WU EXECUTIVE ACADEMY

EFMD EQUIS ACCREDITED

Accredited by Association of MBAs

Governance Excellence

Exklusives Programm für Aufsichtsräte

Modul 3: Human Resource Management für AufsichtsrätInnen

Bestellung, Anstellung und Verabschiedung von Vorstandsmitgliedern aus rechtlicher Sicht

RA Hon-Prof Dr Georg Schima, M.B.L.-HSG, LLM (Vaduz)

15. Dezember 2014

Inhalt

- Bestellung von Vorstandsmitgliedern _____ Seite 3
- Der Vorstands-Anstellungsvertrag _____ Seite 7
  - Entgelt _____ Seite 9
  - Stock Options _____ Seite 14
  - Aliquotierung, Rückforderung _____ Seite 16
  - „Golden Handshakes“ _____ Seite 17
- Übernahme von Vertretungskosten _____ Seite 23
- Interessenkonflikte _____ Seite 24
- Konkurrenzklauseln _____ Seite 25
- Die Beendigung von Vorstandsmandat und Anstellungsvertrag _____ Seite 26
  - Suspendierung _____ Seite 26
  - Rücktritt _____ Seite 27
  - Abberufung _____ Seite 28

Bestellung von Vorstandsmitgliedern - Auswahl

- Auswahl des „richtigen" Vorstandes ist die wichtigste Aufgabe des Aufsichtsrates
- Vorstand ist (idR) ein Kollegialorgan: er muss daher ein Team sein - herausragende Einzelspieler sind noch kein tolles Team !
- Argumente Pro und Kontra zum „starken Mann im Vorstand"
- Vorstandsvorsitzende/r oder Vorstandssprecher/in?

- Haftung des Aufsichtsrats für die Bestellung eines ungeeigneten Vorstandes?

- Bei RH-kontrollierten Unternehmen: Ausschreibungspflicht
- Konsequenzen bei Verstoß gegen Ausschreibungspflicht?
  - mE keine Unwirksamkeit der Bestellung bei Unterlassen der Ausschreibung oder Auswahl eines nicht-erstgereihten Bewerbers
  - Auch keine Schadenersatzansprüche von übergangenen Bewerbern

Bestellung von Vorstandsmitgliedern – Auswahl/Diskriminierung

- Gilt das Gleichbehandlungsgesetz bei Vorstandsmitgliedern?
  - Nach richtiger Ansicht: ja!

- Entweder wegen „Arbeitnehmerähnlichkeit" (vom OGH bislang verneint)
  - (§ 1 Abs 3 Z 2, § 16 Abs 3 Z 2 GlBG)
- Oder Diskriminierung in den Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Tätigkeit (§ 1 Abs 1 Z 4, § 16 Abs 1 Z 4 GlBG)
  - **Vorstandsmitglied kann nicht „weder noch" sein**
- Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (§§ 3, 4 GlBG),
- Diskriminierung aufgrund Ethnie, Religion & Weltanschauung, Alter, Sexuelle Orientierung (§§ 17, 18 GlBG),

- Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes
  - → Willkürverbot des AR verbietet unsachliche Ungleichbehandlung bei mehreren Vorstandsmitgliedern

Bestellung von Vorstandsmitgliedern - Zuständigkeit im Aufsichtsrat

- Gesamt-Aufsichtsrat (Plenum) ist gefordert
- Bestellungskompetenz kann nicht auf anderes Organ oder Dritte übertragen werden (anders beim Anstellungsvertrag)
- Nominierungsausschuss (nach C-Regel 41 ÖCGK empfohlen): Vorschläge zur Besetzung frei werdender Mandate im Vorstand und Fragen der Nachfolgeplanung
- Bestellungsbeschluss nach herrschender (wenn auch problematischer) Meinung nur im Plenum (inklusive Arbeitnehmervertreter)
- Aktionärsschutzklausel (doppelte Mehrheit) gemäß § 110 Abs 3 ArbVG beachten (dh Mehrheit aller AR-Mitglieder und Mehrheit der Kapitalvertreter nötig) !

- Wiederbestellung bedarf zusätzlich schriftlicher Bestätigung des AR-Vorsitzenden

Ordnung im mehrköpfigen Vorstand

- Aufsichtsrat trifft beim mehrgliedrigen Vorstand eine Organisationspflicht (kein bloßes Recht):
- Ressortbildung und Vergabe in Geschäftsordnung / Geschäftsverteilung
- Zuständig für den Erlass ist der Aufsichtsrat (Plenum kann es einem Ausschuss zuweisen)
- Aufsichtsrat kann Verteilung dem Vorstand überlassen (oder sich nur die Genehmigung einer vom Vorstand verfassten GO vorbehalten)
- Vorstandsvorsitzende/r: AR-Zuständigkeit zur Ernennung wie bei Bestellung
- Vorsitzende/r hat Dirimierungsrecht bei Stimmengleichheit, wenn Satzung „nichts anderes" bestimmt (§ 70 Abs 2 AktG)
- Satzung kann Dirimierungsrecht ausschließen
- Kann die Satzung auch Dirimierungsrecht gegen die Mehrheit bzw Alleinentscheidungsrecht anordnen ?
- Dirimierungsrecht im Zweier-Vorstand problematisch und nicht sinnvoll (es entsteht ein Über- und Unterordnungsverhältnis)
- Vorsicht: AR soll Verankerung einer bestimmten Tätigkeit (Ressort) im Anstellungsvertrag vermeiden

Anstellungsvertrag – Zuständigkeit für Abschluss

- Unterschied zwischen Bestellung und Anstellung (doppelte Rechtsbeziehung)
- Anstellungsvertrag nicht zwingend
  (zB Mehrfachmandate im Konzernverbund)
- Zentrale Rechte und Pflichten resultieren bereits aus Bestellung
- Zuständig ist der Aufsichtsrat, aber nicht zwingend das Plenum
- Ein nicht mitbestimmter Ausschuss (Personalausschuss/ *remuneration committee*) genügt (§ 92 Abs 4, letzter Satz AktG)
- AR-Vorsitzender kann nur mit Deckung durch Plenums- oder Ausschussbeschluss wirksame Zusagen machen
- Vorsicht: Vorstandsmitglied kann weder sich noch anderen Vst-Mitgliedern anstellungsvertragliche Zusage machen (Abgrenzung zwischen § 75 Abs 1, letzter Satz und § 97 AktG uU schwierig: was gehört zum „Anstellungsvertrag"? – Bsp D&O-Versicherung)
- „Drittanstellung": Verlagerung der Zuständigkeit zum Abschluss des Anstellungsvertrages auf Dritten (zB Obergesellschaft) ist möglich, aber arbeitsrechtliche Weisungsgebundenheit tritt hinter aktienrechtliche Weisungsfreiheit zurück

Anstellungsvertrag – Rechtsnatur

- Anstellungsvertrag ist freier Dienstvertrag, nicht Arbeitsvertrag
- §§ 1151ff ABGB, AngG, UrlG etc nur punktuell im Einzelfall anzuwenden, wenn Analogievoraussetzungen vorliegen
- Vorsicht mit „Subsidiaritätsklauseln" (subsidiäre Anwendung des AngG oder anderer arbeitsrechtlicher Gesetze im Anstellungsvertrag): können enorme Auslegungsprobleme schaffen
- Arbeitnehmerähnlichkeit fehlt laut OGH idR bei Vorstandsmitgliedern – Konsequenz: Streitigkeiten vor dem HG, nicht vor ASG
- Sozialversicherungsrechtlich sind Vorstandsmitglieder Arbeitnehmern gleichgestellt (§ 4 Abs 1 Z 6 ASVG)
- Lohnsteuerrechtlich werden Vorstandsmitglieder von der Praxis seit jeher als Arbeitnehmer betrachtet
- Einbeziehung von Vorstandsmitgliedern in die „Abfertigung Neu" (BMSVG) seit 1.1.2008

Anstellungsvertrag – Entgelt

„After twenty months of intense work – and thanks to my own stock purchases, options and other incentives – I took my leave of Scott $ 100 million richer than when I arrived [...]. Did I earn that ? Damn right I did. I'm a superstar in my field, much like Michael Jordan in basketball and Bruce Springsteen in rock `n' roll." (Albert J. Dunlap, Mean Business – How I Save Bad Companies and Make Good Companies Great; NY 1997)

- Vorstandsvergütungen sind weltweit im Gerede
- Aufsichtsrat ist daher maximal gefordert
- Exzessive Vorstandsvergütungen schaffen zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiken (Schadenersatz bzw Untreue [§ 153 StGB] zu Lasten der Gesellschaft)
- USA: Delaware Supreme Court „Disney/Ovitz" (Vertragsauszahlung von USD 130 Mio nach 15M erfolgloser Tätigkeit nicht beanstandet)
- Deutschland: BGH „Mannesmann" („kompensationslose Anerkennungs-prämien" ohne zukunftsbezogenen Nutzen als Untreue beurteilt)
- Österreich: OGH „Hirsch Servo" (vertraglich nicht vorgesehene Zusatz-abfertigungen für geräuschlose Trennung gebilligt – zukunftsbezogener Nutzen für die Gesellschaft ?)

Anstellungsvertrag – Entgelt II

- Gesetzliches Angemessenheitsgebot (§ 78 Abs 1 AktG)
- 2012 näher konkretisiert (auch umgesetzt in L-Regel 26a ÖCGK)
- Gesamtbezüge müssen in einem angemessenen Verhältnis nicht nur zu den „Aufgaben", sondern auch zu den „Leistungen" des Vorstandsmitgliedes und zur Lage der Gesellschaft stehen.
- Gesamtbezüge müssen auch in angemessenem Verhältnis zur „üblichen Vergütung" stehen.
- Gesamtbezüge müssen „langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen".

- Horizontaler Vergleich
- Vertikaler Vergleich
- Horizontaler Vergleich genießt im Konfliktfall Vorzug

- Ermessensspielraum für den Aufsichtsrat (Business Judgment Rule)

Anstellungsvertrag – Entgelt III

- Kein Herabsetzungsrecht bei Verschlechterung der Verhältnisse (OGH VOEST-Managerpensions-Erkenntnis 1989: pacta sunt servanda)
- Anders die Lage in Deutschland: § 87 dAktG wurde 2009 sogar verschärft (Herabsetzung nicht mehr bloß bei „wesentlicher" Änderung der Verhältnisse)
- Aufsichtsrat kann sich aber Gestaltungsrechte vorbehalten (Ausübungsgrenzen durch das „billige Ermessen" gezogen)
- Kombination aus fixen und variablen Gehaltsbestandteilen
- Existenz beider empfiehlt C-Regel 27 ÖCGK
- Angemessenes Verhältnis von fix / variabel nur branchen- und situationsbezogen zu definieren: Finanzkrise und Bonusexzesse haben hier die Gewichte etwas verschoben und beeinflussen Trends („Renaissance der Ermessenstantieme"?)

Anstellungsvertrag – Entgelt: rechtliche Vorgaben

- Wahl der „richtigen" Incentives, Kennzahlen und Erfolgsparameter bei variablen Entgelten ist eine anspruchsvolle Aufgabe für den Aufsichtsrat und zunächst einmal kein rechtliches Problem.
- Rechtliche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit gesetzlichen oder dem „soft law" (CG-Kodex) entstammenden Vorgaben für die Gestaltung von Entgelten und vor allem bei der Beurteilung von vertraglichen Rechten der Gesellschaft, Entgelte einzuschränken, zu aliquotieren oder zurück zu fordern.
- Für staatsnahe (der RH-Kontrolle unterliegende) Unternehmen gelten Stellenbesetzungsgesetz und Vertragsschablonen-VO der BReg: Variable Bestandteile nur „leistungs- und erfolgsorientiert", haben sich gemäß dem 2012 novellierten § 7 StellenbesG an der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und an den notwendigen Ressourcen der öffentlichen Hand zu orientieren und sind mit einem Prozentsatz des Gesamtjahresbezuges zu begrenzen (vgl auch C-Regel 27 ÖCGK: betragliche Begrenzung oder Begrenzung mit Prozentsatz des Fixbezuges). Die Kriterien sind festzulegen und zu begründen.

Anstellungsvertrag – Entgelt: rechtliche Vorgaben II

- Die Empfehlungen des ÖCGK für variable Vergütungen von Vorstandsmitgliedern börsenotierter Gesellschaften wurden mit 1.1.2010 intensiviert (Vorbild: EU-Kommissionsempfehlung vom 30. April 2009):
  - Anknüpfen an nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien
  - Einbeziehung auch nicht-finanzieller Kriterien
  - Keine Verleitung zum Eingehen unangemessener Risiken
  - Vertragliche Einräumung von Rückforderungsrechten, wenn variable Vergütungen „auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten" gezahlt wurden („claw back-Klauseln")

- Schriftliche Zielvereinbarungen und Evaluierung (persönlicher) Leistung
- Zielerreichung nach Soll-Ist-Vergleich sinnvoll erst nach Ablauf der Bemessungsperiode feststellbar → verzögerte Auszahlung

Anstellungsvertrag – Entgelt/Stock Options

- Gewährung im Aufsichtsrat nicht mitbestimmungsfrei: Ausschuss möglich, aber – anders als beim Anstellungsvertrag - mit AN-Vertretern (§ 92 Abs 4, letzter Satz AktG)
- Umfangreiche Berichtspflichten des Aufsichtsrates
- Aktienoptionengesetz 2001 erleichterte Einräumung (kein Umweg über Wandelschuldverschreibungen mehr), aber keine inhaltlichen Vorgaben im Gesetz
- Empfehlungen im ÖCGK (C-Regel 28)
  - Vorher festgelegte, messbare, langfristige, nachhaltige Kriterien
  - Nachträgliche Änderung der Kriterien („Repricing“) ausgeschlossen
  - Angemessener Eigenanteil vom Vorstandsmitglied zu halten
  - Wartefrist von mindestens drei Jahren
- Anzahl und Aufteilung der eingeräumten Optionen, deren Ausübungspreis sowie der jeweilige Schätzwert zum Zeitpunkt der Einräumung und der Ausübung sind im Geschäftsbericht anzuführen (§ 239 Abs 1 Z 5 UGB)

Anstellungsvertrag – Entgelt/Stock Options II

- „Selbstbedienungsladen für Manager" (*Rasinger*) oder das Instrument zur Überbrückung des principal agent-Konfliktes ?
- Antwort hängt ganz von der konkreten Ausgestaltung ab !
- Stock options wurden durch ihre Ausgestaltung in der Vergangenheit tw diskreditiert
- Einebnung des Interessengegensatzes zwischen Aktionären und Management setzt voraus, dass Letzteres auch ein „downside-Risiko" trägt.
- Wichtige Gestaltungsfaktoren:
  - Ausübungshürden nicht (nur) an Aktienkurs knüpfen
  - Kein repricing
  - Angemessenes Eigeninvestment (Begünstigter muss auch Geld verlieren können)
  - Benchmarking (nur Übertreffen der Vergleichsgruppe soll prämiiert werden)
  - Wartezeiten und Behaltefristen
- Virtuelle Nachbildung von Aktienoptionen: phantom stocks, stock appreciation rights

Anstellungsvertrag – Entgelt/ Aliquotierung und Rückforderung

- Bei unterjährigem Ausscheiden sehen Anstellungsverträge häufig den völligen Entfall von Tantiemen/ Bonifikationen vor.
- Solche Regelungen sind problematisch vor dem Hintergrund des § 16 AngG (zumindest in der vom OGH gewählten Interpretation).
- Rückforderung von variablen Vergütungsbestandteilen bei Beruhen auf „offenkundig falschen Daten" (C-Regel 27, letzter Satz ÖGCK bzw EU-Kommissions- Empfehlung vom 30. April 2009):
  - Dafür reicht idR das Instrumentarium des allgemeinen Zivilrechts (ergänzende Vertragsauslegung, Bereicherungsrecht etc) aus.
  - Exzess-Boni im Finanzdienstleistungsbereich aus der Zeit vor dem Lehman-Crash wären aber auch damit nicht schlechthin rückforderbar
  - Effektiver ist da die Knüpfung an Kennzahlen mit mehrjähriger Bemessungsgrundlage
  - Mögliche Verhinderung von Golden Handshakes bei Misserfolg durch vertragliche Statuierung von Abberufungsgründen bei qualifizierter Verfehlung von Parametern?

Anstellungsvertrag – Entgelt „Golden Handshakes"

- „Golden Handshake" kein Rechtsbegriff, sondern (nicht selten polemisch verwendete) Sammelbezeichnung für Abfindungszahlungen an Manager bei Ausscheiden
- Gesetzliche Vorgaben: nur Angemessenheitsgebot in § 78 Abs 1 AktG als spezifische Ausprägung des Unternehmenswohls in § 70 AktG
- Empfehlung in C-Regel 27a ÖCGK (Vorbild: Empfehlung der EU-Kommission): Bei Abschluss von Anstellungsverträgen beachten, dass Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung ohne wichtigen Grund zwei Jahresvergütungen (EU-Kommission: zwei feste Jahres-vergütungen) nicht überschreiten und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages abgelten
- Rechnung tragen kann der AR dieser Vorgabe nur, wenn er für den Fall der Abberufung ohne Verschulden eine Kündigungsklausel im (von Gesetzes wegen befristeten) Anstellungsvertrag mit maximal zweijähriger Frist vorsieht !

Anstellungsvertrag – Golden Handshakes/ Auszahlung der Restlaufzeit

- Vorstandsvertrag muss (auf maximal fünf Jahre) befristet sein (§ 75 Abs 1 AktG)
- Kündigungsklauseln grundsätzlich zulässig, jedoch nicht verpflichtend; ihre Anwendung setzt aber eine Abberufung voraus, die laut Gesetz (§ 75 Abs 4 AktG) an einen wichtigen Grund gebunden ist
- Wenn Vorstandsmitglied ohne Verschulden abberufen wird oder ein Abberufungsgrund gar nicht vorliegt (börsenotierte Gesellschaften scheuen idR Misstrauensvotum), stellt sich das Problem der Auszahlung des Vertrages
- Vertragliches Recht auf sofortige Barauszahlung zwar möglich, aber in der Praxis ganz selten
- Sonst keine Verpflichtung der Gesellschaft zur Barabfindung
- Anrechung gemäß § 1155 ABGB: anderweitiges Erwerbseinkommen oder absichtlich versäumter Erwerb
- In der Praxis meist Einigung auf eine (im Falle langer Restlaufzeit uU reduzierte) Abfindungssumme
- Mögliche Verhinderung von Golden Handshakes bei Misserfolg durch vertragliche Statuierung von Abberufungsgründen bei qualifizierter Verfehlung von Parametern?

Anstellungsvertrag – Golden Handshakes/ Change of Control-Klauseln

- Change of Control-Klauseln in Österreich in den letzten Jahren häufiger
- Soll dem Vorstandsmitglied ermöglichen, bei Kontrollwechsel/ Änderung der Aktionärsmehrheit Mandat und Vertrag mit finanziell günstigen Folgen aufzulösen
- Wichtig ist genaue Definition des auslösenden Tatbestandes !
- Anknüpfung an übernahmerechtlichen Kontrollerwerb für das Vorstandsmitglied nicht günstig, weil seit 2006 kein materieller Kontrollbegriff existiert, sondern feste Schwellen im ÜbG (unterhalb derer eine Gesellschaft uU auch kontrolliert werden kann)
- Wichtig ist die Einhaltung einer Kündigungsfrist für die Auflösung
- Finanzieller Inhalt der Klauseln ganz unterschiedlich: Abfindung der Restlaufzeit als Barabfindung (manchmal mit cap bei sehr langer Restlaufzeit); Restlaufzeit plus Zusatzabfertigung (mit oder ohne cap); Erhalt von sonstigen Beendigungsansprüchen (zB Betriebspension) etc

Anstellungsvertrag – Golden Handshakes/ Change of Control-Klauseln II

- Rechtliche Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln vom Grundsatz her unumstritten
- In Deutschland brachte aber das Mannesmann-Erk des BGH gewisse Verunsicherung (zukunftsbezogener Nutzen?)
- Vertragliche Verankerung auch im nachhinein und selbst bei sich anbahnender Übernahme nicht grs unzulässig: hier besteht uU sogar besonderer Bedarf, um Vorstandsmitglied unbefangene Beurteilung des Angebotes zu ermöglichen, ohne primär auf die eigene Position zu sehen
- Anzustreben ist ein Gleichgewicht zwischen Attraktivität des Verbleibes und Attraktivität des Ausscheidens mit Inanspruchnahme der Klausel
- In Sonderfällen Konflikt mit § 12 ÜbG (Verhinderungsverbot) denkbar: zB Einräumung von großzügigen Change of Control-Klauseln an den gesamten Vorstand bei sich anbahnender Übernahme mit kurzen Rücktrittsfristen

Anstellungsvertrag - Golden Handshakes/ Nachlaufklauseln und Entgelt für geräuschlose Trennung

- Nachlaufklauseln: Wenn AR nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt (zB spätestens 6M vor Mandatsablauf) mitteilt, dass Wiederbestellung nicht geplant ist und das Vorstandsmitglied tatsächlich nicht wiederbestellt wird, gebührt für einen bestimmten Zeitraum ab Mandatsende (zB 6 M oder 1 J) weiter das Entgelt
- Nachlaufklauseln sind ein wirtschaftliches Äquivalent für die fehlende Kündigungsfrist und zweifellos zulässig
- Vertraglich nicht vorgesehene Zusatzabfindungen aus Anlass der vorzeitigen Trennung, um diese friktionsfrei zu ermöglichen: rechtlich nicht unproblematisch („Schweigegeld")
- OGH im Fall Hirsch Servo (OGH 11.6.2008): großzügige Betrachtung (AR-Mitglieder meinten, damit Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, der die Abfindungen überstiegen hätte)
- Zukunftsbezogener Nutzen iSd BGH („Mannesmann") fehlt hier; Vermeidung von Reputationsverlust als Nutzen zwar denkbar, aber Umstände des Einzelfalles entscheidend: möchte AR primär eigene Kontrollversäumnisse verbergen, ist Gewährung von „Schweigegeld" pflichtwidrig !

Anstellungsvertrag - Golden Handshakes / Interessenabwägung

- Maxime für den Aufsichtsrat: Unternehmenswohl – nicht „humane / karitative" Überlegungen zugunsten des Vorstandsmitglieds

- In die Interessenabwägung einzubeziehen sind:
  - Kündigungsmöglichkeit
  - Restlaufzeit und Höhe der Bezüge bis zum Ende der Laufzeit
  - Möglichkeit einer sofortigen Abberufung und Beendigung des Vertrags?
  - Prozessrisiko und Kosten
  - Imageschädigung durch negative Publizität
  - Gefahr des Kursverfalls / Beeinträchtigung bevorstehender Transaktionen und Projekte

Übernahme von Strafen und Vertretungskosten

- Rechtsanspruch von Vorstandsmitgliedern (wie bei Arbeitnehmern) aus § 1014 ABGB, mit der Mandatsausübung verbundenen Aufwand von der Gesellschaft ersetzt zu bekommen
- Solcher Aufwand sind auch angemessene Vertretungs- / Verteidigungs-kosten des Vorstandsmitgliedes gegen zivilrechtliche / (verwaltungs-) strafrechtliche Inanspruchnahme
- § 1014 ABGB beinhaltet Recht auf Bevorschussung
- Im Falle strafgerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Verurteilung hat die Gesellschaft aber idR einen Rückforderungsanspruch betreffend gezahlte Kosten (D&O-Versicherungen mit Rechtsschutz sehen idR Ähnliches vor)
- Übernahme von Strafen ist im Vorhinein vertraglich nicht gültig regelbar (OGH: sittenwidrig, untergräbt Autorität von [Verwaltungs-] Strafnormen) – im Nachhinein im Einzelfall möglich
- Faktische Übernahme von Strafen durch die Gesellschaft zwar möglich, aber lohnsteuerpflichtig

Anstellungsvertrag - Interessenkonflikte/ Related Party Transactions/ Corporate Opportunities

- Vorstand handelt pflichtwidrig, wenn er Eigeninteressen über das Gesellschaftsinteresse stellt und zB Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zieht (vgl L-Regel 22 ÖCGK)
- Interessenkonflikte und wesentliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft hat Vorstandsmitglied dem Aufsichtsrat zu melden und den anderen Vorstandsmitgliedern offen zu legen (vgl L-Regel 23 ÖCGK)
- Rechtslage bei Beteiligung an „related party transactions" dennoch einigermaßen unklar (Bsp: Vorstandsmitglied beauftragt Gesellschaft, an der Ehefrau beteiligt ist, mit Gebäudereinigung – sie ist Bestbieter)
- Es empfiehlt sich (vor allem bei börsenotierten Gesellschaften) unbedingt eine – möglichst weit gefasste – anstellungsvertragliche Regelung, die bei Geschäften der Gesellschaft mit einem Vorstands-mitglied nahestehenden Personen/ Unternehmen zumindest eine vorangehende Genehmigung des Aufsichtsrates (bzw eines Ausschusses) verlangt.

Anstellungsvertrag – Konkurrenzklauseln

- Gesetzliche Beschränkungen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote (§§ 36, 37 AngG) gelten für Vorstandsmitglieder grs nicht
- Beschränkungsdauer kann daher uU auch ein Jahr übersteigen
- Begrenzung durch § 879 ABGB (Gute Sitten-Klausel)
- Interessenlage von Vorstandsmitgliedern unterscheidet sich nicht wesentlich von der (leitender) Angestellter: höher sind idR nur die finanziellen Ressourcen
- Bei sehr langen Beschränkungen kann „Karenzentschädigung" für die Gültigkeit der Klausel erforderlich sein: Weiterzahlung des (vollen oder teilweisen) Entgelts während des Beschränkungszeitraumes
- Bei der Umschreibung des räumlichen und sachlichen Geltungsbereiches ist Kreativität gefragt: eine treffsichere und daher engere Klausel hat mehr Chancen auf Durchsetzbarkeit als ein globales Branchenverbot
- Kumulierung von Unterlassungsgebot und Vertragsstrafe bei Vorstandsmitgliedern möglich (§ 37 Abs 3 AngG gilt nicht)

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Suspendierung

- Suspendierung ist gesetzlich nicht geregelt, aber generell anerkannt (OGH drückte sich bisher um klare Aussagen)
- Vorübergehender Entzug der Geschäftsführungs-, nicht der Vertretungsbefugnis (daher keine Eintragung ins FB)
- Da die Abberufung an wichtige Gründe gebunden ist, bedarf auch die Suspendierung eines wichtigen Grundes (Verdachtsmomente, die auf Abberufungsgründe hindeuten, genügen)
- Suspendierung ist vorübergehende Maßnahme, daher Dauer begrenzt (mehr als drei Monate jedenfalls problematisch; nach strengerer Meinung schon mehr als ein Monat)
- Zuständig ist der Aufsichtsrat, wobei nach richtiger Auffassung ein (nicht mitbestimmter) Ausschuss genügt (§ 92 Abs 4, letzter Satz AktG; Gegenmeinung: Plenum)
- Rechtswidrige Suspendierungen können mit Rücktritt/ Austritt oder Feststellungsklage bekämpft werden

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Rücktritt

- Rücktritt im AktG nicht geregelt (anders § 16a GmbHG seit IRÄG 1997)
- Aus wichtigem Grund ist Rücktritt vom Mandat und damit kombinierter Austritt aus dem Anstellungsvertrag zulässig
- Auch ein unberechtigter Rücktritt ist nach richtiger Ansicht wirksam (aber Schadenersatzansprüche denkbar)
- Rücktrittsgründe nicht exakt umschreibbar – wie beim Austritt von Arbeitnehmern geht es um die Unzumutbarkeit der Forstsetzung, aber arbeitsrechtliche Grundsätze nur bedingt übertragbar
- Schwierige Einzelfragen können sich stellen (wessen Verhalten ist im Verhältnis zum Vorstand der AG zurechenbar?)
- Fälle aus der Praxis sind zB drohende Haftungen aus Geschäften anderer Vorstandsmitglieder, die nicht informieren oder ständige Verletzungen der Geschäftsordnung durch ein Vorstandsmitglied mit Duldung des AR
- Anstellungsvertragliche Einräumung eines (befristeten) Rücktrittsrechtes auch ohne wichtigen Grund ist möglich, aber in Österreich sehr selten
- Berechtigter Rücktritt bedeutet nicht automatisch das Recht zum vorzeitigen Austritt aus dem Anstellungsvertrag

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Abberufung

- Abberufung von Vorstandsmitgliedern ist an wichtige Gründe gebunden (fundamentaler Unterschied zur GmbH)
- § 75 Abs 4 AktG nennt drei Gründe: Grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung, es sei denn aus offenbar unsachlichen Gründen
- Aufzählung ist zwar eine demonstrative; in der Praxis sind aber kaum Fälle denkbar, die sich nicht unter einen der gesetzlich genannten Gründe subsumieren lassen (Bsp: völlige Unverträglichkeit der Vorstandsmitglieder ohne Möglichkeit der Verschuldenszurechnung)
- Spannend ist die Frage, ob auf vertraglicher Basis als Abberufungsgrund das qualifizierte Verfehlen bestimmter Erfolgsparameter normiert werden kann
- Abberufung mit Rechtsgestaltungsklage bekämpfbar; sie ist aber unabhängig vom Vorliegen eines Abberufungsgrundes vorläufig wirksam bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung
- Die vorläufige Wirksamkeit gilt jedoch nicht für formelle Mängel des Abberufungsbeschlusses (zB Abberufung ohne Ankündigung in der TO in einer Sitzung, an der nicht alle AR-Mitglieder teilnehmen)
- Zuständig für die Abberufung ist nach herrschender und aus Vorsichtsgründen in der Praxis zu beachtender Meinung das AR-Plenum, nach richtiger Ansicht genügt auch ein mitbestimmter Ausschuss (§ 92 Abs 4, letzter Satz AktG)
- Aktionärsschutzklausel (doppelte Mehrheit) beachten (§ 110 Abs 3 ArbVG) !

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Abberufung/ grobe Pflichtverletzung

- „Grobe Pflichtverletzung" (§ 75 Abs 4, erster Fall AktG) im Gesetz nicht näher definiert
- Grobe Pflichtverletzung berechtigt immer auch zur vorzeitigen Auflösung des Anstellungsvertrages (das ist bei den anderen Abberufungsgründen nicht so)
- In Betracht kommen die unterschiedlichsten Handlungen / Unterlassungen: Fehlinformation des AR, Wahrnehmung von Eigeninteressen, An sich-Ziehen von Geschäftschancen der Gesellschaft, unrichtige Spesenabrechnungen, Begünstigung von Angehörigen, Missachtung von Genehmigungsvorbehalten des AR (§ 95 Abs 5 AktG), Verletzungen der Geschäftsordnung, Bereicherung auf Kosten der Gesellschaft, fortlaufende, bewusste Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften etc.
- Die Pflichtverletzung muss eine „grobe" sein: Vorsatz ist nicht unbedingt erforderlich, uU aber auch nicht ausreichend – vor allem ist nicht jede (selbst vorsätzliche) Verletzung von Rechtspflichten eine grobe Verletzung von Vorstandspflichten iSd § 75 Abs 4 AktG
- Eintritt eines Schadens ist nicht erforderlich
- Unverzüglichkeitsgrundsatz ähnlich wie bei der Entlassung von AN

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Abberufung/ Unfähigkeit zur Geschäftsführung

- Zweiter Abberufungsgrund ist die „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung" (§ 75 Abs 4, zweiter Fall AktG)
- Gemeint ist nicht die Unfähigkeit als Manager, sondern das auf rechtlichen Hindernissen oder faktischen/ physischen Gegebenheiten beruhende Unvermögen, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen
- Darunter fällt zB der Verlust der Zuverlässigkeit bei Geschäftsleitern von Kreditinstituten iSd BWG
- Darunter fällt insb auch der krankheits- oder unfallbedingte Ausfall eines Vorstandsmitgliedes für längere Zeit mit ungewisser Zukunftsprognose
- Anstellungsverträge versuchen, den Fall der krankheits- oder unfallbedingten Unfähigkeit zur Geschäftsführung anhand präziserer Kriterien zu regeln (zB sechs Monate Ausfall mit ungewisser Heilungsprognose) – ob solche Kriterien im Streitfall der gerichtlichen Überprüfung entzogen sind, ist fraglich.
- Bei Vorliegen des Abberufungsgrundes idR keine fristlose Auflösung des Anstellungsvertrages möglich (Achtung bei subsidiärer Anwendung des AngG: § 27 Z 2 AngG ermöglicht unverschuldete Entlassung bei Dienstunfähigkeit)

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Abberufung/ Misstrauensvotum der Hauptversammlung

- Dritter Abberufungsgrund ist der Entzug des Vertrauens durch die Hauptversammlung, es sei denn aus „offenbar unsachlichen Gründen" (§ 75 Abs 4, dritter Fall AktG)
- Begründungsschwelle laut OGH (Gerngross-Fall 1998) ziemlich niedrig: auch ein „seiner sachlichen Berechtigung nach zweifelhafter" Vertrauensentzug berechtigt AR zur Abberufung, wenn nicht offenbare Unsachlichkeit vorliegt
- Fehlverhalten des Vorstandsmitgliedes keineswegs erforderlich, auch nicht objektivierbare Erfolglosigkeit; vielmehr können strategische Meinungsverschiedenheiten mit den Aktionären oder dem AR genügen
- Beweislast für „offenbare Unsachlichkeit" trifft Vorstandsmitglied
- Die Gesellschaft muss aber spätestens im Prozess die zum Misstrauensvotum führende Begründung offenlegen; sonst könnte das Vorstandsmitglied die „offenbare" Unsachlichkeit der Begründung niemals beweisen.

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Abberufung/ Misstrauensvotum der Hauptversammlung II

- Offenbare Unsachlichkeit zB denkbar, wenn Vorstandsmitglied rechtswidriges Verhalten eines Großaktionärs (Inanspruchnahme von Sondervorteilen) unterbinden möchte und dafür abberufen wird
- In börsenotierten Gesellschaften ist das Misstrauensvotum fast totes Recht: Aktionäre und AR scheuen die negative Publizität (Konsequenz: de facto viel besserer Abberufungsschutz in börsenotierten Gesellschaften bzw als Konsequenz Verteuerung der Trennung von Vorstandsmitgliedern)
- Vertrauensverlust durch den AR ist kein Abberufungsgrund (OGH)
- ABER: Vertrauensverlust des AR kann auf Umständen beruhen, die einen Abberufungsgrund bilden (zB grobe Unverträglichkeit im Vorstand, die einen – kein Verschulden voraussetzenden – Abberufungsgrund bilden kann)
- Möglicherweise vertragliche Statuierung eines Abberufungsgrundes rechtlich zulässig, wenn zB das Vorstandsmitglied bestimmte Vorgaben qualifiziert verfehlt (zB zwei Jahre hintereinander die Budgetansätze nicht erreicht) – gleichsam eine nähere Spezifizierung des Vertrauensverlustes des Aufsichtsrates.

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Nachschieben von Abberufungsgründen

- Nachschieben von Abberufungsgründen in einem laufenden Gerichtsverfahren über die (vom Vorstandsmitglied bekämpfte) Abberufung ist möglich, aber etwas komplizierter als bei der Entlassung von Arbeitnehmern
- Nachschieben setzt nicht nur voraus, dass es sich um einen bei Abberufung zwar vorliegenden, aber noch nicht bekannten Grund handelt, sondern außerdem einen weiteren AR-Beschluss, auf den die Abberufung wegen des neu entdeckten Grundes zusätzlich gestützt wird
- Grund für die Erforderlichkeit eines weiteren AR-Beschlusses ist, dass nicht der Vorstand darüber bestimmen können soll, welche Gründe für die Abberufung eines Vorstandsmitgliedes herangezogen werden (Wahrung der Organisationsverfassung der AG)

Beendigung von Vorstandsverhältnissen – Nachschieben von Abberufungsgründen

- Frage, ob der Unverzüglichkeitsgrundsatz (bei grober Pflichtverletzung) für das Nachschieben in gleicher Weise gilt (Interessenlage ist nicht ganz identisch)
- Richtigerweise muss das Erfordernis eines Nachschiebebeschlusses auch für nachträgliche Entlassungsgründe gelten, wenn ein schon davor abberufenes oder zurückgetretenes Vorstandsmitglied aus dem Anstellungsvertrag entlassen wird. Denn auch dafür ist ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig (die Gegenmeinung des OGH ist verfehlt und unterminiert die von § 75 AktG intendierte Kompetenzzuordnung völlig).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Literaturverzeichnis Aufsätze

- „Selbstbedienung" von Vorstandsmitgliedern als grobe Pflichtverletzung. Zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 83/12t, GesRZ 2012, 322ff.
- Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), JBl 2012, 482-495, 570-579 (Co-Autorin *V. Toscani*).
- Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des AR in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35ff.
- Vorstandsmitglieder – hochbezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, GesRZ 2011, 265ff.
- Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand"? Ges 2010, 260ff.
- Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes" – zugleich Anmerkung zu OGH 7 Ob 58/08t, FS Binder (2010) 817ff.
- Zur (Un-)Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsverträgen nach dem SchiedsRÄG 2006, RdW 2008, 723ff (Co-Autorin *J. Eichmeyer*).
- Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, ecolex 2006, 456ff.
- Gestaltungsfragen bei Vorstandsverträgen in der AG, ecolex 2006, 452ff.
- Die Vorstandsabberufung als bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft, wbl 2003, 510 (Co-Autor *G. Wallisch*).
- Abschluss von Vorstandsverträgen im Aufsichtsratsplenum, GesRZ 1992, 157ff.
- Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448ff.

Literaturverzeichnis
Bücher

- Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010), 309-542.

- Manager-Dienstverträge[4] (2014) (Co-Autor *U. Runggaldier*).

- Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) (Co-Autor *U. Runggaldier*).