

Susanne Kalss, Stephan Frotz,  
Paul Schörghofer (Hg.)

# **Handbuch für den Vorstand**

Sonderdruck

**Das gefallene Vorstandsmitglied**

von

**Georg Schima**

**facultas**

Zitiervorschlag:

Autor in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz ../...

### **Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek**

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

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

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG

facultas Universitätsverlag, 1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Wandl Multimedia-Agentur

Druck: Ueberreuter Print

Printed in Austria

ISBN 978-3-7089-1364-3

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Autorenverzeichnis .....	7
Abkürzungsverzeichnis .....	31
Allgemeine Literatur .....	41

## I. Der Vorstand – eine erste Einordnung

1. Was ist eine gute Führungskraft? <i>Gerhard Speckbacher</i> .....	47
2. Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschen Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit <i>Peter Doralt/Maria Doralt</i> .....	55

## II. Mitglieder und Zusammensetzung

3. Zusammensetzung des Vorstands und Anforderungen an seine Mitglieder <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i> .....	81
4. Vorstände und Headhunter – eine Win-win-Symbiose? <i>Hans Jorda</i> .....	91
5. Diversität im Vorstand <i>Heike Mensi-Klarbach</i> .....	101

## III. Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft

6. Bestellung und Abberufung des Vorstands <i>Bernhard Rieder/Miriam Lehner</i> .....	113
7. Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds <i>Felix Schörghofer/Andreas Tinhofer</i> .....	153
8. Das gefallene Vorstandsmitglied <i>Georg Schima</i> .....	187
9. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern <i>Susanne Kalss</i> .....	211
10. Wettbewerbsverbot <i>Matthias Schimka/Alexander Leonhartsberger</i> .....	241

11.	Rechtsgeschäfte mit und Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder <i>Julia Kusternigg/Rainer Werdnik</i> .....	293
-----	--	-----

#### **IV. Aufgaben des Vorstands**

12.	Leitung der Gesellschaft <i>Susanne Kalss</i> .....	307
13.	Compliance für den Vorstand <i>Elke Napokoj</i> .....	351
14.	Handlungspflichten des Vorstands bei Compliance-Verstößen <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer/Ines Krausler</i> .....	375
15.	Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte <i>Peter Kunz/Daniel Liemberger</i> .....	391

#### **V. Organisation des Vorstands**

16.	Organisationsverfassung des Vorstands <i>Clemens Spitznagel</i> .....	459
17.	Der Vorstandsvorsitzende <i>Clemens Hasenauer/Lorenz Pracht</i> .....	481
18.	Paperwork für den Vorstand <i>Ulrich Tauböck</i> .....	501
19.	Das Informationsregime im Vorstand <i>Georg Durstberger/Susanne Kalss</i> .....	535

#### **VI. Der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen**

20.	Das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat <i>Helge Schäfer/Jonas Wittgens</i> .....	557
21.	Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung <i>Christoph Diregger</i> .....	585
22.	Vorstand und Hauptversammlung <i>Susanne Kalss/Georg Riedl</i> .....	619
23.	Das Verhältnis von Vorstand und Abschlussprüfer <i>Thomas Wenger</i> .....	665

## VII. Der Vorstand in besonderen Situationen

24.	Der Vorstand im Konzern <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i> .....	685
25.	Der Vorstand in der Unternehmenskrise <i>Florian Linder</i> .....	707
26.	Der Vorstand in der Insolvenz <i>Ulla Reisch</i> .....	727
27.	Besonderheiten des Vorstands in börsennotierten Gesellschaften <i>Michael Kutschera</i> .....	787
28.	Best Practice der Corporate Governance für den Vorstand – die Sicht des ÖCGK <i>Anne d’Arcy</i> .....	805
29.	Der Vorstand bei M&A-Transaktionen <i>Gerhard Hermann/Wendelin Ettmayer</i> .....	815
30.	Der Vorstand der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren <i>Ulrich Edelmann</i> .....	841
31.	Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i> .....	877
32.	Der Vorstand beim Management Buy-Out (MBO) <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i> .....	947
33.	Vorstand und Schiedsverfahren <i>Nikolaus Pitkowitz</i> .....	957

## VIII. Der Vorstand in besonderen Unternehmenstypen

34.	Der Vorstand im Familienunternehmen <i>Stephan Probst</i> .....	999
35.	Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staats- unternehmens <i>Katharina Schelberger/Susanne Semtner</i> .....	1023
36.	Besonderheiten des Vorstands in Kreditinstituten <i>Robert Schmidbauer</i> .....	1073
37.	Besonderheiten des Vorstands eines Versicherungs- unternehmens <i>Manuel Schalk</i> .....	1139

## **IX. Der Vorstand in unterschiedlichen Rechtsträgern**

38.	Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer <i>Julia Nicolussi</i> .....	1157
39.	Der Verwaltungsrat der SE <i>Peter Huber/Clemens Grossmayer</i> .....	1193
40.	Der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung. Ein Vergleich zum Vorstand der Aktiengesellschaft <i>Nikolaus Arnold</i> .....	1221

## **X. Verantwortlichkeit des Vorstands**

41.	Business Judgment Rule <i>Martin Winner</i> .....	1239
42.	Beziehung von Sachverständigen <i>Alexander Schopper/Mathias Walch</i> .....	1253
43.	Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands <i>Marie-Agnes Arlt</i> .....	1303
44.	Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht <i>Andreas Kletečka/Christoph Kronthaler</i> .....	1341
45.	Die Entlastung des Vorstands <i>Philip Aumüller/Alfred Heiter</i> .....	1363
46.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Norbert Wess</i> .....	1383
47.	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Martin Oppitz</i> .....	1425
48.	D&O-Versicherung – Überblick über die wichtigsten Versicherungsbedingungen und Praxishinweise <i>Michael Walbert</i> .....	1449

## **XI. Vergleich zum deutschen Recht**

49.	Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG <i>Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert</i> .....	1473
	Stichwortverzeichnis .....	1497

# Das gefallene Vorstandsmitglied

*Georg Schima*

§§: 70, 75, 78, 79, 81, 84 AktG; Regeln 13–31, 33, 38, 41–43 ÖCGK

## Literatur

Ö: *Aichinger*, Neue Trends in der D&O-Versicherung, in *Gisch/Koban/Ratka* (Hrsg), Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz (2016) 103; *Griehser*, Versicherungsmöglichkeiten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Directors and Officers Liability Insurance in Österreich, RdW 2006, 133; *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, *ecolex* 2008, 143; *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergänge, DRdA 1995, 375; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Krejci*, Betriebsübergang (1972); *Lanner*, D&O-Versicherung unter besonderer Berücksichtigung des Claims-Made-Prinzips, in *Gisch/Koban/Ratka* (Hrsg), Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz (2016) 51; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtstellung von Führungskräften (1991); *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014); *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448; *G. Schima*, Organinteressen, Konflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199; *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004); *G. Schima*, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, GesRZ 2011, 265; *G. Schima*, Vorstandsvergütung als Corporate-Governance Baustelle, in *Schenz/Eberhartinger* (Hrsg), Corporate Governance in Österreich, zum 10-jährigen Bestehen des österreichischen Corporate Governance Kodex (2012) 246; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015); *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); *G. Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016), 497; *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013), 35.

D: *Dreher*, Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2012); *Gruber/Wax*, Wer ist für den Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig?, wbl 2010/169; *Kort*, Voraussetzungen der Zulässigkeit einer D&O-Versicherung von Organmitgliedern, DSdR 2006, 799; *Lutter*, Zum unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrates, ZIP 1995, 441; *Olbrich*, Die D&O-Versicherung<sup>2</sup> (2007); *Reese*, Die Haftung von „Managern“ im Innenverhältnis, DSr 1995, 536.

Gliederung	Rz
I. Einleitung .....	1–3
II. Das entfernte Vorstandsmitglied – Fallkonstellationen .....	4–5
A. Trennungswunsch des Aufsichtsrates wegen „Underperformance“ oder aus atmosphärischen Gründen .....	4
B. Abberufung aufgrund Vertrauensentzuges des Hauptversammlung .....	5
III. Sondierung des Status Quo und der möglichen Ansprüche des Vorstandsmitgliedes .....	6–27
A. Korrekte Beschlussfassung des Aufsichtsrates bei Abberufung .....	6–8
B. Beschlussgrundlage, Abberufungsgründe und Nachschieben von Gründen .....	9–13
C. Auslegung des Vorstandsvertrages .....	14–22
D. Sonstige Stärken und Schwächen der Rechtsposition .....	23–27

IV. Die D&O-Versicherung – Verbündete oder Sargnagel? .....	28–35
V. Rechtsstreit und mentale Verfassung der Protagonisten .....	36–38
VI. Ausweitung der Kampfzone – Streitverkündigungen .....	39–44

## I. Einleitung

- 1 Der gegenständliche Beitrag ist eine in juristischen Fachbüchern in dieser Form eher ungewöhnliche Auseinandersetzung mit der Frage, wie man aus der Sicht des beratenden (und gegebenenfalls auch gerichtlich vertretenden) Rechtsanwaltes mit der Situation umgeht, dass das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft entweder vom Aufsichtsrat bereits „konfliktträchtig entfernt“, dh abberufen und gegebenenfalls auch der Anstellungsvertrag (fristlos) gelöst oder dem Vorstandsmitglied zumindest bedeutet wurde, es stünde unmittelbar vor der Ablöse bzw man wolle sich von ihm trennen (ohne dass ein konkretes Fehlverhalten vorgeworfen wird).
- 2 Die folgende Darstellung erfolgt in erster Linie aus der Sicht des das Vorstandsmitglied beratenden/vertretenden Rechtsanwaltes; es liegt aber in der Natur der Sache (und entspricht auch dem Tätigkeitsprofil des Verfassers, der Gesellschaften ebenso wie Führungskräfte in solchen Situationen berät und vertritt), dass die dargelegten Erkenntnisse auch für die Beratung von Gesellschaften gegenüber „gefallenen“ Vorstandsmitgliedern nutzbar gemacht werden können.
- 3 Im Vordergrund der Darstellung steht daher nicht die komplex-wissenschaftliche Aufbereitung der Materie, sondern die ausschließlich an den Erfordernissen der Praxis orientierte und die aus langjähriger Beratungstätigkeit gewonnenen Erkenntnisse widerspiegelnde Themenbehandlung.

## II. Das entfernte Vorstandsmitglied – Fallkonstellationen

### A. Trennungswunsch des Aufsichtsrates wegen „Underperformance“ oder aus atmosphärischen Gründen

- 4 Wenn zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft, repräsentiert durch den Aufsichtsrat, „der Hausseggen schief hängt“, ist die Abberufung auch aus der Sicht der Gesellschaft nicht immer die erste Wahl. Dies kann rechtliche Gründe im engeren Sinn haben, aber auch eher wirtschaftlich-atmosphärische Gründe. In der börsennotierten AG spielt, wie schon an anderer Stelle ausführlich erörtert,<sup>1</sup> der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung als Abberufungsgrund (vgl § 75 Abs 4, 3. Fall AktG) de facto deshalb keine Rolle, weil dem (Kapital-) Markt nicht angemessen vermittelt werden kann, dass ein Vertrauensentzug im konkreten Fall weder mit „Misswirtschaft“ noch mit konkreten Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitgliedes zu tun haben muss, sondern die rechtliche

<sup>1</sup> Vgl G. Schima, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 (271 f); G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 469; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 17/170.

Schwelle für den Aufsichtsrat hier in Anbetracht der stRsp des OGH<sup>2</sup> sehr niedrig angesetzt ist und selbst ein „seiner sachlichen Berechtigung nach zweifelhafter“ Vertrauensentzug einen Abberufungsgrund bildet, sofern nicht offenbare Unsachlichkeit vorliegt.<sup>3</sup>

Hinzu kommt, dass im Regelfall der Wunsch nach Trennung von einem Vorstandsmitglied nicht zeitnah mit der ordentlichen Hauptversammlung entsteht, sodass es einer – mit entsprechendem Aufwand und Kosten verbundenen – außerordentlichen Hauptversammlung bedürfte, um eine Abberufung zu bewerkstelligen. Aber selbst in jenen Fällen, in denen wegen nicht erfolgreicher Unternehmensführung, die nicht selten mit massiver Reduktion der Börsekapitalisierung der Gesellschaft einhergeht, der Markt auf die Ablösung des CEO bzw des Vorstandes insgesamt geradezu wartet,<sup>4</sup> scheuen Gesellschaften den Schritt der Abberufung über ein Misstrauensvotum, obwohl in Ermangelung grober Pflichtverletzungen dies in aller Regel die einzige Möglichkeit ist, das Vorstandsmitglied rechtlich „wasserdicht“ abberufen.<sup>5</sup> Abgesehen von diesen Fällen neigen aber auch Aufsichtsräte nicht börsennotierter Aktiengesellschaften nur im Nichteinigungsfall zur einseitigen Abberufung, die bei „Vorschaltung“ eines (nicht offenbar unsachlichen) Vertrauensentzuges durch die (idR aus einem geschlossenen Kreis weniger Aktionäre bestehende) Hauptversammlung leicht bewerkstelligt werden kann (vgl *P Doralt/M Doralt* Rz 2/56 ff).

Die Gründe dafür sind mannigfaltig. So kann eine einseitige Abberufung – auch bei geschlossenen Gesellschaften – immer mit einer gewissen Reputationsbeeinträchtigung einhergehen. Zumindest ist in solchen Fällen die Befürchtung des Aufsichtsrates nie ganz von der Hand zu weisen, ein – wenn auch unter Anerkennung der vertraglichen Ansprüche, so doch der Sache nach unsanft – entferntes Vorstandsmitglied könnte später über die Gesellschaft und den Aufsichtsrat wenig Schmeichelhaftes verbreiten. Wenn der Aufsichtsrat im Wege einer „Innenschau“ der Meinung ist, in der Vergangenheit vielleicht selbst Fehler gemacht zu haben, ist der Wille nach einvernehmlicher Trennung naturgemäß noch größer und gerade in der überschaubar großen und durch zahlreiche personelle Verflechtungen ge-

<sup>2</sup> Vgl OGH 28.04.1998, 1 Ob 294/97k, RdW 1998, 461; 25.10.2002, 1 Ob 191/02y, *ecolex* 2003, 178; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 468; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/170.

<sup>3</sup> So der OGH in seiner ersten Entscheidung zu § 75 Abs 4, 3. Fall AktG, RdW 1998, 461.

<sup>4</sup> Es gibt zahlreiche Beispiele aus der Praxis, wo nach der Ablösung insbesondere der Vorstandsvorsitzenden der Aktienkurs signifikant stieg. Vgl auch die jahrelangen juristischen Turbulenzen rund um die Ablösung des früheren Vorstandsvorsitzenden der Daimler Chrysler AG, Herrn *Schrempp* (wo von Aktionären der Vorwurf erhoben wurde, dass der Ausscheidenswunsch von Herrn *Schrempp* nicht rechtzeitig in Form einer ad hoc-Mitteilung veröffentlicht wurde (vgl BGH 25.2.2008, II ZB 9/07, AG 2008, 380 und ausführlich dazu *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 538 ff).

<sup>5</sup> Diese Scheu vor dem Vertrauensentzug und der darauf gestützten Abberufung erklärt auch das, was in der Öffentlichkeit meist auf Unverständnis stößt: Dass – gemessen an Erfolgskennzahlen und Börsekurs – mehr oder weniger erfolglose Vorstandsmitglieder dennoch hohe Abfindungen erhalten. Vgl dazu und mit einem Vertragsformulierungsvorschlag, um dieses Problem aus der Sicht der Gesellschaft in den Griff zu bekommen, *G. Schima*, Vorstandsvergütung als Corporate-Governance Baustelle, in *Schenz/Eberhartinger* (Hrsg), Corporate Governance in Österreich, zum 10-jährigen Bestehen des österreichischen Corporate Governance Kodex (2012) 246 (274 Fn 57, 277 f).

kennzeichneten „Österreich AG“ trifft man einander ja künftig leicht wieder. Dies führt zum zweiten wesentlichen Grund für das Streben nach einvernehmlicher Lösung durch den typischen Aufsichtsrat einer AG. Man hat mit dem Vorstand nicht selten jahrelang – und zumindest eine Zeitlang auch gut – zusammengearbeitet, und – viele Aufsichtsratsmitglieder sind ja parallel oder waren zumindest Vorstandsmitglieder und daher in der operativen Führung größerer Unternehmen tätig – man weiß, dass „Underperformance“ eben an gewissen Zahlen-Kriterien gemessen wird, die nicht unbedingt nur mit persönlicher Untüchtigkeit oder mangelndem Fleiß des betroffenen Vorstandsmitgliedes zu tun haben.

Anders gewendet: viele Aufsichtsratsmitglieder vermögen sich gut vorzustellen, selbst in eine solche Situation zu geraten (oder waren vielleicht sogar in so einer solchen Situation) und bringen demgemäß (sofern es sich nicht um evidente Pflichtverletzungen handelt), typischerweise Verständnis auf, die Mitglieder des Leitungsorgans beim Verlassen des Unternehmens einigermmaßen würdevoll zu behandeln. Die berühmten Ausnahmen, die die Regel bestätigen, gibt es freilich auch in Österreich.

## **B. Abberufung aufgrund Vertrauensentzuges der Hauptversammlung**

- 5 Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung das juristisch bei weitem einfachste Mittel ist, ein Vorstandsmitglied loszuwerden (vgl *P Doralt/M Doralt Rz 2/48*; *Rieder/Lehner Rz 6/62 ff*). Bei einigermmaßen umsichtiger Vorbereitung und Einholung kompetenter rechtlicher Beratung kann aus der Sicht der Gesellschaft in Anbetracht der Rsp des OGH<sup>6</sup> eigentlich kaum etwas schief gehen. Präkär ist die Sache nur dann, wenn dem Beschluss der Hauptversammlung andere Ereignisse vorangingen, aus denen das Vorstandsmitglied vielleicht doch die offenbare Unsachlichkeit des Votums abzuleiten vermag. Ein „klassisches“ Beispiel wäre zB das vom Vorstandsmitglied/Vorstand abgelehnte Ansinnen eines Großaktionärs, Vermögenswerte der Gesellschaft unter dem Verkehrswert und daher in klarem Verstoß gegen das gesetzliche Einlagenrückgewährverbot des § 52 AktG zu erwerben,<sup>7</sup> worauf der Großaktionär ein Misstrauensvotums durchdrückt und auf „seine“ Aufsichtsratsmitglieder einwirkt, um eine Abberufung zu erreichen. Fälle, in denen ein Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied mehr oder weniger vorwarnungslos nach Fassung eines Misstrauensvotums durch die Hauptversammlung abberuft, sind – wie schon oben geschildert – ganz selten in der Praxis. In Betracht kommt eine solche Vorgangsweise im Wesentlichen nur, wenn der Aufsichtsrat Gründe zu haben glaubt, das Vorstandsmitglied – selbst wenn keine konkreten Pflichtverletzungen oder gar Malversationen vorliegen oder ein diesbezüglicher Verdacht besteht – ohne Ankündigung faktisch aus dem Unternehmen entfernen zu müssen und die

<sup>6</sup> Vgl OGH I Ob 294/97k RdW 1998, 461; 1 Ob 191/02y ecolx 2003, 178; dazu ausführlich *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 468; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/170.

<sup>7</sup> Vgl *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 470; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/171.

Verhandlungen über die finanziellen Konditionen des Ausscheidens hintan zu stellen.

In der überwiegenden Mehrzahl der anderen Fälle gehen einer Abberufung aufgrund eines Aktionärsvotums immer Verhandlungen, auch unter Einschaltung von Rechtsberatung, voraus. Führen diese Gespräche zu einer Einigung, unterbleibt naturgemäß die Abberufung und trennt man sich auch in Bezug auf das Mandat einvernehmlich. Eingebürgert hat sich dafür in der Praxis weitgehend die Vorgangsweise, dass das Vorstandsmitglied das Mandat zurücklegt und der Aufsichtsrat diesen Rücktritt annimmt (was eine Einigung über die Vertragskonditionen im Interesse beider Parteien voraussetzt).<sup>8</sup> In Anbetracht der geschilderten Gesetzeslage und Rsp des OGH hat eine Bekämpfung einer auf ein Misstrauensvotum der Hauptversammlung gestützten Abberufung in der Praxis meist keinen Sinn. Gleichwohl kann es sich aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes lohnen, zumindest genau der Frage nachzugehen, wie die Willensbildung in der Hauptversammlung erfolgte, ob überhaupt eine Diskussion stattfand oder nur der Notar den vorbereiteten Hauptversammlungsspiegel vorlas und vielleicht ein Teil der Aktionäre gar nicht genau wusste, worum es ging. So ein Vorgang ist keine akademische Gedankenspielerlei, sondern ereignet sich in der Praxis gelegentlich durchaus (vgl dazu unten Rz 6 ff; Rz 9 ff).

### III. Sondierung des Status quo und der möglichen Ansprüche des Vorstandsmitgliedes

#### A. Korrekte Beschlussfassung des Aufsichtsrates bei Abberufung

Bei Aktiengesellschaften handelt es sich üblicherweise um größere Unternehmen, die typischerweise entsprechend besser und mit mehr Personalkapazität verwaltet werden als Kleinunternehmen. Dennoch steht man manchmal in der Praxis erstaunt vor der Tatsache, dass auch in größeren Gesellschaften mit eigener Rechtsabteilung, Vorstandssekretariat oder zum Aufsichtsratsvorsitzenden ressortierenden Stabstellen völlig vermeidbare Fehler gemacht werden, die im Zuge der Abberufung eines Vorstandsmitgliedes diesem gewisse Chancen eröffnen. Die gesetzliche Anordnung in § 75 Abs 4, letzter Satz AktG, wonach die Abberufung vorläufig wirksam ist, solange über ihre Unwirksamkeit nicht rechtskräftig entschieden worden ist, bezieht sich nach ganz hA nur auf die Abberufung ohne ausreichenden Abberufungsgrund. Dessen Fehlen kann das Vorstandsmitglied –

<sup>8</sup> Vgl G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 508 ff; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/196 zu den rechtlichen Voraussetzungen der einvernehmlichen Beendigung des Mandats und gegen die Ansicht von Ch. Nowotny (in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> [2012] § 75 Rz 29), der meint, es bedürfte für eine solche Vereinbarung keines Aufsichtsratsbeschlusses, „weil das Vorstandsmitglied jederzeit auch einseitig zurücktreten kann“ und sich dabei unrichtigerweise auf meinen Beitrag in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> [2010] Rz 12/180 f beruft, obwohl dort genau das Gegenteil vertreten wird.

ohne hierbei an eine formelle Frist gebunden zu sein, aber innerhalb angemessener Zeit<sup>9</sup> – mittels Rechtsgestaltungsklage<sup>10</sup> gerichtlich anfechten.

Leidet der Beschluss des Aufsichtsrates hingegen an formellen Mängeln, gilt nach hA die gesetzliche Anordnung vorläufiger Wirksamkeit nicht, sondern ist der Beschluss – sofern es sich nicht um unbeachtliche Mängel handelt – unwirksam, was vom Vorstandsmitglied mittels Feststellungsklage aufzugreifen ist.<sup>11</sup>

Für diese Klage existiert ebenfalls keine gesetzliche Frist; die Rsp des OGH zur „Aufgriffsobliegenheit“ bei insbesondere arbeitsrechtlichen Bestandschutzstreitigkeiten<sup>12</sup> wird aber zu beachten sein, wobei bei Vorstandsmitgliedern eher kürzere Aufgriffsfristen angemessen sind als bei Arbeitnehmern.

Fasst der Aufsichtsrat – dies ist ein vergleichsweise nicht so selten auftretender Fehler – nicht in Anwesenheit sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder einen Abberufungsbeschluss, der in der Tagesordnung nicht ordnungsgemäß angekündigt worden war, ist der Beschluss unwirksam,<sup>13</sup> und das Vorstandsmitglied kann sich dagegen mittels Feststellungsklage wehren.

- 7 Ein umsichtiger Rechtsberater wird in so einem Fall zweifellos die Feststellungsklage mit der eventualiter erhobenen Anfechtungsklage kombinieren (siehe dazu auch unten Rz 36 ff).

<sup>9</sup> Vgl zu Frage, was darunter zu verstehen ist, zB *Strasser in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG<sup>5</sup> (2010) §§ 75, 76 Rz 48; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 486; *G. Schima in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/182. Vgl *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/309 betreffend die fristgerechte Geltendmachung von formellen Beschlussmängeln des Abberufungsbeschlusses. Sie vertritt, dass die Schwere des formellen Mangels für die Frist zur Anfechtung des Beschlusses des Aufsichtsrates maßgeblich sei, wobei formelle Mängel mittels Feststellungs-, nicht mit Rechtsgestaltungsklage geltend gemacht würden.

<sup>10</sup> Die Abberufung des Vorstandsmitglieds ist bis zur erfolgreichen Anfechtung wirksam. Mit der Anfechtungsklage werden die Unwirksamkeitserklärung und die Wiedereinsetzung in die Vorstandsfunktion begehrt. Vgl hierzu *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 485; *G. Schima in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/181.

<sup>11</sup> Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 50; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/309; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 445.

<sup>12</sup> Vgl zB OGH 30.6.1999, 9 ObA 160/99s DRdA 2000, 311 [*Binder*]: zehn Monate Zuwarten ist zu lange bei einem Arbeitnehmer, der sich auf den aufrechten Bestand des Arbeitsverhältnis zum Erwerber wegen Betriebsüberganges beruft; vgl zur Aufgriffsobliegenheit des Arbeitnehmers *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 172 f; Da es bei der Abberufung von Vorstandsmitgliedern um Mitglieder des gesetzlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans geht, ist freilich eine etwas weniger großzügige Betrachtungsweise geboten und muss eine Klageerhebung nach sechs Monaten, die bei arbeitsrechtlichen Sachverhalten in Übertragung der Wertungen des § 1162d ABGB bzw § 34 AngG (vgl *Krejci*, Betriebsübergang [1972] 83; *Holzer*, DRdA 1995, 375; *Binder*, AVRAG<sup>2</sup> [2010] § 3 Rz 96 und für ausnahmsweise Verkürzungen Rz 97; *G. Schima*, Umgründungen, 172 f) gerade noch tolerabel sein dürfte, generell als verspätet qualifiziert werden (*G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 486 Fn 1322).

<sup>13</sup> Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 50; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 445.

Aus taktischer Sicht kann es sich für das Vorstandsmitglied freilich empfehlen, in solchen Fällen zunächst nur die **Anfechtungsklage** einzubringen und der Gesellschaft das Wissen um den formellen Beschlussmangel vorerst nicht offenzulegen, dh mit der **Feststellungsklage** zuzuwarten. Im laufenden Anfechtungsprozess könnte das Vorstandsmitglied grundsätzlich mittels Klageänderung dem Anfechtungsbegehren ein Feststellungsbegehren vorschalten<sup>14</sup> und vorbringen, dass der Beschluss des Aufsichtsrates wegen nicht ordnungsgemäßer Ankündigung in der Tagesordnung und wegen Fehlens eines oder mehrerer Mitglieder des Aufsichtsrates bei der Sitzung unwirksam ist.

Der damit für das Vorstandsmitglied möglicherweise verbundene Vorteil liegt auf der Hand: wenn nämlich ein Abberufungsgrund vorliegt, der – aufgrund einer anstellungsvertraglichen Kündigungs- oder gar **Koppelungsklausel**<sup>15</sup> – bei wirksamer Abberufung zur Auflösung des Anstellungsvertrages mit kurzer Frist oder gar ohne Frist (bloß unter Beachtung der vom OGH konzedierte Frist des § 1159a Abs 1 ABGB) berechtigt, bedeutet die geschilderte Vorgangsweise die Verlängerung jenes Zeitraumes, während dessen die Gesellschaft dem Vorstandsmitglied das Entgelt fortzahlen muss. Wird sie durch das Feststellungsbegehren mit entsprechenden Prozessbehauptungen auf den Mangel aufmerksam gemacht, dann wird ein professionell beratener Aufsichtsrat so rasch wie möglich einen mängelfreien Wiederholungsbeschluss fassen. Stützte sich die Abberufung aber zB nur auf grobe Pflichtverletzung in der Gestalt eines punktuellen und bereits abgeschlossenen Verhaltens, kann es für den Aufsichtsrat ein böses Erwachen geben: Wegen des für einen derartigen Abberufungsgrund geltenden Unverzüglichkeitsgrundsatzes<sup>16</sup> darf der Aufsichtsrat mit einer solchen Abberufung nicht unangemessen lange zuwarten. Entdeckt er erst spät – hingewiesen durch ein entsprechendes Feststellungsbegehren des vermeintlich wirksam abberufenen Vorstandsmitgliedes – den Mangel, wird ein Wiederholungsbeschluss schlicht verfristet sein. Die Gesellschaft hat dann an das Vorstandsmitglied – vorbehaltlich der Anrechnungsregel des § 1155 ABGB – die festen und mangels einer dies ausschließenden Vertragsbestimmung auch die fiktiven variablen Bezüge<sup>17</sup> für die gesamte Restlaufzeit fortzuzahlen.

<sup>14</sup> Klageänderungen werden von Gerichten idR relativ großzügig auch in späteren Phasen des Verfahrens bewilligt, sofern damit nicht eine signifikante Verzögerung verbunden ist.

<sup>15</sup> Vgl zu diesen *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 411–416; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/148–151; zu Koppelungsklauseln vgl OGH 29.01.2010, 1 Ob 190/09 m; 27.02.2008, 3 Ob 251/07v.

<sup>16</sup> Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 45; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/305 mit der Ergänzung, dass der Aufsichtsrat wegen des Unverzüglichkeitsgrundsatzes kürzere Fristen wahren muss, um einen wichtigen Grund geltend zu machen, als die Hauptversammlung bei der Fassung eines Misstrauensvotums, das dann für den Aufsichtsrat einen Abberufungsgrund bildet. Dies hängt mit der komplizierteren Einberufung des Beschlussorgans zusammen; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 477; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/177.

<sup>17</sup> Schwierig zu beantworten, aber enorm praxisrelevant ist die Frage, wie komplex geregelte, an Kennzahlen, aber auch an „weiche“ Kriterien geknüpfte Bonifikationsansprüche für einen uU mehrjährigen Nichtarbeitszeitraum zu berechnen sind. Das gängige Lohnausfallsprinzip des § 1155 ABGB stößt hier an seine Grenzen, weil typischerweise gar nicht feststeht,

- 8 Freilich birgt die beschriebene Vorgangsweise gewisse prozessuale Risiken in sich, weil zu spätes Vorbringen mit Klageänderung vom Gericht auch zurückgewiesen werden kann, wenn eine Berücksichtigung den Prozess signifikant verzögern würde.<sup>18</sup> Dagegen kann sich das Vorstandsmitglied indes mit einer neuen Klage, gerichtet auf Feststellung des aufrechten Vorstandsmandats wegen anfänglicher Unwirksamkeit des Abberufungsbeschlusses, helfen. Auch wenn man es als Außenstehender kaum glauben kann, kommt es in der Praxis sogar vor, dass über die Frage Streit entsteht, ob der Aufsichtsrat überhaupt einen auf Abberufung des Vorstandsmitgliedes gerichteten Willen gefasst hat. In einem vor Kurzem in der Öffentlichkeit wegen eines sehr hohen Vermögensschadens Staub aufwirbelnden Fall der Abberufung eines für den Finanzbereich zuständigen Vorstandsmitgliedes tauchte genau diese Frage auf, weil einerseits schon die Willensbildung in der Aufsichtsratsitzung Unklarheiten aufwies, und andererseits die Mitteilung des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht zweifelsfrei als erfolgte Abberufung zu verstehen war. Auch in solchen Fällen kann ein verzögertes Aufgreifen durch das Vorstandsmitglied für dieses von Vorteil sein, weil die Gesellschaft ceteris paribus umso länger zahlen muss, je später sie den Mangel bemerkt.

## B. Beschlussgrundlage, Abberufungsgründe und Nachschieben von Gründen

- 9 Auch wenn der Aufsichtsrat keinen Formalfehler bei der Einberufung der Sitzung und der Beschlussfassung begangen hat, muss die Abberufung selbst dann nicht erfolgreich sein, wenn in Wahrheit ein Abberufungsgrund existiert. Dies hängt va damit zusammen, dass über die Abberufung Kollegialorgane entscheiden (bei § 75 Abs 4 3. Fall AktG sogar zwei Kollegialorgane, wenn man die AG mit nur einem Aktionär einmal ausklammert), und diese einen bestimmten Willen auf einer bestimmten Entscheidungsgrundlage zu bilden haben, der nicht – wie im Verfahren über die Entlassung eines Arbeitnehmers – jederzeit durch formloses „**Nachschieben**“ von Gründen ergänzt oder gar substituiert werden kann. Zwecks Wahrung der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung – es soll nur der Aufsichtsrat darüber zu entscheiden haben, auf welche Abberufungsgründe sich die AG im laufenden Prozess beruft (und dies selbst dann, wenn der Vorstand inzwischen völlig ausgewechselt worden ist) – bedarf nach stRsp sowohl des OGH<sup>19</sup> als auch des BGH<sup>20</sup> ein „Nachschieben“ von Abberufungsgründen im Verfahren eines weiteren und auf diesen neuen Abberufungsgrund bzw ein inzwischen

---

welchen variablen Bezug das Vorstandsmitglied erhalten hätte, hätte es das Amt weiterhin ausgeübt.

<sup>18</sup> Vgl zu den Grenzen der Zulässigkeit von nachträglichem Vorbringen wegen Verschleppungsabsicht oder grob schuldhafter Verspätung *Annerl* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 179 ZPO Rz 9 ff; siehe betreffend Zulässigkeit von Klageänderungen – in der gegenständlichen Konstellation würde die Rechtsgestaltungsklage in eine Feststellungsklage geändert oder um diese ergänzt werden *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 235 ZPO Rz 34 ff.

<sup>19</sup> Vgl OGH 25.05.1999, 1 Ob 11/99w SZ 72/90=wbl 2000, 37=AG 2001, 100; OGH 28.02.2001, 9 Ob 47/01d.

<sup>20</sup> Vgl BGH 23.02.1961, II ZR 147/58; 28.04.1954, II ZR 211/53, BGHZ 13, 188.

entdecktes Verhalten des Vorstandsmitgliedes gestützten Aufsichtsratsbeschlusses.<sup>21</sup>

Aus dieser Rechtslage und Sichtweise der Rsp folgt aber auch zwangsläufig, dass der Aufsichtsrat bei seinem Abberufungsbeschluss deutlich machen muss und sich selbst darüber im Klaren zu sein hat, auf welchen Grund oder welche Gründe er die Abberufung stützt. Denn andernfalls könnte ja gar nicht festgestellt werden, wann ein – einen weiteren Aufsichtsratsbeschluss erforderlich machendes – „Nachschieben“ eines Abberufungsgrundes vorliegt. Hierbei ist ein wesentlicher Unterschied zwischen dem **Abberufungsgrund der groben Pflichtverletzung** und jenem des **Vertrauensentzugs** durch die Hauptversammlung zu machen. Während der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung *per se* ein Abberufungsgrund ist (den der Aufsichtsrat freilich nur nach verantwortlichem Ermessen aufzugreifen hat und nicht notwendigerweise exekutieren muss),<sup>22</sup> es also ausreicht, sich auf ein konkretes Misstrauensvotum zu beziehen, verhält es sich beim Abberufungsgrund der „groben Pflichtverletzung“ gem § 75 Abs 4 1. Fall AktG anders. Zwar ordnet das Gesetz die grobe Pflichtverletzung als solche in den (demonstrativen) Katalog der Abberufungsgründe ein; dies ändert aber nichts daran, dass der Aufsichtsrat seiner Konkretisierungsobliegenheit nur dann genügt, wenn er einen *konkreten Lebensverhalt* anführt und auf diesen die Abberufung stützt. Dabei darf zwar nicht beckmesserisch vorgegangen werden; es muss aber letztlich nachvollziehbar sein, auf welchen zumindest grob umrissenen Sachverhalt der Aufsichtsrat die Abberufung gestützt hat.

Diesen Sachverhalt muss der Aufsichtsrat zwar bei der Mitteilung der Abberufung (deren Zugang diese erst – zumindest vorläufig – wirksam macht), dem Vorstandsmitglied nicht zur Kenntnis bringen;<sup>23</sup> im Rechtsstreit trifft aber die Gesellschaft bei der Abberufung wegen grober Pflichtverletzung eine entsprechende Behauptungs- und Beweislast. Es kann daher durch entsprechende Personalbe- weise (Einvernahme von Aufsichtsratsmitgliedern, des Schriftführers in der Aufsichtsratssitzung, etc) ermittelt werden, worauf der Aufsichtsrat seine Abberufungsentscheidung konkret gestützt hat. Das Protokoll der Aufsichtsratssitzung ist diesbezüglich in der Praxis oft nicht sehr aussagekräftig; der Aufsichtsrat darf sich mE im Anfechtungsprozess indes auch auf Inhalte stützen, die im Sitzungsprotokoll keinen Niederschlag gefunden, sich aber in der Sitzung tatsächlich ereignet haben. Das Protokoll wird manchmal wegen der Firmenbucheinreichung bewusst schlank gehalten.

<sup>21</sup> Vgl ausführlich zum „Nachschieben“ von Abberufungsgründen: *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 479 ff; *G. Schima in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/178 ff.

<sup>22</sup> Vgl *Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 75 Rz 23; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 471; *G. Schima in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/172.

<sup>23</sup> Zumindest rechtspolitisch wäre zu überlegen, ob eine solche Mitteilungspflicht nicht sinnvoll wäre. Das Recht der Entlassung von Arbeitnehmern kennt sie freilich auch nicht, doch ist dies in Zusammenwirken mit der Möglichkeit des formlosen „Nachschiebens“ von Entlassungsgründen weit eher systemkonform.

- 12 Aus dem Gesagten folgt: Wenn der Aufsichtsrat zB die Abberufung bloß lapidar auf „grobe Pflichtverletzung“ stützt und im Beweisverfahren gar nicht klar wird, welcher konkrete Sachverhalt überhaupt als Abberufungsgrund dienen soll,<sup>24</sup> dann kann der Aufsichtsrat seiner Behauptungs- und Beweispflicht im Verfahren nicht nachkommen. Er darf sich dann nicht etwa formlos im Prozess auf – sei es auch als Abberufungsgrund eindeutig taugliche – Sachverhalte berufen, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung schon verwirklicht waren. Denn wenn sich der Aufsichtsrat bei der Abberufung auf gar keinen auch nur einigermaßen klar umrissenen Sachverhalt gestützt hat, der als „grobe Pflichtverletzung“ tauglich sein könnte, dann ist eben *jedes* konkrete Sachverhaltsvorbringen zum Thema „grobe Pflichtverletzung“ ein „Nachschieben“ von Abberufungsgründen, für das die gerade dargestellten formellen Voraussetzungen (neuerlicher Abberufungsbeschluss) gegeben sein müssen.

Da richtiger Ansicht zufolge auch für das „Nachschieben“ von Abberufungsgründen der – wenngleich etwas abgemilderte – **Unverzüglichkeitsgrundsatz** zu gelten hat,<sup>25</sup> kann die Abberufung verfristet sein, wenn der Sachverhalt, auf den sich der nachgeschobene Grund stützt, bereits im Zeitpunkt des ersten Abberufungsbeschlusses verwirklicht war.

- 13 Für die Abberufung wegen eines Misstrauensvotums der Hauptversammlung gilt das gerade Gesagte zwar nicht in dieser Form; gleichwohl können auch dort inhaltliche Fehler passieren. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass ein Vertrauensentzug der Hauptversammlung „offenbar unsachlich“ iSd § 75 Abs 4, 3. Fall AktG ist, trifft das Vorstandsmitglied (*P Doralt/M Doralt* Rz 2/48; *Rieder/Lehner* Rz 6/62 ff).<sup>26</sup>

Damit das abberufene Vorstandsmitglied dieser Behauptungs- und Beweislast überhaupt entsprechen kann, ist es freilich erforderlich, dass die Gesellschaft davor – spätestens im Gerichtsverfahren – die Erwägungen offenlegt, aufgrund derer dem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen wurde.<sup>27</sup> Die Erwägungen des Aufsichtsrates bei seiner auf dem Misstrauensvotum aufbauenden Beschlussfassung treten demgegenüber in den Hintergrund, zumal es für die Frage der Bekämpfbarkeit der Abberufung nur darauf ankommt, ob das Misstrauensvotum offenbar

<sup>24</sup> Praktisch vorstellbar ist eine solche höchst unprofessionelle Vorgangsweise eigentlich nur dann, wenn ein sehr dominierender Aufsichtsratsvorsitzender, dem der Rest des Aufsichtsrates treu und unkritisch ergeben ist, gleichsam freie Hand bei der Abberufung erhält und die restlichen Mitglieder nur ganz rudimentär informiert.

<sup>25</sup> *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 484; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/180.

<sup>26</sup> Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 42; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 75 Rz 26; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 470; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 17/171.

<sup>27</sup> *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 470; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/171; für Deutschland *Kort* in *GroßKommAktG<sup>5</sup>* (2015) § 84 Rz 166, Rz 209; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm<sup>3</sup>* (2010) § 84 Rz 127: „Immer muss der Antrag, die Hauptversammlung möge dem Vorstand das Misstrauen aussprechen, auf konkrete und nachprüfbare tatsächliche Umstände gestützt sein, damit nachprüfbar bleibt, ob der Entscheidung der Hauptversammlung über das Misstrauensvotum vertretbare Erwägungen zugrunde liegen“.

unsachlich ist, nicht aber darauf, ob der Aufsichtsrat vielleicht sein Ermessen nicht korrekt ausgeübt hat.<sup>28</sup>

Sollte die Hauptversammlung stattgefunden haben, ohne dass es für die Teilnehmer erkennbare, konkrete Erwägungen gab (die typischerweise auch einer gewissen Diskussion zu unterziehen wären), auf die sich der Vertrauensentzug gegenüber dem Vorstandsmitglied stützte,<sup>29</sup> dann vermag die Gesellschaft ihrer diesbezüglichen Behauptungslast nicht nachzukommen.

Die Gesellschaft muss richtigerweise einen solchen Abberufungsprozess verlieren, wenn sie nicht in der Lage ist, darzulegen, auf welche Erwägungen sie sich beim Vertrauensentzug gestützt hat.<sup>30</sup>

Natürlich kann ein Misstrauensvotum der Hauptversammlung jederzeit wiederholt werden (bei börsennotierten Gesellschaften ist dies freilich aufwendig und kostspielig), zumal es ja typischerweise um einen Dauerzustand geht, hinsichtlich dessen auch eine Verfristung nicht denkbar ist.

### C. Auslegung des Vorstandsvertrages

Der konkrete Vorstandsvertrag kann zwar bei der Beantwortung der Frage, ob grobe Pflichtverletzung vorliegt oder ein Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung nicht offenbar unsachlich war, typischerweise keine Erkenntnisse liefern;<sup>31</sup> ganz wesentlich ist der Vorstandsvertrag aber für die Einschätzung der

<sup>28</sup> Bei einem *nicht* offenbar unsachlichen Vertrauensentzug ist Ermessensüberschreitung ohnehin nicht gut denkbar, und wenn das Votum offenbar unsachlich ist, kann die Abberufung allein deshalb bekämpft werden.

<sup>29</sup> Dies ist kein so theoretischer Fall, wie man vielleicht annehmen könnte. Bei einem dominierenden Mehrheitsaktionär kann es schon vorkommen, dass – typischerweise in Interaktion mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden – die Entscheidung für das Misstrauensvotum und die Abberufung völlig ohne Beteiligung der anderen Aktionäre fällt und diese zu einer Fünf-Minuten-Hauptversammlung einberufen werden, in deren Rahmen der Notar einen vorbereiteten „Sprechspiegel“ präsentiert. Finden sich im Protokoll wenigstens konkrete Erwägungen zum Vertrauensentzug, dann wird es im Anfechtungsprozess für das Vorstandsmitglied schwer sein, gegen die notarielle Beurkundung anzukommen, weil die an der Beschlussfassung beteiligten Aktionäre vor Gericht kaum aussagen werden, dass sie gar nicht wussten, woran sie mitwirkten. Fehlen im Protokoll aber einigermaßen aussagekräftige Angaben darüber, die die Entscheidung der Hauptversammlung, dem Vorstandsmitglied das Vertrauen zu entziehen, unabhängig von der Frage der sachlichen Rechtfertigung überhaupt nachvollziehbar machen und vermögen die Aktionäre auch durch Aussage vor Gericht keine damals diskutierten und von der Mehrheit der Aktionäre geteilten Erwägungen zu beschreiben, dann kann der Vertrauensentzug (auch wenn er auf nicht offenbar unsachliche Gründe hätte gestützt werden *können*) als Abberufungsgrund nicht erfolgreich herangezogen werden.

<sup>30</sup> In Anlehnung an die Rsp des OGH zu Gesellschafterbeschlüssen in der Ein-Mann-GmbH (vgl OGH SZ 32/2; dazu *G. Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters I, GesRZ 1999, 100 (105); *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer [2015] 10); könnte man bei der AG mit bloß einem Aktionär eine Ausnahme dahingehend machen, dass der Alleingesellschafter, selbst wenn aus dem Hauptversammlungsprotokoll keinerlei konkrete Erwägungen für den Vertrauensentzug hervorgehen, vor Gericht seine damals angestellten, wenn auch nicht im Protokoll Niederschlag gefunden habenden Erwägungen darlegen kann.

<sup>31</sup> Ausnahmen sind freilich denkbar. Stützt zB der Aufsichtsrat die Abberufung darauf, dass das Vorstandsmitglied für private Zwecke Infrastruktur des Unternehmens (zB Mitarbeiter, etc)

finanziellen Ansprüche, die dem Vorstandsmitglied aus der Abberufung erwachsen oder nicht erwachsen.

- 15 Hier ist es ganz wichtig, insbesondere bei langjährigen Vorstandsmandaten, wo es zahlreiche Vertragsänderungen in Form verschiedener Urkunden geben kann, den sich daraus möglicherweise ergebenden Auslegungsfragen große Aufmerksamkeit zuzuwenden. Die Existenz unklarer oder zumindest nicht restlos klarer Bestimmungen ist gerade in solchen Fällen langjähriger Vertragsbeziehung eher die Regel als die Ausnahme.
- 16 Die Existenz von **Kündigungs-**<sup>32</sup> oder gar **Koppelungsklauseln**<sup>33</sup>, hat wohl den größten Einfluss auf das Ausmaß der Ansprüche des Vorstandsmitgliedes (vgl *F Schörghofer/Tinhofer* Rz 7/98 ff). Ermöglicht der Vertrag der Gesellschaft bei einer (wenn auch nicht verschuldeten) Abberufung die Kündigung unter Einhaltung einer verhältnismäßig kurzen Frist,<sup>34</sup> dann steht statt der Auszahlung einer vielleicht noch mehrjährigen Restlaufzeit bloß die Zahlung für einige wenige Monate zur Diskussion. Und hat sich das Vorstandsmitglied unglücklicherweise<sup>35</sup> auf eine Koppelungsklausel eingelassen, die ein sofortiges Ende des Vertrages bei jeglicher Abberufung vorsieht, dann wirkt diese nach der Rsp des OGH bei Fehlen eines zur fristlosen Auflösung des Anstellungsvertrages berechtigenden (verschuldeten) Abberufungsgrundes zwar nicht sofort, aber immerhin unter Einhaltung einer gerade einmal vierwöchigen Kündigungsfrist in Anwendung des § 1159a Abs 1 ABGB.<sup>36</sup>

---

herangezogen hat, kann eine – überhaupt für das Vorstandsmitglied sehr empfehlenswerte – Klausel im Anstellungsvertrag schon helfen, der zufolge das Vorstandsmitglied berechtigt ist, „in verkehrstüblichem Ausmaß“ Ressourcen des Unternehmens auch für private Zwecke in Anspruch zu nehmen, also zB eine private Reise über die Assistentin zu buchen, diese gelegentliche private Besorgungen erledigen oder private Korrespondenz abwickeln zu lassen.

<sup>32</sup> Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtstellung von Führungskräften (1991) 177 f; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014) 112 f; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 411 ff; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/148.

<sup>33</sup> Vgl dazu *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 181 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> 114 ff; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 414 ff; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 17/149 ff.

<sup>34</sup> Bei vom Rechnungshof kontrollierten Unternehmen, für die das Stellenbesetzungsgesetz und die Vertragsschablonen-Verordnung der Bundesregierung gilt, schreibt § 2 Abs 3 Z 1 lit b Schablonen-VO vor, dass der Gesellschaft im Falle einer Abberufung auch ohne Verschulden die Möglichkeit eingeräumt sein muss, den Vertrag mit sechsmonatiger Kündigungsfrist aufzulösen (vgl dazu ausführlich *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 412; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/148).

<sup>35</sup> Die Erfahrung hat mich gelehrt, dass viele Vorstandsmitglieder, die solch desaströsen Klauseln in ihren Verträgen haben, sich dessen und va der wirtschaftlichen Tragweite in keiner Weise bewusst waren und erst im Beratungsgespräch mit dem Rechtsanwalt erkennen, was sie dadurch an Vermögenspositionen aufgegeben haben.

<sup>36</sup> So OGH I Ob 190/09m SZ 2010/7=RdW 2010, 407=wbl 2010, 300/117 (*Grillberger*)=ecolex 2010, 683=ARD 6059/3/2010; vgl dazu *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 415; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/150.

Bei solchen Vertragsgestaltungen ist es für das Vorstandsmitglied daher – weil es gleichsam nichts zu „verlieren“ hat – sinnvoll, selbst einen auf Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung gestützten Abberufungsgrund mit allen Mitteln zu bekämpfen. Denn wenn die Gesellschaft die Hürde der (und sei es auch nur unverschuldeten) Abberufung nicht schafft, greifen Kündigungs- oder Koppelungsklauseln eben nicht.<sup>37</sup> 17

Um zu illustrieren, wie mehrdeutig Beendigungsklauseln in Vorstandsverträgen sein können, sei im Folgenden ein Bsp aus der jüngsten Praxis präsentiert: 18

Ein Vorstandsmitglied hatte folgende Bestimmung in seinem Anstellungsvertrag:

*„Dauer und Beendigung des Anstellungsvertrages*

*Der Vorstandsvertrag ist entsprechend der Bestellung zum Vorstandsmitglied bis zum [Datum] befristet.*

*Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 75 Abs 4 AktG, wozu insbesondere grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung zählen, kann das Vorstandsmitglied vorzeitig von seinem Amt abberufen werden.*

*In einem solchen Fall der vorzeitigen Abberufung ist die Aktiengesellschaft berechtigt, auch den Anstellungsvertrag mit sofortiger Wirkung zur Auflösung zu bringen, dies insbesondere, wenn ein wichtiger Grund in sinngemäßer Anwendung des § 27 AngG zur fristlosen Entlassung vorliegt.*

*Wird das Vorstandsmitglied ohne wichtigen Grund abberufen, so bleiben die Entgeltansprüche bis zur Beendigung des Anstellungsvertrages durch Zeitablauf aufrecht. [...]“*

Das betroffene Vorstandsmitglied wurde im realen Fall auf Basis eines Misstrauensvotums durch die Hauptversammlung vom Aufsichtsrat abberufen. Gleichzeitig wurde der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds mit vierwöchiger Frist zum nächsten Monatsletzten gekündigt. Das Vorstandsmitglied bekämpfte die Abberufung und Entlassung bei Gericht. 19

Die beklagte Gesellschaft beurteilte die Klausel im Anstellungsvertrag als Koppelungsklausel, die in jedem Fall der Abberufung zur sofortigen und automatischen Beendigung des Vertrages führen würde. Die beklagte Gesellschaft berief sich auf die oben zitierte OGH-Rechtsprechung, wonach eine uneingeschränkte Koppelungsklausel im Fall einer unverschuldeten Abberufung, die keinen Entlassungsgrund iSd § 27 AngG verwirklicht, nicht zur sofortigen Beendigung führt, sondern die gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen gem § 1159a Abs1 ABGB zu beachten ist. Die Gesellschaft argumentierte, dass die Koppelungsklausel daher umzudeuten sei und eine vierwöchige Kündigungsfrist zur Anwendung gelange. 20

Für das Vorstandsmitglied, das über einen unkündbaren Vertrag mit noch mehrjähriger Laufzeit verfügte, wäre diese Auslegung höchst ungünstig gewesen. 21

<sup>37</sup> G. Schima in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance 246 (275).

Hätte das Gericht die Abberufung auf Basis des Vertrauensentzuges durch die Hauptversammlung als rechtmäßig gewertet, und wäre es der Argumentation der beklagten Gesellschaft gefolgt, wäre der Vertrag des Vorstandsmitglieds mit vierwöchiger Frist (also unter Auszahlung eines Monatsgehältes) gekündigt gewesen.

- 22 Das Vorstandsmitglied argumentierte daher, dass es sich nicht um eine Kopplungsklausel handle, die mit jeder Abberufung das automatische Ende des Vertrages bewirke, sondern dass der Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt werde, im Falle der Abberufung den Vorstandsvertrag ebenfalls mit sofortiger Wirkung zu beenden, wenn wichtige Gründe im Sinne des § 27 AngG vorlägen. Diese Regelung wäre auch nicht überflüssig, weil das Angestelltengesetz auf Vorstandsverhältnisse grundsätzlich nicht anzuwenden sei. Der in § 27 AngG enthaltene Katalog von Entlassungsgründen könne jedoch auch für Vorstandsmitglieder fruchtbar gemacht werden, und genau deswegen hätten die Vertragsparteien das Entlassungsrecht der Gesellschaft analog zu dieser Bestimmung vereinbart. Mangels Vorliegens eines Entlassungsgrundes hätte die Gesellschaft aber keine Möglichkeit zur sofortigen Beendigung und weil der Vertrag sonst keine Kündigungsmöglichkeiten vorsah, sei auch die Kündigung mit vierwöchiger Frist nicht rechtmäßig erfolgt. Das Vorstandsmitglied hätte nach diesem Rechtsstandpunkt Anspruch auf Entgelt für einen Zeitraum von nicht bloß vier Wochen, sondern bis zum Ende der Vertragslaufzeit, die noch mehrere Jahre betrug.

#### D. Sonstige Stärken und Schwächen der Rechtsposition

- 23 Bei der Auslotung der Chancen und Möglichkeiten eines von der Gesellschaft mehr oder weniger unsanft entfernten Vorstandsmitgliedes, vermeintliche oder tatsächliche Rechtsansprüche durchzusetzen, ist aber nicht nur der Gesetzes- und Vertragslage Beachtung zu schenken. Vielmehr geht es um eine Vielzahl von Aspekten im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen, sozialen und juristischen Umfeld der Gesellschaft, die von wesentlichem Einfluss darauf sein können, wie das Ergebnis einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Einigung zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied aussieht. Die Zeiten, in denen Aktiengesellschaften allein aus dem Grunde der **Vermeidung von zu viel Öffentlichkeit** oder medialer Berichterstattung bereit waren, sogar an Vorstandsmitglieder, die sich klarer Verfehlungen schuldig gemacht hatten, hohe Abfindungen und gar Pensionsansprüche auszuzahlen,<sup>38</sup> sind freilich – wohl endgültig – vorbei. Derartige Praktiken verbieten sich schon deshalb, weil sich die für die Gesellschaft **handelnden Organe haftbar** machen würden, was nicht nur für die Nichtverfolgung aussichtsreicher Schadenersatzansprüche, sondern natürlich spiegelbildlich auch für die Zahlung hoher Abfindungen an Vorstandsmitglieder trotz Pflichtverstößen gilt.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Vgl zu einem solchen historischen und prominenten Beispiel *G. Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgfält, RdW 1990, 448.

<sup>39</sup> In Deutschland ist dies spätestens seit der „ARAG-Garmenbeck“ Entscheidung des BGH (BGH 21.4.1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, 244) ins Bewusstsein gedrungen; in Österreich ist die Rechtslage aber ganz ähnlich (vgl zu Sorgfält des Aufsichtsrates bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen [ehemalige] Vorstandsmitglieder ausführlich *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 591 ff).

Der **Abschluss von Vereinbarungen**, mit denen ein schon begonnener oder drohender Rechtsstreit zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied **bereinigt** wird, ist – entgegen manchen Stimmen in der deutschen Literatur<sup>40</sup> – eine *unternehmerische Entscheidung*, für die die seit 1. Jänner 2017 auch in Österreich gesetzlich positiviertere (§ 84 Abs 1a AktG) Business Judgment Rule zur Anwendung gelangt (vgl. *Winner Rz 41/9 ff.*), wenn auch das Ermessen typischer Weise weniger weit reicht als bei klassischen unternehmerischen Entscheidungen, wie der Tätigkeit einer bestimmten Investition, weil ja insbesondere die Prüfung der Frage, ob die Verfolgung der Ansprüche *rechtlich aussichtsreich* ist, eine Rechtsfrage ist, auf die es nicht notwendiger, aber möglicher Weise eine klare Antwort gibt.<sup>41</sup>

Gleichwohl kann es Situationen geben, in denen ein mehr oder weniger im Konflikt entferntes Vorstandsmitglied bessere Chancen hat, finanziell gut auszusteuern, als in anderen Situationen. Steht die Gesellschaft zB vor einem heiklen Geschäftsabschluss, vor der Begebung einer Anleihe oder (als börsennotierte Gesellschaft) vor einer Kapitalerhöhung, sind naturgemäß sämtliche Repräsentanten des Unternehmens bemüht, jedwede Turbulenzen zu vermeiden. Um dieses Ziel zu erreichen, werden daher tendenziell großzügigere Trennungslösungen akzeptiert. 24

Hilfreich kann es für das Vorstandsmitglied naturgemäß auch sein, wenn der Grund für die Ablösung so beschaffen ist, dass auch andere Führungskräfte dafür Verantwortung tragen, diese aber im Unternehmen belassen wurden. (Vgl. zur Problematik auch unten VI. Rz 41 ff.) 25

Einen rechtlicher Hemmschuh für die Erzielung einer gütlichen Einigung in jenen Fällen, in denen auch Schadenersatzansprüche der Gesellschaft im Raum stehen, bildet § 84 Abs 4 AktG. Danach kann die Gesellschaft erst fünf Jahre nach Entstehen der **Schadenersatzansprüche** auf solche **verzichten** oder sich darüber vergleichen und dies auch nur dann, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine qualifizierte Minderheit widerspricht.<sup>42</sup> § 84 Abs 4 AktG ist ein rein rechtlich kaum zu knackender Sperrriegel für gerichtliche oder außergerichtliche Einigungen, die vor Ablauf der Fünf-Jahresfrist abgeschlossen werden. Denn die hA (in Deutschland; in Österreich gibt es kaum Stimmen) qualifiziert auch Haftungsfreistellungen durch **Stimmrechtsbindungsverträge** mit Aktionären als unzulässige Umgehung des § 84 Abs 4 AktG (in Deutschland: § 93 Abs 4 dAktG).<sup>43</sup> 26

<sup>40</sup> So prägnant *Lutter*, Zum unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrates, ZIP 1995, 441 (442): unternehmerisches Ermessen gleich Null; *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG<sup>3</sup> (2010) § 111 Rz 44 f; in der Tendenz wohl auch *Krieger/Sailer* in Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG (2008) § 93 Rz 35; ebenso *Habersack* in MünchKomm<sup>4</sup> (2014) § 111 Rz 37 ff und *Fleischer* in Spindler/Stilz (Hrsg), AktG (2007) § 93 Rz 248.

<sup>41</sup> Vgl. *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 585 ff, 596.

<sup>42</sup> Vgl. *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 113; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 34; ausführlich zur aktienrechtlichen Verzichtssperre und deren Bedeutung für Generalbereinigungsvereinbarungen *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 597 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *Spindler* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 263 ff; *Haas* in *Krieger/Schneider*, Hdb Managerhaftung § 11 Rz 67; *Mertens/Cahn* in KölnKommAktG<sup>3</sup> § 93 Rz 171; *Mertens* in *FS Fleck* (1988) 209 (213); *Hopt/Roth* in GroßKommAktG<sup>5</sup> § 93 Rz 532; *Bauer/Krets*, Gesell-

Dieser Umgehungsgedanke kommt tatsächlich zum Tragen, zumal nicht übersehen werden darf, dass der Schutzzweck des § 84 Abs 4 AktG der Schutz der Gesellschaftsgläubiger sowie der Minderheitsaktionäre ist.<sup>44</sup>

- 27 In jüngster Zeit gibt es zwar im Schrifttum Tendenzen, den Regelungszweck und den Anwendungsbereich des § 84 Abs 4 AktG in einer den Bedürfnissen der Praxis stärker Rechnung tragenden Weise zu begrenzen,<sup>45</sup> es bleibt aber abzuwarten, ob die Rsp diesen Tendenzen in Zukunft nachgeben wird.

#### IV. Die D&O-Versicherung – Verbündete oder Sargnagel?

- 28 Aus dem angloamerikanischen Raum kommend, haben sogenannte D&O-Versicherungen (**Directors' and Officers' Liability Insurance**) längst den deutschen und mittlerweile auch den österreichischen Markt stark erobert. Es gibt kaum mehr einen Manager, der nicht bei Annahme einer Vorstands- oder Geschäftsführerposition sich nach dem Bestehen einer solchen Versicherung und ihren Konditionen erkundigt; nicht selten wird auch die Amtsübernahme mit dem Abschluss eines derartigen Versicherungsvertrages oder mit der Verbesserung seiner Konditionen verknüpft (vgl allgemein *Walbert* Rz 48/1 ff, Rz 48/16). Es handelt sich dabei um eine **Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung** für Manager iW – idR sind auch Aufsichtsratsmitglieder und manchmal leitende Angestellte in den Versicherungsschutz einbezogen –, die meist mit einer gut dimensionierten Rechtsschutzversicherung verbunden ist.<sup>46</sup> Die D&O-Versicherung ist eine Versicherung für fremde Rechnung iSd §§ 74 ff VersVG.<sup>47</sup> Versicherungsnehmer und Prämienschuldner ist die Gesellschaft, Versicherter der betroffene Mana-

---

schaftsrechtliche Sonderregeln bei der Beendigung von Vorstands- und Geschäftsführerverträgen, DB 2003, 811.

<sup>44</sup> *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 603 f; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 95; *Hopt/Roth* in GroßKommAktG<sup>5</sup> § 93 Rz 503; *Fleischer* in *Stilz*, AktG § 93 Rz 233 mwN; *Spindler* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 250; *Reese*, Die Haftung von „Managern“ im Innenverhältnis, DStR 1995, 536; vgl auch OGH 3.6.2009, 7 Ob 248/08h.

<sup>45</sup> Vgl *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013), 35 (44 ff). *U. Torggler* erklärt anhand einer historischen Analyse der Bestimmung, dass der Telos auf dem Generalverdacht basiert, dass Vorstand, Aufsichtsrat und Gesellschaftermehrheit wegen kollegialer Rücksichtnahme Ansprüche nicht geltend machen würden. Zumindest in Fällen, in denen dieser Verdacht keinen Raum hat, sollte die Bestimmung daher teleologisch reduziert werden: bei Kontrollwechsel nach Entstehen des Ersatzanspruches, bei vorzeitiger Beendigung des Vorstandsmandats des Haftpflichtigen mit Zustimmung der Hauptversammlung und bei dem auch von der hL anerkannten Fall, dass der Verzicht mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erfolgt.

<sup>46</sup> Vgl *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 12 Rz 1 ff; *Kort*, Voraussetzungen der Zulässigkeit einer D&O-Versicherung von Organmitgliedern, DSdR 2006, 799 (802 f); *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 356 ff; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/134–141.

<sup>47</sup> Vgl *Dreher*, Die Rechtsnatur der D&O-Versicherung, DB 2005, 1669 (1670); *Olbrich*, Die D&O-Versicherung<sup>2</sup> (2007) 53.

ger bzw die versicherte Personengruppe, die typischerweise nicht namentlich in der Polizze umschrieben wird, sondern nur mittels ihrer Funktion.<sup>48</sup>

Davon, wie eine D&O-Versicherung aus der Sicht der Gesellschaft und/oder des versicherten Managers/Aufsichtsratsmitgliedes beschaffen sein sollte, ist hier nicht die Rede. Denn wenn das Vorstandsmitglied vor der Situation steht, von der Gesellschaft unsanft entfernt worden zu sein, ist es für solche Überlegungen ohnehin zu spät. Entweder es gibt eine D&O-Versicherung oder nicht, und wenn es sie gibt, dann ist sie eben mit jenen Konditionen hinzunehmen, zu denen sie seinerzeit abgeschlossen wurde. 29

Für das versicherte Vorstandsmitglied ist in einer solchen Situation die Existenz einer D&O-Versicherung uU essentiell, ja manchmal in geradezu wortwörtlichem Sinn überlebensnotwendig. Nur sehr gut dotierte oder über private Reserven verfügende Manager sind locker in der Lage, die Kosten eines mehrjährigen Rechtsstreits (vor-) zu finanzieren. Geht es „nur“ um die Durchsetzung **anstellungsvertraglicher Ansprüche**, sind die Verfahrenskosten manchmal noch überschaubar; tritt indes eine **Schadenersatzforderung** der Gesellschaft (als im Verfahren eingewendete Gegenforderung) hinzu, wird die Auseinandersetzung meist nicht nur deutlich zeit-, sondern auch viel kostenaufwändiger.<sup>49</sup> Hier zeigt sich nun ein gewisses Paradoxon: Macht das Vorstandsmitglied bloß anstellungsvertragliche Ansprüche geltend, weil es zB der Meinung ist, der Bonus sei falsch berechnet worden, oder der Entgeltfortzahlungszeitraum von der Gesellschaft zu kurz bemessen, weil die behauptete Kündigungsklausel nicht wirksam oder nicht anwendbar sei, greift kein D&O-Versicherungsschutz. Bloß wenn das Vorstandsmitglied eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat, kann es zu einer wenigstens teilweisen Kostendeckung kommen.<sup>50</sup> Ein Vorstandsmitglied, das über keine nennenswerten finanziellen Reserven verfügt, muss sich daher – überspitzt ausgedrückt – geradezu wünschen, dass die Gesellschaft – und sei es auch nur außergerichtlich – Schadenersatzansprüche erhebt bzw diese im Gerichtsverfahren compensando einwendet. Denn erst ab diesem Zeitpunkt – die D&O-Versicherung geht vom **claims made-Prinzip** (Anspruchserhebungsprinzip) aus<sup>51</sup> – entsteht der Versicherungsschutz. Die Anspruchserhe-

<sup>48</sup> G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 356.

<sup>49</sup> Die D&O-Versicherung ist oft auch aus dem Grund wichtig, weil „herkömmliche“ Rechtsschutzversicherungen Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche überhaupt nicht helfen. Die Versicherungsbedingungen nehmen Rechtsstreitigkeiten von Organmitgliedern aus dem Arbeitsgerichtsrechtsschutz aus (vgl. Aichinger, Neue Trends in der D&O-Versicherung, in Gisch/Koban/Ratka (Hrsg), Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz (2016) 103 (104).

<sup>50</sup> Die Erfahrung zeigt, dass „herkömmliche“ Standard-Rechtsschutzversicherungen – sollten die Bedingungen überhaupt Deckung für Organmitglieder gewähren –, die in derartigen Verfahren typischerweise auflaufenden Anwaltskosten nur teilweise und auch nur zu einem Bruchteil decken. Für außergerichtliche Beratung gebührt nach den im Umlauf befindlichen Verträgen manchmal gar kein Ersatz, gelegentlich ein symbolischer Betrag von oft nur ein paar hundert Euro.

<sup>51</sup> Vgl Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O-Versicherung § 4 Rz 2, § 6 Rz 93 ff; G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 359; Aichinger in Gisch/Koban/Ratka, Haftpflichtversicherung 103 (112).

bung ist ein Versicherungsfall, den Versicherter und Versicherungsnehmer dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen haben.

- 31 Diese **Anzeigeobligationen** sind ernst zu nehmen. Der Versicherungsfall tritt nicht erst bei gerichtlicher Klageerhebung oder Einwendung einer Gegenforderung ein, sondern durch jedes Verhalten, mit dem dem Versicherten gegenüber Schadenersatzansprüche – wenn auch noch nicht in klar umschriebener Form – geltend gemacht werden.<sup>52</sup> Dies kann ein außergerichtliches Mahnschreiben ebenso sein wie die Erklärung in einem Strafverfahren, sich diesem als Privatbeteiligter anschließen zu wollen.
- 32 Aufgrund des Umstandes, dass der Schadensverlauf in der D&O-Versicherung ganz besonders schlecht ist,<sup>53</sup> neigen die Versicherer dazu, bei der Geltendmachung von Gründen für einen **Ausschluss der Deckung** ziemlich kreativ zu sein. Professionelles Verhandeln mit dem Versicherer ist daher oft vonnöten. Nicht selten kann es sich empfehlen, zur Vermeidung eines – idR selbst nicht vom Versicherungsschutz umfassten<sup>54</sup> – Deckungsprozesses sich mit dem Versicherer auf ein vielleicht nicht restlos befriedigendes und durch einen Deckungsprozess möglicherweise maximierbares Kostenübernahmevermögen zu einigen. Dies betrifft zB die Höhe anwaltlicher Stundensätze. Anders als herkömmliche Rechtsschutzversicherungen, die fast immer bei gerichtlicher Anspruchsdurchsetzung die Anwaltskosten (nur) nach RATG ersetzen, akzeptieren D&O-Versicherungen durchaus auf Stundensätzen basierende Anwaltshonorare, wobei aber die Höhe der Stundensätze in der Polizza selten ziffernmäßig genannt ist. Hier besteht daher Verhandlungsspielraum. Versicherer greifen jedoch oft zu trickreichen, wenn auch rechtlich gelegentlich unhaltbaren Argumenten wie zB in einem vom Verfasser in jüngerer Zeit betreuten Fall, wo aus der Formulierung, der Versicherer übernehme die Kosten „eines“ Anwaltes vom Versicherer gefolgert wurde, die Causa dürfe nur von *einem* Anwalt bzw Juristen betreut werden, obwohl ihre Dimension den Einsatz von zumindest zwei Juristen unbedingt erforderlich machte.
- 33 Wenn die vom Versicherer akzeptierten **Honorarsätze** nicht ausreichen, um eine aus der Sicht des Anwaltes angemessene Entlohnung sicherzustellen, bedarf es entsprechend klarer Vereinbarungen mit dem Mandanten (Vorstandsmitglied), aus denen sich ergibt, dass eine zB aufgrund höherer vereinbarter Stundensätze resultierende Differenz vom Versicherten (Mandanten) zu tragen ist.
- 34 Da bei der streitigen Trennung von Vorstandsmitgliedern nicht selten **Strafanzeigen** erstattet und gerichtliche Strafverfahren eingeleitet werden, kommt dem Strafrechtsschutz der D&O-Versicherung große Bedeutung zu. Hier ist nämlich

<sup>52</sup> Vgl jüngst *Lanner*, D&O-Versicherung unter besonderer Berücksichtigung des *Claims-Made*-Prinzips, in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflichtversicherung 51 (82): die Anspruchserhebung sei weder gesetzlich noch in den Versicherungsbedingungen genau definiert. Die hL verstehe darunter jede ernstlich gemeinte Erklärung eines Dritten oder des Versicherungsnehmers gegenüber dem versicherten Organmitglied, aus der zu erkennen ist, dass dieser Ansprüche zu haben glaubt und diese weiter verfolgen werde.

<sup>53</sup> Für Deutschland gibt es Daten, die belegen, dass ungefähr jede zehnte Polizza von einer Schadensmeldung betroffen ist.

<sup>54</sup> Freilich lässt sich auch der Deckungsprozess versichern, was durchaus empfehlenswert erscheint.

die Deckungslücke auch im Falle erfolgreicher Abwehr ungleich größer als im Zivilverfahren, das immerhin vom Erfolgsprinzip ausgeht und dem obsiegenden Teil Kostenersatz (freilich nur auf der Basis RATG) zuspricht. Im Strafverfahren gibt es hingegen im Falle der Einstellung eines – uU jahrelangen – Ermittlungsverfahrens überhaupt keinen Kostenersatz und bei rechtskräftigem Freispruch symbolische Mini-Beträge, die in größeren Wirtschaftsstrafverfahren meist nur einen winzigen Bruchteil der tatsächlich angefallenen Kosten ausmachen. Der Strafrechtsschutz ist daher von eminenter Bedeutung für das Vorstandsmitglied. Auch hier sind die Versicherer in der Argumentation mit Ausschlussgründen durchaus kreativ, denen sich ein kundiger Rechtsberater energisch in den Weg stellen sollte.<sup>55</sup>

Es ist ein Faktum, dass die Existenz gut dotierter **D&O-Versicherungen** die Geltendmachung von **Schadenersatzansprüchen** gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder tendenziell **begünstigt**. Anders gewendet: Manche Ansprüche würden gerichtlich gar nicht geltend gemacht werden, wenn es nicht den gut gefüllten Haftungsfondses eines Versicherers gäbe,<sup>56</sup> auf die die Gesellschaft (es geht ja in aller Regel in Österreich um die Geltendmachung der „Innenhaftung“) gerne Zugriff bekäme. Es kommt daher zunehmend vor, dass Aktiengesellschaften iZm der Trennung von einem Vorstandsmitglied dieses dazu zu bewegen versuchen, ein haftungsträchtiges Verhalten einzugestehen, um mit dem Versicherer eine entsprechende Einigung über die zumindest teilweise Übernahme des Schadens erzielen zu können. Solche Vorgehensweisen sind nicht schlechthin unzulässig, können aber gelegentlich auch die Grenze zum Versicherungsbetrug erreichen, wenn den Beteiligten klar ist, dass ein für den Versicherungsschutz relevantes Fehlverhalten vorliegt. Die D&O-Versicherer lassen sich freilich auf derartige „freundliche Inanspruchnahmen“ nicht ein, sondern verlangen in solchen Fällen typischerweise, dass die Gesellschaft gegen das (ehemalige) Vorstandsmitglied auch gerichtlich vorgeht. Aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes, das mit einem derartigen „unsittlichen“ Angebot konfrontiert wird, ist die Situation nicht gerade angenehm: Im Falle der Kooperation hat es möglicherweise künftig Ruhe, aber einen vielleicht nicht unbedeutenden Reputationsverlust erlitten. Bei Verweigerung der Kooperation droht dagegen eine herbe Auseinandersetzung mit der Gesellschaft, die das Vorstandsmitglied nicht nur wirtschaftlich, sondern auch mental stark belasten kann (zu letzterem Aspekt siehe unten V. Rz 36 ff).

## V. Rechtsstreit und mentale Verfassung der Protagonisten

Ein Rechtsstreit zwischen Gesellschaft und (ehemaligem) Vorstandsmitglied belastet nicht nur das Budget der Streitparteien – was dem Vorstandsmitglied typischerweise viel mehr weh tut – sondern kostet auch sehr viel Zeit und Nerven. Die Betreuung eines solchen sich über Jahre hinziehenden Verfahrens, in dem

<sup>55</sup> Vgl ein prägnantes Bsp bei G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 374.

<sup>56</sup> G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 365.

alle paar Monate eine Verhandlung ausgeschrieben wird,<sup>57</sup> bindet in hohem Ausmaß Ressourcen. Ein größeres Unternehmen vermag dies idR professionell zu organisieren, wobei auch dort die **(Opportunitäts-)Kosten** hoch sind; für das letztlich (wenn auch mit Rechtsberatung) allein kämpfende Vorstandsmitglied ist diese Ressourcenbindung aber noch viel einschneidender. Es müssen ja alle paar Monate immer wieder Dokumente gelesen und Sachverhalte sowie Argumente einstudiert werden, und geistig loszukommen von einem derartigen existentiellen Verfahren ist, solange es läuft, für den Betroffenen vermutlich ohnehin unmöglich.

- 37 Aus alledem folgt, dass es einer nicht nur **guten Finanzlage**, sondern auch einer möglichst **robusten mentalen Verfassung** bedarf, um einen jahrelangen Rechtsstreit gegen die Gesellschaft durchzustehen, in dem diese möglicherweise versucht, durch immer wieder neues Vorbringen und Berge von Urkunden<sup>58</sup> den anstellungsvertraglichen Ansprüchen entgegenzutreten.

Hier zeigt sich in der Praxis eine große Bandbreite: es gibt hoch dotierte Topmanager, die gewohnt waren, dass ihren Anordnungen keinerlei Widerstand entgegen gebracht wird, die aber in der Auseinandersetzung um die eigene Sache und wirtschaftliche Existenz und vor Gericht in einer Weise „schrumpfen“, die die Prozessführung auch aus der Sicht des vertretenden Anwalts schwierig macht. Andererseits wachsen gelegentlich Manager bei der Betreuung der eigenen Sache derart über sich hinaus, beherrschen den Prozessstoff so souverän, dass man als anwaltlicher Berater und Vertreter schon deshalb den Eindruck gewinnt, die Trennungsentscheidung der Gesellschaft müsse auf einem Fehlkalkül beruhen.

Der Verfasser dieses Beitrages vertrat vor einigen Jahren ein Vorstandsmitglied einer Tochtergesellschaft einer großen Kreditinstituts-Gruppe, das von der Gesellschaft auf sage und schreibe EUR 60 Mio verklagt worden war. Eine solche Schadenssumme hat in Österreich absoluten Seltenheitswert. Dieses Vorstandsmitglied hatte ein Aktiv-Gehalt von unter EUR 200.000,- jährlich, gehörte daher zweifellos nicht zur Liga der Top-Verdiener im obersten Management, und die Klage hätte es in dieser Form selbstverständlich nie gegeben, wäre da nicht eine mit über EUR 70 Mio dotierte D&O-Versicherung gewesen. Dieses Vorstandsmitglied betreute sein eigenes Verfahren mit einer Professionalität, und bereitete den – sehr komplexen – Sachverhalt in einer Weise auf, die die Prozessführung zum reinen Vergnügen werden ließ. Und es stellte sich auch schnell heraus, dass die Gesellschaft den Falschen geklagte hatte, dh dem Beklagten wohl kein haftungsrechtlich relevanter Vorwurf zu machen war. Das Verfahren wäre nach Ansicht des Verfassers mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Gänze gewonnen worden, was dem Beklagten aufgrund des enorm hohen Streitwertes (bei dem das RATG-Honorar

<sup>57</sup> In den letzten Jahren verstärkte sich auch in den Zivilverfahren etwas der Trend, in komplexeren Prozessen ganztägige Verhandlungen anzuberaumen und manchmal auch zwei oder drei Tage hintereinander. Dies ist aber trotzdem eher die Ausnahme denn die Regel.

<sup>58</sup> Nun ist es zwar so, dass – wie oben ausführlich erläutert – ein Nachschieben von Abberufungsgründen im Verfahren nicht ohne weiteres möglich ist, sondern einen weiteren Aufsichtsratsbeschluss verlangt, doch scheuen manche Gesellschaften diesen Aufwand nicht und gibt es andererseits auch gelegentlich Richter, die – wie der Verfasser dies gerade in einem anhängigen Fall erlebt – auch ohne Vorliegen zusätzlicher Aufsichtsratsbeschlüsse jedwedes noch so spät erstattete Vorbringen samt Urkunden akzeptieren, statt es prozessordnungskonform zurückzuweisen.

ein übliches Stundensatz-Honorar bei weitem übersteigt), einen beträchtlichen Geldbetrag eingebracht hätte; schließlich einigten sich die Streitteile aber doch auf einen Vergleich, bei dem der D&O-Versicherer ungefähr 10% der Deckungssumme zahlte und das Vorstandsmitglied von allen weiteren Ansprüchen freistellte.

Jedenfalls empfiehlt es sich in Anbetracht des Gesagten, diese Fragen, nämlich nicht nur die finanziellen Ressourcen, sondern insbesondere auch das Nervenkos-tüm und die Konfliktscheu bzw Konfliktlust des aus dem Unternehmen entfernten Vorstandsmitgliedes, einer genauen Betrachtung und Diskussion zu unterziehen. Denn mit stumpfen Waffen und nicht ausgeruhten Pferden in den Kampf zu zie-hen, ist noch nie gut ausgegangen. **38**

## VI. Ausweitung der Kampfzone, Streitverkündigungen

Die Haftung des Vorstandsmitgliedes einer AG ist für dieses eine schlimme Sache. Sie greift schon bei leichtester Fahrlässigkeit ein, weil die Privilegien des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes auf Organmitglieder juristischer Personen nicht zur Anwendung gelangen,<sup>59</sup> ist betraglich unbeschränkt und wegen § 84 Abs 4 AktG auch unbeschränkbar.<sup>60</sup> **39**

Mit anderen Worten: Die **Vorstandshaftung** kann eine echte **Existenzbedro-hung** sein, wenn und soweit nicht durch eine D&O-Versicherung Abhilfe geschaf-fen wird.<sup>61</sup> **40**

Obwohl mehrere Vorstandsmitglieder gemäß § 84 Abs 2 AktG bekanntlich solidarisch haften (was einer abgestuften Verantwortlichkeit nach Maßgabe der Ressortverteilung nicht im Wege steht), gehen Gesellschaften nicht selten selektiv bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor. Ein Vorstandsmit-glied wird entfernt und fungiert in gewisser Weise als Bauernopfer; der vielleicht **41**

<sup>59</sup> Vgl zur GmbH zuletzt OGH 9 ObA 326/99b SZ 73/20; zur AG 1 Ob 179/73 SZ 46/113; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 219 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienst-verträge<sup>4</sup> 183; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/423; *Schima/Liem-berger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer 242 f.

<sup>60</sup> *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 598; *Runggal-dier/G. Schima*, Führungskräfte 224 ff.

<sup>61</sup> Dieser Umstand, dass es letztlich trotz der „schadenersatzprozessermutigenden Funktion“ der D&O-Versicherung das elementare Interesse des versicherten Organmitgliedes ist, über einen solchen Versicherungsschutz zu verfügen, zeigt auch, dass die „traditionelle“ (und in Österreich – im Gegensatz zu Deutschland – nach wie vor herrschende) Sichtweise, die Übernahme der Prämien durch die Gesellschaft sei Vorstands*entgelt*, weiterhin überzeugt. (Vgl *G. Schima*, Organinteressen, Konflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199 (208); *Griehser*, Versicherungsmöglichkeiten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Directors’ and Officers’ Liability Insurance in Österreich, RdW 2006, 133 (136); *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolo 2008, 143; *U. Torggler in Artmann/Rüffler/Torggler*, Organhaftung 52 ff; ausführlich *G. Schima*, Der Auf-sichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses Rz 360 ff; aM *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung § 5 Rz 26 ff; auch schon *Gruber/Wax*, wbl 2010/169 (173 ff) und aM (außer für den Fall einer individuell auf Vorstandsmitglieder zugeschnittenen D&O-Versi-cherung) auch *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/453 für den Vor-stand und Rz 3/505 für den Aufsichtsrat, die *Gruber/Wax* [wbl 2010, 174 FN 68] zu Unrecht der einen Entgeltcharakter vertretenden Meinung zuordnet).

genauso für das Desaster verantwortliche Vorstandsvorsitzende, oder die ein nicht ausreichend vorbereitetes Hochrisikoprojekt ohne kritische Fragen durchwinkenden Aufsichtsratsmitglieder werden hingegen nicht belangt und verbleiben in ihren Ämtern.<sup>62</sup>

- 42 In einer solchen Konstellation kann sich die – unter einschlägig versierten Rechtsberatern allgemein bekannte – Strategie empfehlen, „die Kampfzone auszuweiten“, und mittels **Streitverkündigungen** an – insbesondere noch im Amt befindliche – Ex-Vorstandskollegen und Aufsichtsratsmitglieder in der Gesellschaft etwas „Angst und Schrecken“ zu verbreiten.
- 43 So wie oben konstatiert wurde, dass die Zeiten gütlicher Einigung selbst bei manifester Pflichtverletzung zwecks Vermeidung jeglicher öffentlicher Aufmerksamkeit wohl endgültig vorbei sind, ist auch die Effektivität der gerade beschriebenen Strategie in den letzten Jahren vielleicht etwas gesunken, weil die Hemmschwelle gegenüber dem Führen von Rechtsstreitigkeiten, aber auch gegenüber dem in solche hineingezogen Werden gesunken ist. Dennoch kann keinem Zweifel unterliegen, dass eine solche Vorgangsweise eines gleichsam allein zum Sündenbock gestempelten und mit Schadenersatzklage überzogenen (Ex-)Vorstandsmitgliedes in entsprechendem Umfeld sehr wirkungsvoll sein kann. Denn dann müssen sich mehrere andere Personen, die der Gesellschaft noch immer zur Verfügung stehen und deren Arbeitskraft benötigt wird, plötzlich mit sich selbst und ihrer potentiellen Haftung beschäftigen. Für jeden auf diese Art und Weise ins Verfahren Gezogenen empfiehlt sich die **Beiziehung rechtlichen Beistandes** (und sei es auch nur, um zu prüfen, ob nicht vielleicht ausnahmsweise ein Beitritt zum Verfahren nicht erfolgen soll), und schließlich darf auch nicht vergessen werden, dass eine allfällige Deckungssumme einer D&O-Versicherung wie Schnee in der Sonne schmelzen kann, wenn plötzlich nicht eine Person, sondern gleich fünf oder sechs in einem Prozess mit hohem Streitwert anwaltlich vertreten sind und zB Gutachten in Auftrag geben möchten. Dies kann fraglos nicht im Interesse der Gesellschaft sein, weil dann im Falle eines Vergleiches für die Schadensregulierung weniger Mittel übrig bleiben.
- 44 Freilich kann dem **Nebenintervenienten** nicht vorgeschrieben werden, auf welcher Seite er beitrifft. Es könnten daher auf diese Weise ins Verfahren gezogene Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder – dies kam in der Praxis schon durchaus vor – nicht auf der Seite des ihnen den Streit verkündenden beklagten Vorstandsmitgliedes, sondern auf Seiten der Gesellschaft beitreten.<sup>63</sup> Dies wiederum bedeutet ein **erhöhtes Kostenersatzrisiko** für das streitverkündende Vorstandsmitglied,

<sup>62</sup> Die Flughafen Wien AG im Zusammenhang mit dem Baukostendebakel rund um das Projekt „Skylink“ wäre ein recht anschauliches Beispiel aus der jüngeren österreichischen Wirtschaftsgeschichte, wobei dort nur „selektiv entfernt“ wurde, hingegen überhaupt keine Schadenersatzansprüche gegen involvierte Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltend gemacht wurden.

<sup>63</sup> Freilich muss das Gericht auch in diesem Fall – und umso mehr – das rechtliche Interesse des beitretenden Nebenintervenienten am Prozessgewinn „seiner“ Partei prüfen: vgl *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 § 18 ZPO Rz 17 f; genauer zum Vorliegen des rechtlichen Interesses *ders* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 § 17 ZPO Rz 5 f.

weil bei Prozessverlust auch dem auf der anderen Seite einschreitenden Nebenintervenienten Kostenersatz zu leisten ist.<sup>64</sup>

Bei Existenz einer ausreichend dimensionierten D&O-Versicherung mit entsprechender Rechtsschutzdeckung braucht dies das Vorstandsmitglied freilich nicht besonders zu beunruhigen.

---

<sup>64</sup> Vgl. *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 § 19 ZPO Rz 35.



**Susanne Kals, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)**

## **Handbuch für den Vorstand**

facultas 2017, 1.514 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-1364-3

EUR 240,- (A) / EUR 234,- (D) / sFr 234,-