

RA Dr. Georg SCHIMA, Wien

Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder – Ein Schritt auf dem Weg in Richtung Board-System?

Der österreichische Gesetzgeber machte es mit dem AOG möglich, Aktienoptionen, ohne den Umweg über Wandelschuldverschreibungen beschreiten zu müssen, auch Aufsichtsratsmitgliedern einzuräumen. Begründet wird dies vor allem damit, dass leichter qualifizierte Fachleute für den Aufsichtsrat gewonnen werden sollten.

Der Beitrag versucht die Risiken, aber auch die mit dieser Vorgangsweise verbundenen Chancen einer Aufwertung des Aufsichtsrates aufzuzeigen.

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkung
- II. Vor- und Nachteile der Zulassung von Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder
 1. Sicherung marktkonformer Vergütungen
 2. Gefahr der „Selbstalimentierung“ wegen Einflussnahme auf die Hauptversammlung
 3. Stock-Options als (un-)geeignete Vergütungsform für ein „risikoaverses“ Organ?
 4. Kapitalmarkimpulse
 5. Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder von „Start-up-Unternehmen“
- III. Ausschließliche Vergütungskompetenz der Hauptversammlung
 1. Festlegung aller (materiellen) Details
 2. Herabsetzungsrecht (§ 98 Abs 1, zweiter Satz AktG)
- IV. Stock-Options für Aufsichtsratsmitglieder als Schritt in Richtung Board-System?
 1. Überdenkung der traditionellen Aufsichtsratsrolle
 2. Schaffung eines Marktes für „Profi-Aufsichtsräte“
 3. Verbesserung des Entgelt- und Mandatsschutzes
- V. Ausblick

I. Vorbemerkung

Mit dem AOG¹⁾ hat der österreichische Gesetzgeber – sogar der Rechtsentwicklung in Deutschland vorausseilend – die Möglichkeit geschaffen, auch Mitgliedern des Aufsichtsrates Aktienoptionen ohne Umweg über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, also im Wege so genannter „nackter“ Optionsrechte, zu gewähren.

Dabei handelt es sich – wie die Gesetzesmaterialien²⁾ selbst einräumen – um einen der umstrittensten Punkte im AOG. Der Gesetzgeber sah nämlich sehr wohl die Gefahr, dass der Aufsichtsrat durch Einbindung in ein „risikogeeignetes“ Entlohnungssystem dazu verleitet werden könnte, den Vorstand bei riskanten Geschäften, die ein hohes Aktienkurssteigerungspotenzial aufweisen, weniger streng zu kontrollieren, und dass ein selbst durch Aktienoptionen begünstigter Aufsichtsrat bei der Aushandlung ähnlich strukturierter Vorstandsvergütungen „seine eigenen Interessen mitbedenken könnte“.³⁾

Den Ausschlag für die Einbeziehung des Aufsichtsrates gab schließlich aber die Überlegung, dass durch die Schaf-

fung finanzieller Anreize im Zusammenhang mit der Aufsichtsratsvergütung die Gewinnung qualifizierter Experten erleichtert und darüber hinaus verhindert werden sollte, dass Experten nur über „intransparente Konsulentenverträge“ mit „unklaren Haftungsfolgen“ gewonnen werden könnten.⁴⁾ Weiters spielte in den Beratungen eine wesentliche Rolle, dass vor allem bei jungen Unternehmen im Bereich der „New Economy“ der Bedarf an qualifizierten Aufsichtsratsmitgliedern wegen der geringen Liquidität solcher Unternehmen (insbesondere derer, die vor einem Börsengang stünden) nicht gedeckt werden könnte.⁵⁾

Anders verlief die Rechtsentwicklung in Deutschland. Dort wurde genau drei Jahre davor aus dem Entwurf zum KonTraG⁶⁾ der zunächst auf „Organmitglieder“ zugeschnittene und damit nach allgemeinem Begriffsverständnis auch Aufsichtsratsmitglieder umfassende⁷⁾ Geltungsbereich so eingeschränkt, dass der Aufsichtsrat bewusst ausgeklammert blieb.

Im diesbezüglich überarbeiteten Regierungsentwurf zum KonTraG wurde dies folgendermaßen begründet:

„Alle weiteren Bedingungen des Aktienoptionsplans sind von den für die Vergütung zuständigen Kompetenzebenen im Einzelnen festzusetzen ... Der Aufsichtsrat der Gesellschaft kann nach der Entwurfsregelung nicht Begünstigter sein, da er dann die weiteren Bedingungen für sich selbst festsetzen müsste. Zu den weiteren Bedingungen zählen etwa Mindesthaltefristen (Verkaufssperren) und Bindungsfristen für Mitarbeiter, ferner die Fragen der technischen Abwicklung, das Verfahren der Zeichnung und Ausübung, die Fragen der Einrichtung eines ‚Stock-Option‘-Kontos mit Depot, die Bankprovisionen, die Anpassungen bei zwischenzeitlichen Kapitalerhöhungen, die Unübertragbarkeit der Optionen, die selbstverständlich ist, und

¹⁾ Bundesgesetz vom 27. April 2001, mit dem im Aktiengesetz, im Handelsgesetzbuch und im Börsegesetz Regelungen über Optionen auf Aktien getroffen werden (Aktienoptionengesetz), BGBl I 2001/42.

²⁾ ErlRV 485 BlgNR XXI. GP 7 f.

³⁾ ErlRV 485 BlgNR XXI. GP 7.

⁴⁾ ErlRV 485 BlgNR XXI. GP 7.

⁵⁾ ErlRV 485 BlgNR XXI. GP 8.

⁶⁾ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (BGBl I 786).

⁷⁾ Vgl. Oltmanns, Stock-Options für Aufsichtsräte?, in Achleimer/Wollmer, Stock-Options 213 ff, 217.

die Verpfändbarkeit, die Dividendenberechtigung, die Möglichkeiten einer Kreditfinanzierung, Einzelfragen bei Ausscheiden, Eintritt in den Ruhestand und Todesfall des Bezugsberechtigten etc sowie die Kündbarkeit durch die Gesellschaft.“⁸⁾)

Nicht unmaßgeblich für diesen Sinneswandel des deutschen Gesetzgebers war eine Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins (DAV)⁹⁾, in der mit folgenden dünnen Worten Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder eine Absage erteilt wurde:

„Zweifelhaft ist bei Aktienoptionsplänen allerdings, ob diese auch Aufsichtsratsmitglieder einbeziehen sollten. Der Aufsichtsrat ist kein Organ der Geschäftsführung; er soll diese vielmehr – auch bei ihrem Bestreben zur Unternehmenswertsteigerung – überwachen. Diese Aufgabe erfordert nach Ansicht des Handelsrechtsausschusses nicht, dass der Aufsichtsrat selbst ein finanzielles Interesse an der Steigerung des Unternehmenswertes hat. Die Aufsichtsratsstätigkeit stellt auch künftig nur eine Nebentätigkeit dar, sodass eine Vergütung mit Stock-Options nicht angebracht erscheint. Bemerkenswerterweise spricht auch die Begründung des Gesetzesvorschlags nur von Aktienoptionsplänen für leitende Angestellte und Vorstandsmitglieder, nicht aber für Mitglieder des Aufsichtsrats.“¹⁰⁾

Der Deutsche Anwaltsverein erntete dabei teilweise Zustimmung¹¹⁾, überwiegend aber Ablehnung.¹²⁾

II. Vor- und Nachteile der Zulassung von Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder

Im Folgenden soll in der im Rahmen dieses Beitrages gebotenen Knappheit auf die in der einschlägigen Diskussion ins Treffen geführten Vor- und Nachteile bzw Chancen und Gefahren der (erleichterten) Zulassung von Aktienoptionen (ohne Umweg über Wandelschuldverschreibungen) für Aufsichtsräte eingegangen werden.

1. Sicherung marktkonformer Vergütungen

Aufsichtsratsvergütungen sind sowohl in Österreich als auch in Deutschland mäßig. Während es für Österreich kaum Zahlenmaterial gibt, existieren in Deutschland verschiedene Untersuchungen, die sowohl diese Tatsache, aber auch den Umstand belegen, dass bei den größeren und börsennotierten Gesellschaften die Höhe der Vergütung stark auseinander klafft. So sind in Deutschland einer Studie zufolge zwischen 1960 und 1995 die durchschnittlichen Bezüge von Aufsichtsratsmitgliedern von DM 15.300,- jährlich um bloß rund 10% auf DM 16.800,- jährlich angestiegen und ist damit deren Realwert um rund ein Drittel gesunken.¹³⁾ Gemäß der viel zitierten Kienbaum-Unternehmensstudie aus 1994 stiegen die durchschnittlichen Aufsichtsratsbezüge zwischen 1960 und 1992 von DM 13.100,- auf DM 16.900,-, was einem Anstieg von rund 30% entspricht. Im selben Zeitraum gab es bei den durchschnittlichen Vorstandsbezügen eine Entwicklung von DM 94.000,- auf DM 420.000,- und damit eine Erhöhung um rund 350%.¹⁴⁾ Andererseits ist bei großen deutschen Aktiengesellschaften die Spannweite zwischen den Bezügen ge-

waltig. So schwankten 1997 bei den DAX-30-Gesellschaften die jährlichen Aufsichtsratsbezüge zwischen DM 14.900,- (Lufthansa) und DM 144.000,- (Schering),¹⁵⁾ was einer Abweichung von 1000% entspricht.

In Österreich dürfte das Bild ähnlich sein, wobei Spitzenwerte wie die für Deutschland bei Schering vorgefundenen (die einem Gegenwert von ATS 1 Mio entsprechen) in Österreich – zumindest als „offizielle“ und von der Hauptversammlung beschlossene Aufsichtsratsantenne – kaum existent sind. Den Erfahrungen des Verfassers zufolge liegt die Bandbreite bei großen österreichischen Aktiengesellschaften zwischen rund ATS 100.000,- und ATS 500.000,-, wobei Beträge in der letztgenannten Größenordnung die absolute Ausnahme bilden und sich auf einige wenige Aufsichtsratsvorsitzende beschränken.

Die Abstufung zwischen der Vergütung einfacher Mitglieder einerseits und jener des Vorsitzenden und seines/seiner Stellvertreter/s ist nicht allzu ausgeprägt. Es dürfte selten vorkommen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates das Doppelte eines einfachen Mitglieds oder gar mehr verdient, wohingegen deutsche Stellungnahmen und Empfehlungen teilweise von einer wesentlich deutlicheren Abstufung und Hervorhebung der Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden ausgehen.¹⁶⁾

Schon bisher waren erfolgsbezogene Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder zulässig. Diese können an bestimmte Ergebniskennzahlen der Gesellschaft oder an sonstige zur Erfolgsmessung geeignete Parameter geknüpft werden. Innerhalb dieses Rahmens sprach auch schon bisher nichts dagegen, die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern zB an der Börsenkursentwicklung zu orientieren. Freilich wurde davon in der Praxis so gut wie kein Ge-

⁸⁾ Regierungsentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes (KonTraG), ZIP 1997, 2059 ff, 2068 (zu Nr 25 der Begründung).

⁹⁾ Unter dem Vorsitz von Hoffmann-Becking, abgedruckt in ZIP 1997, 163 ff.

¹⁰⁾ ZIP 1997, 173; vgl auch Kohler, Stock-Options für Führungskräfte aus der Sicht der Praxis, ZHR 161 (1997), 246 ff, 265; Oltmanns in Achleitner/Wollmert, 217; Jeschke/A. Wiedemann, Vergütung von Aufsichts- und Beiräten – Rechtliche und wirtschaftliche Aspekte sachgerechter Vergütungsstrukturen, FS Hennerkes (2000) 257 ff, 270.

¹¹⁾ Kohler, ZHR 161 (1997) 265.

¹²⁾ Vgl Oltmanns in Achleitner/Wollmert 217 ff; Jeschke/A. Wiedemann, FS Hennerkes (2000) 270; Weiß, Aktienoptionspläne für Führungskräfte (1999) 206 ff.

¹³⁾ Vgl Peltzer, Börsenzeitung vom 31. Mai 1995, 2; Götz, Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, AG 1995, 337 ff, 351.

¹⁴⁾ Vgl Jeschke/A. Wiedemann, FS Hennerkes (2000) 259; Hoffmann-Becking, Möglichkeiten und Grenzen einer Verbesserung der Arbeit des Aufsichtsrates, FS Havermann (1995) 229 ff, 245 f.

¹⁵⁾ Oltmanns in Achleitner/Wollmert 225.

¹⁶⁾ Vgl den Regierungsentwurf des KonTraG, ZIP 1997, 2059 ff, 2061 (Nr 8 der Begründung), wo von einer vorstandsähnlichen Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden gesprochen wird. Vgl auch Mertens in KölnKomm AktG² Rz 12 zu § 113, der für den Aufsichtsratsvorsitzenden die vierfache Vergütung einfacher Aufsichtsratsmitglieder fordert und die Ansicht vertritt, dieser müsste im Grunde wie ein Vorstandsmitglied entlohnt werden (in diese Richtung auch Semler in Semler, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder [1999] 685; Hoffmann/Becking, FS Havermann (1995) 245 und Oltmanns in Achleitner/Wollmert 226 f).

brauch gemacht. Vor dem AOG hätte ein derartiges Vergütungssystem für Aufsichtsratsmitglieder darüber hinaus nur durch Verankerung in der Satzung der Gesellschaft sinnvoll implementiert werden können, was freilich das Herabsetzungsrecht der Hauptversammlung gemäß § 98 Abs 1, letzter Satz AktG auslöst, dem zufolge die Hauptversammlung bei satzungsmäßiger Regelung der Aufsichtsratsvergütung diese mit einfacher und durch Satzungsbestimmung nicht änderbarer Mehrheit reduzieren kann.

Vor rund zehn Jahren gab es in Österreich in einem großen Baukonzern diesbezüglich einen spektakulären Fall, als die in der Satzung geregelte und an das Ergebnis der Gesellschaft geknüpfte Aufsichtsratsvergütung auf Grund von Umstrukturierungsmaßnahmen sich für das Geschäftsjahr 1990 ungefähr verzehnfacht hätte und damit die Frage auftauchte, ob die Hauptversammlung diese Vergütung für das bereits abgelaufene Geschäftsjahr – also gleichsam „rückwirkend“ – herabsetzen könne. Die Frage wurde zu Recht bejaht.¹⁷⁾

Dem Gesetzgeber des AOG war es den Erläuterungen der Gesetzesmaterialien zufolge ein Anliegen, durch die Einbeziehung von Aufsichtsratsmitgliedern in Aktienoptionsprogramme zu verhindern, „dass hoch qualifizierte Kräfte lediglich über – teilweise intransparente – Konsultantenverträge, die zudem den Nachteil unklarer Haftungsfolgen mit sich bringen könnten, zu gewinnen sind“.¹⁸⁾

Das Thema Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern ist in der Tat ein heikles Kapitel auch in der österreichischen Unternehmenspraxis, in der sich die Beteiligten nicht selten in einer Grauzone und teilweise schon jenseits der Legalität bewegen.¹⁹⁾

Der deutsche BGH hat in einer auch in Österreich viel beachteten Entscheidung²⁰⁾ die Auffassung vertreten, dass Beratungsverträge, die eine Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied abschließt, nichtig seien, wenn die übernommene Beratungstätigkeit von der im Rahmen der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates bestehenden Beratungspflicht erfasst sei. Sofern ein solcher Beratungsvertrag vor der Bestellung des Dienstverpflichteten zum Aufsichtsratsmitglied geschlossen werde, verliere er für die Dauer des Aufsichtsratsmandats seine Wirkung.²¹⁾

Wenngleich die Rechtslage in Deutschland und Österreich nicht völlig übereinstimmt (eine § 114 dAktG vergleichbare ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Behandlung von Verträgen zwischen der Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern fehlt), ist der tragende Grund für diese auch für Österreich beachtenswerte Judikatur der, dass – übertragen auf Österreich – § 98 AktG (so auch § 31 Abs 1 GmbHG) den Vergütungsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder abschließend regelt und daher schon aus Gründen der zwingenden aktienrechtlichen Organisationsverteilung kein Raum für eine Geschäftsführungsbefugnis bzw. Vertretungsmacht des Vorstandes zum Abschluss von (insbesondere entgeltlichen) Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern über solche Tätigkeiten bleibt, die gerade den Inhalt der Aufsichtsrats Tätigkeit bilden. Der Vorstand

soll nicht das ihn kontrollierende Organ finanziell dotieren und damit von sich abhängig machen dürfen.²²⁾ Die Abgrenzung zwischen einer innerhalb und außerhalb dieser Aufgaben liegenden Beratungstätigkeit ist im Einzelfall natürlich schwierig²³⁾ und richtigerweise wohl anhand der „Beratungstiefe“ zu treffen, wobei sich als praktikables Abgrenzungskriterium der Drittvergleich eignet. Ist die nachgefragte Beratungsaufgabe von solcher Intensität und Komplexität, dass sie von der Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) üblicherweise bei externen Beratern nachgefragt wird, stehen einem darüber zwischen Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) und Aufsichtsratsmitglied geschlossenen Beratungsvertrag idR keine rechtlichen Hindernisse im Wege.²⁴⁾

Die Vergabe von (Beratungs-)Verträgen an Aufsichtsratsmitglieder kann als Akt der Geschäftsführung in der Aktiengesellschaft richtigerweise Gegenstand einer zulässigen Aktionärsfrage in Ausübung des Auskunftsrechtes gemäß § 112 AktG sein.²⁵⁾ Darauf nicht vorbereitet zu sein bzw. Beratungsverträge abgeschlossen zu haben, die den obigen Kriterien nicht standhalten, kann für die Gesellschaft bzw. die Organwalter zumindest peinlich werden.²⁶⁾

Fraglich ist freilich, ob die Ermöglichung von Aktienoptionen ohne Umweg über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen wirklich den Impuls bewirkt, der die Aufsichtsrats Tätigkeit für qualifizierte Fachleute (auch finanziell) interessant macht.

Denn es darf nicht übersehen werden, dass – unabhängig von der juristischen Diskussion über das eigentliche Wesen und die Funktion der Aufsichtsrats Tätigkeit und über die Frage, ob der Aufsichtsrat den Vorstand nur oder primär

¹⁷⁾ Vgl zu diesem Fall *Krejci*, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, *ecolex* 1991, 776 ff.

¹⁸⁾ ErlRV 485 B1GNR XXI. GP 7.

¹⁹⁾ Der Verfasser war jüngst zB mit einem besonders krassen Fall konfrontiert, als ein Aufsichtsratsmitglied einer börsennotierten Aktiengesellschaft, die keine Tantiemen an ihre Aufsichtsratsmitglieder ausschüttete, über eine GmbH, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer das Aufsichtsratsmitglied ist, jährlich kaum näher spezifizierte Beratungshonorare an oder jenseits der Grenze von ATS 1 Mio für Leistungen verrechnete, die offensichtlich zumindest zum Teil der Abgeltung der (offiziell nicht honorierten) Aufsichtsrats Tätigkeit dienten, teilweise aber auch Leistungen betrafen, die in dieser Form nicht oder jedenfalls nicht für die Gesellschaft, sondern allem Anschein nach für ein einem Großaktionär nahe stehendes Unternehmen erbracht worden waren.

²⁰⁾ BGHZ 114, 127 ff = ZIP 1991, 653 = DB 1991, 1212 = WM 1991, 1075 = AG 1991, 312 = 8AnwBl 1992, 595 f; vgl dazu auch *Schärf*, Der Rechtsanwalt als Aufsichtsratsmitglied, *AnwBl* 1992, 535 f, der allerdings aus der BGH-E etwas überzogene Schlüsse zieht.

²¹⁾ Vgl auch BGH 4. Juli 1994, *NJW* 1994, 2484 = DB 1994, 1666.
²²⁾ Vgl *Hügel*, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, *GesRZ* 1996, 213: „Zumal bei namhaft honorierten Beratungsverträgen läuft das Aufsichtsratsmitglied Gefahr, die – als Voraussetzung wirksamer Überwachung unerlässliche – Distanz zum Vorstand zu verlieren.“

²³⁾ Zu eng mE die Sichtweise von *Schärf*, *AnwBl* 1992, 536.

²⁴⁾ Vgl *Hügel*, *GesRZ* 1996, 213 ff, 219.

²⁵⁾ Zutreffend *Hügel*, *GesRZ* 1996, 219.

²⁶⁾ In Fällen wie dem oben angedeuteten müssen sich die (Rechts-) Folgen allerdings nicht bloß im Bestehen einer peinlichen Situation erschöpfen, weil derartige Vertragsabschlüsse natürlich schadenersatzpflichtig machen und nicht nur zivil-, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen (§ 153 StGB) auszulösen vermögen.

„punktuell zu kontrollieren“²⁷⁾ oder auch laufend zu beraten hat²⁸⁾ – sich in der jahrzehntelangen Praxis die nebenberufliche Ausübung von Aufsichtsratsmandaten mit teilweise verschwindend geringem Zeitaufwand eingebürgert hat. Es gibt schlichtweg keinen Markt für die Ausübung von Aufsichtsrats Tätigkeiten mit einem Zeitaufwand, der zB einem Drittel, Viertel oder Fünftel eines „Manager-Fulltime-Job“ entspricht und Vergütungen in einer Größenordnung rechtfertigen würde, die die derzeitigen Aufsichtsratsantien (sehr) deutlich übersteigen und zB ein Viertel oder Fünftel eines guten Vorstandsbezuges betragen. Da es sich bei Aktienoptionen ihrer Natur nach um eine insofern „hochriskante“ Vergütungsform handelt, als der Berechtigte zwar dabei kein Geld verlieren kann, die Wahrscheinlichkeit, dass er überhaupt nichts lukriert, jedoch beträchtlich ist, muss bezweifelt werden, ob die verstärkte Implementierung solcher Vergütungsformen viel begehrte Manager, (freiberufliche) Berater und sonstige Experten tatsächlich nicht nur dazu motiviert, Aufsichtsratsmitglied zu werden (damit wäre dem gesetzgeberischen Ziel ja wohl nicht Rechnung getragen), sondern dieser Funktion auch erheblich mehr Zeit zu widmen.²⁹⁾ Wenn nämlich zu den bisher gebräuchlichen, bescheidenen Fixantien Aktienoptionen hinzutreten, die die Chance auf Vervielfachung des Bezugs eröffnen, aber ohne weiteres auch null betragen können,³⁰⁾ dann wird sich ein potenzielles und viel gefragtes Aufsichtsratsmitglied wohl kaum veranlasst sehen, der Tätigkeit erheblich mehr Zeit als bisher in Aufsichtsräten üblich zu widmen. Vielmehr besteht dann die Gefahr, dass Aufsichtsratsmandate wie bisher als „Titelfunktionen“ übernommen werden und damit ohne Steigerung des Einsatzes sogar die Chance auf beträchtliche Vergütungen mittels Aktienoptionen verbunden wäre. Dies gilt umso mehr, als die Tätigkeit von Aufsichtsräten als solche ja nur sehr mittelbar börsenkursrelevant ist, das einzelne Mitglied daher auch nicht das Gefühl haben kann, durch bewussten Einsatz seiner eigenen Arbeitskraft entscheidend zum Erreichen des Optionszieles beizutragen.

Alles in allem, der Wunsch des Gesetzgebers des AOG, Experten die Aufsichtsratsfunktion schmackhaft zu machen, ist zwar ein frommer und begrüßenswerter, der aber mit der Erleichterung der Gewährung von Aktienoptionen allein nicht verwirklicht werden können und nur dann in Erfüllung gehen wird, wenn man ihn – sehr polemisch – so (um-)interpretiert, dass bloß die Anziehung von Experten für den Aufsichtsrat an sich bezweckt ist, unabhängig davon, wie viel Zeit der Betroffene dem Organ widmet.

2. Gefahr der „Selbstalimentierung“ wegen Einflussnahme auf die Hauptversammlung

Wie oben dargelegt, lehnte der deutsche Gesetzgeber im KonTraG die erleichterte Schaffung von Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder vor allem deshalb ab, weil nach Auffassung der Entwurfsverfasser die Hauptversammlung sich auf die grundsätzlichen Fragen beschränken und der Aufsichtsrat „die weiteren Bedingungen für sich selbst festsetzen müsste“.³¹⁾

Dieses Argument wurde in der deutschen Literatur auch bereits eingehend diskutiert und grundsätzlich zutreffend darauf hingewiesen, dass diesen Bedenken dadurch Rechnung getragen werden könne und müsse, dass die Hauptversammlung eben **sämtliche** materiellen Bedingungen des Aktienoptionsplans für Aufsichtsratsmitglieder festlegt.³²⁾

In der Tat wäre der Weg, die Hauptversammlung nur zur Regelung der wesentlichen Bedingungen, den Vorstand aber zur näheren Ausführung von Aktienoptionsplänen für Aufsichtsratsmitglieder zu ermächtigen, nicht gangbar und würde einen Eingriff in die zwingende aktienrechtliche Kompetenzverteilung bedeuten.³³⁾

Freilich können die obigen Bedenken mit dem Hinweis auf die allumfassende Entgeltfestsetzungskompetenz der Hauptversammlung allein nicht zerstreut werden. Denn es geht nicht nur um eine formale Beachtung der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung. Vielmehr besteht das Problem auch darin, dass die Hauptversammlung tendenziell überfordert ist, selbst und aus eigenem Antrieb Aktienoptionspläne zu initiieren und in allen Details auszuarbeiten.³⁴⁾ Naheliegenderweise wird vielmehr die Hauptversammlung auf der Basis von Vorschlägen des Vorstandes und des Aufsichtsrates tätig werden, wobei die Gefahr besteht, dass diesen Vorschlägen zu wenig kritische Distanz entgegengebracht wird.³⁵⁾ Dass selbst ein oberstes Gesellschaftsorgan de facto handlungsunfähig sein kann, wenn es aus zu vielen – für sich selbst einflusslosen – Personen zusammengesetzt ist, belegen in Österreich eindringlich die Genossenschaften, deren diesbezüglich wohl herausragendstes Beispiel die (1995 in Ausgleich gegangene) Konsum Österreich reg. Gen.m.b.H. ist.³⁶⁾

²⁷⁾ Vgl. M. Heidinger, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1993) 206 mwN zur Gegenmeinung 203 ff.

²⁸⁾ Dieser Aspekt wird neuerdings immer wieder (meist ohne nähere Begründung) betont: vgl. zB Oltmanns, in *Achleimer/Wollmert* 215; BGHZ 114, 127 ff., 130 ZIP 1991, 653 = DB 1991, 1212 = WM 1991, 1075 = AG 1991, 312 = öAnwBl 1992, 595 f.; vgl. auch Kropff in *Semler*, *Arbeitshandbuch* (1999) 384 f.

²⁹⁾ Letzteres forderte jüngst in Deutschland zB nachdrücklich *Deilmann* (Die Stellung des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft nach Inkrafttreten des KonTraG, FS Sandrock [2000] 165 ff., 178) ein.

³⁰⁾ Man denke an das ehrgeizige Wienerberger-Aktienoptionsmodell, wo das Erfolgsziel trotz einer beeindruckenden „Performance“ des Unternehmens und einer hochbeachtlichen Managementleistung nicht erreicht wurde.

³¹⁾ Regierungsentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes (KonTraG), ZIP 1997, 2059 ff., 2068 (zu Nr 25 der Begründung).

³²⁾ So zB Oltmanns in *Achleimer/Wollmert* 217 f.; *Weiß*, *Aktienoptionspläne für Führungskräfte* (1999) 206 ff., 207.

³³⁾ Vgl. Hüffer, ZHR 161 (1997) 244; *Weiß*, *Aktienoptionspläne* (1999) 206.

³⁴⁾ Vgl. Oltmanns in *Achleimer/Wollmert* 218 f.; *Weiß*, *Aktienoptionspläne* (1999) 206 ff.

³⁵⁾ Vgl. *Martens*, Die Aktienrechtsreform 1997: Eigene Aktien und Stock-Options in der Reform, AG-Sonderheft 1997, 83 ff., 88; *Weiß*, *Aktienoptionspläne* (1999) 208; *Kleindiek*, *Stock-Options und Erwerb eigener Aktien*, in *Hommelhoff/Röhrich*, *Gesellschaftsrecht* 1997, RWS-Forum 10 (1998) 23 ff., 41.

³⁶⁾ Im Genossenschaftsrecht kommt der Generalversammlung eine ungleich stärkere Stellung zu als der Hauptversammlung in der AG, weil Erstere – wie die Gesellschafterversammlung in der GmbH – den Vorstandsmitgliedern bindende Weisungen erteilen kann (vgl. § 19 GenG).

Diese Bedenken tragen freilich bei jenen Aktiengesellschaften nicht, die über einen dominierenden Aktionär oder einige wenige Großaktionäre verfügen.³⁷⁾ Das Auskunfts- und Fragerecht hingegen dürfte für Kleinaktionäre kein adäquates Mittel sein, um unangemessene Aktienoptionspläne wirklich zu verhindern,³⁸⁾ wenngleich es richtig ist, dass Fragen der Organmitgliedervergütung in den Hauptversammlungen (nicht nur deutscher Aktiengesellschaften)³⁹⁾ immer wieder zu heftigen Debatten führen.

Man kann nun einwenden, dass der Beantwortung der Frage, ob die Hauptversammlung ihre Kompetenz bei der Festlegung auch der Details von Aktienoptionsplänen für Aufsichtsratsmitglieder wirklich auszufüllen vermag, deshalb keine Bedeutung zukomme, weil der Gesetzgeber eine solche Kompetenz unterstelle und sie auch in anderem Zusammenhang (man denke insbesondere an die wichtigen „Strukturbeschlüsse“) voraussetze;⁴⁰⁾ dieser Ansatz greift aber etwas zu kurz. Denn der Gefahr von Interessenkollisionen zu begegnen ist ein wesentliches Anliegen des Kapitalgesellschaftsrechtes, weshalb es legitim ist, die Einräumung einer gesetzlichen Kompetenz an ein bestimmtes Organ darauf zu überprüfen, ob diese Kompetenz bei dem betroffenen Organ „gut aufgehoben“ ist.

Jedenfalls dürfte es doch stark von der Eigentümerstruktur abhängen, ob die Hauptversammlung zu wirklich unbefangener und von „Einflüsterungen“ der durch Aktienoptionen selbst begünstigten Organe freier Willensbildung fähig ist.

3. Stock-Options als (un-)geeignete Vergütungsform für ein „risikoaverses“ Organ?

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des AOG⁴¹⁾ ist ein möglicher Einwand gegen die erleichterte Einräumung von Aktienoptionen an Aufsichtsräte wiedergegeben: „Es besteht nämlich ein gewisses Bestreben, den Aufsichtsrat einer Gesellschaft als Gegengewicht zum Vorstand und damit eher risikoaverses Organ zu erhalten und ihn deshalb nicht durch die Chancen auf hohe Stock-Options-Gewinne dazu zu verleiten, seine Funktion als Kontrollorgan bei der Erteilung von Genehmigungen für risikogeneigte Geschäfte weniger kritisch wahrzunehmen.“

In dasselbe Horn stößt Kohler⁴²⁾: „Für einen solchen Fall⁴³⁾ besteht mE auch kein Bedürfnis. Aufgabe des Aufsichtsrates ist es, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen, nicht aber, selbst mit den Mitteln der Überwachung bestimmte geschäftspolitische Ziele, wie zB eine Steigerung des Unternehmenswertes, zu erreichen. Insofern soll er zwar die richtigen Persönlichkeiten für den Vorstand bestellen, das rechtfertigt jedoch keine (teilweise) Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder mit Stock-Options.“

Aus der Nähe besehen richtet sich dieses Argument gegen die Sinnhaftigkeit von Aktienoptionen an sich. Wenn man nämlich der Meinung ist, dass – maßvoll und vernünftig, dh „treffsicher“ ausgestaltete – Aktienoptionspläne für Vorstandsmitglieder der nachhaltigen Unternehmenswertsteigerung und damit dem „Wohl des Unternehmens“ dienen, wie es auch in § 70 Abs 1 AktG als primäre Handlungsmaxime für den Vorstand festgeschrieben ist, dann leuchtet nicht recht ein, warum ein Aufsichtsrat, der den

Vorstand durch seine begleitende Kontroll- und allenfalls Beratungstätigkeit bei der wertorientierten Unternehmensführung unterstützt, nicht ebenfalls eine auf dieses spezifische Ziel ausgerichtete Vergütung erhalten soll.⁴⁴⁾

Vielmehr dürfte es so sein, dass bei der geäußerten Erwägung, der Aufsichtsrat könnte bei einer Einbeziehung in Aktienoptionsprogramme zu sehr „risikogeneigt“ und zu wenig „risikoavers“ agieren, die Befürchtung mitschwingt, dass Aktienoptionspläne in ihrer in der Praxis vorzufindenden Ausprägung vielleicht doch nicht immer das „Gelbe vom Ei“ seien und es gerade bei einem dadurch begünstigten und „angespornten“ Vorstand eines mahnenden und zurückhaltenden Aufsichtsrates mit viel Überblick bedürfe, um ein nötiges „Gegengewicht“⁴⁵⁾ zum Vorstand zu bilden.

Sofern sich der Vorstand wirklich am Ziel langfristiger und nachhaltiger Unternehmenswertsteigerung orientiert und das für ihn geltende Aktienoptionsprogramm durch Wahl entsprechend treffsicherer Kriterien dieses Ziel und nicht „kurzfristige Kursexplosionen“ honoriert, sollte das Problem eigentlich nicht auftreten. Dies ist allerdings ein sehr idealisierender Ansatz. Denn in Anbetracht des irrationalen Verhaltens, das Börsen und Börsenkurse oft an den Tag legen, mag die Versuchung für den Vorstand schon hier und da groß sein, durch Ankündigung und Umsetzung spektakulärer, aber riskanter (Investitions-) Projekte zu sehr auf den Kapitalmarkt und zu wenig auf traditionell-biedere „Kriterien“ wie Eigenkapitalquote, Rentabilität und Amortisationsdauer etc zu blicken.

4. Kapitalmarkimpulse

Betont wurden in der einschlägigen Diskussion (in Deutschland) auch die Impulse für den Kapitalmarkt, die von Aktienoptionsprogrammen für Aufsichtsratsmitglieder ausgehen könnten. Sogar Nachteile „für den Standort Deutschland“ werden an die Wand gemalt.⁴⁶⁾

Dabei wird mE allerdings etwas übertrieben. Jene Erwägungen, die aus kapitalmarktlicher Sicht in Anbetracht der zunehmenden Dominanz angloamerikanischer institutioneller Investoren (Pensionsfonds etc) dafür sprechen, bei börsennotierten Gesellschaften verstärkt Aktienoptionsprogramme für das Management zu implementieren, können nicht in derselben Weise auf den Aufsichtsrat umgemünzt werden. Gerade in Anbetracht der in Deutschland und Österreich schwachen Position von Aufsichtsräten und der (teilweise extrem) nebenberuflichen Amtsausübung sowie des weitgehend fehlenden Einflusses auf die Geschäftspolitik werden die maßgebenden Kapital-

³⁷⁾ Zutreffend Oltmanns in Achleitner/Wollmert 219.

³⁸⁾ So aber offenbar Oltmanns in Achleitner/Wollmert 219.

³⁹⁾ Vgl die Nachweise bei Oltmanns in Achleitner/Wollmert 219 Fn 12.

⁴⁰⁾ So Weiß, Aktienoptionspläne (1999) 208 f.

⁴¹⁾ 485 BlgNR XXI. GP 7.

⁴²⁾ ZHR 161 (1997) 265.

⁴³⁾ Gemeint: die Einbeziehung von Aufsichtsratsmitgliedern in Aktienoptionsprogramme.

⁴⁴⁾ Vgl auch die Kritik an der Meinung Kohlers bei Jeschke/A. Wiedemann, FS Hennerkes (2000) 270 f.

⁴⁵⁾ ErlRV 485 BlgNR XXI. GP 7.

⁴⁶⁾ Vgl Oltmanns in Achleitner/Wollmert 221.

markt-Investoren sehr wohl zu unterscheiden wissen zwischen Optionsprogrammen für den Vorstand und die ersten Führungsebenen sowie solchen für ein idR nur vier Mal im Jahr zusammentretendes Kontrollorgan aus „Multi-funktionären“.

Diesbezüglich sollte man die Kirche im Dorf lassen.

Natürlich spricht das alles nicht prinzipiell gegen Aktienoptionsprogramme für Aufsichtsratsmitglieder; die dafür ins Treffen zu führenden Argumente sollten aber nicht primär unter Verweis auf die „zwingenden Erfordernisse“ des Kapitalmarktes und die Dominanz angloamerikanischer Investoren gewonnen werden.

5. Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder von „Start-up-Unternehmen“

In den Beratungen über den AOG-Entwurf spielte schließlich auch der Gesichtspunkt eine Rolle, dass bei jungen – insbesondere dem Bereich der „New Economy“ zuzurechnenden – Unternehmen der „Bedarf nach einer ... liquiditätsschonenden Entlohnungsmöglichkeit geortet“⁴⁷⁾ worden sei.

Tatsächlich werden Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder in Start-up-Unternehmen selbst von jenen für sinnvoll oder zumindest akzeptabel gehalten, die sonst diesem Vergütungsmodell für den Aufsichtsrat kritisch gegenüberstehen. Als Beispiel kann der „German Code of Corporate Governance“ des Berliner Initiativkreises dienen, dessen Pkt 7.3. folgendermaßen lautet: „Aufsichtsratsmitglieder erhalten keine Stock-Options oder vergleichbare kursorientierte Vergütungen, um die notwendige Distanz zu den Leitungsmaßnahmen des Vorstands zu wahren. Eine Ausnahme gilt bei Vergütungsäquivalenten für Aufsichtsräte junger Unternehmen (Start ups).“⁴⁸⁾

Hier ist mE jedoch Skepsis angebracht. Vordergründig klingt es logisch, dass „in jungen Aktiengesellschaften mit einem noch kleinen Aktionärskreis eine entsprechende Initiativ- und Beschlussfähigkeit vorhanden (ist), um die eigenständige Wahrnehmung der Vergütungskompetenz zu gewährleisten“⁴⁹⁾ doch bedeutet die Existenz einer kleinen und überschaubaren Gruppe von Aktionären bei Start-up-Unternehmen noch keineswegs, dass die Interessen künftiger (Klein-)Aktionäre besser gewahrt sind. Vielmehr zeigt die – möglicherweise (hoffentlich) nicht ganz repräsentative – Erfahrung des Verfassers mit solchen jungen (zB am Neuen Markt in Frankfurt notierenden) Unternehmen aus dem Bereich der „New Economy“, dass – vielleicht etwas überspitzt formuliert – die überschaubare Gruppe von Gründungsaktionären, auf die nicht selten die Vorstands- und Aufsichtsratsmandate verteilt sind, vor allem durch das gemeinsame Interesse, möglichst rasch viel Geld zu verdienen, verbunden ist. Dass gerade in einer solchen Konstellation die Interessen außen stehender und künftiger (Klein-)Aktionäre sowie des Kapitalmarktes besonders gut gewahrt sind und der Aufsichtsrat die erforderliche kritische Distanz zum Vorstand behält, dürfte eine kühne Behauptung sein.

Zweifellos benötigen auch junge Aktiengesellschaften Aufsichtsratsmitglieder, die am Markt üblicherweise nicht

gratis erhältlich sind. Es sollte aber nicht so sein, dass wenig soliden und in Wahrheit nicht börsenfähigen Gesellschaften durch Gewährung von Vergütungen mit hohem Gewinnpotenzial noch die Möglichkeit in die Hand gegeben wird, Aufsichtsratsmitglieder mit „gutem Namen“ zu engagieren, die dem Unternehmen in Wahrheit nur diesen, nicht aber ihre kostbare Zeit zur Verfügung stellen.

Diese Ausführungen mögen etwas überkritisch sein, spiegeln aber doch eine gewisse praktische Erfahrung wider.

III. Ausschließliche Vergütungskompetenz der Hauptversammlung

1. Festlegung aller (materiellen) Details

Die Hauptversammlung ist in der Aktiengesellschaft ausschließlich dafür zuständig, Vergütungen für die Mitglieder des Aufsichtsrates festzulegen.⁵⁰⁾ Abgesehen davon kann die Vergütung für den Aufsichtsrat nur in der Satzung festgesetzt sein.

Diese Entgeltfestsetzungskompetenz sollte in der Praxis ernst genommen werden, wie der BGH in der bereits oben zitierten Rsp zu unzulässigen, weil sich mit der Aufsichtsratsstätigkeit zumindest überschneidenden Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern bereits deutlich gemacht hat.⁵¹⁾

Der Vorstand darf nicht dafür zuständig sein, dem ihm kontrollierenden Organ Vergütungen zu versprechen, mit denen die Aufsichtsratsstätigkeit (mit) abgegolten wird.⁵²⁾

Es ist daher keine weltfremde Überstrapazierung dieser ausschließlichen Entgeltfestsetzungskompetenz der Hauptversammlung in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder, wenn man auch für den Abschluss einer so genannten D&O-Versicherung (Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung) für Aufsichtsratsmitglieder nicht einen Vorstandsbeschluss genügen lässt, sondern die Einschaltung der Hauptversammlung verlangt. Denn der Abschluss solcher Versicherungen liegt nicht primär im Interesse der Gesellschaft, sondern des dadurch begünstigten Organmitgliedes.⁵³⁾

⁴⁷⁾ ErlRV 485 BlgNR XXI. GP 8.

⁴⁸⁾ Vgl Peltzer/Werder, Der „German Code of Corporate Governance (GCCG)“ des Berliner Initiativkreises, AG 2001, 1 ff, 12.

⁴⁹⁾ So Claussen, Aktienoptionen – Eine Bereicherung des Kapitalmarktrechts, WM 1997, 1825 ff, 1830 und Weiß, Aktienoptionspläne (1999) 209.

⁵⁰⁾ Vgl Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Rz 22 zu §§ 98, 99; Hügel, GesRZ 1996, 214; ebenso für die GmbH Koppensteiner, GmbHG² Rz 6 zu § 31; Wünsch, GmbHG Rz 4 zu § 31; für die BRD Semler in Semler, Arbeitshandbuch (1999) 678.

⁵¹⁾ Vgl BGHZ 114, 127 ff = ZIP 1991, 653 = DB 1991, 1212 = WM 1991, 1075 = AG 1991, 312 = öAnwBl 1992, 595 f; BGH 4. Juli 1994, NJW 1994, 2484 = DB 1994, 1666.

⁵²⁾ Vgl Hügel, GesRZ 1996, 213; Kropff in Semler, Arbeitshandbuch (1999) 383 ff mwN.

⁵³⁾ Nicht überzeugend daher Mertens, Bedarf der Abschluss einer D&O – Versicherung durch Aktiengesellschaften der Zustimmung der Hauptversammlung?, AG 2000, 447 ff, 451 f, der ua meint, der Abschluss einer solchen Versicherung auch zu Gunsten von Aufsichtsratsmitgliedern läge im Interesse der Gesellschaft, damit mögliche Schadenersatzansprüche (auch der Gesellschaft) einbringlich seien. Damit wird aber die praktische Interessenlage beim Abschluss solcher Versicherungen verkannt. Diese liegen im ganz überwiegenden Interesse des betroffenen Organmitgliedes, und in

Bei Aktienoptionsplänen für Aufsichtsratsmitglieder bedeutet das Gesagte, dass die Hauptversammlung alle materiellen Bestandteile des Optionsprogrammes festzusetzen hat.⁵⁴⁾ Sie darf sich daher nicht auf die Festlegung bloß grundlegender Parameter beschränken und zB Regelungen wie die Vorgabe von Ausübungsfenstern, Behaltfristen etc dem Vorstand überlassen. Die Konsequenz eines solchen Vorgehens bestünde in der **Nichtigkeit** der getroffenen Vereinbarung, weil es dem Vorstand diesbezüglich richtigerweise schon an der Vertretungsmacht mangelt.⁵⁵⁾ Die Nichtigkeit erfasst dann nicht bloß die vom Vorstand vereinbarten Regelungen, sondern die gesamte, mit dem Aufsichtsratsmitglied getroffene Regelung unter Einschluss der von der Hauptversammlung beschlossenen Bedingungen.

Deren Vergütungskompetenz kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass an Stelle der Gesellschaft, deren Aufsichtsrat der Begünstigte angehört, ein abhängiges Unternehmen die Vergütung zahlt.⁵⁶⁾

Zur Festlegung administrativer Details und rein technischer Regelungen wie zB betreffend die Einrichtung von Konten mit Depot, das Verfahren der Zeichnung und Ausübung sowie die Regelung der Bankprovisionen kann hingegen ohne weiteres der Vorstand ermächtigt werden.⁵⁷⁾ Derartige Fragen werden auch bei herkömmlichen Aufsichtsratsvergütungen in selbstverständlicher und bislang nie beanstandeter Weise vom Aufsichtsrat bzw unter dessen Verantwortung geregelt.⁵⁸⁾

Was die Frage anbelangt, wie Aktienoptionspläne für Aufsichtsratsmitglieder ausgestaltet werden sollen, würde eine Erörterung dieser Fragen den gegebenen Rahmen sprengen – abgesehen davon, dass diesbezüglich in Österreich noch gar kein und in Deutschland kaum Anschauungsmaterial existiert. Um dem in der Diskussion über Aktienoptionen für Aufsichtsräte ebenfalls geäußerten Einwand möglicher Befangenheit des Aufsichtsrates bei der Aushandlung von Optionsplänen für Vorstandsmitglieder⁵⁹⁾ zu begegnen, ist es sicher empfehlenswert, das Optionsmodell für den Aufsichtsrat nicht völlig dem für den Vorstand nachzubilden, sondern zu versuchen, durch die Wahl der Parameter auch der spezifischen Aufsichtsratsaufgabe gerecht zu werden. Hier ist Kreativität gefragt.⁶⁰⁾

Anzumerken ist noch, dass das Instrument von Aktienoptionen für die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat nicht zur Verfügung steht. Denn diesbezüglich ist die maßgebende Norm nach wie vor § 110 Abs 3, erster Satz ArbVG, wonach die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ihre Funktion ehrenamtlich ausüben und bloß Anspruch auf Ersatz der angemessenen Barauslagen haben. Die Vorschriften des AOG vermögen daran nichts zu ändern, weil der Grundsatz zum Tragen kommt, dass die spätere allgemeine Norm der früheren speziellen nicht derogiert.⁶¹⁾

2. Herabsetzungsrecht (§ 98 Abs 1, zweiter Satz AktG)

Gemäß § 98 Abs 1, zweiter Satz AktG kann bei satzungsmäßiger Festsetzung der Aufsichtsratsvergütung eine Satzungsänderung, durch die die Vergütung herabgesetzt wird, von der Hauptversammlung mit einfacher Stimmen-

mehrheit beschlossen werden. Die Mehrheit ist durch die Satzung nicht hinaufsetzbar.⁶²⁾

Dieses Recht wird durch das AOG nicht berührt; es steht der Hauptversammlung allerdings nur bei satzungsmäßiger Verankerung der Vergütung zu, nicht jedoch dann, wenn diese in einem durch Hauptversammlungsbeschluss festgelegten Aktienoptionsplan geregelt ist.

Umfang und Grenzen dieses Herabsetzungsrechtes sind im Einzelnen umstritten. Richtigerweise wird man die Bestimmung so zu verstehen haben, dass der Hauptversammlung damit ein einseitig ausübbares **Gestaltungsrecht** eingeräumt wird, für dessen Ausübung mE aber bestimmte Schranken gelten müssen. Eine solche Schranke ergibt sich aus der Entgeltlichkeitsvermutung des § 1152 ABGB.⁶³⁾ Dies bedeutet, dass die Hauptversammlung in Anwendung des § 98 Abs 1, zweiter Satz AktG nicht (oder nur in extremen Ausnahmefällen) die Vergütung auf Null herabsetzen darf. Zu beachten ist vielmehr § 98 Abs 1, erster Satz AktG, wonach die Vergütung mit den Aufga-

den Vertragsverhandlungen geht (soweit nicht eine solche Versicherung bereits konzernweit besteht) die Initiative zum Abschluss regelmäßig nicht von der Gesellschaft, sondern vom Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitglied aus. Die Leistung von Prämien für eine D&O-Versicherung durch die Gesellschaft ist daher Vergütung und nicht Aufwandsersatz (so aber auch *Vetter*, Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG 2000, 453 ff, 457; wie hier jedoch zutreffend *Peter Doralt*, in *Semler*, Arbeitshandbuch [1999] 761 f). Der OGH (E vom 30. Juni 1999, 9 Ob A 68/99 m) teilte offenbar diese Ansicht und billigte ganz zu Recht die Entlassung des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, das ohne Zustimmung des Aufsichtsrates eine D&O-Versicherung mit einer Jahresprämie von rund ATS 69.000,- abschloss und durch die Gesellschaft finanzieren ließ. Wie der OGH richtig ausführte, besteht auf den Ersatz solcher vom Vorstandsmitglied selbst aufgewendeter Prämien kein Anspruch gemäß § 1014 ABGB, weil das mit der Vorstandstätigkeit verbundene Risiko mit der Vorstandsvergütung abgegolten ist und spezielle Absicherungsmaßnahmen daher im Interesse des Organmitglieds liegen.

⁵⁴⁾ Vgl *Weiß*, Aktienoptionspläne (1999) 206 ff, 207; *Oltmanns* in *Achleitner/Wollmert* 217 f.

⁵⁵⁾ Die Lösung wäre nicht anders, wenn man das Problem über den Weg des Vollmachtsmissbrauches löst. Denn ein solcher Missbrauch (Vollmachtsüberschreitung) muss dem Aufsichtsrat, von dem die Kenntnis der einschlägigen Vorschriften erwartet werden darf, auffallen, sodass Kollusion vorläge und die vom Vorstand getroffene Abrede schon deshalb ungültig wäre.

⁵⁶⁾ *Semler* in *Semler*, Arbeitshandbuch (1999) 679.

⁵⁷⁾ Zutreffend *Oltmanns* in *Achleitner/Wollmert* 218.

⁵⁸⁾ *Oltmanns* in *Achleitner/Wollmert* 218.

⁵⁹⁾ Vgl *Oltmanns* in *Achleitner/Wollmert* 219 f.

⁶⁰⁾ Vgl *Oltmanns* in *Achleitner/Wollmert* 219.

⁶¹⁾ Ganz anders ist die Rechtslage in Deutschland, weil dort eine Differenzierung zwischen Anteilseigner- und Belegschaftsvertretern bei der Aufsichtsratsvergütung unzulässig ist und genau dieser Umstand immer wieder mit als Erklärung für die niedrigen Aufsichtsratsvergütungen ins Treffen geführt wird, weil die Unternehmen durch hohe bzw marktkonforme Vergütungen eben nicht den Betriebsrat oder die gewerkschaftseigene Hans-Böckler-Stiftung (an die die Tantiemen der Belegschaftsvertreter regelmäßig abgeführt werden) „subventionieren“ wollten (vgl *Hoffmann/Becking*, FS Havermann [1995], 245).

⁶²⁾ Vgl dazu *Krejci*, *ecolex* 1991, 776 ff, 779 mwN.

⁶³⁾ Das Bestehen einer solchen Entgeltlichkeitsvermutung wird in der BRD allerdings mehrheitlich bestritten (vgl *Mertens* in *KölnKomm AktG*² Rz 25 zu § 113 mwN; *Semler* in *Semler*, Arbeitshandbuch [1999] 678).

ben der Aufsichtsratsmitglieder und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang zu stehen hat. Auch aus dem Wort „kann“ in § 98 Abs 1, erster Satz AktG ist mE nicht zu folgern, dass die bloße Festsetzung der Aufsichtsratsvergütung in der Satzung überhaupt kein vertragliches Recht des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes auf Entgeltlichkeit seiner Tätigkeit begründet.⁶⁴⁾ Da die Entgeltlichkeit der Aufsichtsrats Tätigkeit grundsätzlich zu vermuten ist,⁶⁵⁾ müsste die Gesellschaft (Hauptversammlung) sich das Recht, die Vergütung überhaupt zu streichen, ausdrücklich vorbehalten.

Fraglich könnte sein, was zu gelten hat, wenn zwar in der Satzung grundsätzlich verankert ist, dass den Aufsichtsratsmitgliedern Aktienoptionen zu gewähren sind, die nähere Ausgestaltung aber einem von der Hauptversammlung beschlossenen Aktienoptionsplan vorbehalten bleibt. Hier kann man nicht von einer in der Satzung „festgesetzten“ Vergütung iSd § 98 Abs 1, zweiter Satz AktG sprechen, sodass das Herabsetzungsrecht nicht greift. Dafür spricht auch, dass das erleichterte Herabsetzungsrecht dann nicht zum Tragen kommt, wenn dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied – was bislang in der Praxis sehr unüblich war, bei der Gewährung von Aktienoptionen aber dem durch das AOG vorgegebenen Modell entspricht – tatsächlich ein **einzelvertraglicher Anspruch** auf eine bestimmte Vergütung eingeräumt wurde. Selbst wenn diese Vergütung nicht „mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang“⁶⁶⁾ steht, scheidet eine Herabsetzung durch bloßen Hauptversammlungsbeschluss aus.⁶⁷⁾

IV. Stock-Options für Aufsichtsratsmitglieder als Schritt in Richtung Board-System?

1. Überdenken der traditionellen Aufsichtsratsrolle

Wenn der Gesetzgeber (des AOG) Überlegungen darüber anstellt, wie man durch erfolgsbezogene Vergütungsmodelle gefragte Fachleute für die Aufsichtsrats Tätigkeit interessiert und ihnen marktkonforme Vergütungen zahlt, dann sollte eigentlich auch darüber nachgedacht werden, wofür diese Vergütung den Mitgliedern des Aufsichtsrates zusteht. Wie schon oben erwähnt, wird nämlich die gesetzliche Erleichterung der Möglichkeit einer Gewährung von – noch dazu mit hohem „Risikopotenzial“ versehenen – Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder kaum bewirken können, dass der für die ordnungsgemäße Mandatsausübung erforderliche Zeitaufwand in der Praxis merkbar ansteigt.

Darüber, wie intensiv der Aufsichtsrat tätig zu sein und ob bzw. inwieweit er den Vorstand laufend zu beraten hat, existieren durchaus unterschiedliche Auffassungen. Dem Konzept der „punktuellen Kontrolle“ steht der Ansatz gegenüber, dass der Aufsichtsrat auch laufender Berater des Vorstandes ist.⁶⁸⁾

Der deutsche BGH spricht von einer „ständigen Diskussion“ des Aufsichtsrats mit dem Vorstand⁶⁹⁾ und schließt daraus, dass die laufende Beratung des Vorstandes zu den organschaftlichen Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern gehört.⁷⁰⁾ Diese These ist auch in Deutschland nicht ohne

Widerspruch geblieben.⁷¹⁾ ME ist diese Sichtweise auf dem Boden des geltenden Rechts eine Überspannung, denn schon der Gesetzgeber des AktG 1965 hat die jahrzehntelange Praxis der nebenberuflichen und sich im Wesentlichen in der Abhaltung von (damals) mindestens drei bis höchstens fünf oder sechs Sitzungen pro Jahr erschöpfenden Ausübung des Aufsichtsratsamtes gleichsam „vorgefunden“. Auch der Gesetzgeber des IRÄG 1997 gab durch die Anhebung der jährlichen Mindestanzahl der Sitzungen von drei auf vier nicht zu erkennen, dass er den Aufsichtsrat nunmehr als mit der laufenden Beratung des Vorstandes befasstes und gar in das Tagesgeschäft involviertes Organ ansieht.

Die Frage ist nur, ob dieses Konzept der (sehr stark) nebenberuflichen Ausübung bloß punktueller Kontrolltätigkeit auch **de lege ferenda** erstrebenswert ist und den modernen Anforderungen an die „Corporate Governance“ insbesondere größerer Unternehmungen entspricht.

Diese Frage ist – mit der gebotenen Vorsicht – mE zu verneinen.

Es wäre daher angebracht, die vor vier Jahren durch das IRÄG 1997 nach jahrelangem Dämmer Schlaf zaghaft angefachte und vom Gesetzgeber des AOG – wenn auch unter singulärer Beleuchtung des Vergütungsaspektes – erneut aufgegriffene Diskussion über die „Professionalisierung“ des Aufsichtsrates wirklich zu führen und ernsthaft darüber nachzudenken, wie durch eine Kombination von gesetzlichen Maßnahmen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sichergestellt werden kann, dass das Organ Aufsichtsrat vor allem in der AG deutlich aufgewertet wird und Mitglieder von Aufsichtsräten ihrem Mandat (erheblich) mehr Zeit als bisher üblich widmen.

Am Ende dieser Diskussion muss keineswegs das angloamerikanische „Board-System“ stehen; Ergebnis eines solchen Diskussions- und Reformprozesses sollte aber jedenfalls ein erheblich aufgewerteter Aufsichtsrat mit neuem Rollenverständnis sein. Durch das IRÄG 1997 wurde – ähnlich wie mit dem deutschen KonTraG aus 1998 – die Stellung des Aufsichtsrates vor allem im Zusammenhang mit der Rechnungslegung und mit dem Berichtswesen des Vorstandes gestärkt.⁷²⁾

Ein wirklicher „Quantensprung“, der dem Aufsichtsrat eine andere Position verschafft, müsste mE legislativ durch eine klare Erweiterung der „Ziel-Bestimmung“ des § 95 Abs 1

⁶⁴⁾ So aber Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Rz 18 zu §§ 98, 99.

⁶⁵⁾ So auch Kastner/Doral/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 249.

⁶⁶⁾ § 98 Abs 1 AktG.

⁶⁷⁾ Zutreffend Krejci, eolex 1991, 779; aM Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Rz 27 zu §§ 98, 99.

⁶⁸⁾ Vgl dazu M. Heidinger, Aufgaben und Verantwortlichkeit (1993) 206 für die erstgenannte Ansicht mwN zur Gegenmeinung 203 ff; vgl auch G. Schima, RdW 1990, 449.

⁶⁹⁾ Vgl BGHZ 114, 127 ff, 130 = ZIP 1991, 653 = DB 1991, 1212 = WM 1991, 1075 = AG 1991, 312 = öAnwBl 1992, 595 f.

⁷⁰⁾ Vgl auch Kropff in Semler, Arbeitshandbuch (1999) 384 f.

⁷¹⁾ Vgl D. Hoffmann, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, FS Havermann (1995) 203 ff, 211 ff.

⁷²⁾ Vgl zu diesem Aspekt für die BRD Deilmann, FS Sandrock (2000) 165 ff.

AktG eingeleitet werden. Statt „der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen“ könnte es dort zB heißen:

„Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen und auf ihre Ordnungsgemäßheit und Wirtschaftlichkeit sowie auf die Einhaltung der in § 70 Abs 1 AktG verankerten Vorgaben zu überprüfen. Er hat den Vorstand, insbesondere in den seiner Zustimmung (§ 95 Abs 5 AktG) unterliegenden und in strategischen Angelegenheiten, laufend zu beraten.“

Bei einer derartigen oder ähnlichen Formulierung würde es sich wohl auch erübrigen, die Mindestzahl der Aufsichtsratssitzungen (von derzeit vier) weiter anzuheben. Denn ein mit der laufenden Beratung betrauter Aufsichtsrat darf nicht nur einmal pro Quartal zusammentreten.

Es versteht sich von selbst, dass eine solcherart ausgebaute „Programmbestimmung“ für den Aufsichtsrat unmittelbar Konsequenzen betreffend seine Verantwortung und Haftung hätte. Denn der Umfang der gesetzlichen Aufsichtsratsaufgaben entscheidet darüber, was unter der in § 99 AktG angeordneten „*sinngemäßen Anwendung*“ des für die Vorstands-Verantwortlichkeit geltenden § 84 AktG zu verstehen ist.

Nur dann, wenn klar ist, dass sich Aufgaben und Verantwortung und damit letztlich auch die Haftung für Fehlverhalten des Aufsichtsrates deutlich im Sinne einer Erweiterung geändert haben, kann realistischerweise erwartet werden, dass die Praxis reagiert.

2. Schaffung eines Marktes für „Profi-Aufsichtsräte“

Wie schon oben erwähnt, gibt es in Österreich keinen Markt für erfahrene Fachleute, die – insbesondere größeren Unternehmen – ihr Wissen und ihre Fähigkeiten in einer Intensität (und natürlich zu entsprechenden finanziellen Bedingungen) zur Verfügung stellen, die ungefähr dem gerade formulierten Aufgabenprogramm des Aufsichtsrates entspricht.

Das hätte nämlich zu bedeuten, dass in einem großen Unternehmen (insbesondere in börsennotierten Aktiengesellschaften) schon ein einfaches Aufsichtsratsmitglied mit einem Zeitaufwand von vermutlich nicht viel weniger als zehn Wochenstunden zu rechnen hätte und dafür marktkonform (in Großunternehmen) eine Vergütung von kaum unter ATS 1 Mio jährlich erhalten müsste.

Das würde weiters bedeuten, dass Personen, die im Hauptberuf bereits einen Manager-Fulltimejob ausüben (also selbst Vorstandsmitglied eines größeren Unternehmens sind), nicht mehr als ein oder maximal zwei solcher Aufsichtsratsmandate (Mandate in konzernverbundenen Unternehmen wären anders zu behandeln) übernehmen könnten.

Zwar würden sich bei Verwirklichung eines solchen Konzeptes die Unterschiede in der Position und im Arbeitsaufwand zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und einfachen Aufsichtsratsmitgliedern etwas einebnen; gleichwohl käme die Übernahme des Aufsichtsratsvorsitzes in einem solchen aufgewerteten und mit der laufenden Beratung des Vorstandes betrauten Aufsichtsrat für jemanden, der im Hauptberuf Topmanager eines größeren Unternehmens ist, kaum in Frage.

Besonders geeignet für die Übernahme von Aufsichtsratsmandaten dieser Prägung wären erfahrene und schon etwas ältere Wirtschaftsfachleute, die selbst als Manager größere Unternehmungen geleitet haben oder als Unternehmensberater im weiteren Sinn erfolgreich waren und eine Vorstandstätigkeit selbst nicht mehr ausüben (wollen). Die Übernahme solcher Aufsichtsratsfunktionen wäre dann auch keineswegs mit dem Beigeschmack des „Ausgedingtes“ versehen; vielmehr könnten erfahrene Manager aus der professionellen Anbietung von Aufsichtsratsdiensten insgesamt einen Fulltimejob machen. Schon die Übernahme von drei oder vier Mandaten würde nämlich – richtig verstanden – eine Person voll auslasten und ihr ein Jahreseinkommen bescheren, welches dem eines Vorstandsmitgliedes in einem größeren Unternehmen durchaus entspräche.

3. Verbesserung des Entgelt- und Mandatsschutzes

Wertet man den Aufsichtsrat wirklich in Richtung laufenden Berater des Vorstandes auf, der seinem Amt erheblich mehr Zeit als bisher üblich widmen muss, dann wären mE auch die derzeit geltenden gesetzlichen Regelungen betreffend den Entgelt- und Mandatsschutz von Aufsichtsratsmitgliedern kritisch zu überdenken.

Aufsichtsratsmitglieder können gemäß § 87 Abs 3 AktG vor Ablauf der Funktionsperiode von der Hauptversammlung abberufen werden, wobei die dafür erforderliche Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen durch die Satzung (bis zur einfachen Mehrheit) herabgesetzt werden kann. Eines wichtigen Grundes bedarf es für die Abberufung nicht.

Darüber hinaus kann durch Satzungsänderung jederzeit eine Verkürzung der Bestattungsdauer auch mit Wirkung für bereits gewählte Mitglieder beschlossen werden, denn diese erwerben kein satzungsfestes Recht auf ihr Mandat.⁷³⁾

Bei einem Aufsichtsrat, der laufend und nicht mehr bloß „punktuell“ tätig sein und dem Vorstand zur Seite stehen muss, wäre eine solche Rechtslage mE ebenso wenig adäquat wie das (oben erwähnte) Herabsetzungsrecht der Hauptversammlung in Bezug auf die in der Satzung festgeschriebene Aufsichtsratsvergütung gemäß § 98 Abs 1, zweiter Satz AktG. Ein solches Herabsetzungsrecht kennt das österreichische AktG bewusst⁷⁴⁾ auch für Vorstandsbezüge nicht. § 78 Abs 1 AktG gewährt

⁷³⁾ Vgl Mertens, KölnKomm AktG² Rz 6 zu § 102; Wünsch, GmbHG Rz 4 zu § 30b. Eine Verkürzung der Amtszeit, gegen die sich ein Aufsichtsratsmitglied nicht wehren kann, tritt zB auch dadurch ein, dass die Haupt-(General-)Versammlung eine Änderung des Wirtschaftsjahres beschließt, weil auch ein zB dreimonatiges Rumpfwirtschaftsjahr als „Geschäftsjahr“ iSd § 87 Abs 2 AktG anzusehen ist.

⁷⁴⁾ Vgl die Materialien zum AktG 1965 (ErlRV 301 BigNR X. GP 69). Die dort enthaltene Einschätzung, das im AktG 1937 enthaltene Herabsetzungsrecht betreffend Vorstandsbezüge entspräche nicht „rechtsstaatlichen Grundsätzen“, ist allerdings etwas überzogen, wenn man die Formulierung und vor allem praktische Handhabung des nach wie vor im dAktG 1965 in § 87 Abs 2 enthaltenen Rechtes des Aufsichtsrates betrachtet, die Vorstandsbezüge „angemessen“ herabzusetzen, wenn eine „so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft eintritt, dass die Weitergewährung der ... Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde ...“

ein derartiges Recht selbst bei existenziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft nicht.⁷⁵⁾

Eine Anpassung an den für Vorstandsmitglieder geltenden gesetzlichen Standard wäre dann geboten. Zumindest nachgedacht werden müsste dabei auch über die Verankerung des Erfordernisses eines wichtigen Grundes für den Bestellungswiderruf. Der Rechtssicherheit wäre ohnehin durch die auch in § 75 Abs 4 AktG enthaltene Anordnung Rechnung zu tragen, dass der Bestellungswiderruf unabhängig von seiner inhaltlichen Berechtigung wirksam ist, solange über die Unwirksamkeit nicht rechtskräftig vom Gericht entschieden wurde. Schwieriger als bei Vorstandsmitgliedern darf die Abberufung beim Aufsichtsrat freilich nicht sein; über die Einführung eines Misstrauensvotums der Aktionäre als Widerrufungsgrund für Aufsichtsratsmitglieder wäre zumindest nachzudenken.

V. Ausblick

Der Gesetzgeber des AOG hat mit der Einführung der erleichterten (weil nicht mehr den Umweg über Wandelschuldverschreibungen erfordernden) Gewährung von Aktienoptionen auch für Aufsichtsratsmitglieder vielleicht einen Weg in Richtung weitere Professionalisierung des Aufsichtsrates beschritten, von dem freilich niemand genau weiß, wohin er führt.

Illusion wäre es mE anzunehmen, dass die bloße Zulassung börsenkursorientierter Vergütungsmodelle für den Aufsichtsrat dazu führt, dass dessen Rollenverständnis – gleichsam „von innen“ – reformiert wird und Aufsichtsratsmitglieder ihrem Amt wesentlich mehr Zeit widmen, als dies in Österreich seit jeher üblich war.

Vielmehr werden nur eine Neudefinition und Erweiterung der Aufgaben unter Zuhilfenahme des Gesetzgebers und die damit automatisch bewirkte Ausweitung der Verantwortlichkeit und Haftung realistischerweise ein entscheidendes Umdenken bewirken können.

Dann sollte auch der in Österreich inexistenten Markt für „Profi-Aufsichtsräte“ entstehen können, die ihre Dienste (insbesondere größeren) Unternehmen anbieten und mit der Übernahme von drei bis fünf Mandaten einen Fulltime-job ausfüllen, der ihnen auch ein dem Bezug eines Topmanagers entsprechendes Einkommen verschafft.

Mit Aktienoptionen allein wird die Professionalisierung des Aufsichtsrates sicher nicht bewerkstelligt werden können. Vielmehr wird man in der Praxis zu beobachten haben, dass das Instrument nicht missbraucht und durch strikte Beachtung der ausschließlichen Entgeltfestsetzungskompetenz der Hauptversammlung in Bezug auf Aufsichtsratsvergütungen die Gefahr der „Selbstalimentierung“ hintangehalten wird.

⁷⁵⁾ OGH RdW 1989, 103 ff, 105 – „Manager-Pensionserkenntnis“; G. Schima, RdW 1990, 452.