußen mit Strafcharakter sowie Vertragsstrafen.[426] Beim Strafrechtsschutz gibt es einen Ausschluss bei Verurteilung einer Vorsatztat, wobei aber darauf geachtet werden muss, dass der Versicherer bis zu jenem Zeitpunkt, an dem eine (rechtskräftige) Verurteilung feststeht, die laufenden Kosten sehr wohl finanziert. Auf die im Falle der Verurteilung wegen einer Vorsatztat mögliche Rückforderung geleisteter Kosten hat zumindest ein Anbieter auf dem deutschen und österreichischen Markt bereits in seinen Bedingungen verzichtet.

140 Die D&O-Versicherung stammt aus dem US-amerikanischen Rechtsbereich. Dort werden Schadenersatzansprüche gegen directors fast nie von der Gesellschaft angestrengt, sondern von Aktionären im Wege sogenannter „derivative law suits". Die Übertragung der rechtlichen Konstruktion der D&O-Versicherung in Juristiktionen, in denen – wie in in Österreich und Deutschland – die „Innenhaftung", dh die Verantwortlichkeit des Vorstandes/Aufsichtsrates gegenüber der Gesellschaft, die dominierende Rolle spielt, führt unweigerlich zu Interessenkonflikten. Da jede Pflichtverletzung des Vorstandes eine potenzielle Pflichtverletzung des Aufsichtsrates bedeutet,[427] ist es ganz natürlich, dass geklagte Vorstandsmitglieder nicht nur

---

422 *Griehser,* RdW 2006, 133 (136), der sogar meint, es stünde „*außer Zweifel*", dass für den Abschluss des Versicherungsvertrages „*in jedem Fall der Vorstand zuständig*" sei; wie hier auch *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[5] § 7 Rz 435.

423 Darin sollte zumindest die Versicherungssumme geregelt sein.

424 Zutr *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[5] § 7 Rz 435; vgl auch *Griehser,* RdW 2006, 133 (136), der es vor ein paar Jahren sogar noch als *„unstrittig*" bezeichnete, dass ein zugunsten des Vorstandes abgeschlossener Versicherungsvertrag vom Aufsichtsrat genehmigt werden müsste. Zumindest *das* gilt mittlerweile nicht mehr.

425 *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung § 11 Rz 17; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 7 Rz 58.

426 *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 7 Rz 6 f.

427 *v. Schenck*, NZG 2015, 494 (497 f).

anderen Vorstandsmitgliedern, sondern auch Aufsichtsratsmitgliedern den Streit verkünden und sie ins Verfahren hineinziehen. Im Nu gibt es ein Verfahren mit vier, fünf oder zehn beklagten Parteien mit jeweils eigener Rechtsvertretung und einem gemeinsamen Versicherer, der schnell nicht mehr weiß, wie er sich zwischen diesen mit teilweise gegensätzlichen Interessen ausgestatteten Verfahrensbeteiligten verhalten soll, die allesamt versicherte Personen sind und denen der Versicherer Unterstützung und Hilfe (zB auch durch Informationsbeschaffung im Verfahren) schuldet. Von Deutschland ausgehend, wo der Markt deutlich entwickelter und auch eine viel größere Anzahl an Rechtsstreitigkeiten anhängig ist, haben sich Lösungen wie die Two Tier Trigger Policy entwickelt. Bei dieser wird die Streiverkündigung als eigener Versicherungsfall statuiert und gleichsam eine Auffangdeckung für den Aufsichtsrat in einer solchen Interessenkonfliktsituation geschaffen. Daneben deckt dieses Versicherungsprodukt zB auch den Fall ab, dass die Versicherungsbedingungen vom Versicherer wegen unrichtiger Angaben (des Vorstandes) bei Vertragsabschluss angefochten werden, und der Aufsichtsrat, der in den Versicherungsabschluss gar nicht involviert war, ohne Deckung dastünde, wenn die Bedingungen vom Versicherer erfolgreich angefochten werden. Außerdem wird der Fall der Summenausschöpfung (Deckungskonkurs) geregelt.

Es ist daher sowohl aus der Sicht des Vorstands als auch aus der des Aufsichtsrates sinnvoll, *für die beiden Gruppen von Organmitgliedern getrennte Polizzen abzuschließen*, um die genannten Interessenkonflikte zu vermeiden.[428]

Wegen einer anderen Art von Interessenkonflikt empfiehlt sich auch der *getrennte Abschluss von Straf- und Zivilrechtsschutz*. Denn die Verurteilung der versicherten Person wegen einer Vorsatztat wird fast immer den Ausschluss des Zivilrechtsschutzes wegen wissentlicher oder vorsätzlicher Pflichtverletzung oder vorsätzlicher Schadensverursachung bedeuten. Ein und derselbe Versicherer befindet sich daher auch diesbezüglich in einem Interessenkonflikt.

141 Da die versicherte Person an sich auf die Gestaltung des Versicherungsvertrages keinen Einfluss hat und insbesondere nach dem Ausscheiden aus dem Unternehmen keine Möglichkeit hat, einen guten Versicherungsschutz zu seinen Gunsten aufrechtzuerhalten,[429] empfiehlt sich die anstellungsvertragliche Verankerungen einer sog D&O-Verschaffungsklausel bzw Absicherungsklausel.[430] In dieser Klausel sagt die Gesellschaft dem Vorstandsmitglied zu, einen bestimmten Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten oder den Manager allenfalls für den Fall zu entschädigen, dass dieser Schutz nicht gewährt wird. Der Klausel gemäß sollte die Gesellschaft angehalten werden, nach Ausscheiden des Vorstandsmitgliedes den Versicherungsschutz zumindest für die Dauer der aktienrechtlichen Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche aufrechtzuerhalten, was auch durch Kündigung des Versicherungsvertrags und Vereinbarung einer mehrjährigen Nachmeldefrist vereinbart werden kann. Dann steht freilich nur noch die aus dem letzten Versicherungsjahr übrig gebliebene Versicherungssumme zur Verfügung.[431]

---

428 *v. Schenck*, NZG 2015, 494 (500).

429 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 216 f; *v. Schenck*, NZG 2015, 494 (498).

430 Vgl dazu *Fassbach*, Die „D&O-Verschaffungsklausel" für Aufsichtsräte, Der Aufsichtsrat 2013, Heft 10, 142 f.

431 *Lange*, D&O-Versicherung § 10 Rz 61 ff.

Die „Kontinuitätsgarantie-Klausel" bewirkt, dass Verschlechterungen des Versicherungsschutzes durch Reduktion der Versicherungssumme oder durch zusätzliche Ausschlüsse (insbesondere nach Ausscheiden eines Vorstandsmitgliedes) nur für Versicherungsfälle gelten, die nach Vornahme der Änderung eintreten.[432]

m) Aktienoptionen

142 Aktienoptionen sind heute auch in Östereich ein bei börsenotierten Gesellschaften gängiges Vergütungsinstrument.[433] Aktienoptionen sollen einen *Gleichklang zwischen Manager- und Aktionärsinteressen* herstellen und damit den „principal-agent-Konflikt" einebnen.[434]

Eine solche Einebnung wurde zumindest in den Anfangsjahren weder in Deutschland noch in Österreich ernsthaft versucht. Denn um dem Optionsbegünstigten in die Position des Aktionärs zu bringen (was ja der Uridee solcher in den USA entwickelten Vergütungsmodelle entspricht), ist es erforderlich, dass der begünstigte Manager wie ein Aktionär auch das *Risiko von Kursverlusten* trägt. Der Fall ist dies bei den sogenannten „Phantom Stocks"[435], einer schuldrechtlichen Nachbildung von Aktienoptionen, bei denen – anders als bei den „Stock Appreciation Rights"[436] – der Begünstigte auch das Kursrisiko trägt, ihm dafür aber auch Dividenden zugeschrieben werden.

In den vergangen Jahren hat diesbezüglich aber ein Umdenken eingesetzt und knüpfen die meisten Aktienoptionsmodelle gutgeführter börsenotierter Unternehmen (insbesondere solcher die in Österreich im ATX notieren) an den Aktienkurs nur mehr insofern an, als dessen Verlauf die potentielle Entlohnungshöhe bestimmt, verwenden im Übrigen aber Parameter bzw Ausübungshürden, die den nachhaltigen Erfolg der Gesellschaft abbilden sollen. Dass einem Aktionär vergleichbare Risiko trägt der Optionsberechtigte auch dann aber nur, wenn – wie dies die C-Regel 28 Satz 3 ÖCGK empfiehlt – der begünstigte Manager einen *„angemessenen Eigenanteil"*[437] an Aktien hält.[438]

Interessanterweise enthalten die Empfehlungen der EU-Kommission[439] in ge-

---

[432] Ähnlich *v. Schenck*, NZG 2015, 494 (499 f).

[433] Vgl dazu *G. Schima*, Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder – ein Schritt auf dem Weg in Richtung Board-System? GesRZ-Sonderheft 2001, 19 ff; *G. Schima,* Gestaltungsfragen bei Aktienoptionen, GesRZ-Sonderheft 2001, 61 ff.

[434] In Österreich ist seit dem am 1. Mai 2001 in Kraft getretenen Aktienoptionengesetz (AOG) – anders als in Deutschland, wo der BGH Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder untersagte (vgl BGH 16.02.2004, II ZR 316/02, BGHZ 153, 122 = AG 2004,265) – auch die Ausgabe von Aktienoptionen an Mitglieder des Aufsichtsrates erlaubt und ohne den Umweg über Wandelschuldverschreibungen möglich.

[435] Vgl dazu zB *Spindler* in MünchKommAktG[3] § 87 Rz 59 mwN.

[436] Vgl dazu *Spindler* in MünchKommAktG[3] § 87 Rz 59 mwN.

[437] Der Begriff „*Eigeninvestment"* wurde deshalb nicht verwendet, weil zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass das Vorstandsmitglied die Aktien auch schon *vor* Einräumung der Optionen bzw der begünstigten Übertragung von Aktien angeschafft haben kann.

[438] Vgl *G. Schima*, GesRZ 2011, 265 (279).

[439] Vgl dazu *Link*, Die Empfehlung zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenotierter Gesellschaften im Lichter der Rechtslage in Deutschland und Frankreich, GPR 2009, 229.

wisser Verkennung des Sinns und des Zwecks von Aktienoptionsmodellen eine solche Vorgabe nicht.

Wesentlich ist, dass das Optionsmodell ein sogenanntes „Benchmarking" beinhaltet, womit die Kursentwicklung der Gesellschaft in Relation zu vergleichbaren Marktteilnehmern gesetzt wird, um zu verhindern, dass in Zeiten boomender Börsen das Management hohe Gewinne lukriert, obwohl die Kurssteigerung bei der eigenen Gesellschaft hinter dem Vergleichsumfeld zurückbleibt.[440]

Bei nachträglicher Lockerung bzw Neufestsetzung von Ausübungshürden nach Feststehen oder Sich-Abzeichnen der Verfehlung der bisherigen Hürden („Repricing") besteht im Lichte der „Mannesmann-Entscheidung" des BGH[441] ein erhöhtes Pflichtwidrigkeitsrisiko. Repricing sollte unabhängig davon jedenfalls unterbleiben und allenfalls in ganz speziellen Ausnahmefällen mit qualifizierter HV-Zustimmung zugelassen werden (Vgl C-Regel 28 Satz 2 ÖCGK).[442]

6. Ersatz von Strafen, Verteidigungs- und Vertretungskosten

143 Vorstandsmitglieder trifft nach § 9 VStG die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung nach außen, was zur Verhängung von tlw empfindlich hohen Geldstrafen führen kann. Vereinbarungen, mit denen sich die Gesellschaft im Vorhinein gegenüber dem Vorstandsmitglied zur Übernahme von Verwaltungsstrafen verpflichtet, sind wegen der damit verbundenen *„Untergrabung der Autorität von Verwaltungsstrafnormen"* gemäß § 879 ABGB sittenwidrig und damit nichtig.[443]

Eine *nach* der Tat zustande gekommene Vereinbarung über den Ersatz der dem Täter entstandenen Vermögensnachteile in einem konkreten Fall wird von der Rsp hingegen als zulässig und wirksam angesehen.[444]

Eine solche Übernahme von (Verwaltungs-)Strafen bedeutet freilich einen lohnsteuerpflichtigen Vorteil aus dem Dienstverhältnis,[445] unabhängig davon, ob die Gesellschaft es freiwillig tut oder dazu verpflichtet ist.

Ob die Rsp solche im Vorhinein getroffene Ersatz-Vereinbarungen akzeptieren würde, wenn der Ersatz an die Voraussetzung geknüpft wird, dass das Vorstandsmitglied kein grobes Verschulden trifft, niemand konkret gefährdet wurde, die Übertretung nicht gegen Unternehmensinteressen verstieß und im konkreten Fall die Verweigerung eines Ersatzes „unbillig" wäre, müsste getestet werden, ist aber zu bezweifeln. Ein praktisches Bedürfnis für solche Vereinbarungen gäbe es schon, zumal die Rsp bis hinauf zum VwGH bei der Prüfung des Nachweises bzw der Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens bei *„Ungehorsamsdelikten"* iSd § 5 VStG so streng ist, dass der Nachweis so gut wie nie gelingt. Es kann daher durchaus sein, dass ein Vorstandsmitglied zwar pflichtwidrig iSd Verwaltungsstrafrechts gehandelt hat, seine Sorgfaltspflichten gegenüber der Ge-

---

440 *G. Schima*, GesRZ 2011, 265 (279).

441 BGH 21.12.2005, BB 2006, 323 ff = ZIP 2006, 72 ff.

442 Vgl *G. Schima*, GesRZ 2011, 265 (279).

443 OGH 6 Ob 281/02w, RIS-Justiz RS0016830; *Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 879 Rz 202.

444 OGH 3 Ob 96/55 SZ 28/56; vgl auch OGH 9 Ob 284/92 wbl 1993, 157; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 77 ff; *Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 879 Rz 202.

445 LohnsteuerRL 2002 Rz 659.

sellschaft jedoch erfüllt hat.[446] Dies ist auch der Fall, wenn Vorstandsmitglieder eine für die Gesellschaft günstige, vertretbare Rechtsansicht annehmen, der die Behörde aber nicht folgt.[447]

144 Die Entscheidung, ob Vorstandsmitgliedern eine verhängte Geldstrafe im Nachhinein ersetzt wird, obliegt dem Aufsichtsrat. Diese Kompetenz ergibt sich mE aus der Anstellungsvertragskompetenz gemäß § 75 Abs 1 AktG, weil die Übernahme der Geldstrafe ein geldwerter (und auch lohnsteuerpflichtiger!) Vorteil ist. Der Vorstand hat diesbezüglich gar keine Vertretungsmacht. Die Übernahme der Strafe muss im eindeutigen und überwiegenden Interesse der Gesellschaft liegen, andernfalls der Aufsichtsrat pflichtwidrig handelt, und sich schadenersatzpflichtig macht.[448] Die FMA vertritt in einem (nicht öffentlich zugänglichen) Schreiben an die Wirtschaftskammer vom 8.3.2011 die Rechtsansicht, dass Gesellschaftsorgane die die Übernahme einer Geldstrafe gegen das Unternehmenswohl bewilligen, Untreue gemäß § 153 StGB begehen können und dies insbesondere dann der Fall sei, wenn die Erstattung der Geldstrafe bereits vor der Tat zugesagt wurde, der Aufsichtsrat sein Ermessen pflichtwidrig ausgeübt hätte oder wenn die Tat vorsätzlich begangen wurde und dennoch eine Erstattung erfolgte.[449] In jedem Fall ist der Aufsichtsrat sehr gut beraten, die Entscheidung und die ihr zugrunde liegende Interessenabwägung genau zu dokumentieren.[450]

145 Wird ein Vorstandsmitglied iZm seiner beruflichen Tätigkeit mit straf-, verwaltungsstraf- oder zivilrechtlichen Vorwürfen bzw Verfahren konfrontiert, hat es grundsätzlich gemäß § 1014 ABGB eine Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf Ersatz der mit einer angemessenen rechtlichen Vertretung und Verteidigung verbundenen (uU beträchtlichen) Kosten und nach der zitierten Gesetzesstelle auch *Anspruch* auf eine *angemessene Bevorschussung* dieser Ausgaben.[451] Dies gilt für Zivil- gleichermaßen wie für Verwaltungsstraf- und gerichtliche Strafverfahren.

Der Ersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft ist aber auflösend bedingt mit einer straf- oder verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilung des Vorstandsmitgliedes. In so einem Fall besteht bei der Rückforderung kaum ein Ermessen für den Aufsichtsrat. Anders verhält es sich, wenn ein Vorstandsmitglied nur wegen fahrlässiger Schädigung (zur Haftung) verurteilt wird; diesfalls kann die Gesellschaft im Nachhinein entscheiden, ob sie die Verteidigungskosten im Rahmen verantwortungsvollen Ermessens dennoch endgültig trägt.[452]

Ausnahmsweise kann die Ersatzfähigkeit von Verteidigerkosten auch im Fall einer strafgerichtlichen Verurteilung gegeben sein, wie der OGH im „Aschenglut-

---

446 So *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer 149.

447 *Kalss*, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, GesRZ 2015, 78 (89).

448 Vgl *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer 149, Fn 835.

449 Vgl die Wiedergabe des Inhalts des Schreibens bei *Kalss*, GesRZ 2015, 78; und *Schrank*, CFO aktuell 2013, 59.

450 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 80.

451 OGH 9 ObA 326/99b SZ 73/20; Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 80; *Zankel,* Ersatz von Strafverteidigerkosten nach § 1014 ABGB, DRdA 2009, 59 (60 f); *Radner,* Prozesskostenersatz durch den Arbeitgeber bei „erfolgreicher" Schadensabwehr? DRdA 2009, 54 (57).

452 Vgl *Kalss*, GesRZ 2015, 78 (90 f).

Fall“[453] anerkannte. Konkret ging es um die Verurteilung einer Arbeitnehmerin wegen fahrlässiger Herbeiführung einer Feuersbrunst. Das Höchstgericht begründete die Ersatzpflicht mit dem Umstand, dass die Prozessführung wegen der Abwehransprüche des Arbeitgebers in Folgeprozessen auch in dessen Interesse gelegen sei. Wenn man diesen Gedanken verallgemeinert, wird dies freilich auch auf diverse wirtschaftsstrafrechtliche Verfahren und insbesondere deshalb zutreffen können, weil die Bestimmungen des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VerbVG) die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen an die Voraussetzung strafbaren Verhaltens von Organen oder Entscheidungsträgern knüpfen und zum anderen die Existenz zivilrechtlicher Ansprüche Dritter gegen die Gesellschaft davon abhängen kann, ob gar Mitglieder oder „Repräsentanten“ rechtswidrig bzw deliktisch gehandelt haben.

7. Urlaub

146 Beim Vorstandsmitglied einer AG ist mangels Arbeitnehmereigenschaft das UrlG nicht direkt anwendbar.[454] Auch auf freie Dienstverhältnisse, die den Dienstnehmer zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichten (wie dies auf Vorstandsmitglieder zutrifft), ist aber zumindest analog ein (und sei es auch nur unbezahlter) Freistellungsanspruch zumindest in dem für Arbeitnehmer jährlich geltenden Ausmaß anzuwenden.

Wegen dieser rechtlichen Unsicherheit ist eine möglichst präzise Regelung im Vorstandsvertrag geboten. Durchaus sachgerecht ist es, das UrlG vertraglich für generell anwendbar zu erklären. Hüten sollte man sich aber vor zweifelhaften Formulierungen wie zB *„dem Vorstandsmitglied gebührt ein jährlicher Urlaub in der im UrlG geregelten Höhe“*, weil hier offen bleibt, ob das Gesetz auch in den anderen Bereichen, wie insbesondere der Vortragsfähigkeit und der Abgeltung offen Urlaubs bei Beendigung angewendet werden soll. Aufgrund der nicht direkten Anwendbarkeit des UrlG gibt es gerade diesbezüglich größeren vertraglichen Gestaltungsspielraum. Es könnte auch geregelt werden, dass offener Urlaub bei Ausscheiden überhaupt verfällt oder zB mit einem Jahresurlaub begrenzt ist.

8. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

147 Die §§ 36, 37 AngG gelten für Vorstandsmitglieder einer AG nicht unmittelbar. Auch eine analoge Anwendung der Bestimmungen kommt grundsätzlich nicht in Betracht, doch sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote auch in Vorstandsverträgen an die Grenzen des § 879 ABGB gebunden.[455] Die Vorschriften des AngG können bei der Sittenwidrigkeitskontrolle zumindest als grobe Richtschnur dienen.[456]

Die im AngG vorgesehene Höchstdauer von einem Jahr kann in Vorstandsverträgen wohl etwas überschritten werden; bei wesentlichen Überschreitungen hat die Gesellschaft mE zwecks Vermeidung einer groben Äquivalenzstörung eine

---

[453] OGH 8 ObA 2051/96t ZAS 1997, 111 (*Tomandl*) = EvBl 1997/4.

[454] Vgl für alle *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 253.

[455] Vgl näher *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 161 f mwN; *Kalss* in MünchKomm-AktG[4] § 88 Rz 70 mwN; für D *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 88 Rz 49 ff.

[456] *Kalss* in MünchKommAktG[4] § 88 Rz 70 mwN.

Vergütung („Karenzentschädigung“) zu leisten. Darüber hinaus können Klauseln, die auf ein umfassendes Berufsverbot hinauslaufen auch bei Vorstandsmitgliedern sittenwidrig sein.[457]

Da § 37 Abs 2 AngG nicht gilt, kann die Gesellschaft im Vertrag auch kumulativ die Unterlassung des konkurrierenden Verhaltens und das Recht auf Schadenersatz – zB auch in Form einer Konventionalstrafe – vereinbaren.[458]

Sittenwidrig sind mE nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die auch gelten sollen, wenn die Mandats- bzw Anstellungsvertragsbeendigung von der Gesellschaft ungerechtfertigt vorgenommen wurde (also zB eine auf grobe Pflichtverletzung gestützte Abberufung sich als ungerechtfertigt erweist) oder Mandat und Anstellungsvertrag durch das Vorstandsmitglied aus wichtigem, von der Gesellschaft zu vertretendem oder gar verschuldetem Grund beendet wurden. Im erstgenannten Fall könnte die Zulässigkeit der Klausel durch eine entsprechende „Karenzentschädigung“ wohl aufrechterhalten werden.

9. Beendigungsklauseln

a) Kündigungsklauseln

148 Der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes einer AG muss laut § 75 Abs 1 letzter Satz AktG ein *befristeter*[459] sein. Ist er dennoch auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, gilt er als auf Bestellungsdauer (maximal fünf Jahre) geschlossen.

Die Befristung steht aber nach hM[460] nicht der Verankerung von Kündigungsklauseln im Wege, die der Gesellschaft im Falle einer berechtigen (jedoch nicht auf grobe Pflichtverletzung des Vorstandsmitgliedes gestützten und daher für eine fristlose Entlassung nicht tauglichen) Abberufung die Möglichkeit einräumen, den Anstellungsvertrag unter Einhaltung einer vertraglich vereinbarten (zB sechsmonatigen) Kündigungsfrist aufzulösen. Damit wird das finanzielle Risiko der Gesellschaft bei unverschuldeter Abberufung erheblich begrenzt.

Für rechnungshofkontrollierte Unternehmen schreibt § 2 Abs 3 Z 1 lit b SchablonenVO verpflichtend die Verankerung einer Kündigungsklausel mit einer Frist von maximal sechs Monaten vor.

Eine Kündigungsklausel zugunsten der Gesellschaft für Fälle der berechtigten Abberufung des Vorstandsmitgliedes kann, muss aber mE nicht mit einer spiegelbildlichen Kündigungs- und Rücktrittsmöglichkeit für das Vorstandsmitglied verbunden werden.[461]

---

457 Vgl zB OLG Düsseldorf, BB 2001, 956.

458 Vgl zu dieser Frage im Anwendungsbereich des AngG *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 113 f.

459 Der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes einer AG muss laut § 75 Abs 1 letzter Satz AktG ein *befristeter* sein.

460 Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 177 f; BGH II ZR 126/80 WM 1981, 759; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 86; *Wiesner* in MünchHdbGesR[3] § 21 Rz 80; allgemein *Engelbrecht* in Mazal/Risak, Arbeitsrecht I, Kap XVI Rz 19 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 133 ff mwN zur ö Rsp.

461 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 135.

b) Koppelungsklauseln

149 „Koppelungsklauseln", die in den letzten Jahren häufiger in Vorstandsverträgen verwendet werden, sehen vor, dass im Falle – auch unverschulteter – Beendigung des Vorstandsmandates der Anstellungsvertrag entweder automatisch erlischt, oder von der Gesellschaft ohne Einhaltung einer Frist aufgelöst werden kann. Wenn diese Klausel im Ergebnis dazu führt, dass die Gesellschaft zur fristlosen Beendigung des Rechtsverhältnisses ohne Fortzahlung jedweder Bezüge selbst bei Fehlen eines wichtigen Grundes berechtigt ist, verstößt diese Gestaltung mE gegen den Grundsatz, dass auch freie Dienstverträge, bei denen der Dienstnehmer seine persönliche Arbeitskraft ohne Vetretungsmöglichkeit zur Verfügung stellt, nicht fristlos ohne wichtigen Grund aufgelöst werden dürfen.[462] Eine derartige Klausel ist daher *sittenwidrig* und nichtig. Dies verkennt die gegenteilige Auffassung von *Slezak*[463], der die Zulässigkeit solcher Klauseln mit dem Verlust der zwingenden Wirkung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften bei analoger Anwendung auf freie Dienstnehmer begründet; selbst wenn man dies – anders als der OGH zumindest bei den Kündigungsfristregelungen des ABGB – so sieht, wird dabei viel zu schematisierend „der freie Dienstvertrag" dem Arbeitsvertrag gegenüber gestellt und übersehen, dass es innerhalb des Typus „freier Dienstvertrag" Verträge gibt, bei denen sich eine natürliche Person zur Zurverfügungstellung ihrer gesamten Arbeitskraft zur Bestreitung des Lebensunterhaltes verpflichtet. Hier gebieten spezielle Wertungsgesichtspunkte, Kauseln die Wirksamkeit zu versagen, die den zur Dienstleistung Verpflichteten von einem Tag auf den anderen ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes von jeder Entgeltzahlung abschneiden. Solche Wertungsgesichtspunkte gibt es für freie Dienstverträge von Steuerberatungs-GmbHs, die laufend Buchhaltungsarbeiten übernehmen, nicht. Darauf, ob auf Vorstandsverträge auch § 1164 ABGB analog anwendbar ist, kommt es entgegen *Slezak*[464] somit gar nicht entscheidend an. Eine fristlose und entschädigungslose selbst bei Fehlen eines wichtigen Auflösungsgrundes wirkende Koppelungsklausel ist vielmehr (auch) sittenwidrig.

Sieht der Vertrag eine anderweitige finanzielle Absicherung – so zB in Form eines Pensionsvertrages – vor, die einer angemessenen Kündigungsfrist wirtschaftlich gleichkommt, ist die Klausel indes zulässig.[465]

150 Unzulässige Koppelungsklauseln werden in Klauseln mit angemessener Kündigungsfrist umgedeutet werden können.[466] Auch der OGH hat dies vom Grundsatz her anerkannt und deren Sittenwidrigkeit nur für den Ausnahmefall angenom-

---

462 Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 182. Auch in D wird die Zulässigkeit von Gleichlaufklauseln für Fälle bezweifelt, in denen die Mandatsbeendigung von der Gesellschaft ausgeht: *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 21 Rz 28.

463 *Slezak*, Koppelungsklauseln 319 ff, 326.

464 *Slezak*, Koppelungsklauseln 319 ff, 326.

465 So auch *G. Schima*, ecolex 2006, 456 und *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 138.

466 In diesem Sinne BGH II ZR 220/88 NJW 1989, 2683 für den Fall der Abberufung des Vorstandsmitgliedes wegen eines unverschuldeten Misstrauensvotums; allgemein *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 194 mwN; anders noch *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 182, die hier Teilnichtigkeit annahmen.

men.[467] In einer zweiten Entscheidung[468] hat sich der OGH der soeben zitierten Rechtsansicht des deutschen BGH[469] im Ergebnis angeschlossen. Der OGH hält eine vertragliche Vereinbarung, den Anstellungsvertrag bei Abberufung vom Mandat automatisch enden zu lassen, zwar für grundsätzlich zulässig, sprach aber aus, dass die Klausel nicht dazu führen dürfe, dass der (freie) Dienstnehmer den gesetzlichen Mindestschutz der §§ 1159 ff ABGB gänzlich verliere, indem sämtliche Ansprüche unverzüglich erlöschen würden. Das Anstellungsverhältnis ende im Falle unverschuldeter Abberufung daher erst nach Ablauf der gesetzlichen (oder vertraglich bedungenen längeren) Frist zum nächstmöglichen Kündigungstermin. Die „gesetzliche" Kündigungsfrist bei Vorstandsmitgliedern richtet sich laut OGH nach der analog anwendbaren Vorschrift des § 1159a Abs 1 ABGB und beträgt daher gerade einmal vier Wochen.

151 Koppelungsklauseln stehen in einem starken Spannungsverhältnis zur im Aktiengesetz normierten Unabhängigkeit des Vorstands.[470] Ein kluger Aufsichtsrat sollte sie nicht einsetzen, und ein selbstbewusst verhandelndes Vorstandsmitglied sie auf gar keinen Fall akzeptieren.

c) Vertragliches Rücktrittsrecht

152 Das Aktienrecht regelt – anders als § 16a GmbHG[471] – den Rücktritt von Vorstandsmitgliedern einer AG nicht. Aus wichtigen, die Fortführung des Mandats unzumutbar machenden Gründen, ist der Rücktritt – dafür bedarf es keiner speziellen gesetzlichen Verankerung – ohnehin zulässig.

Es gibt aber gewissen vertragspraktischen Bedarf nach Regelungen, mit denen dem Vorstandsmitglied ein ordentliches Rücktrittsrecht eingeräumt und dieses entweder an gar keine speziellen Gründe (sondern nur an die Einhaltung einer Frist) oder an spezifische Gründe geknüpft wird, die ohne vertragliche Verankerung aber vielleicht keine wichtigen wären. So könnte ein Vorstandsmitglied sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten lassen, wenn die Gesellschaft einen Geschäftszweig schließt oder verkauft oder wenn der Vorstand in bestimmter Weise verändert (verkleinert/vergrößert) wird.

d) Anrechnung anderweitigen Verdienstes

153 Im Falle einer zwar berechtigten, aber vom Vorstandgsmitglied nicht verschuldeten Abberufung – in Betracht kommt vor allem die Abberufung nach einem Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung – ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, das Entgelt für die Restlaufzeit in einer kapitalisierten Einmal-Abfin-

---

467 OGH 3 Ob 251/07v GES 2008, 110 = NZ 2008, 277 (279) – freilich ohne nähere Behandlung der für die Abgrenzung relevanten Aspekte.

468 OGH 1 Ob 190/09m SZ 2010/7 = RdW 2010, 407 = wbl 2010, 300/117 (*Grillberger*) = ecolex 2010, 683 = ARD 6059/3/2010. Zu dieser Entscheidung auch *Slezak*, Koppelungsklauseln inVorstandsverträgen (2014) 171 ff.

469 BGH II ZR 220/88 NJW 1989, 2683.

470 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 138.

471 Vgl dazu *G. Schima*, Der Rücktritt des GmbH-Geschäftsführers nach dem Entwurf des IRÄG 1997, RdW 1997, 60.

dung auszuzahlen.[472] Viel mehr schuldet die Gesellschaft nur die laufende Entgeltzahlung nach den vertraglich bedungenen Fälligkeiten.

Da § 1155 ABGB analog auch für freie Dienstverträge im Allgemeinen und für Vorstandsverträge im Besonderen gilt, [473] hat sich das Vorstandsmitglied nach Beendigung des Mandats im Wege der Abberufung, die gem § 75 Abs 4 AktG vorläufig wirksam ist, gem § 1155 ABGB jenes Einkommen anrechnen zu lassen, das es aufgrund anderweitiger Erwerbstätigkeit erzielt oder zu erzielen absichtlich versäumt hat.

154 Für die Geltendmachung der Anrechnung ist der Dienstgeber, dh die Gesellschaft, behauptungs- und beweispflichtig.[474] Freilich trifft das ausgeschiedene Vorstandsmitglied eine Auskunftspflicht.[475] Diese darf jedoch nach Ansicht des OGH nicht überspannt werden und ist bloß eine Auskunftobliegenheit.[476] Da das Vorstandsmitglied nach (zumindest vorläufig) wirksamer Abberufung nicht mehr zur Tätigkeit für die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist und das aktienrechtliche Wettbewerbsverbot des § 79 AktG mit Mandatsbeendigung endet, darf das Vorstandsmitglied (vorbehaltlich der Verankerung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes) selbst konkurrenzierende Tätigkeiten aufnehmen. Die Gesellschaft ist auch zur Anrechnung fiktiven Erwerbseinkommens berechtigt, wenn das Vorstandsmitglied einen Erwerb absichtlich[477] ausgeschlagen oder versäumt hat.

155 Das Vorstandsmitglied trifft nur die Obliegenheit, *zumutbare* Erwerbsgelegenheiten zu verfolgen. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist darauf abzustellen, welche Tätigkeiten bisher verrichtet und vertraglich geschuldet wurden und inwiefern diese mit den am Arbeitsmarkt angebotenen Tätigkeiten vergleichbar sind. Vor allem bei Anbot einer anderen Position *im selben* Unternehmen, kann die Anrechnung gem § 1155 ABGB nur greifen, wenn die angebotene Beschäftigung grundsätzlich gleichwertig ist.[478] Wenn es auch keinen Grundsatz gibt, dass Vorstandsmitgliedern nur Vorstandstätigkeiten zumutbar sind[479], wird man einem

---

472 Vgl zum Thema *Zöllner,* Lohn ohne Arbeit bei Vorstandsmitgliedern, in FS Koppensteiner (2001) 291.

473 Vgl ausführlich *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 179 ff mwN; *Rebhahn/Ettmayer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 1155 ABGB Rz 5; *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht 228; jüngst auch OGH 9 Ob A 153/14m ARD 6448/7/2015.

474 *Krejci* in Rummel, ABGB³ I § 1155 Rz 30.

475 *Krejci* in Rummel, ABGB³ I § 1155 Rz 30.

476 OGH 8 ObA 11/13w Arb 13.123.

477 Unter *„absichtlich*" ist richtiger Ansicht zufolge nicht qualifizierter Vorsatz im Sinne strafrechtlicher Absichtlichkeit (vgl § 5 Abs 2 StGB) zu verstehen. Vielmehr genügt einfacher, ja auch bedingter Vorsatz (idS offensichtlich auch *Rebhahn/Ettmayer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 1155 Rz 40, die zutr meinen, wegen des Naheverhältnisses der Säumnisanrechnung mit der Sittenwidrigkeit müsse es ausreichen, wenn der Arbeitnehmer die Umstände kenne, die die Sittenwidrigkeit begründeten, sodass es zur Anrechnung komme, wenn der Arbeitnehmer um die Zumutbarkeit der anderweitigen Tätigkeit wusste und dennoch nicht tätig wurde). Jene Rsp, die darauf abzustellen scheint, dass es dem Arbeitnehmer gerade darauf ankam, die Anrechnung zu vermeiden, ist daher abzulehnen (so auch *Rebhahn/Ettmayer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 1155 Rz 40).

478 *Krejci* in Rummel, ABGB³ I § 1155 Rz 25.

479 *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht [2004] 230; vgl auch *Baums*, Geschäftsleitervertrag 343 mwN.

ehemaligen Vorstandsmitglied zumindest nicht zumuten können, für *dieselbe* Gesellschaft künftig in der zweiten Ebene und vielleicht unter der Leitung eines früheren, nun zum Vorstandsmitglied aufgestiegenen „Untergebenen" zu arbeiten.[480]

156 Aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes ist natürlich eine Vertragsgestaltung optimal, bei der das Problem der Anrechung nach § 1155 ABGB von vornherin vermieden wird und die Gesellschaft sich im Anstellungsvertrag verpflichtet, bei unverschuldeter Abberufung die Restlaufzeit als Einmalabfindung (allenfalls abgezinst) auszuzahlen. Solche Klauseln sind in österreichischen Vorstandsverträgen nach wie vor selten; Vorstandsmitglieder sollten aber genau diesem Punkt in den Vertragsverhandlungen besonderes Augenmerk schenken.

10. Schiedsklauseln

157 Streitigkeiten zwischen (ehemaligen) Vorstandsmitgliedern und einer Aktiengesellschaft können beträchtliche „Kollateralschäden" verursachen und Reputationsverluste für beide Seiten bewirken. Solche Auseinandersetzungen gehen weit über die üblichen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten hinaus.

Vor allem die Öffentlichkeitswirkung vermeidet eine Austragung von Streitigkeiten in einem Schiedsverfahren, weil dieses nur parteiöffentlich ist. Daneben bieten Schiedsverfahren gerade in komplexen Auseinandersetzungen zwischen Vorstandsmitgliedern und Gesellschaften, wo es oft um schwierige Haftungsfragen, um Probleme des Rechnungslegungsrechtes etc geht, die Möglichkeit, Schiedsrichter mit spezifischer Erfahrung auszusuchen. Beim staatlichen Gericht ist die Wahrscheinlichkeit groß, auf einen Richter zu treffen, der das erste Mal in seinem Leben einen solchen Prozess führt.

158 Was die Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern einer AG anbelangt,[481] hat der Gesetzgeber eine höchst verwirrende und widersprüchliche Rechtslage geschaffen, weil das SchiedsRÄG 2006[482] verabsäumte, § 9a ASGG einerseits und die §§ 617, 618 ZPO andererseits hinsichtlich ihrer (Nicht-)Anwendung auf Organmitglieder juristischer Personen aufeinander abzustimmen. Mit der Novelle 2006 wurden nämlich Schutzvorschriften im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern in die ZPO eingefügt. § 617 Abs 1 ZPO bestimmt, dass Schiedsvereinbarungen zwischen diesen Parteien nur für bereits entstandene Rechtsstreitigkeiten wirksam abgeschlossen werden können. Ergebnis der Novelle ist also, dass genau jene Einschränkung, von der § 9 Abs 2 ASGG Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer explizit ausgenommen hatte, mit den neuen Verbraucherschutzvorschriften der §§ 617 ff ZPO für Vorstandsmitglieder wieder eingeführt wurde.[483]

---

480 Vgl zu alledem *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht 229 f; *Grünwald*, Die Rechtsfolgen der Verschmelzung von Aktiengesellschaften auf die Funktion eines Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitgliedes, ZAS 1993, 196 (201); *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag 343 mwN; *Bayer* in Lutter/Winter, UmwG[3] I § 87 Rz 10.

481 Vgl zu dazu *G. Schima/Eichmeyer*, Zur (Un-)Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsdienstverträgen nach dem SchiedsRÄG 2006, RdW 2008, 723 (723 f).

482 BGBl I 2002/76, in Kraft seit 1. Jänner 2003.

483 Zu den Mängeln der Gesetzestechnik, die diesen Widerspruch geschaffen haben, vgl im

Wendet man das Gesetz wörtlich an und bedenkt man, dass Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, die nicht wesentlich beteiligt sind, im Regelfall *Verbraucher* sind,[484] käme man zu dem grosteken Ergebnis, dass die aufgrund ihres Arbeitnehmerstatus höheren gesetzlichen Schutz genießenden GmbH-Geschäftsführer in punkto Schiedsgerichtsklausel weniger geschützt werden als Vorstandsmitglieder einer AG, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich sind.[485]

Es bedarf daher einer *teleologischen Reduktion* des in § 617 Abs 1 ZPO verankerten Verbraucherbegriffes in der Weise, dass dieser Vorstandsmitglieder einer AG nicht erfasst, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich sind.[486] ME sind daher Schiedsklauseln in Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern entgegen dem Wortlaut von § 617 Abs 1 ZPO sehr wohl zulässig. Die restlichen Absätze des § 617 ZPO zum Schutze von Verbrauchern sind auf Schiedsklauseln in Vorstandsverträgen aber sehr wohl anzuwenden.[487] Dies bedeutet, dass die Schiedsklausel in einer gesonderten Urkunde vereinbart und eigenhändig unterschrieben werden muss, das Vorstandsmitglied eine schrifltiche Rechtsbelehrung über die wesentlichen Unterschiede zwischen einem Schiedsverfahren und einem staatlichen Gerichtsverfahren zu erhalten hat, die einfach, aber dennoch aussagekräftig und genau formuliert sein muss und hinsichtlich des Schiedsortes gewisse Beschränkungen zugunsten des Vorstandsmitgliedes bestehen (§ 617 Abs 2 bis 5 ZPO). Das Fehlen einer schriftlichen Rechtsbelehrung bildet sogar einen zusätzlichen Grund für die Aufhebung des Schiedsspruches gem § 611 Abs 7 ZPO.

Detail *Riegler*, Wirtschafts- versus Verbraucherstreitigkeiten vor Schiedsgerichten, ecolex 2011, 882 (884).

484 Vgl *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, ecolex 2008, 740 (742 f); *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2009, 723. Es kommt bei Organmitgliedern juristischer Personen dabei auf die Beteiligung (zB durch Aktien) an der Gesellschaft an und ob damit ein relevanter Einfluss auf die Geschäftsführung verbunden ist (*Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] Va § 1 KSchG Rz 8), sodass das Organmitglied aufgrund der Interessenidentität mit der Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig wird. Vgl für den GmbH-GF zuletzt OGH 29.1.2015, 6 Ob 170/14i. Beim Abschluss des eigenen Anstellungsvertrages kommt eine Unternehmereigenschaft des Vorstandsmitglieds jedoch kaum in Betracht. Vgl *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, ecolex 2008, 740 (742 f); *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2009, 723. Es kommt bei Organmitgliedern juristischer Personen dabei auf die Beteiligung (zB durch Aktien) an der Gesellschaft an und ob damit ein relevanter Einfluss auf die Geschäftsführung verbunden ist (*Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] Va § 1 KSchG Rz 8), sodass das Organmitglied aufgrund der Interessenidentität mit der Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig wird. Vgl für den GmbH-GF zuletzt OGH 29.1.2015, 6 Ob 170/14i. Beim Abschluss des eigenen Anstellungsvertrages kommt eine Unternehmereigenschaft des Vorstandsmitglieds jedoch kaum in Betracht.

485 *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2008, 723 (728).

486 *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2008, 723 (728). Dies erwägt auch *Riegler*, ecolex 2011, 882 (885), der jedoch meint, dass damit das Problem keinesfalls umfassend gelöst sei. Er plädiert daher – richtigerweise – für eine Korrektur des § 617 ZPO durch den Gesetzgeber.

487 Gegenteilig *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, ecolex 2008, 740 (742 f).

III. Beendigung der Vorstandsfunktion

A. Abberufung

1. Wichtiger Grund und Aufsichsratsverantwortung

159 Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft können nur aus wichtigem Grund vorzeitig abberufen werden. Das Aktiengesetz nennt in § 75 Abs 4 AktG beispielhaft drei wichtige Gründe: Grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung (Misstrauensvotum), es sei denn, das Vertrauen wurde aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen (zu den einzelnen Abberufungsgründen siehe weiter unten).[488] Die gesetzliche Aufzählung ist eine demonstrative. Dennoch bereitet es in der Praxis durchaus Schwierigkeiten, Gründe zu finden und zu kategorisieren, die *neben* den im Gesetz genannten drei Gründen in Betracht kommen. Mit der Feststellung, es müsse sich um einen den aufgezählten Gründen *gleichwertigen* Grund handeln,[489] ist nicht viel gewonnen. Denn die drei gesetzlichen Gründe sind von so unterschiedlicher Ausprägung und Bedeutung, dass die Gleichwertigkeitsprüfung schwer fällt. Die gemeinsame Klammer muss richtiger Ansicht zufolge aber auch hier – ähnlich wie beim Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit der Prüfung von Entlassungsgründen – das Kriterium der *Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung* sein.

In Betracht kommen als zusätzliche, nicht im Gesetz genannte Gründe primär solche, die eine fristlose Auflösung des Anstellungsvertrages nicht erlauben. Zu denken ist zB an gravierende Zerwürfnisse im Vorstand, bei denen die Suche nach dem/n „Schuldigen" nicht gelingt oder gar nicht gelingen kann (vgl dazu oben Rz 58) aber auch schwerwiegende Konflikte eines Vorstandsmitgliedes mit einem besonders wichtigen Kunden, Abnehmer oder Aktionär, sodass ein Verbleib des Vorstandsmitgliedes eine für die Gesellschaft wirtschaftlich essentielle Geschäftsbeziehung gefährden würde. Fraglich ist auch, ob die Abberufung auf ein sachlich gerechtfertigtes Bestreben der Gesellschaft gestützt werden kann, das Vorstandsgremium zu verkleinern, etwa weil Geschäftsbereiche eingestellt oder verkauft werden sollen. Daneben kommt zB die Weigerung des Vorstandsmitgliedes in Betracht, mündlich vor der Bestellung besprochene Vertragsbedingungen nach Bestellung schriftlich zu fixieren oder die ungerechtfertigte Verweigerung der Übernahme von Konzernmandaten (vgl dazu ausführlich Rz 89 ff).

160 Der Bestellungswiderruf ist eine *empfangsbedürftige* Mitteilung;[490] er ist wirksam, solange über seine Unwirksamkeit nicht rechtskräftig abgesprochen wurde. Diese vorläufige Wirksamkeit ordnet § 75 Abs 4 AktG aus Verkehrsschutzgründen

---

488 *G. Schima*, Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, ecolex 2006, 456.

489 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 40, der unter Berufung auf den OGH (6 Ob 517/95 EvBl 1995/182 = wbl 1995, 423 = ecolex 1995, 725 = RdW 1995, 342 = GesRZ 1996, 112 = SZ 68/98) meint, der nicht im Gesetz ausdrücklich genannte Grund dürfe gegenüber den genannten Gründen *„kein Minus darstellen"*; vgl dagegen *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 121, die zu Recht auf *Unzumutbarkeit* der Weiterbeschäftigung abstellen.

490 Diesbezüglich gilt dasselbe wie beim Zugang der Bestellung: eine bloß zufällige Kenntnisnahme, zB durch Mitteilung von „Kollegen", die davon gehört haben, bewirkt keinen Zugang. Erforderlich ist vielmehr eine der Gesellschaft zurechenbare Mitteilung. Als Bote

und zur Vermeidung einer Ungewissheit über die – aktuelle – Zusammensetzung des Vorstandes ausdrücklich an.[491] Sie gilt aber richtiger Ansicht nach nicht, wenn es nicht am Vorliegen eines wichtigen Grundes fehlt, sondern der Abberufungsbeschluss an formellen Mängeln leidet, die zur Unwirksamkeit des Beschlusses führen (zB fehlerhafte Einberufung; Abstimmung über einen nicht angekündigten Tagesordnungspunkt ohne Konsens aller Aufsichtsratsmitlgieder).[492]

161 Die Abberufung eines Vorstandsmitglieds zählt zu den besonders verantwortungsvollen Aufgaben des Aufsichtsrates, weil von der Qualität der Geschäftsführung regelmäßig das Schicksal des Unternehmens abhängt.[493] Die Untätigkeit des Aufsichtsrates gegenüber ungewöhnlich leichtfertigen Maßnahmen des Vorstandes wurde bereits als Verletzung der Aufsichtspflichten qualifiziert.[494]

Der Aufsichtsrat haftet auch für eine verspätete Abberufung von Vorstandsmitgliedern.[495] Ob ein wichtiger Grund zur Abberufung vorliegt, ist nach hA keine Ermessensfrage, sondern gerichtlich nachprüfbar.[496]

Der Aufsichtsrat hat insbesondere die Verpflichtung, den Vorstand von unerlaubten Handlungen oder gesellschaftsschädlichen Geschäften mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, notfalls durch Abberufung, abzuhalten.[497] Dabei kommt dem Aufsichtsrat ein eingeschränktes Ermessen zu, das bedeutet, der Aufsichtsrat ist verpflichtet, eine derartige Abberufung unverzüglich vorzunehmen, falls durch den Weiterverbleib des Vorstandsmitgliedes in seiner Funktion der Gesellschaft Schaden droht.[498]

2. Grobe Pflichtverletzung

162 Mit „*grober Pflichtverletzung*“ umschreibt § 75 Abs 4 AktG Verhaltensweisen, die im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses Vorstandsmandat und Vorstands-Anstellungsvertrag generell den Charakter eines Auflösungsgrundes für die Gesellschaft haben, weil unter solchen Umständen die weitere Vertragsfortführung der Gesellschaft nicht zumutbar ist.[499] Der Tatbestand der *„groben Pflichtverletzung“* berechtigt daher nach so gut wie unbestrittener Auffassung die Gesellschaft idR auch dazu, den mit dem Vorstandsmitglied üblicherweise geschlossenen Anstellungsvertrag fristlos aufzulösen. Der Abberufungsgrund der groben Pflichtver-

---

kann natürlich mit Billigung des Aufsichtsrates Jedermann fungieren – auch ein anderes Vorstandsmitglied, wenngleich das nicht von Fingerspitzengefühl des Aufsichtsrates zeugt.

491 *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 26; *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 39 mwN.

492 *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 39; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 142; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 1116 ff; *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 20 Rz 62; OLG Stuttgart AG 1985, 193; LG München I AG 1986, 142 f; LG Berlin WM 1991, 809.

493 *Hoffmann*, Der Aufsichtsrat[3] Rz 200.

494 BGH II ZR 150/75 BGHZ 69, 207, 214 = NJW 1977, 2311.

495 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 98, 99 Rz 35.

496 *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 127; *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 145.

497 *Semler* in MünchKommAktG[2] § 116 Rz 108.

498 Bzw umgekehrt: wenn die Abberufung der Gesellschaft mehr Schaden brächte als die Weiterbeschäftigung, hat die Abberufung im Gesellschaftsinteresse zu unterbleiben. Dies muss der Aufsichtsrat abwägen (*Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 150).

499 *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 34 mwN; OLG Stuttgart AG 2003, 211, 212.

letzung ist daher gleichsam das aktienrechtliche Pendant eines Entlassungsgrundes.[500]

Bei der Beurteilung einer Pflichtverletzung ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsbeziehung zwischen Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft ein *besonderes Vertrauensverhältnis* zu Grunde liegt, weil der Vorstand einer Aktiengesellschaft fremdes Vermögen verwaltet und es sich um Fremd- bzw Drittorganschaft handelt.[501]

163 Bei der Prüfung, ob ein Abberufungsgrund vorliegt, ist vorrangig auf die Interessenlage der Gesellschaft abzustellen.[502] Dieser Grundsatz gilt freilich *so* nur bei unverschuldeten Gründen, weil dann das Korrektiv für die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Vorstandsmitgliedes die anstellungsvertraglichen Ansprüche bilden. Bei der Beurteilung, ob es sich um eine „*grobe Pflichtverletzung*" handelt, muss dagegen schon eine umfassende Interessenabwägung getroffen werden, weil dieses so gut wie immer darüber entscheidet, ob das Vorstandsmitglied fristlos und ohne jegliche Ansprüche aus dem Amt entfernt werden kann.

Die das Vorstandsmitglied treffenden „*fiduciary duties*" verlangen vom Vorstandsmitglied insbesondere, dass es bei Konflikten seine Interessen jenen der Gesellschaft unterzuordnen hat.[503] Bei allen Entscheidungen, die im Unternehmen zu treffen sind, hat das Vorstandsmitglied allein und ausschließlich an das Wohl der Gesellschaft zu denken und seine Interessen, auch wenn dies für seine Vermögenssphäre nachteilig sein sollte, hintan zu stellen.

Bei Verletzung der Treue- und Loyalitätspflichten des Vorstandsmitgliedes gegenüber der Gesellschaft ist es irrelevant, ob die Gesellschaft geschädigt wurde;[504] maßgeblich ist bloß die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des mit dem Vorstandsmitglied eingegangenen Vertragsverhältnisses.[505] Es kommt, anders gesagt, auf ein grob schuldhaftes Handeln oder Unterlassen des Vorstandsmitgliedes im Rahmen der Ausübung seiner Leitungsfunktion an, wobei für die Rechtmäßigkeit der Abberufung der Eintritt eines Schadens bei der Gesellschaft nicht erforderlich ist.[506] Ein Vorstandsmitglied, das sich anlässlich eines Vertragsabschlusses von Dritten Provisionen versprechen lässt oder Vorzugspreise für sich aushandelt, handelt treuwidrig; für den Treuepflichtverstoß spielt es dabei keine Rolle, ob der Gesellschaft durch das Verhalten ihres Vorstandsmitglieds ein Schaden entstanden

---

500 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 70 Rz 61; § 75 Rz 88 ff.

501 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 75 Rz 42.

502 Vgl dazu näher *G. Schima,* GesRZ 2011, 265 (271). Die Interessen des Vorstandsmitglieds sind jedoch zumindest gegen die der Gesellschaft abzuwägen: *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 34; *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 301; *Grumann/Gillmann*, Abberufung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern einer AG, DB 2003, 770.

503 *Fleischer*, WM 2003, 1049.

504 *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 19 mwN; *Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers 41 mwN.

505 BGH 8.5.1967, AG 1967, 327; BGH II ZR 126/65 BGHZ 1967, 679; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 131; *Terlitza*, Zur Abberufung des Vorstandsmitglieds einer AG aus wichtigem Grund, GesRZ 2003, 270 ff; *Höhn*, Die Geschäftsleitung der GmbH 216 f.

506 *Terlitza*, Zur Abberufung des Vorstandsmitglieds einer AG aus wichtigem Grund, GesRZ 2003, 270 ff.

ist oder nicht.[507] Dasselbe gilt für ein Vorstandsmitglied, das, um eine es selbst treffende Verpflichtung loszuwerden, mit seinem Gläubiger (das kann eine Bank sein, die sowohl mit dem Vorstandsmitglied, dessen private Kredit- oder Veranlagungsgeschäfte abwickelt oder ein Lieferant von Büromöbeln, bei dem das Vorstandsmitglied eine Wohnzimmereinrichtung gekauft, aber nicht bezahlt hat) vereinbart, dass dieser Gläubiger bei der Abwicklung von Geschäften mit der Gesellschaft überhöhte Entgelte verrechnet, um den Ausfall der Forderung gegen das Vorstandsmitglied zu kompensieren.[508] Im Übrigen besteht richtiger Ansicht zufolge ein Beweis des Anscheins dafür, dass das betreffende Geschäft ohne die Zuwendung mit anderem Inhalt, insbesondere mit einer höheren Gegenleistung für die Gesellschaft zustande gekommen wäre und der Gesellschaft damit zumindest ein Schaden in der Höhe des gewährten Vorteils entstanden ist.[509]

164 Lehre und Rsp qualifizieren uA folgende Umstände als wirksamen Abberufungsgrund[510]: Handeln zum Nachteil der Gesellschaft;[511] Missbrauch von Gesellschaftsvermögen für eigene Zwecke,[512] selbst wenn dies zur Sicherung etwaiger künftiger Ansprüche gegen die Gesellschaft erfolgt,[513] die Annahme einer vom Vorstand privat erlangten, auch für die Gesellschaft vorteilhaften Geschäftschance (Corporate Opportunity),[514] Missachtung aktienrechtlicher Zustimmungsvorbehalte[515], illoyales Verhalten,[516] das zur Gefährdung der Interessen der Gesellschaft durch das Verhalten des Geschäftsleiters führt (die grobe Pflichtverletzung liegt nicht erst in der Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen!); Einsatz von Mitarbeitern und Mitteln der Gesellschaft für private Angelegenheiten,[517] die Entgegennahme von Schmiergeld (kick backs),[518] schwere charakterliche Mängel sowie Missbrauch der Vertretungsmacht. Auch bloße Unredlichkeit kann genügen.[519] Ebenso gehen verbotene Insichgeschäfte regelmäßig mit Vertrauensunwürdigkeit einher.[520]

Unheilbares Zerwürfnis oder dauernder Unfriede zwischen den Vorstandsmitgliedern, der ein gedeihliches Zusammenarbeiten gefährdet[521] können in schweren

[507] *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 9 Rz 42 f mit weiteren Judikaturnachweisen.

[508] Vgl *G. Schima*, GesRZ 2007, 95 mwN in FN 20; OGH 24.5.2012, 6 Ob 83/12t GesRZ 2012, 356 und dazu G. Schima, „Selbstbedienung" von Vorstandsmitgliedern als grobe Pflichtverletzung, GesRZ 2012, 322 ff.

[509] *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 9 Rz 43 mwN in FN 207.

[510] Vgl mwN *Höhn*, Die Geschäftsleitung der GmbH 218 f; *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 36 mwN; *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 20; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 21; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 41; *Grumann/Gillmann*, DB 2003, 771.

[511] *Terlitza*, GesRZ 2003, 270 ff.

[512] BGH WM 1984, 29.

[513] BGH NJW 1995, 2850 = AG 1996, 32.

[514] BGH WM 1956, 865; BGHZ 1985, 1484, 1485 = NJW 1986, 585.

[515] Vgl *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 131; OLG München DB 2009, 1231, 1233.

[516] BGH NJW 2000, 1683 = NZG 2000, 546.

[517] OLG Düsseldorf AG 2012, 511, 512; OLG Wien 4.7.2013, 5 R 22/13m.

[518] OLG München AG 2007, 361, 363.

[519] OGH 6 Ob 656/82 GesRZ 1982, 253; OGH 4 Ob 515/73 GesRZ 1974, 27; OLG Wien 6 R 133/91 NZ 1992, 273.

[520] OGH 8 Ob 563/89 GesRZ 1990, 225.

[521] BGHZ 1998, 519 ff, 520.

Fällen einen wichtigen Grund iSd § 75 Abs 4 AktG bilden.[522] Dabei wird es sich aber im Regelfall nicht um den Abberufungsgrund der groben Pflichtverletzung, sondern um einen „anderen wichtigen Grund" handeln.

165 Der Verlust des Vertrauens in den Vorstand durch den Aufsichtsrat ist per se – wie der OGH auch schon klarstellte[523] – kein aktienrechtlicher Abberufungsgrund iSd § 75 Abs 4 AktG,[524] womit aber nicht sehr viel ausgesagt ist, weil es ja darauf ankommt, *weshalb* der Aufsichtsrat das Vertrauen verloren hat. Denn sehr wohl kann zB *mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat* den Tatbestand der groben Pflichtverletzung verwirklichen,[525] ebenso wie unüberbrückbare Differenzen oder Zerwürfnisse[526] zwischen Vorstand und Aufsichtsrat über grundsätzliche Fragen der Unternehmenspolitik.[527]

Auch *illoyales Verhalten* gegenüber dem (alleinigen) Gesellschaftseigner berechtigt zur Abberufung aus wichtigem Grund.[528]

166 Die *Missachtung aktienrechtlicher Zustimmungsvorbehalte* zugunsten des Aufsichtsrates wird in Lehre und Rsp so gut wie einheitlich als Abberufungsgrund qualifiziert.[529] Das ergibt sich schon daraus, dass die Rsp grundsätzlich Verletzungen organschaftlicher Kernpflichten als grob pflichtwidrig ansieht.[530]

Freilich muss diese Aussage insoweit relativiert werden, als ein bloß objektiver Verstoß gegen Zustimmungsvorbehalte keine grobe Pflichtverletzung begründet, sondern zu prüfen ist, welcher Grad von Sorgfaltsverstoß dem Vorstandsmitglied konkret vorzuwerfen ist. Zum einen kann schon die Auslegung der in § 95 Abs 5 AktG enthaltenen und regelmäßig durch den Aufsichtsrat erweiterten Genehmigungstatbestände im Einzelfall gewisse Schwierigkeiten bereiten, sodass nicht immer ganz eindeutig gesagt werden kann, *ob* bestimmte Geschäfte genehmigungspflichtig sind oder nicht.[531] Darüberhinaus ist es denkbar, dass die Überschreitung von Genehmigungsgrenzen im Einzelfall keinen Vorwurf gegen den Vorstand begründet, der gleich eine Abberufung rechtfertigt – so zB, wenn bei einer nicht genehmigungspflichtigen Investition nachträglich eine – die Genehmigungspflicht auslösende – Kostenüberschreitung eintritt, die der Vorstand deshalb

---

522 *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 20 Rz 53; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 132 mwN, ua BGH WM 1984, 29 f.

523 OGH 1 Ob 11/99w wbl 2000, 37.

524 Für viele *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 26 mwN.

525 OGH 1 Ob 11/99w wbl 2000, 37.

526 *Mertens* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 126 mwN; *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 24 mwN; OGH 6 Ob 517/95 wbl 1995, 423 = ecolex 1995, 725 = RdW 1995, 342 = AnwBl 1996, 148 = GesRZ 1996, 112 = SZ 68/98.

527 Abwägend *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 20 Rz 56; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 132.

528 BGH NJW 2000, 1638; *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 20 mwN.

529 Vgl *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 131; BGH 26.3.1956, II ZR 57/55; BGHZ 20, 239, 246; BGH 13.7.1998, II ZR 131/97 AG 1998, 519; OLG München AG 2005, 776; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/304.

530 *Seibt* in Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 49a mwN.

531 So kann bei nicht sehr umfassend und subtil formulierten Geschäftsordnungen – um nur ein Bsp zu nennen – der Tatbestand der „Kreditgewährung" durchaus Anlass zu Zweifeln geben, nämlich zB ob und ab wann darunter die Gewährung von Lieferantenzielen oder das „Stehenlassen" von Forderungen gegenüber Konzerngesellschaften fällt.

nicht bemerkt, weil ihm der verantwortliche Mitarbeiter falsche Berechnungen liefert, die nicht gleich als unrichtig erkennbar sind.

167 Grobe Pflichtverletzung kann auch bei Verletzung der den Vorstand gem § 81 AktG treffenden Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat vorliegen.

Freilich wird es bei der Verletzung der Berichterstattungspflicht auch darauf anzukommen haben, wie gravierend der Fehler bei der Berichterstattung ist, weil wohl nur gravierende Verstöße gegen § 81 AktG (bzw § 90 dAktG) eine grobe Pflichtverletzung bilden.[532] Grob und wiederholt unrichtige Berichterstattung eines Vorstandsmitglieds (wozu zB auch die Vorlage von unrichtigen Prognose- oder Budgetzahlen an den Aufsichtsrat zählen) sind jedenfalls als grobe Pflichtwidrigkeit zu qualifizieren und berechtigen zur Abberufung.

3. Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung

168 Für das Vorliegen dieses Abberufungsgrundes ist kein Verschulden des Vorstandsmitgliedes erforderlich, und ein solches liegt sogar typischerweise nicht vor. Das Unvermögen des Vorstandsmitgliedes muss über eine bloße Untüchtigkeit oder einen einmaligen wirtschaftlichen „Misserfolg" hinausgehen; es bedeutet die *habituelle Unfähigkeit*, das Vorstandsamt auszuüben (zB aufgrund einer schweren Erkrankung).[533] Sie ist daher nicht schon bei einmaligem Scheitern des Vorstandsmitglieds im Hinblick auf Führungsaufgaben anzunehmen, sehr wohl aber bei einer dauerhaft und wesentlich beeinträchtigten Leistungsfähigkeit. Alkohol-, Medikamenten- oder Drogenabhängigkeit können die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ebenfalls bewirken.[534] Überschuldung oder Insolvenz des Vorstandsmitgliedes können ein Zeichen für die mangelnde Fähigkeit zur Unternehmensführung sein,[535] genauso wie gewerberechtliche Unzuverlässigkeit.[536]

169 Strittig ist, ob der Wegfall von Eignungsvoraussetzungen, die die *Satzung* vorschreibt, den Aufsichtsrat zum Widerruf der Bestellung wegen Unfähigkeit berechtigt.[537] Dies wird mE je nach den Umständen des Einzelfalles anders zu beurteilen sein.

Den Abberufungsgrund herbeiführen kann auch das Verlangen der Aufsichtsbehörde einer der Aufsicht unterliegenden Aktiengesellschaft (zB Abberufungsverlangen der FMA bei einem Kreditinstitut).[538]

ME ist eine Aufforderung einer Aufsichtsbehörde (zB der FMA gegenüber einem Kreditinstitut gemäß § 70 Abs 4 Z 1 BWG), Vorstandsmitglieder abzuberufen (etwa weil die Eignungsvoraussetzungen gemäß § 5 Abs 1 BWG nicht

---

532 *Kort* in GroßkommAktG[5] § 90 Rz 188 *ohne* weitergehende Nachweise.

533 *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 22.

534 *Seibt* in Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 49a mwN.

535 *Wiesner* in MünchHdbGesR[4] IV § 20 Rz 55.

536 *Seibt* in Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 49a mwN.

537 Dafür: *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 132; *Seibt* in Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 49a; dagegen *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG3 § 84 Rz 126 und 10, die nur nach den Umständen des Einzelfalls einen Abberufungsgrund verwirklicht sehen und berücksichtigen wollen, ob der Aufsichtsrat vom Fehlen der Eignungsvoraussetzung wusste oder nicht. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.

538 *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 22 f mwN; *Kort* in GroßKomm-AktG[5] § 84 Rz 172 mwN; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 130.

vorliegen), kein zwingender Anlass für den Aufsichtsrat, die Abberufung sofort durchzuführen. Vielmehr hat der Aufsichtsrat abzuwägen, ob der Bescheid der Aufsichtsbehörde erfolgreich bekämpft werden kann und ob es im Interesse des Unternehmens liegt, diesen (zeit- und kostenintensiven) Schritt zu setzen.[539]

Hält der Aufsichtsrat die Vorgehensweise der FMA mit guten Gründen für unberechtigt, oder zumindest für in einem rechtsförmlichen Verfahren prüfenswert, kommt die Möglichkeit in Betracht, von einer Abberufung zumindest vorläufig Abstand zu nehmen und in ausreichender Anzahl Geschäftsleiter zu bestellen, in deren Person keine aufsichtsbehördlichen Bedenken begründet sind. Der FMA ist es richtiger Ansicht zufolge wegen der Geltung des Grundsatzes der Anwendung des jeweils gelindesten Mittels nicht gestattet, in so einem Fall dem Kreditinstitut die Konzession zu entziehen; vielmehr wäre die Aufsichtsbehörde darauf verwiesen, dem Geschäftsleiter die Geschäftsführung bescheidmäßig zu untersagen.[540]

4. Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung

170 Ein Abberufungsgrund ist auch die Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung, es sei denn das Vertrauen wurde aus *„offenbar unsachlichen Gründen“* entzogen (§ 75 Abs 4 3. Fall AktG).[541] Wie der OGH in seiner diesbezüglichen Leitentscheidung aus dem Jahr 1998 in Anlehnung an die Rsp des deutschen BGH aussprach, ist auch ein *„seiner sachlichen Berechtigung nach zweifelhaftes“* Misstrauens-Votum ein tauglicher Abberufungsgrund für den Aufsichtsrat, sofern nicht offenbare Unsachlichkeit vorliegt.[542]

Die inhaltlichen Voraussetzungen für eine auf Vertrauensentzug gestützte Abberufung zu erfüllen, ist nach alledem nicht besonders schwer. Zur *praktischen Anwendung* kommt der Abberufungsgrund freilich so gut wie immer nur in nicht börsenotierten Gesellschaften, denn bei einer börsenotierten Gesellschaft scheuen Großaktionäre und Aufsichtsrat einen solchen Schritt nicht nur wegen der Kosten für eine außerordentliche Hauptversammlung, sondern va auch deshalb, weil dem breiten Publikum und dem Kapitalmarkt (insbesondere internationalen Investoren) schwer klargemacht werden kann, dass ein sachlich berechtigter oder zumindest nicht unsachlicher Vertrauensentzug auch gegenüber sich tadellos verhaltenden, ja sogar geschäftlich erfolgreichen Vorstandsmitgliedern erklärt werden kann, mit anderen Worten also keineswegs dadurch die Befürchtung ausgelöst werden muss, es hätte jemand „silberne Löffel“ gestohlen.

171 Nach Lehre[543] und Rsp[544] ist es Aufgabe des abberufenen Vorstandsmitgliedes, das seine Abberufung gerichtlich anficht, nachzuweisen, dass das Misstrauens-

---

539 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 172 mwN.

540 Vgl zu alledem ausführlich *G. Schima/Sindelar*, Aufgetragene Abberufung von Geschäftsleitern, Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung und Konzessionsentzug bei Kreditinstituten, ÖBA 2015, 908.

541 *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 23; *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 26 ff; *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 37 mwN.

542 OGH 1 Ob 294/97k RdW 1998, 461; vgl auch OGH 1 Ob 191/02y ecolex 2003, 178 = GesRZ 2003, 38 = RdW 2003, 140 = ARD 5434/7/2003.

543 *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 23; *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 209.

544 OGH 1 Ob 294/97k RdW 1998, 461; OGH 1 Ob 191/02y GesRZ 2003, 38 (40 f); OGH 1 Ob 190/09m RWZ 2010, 137 (*Wenger*).

Votum aus offenbar unsachlichen Gründen erfolgt ist, also zB in keinerlei Zusammenhang mit seiner Tätigkeit steht, oder – das ist der in der Literatur regelmäßig angeführte Paradefall – das Vorstandsmitglied von den Aktionären dafür „bestraft" werden soll, dass es sich für die Einhaltung einer rechtmäßigen Vorgangsweise eingesetzt hat.[545]

Die Gesellschaft muss – weil andernfalls dieser ohnehin mehr als schwierige Nachweis vom Vorstandsmitglied nie geführt werden könnte – die Gründe, die die Hauptversammlung zum Entzug des Vertrauens bewegt haben, offenlegen,[546] weshalb es in der Praxis anzuraten ist, in der über den Vertrauensentzug entscheidenden Hauptversammlung auch über die Erwägungen, die zum Vertrauensentzug führen, entsprechend zu beraten und dies zumindest in geraffter Form im Protokoll zu dokumentieren.

„Nachhaltige Erfolglosigkeit" genügt als nicht offenbar unsachlicher Grund bei einem Vorstandsmitglied in einer seit vielen Jahren Verluste schreibenden Gesellschaft, auch wenn das betroffene und für den Bereich Finanzen zuständige Vorstandsmitglied erst rund eindreiviertel Jahre im Amt war.[547] Hat die Hauptversammlung dem Vorstand die Entlastung erteilt, kann sich ein späteres Misstrauensvotum nicht auf Umstände stützten, in deren Kenntnis die Entlastung erteilt wurde – dies wäre missbräuchlich bzw ist offenbar unsachlich.[548]

172 Der Aufsichtsrat ist nicht verpflichtet, auf einen Vertrauensentzug der Hauptversammlung mit der Abberufung zu reagieren. Es steht vielmehr in seinem pflichtgemäßen Ermessen, die Abberufung zu beschließen oder nicht.[549] Üblicherweise wird der Aufsichtsrat nicht ein Vorstandsmitglied halten, das das Vertrauen der Aktionärsmehrheit verloren hat. Jedenfalls muss der Aufsichtsrat aber das Misstrauens-Votum der Hauptversammlung eingehend beraten.[550] Der Aufsichtsrat kann sich auf das Misstrauens-Votum allein stützen, um die Abberufung zu begründen. Es bedarf keiner weiteren wichtigen Gründe.[551]

173 Unzulässig und unwirksam ist ein Abberufungsbeschluss, der sich auf einen zukünftigen oder möglichen Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung stützt.[552]

Hat der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied wegen eines anderen wichtigen Grundes abberufen und ist sich später nicht mehr sicher, ob dieser Grund einer gerichtlichen Prüfung standhält, kann er einen Vertrauensentzug durch die Haupt-

---

545 Wehrt sich zB ein Vorstandsmitglied gegen Begehrlichkeiten eines Großaktionärs, die auf eine verbotene Einlagenrückgewähr hinauslaufen würden und bekommt es als Sanktion die Abberufung, wäre dies der klassische Fall eines offenbar unsachlichen Misstrauens-Votums. Freilich muss vor Gericht ein Zusammenhang dargestellt werden können.

546 OGH 1 Ob 294/97k RdW 1998, 461; *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 166 mwN.

547 OGH 1 Ob 294/97k RdW 1998, 461.

548 *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 127 mwN; *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 166a.

549 *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 23.

550 *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 129; *Fonk* in Semler/v. Schenck, ARHdb[4] § 10 Rz 306.

551 OGH 1 Ob 294/97k SZ 71/77; 2 Ob 285/04g GesRZ 2005, 86.

552 OGH 6 Ob 517/95 SZ 68/98; 1 Ob 11/99w SZ 72/90.

versammlung anregen und – falls dieser erfolgt – darauf mit einem weiteren Beschluss die neuerliche Abberufung stützten. Wenn nur die zweite Abberufung sich als wirksam erweisen sollte, hat die Gesellschaft freilich – unbeschadet der Anwendung des § 1155 ABGB – an das Vorstandsmitglied das Entgelt für den Zeitraum zwischen den beiden Abberufungsbeschlüssen zu zahlen.

5. Sonstige Abberufungsgründe

174 Der Katalog der Abberufungsgründe in § 75 Abs 4 AktG ist nicht abschließend formuliert. Sonstige wichtige Gründe, die unter keinen der drei aufgezählten Gründe zu subsumieren sind, müssen dennoch den zwingenden Voraussetzungen genügen, dass sie ein Beibehalten des Vorstandsmitgliedes für die Gesellschaft unzumutbar machen.[553] Ein Verschulden des Vorstandsmitglieds an den Umständen ist nicht erforderlich.

Es ist nach hM unzulässig, in der Satzung oder durch Vereinbarung mit dem Vorstandsmitglied Widerrufsgründe zu normieren, die ohne jegliche Überprüfung zur Abberufung des Vorstandsmitgliedes berechtigen.[554] Das Kriterium der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung muss bei sonstigen Abberufungsgründen stets erfüllt sein. Infrage kommen zB die Zugehörigkeit zu einer radikalen Partei,[555] anhaltende Kritik von Seiten einer Behörde, Kreditgebern, Vertragspartnern etc,[556] eine Änderung des Unternehmensgegenstandes, die zur Folge hat, dass das Vorstandsmitglied nicht mehr die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten aufweist.[557]

Zu erwägen ist auch die Zulässigkeit der Verankerung ganz konkreter „Misserfolgsparameter" als besonderer Abberufungsgrund (zB die zweimalige Verfehlung von bestimmten Budgetvorgaben oder nachhaltige Unter- bzw Überschreitung bestimmter Kennzahlen).[558] Damit könnte insbesondere in börsenotierten Gesellschaften, wo Vorstandsmitglieder wegen der de facto-Unanwendbarkeit des Misstrauensvotums als Abberufungsgrund viel fester im Sattel sitzen,[559] das Problem gelöst werden, auch unfähigen Vorstandsmitgliedern, um sie los zu werden, hohe Abfindungen in Form der Auszahlung der Vertragsrestlaufzeit zahlen zu müssen.[560]

175 Für jeden dieser Abberufungsgründe ist gesondert zu prüfen, ob dabei auch ein wichtiger Grund für die Auflösung des Anstellungsvertrages gegeben ist. Bei einer Änderung des Unternehmensgegenstandes, die das Vorstandsmitglied „ungeeignet" werden lässt, ist kein Entlassungsgrund verwirklicht, denn die Gesellschaft hat den Abberufungsgrund hier selbst herbeigeführt.

176 Eine Abberufung wegen geplanter Verkleinerung des Vorstandsgremiums ist kein wichtiger, in der Person des Vorstandsmitglieds gelegener Grund für eine

---

553 Vgl *G. Schima*, GesRZ 2011, 265 (271).

554 *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, AktG[3] § 84 Rz 48.

555 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 170 mwN.

556 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 172a.

557 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 174a.

558 Dafür grs *G. Schima* in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance 246 (278).

559 Vgl zu dieser „Zweiklassengesellschaft" *G. Schima*, GesRZ 2011, 265 (271 f).

560 *G. Schima*, GesRZ 2011, 265 (272), *G. Schima* in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance 246 (278).

Abberufung.[561] Selbst ein genereller, groß angelegter Personalabbau liefert keinen wichtigen Grund, auch das Vorstandsgremium zu verkleinern.[562] Darüber lässt sich freilich trefflich streiten. Basiert die Verkleinerung des Vorstandes nicht auf Initiative des Aufsichtsrates, sondern ist sie Folge einer grundlegenden Umstrukturierung des Unternehmens, kann dies freilich ein wichtiger sonstiger Abberufungsgrund sein.[563] Die Abgrenzung scheint schwierig – es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an.

6. Unverzügliche Geltendmachung, Nachschieben von Abberufungsgründen, Rechtsschutz

a) Zur Verfristung des Abberufungsrechts

177 Das Recht zur Abberufung eines Vorstandsmitgliedes aus wichtigem Grund wegen eines einmaligen Vorfalls kann durch Untätigkeit des Aufsichtsrats untergehen.[564] Sofern das Substrat des Abberufungsgrundes in einem einmaligen Vorfall besteht (anders bei Dauertatbeständen), muss der Aufsichtsrat daher *von seinem Abberufungsrecht unverzüglich* bei sonstiger Verwirkung seines Rechts *Gebrauch machen*. Eine angemessene Zeit zur Befassung des Plenums, zur Überlegung, uU auch zur näheren Sachverhaltsermittlung und nicht zuletzt zur Bewältigung aller notwendigen Verfahrensschritte (zB Einholung der Zustimmung der Mehrheit der Kapitalvertreter) steht aber dem Aufsichtsrat selbstverständlich zur Verfügung. Ein aus mehreren nebenberuflich tätigen Personen bestehendes Gremium hat naturgemäß eine schwerfälligere Willensbildung als eine Einzelperson.

Verwirkung ist dann anzunehmen, wenn das Vorstandsmitglied nach Treu und Glauben objektiv nicht mehr mit einer Abberufung rechnen musste.[565]

Hier kommt es immer auf den Wissensstand des Aufsichtsrates, insbesondere des Vorsitzenden, an.[566]

b) Das Nachschieben von Abberufungsgründen

178 In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass nach bereits erfolgter Abberufung eines Vorstandsmitgliedes aus einem wichtigen, von ihm verschuldeten Grund, die Gesellschaft – zB im Rahmen einer durch den Aufsichtsrat beauftragten „kleinen Sonderprüfung" gemäß § 95 Abs 3 AktG – Untersuchungen anstellt, um etwaige zusätzliche Pflichtverletzungen des abberufenen Vorstandsmitglieds aufzudecken. Dabei können dem Aufsichtsrat weitere Verfehlungen bekanntwerden, die zum Zeitpunkt der ersten Abberufung noch nicht verwertet werden konnten.

Bei der vorzeitigen Auflösung von Arbeitsverhältnissen (Entlassung) ist nach völlig hM das Nachschieben von Gründen unabhängig davon zulässig, ob die Auf-

---

561 *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 132; *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 174a, 175a.

562 So der Fall des ehemaligen Personalvorstands der deutschen Commerzbank, LG Frankfurt 3-05 O 8/14 BB 2014, 1223.

563 *Kort* in GroßKommAktG[5] § 84 Rz 175, 175a.

564 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 45 f; *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 198; *Wiesner* in MünchHdbGesR[3] IV § 20 Rz 55; BGH II ZR 211/53 BGHZ 13, 188, 194 f.

565 So auch *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 140.

566 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 45.

lösung ein befristetes oder unbefristetes Dienstverhältnis (vorzeitig) beendet. Der Auflösungsgrund muss dem Erklärenden zum Zeitpunkt der Auflösung nicht bekannt gewesen sein; er muss nur *objektiv vorgelegen* haben.[567] Dies bedeutet, dass nach stRsp des OGH nach Ausspruch einer vorzeitigen Auflösung weitere Gründe für ihre Rechtfertigung herangezogen werden können, selbst wenn der Erklärende erst nachträglich von diesen Kenntnis erlangt.[568]

179 Die gerade dargestellten Grundsätze gelten für das Nachschieben von Abberufungsgründen gegenüber Vorstandsmitgliedern an sich genauso.[569]

Eine Besonderheit ist aber zu beachten: Lehre und Rsp[570] verlangen bei nachgeschobenen Abberufungsgründen einen *neuerlichen Abberufungsbeschluss* des Aufsichtsrates, der sich auf den nachträglich entdeckten Abberufungsgrund bzw die nachträglich entdeckte Pflichtverletzung stützt. Dieses Erfordernis wurzelt im Vertretungsregime des Aktienrechts: Es soll immer der Aufsichtsrat darüber entscheiden dürfen, welche Sachverhalte und Gründe zum Gegenstand einer Abberufung eines Vorstandsmitglieds gemacht werden und auch auf welche Fakten sich die Gesellschaft daher in einem Gerichtsverfahren zur Rechtfertigung einer Abberufung stützt.

Eine Einschränkung insofern, als das Nachschieben nur dann zulässig sein sollte, wenn eine Wiedereinführung des abberufenen Vorstandsmitglieds in sein Amt noch möglich sei, ist nicht angezeigt.[571]

180 Ob und inwieweit auch beim Nachschieben der Unverzüglichkeitsgrundsatz gilt, ist nicht hinreichend geklärt. Überzeugend ist es, der Gesellschaft auch beim Nachschieben in einem laufenden Verfahren nicht unbegrenzt Zeit nach der Entdeckung zu geben, den weiteren Grund ins Spiel zu bringen. Da aber beim Nachschieben das Klarstellungsinteresse des ohnehin bereits aus dem Amt entfernten Vorstandsmitgliedes deutlich weniger Rolle spielt, ist es angebracht, hier in punkto Verfristung weniger streng zu sein.

c) Rechtsschutz gegen die Abberufung

181 Das Vorstandsmitglied kann die – vorläufig wirksame – Abberufung mittels Anfechtungsklage gem § 75 Abs 4 AktG bekämpfen und vorbringen, dass kein wichtiger Grund vorliegt. Beklagte ist die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand.[572] Das Klagebegehren ist ein Rechtsgestaltungsbegehren, weil die Unwirksamerklärung der Abberufung beantragt wird und damit die Wiedereinsetzung in die Vorstandsfunktion. Sollte das abberufene Vorstandsmitglied noch vor Ablauf

---

567 *Pfeil* in Zeller, Kommentar zum Arbeitsrecht[3] § 25 AngG Rz 12.

568 OGH, 4 Ob 239/53; OGH 4 Ob 105/63 Arb 7843; OGH 4 Ob 30/65 Arb 8037; OGH 9 ObA 54/87 DRdA 1989, 41 (*Wachter*); RIS-Justiz RS0029144.

569 *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 16; *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 42; OGH 1 Ob 11/99w SZ 72/90 = wbl 2000, 37; OGH 1 Ob 294/97k RdW 1998, 461.

570 OGH 1 Ob 11/99w SZ 72/90 = wbl 2000, 37 = AG 2001, 100; OGH, 9 Ob 47/01d; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 140 mwN.

571 *Thüsing* in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 16.

572 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] § 97 Rz 79 mwN zur Gegenmeinung. In D ist hingegen der Aufsichtsrat zuständig (vgl § 112 dAktG: „Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.“).

der Mandatsdauer das Verfahren gewinnen, tritt es daher rückwirkend wieder in das Mandat ein.[573] Im Regelfall geht sich das aber in Anbetracht der realistischen Verfahrensdauern nicht aus. Das Klagebegehren ist in so einem Fall auf Kosten einzuschränken.[574]

182 Eine Frist kennt das Gesetz für die Einbringung der Klage nicht, doch ist allgemein anerkannt, dass damit nicht lange zugewartet werden darf. Dies ergibt sich schon aus dem Klarstellungsinteresse der Gesellschaft, dem eine „Aufgriffsobliegenheit" des abberufenen Vorstandsmitgliedes gegenüber steht.[575] Klagen, die innerhalb eines Monats nach Mitteilung der Abberufung eingebracht werden, sind jedenfalls rechtzeitig. Manche halten eine bis zu dreimonatige Frist für zulässig.[576] Eine starre Grenze lässt sich nicht ziehen.

183 Die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes trägt die Gesellschaft – der Beweis dafür, dass ein von der Gesellschaft nachgewiesenes, als Grund für die Abberufung herangezogenes Misstrauensvotum der Hauptversammlung *offenbar unsachlich* war, ist hingegen vom Vorstandsmitglied zu erbringen.[577] Dazu muss die Gesellschaft freilich erst offenlegen, auf welchen Grund der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung gestützt war (siehe oben in Rz 170 ff).[578]

7. Auflösung des Anstellungvertrages

184 Verwirklicht der Abberufungsgrund gleichzeitig einen Entlassungstatbestand, was bei „*grober Pflichtverletzung*" immer der Fall ist, kann der Anstellungsvertrag fristlos aufgelöst werden.[579] Bei einem vom Vorstandsmitglied schuldhaft gesetzten Entlassungsgrund verliert das Vorstandsmitglied sämtliche Ansprüche ab

---

573 *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG2 § 75 Rz 26.

574 OGH 6 Ob 517/95 SZ 68/98: Auch eine Umstellung des Klagebegehrens auf Feststellung der Unwirksamkeit der Abberufung kommt in Betracht, wobei das Gestaltungsbegehren ein entsprechendes Feststellungsbegehren auf Feststellung der Unwirksamkeit der Abberufung als minus mitumfasst (OGH 1 Ob 11/99w). Die Frage musste in der E des OGH 6 Ob 517/95 nicht geklärt werden, weil der Kläger ein Feststellungsbegehren als Eventualbegehren gestellt hatte.

575 Dies ist bei insofern völlig vergleichbarer Interessenlage im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Bestandschutzstreitigkeiten von der Rsp des OGH längst anerkannt (zB darf mit der Klage, den aufrechten Bestand eines Arbeitsverhältnisses zum Erwerber wegen behaupteten Betriebsübergangs oder einer betriebsübergangsbedingten und damit unwirksamen Kündigung nicht zehn Monate zugewartet werden (OGH, 9 ObA 160/99s DRdA 2000, 311 [*Binder*]; vgl zur Aufgriffsobliegenheit des Arbeitnehmers *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht [2004] 172f). Da es bei der Abberufung von Vorstandsmitgliedern um Mitglieder des gesetzlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans geht, ist freilich eine etwas weniger großzügige Betrachtungsweise geboten und muss eine Klageerhebung nach sechs Monaten, die bei arbeitsrechtlichen Sachverhalten in Übertragung der Wertungen des § 1162d ABGB bzw § 34 AngG (vgl *Krejci*, Betriebsübergang [1972] 83; *Holzer*, DRdA 1995; *Binder*, AV-RAG2 [2010] § 3 Rz 96 und für ausnahmsweise Verkürzungen Rz 97; *G. Schima*, Umgründungen 172f) gerade noch tolerabel sein dürfte, generell als verspätet qualifiziert werden.

576 Vgl *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 129 ff.

577 *Kort* in GroßKommAktG5 § 84 Rz 209. Für die Beweislastverteilung bei Vertrauensentzug RIS-Justiz RS0110177.

578 *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 132.

579 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 131

dem Tag der Entlassung[580] und ist uU zum Schadenersatz an die Gesellschaft verpflichtet. Auch der meist unverschuldete Abberufungsgrund der „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung" berechtigt die Gesellschaft in sinngemäßer Anwendung von § 27 Z 2 AngG uU zur fristlosen Auflösung des Anstellungsvertrages, jedoch behält das Vorstandsmitglied jene Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag, die nur bei verschuldeter Entlassung verfallen, wie zB den Anspruch auf Abfertigung.[581]

185 Für die Beendigung des Anstellungsvertrages ist ebenfalls der Aufsichtsrat zuständig, auch wenn dies in § 75 Abs 1 bzw 4 AktG nicht ausdrücklich geregelt ist.[582] Die Kündigung oder Entlassung des Anstellungsvertrages ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang an das Vorstandsmitglied ihre Wirksamkeit entfaltet. Die Beendigungserklärung kann der Aufsichtsrat im Abberufungsbeschluss abgeben. Der Aufsichtsrat sollte die Beendigungserklärung für den Anstellungsvertrag möglichst explizit behandeln, sowohl im entsprechenden Beschluss, als auch in der Erklärung gegenüber dem Vorstandsmitglied. Die Abberufungserklärung kann jedoch im Einzelfall auch als Beendigung des Anstellungsvertrags gedeutet werden.[583]

186 Von einer zulässigerweise vereinbarten Kündigungsklausel kann und darf die Gesellschaft nur Gebrauch machen, wenn sie zuerst die Hürde des wichtigen Abberufungsgrundes nimmt. Damit ist der Kündigung des Vorstandsvertrages eine klare Schranke eingezogen: Wenn nämlich die Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch die Gesellschaft dank entsprechender anstellungsvertraglicher Vereinbarung möglich ist, ist sie dennoch nur nach erfolgter Abberufung aus der organschaftlichen Stellung als Vorstandsmitglied zulässig. Zwar bedarf die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages als solche wegen der herausgehobenen Vertrauensstellung des Vorstandsmitglieds keiner inhaltlichen Rechtfertigung;[584] der Gleichlauf von Bestellung und Anstellung gebietet aber, dass eine ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags nur bei ihr vorangehender oder gleichzeitiger Beendigung der Bestellung möglich ist. Da die Bestellung ihrerseits nur aus wichtigem Grund widerrufen werden kann, ist eine ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages in der Regel nur dann möglich, wenn ein wichtiger Grund für den Widerruf der Bestellung vorliegt. Angesichts dessen bedarf somit letztlich auch die ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses regelmäßig eines (wichtigen) Grundes.[585]

---

[580] Nicht jedoch entlassungsunabhängige Ansprüche wie zB die Ersatzleistung für die bis zur Beendigung des Vertrages nicht verbrauchten Urlaubstage (sofern dieses Recht vertraglich vereinbart ist); Bonifikationen, die für vergangene Leistungsperioden gebühren, aber noch nicht zur Auszahlung fällig sind etc.

[581] *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 131.

[582] Vgl *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 32.

[583] OGH 8 Ob 134/10d GeS 2011, 442 unter Berufung auf *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 89.

[584] *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 477.

[585] So auch LG München AG 2005, 131.

B. Rücktritt

187 Der Rücktritt des Vorstandsmitgliedes wird im AktG – anders als bei der GmbH in § 16a GmbHG[586] – nicht behandelt.

Ungeachtet der Nicht-Regelung im AktG ist der Rücktritt des Vorstandsmitgliedes als Form der Mandatsbeendigung seit jeher anerkannt. Er ist auch anstellungsvertraglich gestaltbar, dh dem Vorstandsmitglied kann ein Rücktrittsrecht im Anstellungsvertrag eingeräumt und dieses näher geregelt werden.[587] Aus wichtigem Grund, der die Fortführung der Vorstandstätigkeit unzumutbar erscheinen lässt, kann das Vorstandsmitglied immer und im Extremfall auch ohne Einhaltung einer Frist zurücktreten;[588] nach ganz herrschender und zutreffender Meinung ist aber selbst ein *ungerechtfertigter Rücktritt wirksam*,[589] wenngleich er uU Schadenersatzansprüche der Gesellschaft auslöst, denn die Gesellschaft und der Rechtsverkehr dürfen nicht im Unklaren darüber sein, wer die AG rechtsgültig vertreten kann.[590]

188 Der – selbst ungerechtfertigte – Rücktritt ist sofort (mit Zugang) der Klärung wirksam, es sei denn, das Vorstandsmitglied erklärt den Rücktritt selbst unter Einhaltung einer bestimmten Frist. Eine Analogie zu § 16a GmbHG, wo der nicht begründete Rücktritt erst nach zwei Wochen wirksam wird, ist nicht zu befürworten, weil die Vorschrift im GmbH-Recht ihren Zweck ohnehin nicht erreichen kann[591]

---

586 Vgl dazu *G. Schima*, Der Rücktritt des GmbH-Geschäftsführers nach dem Entwurf des IRÄG 1997, RdW 1997, 60. Vgl außerdem ausführlich *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer 115 ff.

587 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 53.

588 Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 53.

589 *Schiemer,* AktG[2] Anm 5.2. zu § 23, Anm 9.4. zu § 75; ausführlichst *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 165 ff mwN; *G. Schima*, RdW 1997, 61; *Weigand,* Zur aktienrechtlichen Wirksamkeit der Rücktrittserklärung eines Vorstandsmitgliedes gegenüber einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, GeS 2004, 381; *G. Schima*, ecolex 2006, 457; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 27; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/313; *Strasser,* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 53 f; für D zB *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 199; *Baums*, Geschäftsleitervertrag 404, 408 ff; etwas unklar OGH 7 Ob 504/77 GesRZ 1977, 143 (weil nicht deutlich wird, ob der wichtige Grund nur als Zulässigkeits- oder auch als Wirksamkeitsvoraussetzung qualifiziert wird); nicht einschlägig, weil zum Notgeschäftsführer eine GmbH und keine Aussage zum hier interessierenden Problem beinhaltend die von *Strasser* (ebenda) zitierte E des OGH 6 Ob 3/94 SZ 67/30 = EvBl 1994/168 = ecolex 1994, 472 = RdW 1994, 174 = RZ 1995, 67 = wbl 1994, 312; abweichend *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 226, die bei einem ungerechtfertigten Rücktitt die Annahme durch den Aufsichtsrat fordern.

590 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 165 f; idS auch prägnant *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG[3] § 84 Rz 199.

591 Ein Geschäftsführer in den ganz offensichtlich den Verfassern des IRÄG 1997 vorschwebenden Fallkonstellationen, der – wie das in der Praxis bei gefährdeten und nicht sehr geordnet geführten Unternehmen immer wieder vorkommt – zwecks (wenn auch nur vermeintlicher) Vermeidung persönlicher Haftung für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge „die Reißleine zieht", wird das tun und sich nicht um Fristen und Termine kümmern, sondern im schlimmsten Fall ab dem nächsten Tag nicht mehr erscheinen. Gläubiger- und Gesellschaftsschutz lässt sich mit der verzögerten Wirksamkeit ungerechtfertigter Rücktritte also nicht verwirklichen. Freilich wird eine solche Vorgangsweise keinen wichtigen Grund für sich in Anspruch nehmen können, sodass beim GmbH-Geschäftsführer ein darauf gestützter Rück-

und im Falle einer Analogie ohne Not ins Aktienrecht dieselbe Rechtsunsicherheit hineingetragen würde. Dies spricht auch dagegen, einem „offensichtlich rechtsmissbräuchlichen" oder „zur Unzeit" erklärten Rücktritt ausnahmsweise selbst die Wirksamkeit zu versagen.[592] Denn die Abgrenzungsprobleme wären gar nicht bewältigbar.

189 Dass das Vorstandsmitglied nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes berechtigt ist, das Mandat zurückzulegen, ergibt sich daraus, dass es in einem befristeten Dauerschuldverhältnis steht, dessen grundlose Auflösung vor Fristablauf rechtswidrig ist.[593] Dies gilt auch , wenn ein Anstellungsvertrag – so zB im Unternehmensverbund – fehlt und/oder die Mandatsausübung unentgeltlich erfolgt, es sei denn, die Vertragspartner hätten anderes vereinbart.[594]

190 Das Feld der denkbaren Rücktrittsgründe für Vorstandsmitglieder ist breit. In Betracht kommen zum einen sicher auch Rücktrittsgründe, die va die anstellungsvertragliche Sphäre betreffen und damit eine gewisse „arbeitsrechtliche Affinität" aufweisen,[595] wie zB die Vorenthaltung des vereinbarten Entgelts durch die Gesellschaft, die willkürliche Blockierung von Urlaubswünschen durch den Aufsichtsrat, der vertragswidrige Entzug des Dienstwagens oder benötigter Sachausstattung, die vertragswidrige Kündigung einer zugesagten D&O-Versicherung[596] etc. Dann gibt es Gründe, die Mandats- *und* Anstellungsvertragssphäre berühren können. Dazu zählen zB ehrverletzende Äußerungen über das Vorstandsmitglied, die willkürliche Untersagung von nicht abträglichen Nebentätigkeiten oder angeblich, aber nicht wirklich konkurrenzierender Beschäftigungen.[597] Die Verweigerung der Entlastung bildet keinen Rücktrittsgrund, sofern die Gesellschaft sie nicht auf diskriminierende oder ehrenrührige Weise erklärt oder kommuniziert.[598]

191 Daneben[599] kommen aber Rücktrittsgründe in Betracht, die sich aus den speziellen Gegebenheiten der Vorstandstätigkeit erklären und keine arbeitsrechtlichen Parallelen aufweisen. Dazu gehören rechtswidrige und mit § 70 Abs 1 AktG unvereinbare Eingriffe des Aufsichtsrates (dem gemäß ausdrücklicher Anordnung in § 95 Abs 5 Satz 1 AktG Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden können)[600] in die Geschäftsführung des Vorstandes.[601] Inhaltlich damit ver-

---

tritt erst mit zweiwöchiger Verzögerung wirksam wird. Das kann zusätzliche persönliche Haftungen des Geschäftsführers auslösen.

592 So aber *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/313. Für D *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 204; *Hüffer/Koch,* AktG[11] § 84 Rz 44 f; OLG Düsseldorf DStR 2000, 454; ausdrücklich offen lassend BGH ZIP 1993, 430 ff, 432.

593 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 166 mwN.

594 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 166.

595 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 166.

596 Zu dieser Problematik *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 198.

597 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 167.

598 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 167; für den GmbH-Geschäftsführer bei abweichender Rechtslage *Neumayr,* Die Entlastung des Geschäftsführers, JBl 1990, 273 (287 f).

599 Die hier verwendete Dreiteilung erhebt keinen Anspruch auf dogmatische Ausgefeiltheit; die Gruppen weisen auch Überschneidungen auf (vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 167, wo wir unzulässige Eingriffe in die Geschäftsführung des Vorstandes der zweiten Gruppe zurechneten).

600 Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 95 Rz 39.

601 Vgl zB *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 198.

wandt sind auch die oben bei der Behandlung des Vorstandsvorsitzenden erörterten beiden Fälle, dass in einem Vorstand nachträglich der Vorstandsvorsitzende ein Alleinentscheidungsrecht eingeräumt bekommt oder in einem Zweier-Vorstand das andere Vorstandsmitglied (Vorstandsvorsitzender) nachträglich mit einem Dirimierungsrecht ausgestattet wird.[602] Damit wird nämlich ein Über- und Unterordnungsverhältnis im Vorstand geschaffen. Selbst wenn man das für mit § 70 Abs 1 AktG vereinbar und für durch Satzungsgestaltung herstellbar hält, muss man dem erst nach Amtsantritt damit konfrontierten Vorstandsmitglied mE jedenfalls die Möglichkeit geben, das Mandat und den Vertrag vorzeitig zu beenden. Dafür ist es unerheblich, ob das Dirimierungs-, bzw Alleinentscheidungsrecht durch einen Willensakt des Aufsichtsrates, also durch nachträgliche Bestellung eines Vorstandsvorsitzenden, oder durch eine Satzungsänderung geschieht.[603]

Auch das Verhalten der Aktionäre ist im Verhältnis zum Vorstandsmitglied der Gesellschaft zurechenbar. Rücktrittswürdige Umstände können schließlich auch darin bestehen, dass ein anderes Vorstandsmitglied in die Zuständigkeiten des Vorstandsmitgliedes eingreift und der Aufsichtsrat diesen Zustand trotz Verständigung nicht abstellt.[604] In solchen und anderen Konstellationen ergibt sich das Interesse des Vorstandsmitgliedes auch aus der besonderen und mit einem Arbeitnehmer nicht entfernt vergleichbaren Haftungs- und Verantwortlichkeitssituation von Vorstandsmitgliedern. Da mehrere Vorstandsmitglieder solidarisch haften, ist jedes Mitglied durch pflichtwidriges Verhalten eines anderen Vorstandsmitgliedes akut in seiner Rechtsposition betroffen.[605] Verletzt ein Vorstandsmitglied seine Pflichten und nehmen dies die anderen Mitglieder in Erfüllung der sie ressortübergreifend treffenden Überwachungs- und Kontrollpflicht[606] wahr, dann bleibt nur der Aufsichtsrat als Instanz, wenn es innerhalb des Vorstandes nicht gelingt, den Defiziten abzuhelfen.

Heikel und sehr praxisrelevant ist die Frage, ob der Rücktritt auch in Fällen, **192**
wo das nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen nicht geboten wäre, *angedroht* werden muss und ob es die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Vertretung der Gesellschaft bzw die Aufrechterhaltung von deren vollen Handlungsfähigkeit zumindest in besonderen Fällen gebietet, den Rücktritt nicht fristlos zu erklären, sondern eine – wenn auch kurze – *Frist* zu setzen.

---

602 Beides halte ich – wie oben ausführlich begründet – für ohnehin *unzulässig*. Wenn man es aber mit der hM erlaubt, dann muss die Konsequenz der nachträglichen Einführung mE die Einräumung eines Rücktritts- und Austrittsrechts sein, weil sich die Umstände der Amtsausübung damit für die anderen Vorstandsmitglieder fundamental ändern.

603 Vgl zum – nicht unähnlichen – Fall der nachträglichen Einengung der Geschäftsführungsbefugnisse eines Vorstandsmitgliedes durch die Satzung oder den Aufsichtsrat *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 198, der zutr meint, Derartiges könne nach Lage des Falles einen Rücktrittsgrund abgeben.

604 Vgl *Kort* in GroßkommAktG[5] § 84 Rz 224a, der aber zu Recht darauf hinweist, dass eine Pflichtverletzung der Gesellschaft bzw eines ihrer Organe oder Organmitglieder für einen wichtigen Grund gar nicht erforderlich ist.

605 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 167.

606 Vgl zur Haftung bei Ressortverteilung und zur wechselseitigen Kontrollpflicht *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 382, 394 f; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 234 ff; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/345 und 3/425; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 77–84 Rz 104; 3 Ob 536/77 GesRZ 1978, 36.

Beide Fragen sind vorsichtig zu bejahen. Es gelingt besonders in Konstellationen, in der eine Information an den Aufsichtsrat überhaupt Voraussetzung dafür ist, dass der Aufsichtsrat vom Bestehen des Grundes erfährt. Aber auch wenn ein Vorstandsmitglied längere Zeit einen an sich rechtswidrigen bzw zum Rücktritt berechtigenden Zustand hingenommen hat, folgt schon aus den auch im Arbeitsrecht geltenden und von der Rsp seit langem entwickelten Grundsätzen,[607] dass das Vorstandsmitglied, das den rücktrittswürdigen Zustand nicht mehr hinzunehmen bereit ist, dies entsprechend ankündigen muss.

Selbstverständlich darf auch ein Vorstandsmitglied, dessen Monatsbezug nicht pünktlich überwiesen wird, nicht sofort mit Rücktritt oder vorzeitigem Austritt aus dem Anstellungsverhältnis reagieren,[608] sondern muss zunächst die Gründe erforschen. Der Aufsichtsrat ist zwar nicht mit der ständigen Überwachung von Konten und Zahlungsflüssen oder gar mit Überweisungen befasst. Nicht rechtzeitige Gehaltszahlungen an Vorstandsmitglieder könnten daher viel eher mit Mängeln zu tun haben, die im Verantwortungsbereich des Vorstandes selbst gelegen sind.

Auch die in der Praxis auftretenden Fallkonstellationen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass Aufsichtsrat und Vorstand bzw deren Mitglieder zueinander die vom Gesetz, Satzung und Geschäftsordnung vorgegebene Kompetenztrennung nicht beachten,[609] was gelegentlich im Szenario eines „starken" und völlig ungeniert in das Geschäft hineinregierenden Aufsichtsratsvorsitzenden gipfelt, berechtigt ein Vorstandsmitglied noch nicht unbedingt zum vorwarnungslosen bzw fristlosen Rücktritt. Durch die Einhaltung einer Frist wird auch keineswegs zum Ausdruck gebracht, dass die Fortsetzung nicht unzumutbar sei. Auch bei Arbeitsverhältnissen hat der OGH dies für den umgekehrten Fall schon anerkannt, als er aussprach, dass der Arbeitgeber – ohne sich seines Entlassungsrechts zu begeben – die Entlassung zumindest dann, wenn dies dem Arbeitnehmer zum Vorteil gereicht, auch mit Setzung einer Frist aussprechen kann.[610]

193 Der Rücktritt ist *formfrei*[611] und kann daher auch mündlich erklärt werden (was schon aus Beweisgründen und wegen der konstitutiven Wirkung der Erklärung[612] nicht ratsam ist). Er ist *empfangsbedürftig*, muss also der Gesellschaft zugehen. An der Meinung, dass der Rücktritt nicht nur gegenüber dem gesam-

---

607 Vgl zB OGH 14 Ob 215/86 DRdA 1990, 131 ff (*Eypeltauer*) betreffend den Fall der Hinnahme von länger dauernden Entgeltrückständen.

608 Auch ein Arbeitnehmer darf nicht unbedingt bei einer einmaligen Nichtzahlung für einen gewissen Zeitraum sofort austreten, doch gibt es durchaus Fälle, in denen die Rsp dies gestattet; vgl näher zB *Sonntag* in Mazal/Risak, Arbeitsrecht XVII Rz 126 f mwN.

609 Vgl auch den hochinteressanten und oben im Zusammenhang mit den Bestellungsverboten bzw -hindernissen und Eignungserfordernissen für Vorstandsmitglieder erörterten Fall bei OGH 6 Ob 97/02m GesRZ 2003, 41, wo einem Aufsichtsratsmitglied „ganz offiziell" Vorstandsaufgaben übertragen waren, was der OGH zu Recht als unzulässige Umgehung des in § 90 AktG verankerten Trennungsprinzips qualifizierte.

610 OGH 4 Ob 81/82 DRdA 1985, 200 ff (*Csebrenyak*); vgl auch *Kuderna*, Die befristete Entlassung, DRdA 1972, 53; *Eypeltauer*, Bedingte und befristete Entlassung, DRdA 1985, 319.

611 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 169; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 54.

612 Die Firmenbucheintragung wirkt nur deklarativ, ist also insb für die Begrenzung des Haftungszeitraumes grs irrelevant.

ten Aufsichtsrat und gegenüber dessen Vorsitzenden/Stellvertreter, sondern auch gegenüber jeder zur passiven Vertretung befugten Person, dh insb gegenüber jedem (auch kollektiv zeichnungsberechtigten) Vorstandsmitglied (aber auch Prokuristen) erklärt werden kann,[613] ist festzuhalten.[614] Es stimmt zwar, dass es beim Rücktritt um ein Rechtsverhältnis geht, für dessen Begründung auf Seiten der AG ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig ist,[615] doch gerade darauf kommt es bei der passiven Vertretungsbefugnis ja nicht an.

194 Der Rücktritt vom Mandat und der vorzeitige Austritt aus dem Anstellungsvertrag sind zwar – der „Trennungsthese" entsprechend – begrifflich und rechtlich voneinander zu unterscheiden, *können* aber natürlich gemeinsam erklärt werden. Wie schon gesagt, muss der gerechtfertigte Rücktritt ex definitione immer einen Austrittsgrund bilden, weil es sonst zum unlösbaren Wertungswiderspruch käme, dass die Gesellschaft auf einen berechtigten Rücktritt mit ebenso berechtigter Entlassung reagieren könnte, vermag doch das Vorstandsmitglied mit Zugang des Rücktritts sein Amt nicht mehr auszuüben.[616] Anders als bei der GmbH, wo sich bei unklaren Erklärungen stets das Problem stellt, ob nur Rücktritt vom Mandat oder auch Austritt aus dem Anstellungsvertrag gemeint ist,[617] wird *dieses* Problem beim Rücktritt des Vorstandsmitgliedes einer AG kaum auftreten. Da der Rücktritt stets eines wichtigen Grundes bedarf, muss man mE im Zweifel davon ausgehen, dass mit der Niederlegung des Mandats auch der Anstellungsvertrag vorzeitig aufgelöst werden soll.

195 Welche finanziellen Ansprüche das Vorstandsmitglied bei berechtigtem Rücktritt und Austritt aus dem Anstellungsvertrag hat, ergibt sich primär aus diesem.[618]

Vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen Regelung besteht ein Anspruch auf Fortzahlung des bedungenen Entgelts für die Restlaufzeit des Vertrages in analoger Anwendung des § 29 AngG und nach (in dieser Norm ja abgebildeten)[619] schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nur dann, wenn die Gesellschaft ein *Verschulden* am vorzeitigen Rücktritt und Austritt trifft.[620] Hier kommt daher der Verschuldensfrage und der Verhaltenszurechnung wesentliche Bedeutung zu. Grundsätzlich hat zu gelten, dass – wie schon oben gesagt – rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten sowohl von Aufsichtsrats- als auch von Vorstandsmitgliedern und auch von wesentlichen Aktionären der Gesellschaft zuzurechnen ist.

Ist im Anstellungsvertrag eine Kündigungs- oder gar Koppelungsklausel verankert, dann werden dadurch mE die Ansprüche des Vorstandsmitgliedes auf Fortzahlung des Entgelts bis zum fiktiven Ende des befristeten Vorstandsvertrages

---

613 *Schiemer,* AktG[2] Anm 9.4. zu § 75; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 169.

614 Gegenteilig *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 54; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 27; *Weigand*, GeS 2004, 381 f; offenbar auch *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/314.

615 *Strasse*r in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 54.

616 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 167 f.

617 Vgl näher *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 187 f.

618 *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 168.

619 Die sogenannte Kündigungsentschädigung ist dogmatisch ein Schadenersatzanspruch (vgl zB *Löschnigg*, Arbeitsrecht[12] (2015), 678, 708; *Jabornegg* in FS Koziol (2010), Zur Rechtsnatur der Kündigungsentschädigung 176 mwN).

620 *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 168.

durch Fristablauf nicht begrenzt. Denn der im Arbeitsrecht geltende Grundsatz, dass die Kündigungsentschädigung beim Austritt der Fortzahlung des Entgelts (nur) bis zu jenem Zeitpunkt entspricht, zu dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis hätte ordnungsgemäß kündigen können,[621] greift hier nicht, weil die Gesellschaft erst die Hürde des wichtigen Abberufungsgrundes übersteigen müsste, um von der Kündigungs- oder Koppelungsklausel Gebrauch machen zu können. Dieser Kausalverlauf ist aber bei der Berechnung des Schadenersatzanspruches des Vorstandsmitgliedes nicht zu unterstellen.

C. Einvernehmliche Auflösung

196 Die einvernehmliche Auflösung des Vorstandsmandats ist im AktG wie der Rücktritt nicht geregelt. Ihre Zulässigkeit – und die Zulässigkeit der damit korrespondierenden einvernehmlichen Auflösung des Anstellungsvertrages ergibt sich aus der Privatautonomie. Von praktischer Relevanz sind die Zuständigkeitsfragen. Da die einvernehmliche Auflösung eine Willenserklärung (auch) der Gesellschaft voraussetzt, mit der diese ihr Einverständnis dazu gibt, dass eine bestimmte Person nicht mehr Vorstandsmitglied sein soll, können für die Vertretung der Gesellschaft mE nur dieselben Grundsätze gelten wie für die Entscheidung über die Abberufung. Betrachtet man mit der (wenn von mir nicht geteilten) hM ausschließlich das Aufsichtsratsplenum als für die Abberufung zuständig, dann kann auch nur dieses über die einvernehmliche Beendigung entscheiden. Dies ist auch ganz herrschende, wenn nicht einhellige Meinung in Deutschland,[622] und dagegen kann nicht eingewendet werden, diese Sichtweise werde in Deutschland auf den in § 107 Abs 3 Satz 2 dAktG zum Ausdruck kommenden Gedanken gestützt,[623] der im öAktG keine Entsprechung finde. Denn genau einen solchen ungeschriebenen Grundsatz leitet die hA (wenn auch in concreto wenig überzeugend) ja auch für die österreichische Rechtslage ab. Man kann auch nicht sagen, die einvernehmliche Auflösung des Mandats sei „weniger wichtig" als die Abberufung.

Für die Auffassung, die Gesellschaft werde bei der einvernehmlichen Auflösung des Mandats wie bei der Entgegennahme einer Rücktrittserklärung durch den *Aufsichtsratsvorsitzenden* vertreten, und es bedürfte keines Aufsichtsratsbeschlusses, *„weil das Vorstandsmitglied jederzeit auch einseitig zurücktreten könnte*",[624] fehlt jede Rechtsgrundlage. Der Vorsitzende des Aufsichtsrates ist aus eigenem Recht, dh ohne Bevollmächtigung, zur aktiven Vertretung der Gesellschaft grundsätzlich nicht befugt.[625] Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach die Bestellung und

---

621 Vgl *Löschigg*, Arbeitsrecht[12] (2015) 708.

622 Vgl nur *Hüffer/Koch*, AktG[11] § 84 Rz 47; *Spindler* in MünchKommAktG[4] § 84 Rz 158; *Hoffmann-Becking* in FS Stimpel (1985) 589 ff, 593; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG § 84 Rz 143; BGHZ 79, 38 ff, 43 f = NJW 1981, 757.

623 Letzteres ist natürlich zutreffend.

624 So *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 29, der sich außerdem zu Unrecht auf *Strasser* (in Jabornegg/Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 87; in der Vorauflage wurde nichts anderes gesagt) beruft, der diese Meinung gar nicht vertritt, sondern nur den Fall der einvernehmlichen Auflösung des Anstellungsvertrages behandelt, dabei aber auch nicht dem Aufsichtsratsvorsitzenden die Vertretungsbefugnis zuweist.

625 So ausdrücklich auch OGH 9 ObA 28/07v DRdA 2009, 497 ff, 500 (*Jabornegg*). Ausnahmen sind nur beim Abschluss von Rechtsgeschäften anzuerkennen, die der Aufsichtsratsvorsit-

Abberufung auch einem (freilich mitbestimmten) Ausschuss überantwortet werden kann, müsste ein solcher in die einvernehmliche Mandatsbeendigung einwilligen. Man kann sich diesem Erfordernis auch nicht dadurch einfach entziehen, dass man nur auf die in der Praxis meist im Vordergrund stehenden Verhandlungen über die Regelung der aus dem Anstellungsvertrag resultierenden finanziellen Ansprüche abstellt und die Sache als Angelegenheit des § 92 Abs 4 letzter Halbsatz AktG bzw § 110 Abs 4 Satz 2 ArbVG *(„Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern"*) betrachtet. Denn es ist von der Gesellschaft eben *nicht nur* über den Anstellungsvertrag, sondern *auch über den Bestand des Mandats* zu entscheiden. Es geht auch nicht an, hinsichtlich der Zuständigkeit danach zu differenzieren, ob die Initiative für die Trennung vom Vorstandsmitglied oder von der Gesellschaft ausgegangen ist. Die Praxis folgt den dargelegten Grundsätzen meiner Erfahrung nach in aller Regel *nicht*. Einvernehmliche Trennungen von Vorstandsmitgliedern werden so gut wie nie vom Aufsichtsratsplenum behandelt, oft nicht einmal von nicht mitbestimmten Ausschüssen, sondern vielmehr vom *Aufsichtsratspräsidium* (oder gar nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden) entschieden. Dabei behilft man sich gelegentlich damit, dass das zum Ausscheiden entschlossene Vorstandsmitglied seinen Rücktritt erklärt, dies aber nur vor dem Hintergrund einer davor mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden bzw dem Aufsichtsratspräsidium getroffenen finanziellen Einigung über die Behandlung der anstellungsvertraglichen Ansprüche tut. Diese Lösung ist zwar pragmatisch, aber rechtlich auch nicht ganz sauber. Denn es handelt sich genau genommen wieder nur um eine verdeckte einvernehmliche Beendigung der Vorstandsfunktion, für die auf Seiten der Gesellschaft der Aufsichtsrat in jener Besetzung zu agieren hätte, die auch bei Bestellung und Abberufung erforderlich ist.

D. Suspendierung

Die Suspendierung sieht das AktG nicht ausdrücklich vor (nur das Genossen- **197**
schaftsgesetz enthält dazu eine explizite Regelung[626]); sie ist aber zu Recht überwiegend anerkannt.[627] Der Aufsichtsrat ist berechtigt, zur näheren Überprüfung von Vorwürfen, die gegen ein Vorstandsmitglied im Raum stehen, dieses Mitglied zu suspendieren[628] und somit seinen Pflichten als Vorstandsmitglied vorübergehend zu entheben,[629] damit mit der erforderlichen Sorgfalt überprüft werden kann,

zende in Ausübung seiner Befugnis zur Koordinierung und Organisation der Willensbildung des Kollegialorgans Aufsichtsrat abschließt (zB Anmietung von Räumlichkeiten für eine Sitzung: vgl *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates[6] § 11 Rz 681.

626 Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] 155.

627 Vgl *Nowotny,* DRdA 1989, 427 ff mwN; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 169 ff mwN; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 30; *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448; *G. Schima*, ecolex 2006, 456 (457); differenzierend und nicht ganz klar *Strasser* in Jabornegg/ Strasser, AktG[5] §§ 75, 76 Rz 65 ff; aM *Egermann*, Zur Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes, RdW 2006, 69 ff.

628 *G. Schima*, RdW 1990, 448 ff.

629 Zur Möglichkeit der Dienstfreistellung auch OGH 3.2.2005, 2 Ob 285/04g mit ausführlicher Darstellung der Lehre; *Schuhmacher*, Enthebung verdächtiger Vorstandsmitglieder, ecolex 1992, 774 ff mwN; *Wolf*, Mißbrauch von Insiderinformationen: Abberufung und Entlassung von Vorstandsmitgliedern, ecolex 2003, 741 ff.

ob im Raum stehende Abberufungsumstände tatsächlich bestehen und – dies wird der Regelfall sein – sich der zur Abberufung führende Vorwurf der groben Pflichtwidrigkeit erhärten lässt.

198 Aus den gesetzlich verankerten Voraussetzungen für die Abberufung eines Vorstandsmitglieds ergibt sich, dass auch für die Suspendierung ein *wichtiger Grund* vorliegen muss; an diesen sind aber nicht dieselben Anforderungen wie an eine Abberufung zu stellen.[630] Außerdem darf die Suspendierung als bloß vorübergehende und nicht mit dem Entzug der Vertretungsbefugnis verbundene, daher auch nicht ins Firmenbuch einzutragende Maßnahme nur für verhältnismäßig *kurze Zeit* ausgesprochen werden. Suspendierungen, die deutlich über einen Monat hinausgehen, sind zumindest problematisch und nur in besonderen Fällen gerechtfertigt.[631]

199 Wer für die Suspendierung in der AG genau zuständig ist, ist nicht unumstritten. Richtigerweise reicht dafür ein nicht-bestimmter Ausschuss des Aufsichtsrates. Dafür gibt es zunächst einen evident sachlichen und praktischen Grund: Die Suspendierung ist eine vorläufige, oft sehr *eilbedürftige Maßnahme*, bei der in ganz besonderem Maße das Erfordernis der Diskretion zu beachten ist, kann doch das Ergebnis einer Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes einerseits die Abberufung oder zumindest eine gravierende Abmahnung, andererseits aber auch die Rehabilitierung des Vorstandsmitglieds sein. Die Involvierung von dem Vorstandsmitglied als Arbeitnehmer unterstellten Personen in die Suspendierungsentscheidung ist geeignet, die Autorität des Suspendierten irreparabel zu untergraben, was schon für sich für die Zulässigkeit eines Handelns in einem nicht-mitbestimmten Ausschuss spricht.[632]

Auch die Gesetzeslage ist aber eindeutig und stützt dieses Ergebnis. Die Verlagerung der Suspendierung in einen – im Hinblick auf § 92 Abs 4 AktG mitbestimmungsfreien – Ausschuss des Aufsichtsrates ist jedenfalls und selbst dann zulässig, wenn man[633] für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern einen Plenumsbeschluss fordert. § 92 Abs 4 AktG spricht nämlich davon, dass Ausschüsse dann ohne Belegschaftsvertreter gebildet werden, wenn es um

---

630 Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 125 ff, die davon ausgehen, dass der wichtige Grund *„naturgemäß"* kein Abberufungsgrund zu sein brauche, sondern vielmehr das Vorliegen *„gewichtiger Verdachtsmomente"* für ausreichend halten.

631 Vgl *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2] § 75 Rz 30 sowie *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 125f mwN, die einen Zeitraum von einem Monat bis zu drei Monaten als zulässig ansehen.

632 Vgl *G. Schima*, ecolex 2006, 456. Das ergibt sich auch aus § 92 Abs 4 AktG, der als „Ausnahme von der Ausnahme", dh als Durchbrechung des Grundsatzes, dass Ausschüsse, die Vorstandsbeziehungen abhandeln, mitbestimmungsfrei sind, nur drei Fälle nennt: die Bestellung von Vorstandsmitgliedern, deren Abberufung und die Gewährung von Aktienoptionen an Vorstandsmitglieder. Die letztgenannte „Gegenausnahme" wurde mit dem Aktienoptionengesetz 2001 (in Kraft seit 1. Mai 2001) eingefügt, also zu einem Zeitpunkt, wo dem Gesetzgeber der Umstand längst geläufig war, dass die im AktG nirgendwo geregelte Suspendierung in Lehre und Judikatur allgemein anerkannt ist. Wenn der Gesetzgeber trotzdem *nicht* anordnete, dass Suspendierungen nur in einem mitbestimmten Ausschuss verfügt werden dürfen, dann kann dieses „beredte Schweigen" nur so verstanden werden, dass der Gesetzgeber eine derartige Anordnung eben bewusst nicht treffen *wollte*.

633 Was ebenfalls fraglich und nicht überzeugend ist, vgl ausführlich zur Gegenmeinung *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 56 ff mwN.

„die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern" geht.[634] Von *„**schuldrechtlichen** Beziehungen"* im Sinne von Angelegenheiten, die den Anstellungsvertrag, nicht aber das Mandat betreffen, ist im Gesetz aber nirgendwo die Rede. Eine Suspendierung kann daher – mangels Gegenausnahme in § 92 Abs 4 AktG, wie für Bestellung und Abberufung – in einem *Ausschuss ohne Belegschaftsvertreter* beschlossen werden.[635] Voraussetzung dafür ist natürlich, dass vom Aufsichtsratsplenum ein Ausschuss gebildet wurde, der für die Suspendierung explizit oder zumindest durch ausreichend klare, implizite Umschreibung der Aufgabenbereiche zuständig gemacht worden ist. Eine „automatische" Ausschusszuständigkeit für Suspendierungen gibt es klarer Weise nicht.

Bei einer zu lange aufrechterhaltenen oder grundlos ausgesprochenen Suspendierung kann das Vorstandsmitglied Mandat und Anstellungsvertrag – dies wohl aber erst nach kurzfristiger Vorwarnung des Aufsichtsrates – aus wichtigem Grund mit den sich daraus ergebenden finanziellen Konsequenzen vorzeitig auflösen.[636] **200**

Erfolgt die Suspendierung wegen des Verdachts grober Pflichtverletzungen und erweist sich dieser Verdacht später als gerechtfertig und mündet er in eine berechtigte Abberufung und Entlassung aus dem Anstellungsvertrag, dann ist die Gesellschaft nicht gehalten, dem Vorstandsmitglied für die Dauer der Suspendierung das Entgelt zu zahlen bzw darf gezahltes Entgelt zurückgefordert werden. Denn in solchen Fällen unterbleibt die Dienstleistung aus in der Person des Vorstandsmitgliedes gelegenen Gründen (§ 1155 ABGB). Dass dessen Fehlverhalten uU längere Zeit geheim gehalten werden konnte und komplexe Untersuchungen durch von der Gesellschaft Beauftragte erforderlich macht, darf sich nicht zu Gunsten des pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitgliedes auswirken. [637]

---

634 *Nowotny*, DRdA 1989, 427 ff mwN.

635 *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 106 ff; *G. Schima*, ecolex 2006, 457; aM *Kalss,* Die Zuständigkeit für die Suspendierung eines Vorstandsmitglieds, Aufsichtsrat aktuell 4/2006, 4; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/311.

636 *Runggaldier/G. Schima,* Manager-Dienstverträge[4] 125 ff.

637 Vgl *G. Schima*, Dienstfreistellung auch ohne Entgelt möglich, Die Presse/ Rechtspanorama vom 6. Dezember 2015.

Susanne Kalss, Peter Kunz (Hg.)

Handbuch für den Aufsichtsrat

facultas 2016, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage
1.742 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag
ISBN 978-3-7089-1362-9
EUR 278,– (A) / EUR 270,– (D) / sFr 297,–