

Sonderdruck aus:

Barta/Radner/Rainer/Scharnreitner  
(Hrsg.)

# **Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial- und Zivilrecht**

Festschrift für  
Martin Binder

Georg Schima

**Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes“  
– zugleich Anmerkungen zu OGH 11. Juni 2008,  
7 Ob 58/08t**

**Linde**

# Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes“ – zugleich Anmerkungen zu OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t

*Georg Schima*

## **Inhaltsübersicht**

1. Einleitung
2. Die OGH-Entscheidung vom 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t
3. Unternehmerische Entscheidungen und gesetzlich determinierte Entscheidungen
  - 3.1. Entscheidung über Vorstandsvergütung ist unternehmerische (Ermessens-)Entscheidung
  - 3.2. Entscheidung über Publizierung von Insiderinformationen gemäß BörseG (Ad-hoc-Meldungen) ist eine gesetzlich gebundene Entscheidung
4. „Golden Handshakes“
  - 4.1. Anstellungsvertraglich vorgesehene „Golden Handshakes“
    - 4.1.1. Change-of-Control-Klauseln
    - 4.1.2. Nachlaufklauseln
    - 4.1.3. Barabfindung der Restlaufzeit
  - 4.2. Anstellungsvertraglich nicht vorgesehene „Golden Handshakes“
    - 4.2.1. Nachträglich gewährte Vergütung erbrachter oder noch zu erbringender (Zusatz-)Leistungen
    - 4.2.2. Zahlungen für geräuschlose Trennung („Schweigegeld“ im weiteren Sinne)
5. Zustimmung der Aktionäre zwecks Bewahrung vor zivilrechtlicher Haftung und strafrechtlicher Untreue bei (zu) hohen Vergütungen?
6. Rechtspolitische Anmerkungen – Novellierung von § 75 Abs 4 AktG angezeigt?

## 1. Einleitung

Die Vergütung von Vorstandsmitgliedern, insbesondere börsennotierter Aktiengesellschaften, ist international ins Gerede gekommen. Viele Jahre lang schien es so, als ob in Europa gleichsam mit dem Finger auf (tatsächliche oder vermeintliche) „Vergütungsexzesse“ in den USA gezeigt, aber gleichzeitig betont wurde, dass die Verhältnisse in Europa ja ganz anders seien. Fälle wie die USD-130-Mio-Abfindung von Michael Ovitz von Walt Disney<sup>1</sup> oder der Fall Maurice Greenberg<sup>2</sup>, aber auch die gigantischen und in Einzelfällen sogar zehnstelligen Dollar-Beträge für (erfolgreiche) Hedgefonds-Manager lösten in Europa und in anderen Teilen der Welt Kopfschütteln aus.

In den letzten fünf bis zehn Jahren führte freilich die zunehmende Globalisierung auch des Arbeitsmarktes für Topmanager dazu, dass die Vergütungen vor allem der obersten Führungsebene börsennotierter Großunternehmen auch außerhalb der USA stark anstiegen, und zwar in einem Ausmaß, das mit der Steigerung von Lebenshaltungskosten sowie Produktivitätssteigerungen nicht im entferntesten erklärt werden kann. Hohe einstellige Millionen-Euro-Beträge sind für die Top-Führungskräfte der größeren und größten börsennotierten Unternehmen Deutschlands und der Schweiz, aber auch von Großbritannien üblich geworden. Ein sehr sinnfälliges Beispiel bildete die Gehaltsanhebung für den früheren Vorstandsvorsitzenden von Daimler Benz, Herrn Schrempp, anlässlich des Zusammenschlusses mit Chrysler, weil der CEO dieses – kleineren und ungleich weniger erfolgreichen – Unternehmens, Robert Eaton, ein Mehrfaches des Vorstandsvorsitzenden von Daimler Benz verdiente.<sup>3</sup> Auch an Österreich ist diese Entwicklung keineswegs spurlos vorübergegangen, wenn sie sich auch – der ungleich geringeren Größe der bedeutendsten Unternehmen dieses Landes entsprechend – nicht in derartigen Zahlen ausdrückt. Dass der Anstieg der Bezüge von Vorstandsmitgliedern börsennotierter (Groß-)Unternehmen auch hierzulande in den letzten fünf bis zehn Jahren – gemessen an der Entwicklung

<sup>1</sup> Dieser bekam für eine wenig länger als ein Jahr währende (erfolglose) Tätigkeit bei Walt Disney einen Betrag von rd USD 130 Mio, der der Auszahlung seines Fünfjahresvertrages entsprach. Die gegen die Directors gerichteten Aktionärsklagen wiesen sowohl Delaware Chancery Court als auch Delaware Supreme Court ab (*Walt Disney Co Derivative Litigation*, 907 A.2d 693 [Del Ch 2005]; bestätigt vom Delaware Supreme Court 411 [Del 2006]).

<sup>2</sup> Maurice „Hank“ Greenberg leitete fast 40 Jahre (bis 2005) den US-Versicherer American International Group (AIG) und machte ihn in dieser Zeit zum Weltmarktführer. War Greenberg schon vor Jahren ins Kreuzfeuer der Kritik geraten, weil er einen Garantiebezug von jährlich USD 17 Mio hatte, obwohl der Börsenkurs von AIG um 21% gesunken war, drängte ihn 2005 schließlich der damalige (und mittlerweile selbst sehr unrühmlich aus dem Amt geschiedene) New Yorker Generalstaatsanwalt Eliot Spitzer aus dem Amt, weil ihm vorgeworfen worden war, den Gewinn durch außerbilanzielle Geschäfte künstlich aufgebläht zu haben. Nach dem nur durch Staatshilfe deutlich jenseits der USD-100-Mrd-Grenze 2008/2009 verhinderten Zusammenbruch von AIG verklagte Greenberg als größter Einzelaktionär des Unternehmens 2009 seinen Ex-Arbeitgeber AIG auf eine Milliarden-summe wegen der Entwertung seiner Aktien, obwohl er selbst nach Meinung vieler Kritiker die für den Zusammenbruch verantwortliche Geschäftssparte mit Kreditderivaten aufgebaut hatte.

<sup>3</sup> Zwischen 1998 und 2003 erhöhten sich die Bezüge von Herrn Schrempp von geschätzten € 1,5 Mio auf rund € 7 Mio, und generell gab es bei Daimler Chrysler zwischen 1997 und 2001 eine Verdoppelung der Vorstandsbezüge. Dass die Fusion mit Chrysler sich später als das wohl Schlimmste erwies, was Daimler in seiner Unternehmensgeschichte widerfahren war, macht das Bild nicht schöner.

der Einkommen aller anderen unselbständig Erwerbstätigen – stark überproportional ausgefallen ist, vermag der seit 20 Jahren mit Vorstandsverträgen und Vorstandsvergütungen regelmäßig befasste Praktiker, wie der Autor dieses Beitrages, auch ohne ausgefeilte (und manipulierbare) Statistiken zu beurteilen. Galt vor sieben bis zehn Jahren ein Gesamtbezug in der Größenordnung von € 500.000,- noch als Spitzenentlohnung selbst im Vorstand der größten österreichischen Unternehmen, muss man diesen Betrag heute zumindest verdoppeln, wenn nicht verdreifachen. Im Investmentbanking, in diversen Privatbanken und im Treasury österreichischer Banken wurden und werden teilweise freilich noch sehr deutlich höhere Beträge gezahlt.

In das Bewusstsein auch des österreichischen Rechtspraktikers eingedrungen ist das Thema „Angemessenheit von Vorstandsvergütungen“ spätestens mit der berühmten „Mannesmann-E“ des deutschen BGH<sup>4</sup> vom 21. Dezember 2005. Hier hatte sich ein Strafrechtssenat des deutschen Höchstgerichtes ua mit der Frage zu befassen, ob die Zuerkennung einer „freiwilligen Anerkennungsprämie“ („Appreciation Award“) an den damaligen Vorstandsvorsitzenden von Mannesmann, Herrn Klaus Esser, iHv € 16 Mio (GBP 10 Mio) zusätzlich zur Auszahlung des Anstellungsvertrages iHv knapp € 15 Mio und darüber hinaus die Zahlung eines Betrages von € 2 Mio zur Abgeltung von dem Vorstandsvorsitzenden erst knapp davor zuerkannten Sachbezügen (Sekretariat, Auto und Fahrer auf Lebenszeit) als Gegenleistung für die im Zuge des Abwehrkampfes gegen die Übernahme von Mannesmann durch Vodaphone eingetretene, für die verkaufenden Aktionäre sehr positive Kursentwicklung gerechtfertigt war. Wie mittlerweile allgemein bekannt ist, verneinte der BGH diese Frage und beurteilte das Verhalten der dem Vergütungsausschuss angehörenden Aufsichtsratsmitglieder (von denen einer immerhin der – nach wie vor im Amt befindliche – Vorstandsvorsitzende der Deutsche Bank AG war) als Untreue iSd § 266 dStGB.<sup>5</sup>

Wenngleich die E des BGH in der BRD – vor allem im aktienrechtlichen, aber auch im strafrechtlichen Schrifttum (mE durchaus zu Recht; dazu unten) – auf vehemente Kritik stieß (die freilich mehr die Begründung als das Ergebnis betraf),<sup>6</sup> war damit doch vielleicht erstmals in dieser Deutlichkeit ins Bewusstsein der mit der Vergütung von Vorstandsmitgliedern befassten Praktiker eingedrungen, dass Vorstandsvergütungen sich nicht nur an dem bekannten, aber in der Praxis in seiner Bedeutung nur bedingt wahrgenommenen aktienrechtlichen Angemessenheitsgebot (§ 87 Abs 1 dAktG bzw § 78 Abs 1 öAktG) messen lassen müssen, sondern zumindest die Gewährung krass überhöhter Vergütungen – in welcher Form auch immer – neben der Begründung einer schadenersatzrechtlichen Haftung sogar mit dem Strafrecht in Konflikt geraten kann.

<sup>4</sup> BGH 21. Dezember 2005, BB 2006, 323 ff.

<sup>5</sup> Diese Bestimmung ist das strafrechtliche Pendant zu § 153 öStGB, wobei der deutsche Untreue-Tatbestand freilich nicht den qualifizierten Vorsatz der „Wissentlichkeit“ verlangt.

<sup>6</sup> Vgl zB Peltzer, Das Mannesmann-Revisionsurteil aus der Sicht des Aktien- und allgemeinen Zivilrechts, ZIP 2006, 205 ff, 206; Fonk in Semler/von Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>3</sup> (2009) § 9 Rz 106 ff; Fleischer, DB 2006, 542 ff; Hoffmann-Becking, Vorstandsvergütung nach Mannesmann, NZG 2006, 127 ff; Schünemann, Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NSTZ 2006, 196 ff; Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütung (2007) 156 ff, 163 f, 224 f.

Umso erstaunlicher ist es, dass der OGH in seiner den Auslöser dieses Beitrages bildenden E vom 11. Juni 2008<sup>7</sup> auf die Mannesmann-E des BGH mit keinem Wort einging, obwohl eine Analyse des Sachverhaltes erweist, dass der OGH bei Zugrundelegung der vom BGH in der Mannesmann-E vertretenen Rechtsauffassung zum gegenteiligen Ergebnis hätte gelangen müssen (dazu näher unten). Vielleicht war aber gerade das der Grund für das Schweigen des OGH, weil dieser möglicherweise einen offenen „Konflikt“ mit dem deutschen Höchstgericht in einer so wesentlichen<sup>8</sup> Frage und auch die Aussendung von vielleicht missverständlichen „Beruhigungssignalen“ für die österreichische Praxis vermeiden wollte.

## 2. Die OGH-Entscheidung vom 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t

In dieser mittlerweile mehrfach veröffentlichten und kommentierten E des OGH<sup>9</sup> ging es um folgenden – kurz zusammengefassten – Sachverhalt: Eine börsennotierte Aktiengesellschaft<sup>10</sup> hatte einen mit rd 62 % beteiligten Mehrheitsaktionär in Gestalt einer GmbH, die wiederum zu 100 % im Eigentum des vom Geschäftsführer der Mehrheitsaktionärin und Aufsichtsratsvorsitzenden der Gesellschaft gegründeten Privatstiftung stand.<sup>11</sup> Im relevanten Zeitraum hatte die Gesellschaft drei Vorstandsmitglieder, wovon die beiden letztlich beklagten Vorstandsmitglieder mit 2,6 % und 0,5 % am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt waren. Da der Vertreter des Mehrheitsaktionärs, Aufsichtsratsvorsitzende und Stifter der die Mehrheitsaktionärin kontrollierenden Privatstiftung mit der Entwicklung des Aktienkurses und der Information durch den Vorstand nicht zufrieden war, veranlasste er eine Überprüfung der vom Vorstand erstatteten Berichte und Strategiepapiere durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.<sup>12</sup> Die Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wies auf eine drastische Verfehlung des Finanzziele für das letzte Geschäftsjahr und darauf hin, dass in allen Geschäftsfeldern die Ist-Ergebnisse deutlich unter den geplanten Ergebnissen lägen sowie dass ein massiver Rückgang des Unternehmenswertes und des Return on Investment gegeben sei. Weiters hieß es in der Untersuchung der Wirtschaftsprüfer, es könne „nicht ausgeschlossen werden“, dass es zu unvollständigen, unrichtigen oder nicht zeitgerechten

<sup>7</sup> OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t, GesRZ 2008, 378 ff mit Anm *Kalss* = wbl 2008, 598 ff mit Anm *U. Torggler* = *ecolex* 2008, 926 ff mit Anm *Reich-Rohrwig* = *GeS* 2008, 356 ff mit Anm *Schopper/Kapsch*.

<sup>8</sup> Zum Mannesmann-Urteil des BGH wurde von den Kritikern ja mit Recht vermerkt, dass dieses Urteil Rechtswirkungen weit über den Fall der börsennotierten AG hinaus entfalte und im Grund alle treuhänderischen Wahrer fremder Vermögensinteressen bis zum Testamentsvollstrecker betreffe (vgl *Peltzer*, Das Mannesmann-Revisionsurteil aus der Sicht des Aktien- und allgemeinen Zivilrechts, ZIP 2006, 205 ff, 206).

<sup>9</sup> OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t, GesRZ 2008, 378 ff mit Anm *Kalss* = wbl 2008, 598 ff mit Anm *U. Torggler* = *ecolex* 2008, 926 ff mit Anm *Reich-Rohrwig* = *GeS* 2008, 356 ff mit Anm *Schopper/Kapsch*.

<sup>10</sup> Es handelte sich um die Hirsch Servo AG.

<sup>11</sup> Ob der Stifter und Aufsichtsratsvorsitzende sowie Geschäftsführer der Mehrheitsgesellschafterin auch im Stiftungsvorstand vertreten war, ist der E nicht zu entnehmen; unabhängig davon kann man aber davon ausgehen, dass die Gesellschaft durch Herrn „Kurt H“ beherrscht wurde.

<sup>12</sup> In Anbetracht des Umstandes, dass in dem gesamten Fall die Diskretion und das massive Bestreben, möglichst wenig an die Öffentlichkeit dringen zu lassen, eine so große Rolle spielten, darf man davon ausgehen, dass es sich nicht um eine Sonderprüfung gem § 118 AktG handelte.

Informationen und Berichterstattungen des Vorstands an den Aufsichtsrat gekommen sei. In der darauf unverzüglich einberufenen Aufsichtsratssitzung wurden die Nichtverlängerung der noch rund ein dreiviertel Jahr laufenden Vorstandsverträge der beiden später beklagten Vorstandsmitglieder und deren sofortige Suspendierung sowie die Entsendung des Aufsichtsratsvorsitzenden in den Vorstand gem § 90 Abs 2 AktG beschlossen. Die Einberufung einer Hauptversammlung wurde in Erwägung gezogen, aber im Hinblick darauf verworfen, dass der Auffassung der (später mit beklagten) Aufsichtsratsmitglieder zufolge das öffentliche Bekanntwerden der Auseinandersetzung dem Unternehmen zum Nachteil gereicht hätte.<sup>13</sup> Die beiden suspendierten Vorstandsmitglieder wurden von der Entscheidung informiert, vertraten aber die Ansicht, dass die Suspendierung unbegründet sei. In den folgenden Verhandlungen einigte sich der Aufsichtsrat (dem der bisherige Vorsitzende Kurt H wegen seiner Entsendung in den Vorstand gem § 90 Abs 2 AktG nicht mehr angehörte), mit drei Für- und einer Gegenstimme darauf, die Vorstandsverträge der beiden suspendierten Vorstandsmitglieder auszuzahlen, die Vorstandsmitglieder also so zu stellen, als seien die Verträge durch Fristablauf beendet worden, und den beiden Vorstandsmitgliedern *zusätzlich* eine freiwillige Abfertigung iHv € 625.000,- brutto bzw € 573.000,- brutto zu gewähren.<sup>14</sup> Für die der Vereinbarung zustimmenden Aufsichtsratsmitglieder war wesentlich, dass damit eine Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern nicht in die Öffentlichkeit getragen wurde, weil sie davon ausgingen, dass die Veröffentlichung von Auseinandersetzungen zu einem „schweren Schaden für das Unternehmen führen“ könnte, der die konkret vereinbarten Beträge übersteigen würde.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> In der veröffentlichten Fassung der E ist davon die Rede, dass eine Befassung der Hauptversammlung nach Meinung der „*beklagten Aufsichtsratsmitglieder*“ im Hinblick auf die Vermeidung negativer Publizität unterblieb; es ist mE aber wohl davon auszugehen, dass auch der – die Gesellschaft ja letztlich kontrollierende – Aufsichtsratsvorsitzende diese Meinung vertrat, weil nicht vorstellbar erscheint, dass gegen dessen erklärten Willen die Einberufung einer Hauptversammlung nicht stattfand.

<sup>14</sup> Es ist der E nicht zu entnehmen, wie hoch die Jahresvergütungen der beiden betroffenen Vorstandsmitglieder waren. Da es sich bei der Hirsch Servo AG aber um eine verhältnismäßig kleine Gesellschaft handelt, muss davon ausgegangen werden, dass in beiden Fällen die freiwilligen Abfertigungen wohl (deutlich) mehr als eine Gesamtjahresvergütung ausmachten.

<sup>15</sup> Welche Rolle hier der eben in den Vorstand gewechselte Aufsichtsratsvorsitzende, Geschäftsführer der Mehrheitsgesellschaft und Stifter der Alleingesellschafterin der Mehrheitsaktionärin im Einzelnen spielte, ist nach dem Sachverhalt etwas unklar. Denn einerseits ist davon die Rede, dass Kurt H zunächst an die beiden suspendierten Vorstandsmitglieder herantrat und mitteilte, er sei vom Aufsichtsrat (obwohl ja gerade zum Vorstandsmitglied geworden!) ermächtigt, die Trennungsverhandlungen mit den beiden Vorstandsmitgliedern zu führen; andererseits wurden die Verhandlungen gem dem festgestellten Sachverhalt in der Folge aber durch den ersten Stellvertreter des bisherigen Aufsichtsratsvorsitzenden geführt, wobei der zweite Stellvertreter (ein Rechtsanwalt) überhaupt gegen den Beschluss betreffend die freiwilligen Abfertigungen stimmte. Ganz wird man den Eindruck nicht los, dass der die Gesellschaft kontrollierende Kurt H zwar selbst an einer möglichst geräuschlosen Entfernung der beiden Vorstandsmitglieder interessiert war, sich aber formal so weit im Hintergrund hielt, dass er später gegen die letztlich ja als Gegenleistung für die Geräuschlosigkeit der Trennung gezahlten freiwilligen Abfertigungen (siehe noch unten) sogar gerichtlich vorging. Ob den OGH diese besondere Konstellation (die ein wenig an den Rechtssatz „*Venire contra factum proprium nulli conceditur*“ erinnert) zu seinem Ergebnis und den mE doch ziemlich großzügigen Ausführungen zum Ermessensspielraum des Aufsichtsrates bei Vorstandsvergütungen veranlasst hat, kann natürlich nicht mit Sicherheit gesagt werden und ist Spekulation.

Die nach der Lage des Falles sich aufdrängende Gelegenheit, endlich einmal zu den Voraussetzungen und zur Zulässigkeit der – im AktG bekanntlich nicht geregelten, aber im Schrifttum fast einhellig anerkannten<sup>16</sup> – Suspendierung Stellung zu nehmen, nahm der OGH nicht wahr.<sup>17</sup> Er erörterte zwar den Meinungsstand, schloss die Ausführungen aber mit der Bemerkung, wesentlich sei, dass die Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls der Meinung gewesen seien, gültig suspendiert zu haben und gem § 82 Abs 6 BörseG<sup>18</sup> zur Veröffentlichung dieser E verpflichtet zu sein.

Die von der klagenden Gesellschaft als Alternative zur vom Aufsichtsrat mehrheitlich gewählten Vorgangsweise aufgezeigten Optionen, nämlich eine nähere Prüfung der erhobenen Vorwürfe und danach gegebenenfalls eine Abberufung der Vorstandsmitglieder, die Einberufung einer Hauptversammlung mit Fassung eines Misstrauensvotums gem § 75 Abs 4, 3. Fall AktG oder das Auslaufenlassen der Vorstandsmandate, hätten, so der OGH, „im Hinblick auf § 82 Abs 6 BörseG in jedem Fall eine unverzügliche Veröffentlichung der Suspendierung der beklagten Vorstandsmitglieder vorausgesetzt“. Für die Wahrnehmung der Offenlegungsverpflichtung sei der (verbleibende) Vorstand zuständig. Ob dieser seine Offenlegungspflicht wegen des mehrtägigen Zuwartens mit der Veröffentlichung der Suspendierungen verletzt habe, müsste – so das Höchstgericht – „hier nicht untersucht werden, wenn eine Verletzung der Offenlegungspflicht von keiner Seite behauptet und insbesondere auch nicht den Klagsforderungen zugrunde gelegt wurde“.

Entscheidend sei vielmehr, dass die Ansicht der beklagten Aufsichtsratsmitglieder zumindest vertretbar sei, es wäre im Unternehmensinteresse gelegen, eine Veröffentlichung der Suspendierungen soweit irgendetmöglich zu vermeiden. Ungeplante Veränderungen in der Führungsriege eines Unternehmens seien nach aller Erfahrung durchaus geeignet, den Aktienkurs und auch die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens negativ zu beeinflussen. Im vorliegenden Fall habe sogar die einvernehmliche Auflösung der Vorstandsverträge zu Irritationen bei der Hausbank und Kreditgeberin der klagenden Gesellschaft geführt. Das Bestreben der beklagten Aufsichtsratsmitglieder, die internen Querelen in der Gesellschaft nicht publik machen zu müssen, könne als pflichtgemäßes Bemühen gewertet werden, die unternehmerischen Interessen der Gesellschaft zu wahren, und dies setze entweder eine sofortige Zurücknahme der Suspendierung oder aber eine unverzügliche gült-

<sup>16</sup> Vgl *Nowotny*, DRdA 1989, 430 ff; *Krejci*, Zur „Entmachtung“ des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, FS Wagner 251 ff; *Meyer-Landrut*, Zur Suspendierung des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, FS R. Fischer (1979) 477 ff; ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 169 ff; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 30; etwas widersprüchlich *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 71–74 Rz 65 (anscheinend gegen Suspendierung), jedoch §§ 75, 75 Rz 45 (für Suspendierung); *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgane, RdW 1990, 448 ff, 451; *G. Schima*, Beendigung von Vorstandsverhältnissen, *ecolex* 2006, 456 ff, 457; *Kalss* in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup> § 84 Rz 235.

<sup>17</sup> Dies ist umso bedauerlicher, als konkrete Fragen rund um die Suspendierung – so zB wer dafür zuständig ist (aus § 92 Abs 4, letzter Satz AktG ergibt sich mE eindeutig, dass ein nicht mitbestimmter Ausschuss genügt: *G. Schima*, *ecolex* 2006, 457) und wie lange eine Suspendierung höchstens dauern darf (zu streng *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 153: maximal einen Monat; vgl *G. Schima*, *ecolex* 2006, 457: idR nicht länger als drei Monate) – schon einer Klärung bedürften.

<sup>18</sup> Nunmehr: § 48d Abs 1 BörseG.

liche Einigung mit den beklagten Vorstandsmitgliedern voraus.<sup>19</sup> Die Verhandlungen seien deshalb – wie schon das Berufungsgericht ausgeführt habe – unter großem Zeitdruck zu führen gewesen.

Es sei, so der OGH, auch rechtlich nicht zu beanstanden gewesen, dass die Hauptversammlung mit der Angelegenheit nicht befasst wurde. Denn eine Fallkonstellation, die der in Deutschland seit der berühmten „Holzmüller-E“<sup>20</sup> oder dem „Gelatine-Urteil“ des BGH<sup>21</sup> bekannten Konstellation „ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten“ entspreche und die den Vorstand (Aufsichtsrat) daher zur Anrufung der Hauptversammlung nicht nur berechtige, sondern *verpflichte*, sei hier nicht vorgelegen (womit der OGH zweifellos Recht hat).

Somit stelle sich noch die Frage, ob die freiwilligen Abfertigungen, mit denen die gütliche Lösung „erkauft“ worden sei, im Rahmen des Ermessensspielraums der beklagten Aufsichtsratsmitglieder gelegen wären. Diese Frage sei letztlich zu bejahen. § 78 Abs 1 AktG, der den Aufsichtsrat dazu verpflichte, die Vorstandsvergütung angemessen zu gestalten, habe nur klarstellende Funktion und bringe das zum Ausdruck, was schon durch den Maßstab des Unternehmenswohls in § 70 AktG geltendes Recht sei. Im vorliegenden Fall sei als wesentliches Kriterium zu berücksichtigen, dass der Nachweis einer Pflichtverletzung der beklagten Vorstandsmitglieder nicht erbracht gewesen sei. Schon deshalb sei jedenfalls die Auszahlung der Vorstandsverträge rechtlich unbedenklich.

Die Zahlung der freiwilligen Abfertigungen über das anstellungsvertragliche Bezugsniveau hinaus stelle sich letztlich in Anbetracht des damit legitim verfolgten Zieles der Vermeidung einer öffentlichen Konfrontation mit den beiden Vorstandsmitgliedern und unter Berücksichtigung der Unternehmensgröße, Ertragslage der Gesellschaft und Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer als gerechtfertigt dar. Die klagende Gesellschaft habe im betreffenden Geschäftsjahr trotz der hohen Abfindungszahlungen noch einen Bilanzgewinn von rund € 700.000,– erwirtschaftet.

Schließlich ging der OGH auch unter Betonung des Umstandes, es käme ja auf eine Ex-ante-Betrachtung an, auf die nach Fällung der Entscheidung eintretende Entwicklung des Börsenkurses ein und konstatierte, dass der Aktienkurs der Gesellschaft nach dem „kampflosen Ausscheiden“ der beklagten Vorstandsmitglieder ab dem Jahr 2006 eine enorme Steigerung erfahren hätte.

In Anbetracht all dessen könne in der Gewährung der wenngleich „*sehr hoch erscheinenden*“ freiwilligen Abfertigungen „*doch noch keine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraumes*“ erblickt werden. Eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung des Aufsichtsrates sei aber – so der OGH unter Berufung auf seine E 1 Ob 144/01k<sup>22</sup> – nur bei einer „*geradezu unvertretbaren unternehmerischen Entscheidung*“ möglich.<sup>23</sup> Da

<sup>19</sup> Darauf, dass diese Sichtweise des OGH die kapitalmarktrechtliche Situation schlichtweg verkennt, weil ungeplante und überraschende Veränderungen im Vorstand ab einer gewissen Erheblichkeitsschwelle (hier: Ausscheiden zweier von drei Vorstandsmitgliedern) unabhängig von den genauen juristischen Trennungsmodalitäten jedenfalls zu veröffentlichen sind, wird noch näher eingegangen.

<sup>20</sup> BGH 25. Februar 1982, BGHZ 82, 122 f.

<sup>21</sup> BGH 26. April 2004, AG 2004, 384 ff.

<sup>22</sup> GesRZ 2002, 86 = wbl 2002, 325.

<sup>23</sup> Der OGH berief sich dabei auf *W. Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515 ff, 516 mwN.

die Abfindungszahlungen „*nicht als eklatant unangemessen*“ anzusehen seien, scheidet auch ein Verstoß der beiden beklagten Vorstandsmitglieder gegen die ihnen gegenüber der Gesellschaft obliegende Treuepflicht aus.<sup>24</sup>

### 3. Unternehmerische Entscheidungen und gesetzlich determinierte Entscheidungen

Wenngleich der OGH in seiner E vom 11. Juni 2008 das Wort „Business Judgment Rule“ gar nicht in den Mund nimmt, schwebt ihm offenbar ein diesem aus dem US-amerikanischen Recht stammenden Haftungskonzept zumindest vergleichbarer Ansatz vor, wenn er eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung des Aufsichtsrates „*nur bei einer geradezu unververtretbaren unternehmerischen Entscheidung*“<sup>25</sup> für denkbar hält und nur krass überhöhte Vergütungen an Vorstandsmitglieder als möglichen Auslöser von Schadenersatzansprüchen qualifiziert.<sup>26</sup>

Unter „Business Judgment Rule“ versteht man ein von der Rechtsprechung in diversen US-Bundesstaaten (führend sind dabei die Gerichte von Delaware)<sup>27</sup> entwickeltes Konzept, dem zufolge unternehmerische Entscheidungen des Vorstandes der gerichtlichen Überprüfung („No Second Guessing“) entzogen sind, wenn sie auf angemessener Informations-

<sup>24</sup> Mit diesem ganz knappen Verweis streifte der OGH ein in Wahrheit sehr brisantes, in Österreich bislang kaum, aber in Deutschland lebhaft und sehr kontroversiell beurteiltes Thema, nämlich die Frage, ob das Vorstandsmitglied einer AG in eigenen Anstellungsvertragsangelegenheiten, wenn es also um die Bemessung seiner eigenen Vergütung geht, überhaupt eine „Vermögensbetreuungspflicht“ gegenüber der Gesellschaft trifft und ob es daher bei exzessiven und aus der Sicht des Aufsichtsrates klar pflichtwidrigen Vergütungen selbst gegenüber der Gesellschaft zivilrechtlich haftbar und in weitere Konsequenz auch strafrechtlich verantwortlich sein kann. Diese Frage wurde – in einer sonst dem Erkenntnis ja nicht gerade anhaftenden „Milde“ – vom BGH in der Mannesmann-E interessanterweise verneint, was zwar tendenziell der bisher in Deutschland überwiegenden Auffassung entspricht, gegen die es aber zunehmend und zu Recht substantielle Bedenken gibt (vgl zB *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG § 87 Rz 29; *Hefermehl/Spindler*, in *MünchKomm AktG*<sup>3</sup> § 87 Rz 24; *Dreher*, Überformung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung von Straf- und Verwaltungsgerichten?, AG 2006, 213 ff, 219; *Lutter*, ZIP 2006, 733 ff, 735; *Semler*, FS Happ 277 ff, 282 f; *Fonk in Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup> § 9 Rz 131 mwN).

<sup>25</sup> Der OGH beruft sich dabei auf sein eigenes – vielbeachtetes, weil eine rund 25-jährige Phase der Absenz von Aufsichtsratshaftungs-Entscheidungen beendendes Erk vom 26. Februar 2002, 1 Ob 144/01k, SZ 2002 (75)/26 = GesRZ 2002, 86 ff.

<sup>26</sup> Vgl *U. Torggler*, wbl 2008, 602 ff, 603, der der E des OGH weitgehend vorbehaltlos zustimmt und es als „lobenswert“ hervorhebt, „*dass der OGH ganz ohne die Anrufung der ‚Business Judgment Rule‘ auskommt, wodurch auch die Gefahr einer unkritischen Übernahme der unter dieser Bezeichnung zusammengefassten Rechtssätze des US-amerikanischen Rechts von vornherein ausgeschlossen wird*“. Nicht ganz nachvollziehbar ist freilich, warum es „lobenswert“ ist, in einer so internationalen Rechtsmaterie wie der Haftung von Mitgliedern der Unternehmensleitung oder Unternehmenskontrolle *keine* Rechtsvergleichung zu betreiben, obwohl man offenkundig von Wertungen ausgeht, die dem unter dem Namen „Business Judgment Rule“ bekannten Haftungskonzept des US-amerikanischen Rechts sehr ähnlich sind, und obwohl der deutsche Gesetzgeber eine „germanisierte Fassung“ (vgl *G. Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93 ff) in § 93 Abs 1 dAktG erst vor vier Jahren verankert hat.

<sup>27</sup> Der Delaware Chancery Court und der Delaware Supreme Court, hochspezialisierte Gerichte, die es bisher geschafft haben, die für das US-Rechtssystem so kennzeichnende, aber der Qualität von Entscheidungen nicht immer zuträgliche Laienbeteiligung abzuwehren (vgl instruktiv *von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland [2008] 479 ff).

grundlage (Informed Judgment) ohne Bestehen eines Interessenkonfliktes (Disinterested Judgment) getroffen wurden und das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, im Interesse der Gesellschaft zu handeln (Rational Belief).<sup>28</sup> Im vorliegenden Fall hätte eine nähere Reflektierung der Anwendungsvoraussetzungen der „Business Judgment Rule“ oder wenigstens der vom deutschen Gesetzgeber in § 93 Abs 1 dAktG verankerten Voraussetzungen für das Eingreifen dieser Regel sicher der Begründung, vielleicht aber auch dem Ergebnis der E gutgetan. Denn es wäre dann vielleicht eher deutlich und dem OGH bewusst geworden, dass im vorliegenden Fall *zwei* Entscheidungen zu treffen waren, von denen nur eine – nämlich die Entscheidung über die finanziellen Konditionen des Ausscheidens der beiden Vorstandsmitglieder und insbesondere über die freiwilligen Abfertigungen – eine unternehmerische war, wohingegen die andere Entscheidung, nämlich keine Ad-hoc-Mitteilung über das Ausscheiden der beiden Vorstandsmitglieder zu machen, eine durch gesetzliche Vorschriften determinierte und daher gerade keine unternehmerische Entscheidung im Sinne dessen war, was Grundvoraussetzung für die Inanspruchnahme der – im US-Recht im Grunde eine Beweislastregel bildenden<sup>29</sup> – „Business Judgment Rule“ und für die Inanspruchnahme der in § 93 Abs 1 dAktG verankerten Rechtfertigungsgründe<sup>30</sup> ist.

Die nicht „unternehmerische“, sondern gesetzlich gebundene Entscheidung, nämlich keine Ad-hoc-Mitteilung herauszugeben, wurde von Vorstand und Aufsichtsrat in dem vom OGH beurteilten Sachverhalt, worauf von allen Kommentatoren der OGH-E nur *Kalss*<sup>31</sup> ganz zutreffend hinwies, wohl unrichtig und in Verkennung der Gesetzeslage<sup>32</sup> getroffen und erst dadurch jener „Zeitdruck“ ausgelöst, den der OGH ua als Kriterium für die Rechtfertigung der auch von ihm als „sehr hoch“ beurteilten freiwilligen Abfertigungen heranzog. Darauf ist noch näher einzugehen.

### 3.1. Entscheidung über Vorstandsvergütung ist unternehmerische (Ermessens-)Entscheidung

Zutreffend hat der OGH in der E vom 11. Juni 2008 die vom Aufsichtsrat einer AG zu treffende Entscheidung über die Vergütung der Mitglieder des Vorstandes als eine unterneh-

<sup>28</sup> Vgl dazu grundlegend *Block/Barton/Radin, The Business Judgment Rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 5<sup>th</sup> Edition (1998); guter Überblick bei *Merkt/Göthel, US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht*<sup>2</sup> (2006), 426 ff Rz 843 ff; aus dem österreichischen Schrifttum zB *Hammerl, Business Judgment Rule von Duty of Care, Zur Entwicklung der Organverantwortung im amerikanischen Recht*, GesRZ 1990, 77 ff; *U. Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen*, ZfRV 2002, 133 ff; *Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung?*, *ecolex* 2003, 524 ff.

<sup>29</sup> Vgl diesbezüglich die Leitentscheidung des Delaware Supreme Court *Aronson v Lewis* 473 A.2d 805, 812 (Del 1984); ähnlich *Williams v. Geier* 671 A.2d 1368, 1376 (Del 1997); *von Hein, Rezeption* 921; *G. Schima, GesRZ* 2007, 93 ff (93) mwN in Fn 3.

<sup>30</sup> Das Konzept des § 93 Abs 1 dAktG sieht vor, dass bei Fällung einer unternehmerischen Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information, bei der das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, es also an der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und damit Rechtswidrigkeit des Verhaltens fehlt (vgl *Hopt/Roth* in *GroßKomm AktG*<sup>4</sup>, Nachtrag zu § 93 Rz 10 ff).

<sup>31</sup> GesRZ 2008, 384.

<sup>32</sup> Zur Frage der möglicherweise gegebenen Voraussetzungen für eine Aufschiebung der Ad-hoc-Meldung siehe unten.

merische (Ermessens-)Entscheidung beurteilt.<sup>33</sup> § 78 Abs 1 AktG verpflichtet den Aufsichtsrat, dafür zu sorgen, dass die Vergütung der Mitglieder des Vorstandes in einem angemessenen Verhältnis zur Lage der Gesellschaft und zu den Aufgaben und der Verantwortung des einzelnen Vorstandsmitgliedes steht.<sup>34</sup> § 78 Abs 1 AktG gibt dem Aufsichtsrat einen Maßstab vor, der eine „dynamische“ Betrachtungsweise erfordert<sup>35</sup> und den Aufsichtsrat daher dazu verpflichtet, sowohl gegenwärtige als auch künftige Entwicklungen bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung einzubeziehen, widrigenfalls ihn der Grundsatz „Pacta sunt servanda“ an einer einseitigen Entgeltherabsetzung hindert.<sup>36</sup> Auch das hat der OGH ganz zutreffend hervorgehoben, und darin besteht ein gewisser Unterschied gegenüber der zu § 87 Abs 1d AktG zumindest in der Fassung vor der jüngsten Novellierung herrschenden Sichtweise.<sup>37</sup> Die praktischen Unterschiede halten sich mE dennoch in Grenzen, weil die Festsetzung einer sehr hohen und an einer außerordentlich guten Ertragssituation im Jahr der Festsetzung orientierten festen Vergütung für ein Vorstandsmitglied ohne Erfolgskomponente unter Zugrundelegung beider gesetzlicher Bestimmungen pflichtwidrig ist.<sup>38</sup>

Grundsätzlich zuzustimmen ist dem OGH auch darin, dass sich der Aufsichtsrat an dem in § 78 Abs 1 AktG verankerten Maßstab auch dann zu orientieren hätte, wenn es diese Regelung nicht gäbe, weil sie nur Ausfluss des schon in § 70 AktG verankerten Unternehmenswohls ist,<sup>39</sup> an dem sich Vorstand und – insbesondere wenn dieser ausnahmsweise selbst Geschäftsführungsorgan ist – Aufsichtsrat als primärer Handlungsmaxime und „Oberziel“ zu orientieren haben.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Je stärker der Gesetzgeber die Vergütungsentscheidung – wie jüngst in Deutschland – inhaltlich determiniert (vgl auch die in Umsetzung der Vergütungsempfehlung der EU-Kommission seit 1.1.2010 geltenden C-Regeln des ÖGGK), desto mehr tritt freilich der Charakter einer Ermessensentscheidung in den Hintergrund.

<sup>34</sup> Vgl dazu *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 77–84 Rz 141 ff*; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 78 Rz 2 ff*; *G. Schima, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgfalt*, RdW 1990, 448 ff, 452; *Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge*, RdW 2007, 515 ff.

<sup>35</sup> *G. Schima, RdW 1990, 448 ff, 452*; vgl auch *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 77–84 Rz 143*; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 78 Rz 4*.

<sup>36</sup> OGH 11. Jänner 1989, DRdA 1989, 417 ff = RdW 1989, 103 ff – „VOEST-Managerpensions-Erkenntnis“.

<sup>37</sup> Vgl *Mertens in KölnKomm, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 1*; *Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2007) 101 Fn 418*. Eben erst hat der deutsche Gesetzgeber freilich – gleichsam „im Windkanal“ der weltweiten Finanzkrise, die sich immer mehr zur Vertrauenskrise in Bezug auf die Fähigkeit von Unternehmensorganen zur Festsetzung angemessener Manager-Vergütungen auszuwachsen scheint – § 87 dAktG grundlegend novelliert und dabei das in § 87 Abs 2 dAktG schon bisher vorhandene, aber praktisch totes Recht bildende Herabsetzungsrecht bei (nunmehr nicht bloß „wesentlicher“, sondern jeglicher) Verschlechterung der Verhältnisse der Gesellschaft verschärft.

<sup>38</sup> Vgl *G. Schima, RdW 1990, 452*.

<sup>39</sup> So auch *W. Graf, RdW 2007, 515 ff, 516*.

<sup>40</sup> Vgl *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 78 Rz 2*; *Graf, RdW 2007, 516*. In Österreich wurde diese Bedeutung des § 70 AktG im Schrifttum so auf den Punkt gebracht, dass die Bedeutung des „Unternehmenswohls“ als „Oberziel“ bezeichnet und die in der zitierten Gesetzesbestimmung vom Vorstand (und gegebenenfalls vom Aufsichtsrat) zu berücksichtigenden Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie der Öffentlichkeit diesem Oberziel nachgeordnete Subziele seien (*Schiemer, AktG<sup>2</sup> Anm 2.1. zu § 70 mwN*; *G. Schima, Abfertigungsregelungen in Vorstandsverträgen*, in *Runggaldier [Hrsg], Abfertigungsrecht 427 f Fn 58*; *Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 173*).

§ 78 Abs 1 AktG beschreibt ein weites Feld zur Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens. Dem OGH ist in der Grundaussage der Entscheidung – und schon dafür ist dem Höchstgericht auch aus der Sicht der Praxis zu danken – absolut zuzustimmen, wonach nur krass unangemessen dimensionierte Vorstandsvergütungen rechtlich beanstandet werden können (wobei die E die interessante und im Schrifttum sowohl Österreichs als auch Deutschlands kontroversiell beurteilte Frage der konkreten Rechtsfolgen rechtswidriger Vergütungen ausklammert).<sup>41</sup> Es ist mE auch eher ein Streit um Worte (und kein „Schönheitsfehler“), ob man nur eine „*eklatante Überschreitung des Ermessensspielraumes*“ (so der OGH) oder *jede* Überschreitung des „Ermessensspielraumes“ – so U. Torggler<sup>42</sup> – als rechtswidrig ansieht. Denn der Sache nach gemeint hat der OGH offenkundig iSv U. Torggler, dass bei Überschreitung des oberen Bereiches des (weiten) Ermessens- und Angemessenheitsspielraumes eben eine krass überhöhte und dann auch haftungsbegründende Vergütung vorliegt. Dass man nicht bei jeder konkreten Gesellschaft und jedem konkreten Vorstandsmitglied jene Zahl nennen kann, ab der pflichtgemäßes Ermessen in Ermessensmissbrauch gleichsam „umschlägt“, versteht sich von selbst.

Der OGH hat mit dieser Sichtweise vielleicht (und hoffentlich) auch ein Signal gegeben, dass die gerade in den letzten Monaten im Zeichen der internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise zu beobachtende öffentliche Verteufelung und Kriminalisierung von Unternehmensleitungen und Aufsichtsorganen in puncto Vergütung vom Höchstgericht reserviert betrachtet wird. Diese konkrete Intention darf man dem OGH freilich schon aus zeitlichen Gründen deshalb nicht unterstellen, weil das Judikat des OGH am 11. Juni 2008 und damit zwar schon während der voll in Gang befindlichen „Subprime-Krise“, aber vor dem mit dem Konkurs von Lehman Brothers am 15. September 2008 eingeleiteten und diese Diskussionen um überhöhte oder überhaupt ungerechtfertigte Bonifikationen erst auslösenden „Super-Gau“ an den Finanzmärkten gefällt wurde.

An einem etwas konkreteren – willkürlich gewählten – Beispiel soll erläutert werden, wie man sich mE den Ermessensspielraum des Aufsichtsrates bei einer Anwendung des § 78 Abs 1 AktG vorzustellen hat. Nehmen wir an, eine größere börsennotierte Aktiengesellschaft benötigt einen neuen Vorstandsvorsitzenden, weil der bisherige sich in den Ruhestand zurückzieht. Es gibt keinen überzeugenden und die ungeteilte Zustimmung des Aufsichtsrates findenden „Hauskandidaten“, sodass eine internationale und mit Personalberatern unterstützte Suche durchgeführt wird, aus der ein Manager als bestgereiht hervorgeht. Das Gehaltsniveau der vorhandenen Vorstandsmitglieder des österreichischen Unternehmens beträgt im Schnitt jährlich € 750.000,- unter Einschluss des Durchschnittes der variablen Vergütungen aus den letzten drei Jahren. Der Wunschkandidat des Aufsichtsrates, der derzeit in London beschäftigt ist und unzweifelhaft über exzellente Referenzen und einen hervorragenden Ruf in der Branche verfügt, erzielt in seiner derzeitigen Position ein um 70 % höheres Entgelt. Der Kandidat ist bereit, sich dem Bezugsniveau der österreichischen Gesellschaft weitgehend anzupassen und bloß den in Österreich für den Vorstandsvorsitzenden üblichen Zuschlag von 20 bis 25 % zu akzeptieren, verlangt aber einen „Signing Bonus“ in Höhe von € 2 Mio. Der Aufsichtsrat berät diesen

<sup>41</sup> Vgl zum Meinungsstand zB W. Graf, RdW 2007, 515 ff (515).

<sup>42</sup> Wbl 2008, 603.

Wunsch intensiv und gelangt sodann einstimmig zum Ergebnis, dass diese Forderung angemessen sei und ihre Erfüllung dem Wohle des Unternehmens diene, weil in einer schwierigen Umbruchsphase ein Manager mit großer Erfahrung bei Restrukturierungen in Unternehmen dieser Branche schwer zu finden und eine absolute Notwendigkeit sei. Man wird daher mit dem Bewerber einig und zahlt den „Signing Bonus“. In einem solchen Fall kann mE kein Zweifel daran bestehen, dass der Aufsichtsrat sich rechtlich einwandfrei und im Rahmen des § 78 Abs 1 AktG verhalten hat, wenn der Bewerber tatsächlich und objektivierbar für die Funktion sehr gut geeignet ist und die vom Aufsichtsrat gewünschten Erfahrungen mitbringt. Dass ein solcher „Signing Bonus“ in der Vergangenheit noch nie gezahlt wurde, dass er ungefähr das Dreifache eines Vorstands-Jahresbezuges ausmacht, dass die Gesellschaft gerade in den letzten beiden Jahren Gewinneinbrüche verzeichnete, kann daran ebenso wenig etwas ändern wie der Umstand, dass vielleicht später jemand mit guten Argumenten behauptet, ein anderer Kandidat, der einen „Signing Bonus“ nicht verlangt hätte, sei zumindest gleich gut für die Position geeignet gewesen. Um das gewählte Beispiel noch einmal zu bemühen: Auch die Entscheidung des Aufsichtsrates, die Bereitschaft des Kandidaten, die Hinnahme von Gehaltseinbußen durch einen „Signing Bonus“ zu kompensieren und nicht statt dessen das Gehalt zu erhöhen, den künftigen Vorstandsvorsitzenden das Geld also tatsächlich „verdienen zu lassen“, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Denn der Aufsichtsrat mag von der Überlegung ausgegangen sein, dass ein eklatant höherer laufender Bezug im Vergleich zu den anderen Vorstandsmitgliedern Unruhe und Spannungen in das Kollegialorgan hineinbringen könnte, wohingegen es sich beim „Signing Bonus“ um eine einmalige Zahlung handelt, die mit dem Wechsel von einem wesentlich höher dotierten Arbeitsplatz, den Kosten und Mühen für Übersiedlung, Umschulung von Kindern, etc gerechtfertigt werden kann.<sup>43</sup>

In dem der E des OGH vom 11. Juni 2008 zugrunde liegenden Sachverhalt geht es betreffend die an die beiden Vorstandsmitglieder gewährten „freiwilligen Abfertigungen“ dem festgestellten Sachverhalt zufolge freilich nicht um Entgelt für erbrachte oder zu erbringende *Leistungen*, sondern schlicht um die „Gegenleistung“ dafür, dass die Trennung von den beiden Vorstandsmitgliedern geräuschlos und ohne öffentliches Aufsehen und (so jedenfalls die – wenngleich unrichtige oder zumindest hochproblematische – Rechtsmeinung der beteiligten Organwalter) zulässigerweise ohne Ad-hoc-Mitteilung vonstatten geht.

*U. Torggler*<sup>44</sup> hat diesbezüglich auf einen interessanten Aspekt hingewiesen und die Frage aufgeworfen, ob für eine solche Zahlung überhaupt § 78 Abs 1 AktG einschlägig sei. Denn diese Bestimmung betreffe ja nur das Entgelt für die Leistungen und die Tätigkeit als Vorstandsmitglied. *U. Torggler* scheint diesem Umstand aber keine entschei-

<sup>43</sup> Ebenso ist – um einen realen österreichischen (dem Verfasser in seinen Details nicht, sondern nur über – nicht dementierte – Medienberichte bekannten) Fall zu bemühen – die vor ein paar Jahren getroffene Entscheidung des Aufsichtsrates (bzw des zuständigen Ausschusses) der Erste Bank AG rechtlich nicht zu beanstanden, dem Vorstandsvorsitzenden einen „Verbleibe-Bonus“ in Höhe von kolportierten € 2 Mio auszuzahlen, um zu verhindern, dass dieser ein deutlich höher dotiertes Angebot aus London annimmt.

<sup>44</sup> Wbl 2008, 603.

Sowohl nach der im entschiedenen Fall noch anzuwendenden alten Rechtslage gem § 82 Abs 6 BörseG als auch nach der derzeit geltenden Rechtslage gem § 48d BörseG haben Emittenten kursrelevante und sie selbst betreffende Informationen (nunmehr: „*Insider-Tatsachen*“) der Öffentlichkeit „*unverzüglich*“ bekannt zu geben.

Es entspricht der ganz hA, dass zwar nicht schlechthin jedes Ausscheiden eines Vorstandsmitgliedes einer börsennotierten Aktiengesellschaft die Pflicht zur Abgabe einer Ad-hoc-Mitteilung auslöst, dass aber Änderungen in der Zusammensetzung des Vorstandes unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen sehr wohl meldepflichtig sind.<sup>48</sup> Eine solche Verpflichtung besteht umso eher, je zentraler die Bedeutung der betroffenen Persönlichkeit ist und je überraschender und umso weniger vom Markt erwartet das Ausscheiden ist<sup>49</sup>, was bedeutet, dass insbesondere das vorzeitige Ausscheiden (aber auch eine vom Aufsichtsrat gefällte Entscheidung der Nichtverlängerung) des Vorstandsvorsitzenden generell als meldepflichtig gelten kann. Das ungeplante, überraschende und sofortige Ausscheiden zweier Vorstandsmitglieder in einem Dreier-Vorstand fällt jedenfalls unter die Ad-hoc-Meldepflicht.<sup>50</sup>

Der OGH erkannte durchaus, dass auch die Suspendierung von Vorstandsmitgliedern (zu deren Zulässigkeit und Voraussetzungen das Höchstgericht ja leider nicht Stellung bezog) ad-hoc-meldepflichtig sein kann, und das ist nur zu unterstreichen. Unabhängig davon, ob man der in Deutschland zumindest früher hM<sup>51</sup> folgt, wonach bei einem ungewissen bzw mehrstufigen Ereignis die Meldepflicht nur bei einer sehr hohen Eintrittswahrscheinlichkeit besteht, oder ob man der Sichtweise des BGH in der *Daimler Chrysler/Schrempp-E*<sup>52</sup> beitrifft, der zufolge schon eine bloß mehr als 50%ige Eintrittswahrscheinlichkeit für die Meldepflicht ausreicht, kann man bei einer Suspendierung nach allen Erfahrungen der Praxis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass sie ein unmittelbar bevorstehendes rechtliches Ende des Vorstandsmandates (sei es durch Abberufung, einvernehmliche Auflösung oder auch Rücktritt) nur vorwegnimmt.<sup>53</sup> Darüber hinaus ist ja bei einem bereits eingetretenen Ereignis (hier: Suspendierung), das den Eintritt eines daran gekoppelten Ereignisses überwiegend wahrscheinlich macht, nicht bereits das zweite Ereignis zu publizieren, sondern nur (wahrheitsgemäß) das bereits eingetretene Ereignis und gegebenenfalls die sich daraus nach Meinung des Emittenten ergebenden Konsequenzen. Mitzuteilen gewesen wäre daher im Fall der Suspendierung nicht, dass die betroffenen Vorstandsmitglieder demnächst ausscheiden „würden“ oder gar „ausgeschieden sind“, sondern vielmehr die erfolgte Suspendierung und (sinnvoller-

<sup>48</sup> Vgl *Kalss/Oppitz/Zoller*, Kapitalmarktrecht I (2005) § 14 Rz 6 f; BGH 25. Februar 2008, AG 2008, 380 ff – *Daimler/Chrysler/Schrempp*.

<sup>49</sup> Vgl *Fleischer*, Ad hoc-Publizität beim einvernehmlichen vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden, NZG 2007, 401 ff, 406 f; BGH 25. Februar 2008, AG 2008, 380 ff – *Daimler Chrysler/Schrempp*.

<sup>50</sup> So auch *Kalss*, GesRZ 2008, 383 f.

<sup>51</sup> Vgl *Assmann/Schneider*, WpHG<sup>1</sup> (1996) § 13 Rz 36; *Assmann*, Rechtsanwendungsprobleme des Insiderrechts, AG 1997, 50 ff, 51; anders jedoch bereits *Assmann/Schneider*, WpHG<sup>2</sup> (1999) § 13 Rz 36, wo die Eintrittswahrscheinlichkeit als Frage des Kursbeeinflussungspotentials gesehen wird.

<sup>52</sup> BGH 25. Februar 2008, AG 2008, 380 ff.

<sup>53</sup> IdS auch *Kalss*, GesRZ 2008, 384.

weise) die Führung von Verhandlungen über eine Trennung. Wenn – um den Fall *Daimler Chrysler/Schrempp* zu verwenden – ein Vorstandsvorsitzender dem Aufsichtsrat bzw. dessen Vorsitzenden den Rücktritt anbietet, dann zeigt zwar die Erfahrung auch in der österreichischen Praxis, dass in einem solchen Fall das Ende des Vorstandsmandats unabhängig von jeder Vertragslage die baldige Folge sein wird (weil kein vernünftiger Aufsichtsrat einen amtsunwilligen Vorstandsvorsitzenden zwingen wird, im Amt zu verbleiben),<sup>54</sup> doch wäre in einem solchen Fall natürlich nicht das Ausscheiden bekannt zu geben, sondern eben der Umstand, dass der Vorstandsvorsitzende seinen Rücktritt angeboten hat und mit ihm verhandelt wird.<sup>55</sup>

Vor diesem Hintergrund ist nicht erklärlich, warum der OGH offenkundig die Ansicht vertrat, durch Verhandlungen über eine gütliche Einigung nach der Suspendierung und den Abschluss einer solchen Einigung könnte das Eingreifen der Ad-hoc-Meldepflicht verhindert werden. Ebenso wenig nachvollziehbar ist es, warum das Höchstgericht meinte, die von der klagenden Gesellschaft aufgezeigten „Handlungsalternativen“ (siehe oben im Text) hätten allesamt das Ziel der Unterlassung einer Ad-hoc-Meldung und damit des Unterbleibens negativer Publizität nicht erreichen können. Ganz abgesehen davon, dass damit der grundsätzliche Zweck der durch § 82 Abs 6 BörseG aF bzw § 48d BörseG nF vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung an den Kapitalmarkt verkannt wird, weil diese Verpflichtung es geradezu notwendigerweise mit sich bringt, auch Unangenehmes publik machen zu müssen,<sup>56</sup> ist die Verpflichtung zur Abgabe einer Ad-hoc-Meldung iZm Veränderungen im Vorstand nicht oder jedenfalls nicht primär von den rechtlichen Modalitäten der Beendigung der Tätigkeit abhängig. Das ungeplante, vorzeitige und gleichzeitige Ausscheiden von zwei Vorstandsmitgliedern aus einem Dreier-Vorstand ist meldepflichtig, auch wenn diesem Ausscheiden keine Suspendierung vorangegangen ist, sondern es ohne diesen Umweg zur einvernehmlichen Beendigung kam.<sup>57</sup>

Freilich kennt das BörseG auch die Möglichkeit für den Emittenten, die Bekanntgabe von an sich bekannt zu gebenden Tatsachen (Insider-Informationen) *aufzuschieben*, wenn diese Bekanntgabe seinen berechtigten Interessen schaden könnte, sofern diese Unterlassung nicht geeignet ist, die Öffentlichkeit irrezuführen, und der Emittent in der Lage ist, die Vertraulichkeit der Information zu gewährleisten.

<sup>54</sup> Im Falle Daimler-Chrysler/Schrempp waren freilich besondere Umstände zu würdigen, die zB darin bestanden, dass der Aufsichtsrat bei Bekanntgabe der Rücktrittsabsichten durch den Vorstandsvorsitzenden keinen „logischen Nachfolger“ hatte und in der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat außerdem eine Zwei-Drittel-Mehrheit für die Annahme eines Rücktritts vorgesehen war.

<sup>55</sup> Das Thema kann hier schon aus Platzgründen nicht weiter vertieft werden; nur darauf hingewiesen sei, dass sich im Einzelfall komplexe und diffizile Fragen stellen können. Wenn nämlich zB ein Vorstandsvorsitzender den Rücktritt anbietet, der Aufsichtsratsvorsitzende ihn aber sofort zurückweist und dies auch ernst meint – was, wie gesagt, in der Praxis nur sehr selten der Fall sein wird – stellt sich die Frage, ob dann das Rücktrittsangebot und seine Ablehnung zu kommunizieren ist, was wohl kaum ein Emittent machen wird, oder eine Ad-hoc-Meldung in solchen Fällen zulässigerweise unterbleiben kann. Die Frage ist nicht unheikel, denn potenziell kursrelevant ist auch ein erfolgloses Rücktrittsangebot des Vorstandsvorsitzenden einer börsennotierten Aktiengesellschaft wohl allemal.

<sup>56</sup> Zutr Kalss, GesRZ 2008, 384.

<sup>57</sup> Dem Sachverhalt ist dies nicht mehr zu entnehmen, aber es muss wohl davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaft *nach* erzielter gütlicher Einigung das Ausscheiden der beiden Vorstandsmitglieder schon zum Gegenstand einer Ad-hoc-Mitteilung machte.

Ob man hier, wie *Kalss*<sup>58</sup> meint, wirklich unbedingt davon auszugehen hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Aufschiebung nicht gegeben waren, ist mE zweifelhaft. Denn die Voraussetzungen des (nunmehr anzuwendenden) § 48 d Abs 2 Z 1 lit a BörseG könnten hier schon vorgelegen sein. Danach liegen berechnigte Interessen für eine Aufschiebung insbesondere vor, bei „*laufenden Verhandlungen oder damit verbundenen Umständen, wenn das Ergebnis oder der normale Ablauf dieser Verhandlungen von der Veröffentlichung wahrscheinlich beeinträchtigt werden würde*“.

Es trifft zwar zu, dass – wie *Kalss*<sup>59</sup> schreibt – die Suspendierung als solche abgeschlossen und „nicht mehr verhandlungsfähig“ ist. Wenn man dies aber schon als entscheidend für das Nichtvorhandensein eines Aufschiebungsgrundes ansähe, würde man die Bestimmung mE weitgehend ihres Sinns entkleiden. Denn aufgeschoben werden kann ja gerade die Bekanntgabe *bereits eingetretener* Insider-Tatsachen. Man könnte zumindest argumentieren, dass ein suspendiertes Vorstandsmitglied nach Veröffentlichung der Suspendierung, mit der ohne Zweifel eine enorme Rufschädigung verbunden sein wird, die vom Aufsichtsrat angestrebten Verhandlungen über eine gütliche Trennung schon aus Ärger und um seinen „Ruf wiederherzustellen“, torpedieren wird.

Bei Prüfung der Voraussetzungen des § 48d Abs 2 BörseG bestehen mE eher Bedenken in die Richtung, dass der Emittent gerade bei einer den Vorstand betreffenden Personalmaßnahme nach den Erfahrungen der Praxis kaum in der Lage sein wird, „*die Vertraulichkeit der Information zu gewährleisten*“.<sup>60</sup>

Möglicherweise waren dies alles Erwägungen, die der Aufsichtsrat der Gesellschaft anstellte, und möglicherweise hatte er auch Rechtsberater eingeschaltet, um die Frage der Ad-hoc-Meldepflicht einer rechtlichen Prüfung zu unterwerfen. Die veröffentlichte E des OGH sagt darüber aber nichts aus – außer, dass laut OGH nicht untersucht werden müsse, ob die zuständigen Organmitglieder der klagenden Gesellschaft<sup>61</sup> durch das „*mehrtägige Zuwarten mit der Veröffentlichung der Suspendierungen*“ die Offenlegungspflicht verletzt hätten, „*weil eine Verletzung der Offenlegungspflicht von keiner Seite behauptet und insbesondere auch nicht den Klagsforderungen zugrunde gelegt wurde*“.

<sup>58</sup> GesRZ 2008, 384.

<sup>59</sup> GesRZ 2008, 384.

<sup>60</sup> *Kalss* (GesRZ 2008, 384) meint, es dauere in der Praxis nur wenige Stunden, bis eine Suspendierung den Arbeitnehmern und wichtigen Geschäftspartnern bekannt sei. Diesen Befund kann ich im Wesentlichen bestätigen, wobei es vielleicht noch einen Unterschied macht, ob es sich um einen mitbestimmten Aufsichtsrat handelt bzw ob an der Suspendierung Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat mitwirken. Nach der von mir nicht geteilten Ansicht von *Kalss* (Zuständigkeit für die Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes, Aufsichtsrat aktuell 2006, H 4, 4 ff, 6) ist für die Suspendierung immer das Aufsichtsratsplenium zuständig (und damit die Belegschaftsvertreter, sofern vorhanden, automatisch beteiligt). Richtigerweise kann eine Suspendierung dagegen auch von einem Ausschuss des Aufsichtsrates (zB dem Präsidium) ausgesprochen werden, der nicht mitbestimmt sein muss. Dies ergibt sich mE eindeutig aus § 92 Abs 4, letzter Satz AktG (vgl *G. Schima*, *ecollex* 2006, 457).

<sup>61</sup> Seltsamerweise spricht hier der OGH nur vom „*verbleibenden Vorstand*“ als Adressaten, obwohl in diesem Fall der Aufsichtsrat Pflichtenträger ist. Denn wenn der Aufsichtsrat in der AG ausnahmsweise Geschäftsführungsorgan (§ 75 oder § 97 AktG) ist, trifft *ihn* auch die kapitalmarktrechtliche Pflicht zur Veröffentlichung der diese Geschäftsführungstätigkeit unmittelbar betreffenden Insider-tatsachen (etwas unscharf *Kalss*, GesRZ 2008, 384, die davon spricht, der Aufsichtsrat hätte es verabsäumt, „*auf die Offenlegung zu dringen*“).

Diese Sichtweise ist indes nicht zutreffend, und der OGH hat damit auch die Gelegenheit versäumt, sich die Unterscheidung zwischen unternehmerischer (Ermessens-) Entscheidung und gesetzlich determinierter Entscheidung sowie die – dafür wäre der Anlassfall ein recht gutes Beispiel – schwierige Abgrenzung der beiden Kategorien voneinander zu verdeutlichen – eine Abgrenzung, der im Recht der Vorstandshaftung nicht nur nach US-amerikanischem Recht (Business Judgment Rule)<sup>62</sup> und seit ein paar Jahren auch explizit im deutschen Recht aufgrund des § 93 Abs 1, 2. Satz dAktG Bedeutung zukommt, sondern die auch für Österreich Relevanz hat.

Die vom deutschen Gesetzgeber in § 93 Abs 1, 2. Satz dAktG verankerte „Rechtswohltat“ der Annahme fehlender Pflichtwidrigkeit bei einer auf angemessener Informationsgrundlage in gutem Glauben an die Förderung des Unternehmenswohls getroffenen Entscheidung gilt grundsätzlich nur für „unternehmerische Entscheidungen“, also nicht solche, die durch Gesetz, Satzung oder Vertrag determiniert sind.<sup>63</sup>

Die Entscheidung, ob eine Insider-Tatsache, die einen Emittenten betrifft, veröffentlicht werden muss, ist zweifellos eine sondergesetzlich determinierte Entscheidung. Freilich zeigt gerade dieses Beispiel, dass die Abgrenzung zwischen einer „unternehmerischen Entscheidung“ und einer gesetzlich, vertraglich oder durch Satzung gebundenen Entscheidung nicht messerscharf möglich ist und es sein kann, dass auch für zB gesetzlich gebundene Entscheidungen ein Handlungsspielraum verbleibt.<sup>64</sup>

Gerade der zitierte § 48 d Abs 2 Z 1 lit a BörseG ist dafür ein gutes Beispiel. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Veröffentlichung einer an sich meldepflichtigen Insider-Tatsache den normalen Ablauf der Verhandlungen oder das erwartete Ergebnis voraussichtlich beeinträchtigen würde, kommt dem Vorstand (Aufsichtsrat) klarerweise ein gewisses unternehmerisches *Ermessen* zu. Dasselbe gilt für § 48 d Abs 2 Z 1 lit b BörseG: Ob bei einem vom Vorstand abgeschlossenen, aber (insbesondere gem § 95 Abs 5 AktG) der Aufsichtsratszustimmung unterliegenden Geschäft die Veröffentlichung des Geschäftsabchlusses durch den Vorstand mit dem Hinweis, die Genehmigung des Aufsichtsrates stün-

<sup>62</sup> Wirklich sorgfältig herausgearbeitet wird dieses Kriterium in der US-Rechtspraxis und Lehre freilich kaum. Es dient mehr der Abgrenzung gegenüber Entscheidungen, die durch Gesetz, Satzung oder Vertrag gebunden sind, sowie der Abgrenzung positiven Handelns von schlichtem Nichtstun (das – anders als die positive Entscheidung, nichts zu tun, grs nicht geschützt ist: vgl *Block/Barton/Radin*, Business Judgment Rule 140; *Aronson v Lewis* 473 A.2d 805 [Del 1984]; vgl auch *Hanson Trust PLC v ML SCM Acquisition Inc.*, 781 F.2d 264, 275 2<sup>nd</sup> Cir 1986); *von Hein*, Rezeption 917; etwas widersprüchlich *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 430 Rz 853, die einerseits (jeweils gestützt auf Quellen) meinen, das *bewusste* oder *unbewusste* Unterlassen einer Entscheidung sei kein geschütztes „business judgment“, andererseits aber offenbar zustimmend die Meinung zitieren, die Business Judgment Rule sei auf jeden Fall auf die positive Entscheidung des Director, untätig zu bleiben, anwendbar. Ein relevanter Unterschied zwischen dem bewussten Unterlassen einer Entscheidung und der positiven Entscheidung, untätig zu bleiben, lässt sich aber beim besten Willen nicht ausmachen.

<sup>63</sup> Vgl zB *Hopt/M. Roth*, GroßKomm AktG<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 15 ff, 22 f; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 40 ff, 65 ff.

<sup>64</sup> So für das deutsche Recht ganz zutr zB *M. Roth*, Das unternehmerische Ermessen des Vorstands, BB 2004, 1066 ff, 1068; *Hopt/M. Roth*, GroßKomm<sup>4</sup> AktG Nachtrag § 93 Rz 23; *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstandes (2001) 103 ff, 150 ff, 210 ff; *Goette* in *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg) Handbuch Corporate Governance (2003) 749, 765.

de noch aus, das Publikum in die Irre führen könnte, ist ebenfalls eine Entscheidung, bei der dem Vorstand ein gewisser Beurteilungs- und Ermessensspielraum verbleibt. Man sollte daher – wie es schon der BGH in der berühmten ARAG-Garmenbeck-E<sup>65</sup> getan hat – grundsätzlich anerkennen, dass auch bei gesetzlich, vertraglich oder durch Satzung gebundenen Entscheidungen sehr wohl ein Ermessensspielraum verbleiben kann.<sup>66</sup> Hätte der Grundsatz „Tertium non datur“ (unternehmerische Entscheidung *oder* gesetzlich gebundene Entscheidung) zu gelten, dann müsste man sich zB unter dem Blickwinkel des eben erst grundlegend novellierten § 87 dAktG fragen, ob die Entscheidung des Aufsichtsrates<sup>67</sup> über die Vorstandsvergütung – ein an sich „klassischer“ Fall der unternehmerischen Ermessensentscheidung – überhaupt noch eine solche ist, wenn der Gesetzgeber derart viele Vorgaben darüber einbaut, wie die Vergütung auszusehen hat. In Wahrheit belässt natürlich auch § 87 dAktG neu – Gott sei Dank und ungeachtet der „Regulierungswut“ unserer Nachbarn – dem Aufsichtsrat einen erheblichen Ermessensspielraum.

Dennoch kommt der Unterscheidung zwischen unternehmerischen Entscheidungen und gesetzlich (vertraglich oder satzungsmäßig) gebundenen Entscheidungen vom Grundsatz her Bedeutung zu. Denn eine unternehmerische Entscheidung, die innerhalb des dem entscheidenden Organ zukommenden Beurteilungsspielraumes getroffen wurde, ist von vornherein nicht objektiv sorgfaltswidrig und damit nicht rechtswidrig,<sup>68</sup> wohingegen eine gegen das Gesetz verstoßende Entscheidung jedenfalls rechtswidrig ist, der Vorstand (bzw gegebenenfalls der Aufsichtsrat) aber uU einen entschuldbaren Rechtsirrtum ins Treffen führen kann, insbesondere wenn er in einer Frage, bei der die Auslagerung einer Prüfung nicht schon per se pflichtwidrig ist, sich auf sachkundigen Rat verlässt, der nicht für ihn erkennbar falsch ist.<sup>69</sup>

Der Beantwortung der Frage, ob ein entschuldbarer Rechtsirrtum vorliegt, kommt in der Praxis immer mehr Bedeutung zu, denn die Rechtsordnung (das gilt für Österreich und Deutschland gleichermaßen) wird immer mehr durch potentiell enorm haftungsbewehrte Beurteilungsspielräume für das Management angereichert. Dafür ist neben dem

<sup>65</sup> BGH 21. April 1997, BGHZ 135, 244 ff = BB 1997, 1169 ff.

<sup>66</sup> Vgl *M. Roth*, BB 2004, 1066 ff, 1068; *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen 103 ff, 150 ff, 210 ff; *Goette in Hommelhoff/Hopt/von Werder*, Handbuch 749, 765; *Hopt/M. Roth*, GroßKomm AktG<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 23 mit Bsp (Insolvenzantragspflicht, Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts, Bilanzierung, Entscheidung über Vorstandsvergütung); zu kategorisch dagegen *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 ff, 81 f, der gerade die beiden Beispiele der genehmigungspflichtigen Geschäfte und der Ad-hoc-Publizität anscheinend einschränkungslos den gesetzlich bzw satzungsmäßig determinierten Entscheidungen ohne jeglichen Ermessensspielraum zuordnet.

<sup>67</sup> Dies gilt auch insofern im wörtlichen Sinne, als das G in Deutschland die Entscheidung über die Vorstandsvergütung nunmehr ausschließlich dem Plenum des Aufsichtsrates vorbehalten.

<sup>68</sup> Dies galt auch im deutschen Recht sowohl vor der gesetzlichen Verankerung der Business Judgment Rule in § 93 Abs 1, 2. Satz dAktG (BGHZ 135, 244 ff, 253 f = BB 1997, 1169 ff – *ARAG/Garmenbeck*) als auch und explizit seit dieser Gesetzesänderung (arg „*nicht pflichtwidrig*“). Der Referentenentwurf des UMAG sah noch eine etwas differenzierte Regelung vor, deren Auflösung der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden zu Recht kritisiert wurde (vgl *Fleischer*, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff, 688 f; *M. Roth*, BB 2004, 1068).

<sup>69</sup> Vgl schon OGH 31. Mai 1977, EvBl 1978/4 – *Krauland*.

auch hier einschlägigen Bsp der kapitalmarktrechtlichen „Selbstbefreiung“ durch Aufschub einer Ad-hoc-Meldung das seit einiger Zeit aufgrund der Änderung der europäischen Rechtslage entstandene Problem der „kartellrechtlichen Selbsteinschätzung“ ein eindrücklicher Beleg.<sup>70</sup>

Selbst wenn man im Anlass-Sachverhalt der E des OGH vom 11. Juni 2008 dem Aufsichtsrat zubilligte, eine Ad-hoc-Mitteilung in zulässiger bzw rechtlich zumindest vertretbarer Weise aufgeschoben zu haben, um die Trennungsverhandlungen mit den beiden suspendierten Vorstandsmitgliedern nicht zu gefährden (eine Annahme, deren rechtliche Begründung zumindest vertretbar sein dürfte, wenn auch nicht ganz leicht fällt), hätte der OGH die Frage der Rechtzeitigkeit der Information und die Zulässigkeit einer mehrtägigen Verzögerung nicht deshalb ungeprüft lassen dürfen, weil sich keine der beiden Seiten darauf berief. Denn die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen der Veröffentlichungspflicht sind ja vorhanden und lagen dem Höchstgericht vor, wären also auch von Amts wegen zu prüfen gewesen. Vor allem aber ist es so, dass die Entscheidung darüber, ob der Aufsichtsrat noch im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens gehandelt hat, als er die „freiwilligen Abfertigungen“ den beiden Vorstandsmitgliedern gewährte, jedenfalls von der Beantwortung der Frage mit beeinflusst werden muss, ob der Aufsichtsrat schon davor einen (ggf nicht entschuldbaren) Gesetzesverstoß beging und sich erst durch diesen in die missliche Lage brachte, unter Zeitdruck zu stehen und damit „Erpressungsversuchen“ der beiden Vorstandsmitglieder ausgesetzt zu sein.<sup>71</sup>

#### 4. „Golden Handshakes“

Der „Golden Handshake“ ist kein Rechtsbegriff, wengleich er – und dies keineswegs erst seit dem gegenständlichen Beitrag – auch in juristischen Fachpublikationen immer wieder verwendet wird und auch iZm der Rezension der OGH-E vom 11. Juni 2008 verwendet wurde.<sup>72</sup> Die Volksmeinung versteht darunter wohl allgemein den Fall, dass ein Topmanager bei Ausscheiden aus dem Unternehmen „viel Geld“ bekommt. In einem etwas spezifischeren Sinn versteht man darunter Zahlungen, die an Vorstandsmitglieder (in erster Linie börsennotierter Aktiengesellschaften, denn diese stehen im Zentrum des öffentlichen Interesses) iZm dem Ausscheiden unter dem Titel von vertraglichen oder freiwilligen Abfertigungen, Abfindung von Pensionszusagen, Auszahlung der Restlaufzeit eines noch länger laufenden Anstellungsvertrages oder auch als Zahlung aufgrund einer vertraglichen „Change-of-Control-Klausel“<sup>73</sup> geleistet werden.

Wengleich die vom BGH in der berühmten „Mannesmann-E“<sup>74</sup> getroffene Unterscheidung zwischen anstellungsvertraglich vorgesehenen und nachträglich ohne anstel-

<sup>70</sup> Vgl die ausführliche Befassung mit der Problematik von *Spindler*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, FS Canaris II, 403 ff, zum Kapitalmarktrecht 404 ff und zum Kartellrecht 407 ff.

<sup>71</sup> Vgl *Kalss*, GesRZ 2008, 384: „Der OGH verkennt hier die kapitalmarktrechtlich vorgegebene Unverzüglichkeit, was sich auf die aktienrechtliche Beurteilung folgenreich auswirkt.“

<sup>72</sup> Vgl den Titel in *ecolex* 2008, 346.

<sup>73</sup> Vgl zB den ganz aktuellen Fall „Pinkl/Hypo Alpe Adria Bank“.

<sup>74</sup> BGH 21. Dezember 2005, BB 2006, 323 ff.

lungsvertragliche Grundlage (für erbrachte Leistungen) zugesagten Vergütungen in dem vom BGH zu prüfenden Zusammenhang keineswegs überzeugt und in Deutschland ganz zu Recht heftigst kritisiert wurde, empfiehlt sich bei einer Darstellung des Phänomens „Golden Handshake“ trotzdem die Unterscheidung in anstellungsvertraglich vorgesehene und sonstige Vergütungen. Man muss sich nur vor Augen halten, dass nicht jede anstellungsvertragliche Vergütung (zumindest aus der Sicht des Aufsichtsrates) rechtmäßig und umgekehrt keineswegs jede im Anstellungsvertrag nicht vorgesehene und dennoch gewährte Vergütung rechtswidrig oder gar strafbare Untreue ist.

#### 4.1. Anstellungsvertraglich vorgesehene „Golden Handshakes“

##### 4.1.1. Change-of-Control-Klauseln

Change-of-Control-Klauseln in Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern gehören in Österreich nicht gerade zum vertraglichen „Standardprogramm“, kommen aber durchaus – und tendenziell in zunehmendem Maße – vor. Solche Vertragsbestimmungen sind auch nicht auf Aktiengesellschaften oder gar nur börsennotierte Aktiengesellschaften beschränkt, sondern finden sich gelegentlich auch in GmbH-Geschäftsführerverträgen.<sup>75</sup> In ihrer in Österreich überwiegend auffindbaren Ausprägung sieht eine Change-of-Control-Klausel 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)<sup>76</sup> Eigentümer- bzw Kontrollwechsels<sup>77</sup> durch einseitige Erklärung (also Rücktritt) der ebenfalls unter Einhaltung einer Frist zu erfolgen hat, das Mandat und den Anstellungsvertrag zu beenden, wobei die finanziellen Konsequenzen in der in der Praxis am ehesten üblichen Gestaltungsform im Ergebnis den Rechtsfolgen bei einer Beendigung des Mandats und des Anstellungsvertrages durch die Gesellschaft ohne Verschulden des Organmitgliedes angenähert sind.

Solche Klauseln können daher zB bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen GmbH-Geschäftsführerverträgen bloß darin bestehen, dem Geschäftsführer die Abfertigung nach altem Recht (§ 23 AngG) und eine Kündigungsentschädigung für ein paar Monate zu sichern; es kann aber auch bei einem noch zB noch drei oder vier Jahre dauernden Vorstandsvertrag die Vergütung für die Restlaufzeit samt Abfertigung auszuzahlen sein. Der

<sup>75</sup> Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 76 f; vgl für Deutschland zB *Dreher*, Change of Control-Klauseln bei Aktiengesellschaften, AG 2002, 214 ff; *Fonk* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>3</sup> (2009) § 9 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.

<sup>76</sup> Darauf verweist auch zu Recht *Fonk* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 180.

<sup>77</sup> In Anbetracht der in Österreich mit der ÜbG-Novelle 2006 vollzogenen Ersetzung eines materiellen Kontrollbegriffes durch einen formellen (grundsätzlich bei 30 % eingreifenden) Kontrollbegriff ist es aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes einer börsennotierten Aktiengesellschaft *nicht empfehlenswert*, den Kontrollwechsel anstellungsvertraglich an den übernahmegesetzlichen Kontrollwechselstatbestand zu knüpfen. Denn wie auch die österreichische Praxis seit der Novelle zeigt, lassen sich börsennotierte Aktiengesellschaften bei entsprechendem Streubesitz und in Anbetracht der niedrigen Hauptversammlungspräsenz auch mit (uU deutlich) unter 30 % beherrschen.

für Deutschland gelegentlich getroffene Befund, Change-of-Control-Klauseln sähen in größeren Aktiengesellschaften zusätzlich zur Auszahlung des Anstellungsvertrages eine Abfindung in Höhe von ein bis drei Jahresgehältern vor,<sup>78</sup> kann für Österreich – soweit ich dies überblicke – nicht ganz bestätigt werden. Nicht unüblich (und von mir in Vorstandsverträgen schon öfters verankert) ist zB eine Change-of-Control-Klausel, die bei Kontrollwechsel die Auszahlung des Vorstandsvertrages mit einer Deckelung von zB zwei Jahresbezügen (zuzüglich allfälliger vertraglicher Abfertigung), mindestens aber eine bestimmte Vergütung (zB einen Jahresbezug) bei kürzerer Laufzeit zusichert. Nach einer als Reaktion auf die „Bonifikations-Vertrauenskrise“ der letzten ein bis eineinhalb Jahre zu verstehenden Empfehlung der EU-Kommission soll bei der vorzeitigen Beendigung von Vorstandsmandaten in börsennotierten Gesellschaften die an das Vorstandsmitglied zu zahlende Abfindung mit zwei festen Jahresvergütungen nach oben gedeckelt sein. Diese (unverbindliche) Regelung ist mE in ihrer Verallgemeinerung beanspruchenden Form problematisch, und der Österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance (dem der Verfasser angehört) hat gut daran getan, in der gerade neu gestalteten C-Regel 27 diese Empfehlung nur „schaumgebremst“ umzusetzen und auf zwei Gesamt-Jahresvergütungen abzustellen.<sup>79</sup>

Das „Mannesmann-Urteil“ des BGH hat in Deutschland die Diskussion um die (Grenzen der) Zulässigkeit von Change-of-Control-Klauseln neu entfacht.<sup>80</sup>

Wenn man nach möglichen Zulässigkeitsgrenzen von Change-of-Control-Klauseln fragt, kommt man nicht umhin, deren wirtschaftlichen Hintergrund zu erforschen. Dabei erkennt man schnell, dass es einen einheitlichen Regelungszweck nicht gibt und in Anbetracht der Vielfalt der Sachverhalte auch nicht geben kann. Bei der börsennotierten AG besteht der Sinn und Zweck von Change-of-Control-Klauseln vor allem auch darin, 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.<sup>81</sup>

Daneben verfolgte aber die Change-of-Control-Klausel schlicht auch den Zweck, dem Vorstandsmitglied einen finanziell gut gepolsterten Ausstieg zu ermöglichen, wenn sich

<sup>78</sup> Kort, „Change of Control“-Klauseln nach dem „Mannesmann-Urteil“ des BGH: zulässig oder unzulässig? AG 2006, 106 unter Berufung auf einen Artikel in der FAZ vom 14. Mai 2005, 18; vgl auch Hoffmann-Becking, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 169 (2005), 155 ff, 171, der davon spricht, dass Change-of-Control-Klauseln üblicherweise die – „ohne hin erforderliche“ Auszahlung der Restlaufzeit vorsehen und zusätzlich die Gewährung einer Abfindung von „ein bis mehreren“ Jahresbezügen.

<sup>79</sup> In der Tat kann es (zu Lasten des Vorstandsmitgliedes) unangemessen sein, wenn ein erfolgreich agierendes Vorstandsmitglied mit vergleichsweise niedrigem Fixgehalt, aber hohem Bonus vom Aufsichtsrat wegen persönlicher Auffassungsunterschiede nicht mehr gewollt wird und der Vertrag für diesen Fall – selbst bei einer noch drei- oder vierjährigen Restlaufzeit – die Abfindung mit zwei festen Jahresentgelten begrenzt. Denn das kann bei entsprechender Gestaltung des Verhältnisses von fixen und variablen Entgeltbestandteilen uU nur einem halben Gesamtjahresbezug entsprechen.

<sup>80</sup> Vgl Kort, AG 2006, 106 ff; Fonk in Semler/von Schenck, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 179.

<sup>81</sup> Zutr Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005) 155 ff, 170; Kort, AG 2006, 108; Fonk in Semler/von Schenck, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 178.

gleichsam die Identität seines Ansprechpartners in einer vom Vorstandsmitglied vielleicht als unangenehm empfundenen Form ändert. Neue Eigentümer bestellen üblicherweise neue Aufsichtsratsmitglieder und jedenfalls fast immer ein neues Präsidium, sodass der Vorstand einen neuen „Sparring-Partner“ bekommt.

In nicht börsennotierten Aktiengesellschaften oder GmbHs tritt der vorhin als Erstes genannte Zweck bei Change-of-Control-Klauseln etwas mehr in den Hintergrund, weil sich der Eigentümerwechsel ja zumindest von Rechts wegen ohne jedes Zutun des Vorstandes/der Geschäftsführung, ja selbst ohne deren vorangehende Information, ereignen kann.<sup>82</sup> Dennoch besteht auch in solchen Fällen idR ein Interesse von Verkäufer und Käufer, dass das Management der Zielgesellschaft kooperiert – man denke an dessen nicht unwichtige Rolle iZm einer Due Diligence.

An der grundsätzlichen Zulässigkeit von Change-of-Control-Klauseln in Anstellungsverträgen kann mE nicht gezweifelt werden. Gewisse Kautelen sind aber schon zu beachten. Auch die Mannesmann-E des BGH sollte zumindest aus österreichischer Sicht keinen Anlass für allzu große Nervosität bilden.

Denn zu messen sind auch solche Klauseln letztlich (nur, aber immerhin) am Angemessenheitsgebot des § 78 Abs 1 AktG (bzw § 87 Abs 1 dAktG). Wenn *Martens*<sup>83</sup> meint, auch im ursprünglichen Anstellungsvertrag vereinbarte Change-of-Control-Klauseln seien heikel, weil ihre Existenz die Befürchtung begründe, die Vorstandsmitglieder würden einen derart begünstigten Kontrollwechsel zumindest unterstützen, um sich die Abfindungsprämie zu sichern, so weist auch dieser Ansatz bloß auf das aktienrechtlich verankerte Angemessenheitsgebot hin. Denn es ist eben eine Maßfrage, ob die gerade erwähnten Bedenken begründet sind und der Aufsichtsrat sich einer Pflichtwidrigkeit schuldig macht. Dies wird bei Change-of-Control-Klauseln der in Österreich üblichen Prägung, aber auch wenn bei einem zB noch drei Jahre laufenden Vorstandsvertrag diese Laufzeit abgegolten und dazu noch ein Jahresbezug gezahlt wird, mE mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu verneinen sein.<sup>84</sup> Anders verhält es sich ohne Zweifel, wenn der Aufsichtsrat einem 40-jährigen Vorstandsmitglied in einer Change-of-Control-Klausel als Abfindung den Barwert seines erwarteten künftigen Erwerbseinkommens bis zum Pensionsantritt zuerkennt. In einem solchen Fall kommt zur offenkundigen Ermessensüberschreitung durch den Aufsichtsrat in der Tat der Aspekt hinzu, dass ein solcher Art bedachtes Vorstandsmitglied gar nicht anders „kann“, als den ein Übernahmeangebot unterbreitenden Aktionär bedingungslos zu unterstützen, mag dessen Angebot für die Aktionäre oder auch für den Bestand der Gesellschaft noch so fragwürdige Konsequenzen haben. Derartige Klauseln fallen freilich bereits in die Kategorie der „Golden Parachutes“ nach US-amerikanischem Vorbild und verstoßen regelmäßig nicht nur gegen das aktien-

<sup>82</sup> Prominente Beispiele dafür gibt es auch in der österreichischen Wirtschaftsgeschichte. So erfolgten zumindest der Medienberichterstattung zufolge die Verkäufe von Billa durch Herrn Wlaschek an die deutsche REWE-Gruppe ohne vorangehende Information des damaligen Vorstandsvorsitzenden von Billa und ähnlich soll es sich bei der Veräußerung von Steyr an die Magna-Gruppe zugetragen haben.

<sup>83</sup> *Martens*, Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand, ZHR 169 (2005) 124 ff, 139 ff.

<sup>84</sup> Vgl *Fonk in Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 178, der – fast schon zu optimistisch – meint, die Gefahr, dass die Change-of-Control-Klausel dem Vorstand einen Anreiz gebe, den Kontrollwechsel zu fördern, sei als „äußerst unwahrscheinlich“ zu qualifizieren.

rechtliche Angemessenheitsgebot, sondern uU auch gegen das übernahmerechtliche Verhinderungsverbot (§ 12 ÜbG für Ö, § 33 Abs 1 WpÜG für D).<sup>85</sup>

Zumindest unter dem Blickwinkel der Mannesmann-E des BGH sind solche Change-of-Control-Klauseln zumindest heikler, die erst nachträglich oder dann vertraglich verankert werden, wenn ein Übernahmever such sich bereits abzeichnet<sup>86</sup> oder gar schon erfolgt ist.<sup>87</sup>

Eine generelle Unzulässigkeit solcher nachträglich implementierter Change-of-Control-Klauseln kann man mE aber selbst aus dem Mannesmann-Erkenntnis nicht einmal dann ableiten, wenn die Klausel bei einem sich schon abzeichnenden Übernahmever such 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.<sup>88</sup> Freilich muss der Aufsichtsrat in derartigen Fällen besonders besonnen und sorgfältig vorgehen und sollte – diesen Ratschlag kann man nach dem Mannesmann-Urteil nur dreimal unterstreichen und allen Aufsichtsräten ins Stammbuch schreiben – auch seine Erwägungen entsprechend schriftlich dokumentieren. Gerade bei der nachträglich verankerten Change-of-Control-Klausel – aber auch als generelle Leitlinie für solche Vertragsbestimmungen in Anstellungsverträgen – gilt es die im Kontrollwechselfall vereinbarte Vergütung so zu dimensionieren, dass die Attraktivität des Ausstiegs (bei erfolgtem Kontrollwechsel) und die Attraktivität einer weiteren Bekleidung des Vorstandsamtes (die nur bei gescheitertem Kontrollwechsel gesichert ist) einander ungefähr die Waage halten. Dies lässt sich natürlich nicht arithmetisch exakt errechnen.

Wenngleich im gegebenen Zusammenhang schon aus Platzgründen das Thema nicht zu sehr vertieft werden kann, muss darauf hingewiesen werden, dass der Aufsichtsrat insbesondere einer börsennotierten AG bei der Entscheidung, ob er Change-of-Control-Klauseln in Anstellungsverträgen akzeptiert, auch den Aspekt einer Vermeidung der Führungslosigkeit der Gesellschaft im Auge behalten muss. Dies verbietet es zwar nicht generell, sämtlichen Mitgliedern des Kollegialorgans Vorstand eine Change-of-Control-Klausel zuzugestehen; sehr wohl pflichtwidrig wäre es aber, wenn der Aufsichtsrat nicht nur dem gesamten Vorstand solche Klauseln bewilligt, sondern darüber hinaus so kurze (oder gar überhaupt keine) Fristen für den Rücktritt vorsieht, dass selbst ein über entsprechende personelle Ressourcen und einen konkreten Businessplan verfügender Erwerber damit nicht umgehen kann. Darin könnte uU auch ein Verstoß gegen das übernahmerechtliche Verhinderungsverbot (§ 12 ÜbG) liegen.

<sup>85</sup> Vgl *Fuchs* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 22 Rz 147; *Fonk* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 18 Fn 530.

<sup>86</sup> Diesbezüglich ohne Bedenken *Fonk* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 179 mwN Fn 533.

<sup>87</sup> Vgl *Kort*, AG 2006, 108; auch diesbezüglich ohne Bedenken dagegen *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005), 155 ff, 171.

<sup>88</sup> *Fonk* (in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch<sup>3</sup> § 9 Rz 179) und *Hoffmann-Becking* (ZHR 169 [2005] 155 ff, 171) betonen, dass gerade in einer solchen Konstellation der Zweck der Change-of-Control-Klausel besonders einleuchtend sei.

#### 4.1.2. Nachlaufklauseln

Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern in einer AG müssen von Gesetzes wegen befristete Verträge sein (§ 75 Abs 1, letzter Satz, AktG). Theoretisch könnte es daher passieren, dass ein Vorstandsmitglied vom Aufsichtsrat erst am letzten Tag der Mandatsdauer erfährt, dass es nicht wiederbestellt werden soll. Dies entspricht zwar nicht der Praxis und schon gar nicht guter Personalplanung im Aufsichtsrat (und würde von den meisten Vorstandsmitgliedern auch nicht hingenommen werden); jedenfalls kann aber auch bei einer nicht so knapp vor Mandatsablauf mitgeteilten Nichtverlängerung das Vorstandsmitglied vor dem Problem stehen, relativ wenig Zeit für die Suche einer anderen Beschäftigung zur Verfügung zu haben. Demgegenüber sehen Anstellungsverträge von Führungskräften, die keine AG-Vorstandsmitglieder sind, regelmäßig mehrmonatige Kündigungsfristen vor. Sechs Monate oder auch mehr sind diesbezüglich durchaus vertraglicher Standard in Österreich.

Um dem Vorstandsmitglied ein wirtschaftliches Äquivalent zu einer Kündigungsfrist zu geben, sehen Anstellungsverträge manchmal vor, dass das Vorstandsmitglied Anspruch auf Fortzahlung seiner Bezüge nach Beendigung des Mandats für einen bestimmten Zeitraum (zB sechs Monate oder ein Jahr) hat, wenn der Aufsichtsrat das Mandat (trotz entsprechender Bereitschaft des Vorstandsmitgliedes) nicht verlängert, die Entscheidung der Nichtverlängerung aber nicht bis spätestens zu einem im Anstellungsvertrag fixierten Termin (zB sechs Monate vor Mandatsablauf) bekannt gegeben hat.

Solche „Nachlaufklauseln“ waren in Österreich – soweit überblickbar – noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung und finden auch im Schrifttum kaum Beachtung.

Jene Stimmen in Deutschland, die Bedenken gegen die Zulässigkeit solcher Klauseln wegen angeblicher „Beschränkung der Entschlussfreiheit des Aufsichtsrates“ anmelden,<sup>89</sup> verkennen mE erstens den Sinn und Zweck solcher Regelungen (siehe oben) und geraten zweitens in unlösbare Wertungswidersprüche zu diversen anderen Vergütungsbestandteilen, gegen deren grundsätzliche Zulässigkeit bisher zu Recht kein Einwand erhoben wurde (zB den gerade behandelten Change-of-Control-Klauseln oder Pensionsregelungen). Gewiss kann einem Vorstandsmitglied nicht die Verlängerung des Anstellungsvertrages über die nach AktG höchstzulässige Grenze von fünf Jahren hinaus *unabhängig* von einer Wiederbestellung durch den Aufsichtsrat gültig zugesagt werden.<sup>90</sup> Darauf kann aber eine Unzulässigkeit von „Nachlaufklauseln“ keineswegs gestützt werden. Im Übrigen ist die Einschätzung weltfremd, ein Aufsichtsrat (insbesondere einer größeren Gesellschaft) ließe sich in der Wahl für oder gegen die Wiederbestellung eines Vorstandsmitgliedes dadurch beeinflussen, dass bei Nichtwiederbestellung das Vorstandsmitglied

<sup>89</sup> Vgl Hefermehl/Spindler, MünchKomm AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 41 mwN.

<sup>90</sup> Vgl dazu zB Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 70; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 75, 76 Rz 78 ff (verwirrend jedoch Rz 82, wo der Autor die anstellungsvertragliche Verlängerungsklausel unter der Bedingung der Wiederbestellung als „als solche unwirksam“ bezeichnet, die Klausel aber im selben Satz „ohne weiteres als bindender, an die aufschiebende Bedingung der Wiederbestellung gebundener neuer Anstellungsvertrag mit dem gleichen Inhalt wie bisher“ anerkennt. Nichts anderes sagt die seit jeher hM (vgl schon BGHZ 10, 187 ff; Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 84 Rz 42; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 222 insb Fn 21).

Anspruch auf eine Zahlung von sechs oder zwölf Monatsentgelten hat.<sup>91</sup> Letztlich wäre dann jede anstellungsvertraglich vorgesehene Vergütung für den Beendigungsfall – zB eine Pensionszusage an sich – rechtlich bedenklich, weil die „Entschlussfreiheit“ des Aufsichtsrates beeinträchtigt sein könnte. Letztlich geht es ausschließlich um die Frage der Angemessenheit iSd § 78 AktG bzw § 87 dAktG.<sup>92</sup>

Der OGH hat sich zu solchen Klauseln bislang noch nicht geäußert; schon in Anbetracht der in der E vom 11. Juni 2008 eingenommenen Sichtweise kann aber kaum ein Zweifel daran bestehen, dass das Höchstgericht gegen die Zulässigkeit von „Nachlaufklauseln“ keine Bedenken hegt – wenn diese einigermaßen maßvoll gestaltet sind.

#### 4.1.3. Barabfindung der Restlaufzeit

In wirtschaftlicher Hinsicht den Charakter eines „Golden Handshake“ annehmen kann auch die bloße Auszahlung der Restlaufzeit eines noch längere Zeit laufenden Vorstandsvertrages bei vorzeitigem Ausscheiden in Form einer (allenfalls abgezinsten) Barabfindung. Bei einem noch drei oder vier Jahre laufenden Vertrag geht es dann idR um beträchtliche Beträge.

Eine solche Vorgangsweise kann man insofern nur bedingt den „anstellungsvertraglich vorgesehenen“ Golden Handshakes zurechnen, weil hier das Zugeständnis der Gesellschaft darin besteht, dass diese richtiger Ansicht zufolge von der Anrechnung anderweitig erzielten oder absichtlich versäumten Erwerbseinkommens gem § 1155 ABGB Gebrauch machen könnte<sup>93</sup> und die Barabfindung der (gesamten) Restlaufzeit einen Verzicht auf dieses Recht bedeutet. Dieser Verzicht kann auch im Anstellungsvertrag bereits vorgesehen sein, was meinen Erfahrungen zufolge in der österreichischen Praxis aber fast nie vorkommt und in Anbetracht der jüngsten Entwicklungen und der internationalen und öffentlichen Kritik an der Praxis von Vorstandsvergütungen größerer Gesellschaften auch in Zukunft kaum vorkommen wird, weil ein Aufsichtsrat (zumindest einer börsennotierten AG) idR da sehr vorsichtig agieren wird, um später nicht im Kreuzfeuer der Kritik zu stehen, wenn ein wirtschaftlich erfolgloses oder sich gar als unfähig erweisendes Vorstandsmitglied, das aber keine groben Pflichtverletzungen begangen hat, nach kurzer Zeit teuer verabschiedet werden muss. Gleichwohl begegnet mE auch die anstellungsvertraglich vorgesehene Barabfindung der Restlaufzeit im Fall einer vom Vorstandsmitglied nicht verschuldeten Abberufung (zB wegen eines zwar nicht offenbar unsachlichen, aber unverschuldeten Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung) keinen rechtlichen Bedenken, selbst wenn die in einer kürzlich herausgegebenen Empfehlung der EU-Kommission<sup>94</sup> enthaltene Begrenzung von zwei (festen) Jahresvergütungen für Vorstandsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften im Einzelfall (selbst deutlich) überschritten ist. Der österreichische CG-Kodex ist, wie schon erwähnt, hier mit mehr Augenmaß vor-

<sup>91</sup> Ähnlich *Fonk* in *Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup> § 9 Rz 132.

<sup>92</sup> Zutr *Fonk* in *Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup> § 9 Rz 132.

<sup>93</sup> Vgl ausführlich *Runggaldier/G.Schima*, *Führungskräfte* 179 ff; *G. Schima*, *ecolx* 2006, 456 ff, 458.

<sup>94</sup> 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. April 2009, K (2009) 3177.

gegangen. Man muss sich mE den Zusammenhang zwischen der in § 70 AktG verankerten Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstandes als eines wesentlichen Bauelementes der Aktiengesellschaft und der Gestaltung des Anstellungsvertrages sowie dem – ohnehin begrenzten – Abberufungsschutz (dazu unten 6.) vor Augen halten. Dies wird in der Diskussion nach meinem Dafürhalten leicht übersehen. Denn Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit muss man „sich leisten können“. Wer es befürwortet, dass in Vorstandsverträgen Kündigungsklauseln mit einer kurzen Kündigungsfrist verankert werden, und wer gar einer Abschaffung der rechtlichen Bekämpfbarkeit von Abberufungsbeschlüssen das Wort redet,<sup>95</sup> der sollte sich dessen bewusst sein, dass dann auch die – in Unternehmungsverbindungen ohnehin oft nur auf dem Papier stehende – Unabhängigkeit des Vorstandes sich ganz zu verflüchtigen droht.

Üblich sind solche schon im Anstellungsvertrag zugesagten Barabfindungen der Restlaufzeit *ohne Anrechnung* – wie gesagt – in Österreich nicht. Die Praxis hält hier meinen Erfahrungen nach durchaus Maß; vor allem bei längeren als zweijährigen Restlaufzeiten akzeptieren Gesellschaften auch bei einer vom Vorstandsmitglied in keiner Weise verschuldeten Trennung eine „sang- und klanglose“ Barabfindung in aller Regel nicht, sondern treten in Verhandlungen über eine Reduktion des Betrages. Das Druckmittel der Gesellschaft besteht in solchen Fällen ja noch immer darin, an das abberufene (Ex-)Vorstandsmitglied Monat für Monat die vertraglichen Bezüge zu zahlen, diese aber zB nach einem halben Jahr unter Berufung auf „absichtliches Versäumen des Erwerbs“ iSd § 1155 ABGB einzustellen. Abgesehen davon, dass die Beweislast dafür jedoch die Gesellschaft trägt,<sup>96</sup> hängt es insbesondere vom Alter des betroffenen Vorstandsmitgliedes ab, welche Chancen eine Berufung auf § 1155 ABGB hat.

Pflichtwidrig handeln kann ein Aufsichtsrat uU dann, wenn er konkret weiß, dass ein abberufenes Vorstandsmitglied bereits anderswo mit entsprechendem Einkommen tätig ist (und dies auch nachweisbar ist), und dennoch eine mehrjährige Restlaufzeit abgilt. Eine solche Vorgangsweise wäre nicht bloß unter Zugrundelegung der (überaus problematischen) Sichtweise des BGH in der „Mannesmann-E“ höchst bedenklich. Mit der grundsätzlichen Zulässigkeit einer bereits anstellungsvertraglich vereinbarten Barabfindungsklausel (bei der auch im Falle sofortigen Antritts einer anderen Tätigkeit gezahlt werden müsste) lässt sich die im konkreten Wissen um die bereits erfolgte Annahme einer anderen und gleich oder ähnlich gut entlohnten Tätigkeit gewährte Barabfindung nicht rechtfertigen. Denn im ersteren Fall wird ex ante unter typischerweise gleich starken Partnern<sup>97</sup> eine Vereinbarung ausverhandelt und fließt die Möglichkeit des „Doppelbezuges“ in die vom Aufsichtsrat angestellten Äquivalenzüberlegungen ein; im zweitgenannten Fall macht der Aufsichtsrat dagegen ein Geschenk.

<sup>95</sup> So Reich-Rohrwig, *ecolex* 2008, 928 in einer Anm zur E des OGH vom 11. Juni 2008 (dazu unten 6.).

<sup>96</sup> Vgl Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> I § 1155 Rz 30 mwN.

<sup>97</sup> Insoweit ist Martens (Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand, ZHR 169 [2005] 124 ff, 128 ff) Recht zu geben; allein die Schlussfolgerungen, die er – gleichsam als zentraler wissenschaftlicher Ideengeber für die „Mannesmann-E“ des BGH – daraus zieht, überzeugen nicht (dazu unten 4.2.1.).

## 4.2. Anstellungsvertraglich nicht vorgesehene „Golden Handshakes“

### 4.2.1. Nachträglich gewährte Vergütung erbrachter oder noch zu erbringender (Zusatz-)Leistungen

Es kommt in der Praxis vor, dass der Aufsichtsrat einem Vorstandsmitglied bei aufrechem Anstellungsvertrag eine Vergütung 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 handelt es sich in der Praxis zB und insbesondere um Vergütungen für die Mitwirkung an einem gut abgewickelten Verkauf entweder des Unternehmens der Gesellschaft selbst, einer Tochtergesellschaft oder eines Unternehmensteiles.

Aus (aktien-)rechtlicher Sicht sind mE die beiden Fälle der nach und vor Leistungserbringung zugesagten Vergütung gleich zu behandeln.

Der BGH hatte in seiner „Mannesmann-E“<sup>98</sup> bekanntlich vor allem den Fall einer nach Leistungserbringung (vehemente Gegenwehr im Übernahmekampf mit der Konsequenz eines drastischen Anstiegs des Aktienkurses) vom Personalausschuss des Aufsichtsrates gewährten (sehr hohen) „Anerkennungsprämie“ („appreciation award“) zu beurteilen. Das deutsche Höchstgericht vertrat dabei – knapp zusammengefasst – folgende Ansicht: Sei im Dienstvertrag vereinbart, dass eine an einen Geschäftserfolg gebundene einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung gezahlt werde, 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 zufließen, 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, 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.

<sup>98</sup> BGH 21. Dezember 2005, BB 2006, 323 ff = ZIP 2006, 72 ff.

---

trag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, ohnenden Charakter habe und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringe – dafür verwendete der BGH die Bezeichnung „*kompensationsprämie*“ –, sei demgegenüber als treupflichtwidrige Verschwendung des Gesellschaftsvermögens zu bewerten. Sie sei bereits *dem Grunde nach unzulässig* auf die Frage ankomme, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitglieds einschließlich der Sonderzahlungen nach den Grundsätzen des AktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten. In der einschlägigen Literatur im Gegensatz dazu vertretene Auffassung, eine Sonderzahlung sei zur Belohnung einer in der Vergangenheit erbrachten Leistung unabhängig von einer Anreizwirkung oder einem sonstigen für die Gesellschaften Vorteil – generell dann zulässig, wenn die Gesamtvergütung des Vorstandsmitglieds nach den Grundsätzen über die Höhe der Bezüge der Vorstandsmitglieder des AktG entspreche,<sup>99</sup> lehnte der BGH ausdrücklich ab.

Die Begründung dieses Begründungsansatzes theoretisch möglichen Abänderung des Anstellungsvertrages ließ der BGH zurück – so das Höchstgericht – die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht in der freiwilligen Änderung des Dienstvertrages, der der Gesellschaften brächte. Dies gelte im Übrigen unabhängig davon, ob die Verletzung wirksam sei oder nicht.

dass eine besonders erfolgreiche Tätigkeit nachträglich besser bei Abschluss des Dienstvertrages,<sup>100</sup> könne nicht überzeugen, denn die Gestaltungsmöglichkeiten bei Abschluss des Dienstvertrages, um die Vergütung des Vorstandsmitgliedes sicherzustellen. Darüber hinaus *schuldete Tätigkeit für sich allein kein rechtfertigender Grund dem Vorstandsmitglied den Dienstvertrag von den Parteien als angemessen bewertete Vergütung nachträglich einseitig zum Nachteil der Gesellschaften* immerhin habe die Gesellschaft umgekehrt das Vertragsrisiko auch dem Vorstandsmitglied die in es gesetzten Erwartungen nicht erfüllten Zulässigkeit einer sogenannten „*Ermessenstantieme*“ könne eine *kompensationslose Anerkennungsprämie*“ wie im Fall Mannesmann werden. Die innerhalb eines Geschäftsjahres ausbezahlte Ermessenprämie gerade dadurch aus dem Bereich des

und ihre Höhe nach pflichtgemäßem Ermessen vom Präsidium des Aufsichtsrates oder dessen Vorsitzenden festgesetzt werde. Von einer solchen Tantieme gehe regelmäßig auch eine Anreizwirkung aus, besondere Leistungen zu erbringen.

Die Kritik an der Mannesmann-E kann und soll hier nicht in vollem Umfang wiederholt bzw. vertieft werden. Die folgenden Ausführungen enthalten daher nur eine Zusammenfassung der mE wesentlichen Argumente. Der BGH errichtet für den Aufsichtsrat der AG strafrechtlich bewehrte Schranken für die Vorstandsentslohnung, die mit der in Österreich durch § 78 Abs 1 AktG (und in Deutschland durch § 87 Abs 1 dAktG) geprägten Rechtslage nicht in Einklang zu bringen sind. Die Konsequenzen der Richtigkeit der Auffassung des BGH wären gravierend, ja für die Praxis geradezu desaströs. Dem Aufsichtsrat wäre dann nämlich jede im Nachhinein, also nach Erbringung der Leistung zuerkannte Vergütung von Vorstandsmitgliedern untersagt, wenn durch die Vergütung nicht entweder das begünstigte Vorstandsmitglied selbst zu weiteren Leistungen motiviert wird – was bei dessen nahendem Ausscheiden unmöglich ist – oder die Vergütung nicht zumindest einen Anreiz für andere Vorstandsmitglieder oder Führungskräfte des Unternehmens entfaltet, was deren Publizierung voraussetzt. Der Aufsichtsrat würde sich dann in vielen, sehr „unspektakulären“ Fallkonstellationen mit einem Bein im Kriminal bewegen. Denn „kompensationslose“ Anerkennungsprämien sind laut BGH ja „schon dem Grunde nach unzulässig“; auf ihre Höhe kommt es nicht an. Entscheidet also der Personalausschuss des Aufsichtsrates bei Ausscheiden eines verdienten Vorstandsmitgliedes spontan, diesem den von ihm benutzten Dienstwagen zu schenken, wäre dies auf Grundlage der Mannesmann-E genauso pflichtwidrig wie die Ausrichtung einer größeren Verabschiedungsfeier für ein langjährig tätiges Vorstandsmitglied auf Gesellschaftskosten. € 30.000,– müssten nämlich auf der Grundlage der Meinung des BGH genauso Untreue sein wie € 30 Mio. Dagegen, solches zu kriminalisieren, sperrt sich schon der Hausverstand, freilich nicht nur dieser.

Kardinaler Fehler der Mannesmann-E ist die Ignorierung des aktiengesetzlichen Angemessenheitsgebotes. Wie der OGH in der den Anlass dieses Beitrages bildenden E vom 11. Juni 2008<sup>102</sup> zutreffend ausführte, gibt es kein dem § 78 Abs 1 AktG bei der Bemessung der Vorstandsbezüge gleichsam „vorgelagertes“ Unternehmensinteresse/Unternehmenswohl; vielmehr ist § 78 Abs 1 AktG nichts anderes als die spezifische Ausprägung der in § 70 AktG vorgegebenen Leitmaxime. 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 dem „Wie hoch“.<sup>103</sup> Die Sichtweise des BGH verkennt einfach, dass die ordnungsgemäße und sorgfaltskonforme Wahrnehmung der Aufsichtsratsaufgabe zur Regelung der Vorstandsvergütung es dem Aufsichtsrat selbstverständlich gestattet, die im Anstellungsvertrag vereinbarte Vergütung nachträglich an vom Vorstandsmitglied erbrachte überobligationsgemäße, also durch die festgelegte Vergütung nach verantwort-

<sup>102</sup> OGH 11. Juni 2008, GesRZ 2008, 378 ff mit Anm *Kalss* = wbl 2008, 598 ff mit Anm *U. Torggler* = eclex 2008, 926 ff mit Anm *Reich-Rohrwig* = GeS 2008, 356 ff mit Anm *Schopper/Kapsch*.

<sup>103</sup> So treffend *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 98.

lichem Ermessen des Aufsichtsrates nicht abgeholte<sup>104</sup> Leistungen (nach oben) anzupassen, ohne deshalb auf für die Gesellschaft damit verbundene zukünftige Vorteile blicken zu müssen. *Peltzer*<sup>105</sup> hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das höchste Ziel jeder Rechtsordnung die Herstellung von Gerechtigkeit und die Verhinderung von Äquivalenzstörungen ist und das geltende Zivilrecht – dies gilt für Deutschland gleichermaßen wie für Österreich – diverse Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt, um dieses Ziel so weit wie möglich zu erreichen. Warum der Aufsichtsrat dies nicht tun dürfen soll, ist rätselhaft.

Zumindest für den österreichischen Rechtsbereich kommt hinzu, dass § 78 Abs 1 AktG anerkanntermaßen dem Aufsichtsrat bei der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Vergütungsverantwortung eine dynamische Betrachtungsweise abverlangt.<sup>106</sup> Zumindest bei der bis vor kurzem gültigen Fassung des § 87 Abs 1 dAktG wird dagegen nach hA die Verpflichtung zur Gewährung angemessener Bezüge statisch auf den Zeitpunkt ihrer Festsetzung bezogen,<sup>107</sup> was aber nichts daran ändert, dass auch nach deutschem Aktienrecht dem Aufsichtsrat die laufende Überprüfung der Angemessenheit der Vorstandsbezüge keineswegs verwehrt ist.<sup>108</sup>

Der BGH übersieht auch, dass er den Aufsichtsrat bei der Zuerkennung von Vorstandsvergütungen – noch dazu strafrechtlichen – Schranken unterwirft, die für den Vorstand selbst bei der Festlegung der Vergütung leitender oder sonstiger Angestellter anerkanntermaßen nicht gelten. Soweit ersichtlich, ist bislang noch nicht bestritten worden, dass ein Arbeitgeber (bei einer AG also vertreten durch deren Vorstand) einem Arbeitnehmer außerhalb des vereinbarten Dienstvertrages zusätzliche Leistungen gewähren darf, ohne sich strafbar zu machen, und dies selbst dann, wenn das Ausscheiden des Mitarbeiters bevorsteht oder der Mitarbeiter ausgeschieden ist bzw die Vergütung anlässlich des Ausscheidens gewährt wird. Warum sollte der Aufsichtsrat dem Vorstand Vergütungen nicht zuerkennen dürfen, die der Vorstand rechtlich unbedenklich den ihm unterstellten Mitarbeitern gewähren darf?<sup>109</sup>

Die vom BGH ausgemachte „Anreizwirkung“ für andere Führungskräfte ist nichts anderes als eine „Fiktion vermögensmäßiger Kompensation“. Dieses vom Höchstgericht gefundene – man ist fast versucht zu sagen, erfundene – Kriterium entzieht sich rationaler Einordnung weitgehend.<sup>110</sup> Gerade für Zwecke des Strafrechtes ist ein derart schwammiges Kriterium wie die Entfaltung eines Leistungsanreizes gegenüber Dritten rechtsstaatlich unerträglich.

<sup>104</sup> Nur zur Vermeidung von Missverständnissen: Dies bedeutet nicht, dass es sich um eine Situation handeln muss, in der das Vorstandsmitglied – zB im Wege ergänzender Vertragsauslegung – ein durchsetzbares Recht auf ein Mehrentgelt haben muss; dabei geht es bei der Angemessenheitsbeurteilung nicht.

<sup>105</sup> *Peltzer*, ZIP 2006, 205 ff, 207.

<sup>106</sup> Vgl *G. Schima*, RdW 1990, 448 ff, 452; OGH 11. Juni 2008, GesRZ 2008, 378 ff mit Anm *Kalss* = wbl 2008, 598 ff mit Anm *U. Torggler* = *ecolex* 2008, 926 ff mit Anm *Reich-Rohrwig* = *GeS* 2008, 356 ff mit Anm *Schopper/Kapsch*.

<sup>107</sup> Vgl zB *Mertens* in *KölnKomm AktG*<sup>2</sup> § 87 Rz 1; vgl auch *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 101 und Fn 418.

<sup>108</sup> Mittlerweile wurde § 87 dAktG ja – wie gesagt – durchgreifend geändert.

<sup>109</sup> *Zutr Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 129.

<sup>110</sup> Vgl *Peltzer*, ZIP 2006, 208, der davon spricht, damit werde die Gefahr heraufbeschwoeren, sich „schrittweise ins Reich der Absurditäten“ zu begeben, wenn man zB die Verteidigung in einem Strafverfahren damit veranlasse, in der Gerichtsverhandlung Führungskräfte des Unternehmens aufmarschieren zu lassen, die darüber aussagen sollten, ob sie sich durch die Zahlungen an ein Vorstandsmitglied motiviert fühlten oder nicht.

Weiters verleitet die Mannesmann-E zu dem Schluss, dass Leistungen an Vorstandsmitglieder, bei denen der Fürsorgecharakter im Vordergrund steht, erst recht verboten sein müssen. Dies überzeugt aber ebenfalls in keiner Weise. *Schünemann*<sup>111</sup> meint, niemand hätte von Untreue gesprochen, wenn Herr Esser sich im Abwehrkampf gegen Vodafone gesundheitlich ruiniert, einen Schlaganfall erlitten und der Aufsichtsrat ihm daraufhin eine Anerkennungsprämie in bedeutender Höhe zuerkannt hätte. In der Begründungslogik des Mannesmann-Urteils wäre aber auch das Untreue, und wäre sie das nicht, müsste man gerade darin einen Beleg für die Willkürlichkeit der erzielten Ergebnisse und der Sichtweise des BGH erblicken.

Richtigerweise ist auch die nachträgliche Zuerkennung von Vergütungen, bei denen nicht eine besondere Leistung des Vorstandsmitgliedes, sondern der Fürsorgegedanke im Vordergrund steht, nicht per se pflichtwidrig, sondern kann sich sehr wohl im Rahmen verantwortlichen Aufsichtsratsermessens bewegen. Erleidet ein verdientes und langjährig tätiges Vorstandsmitglied einen Schlaganfall, so kann die spontane Zuerkennung einer bislang nicht geregelten Berufsunfähigkeitspension trotz der damit für die Gesellschaft verbundenen, uU beträchtlichen finanziellen Belastung zulässig sein und jedenfalls die Unzulässigkeit nicht allein daraus gefolgert werden, dass sich nach dem Sachverhalt die Annahme einer Anreizwirkung für den Betroffenen ebenso verbietet wie für andere Führungskräfte, weil diese ja nicht die Honorierung einer besonderen Leistung registrieren.

Der Kern der Kritik gegen die Mannesmann-E liegt freilich darin, dass sich der BGH mit der Schaffung der seltsamen Rechtsfigur der „*kompensationslosen Anerkennungsprämie*“ **in Wahrheit vor der Angemessenheitsprüfung drücken** wollte. Das und nur das wäre aber der methodologisch richtige Weg gewesen, denn – wie *Peltzer*<sup>112</sup> ganz zutreffend schreibt – es ist wohl auch die in der Hauptverhandlung von einem der Verteidiger geäußerte Einschätzung zutreffend, dass „*kein Hahn gekräht*“ (oder gar „Untreue“ gerufen) hätte, wenn an Herrn Esser nicht DM 30 Mio, sondern nur DM 3 Mio gezahlt worden wären, und sei es auch zur Gänze als „*kompensationslose Anerkennungsprämie*“.<sup>113</sup>

Dem Strafsenat des BGH waren offenkundig die gezahlten Vergütungen zu hoch; er wollte sich aber partout nicht auf das Minenfeld der Angemessenheitsbeurteilung begeben.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, 196 ff, 199.

<sup>112</sup> ZIP 2006, 208.

<sup>113</sup> *Peltzer*, ZIP 2006, 208.

<sup>114</sup> Ein Minenfeld wäre dies gewiss gewesen. Denn das Gericht hätte zB in Bezug auf Herrn Esser zu beurteilen gehabt, ob ein Teil der „Anerkennungsprämie“ mit der von Herrn Esser geleisteten und durch die anstellungsvertraglichen Vergütungen nicht adäquat abgegoltenen Aufbauarbeit in der Telekommunikationssparte zu rechtfertigen war und welcher Teil auf den Abwehrkampf entfiel. Hinsichtlich der Vergütung für die Leistungen im Abwehrkampf – und das stand nach den Urteilsfeststellungen ja deutlich im Vordergrund – hätte das Gericht zu berücksichtigen gehabt, ob die Verschaffung von finanziellen Vorteilen gegenüber Aktionären – freilich nur denen, die zum richtigen Zeitpunkt verkauften, bevor die Aktienkurs-Spekulationsblase wieder zusammenfiel – solche Vergütungen rechtfertigte und wie in dieser Rechnung die enormen Kosten des Abwehrkampfes zu berücksichtigen waren, die Mannesmann zu tragen hatte (*Peltzer*, ZIP 2006, 208). Bei Anstellung einer diese Aspekte berücksichtigenden Betrachtung wäre das vom BGH erzielte Ergebnis mE durchaus zu rechtfertigen gewesen, denn in diesem Fall passierten ganz offenkundig gleich mehrere schwere Ermessensfehler (zutr. *Schünemann*, Der BGH im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, 196 ff, 199).

Nicht zuletzt ist auch auf die Rechtsunsicherheit zu verweisen, die (in Deutschland) die Mannesmann-E hinterlassen hat. Denn der Aufsichtsrat muss nun versucht sein, für die Abgeltung ganz besonderer und nicht vorhersehbarer Leistungen eine taugliche und anstellungsvertragliche Grundlage zu schaffen. Dabei kann der Aufsichtsrat in ein seltsames Dilemma geraten. Ist er nämlich bestrebt, möglichst viel Handlungsspielraum zu behalten, wird er – durchaus im Interesse der Gesellschaft – von der Verankerung von „Ankündigungsklauseln“ tendenziell absehen. Tut er dies, setzt er sich jedoch – unter Zugrundelegung des BGH – sogar der Gefahr strafrechtlicher Verantwortlichkeit aus, wenn er nach tatsächlicher Erbringung einer außergewöhnlichen Leistung dem Vorstandsmitglied eine Sondervergütung bewilligt, die im Anstellungsvertrag nicht einmal als grundsätzlich möglich umschrieben wird.<sup>115</sup> Welche Art von Vertragsklausel für den BGH ausreichend ist, als anstellungsvertragliche „Anspruchsgrundlage“ anerkannt zu werden, lässt das Höchstgericht offen und produziert damit große Rechtsunsicherheit.<sup>116</sup> Vielleicht führt die Mannesmann-E zumindest in Deutschland tatsächlich zu einer „Renaissance der Ermessenstantieme“<sup>117</sup>, die in den letzten Jahren sowohl in Deutschland als auch in Österreich zunehmend aus der Mode kam.

Ganz unabhängig davon ist es aber jedenfalls untragbar, die Pflichtgemäßheit bzw. Pflichtwidrigkeit oder gar die Strafbarkeit von Vorstandsvergütungen davon abhängig zu machen, ob sich im Anstellungsvertrag eine – in verschiedenen Varianten im deutschen Schrifttum schon vorgeschlagene – formularmäßige Klausel findet, dass der Aufsichtsrat bei besonderen Leistungen besondere Vergütungen gewähren kann, oder ob diese Klausel – vielleicht irrtümlich – vergessen wurde.<sup>118</sup>

Ob der Aufsichtsrat die Vergütung für eine „Sonderleistung“ dem Vorstandsmitglied vor oder nach Leistungserbringung gewährt, kann weder für die aktienrechtliche noch – und schon gar nicht – für die strafrechtliche Beurteilung einen Unterschied machen, denn es geht letztlich (nur) um Äquivalenz und Angemessenheit. Die Sichtweise des BGH führt dazu, dass ein Vorstandsmitglied, das seine finanziellen Interessen stärker in den Vordergrund stellt, gleichsam „unverschämter“ verhandelt und sich rechtzeitig vor einer Unternehmensübernahme um eine entsprechende Prämienvereinbarung kümmert, besser gestellt ist als jenes Vorstandsmitglied, das eine (wenn auch vom Vorstand grundsätzlich geschuldete, so doch außergewöhnliche) Leistung einfach im Vertrauen darauf erbringt, der Aufsichtsrat werde ihm vielleicht nach erfolgreichem Abschluss eine Prämie zuerkennen. Auch gegen eine solche Differenzierung sträubt sich nicht allein der Hausverstand.

#### **4.2.2. Zahlungen für geräuschlose Trennung („Schweigegeld“ im weiteren Sinne)**

In dem der E des OGH vom 11. Juni 2008 zugrunde liegenden Sachverhalt ging es aber gar nicht (primär) um die Vergütung von „Leistungen“, sondern der Aufsichtsrat gewährte zwei knapp davor suspendierten Vorstandsmitgliedern im Zuge des Ausscheidens neben der Auszahlung des noch etwas weniger als ein Jahr laufenden Anstellungsvertrages „frei-

<sup>115</sup> Vgl. *Fonk in Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup> § 9 Rz 111 ff.

<sup>116</sup> Vgl. *Fonk in Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup> § 9 Rz 111 ff.

<sup>117</sup> So *Fonk in Semler/von Schenck*, *Arbeitshandbuch*<sup>3</sup> § 9 Rz 115.

<sup>118</sup> Vgl. *Hoffmann-Becking*, *NZG* 2006, 130.

willige Abfertigungen“ in Höhe von jeweils etwas über € 500.000,- bzw über € 600.000,- nur dafür, dass die beiden Vorstandsmitglieder sich ohne größeres Aufsehen verabschiedeten und in eine einvernehmliche Auflösung einwilligten. Der E ist nicht zu entnehmen, in welcher Relation die gezahlten freiwilligen Abfertigungen zu einem Jahresbezug standen, was für die Beurteilung der Angemessenheit iSd § 78 Abs 1 AktG natürlich nicht ohne Belang ist. Da es sich bei der Hirsch Servo AG aber um eine verhältnismäßig kleine börsennotierte Gesellschaft handelt, muss man davon ausgehen, dass die freiwillige Abfertigung in beiden Fällen wohl deutlich über einer Jahresvergütung lag. Dass der OGH den Umstand, dass der Bilanzgewinn der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Zahlung der freiwilligen Abfertigungen mit rund € 700.000,- nur wenig mehr als die Hälfte der Summe der beiden Abfertigungen betrug, als für die „Noch-Angemessenheit“ der Abfindungen heranzog, befremdet ebenso wie die Bezugnahme auf die offenbar nach Verabschiedung der beiden Vorstandsmitglieder eingetretene Steigerung des Börsenkurses.<sup>119</sup>

Unabhängig davon hätte der OGH, wie oben schon angedeutet, aber die Frage mE zumindest aufwerfen sollen, ob ein Aufsichtsrat überhaupt befugt ist, bei der Trennung von einem Vorstandsmitglied über die Auszahlung des gesamten Vertrages hinaus geldwerte Leistungen nur dafür zu erbringen, dass das Vorstandsmitglied in eine einvernehmliche Trennung einwilligt und keine „Schmutzwäsche gewaschen“ wird. ME kann diese Frage zumindest nicht generell mit Nein beantwortet werden; insofern würde ich dem OGH – der das Problem nicht reflektierte – vorsichtig zustimmen. Es ist aber auch richtig, wenn *Kalss*<sup>120</sup> die unreflektierte Bezugnahme auf „Prozessvermeidung“ und „Verhinderung von Reputationsschaden“ als „*schablonenhaftes Totschlagargument*“ bezeichnet.

In Wahrheit vermag man auf der Basis der dürftigen Angaben im Urteil mE nicht verlässlich zu beurteilen, ob der Aufsichtsrat bei der Vereinbarung der Konditionen für das Ausscheiden der beiden suspendierten Vorstandsmitglieder das ihm eingeräumte – durchaus beträchtliche (da ist dem OGH zuzustimmen) – Ermessen wirklich in verantwortlicher Weise ausgeübt hat. Denn man fragt sich hier ja (und erfährt es nicht), wofür dieses Geld wirklich genau gezahlt wurde. Wenn der Aufsichtsrat es dafür bewilligte, dass er (vermutlich fälschlich; siehe oben) meinte, sich damit eine Ad-hoc-Meldung über die erfolgten Suspendierungen ersparen zu können, ist dies keine korrekte Vorgangsweise.<sup>121</sup> Bei Lektüre der E gewinnt man auch den Eindruck, nicht wirklich alles über die Hintergründe der Vorgangsweise des Aufsichtsrates zu erfahren. Möglicherweise war es doch so, dass der Aufsichtsrat (oder auch der Mehrheitsaktionär, dessen Repräsentant und Aufsichtsratsvorsitzender der Gesellschaft sich freilich formell von den Zahlungen distanzierte) die Befürchtung hatte, die beiden suspendierten Vorstandsmitglieder würden bei Bekanntwerden der Suspendierung im Wege einer Ad-hoc-Mitteilung zu einer öffentlichen Verteidigung gegen die damit verbundene Rufschädigung ansetzen und dabei vielleicht Unternehmensinterna oder auch Umstände preisgeben, an deren Bekanntwerden dem Aufsichtsrat oder dem Mehrheitsaktionär nicht gelegen war. Dass ein Aufsichtsrat,

<sup>119</sup> Irritiert darüber auch *Kalss*, GesRZ 2008, 385.

<sup>120</sup> GesRZ 2008, 385.

<sup>121</sup> IdS auch *Kalss*, GesRZ 2008, 384.

um so etwas zu verhindern, in den Verhandlungen mit Vorstandsmitgliedern gewisse Flexibilität an den Tag legen darf, sollte dem Grunde nach anerkannt sein. Es kommt aber eben schon auf die konkrete Interessenlage an. Und es ist dabei zugleich zu bedenken, dass die kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten sich eben nicht auf die Verbreitung von für das Unternehmen positiven Nachrichten beschränken.

Naheliegender ist mE in Anbetracht einschlägiger Erfahrungen, dass der Aufsichtsrat die freiwilligen Abfertigungen vor allem auch vor dem Hintergrund folgender Umstände gewährte, die mE eine nicht allzu professionelle – wenn auch nicht notwendigerweise haftungsbegründende – Vorgangsweise erkennen lassen: Offenbar hatte man mit der Untersuchung durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Anhaltspunkte für gewisses Missmanagement gefunden, die aber als Abberufungsgrund der groben Pflichtverletzung anscheinend nicht ausreichten. Dessen ungeachtet ließ sich der Aufsichtsrat zum „Schnellschuss“ einer Suspendierung hinreißen, die zwar ihrer Natur nach eine vorläufige Maßnahme ist, de facto aber die Einbahnstraße in die Beendigung des Mandats bedeutet.<sup>122</sup> Nun stand der Aufsichtsrat vor dem Problem, dass bei einer Abberufung wegen grober Pflichtverletzung ein Gerichtsverfahren mit entsprechender Publizitätswirkung wohl unabweichlich war, die Abberufung nach Fassung eines Misstrauensvotums durch die Hauptversammlung (die nach der Sachlage und in Anbetracht der Rsp des OGH<sup>123</sup> zweifellos rechtlich „wasserdicht“ zu bewerkstelligen gewesen wäre) in einer börsennotierten Gesellschaft aber ebenfalls mit negativer Publizität verbunden ist und – meiner Erfahrung gemäß – so gut wie immer unterbleibt, weil der Öffentlichkeit, den Aktionären und dem Kapitalmarkt nicht erklärt werden kann, dass ein zur Abberufung berechtigendes Misstrauensvotum keinerlei Pflichtverletzung und nicht einmal erfolgloses Wirtschaften durch den Vorstand voraussetzt. Somit hatte sich der Aufsichtsrat mit der Suspendierung in eine Sackgasse manövriert, weil die kommentarlose Rücknahme der Suspendierung mit der Folge einer „Weiterarbeit wie bisher“ aufgrund des zerrütteten Vertrauensverhältnisses nicht mehr in Betracht kam. In dieser Situation hatten die beiden Vorstandsmitglieder in der Tat ein Druckmittel, in den Verhandlungen Zahlungen durchzusetzen, die sogar über die Auszahlung des Anstellungsvertrages hinausgingen. Denn sie mussten ja nur argumentieren, dass sie einfach weiter ihr Amt ausüben wollten, was den Aufsichtsrat dazu gezwungen hätte, entweder die Suspendierungen zurückzunehmen oder nach spätestens ein paar Wochen (eine Suspendierung länger aufrechtzuerhalten, ist rechtlich höchst problematisch)<sup>124</sup> die Suspendierung in eine Abberufung wegen grober Pflichtverletzung mit der Konsequenz eines Rechtsstreites überzuleiten oder durch Einberufung einer Hauptversammlung und Fassung eines Misstrauensvotums die Öffentlichkeit gleichsam „erste Reihe fußfrei“ an den Auseinandersetzungen teilnehmen zu lassen.

Der Fehler wurde allem Anschein nach schon dadurch begangen, dass man bereits bei Durchführung der Untersuchung durch die Wirtschaftsprüfungskanzlei sich nicht über-

<sup>122</sup> Zutr Kalss, GesRZ 2008, 383 f.

<sup>123</sup> Vgl OGH 28. April 1998, RdW 1998, 461 ff; OGH 25. Oktober 2002, RdW 2003, 140 f.

<sup>124</sup> Vgl G. Schima, *ecolex* 2006, 456: idR maximal drei Monate (zu streng Krieger, Personalentscheidungen 153 und Mertens in KölnKomm AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 152: höchstens einen Monat).

legte, ob man im Falle entsprechender Ergebnisse auch bereit sein würde, den Vorstand streitig zu verabschieden, also zu entlassen.

Letztlich muss man auch bedenken, dass es nicht unbedingt ein nur negatives Signal am Kapitalmarkt sein muss, wenn ein Aufsichtsrat gegen einen schlecht wirtschaftenden Vorstand nötigenfalls hart durchgreift. Die hier von den verantwortlichen Organmitgliedern eingenommene Sichtweise, dass es besser sei, den Konflikt „unter den Teppich zu kehren“, entspricht zwar einer in Österreich nur allzu oft beobachteten „Lösung“, ist aber aus Transparenzgründen problematisch.

Dass diese alles in allem nicht sehr professionelle Vorgangsweise des Aufsichtsrates auch die Haftung der für die freiwilligen Abfertigungen stimmenden Mitglieder auslöste, halte ich dennoch für zweifelhaft, auf der Grundlage der dürftigen Sachverhaltsinformationen freilich für nicht verlässlich beurteilbar.<sup>125</sup> Denn der Aufsichtsrat verhielt sich zwar nicht geschickt und er beurteilte wohl auch die kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten unrichtig; immerhin sahen aber drei von vier Rezensenten der E des OGH vom 11. Juni 2008 darin anscheinend ebenfalls kein Problem. Entschuldbaren Rechtsirrtum könnte man dem Aufsichtsrat daher diesbezüglich uU zubilligen, wenn man nicht ohnehin der Auffassung ist, eine Aufschiebung sei hier vertretbar gewesen, weil der Erfolg der Trennungsverhandlungen durch die öffentliche Bekanntgabe der Suspendierungen gefährdet gewesen wäre. Freilich käme dann allemal noch eine Haftung für die geleisteten Abfindungen in Betracht – so etwa, wenn diese in Wahrheit deshalb gezahlt wurden, weil der Aufsichtsrat auch das Bekanntwerden eigener (Kontroll-)Versäumnisse auf diese Weise verhindern wollte. Der E kann dies nicht entnommen werden, und dass der OGH sich mit dem lapidaren und nicht begründeten Verweis der Aufsichtsratsmitglieder begnügt, sie hätten angenommen, eine nicht gütliche Trennung von den beiden Vorstandsmitgliedern hätte der Gesellschaft einen die Zahlung der Abfertigungen noch übersteigenden Schaden zufügen können, ist das eigentlich Problematische an dem Erk des Höchstgerichtes.

## **5. Zustimmung der Aktionäre zwecks Bewahrung vor zivilrechtlicher Haftung und strafrechtlicher Untreue bei (zu) hohen Vergütungen?**

§ 103 Abs 2 AktG gibt dem Vorstand die Möglichkeit, in einer Angelegenheit der Geschäftsführung die Hauptversammlung anzurufen,<sup>126</sup> die dann zwar nach ganz herrschender und zutreffender Meinung nicht verpflichtet ist, zu entscheiden, im Falle einer Entscheidung aber den Vorstand bindet, ihm also ausnahmsweise eine Weisung erteilen kann<sup>127</sup> – freilich nur, wenn der Vorstand selbst dies durch Anrufung der Hauptversammlung wünscht. Nach dem gesetzlichen Wortlaut kann der Aufsichtsrat die Hauptversammlung nur anrufen, wenn es sich um eine Maßnahme handelt, die seiner Zustimmung un-

<sup>125</sup> Für eine Haftung aber anscheinend *Kalss*, *GesRZ* 2008, 384 f.

<sup>126</sup> Vgl ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, *Führungskräfte* 16 ff; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG* § 103 Rz 19 ff.

<sup>127</sup> *Runggaldier/G. Schima*, *Führungskräfte* 17 f mwN.

terliegt. Zu denken ist hier in erster Linie an die zustimmungspflichtigen Geschäfte gemäß § 95 Abs 5 AktG. Nach überzeugender Ansicht muss diese Kompetenz zur Anrufung der Hauptversammlung dem Aufsichtsrat aber auch dann zukommen, wenn die Maßnahme der Geschäftsführung nicht bloß der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf, sondern von vornherein in seine (alleinige oder mit dem Vorstand geteilte)<sup>128</sup> Kompetenz fällt.<sup>129</sup> Das betrifft den Abschluss von Geschäften mit Mitgliedern des Vorstandes (§ 97 AktG) oder – wie hier – die Ausübung der allein dem Aufsichtsrat vorbehaltenen Zuständigkeit zur Regelung der anstellungsvertraglichen Bedingungen (§ 75 Abs 1 AktG). Hat der Vorstand – oder eben der Aufsichtsrat – auf der Basis eines Beschlusses der Hauptversammlung gehandelt, wird er von der Haftung gegenüber der Gesellschaft befreit. Beim Alleinaktionär ist anerkannt, dass sich dessen Wille nicht in einem förmlichen Hauptversammlungsbeschluss artikulieren muss.<sup>130</sup> Richtigerweise hat das aber auch zu gelten, wenn – was bei einem überschaubaren Aktionärskreis durchaus denkbar ist – sämtliche Aktionäre die Maßnahme beschließen. Es darf aber dann nicht einmal eine kleine Minderheit fehlen.<sup>131</sup> Richtigerweise kommt es für die Haftungsbefreiung des Vorstandes/Aufsichtsrates nicht darauf an, ob die Hauptversammlung (bzw die Gesamtheit der Aktionäre) eine förmliche Weisung erteilt hat.<sup>132</sup> Die durch Hauptversammlungsbeschluss erfolgende (oder durch sämtliche Aktionäre erklärte) *Billigung* einer Maßnahme genügt mE zumindest dann, wenn diese vor Durchführung der Maßnahme bzw vor Abschluss des Geschäftes erfolgt.<sup>133</sup>

Die gerade angestellten Überlegungen können auch für den Bereich des Strafrechts nicht folgenlos bleiben. Das ergibt sich schon aus dem – vom deutschen BVerfG<sup>134</sup> betonten – Ultima-Ratio-Prinzip: das Strafrecht darf nur als letztes Mittel eingreifen; was zivil- bzw aktienrechtlich nicht angreifbar ist, weil sich Vorstand bzw Aufsichtsrat im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessens bewegt und eine (ex ante betrachtet) zumindest vertretbare unternehmerische Entscheidung getroffen haben, kann auch strafrechtlich nicht verpönt sein.<sup>135</sup> Es ist in den letzten Jahren zunehmend „in Mode“ gekommen, zur Durchsetzung (vermeintlicher) zivilrechtlicher Ansprüche die Strafverfolgungsbehörden als zusätzliches Druckmittel einzuschalten. Schon deshalb und weil gerade das Thema

<sup>128</sup> Bei den Geschäften gemäß § 97 AktG ist strittig, ob dem Aufsichtsrat die alleinige Vertretungskompetenz zukommt (so *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 7) oder seine Vertretungsmacht nur neben die des Vorstandes tritt (so die traditionelle und nach wie vor hM: vgl die Nachweise bei *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 97 Rz 7 Fn 9). Bei § 75 AktG ist aber einhellig anerkannt, dass der Aufsichtsrat allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugt ist, der Vorstand also einem Vorstandsmitglied von vornherein gar keine wirksamen anstellungsvertraglichen Zusagen machen kann.

<sup>129</sup> *G. Frotz*, FS Wagner 137 ff, 140; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 103 Rz 21; aM *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 103 Rz 9.

<sup>130</sup> Vgl *Kastner*, Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaften, FS Schmitz I 87; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 238; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 238f.

<sup>131</sup> *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 239.

<sup>132</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 238.

<sup>133</sup> Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 239.

<sup>134</sup> BVerfGE 96, 245 ff, 248; vgl auch BVerfGE 88, 203 ff, 258.

<sup>135</sup> Vgl *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 31 ff, 35 mwN; vgl auch *Hopt/M. Roth*, GroßKomm AktG<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 63.

Vorstandsvergütungen in der letzten Zeit und als Folge der internationalen Finanzkrise sehr stark ins Blickfeld rückte und zum Thema weltweiter Kritik wurde, lohnt sich ein kurzer abschließender Blick auf die Frage, ob ein Aufsichtsrat die Möglichkeit hat, Vorstandsvergütungen, deren Angemessenheit zweifelhaft ist oder jedenfalls hinterfragt werden könnte, dadurch auch einer strafgerichtlichen Überprüfung zu entziehen, dass die Zustimmung der Aktionäre eingeholt wird.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass strafrechtliche Untreue nicht in Betracht kommt, wenn ein Machthaber mit Zustimmung des Machtgebers handelt, weil Untreue und der vom Tatbestand verlangte „Missbrauch“ nur dann vorliegen, wenn der Machthaber im Rahmen seines rechtlichen Könnens gegen das interne Dürfen verstößt, sodass der Täter nicht tatbestandsmäßig handeln kann, wenn er mit Genehmigung des dispositionsbefugten Vertretenen, des Machtgebers, handelt. Es liegt dann eben kein Missbrauch vor.<sup>136</sup>

Ist der Machtgeber eine physische Person, ist klar, wer für die Erteilung der Zustimmung zuständig ist. Bei einer Aktiengesellschaft ist dies nicht von vornherein so selbstverständlich. Denn diese handelt üblicherweise durch ihren Vorstand, ausnahmsweise – nämlich insbesondere in dem hier interessierenden Fall der Festlegung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern – durch den Aufsichtsrat. Eine strafrechtlich relevante Einwilligung können aber richtiger Ansicht zufolge<sup>137</sup> nur die Aktionäre als Träger des Gesellschaftsvermögens geben, weil ja die Aktiengesellschaft geschädigt wäre, wenn der im konkreten Fall vertretungsbefugte Aufsichtsrat durch Zahlung krass überhöhter Vergütungen seine Vertretungsmacht missbrauchte.<sup>138</sup> Dass die Aktionäre als solche kein für die Gesellschaft handlungsfähiges Organ bilden, also nicht mit Vertretungsmacht für die Gesellschaft ausgestattet sind, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Wesentlich dafür, dass die Einwilligung des Machtgebers Untreue ausschließt, ist freilich, dass der Machthaber seinen Informationspflichten rechtzeitig, wahrheitsgetreu und vollständig nachkommt.<sup>139</sup> Die Einwilligung des Machtgebers nützt dem Machthaber insbesondere dann nicht, wenn die Zustimmung entweder selbst gesetzwidrig ist oder vom Machthaber erschlichen wird oder sonst auf Willensmängeln beruht, zB die geschäftliche Unerfahrenheit des Machtgebers ausgenutzt wird<sup>140</sup>. Auch in Deutschland ist anerkannt, dass an sich vermögensnachteilige Dispositionen des Geschäftsherrn (Machthabers) nicht pflichtwidrig und daher nicht strafrechtlich relevant sind, wenn sie im Rahmen der Geschäftsführung offen erfolgen und das Einverständnis der Gesellschafter eingeholt wird.<sup>141</sup>

Wichtig ist, dass die Genehmigung des Machtgebers im Vorhinein eingeholt wird; eine nachträgliche Genehmigung ändert an der Tatbestandsverwirklichung nichts.<sup>142</sup> Unter

<sup>136</sup> Vgl. Kienapfel/Schmoller, StudB Strafrecht Bes Teil II Rz 65.

<sup>137</sup> Vgl. Dittrich, Untreuestrafbarkeit (2007) 226 ff, 228.

<sup>138</sup> Vgl. OGH JBI 1986, 397 ff, 400, wo das Höchstgericht offenbar davon ausgeht, dass bei einer Genossenschaft die Genossenschafter der für eine allfällige Einwilligung zuständige Geschäftsherr sind.

<sup>139</sup> Vgl. OGH LSK 1984/41.

<sup>140</sup> Vgl. OGH JBI 1986, 397 ff; BGHZ 34, 379 ff, 388 f.

<sup>141</sup> BGH NJW 2000, 154 ff (in dem dort konkreten Fall wurde freilich die Einwilligung der Gesellschafter wegen Gefährdung des Stammkapitals der Gesellschaft als treuwidrig und damit strafrechtlich nicht rechtfertigend beurteilt).

<sup>142</sup> OGH EvBI 1984/12 = ÖJZ 1984, 497.

Umständen kommt jedoch eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht. Auch in der schon mehrfach zitierten Mannesmann-E des BGH<sup>143</sup> ging das deutsche Höchstgericht kurz auf die Frage der „strafrechtlichen Legitimierung“ der Vorstandsvergütungen mittels Zustimmung der Aktionäre ein, löste aber auch diese Frage nicht überzeugend. Wenngleich dem BGH noch dabei gefolgt werden konnte, dass die Zustimmung der Geschäftsleitung von Vodafone zu den Anerkennungsprämien bloß als Billigung des zukünftigen Alleinaktionärs zu betrachten sei und die Verwirklichung des Untreuetatbestandes nicht ausschließen könne, kann dies von der daran anschließenden Aussage nicht gesagt werden, wonach „sämtliche Aktionäre ... in einem Hauptversammlungsbeschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns“ hätten zustimmen müssen. Dies ist schon deshalb unzutreffend, weil die Zahlung von Prämien an Vorstandsmitglieder mit der Verwendung von Bilanzgewinn nichts zu tun hat, sondern es sich um betrieblichen Aufwand handelt.<sup>144</sup> Ein Gewinnverwendungsbeschluss kann die Zustimmung der Aktionäre daher auf keinen Fall sein.

Die Frage ist nun noch, welche formalen und inhaltlichen Voraussetzungen an die Zustimmung der Aktionäre zu stellen sind, damit diese den Charakter einer iSd § 153 StGB relevanten Einwilligung des Machtgebers in (möglicherweise sonst überhöhte) Vorstandsvergütungen haben kann. Denn nirgendwo steht geschrieben, ob die Aktionäre, die ja für Zwecke des Strafrechtes gleichsam zu einem „fiktiven Organ“ erklärt werden, einstimmig zustimmen müssen oder ob hier das bei kollegial zusammengesetzten Organen an sich gängige Mehrheitsprinzip zur Anwendung gelangt. Keine Rolle spielen darf es für Zwecke des Strafrechtes mE jedenfalls, ob die Aktionäre formlos oder mittels Hauptversammlungsbeschlusses zustimmen, der bekanntlich notarieller Beurkundung bedarf. Die Zustimmung durch sämtliche Aktionäre hat daher die Bedeutung einer strafrechtlich relevanten Einwilligung des Machthabers, selbst wenn die Zustimmung nur schriftlich (durch inhaltlich gleich lautende Schreiben) oder selbst mündlich erklärt wird.

Wenn die Zustimmung im Rahmen einer Hauptversammlung abgegeben wird, gibt es aber keinerlei überzeugenden Grund, Einstimmigkeit zu verlangen.

Zuzustimmen ist vielmehr der Auffassung von *Dittrich*<sup>145</sup>, wonach bei einer außerhalb einer Hauptversammlung erklärten Zustimmung der Aktionäre die Zustimmung *sämtlicher* Anteilsinhaber erforderlich ist, für eine Beschlussfassung in einer Hauptversammlung aber ein *Mehrheitsbeschluss* (iSd § 192 Abs 2 Nr 3 dAktG) genügt.<sup>146</sup> Die formlose Zustimmung des Mehrheitsaktionärs reicht also nicht aus, auch wenn dieser – wie im Fall Mannesmann – mit über 98 % die überwiegende Mehrheit der Anteile erhält.<sup>147</sup>

Der Grund für die Differenzierung in den Anforderungen zwischen einer formlosen Entscheidung und einer beschlussgemäßen im Rahmen einer Hauptversammlung liegt darin, dass der Wille der Gesamtheit der Anteilseigner Berücksichtigung finden soll, was bei einer formlosen (schriftlichen oder mündlichen) Zustimmung nur der Aktionärsmehr-

<sup>143</sup> BGH 21. Dezember 2005, BB 2006, 323 ff = ZIP 2006, 72 ff.

<sup>144</sup> Zutr *Hoffmann/Becking*, NZG 2006, 131.

<sup>145</sup> *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 226 ff, 231 ff.

<sup>146</sup> Vgl auch *Ransiek*, NJW 2006, 814 ff, 815.

<sup>147</sup> *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 232.

heit nicht gewährleistet ist, wohingegen bei einer Hauptversammlung jeder Aktionär entscheiden kann, ob er kommen möchte und wie er abstimmt.<sup>148</sup>

## 6. Rechtspolitische Anmerkungen – Novellierung von § 75 Abs 4 AktG angezeigt?

*Reich-Rohrwig*<sup>149</sup> hat in seinem Komm zur OGH-E vom 11. Juni 2008 angeregt, § 75 Abs 4, vorletzter Satz AktG ersatzlos zu streichen. Denn die Möglichkeit des Vorstands, eine unberechtigte vorzeitige Abberufung durch Klage anzufechten, sei „nicht mehr zeitgemäß“. Zwar sei in Anbetracht der üblichen Prozessdauer ein rechtskräftiges Urteil in einem solchen Anfechtungsprozess in aller Regel ohnehin erst nach Ablauf der Vorstandsbestellungsdauer zu erwarten, doch gäbe § 75 Abs 4, vorletzter Satz AktG dem Vorstand „erst jene Handhabe und Druckmittel an die Hand, die ihm das Herausverhandeln eines Golden Handshakes ermöglichen“. Wäre hingegen, so *Reich-Rohrwig*, die Abberufung – gleichgültig, ob die behaupteten wichtigen Gründe vorlägen oder nicht – jedenfalls rechtswirksam, so würde sich „das Streitpotenzial auf rein anstellungsvertragliche Gesichtspunkte beschränken und wäre jener öffentlichkeitswirksame Reputationsverlust, den die Aufsichtsratsmitglieder hier<sup>150</sup> befürchtet hatten, weit weniger gegeben“.

Mit dieser Einschätzung wird mE aber sowohl die typische Interessenlage in der Praxis verkannt als auch ein Vorschlag unterbreitet, der konsequent weitergedacht die AG eines ihrer Bauelemente berauben würde. Zunächst zum ersten Einwand. Der Vorschlag von *Reich-Rohrwig* würde das aufgezeigte Problem keineswegs beseitigen. Zu verstehen ist dieser Vorschlag letztlich wohl so, dass die Abberufung von Vorstandsmitgliedern – wie dies in der GmbH bei Geschäftsführern gem § 16 Abs 1 GmbHG der Fall ist – begründungslos möglich sein soll. Denn eine Regelung, die die Abberufung zwar an wichtige Gründe bindet, ihre Anfechtung aber unabhängig vom Vorliegen dieser Gründe ausschließt, wäre ja sinnwidrig.

Wie *Reich-Rohrwig*<sup>151</sup> zutreffend schreibt, wird die Anfechtung der Abberufung in aller Regel bei einem zwei- oder dreinstanzlichen Verfahren dem Vorstandsmitglied die Wiedereinsetzung in das Amt nicht verschaffen können. Davor braucht sich ein Aufsichtsrat in der Praxis daher regelmäßig nicht zu fürchten. Wenn es aber um „Reputationsverluste“ bzw das „Waschen von Schmutzwäsche“ geht, dann ist dies bei einem Streit „nur“ um anstellungsvertragliche Belange natürlich genauso möglich wie bei einer Bekämpfung der Abberufung aus dem Mandat. Denn welchen Unterschied soll es machen, ob ein Vorstandsmitglied die Abberufung wegen grober Pflichtverletzung oder „nur“ die daran ge-

<sup>148</sup> Aus diesem Telos folgt mE auch, dass eine strafrechtlich relevante Einwilligung selbst dann vorliegt, wenn sich sämtliche Aktionäre einer Gesellschaft ohne Notar treffen und über die Frage der Vorstandsvergütung so abstimmen, dass eine Mehrheit dafür entscheidet und eine Minderheit dagegen ist. Es wäre ein Wertungswiderspruch, einen solchen Vorgang nicht als tatbestandsausschließende Einwilligung des Machtgebers zu begreifen. Dasselbe müsste gelten, wenn sich herausstellt, dass die in der Hauptversammlung vorgenommene notarielle Beurkundung aus irgendeinem Grunde ungültig ist.

<sup>149</sup> *Ecollex* 2008, 928.

<sup>150</sup> Gemeint: In dem der E des OGH vom 11. Juni 2008 zugrunde liegenden Fall.

<sup>151</sup> *Ecollex* 2008, 928.

knüpfte fristlose Entlassung bekämpft? Die dagegen gerichteten Argumente wären ja typischerweise genau dieselben, und wesentlich sind letztlich die wirtschaftlichen Interessen des Vorstandsmitgliedes, dh die anstellungsvertraglichen Zusagen.

Richtig ist nur, dass ein Aufsichtsrat bei Ermöglichung einer begründungslosen Abberufung diese erklären und einfach den Vorstandsvertrag weiter auszahlen könnte. Diese Möglichkeit hat ein Aufsichtsrat aber jetzt schon über den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung gem § 75 Abs 4, letzter Fall AktG, weil die „Begründungsschwelle“ dafür von der Rsp<sup>152</sup> sehr niedrig angesetzt ist.

Ganz abgesehen davon sollte aber der Umsetzung des von *Reich-Rohrwig* gemachten Vorschlages deshalb keinesfalls nahegetreten werden, weil der – wenngleich ohnehin beschränkte – Abberufungsschutz von Vorstandsmitgliedern, verbunden mit dem gesetzlichen Postulat des befristeten Mandats und befristeten Anstellungsvertrages (der ohnehin durch eine vertragliche Kündigungsklausel „untergraben“ werden kann)<sup>153</sup>, ein Korrelat der durch § 70 AktG normierten Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit ist.<sup>154</sup> Ermöglichte man per Gesetzesänderung die jederzeitige Abberufbarkeit von Vorstandsmitgliedern ohne wichtigen Grund und ließe man – denn dies läge dann nahe – auch das Erfordernis der befristeten Bestellung und Anstellung fallen, hätte man die Rechtslage mit § 16 Abs 1 GmbHG gleichgeschaltet. Dann aber täte sich ein offenkundiges Spannungsverhältnis zu der in § 70 AktG verankerten Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des Vorstandes auf. Diese ebenfalls aufzugeben, läge dann geradezu auf der Hand.

Damit hätte man aber ein grundlegendes Wesensmerkmal der AG verändert. Darüber ließe sich natürlich auch diskutieren, doch kann Derartiges sicher nicht mit dem Umstand gerechtfertigt werden, dass man damit dem Vorstand die Möglichkeit nähme, in einem Rechtsstreit betreffend seine vorzeitige Entfernung „Schmutzwäsche zu waschen“ und aufgrund dieser Aussicht ein Druckmittel in der Hand zu haben, dem Aufsichtsrat höhere Trennungszahlungen abzurufen. Letzteres vermag nämlich auch der Geschäftsführer einer GmbH trotz viel schlechterer rechtlicher Absicherung, weil es für das Bestehen eines solchen Druckmittels primär auf den während der Amtstätigkeit erlangten Wissensstand ankommt – und dieser ist „rechtsformneutral“. Für eine Streichung von § 75 Abs 4, vorletzter Satz AktG besteht daher im gegebenen Zusammenhang mE keinerlei sachlicher Grund.

<sup>152</sup> OGH 28. April 1998, RdW 1998, 461 ff; OGH 25. Oktober 2002, RdW 2003, 140 f.

<sup>153</sup> Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 177 f, BGH WM 1991, 760; BGH AG 1989, 438 mwN; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG4 §§ 75, 76 Rz 86; *Hoffmann-Becking*, MünchHB GesR § 21 Rz 80.

<sup>154</sup> *G. Schima*, *ecolex* 2006, 456 ff, 458.