

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Georg Schima

Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?

Hartmut Oetker

Wirtschaftsrecht als Instrument zur Durchsetzung von Kollektivverträgen

Michael Gruber

Unterbilanzhaftung bei der Kapitalberichtigung?

Heinz Keinert

Zwingende Einberufungserfordernisse bei der Mitgliederversammlung des Vereins

Stephan Kallab / Thomas Ratka

EuGH Rs C-378/10 ante portas: Wie wird der EuGH „Cartesio“ fortschreiben?

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften, Schiedsgutachten
sowie zum Firmenbuch-, Makler- und Privatstiftungsrecht
VwGH-Judikatur zum Unternehmenssteuerrecht

Unternehmensrecht aktuell

Vereinsgesetznovelle 2011
Neue Eigenkapitalvorschriften der EU
Bericht zu Veranstaltungen zum Übernahmerecht

Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?

GEORG SCHIMA

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen des zu Ehren von Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Ulrich Runggaldier am 16.6.2011 vom Department für Unternehmensrecht, Arbeits- und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien ausgerichteten Symposions gehalten hat.

I. Einleitung

Mit der nachstehenden Untersuchung kehre ich zu den mich mit Ulrich Runggaldier verbindenden gemeinsamen wissenschaftlichen Wurzeln zurück. Sie befasst sich mit jener Personengruppe, deren arbeitsrechtliche, aber auch gesellschaftsrechtliche Stellung den Kern unserer beiden vor fast exakt 20 Jahren ins Leben gerufenen Buchprojekte bildete: „Die Rechtsstellung von Führungskräften“ und „Manager-Dienstverträge“, ein Werk, dessen 4. Auflage wir eben in Angriff genommen haben.¹

Rechtsfragen rund um den Vorstand einer AG haben mich schon immer interessiert und bilden seit nunmehr 20 Jahren nicht nur einen zentralen Schwerpunkt meiner rechtswissenschaftlichen Forschungsarbeit, sondern auch und insb meiner anwaltlichen Beratungspraxis. Über Arbeitsrecht im eigentlichen Sinne gehen die damit verbundenen Fragen weit hinaus und bedeuteten für mich letztlich schon früh den Brückenschlag für die nähere Befassung mit dem Gesellschaftsrecht.

Das Thema meines Beitrages „Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?“ fügt sich auch gut an das Referat meines Vorredners Peter Doralt zur Frage an, ob den Eigentümern/Aktionären ein Mitspracherecht bei der Entlohnung des Top-Managements (dh insb des Vorstandes) zukommen soll.

In einem seit rund drei Jahren von mehr oder weniger einmütigem *director bashing* in Medien, Politik und veröffentlichter Meinung geprägten Umfeld fällt es gewiss nicht leicht, gleichsam „juristische Sympathie“ für eine Personengruppe zu wecken, deren Ansehen und Sozialprestige derzeit irgendwo zwischen Börsenspekulanten und Geldwäschern angesiedelt zu sein scheint und die naturgemäß auch nicht zur Gruppe der Ärmsten der Armen gezählt wird: Es geht um Top-Manager oder, um das Problem juristisch abzustecken, um die Mitglieder des Vorstandes einer AG als jener Form der Kapitalgesellschaft, die ihrer Struktur gemäß in Österreich traditionell eher für größere und kapitalmarktnahe Unternehmen reserviert ist.

Untersucht werden soll, wie es um die rechtliche Absicherung von Vorstandsmitgliedern bestellt ist, ob der derzeitige Rechtszustand befriedigend ist und – nicht zuletzt – ob die Entwicklungen der letzten Zeit auf legistischem und regula-

torischem Gebiet iVm der Judikatur mit dem gesetzlichen Leitbild des unabhängig und weisungsfrei agierenden Vorstandes und Vorstandsmitgliedes schlüssig zusammenpassen. Dabei wird auch auf die Rolle des Aufsichtsrates einzugehen sein. Denn dieser trägt die Verantwortung nicht nur für die Auswahl des bestgeeigneten Vorstandes,² sondern auch für die Gestaltung der Anstellungsbedingungen der Vorstandsmitglieder, und es ist letztlich das latente und in letzter Zeit immer stärker artikulierte gesetzgeberische Misstrauen in dessen Fähigkeiten, das zu Regelungen geführt hat, welche unmittelbar auch in die Rechtsstellung des einzelnen Vorstandsmitgliedes eingreifen.³

II. Weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich

1. Ausgangslage

Eine im Jahre 1975 vom OGH⁴ begründete, schon davor vom VwGH vorbereitete und mittlerweile festgefügte Judikatur⁵ qualifiziert Vorstandsmitglieder von AGs (dasselbe gilt für solche von Sparkassen) nicht als Arbeitnehmer. Dem stünde die in § 70 AktG verankerte Weisungsfreiheit des Vorstandsmitgliedes entgegen, der Arbeitgeberfunktion wahrnehme und seine Dienste daher nicht in persönlicher Abhängigkeit für die Gesellschaft verrichte.

Diese Judikaturlinie fand in Österreich fast uneingeschränkten Beifall,⁶ und der Autor ist selbst jemand, der erstmals 1991 die Sichtweise des OGH kritisch aufs Korn nahm, aber im Ergebnis billigte.⁷

Daran sollte mE auch heute vom Grundsatz her festgehalten werden. Der schon früh in der Diskussion geäußerte Einwand, die von § 70 AktG allein vorgegebene *sachliche* Weisungsfreiheit ziehe nicht automatisch die für die arbeitsrechtliche Beurteilung ausschlaggebende *persönliche* Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit nach sich,⁸ klingt zwar auf den ersten Blick schlüssig, trägt aber in letzter Konsequenz

Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. (HSG) ist Rechtsanwalt in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der WU Wien.

¹ Vgl. Runggaldier/G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991); dies, Manager-Dienstverträge (1991; 2. Auflage 1997; 3. Auflage 2006).

² Dies ist geradezu die „Kardinalaufgabe“ des Aufsichtsrates, die allen anderen Aufgaben gleichsam teleologisch vorgeordnet ist; vgl. G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/12 ff.

³ Solche (insb gesetzgeberischen) Maßnahmen sind natürlich nicht auf Österreich beschränkt. Ein gutes Beispiel wäre die Verschärfung des § 87 dAktG iVm der Verankerung des Erfordernisses eines Mindest-Selbstbehaltes bei D&O-Versicherungen in § 93 Abs 2 dAktG; vgl. dazu zB Fleischer in Spindler/Stilz, AktG² (2010) § 93.

⁴ Vgl. OGH 3.7.1975, 2 Ob 356/74.

⁵ Dazu auch OGH 5.2.1985, 4 Ob 5/85; 30.6.1999, 9 ObA 68/99m; 27.2.2008, 3 Ob 251/07v.

⁶ Vgl. aus dem Schrifttum zB Wachter, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts, WBI 1991, 81 (83); Jabornegg, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht, DRdA 1991, 8 (13) mwN.

⁷ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 3 f; dies, Manager-Dienstverträge¹, I f.

⁸ So Gottfried Winkler, Gutachten 4. ÖJT (1970) Bd II/4, 31.

nicht und kann vor allem nicht die persönliche Abhängigkeit von Vorstandsmitgliedern begründen. Denn eine Tätigkeit, die das Gesetz ausdrücklich von inhaltlichen Weisungen eines anderen Organs der Gesellschaft freistellt, muss richtigerweise unter Rahmenbedingungen ablaufen, die sich mit jenem Maß an persönlicher Abhängigkeit nicht vertragen, das von Lehre und Rspr als für die Arbeitnehmereigenschaft konstitutiv angesehen wird.⁹

Dass dies nicht unbedingt umgekehrt gilt und persönliche Abhängigkeit mit einem hohen Ausmaß sachlicher Weisungsfreiheit einhergehen kann, zeigen Arbeitsverhältnisse insb im medizinischen und künstlerischen Bereich.

Keine Resonanz trotz Diskussionswürdigkeit fand die schon vor Langem gemachte Anregung Ch. Nowotny,¹⁰ bei Vorstandsmitgliedern abhängiger bzw beherrschter Konzerngesellschaften die Dinge unter Umständen anders zu sehen und die Arbeitnehmereigenschaft als Möglichkeit anzuerkennen. Gegen diese Sichtweise spricht zumindest der Aspekt der Rechtssicherheit. Auch wenn der OGH in einer erst in jüngerer Zeit ergangenen Entscheidung¹¹ – Anregungen von Krejci und mir¹² folgend – Konzernweisungen durch das beherrschende Unternehmen ein gewisses rechtliches Fundament verliehen hat, sind solche Weisungen und ihre Befolgung doch nach wie vor in hohem Ausmaß ein faktisches Phänomen. Die auch durch den OGH gezogene Grenze der Berücksichtigung des eigenen Unternehmensinteresses und dessen Vorranges bei einem Konflikt mit Konzerninteressen wird in der Praxis manchmal beachtet und manchmal nicht. Den Arbeitnehmerstatus daran zu knüpfen, ob ein Vorstandsmitglied und in welchem Ausmaß es Weisungen durch die Obergesellschaft unterworfen wird, oder gar, inwieweit es diese Weisungen tatsächlich befolgt, wäre problematisch und der Rechtssicherheit in zu hohem Maße abträglich.

Der OGH hat Vorstandsmitgliedern aber nicht nur die Arbeitnehmereigenschaft, sondern vielmehr seit dem Jahr 1996 auch die Arbeitnehmerähnlichkeit abgesprochen.¹³ Hier habe ich dem Höchstgericht früh widersprochen¹⁴ und tue dies auch heute noch, selbst wenn die praktischen Auswirkungen der Unterscheidung – wie gleich zu zeigen sein wird – mehr als überschaubar sind.

Ungeachtet des die Position des OGH kaum hinterfragenden oder billigenden Schrifttums¹⁵ überzeugt mich die Sichtweise, Vorstandsmitglieder als nicht arbeitnehmerähnlich anzusehen, nach wie vor nicht. Vielmehr halte ich sie auch heute noch für eine Personengruppe, für die diese Rechtsfigur vielleicht sogar besser passt als auf manche Absatzmittler wie Handelsvertreter, Franchisenehmer, kleine Frächter, Tankstellenpächter etc, auf die sie historisch zugeschnitten war.¹⁶ Denn mindestens so stark wie bei den besagten Absatzmitt-

lern ist bei Vorstandsmitgliedern die wirtschaftliche Abhängigkeit ausgeprägt, zumindest wenn man sie im richtigen Sinne versteht, nämlich als Angewiesensein auf das Einkommen in der Weise, dass nicht für den Markt gearbeitet wird, sondern nur für eine begrenzte Anzahl von Vertragspartnern¹⁷ (bei Vorstandsmitgliedern typischerweise nur für *einen* Vertragspartner). Der vom OGH als Argument herangezogene Hinweis auf das vergleichsweise hohe Einkommen von Vorstandsmitgliedern¹⁸ passt rechtsdogmatisch daher nicht hinein. In einem Punkt sind Vorstandsmitglieder vielmehr noch deutlich stärker arbeitnehmerähnlich als Absatzmittler, nämlich darin, dass sie ihre *persönliche Arbeitskraft ohne Vertretungsmöglichkeit der Gesellschaft zur Verfügung stellen*. Dies haben sie nur mit Arbeitnehmern gemeinsam; gerade jene Unternehmer, die gem der Rspr zum anerkannten Kernbestand der arbeitnehmerähnlichen Personen zählen (Tankstellenpächter, Franchisenehmer, kleine Frächter), können sich selbstverständlich bei ihrer Tätigkeit für den Auftraggeber vertreten lassen, verfügen nicht selten auch über eine gewisse Mitarbeiteranzahl und üben daher nicht nur – wie Vorstandsmitglieder – Arbeitnehmerfunktion aus, sondern *sind* Arbeitgeber.

Den OGH irritiert – neben dem hohen Einkommen von Vorstandsmitgliedern – anscheinend der Umstand, dass Vorstandsmitglieder – anders als dies bei den arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretern, Vertragshändlern und Franchisenehmern typischerweise der Fall ist – keine inhaltlichen Weisungen betreffend ihre Tätigkeit befolgen müssen. Das kann aber kein allein ausschlaggebendes Kriterium gegen die Arbeitnehmerähnlichkeit sein, wenn – wie bei Vorstandsmitgliedern – die sog „organisatorische Komponente“ der Arbeitnehmerähnlichkeit, wie sie Wachter bezeichnete,¹⁹ durch Eingliederung in eine betriebliche Organisation sogar tendenziell besonders stark ausgeprägt ist. Es darf auch nicht vergessen werden, dass der Aufsichtsrat mit seiner „Personalhoheit über den Vorstand“ Befugnisse ausübt, die – selbst wenn er den Rahmen des rechtlich Zulässigen (dazu unten Pkt II.2.) nicht überschreitet – über die eines Auftraggebers eines typisch arbeitnehmerähnlichen Absatzmittlers deutlich *hinausgehen*. Welcher Handelsvertreter oder Franchisenehmer hat schon mit seinem Vertragspartner – so wie Vorstandsmitglieder häufig mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden – seinen Urlaub abzustimmen?

Das Gesagte darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass die praktischen Auswirkungen einer Verneinung der Arbeitnehmerähnlichkeit sehr begrenzt sind. Insb ist gerade jenes Gesetz, das auf arbeitnehmerähnliche Personen neben Arbeitnehmern an sich zur Anwendung gelangt, nämlich das DHG, laut der – im Schrifttum ebenfalls weitestgehend gebilligten – Judikatur²⁰ auf Vorstandsmitglieder von AGs (ebenso wie auf GmbH-Geschäftsführer, selbst wenn diese Arbeitnehmerstatus haben) generell nicht anwendbar, weil dem die auch den Gläubigerschutz bezweckenden Haftungs Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts vorgehen.²¹

⁹ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 4 f.

¹⁰ Vgl Ch. Nowotny, Suspendierung und vorzeitige Abberufung eines in eine Tochtergesellschaft entsandten Vorstands, DRdA 1989, 427 (429).

¹¹ OGH 28.9.2007, 9 ObA 28/07v, DRdA 2009, 497 (Jabornegg); vgl dazu ausführlich G. Schima in Kalls/Kurz, Handbuch, Rz 12/71, 87 f.

¹² Vgl Krejci, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? Gutachten 10. ÖJT (1988) Bd I/1; ähnlich Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 22.

¹³ OGH 24.4.1996, 9 ObA 2003/96s.

¹⁴ Vgl Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge², 24 ff; dies, Manager-Dienstverträge³, 17 f.

¹⁵ Vgl zB Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ (2010) §§ 75, 76 Rz 67; zuletzt Korenjak, Das Vorstandsmitglied als arbeitnehmerähnliche Person, RdW 2009, 475 (478).

¹⁶ Vgl zu den historischen Wurzeln der Rechtsfigur der Arbeitnehmerähnlichkeit Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 56.

¹⁷ Vgl dazu Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 35.

¹⁸ Vgl OGH 24.4.1996, 9 ObA 2003/96s.

¹⁹ Vgl Wachter, Wesensmerkmale, 162 ff.

²⁰ OGH 31.10.1973, 1 Ob 179/73.

²¹ Vgl dazu kritisch Wachter, GmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, WBI 1990, 221 (223 ff).

Damit bleibt an materiell-rechtlichen Normen, bei denen die Arbeitnehmerähnlichkeit eine Rolle spielt, nicht viel übrig. Das KautSchG wird kaum einen praktischen Anwendungsbereich bei Vorstandsmitgliedern haben.

Ob die Grundsätze der durch das sog Judikat 33 vor rund 100 Jahren geprägten Judikaturlinie,²² der zufolge gutgläubig verbrauchte und zu Unterhaltszwecken empfangene Überbezüge von Arbeitnehmern oder arbeitnehmerähnlichen Personen bereicherungsrechtlich nicht zurückgefordert werden dürfen, auf Vorstandsmitglieder einer AG ebenfalls angewendet werden können, sollte mE nicht unbedingt danach entschieden werden, ob Vorstandsmitglieder nun konkret arbeitnehmerähnlich sind oder nicht. Die gegenüber gewöhnlichen Arbeitnehmern idR deutlich erhöhten Bezüge werden selbst bei Gutgläubigkeit im Zeitpunkt des Empfanges einen Rückforderungsausschluss mangels Verbrauches zu Unterhaltszwecken oft verhindern. Dort, wo ein solcher Verbrauch ausnahmsweise doch stattfinden sollte, besteht wenig Anlass, Vorstandsmitglieder anders als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen zu behandeln. Dass an ihre Sorgfalt – auch was die Überprüfung der eigenen Gehaltsabrechnung anbelangt – höhere Anforderungen zu stellen sind als bei einem „kleinen Arbeiter“, ist ein weiteres Korrektiv, das der unbesesehenen Anwendung des Judikats 33 entgegensteht.²³

Im Ergebnis beschränkt sich die praktische Relevanz der Frage nach der Arbeitnehmerähnlichkeit darauf, wo Rechtsstreitigkeiten zwischen Vorstandsmitgliedern und Gesellschaft anhängig zu machen sind. Die Rspr des OGH, der zwar eine „Hintertüre“ für die Bejahung der Arbeitnehmerähnlichkeit im Falle des Bestehens „besonderer Umstände“ offengelassen, die Beschaffenheit solcher „besonderen Umstände“ jedoch nie näher erklärt hat, führt dazu, dass Klagen zwischen Vorstandsmitgliedern und AG vor die Handelsgerichte und nicht vor die Arbeits- und Sozialgerichte gehören.²⁴

Dieser Umstand gereicht meinem – naturgemäß nicht auf exakten empirischen Daten, sondern auf 20-jähriger Prozess-erfahrung beruhendem – Eindruck nach Vorstandsmitgliedern eher zum Vorteil als zum Nachteil. Das liegt zum einen daran, dass jene Materien, die in streitigen Auseinandersetzungen zwischen Vorstandsmitgliedern und Gesellschaft neben den dienstvertraglichen Aspekten meist eine Rolle spielen – wie angebliche bilanzielle Fehldarstellungen, angebliche Missachtung von Zustimmungsvorbehalten anderer Gesellschaftsorgane oder angebliche unternehmerische Fehlentscheidungen –, vor Handelsgerichten viel häufiger eine Rolle spielen als vor dem Arbeits- und Sozialgericht. Zum anderen werden die das Durchschnittseinkommen oft um ein Vielfaches übersteigenden Bezüge von klagenden Vorstandsmitgliedern vor Handelsgerichten tendenziell weniger als Besonderheit empfunden denn vor dem Arbeits- und Sozialgericht, wo meiner Erfahrung nach die gute finanzielle Ausstattung der Kläger (idR sind es ja Kläger) den sonst durchaus intakten „Schutzreflex“ des Gerichtes meist von vornherein gar nicht aktiviert oder gar ins Gegenteil verkehrt.

Fazit: Wenngleich also die Rspr des OGH und deren im Prinzip *generelle* Verneinung der Arbeitnehmerähnlichkeit für Vorstandsmitglieder einer AG nicht überzeugen, können mit dem dadurch hervorgerufenen Rechtszustand meinem Eindruck nach alle Beteiligten recht gut leben.

2. Eingriffsbefugnisse des Aufsichtsrates

Die Diskussion um die Arbeitnehmereigenschaft und Arbeitnehmerähnlichkeit bzw deren Fehlen sollte aber nicht die kritische Hinterfragung der Reichweite der dem Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand zustehenden Eingriffsbefugnisse abschneiden. Wie schon oben angedeutet und von mir schon in diversen Publikationen ausgeführt,²⁵ verbietet eine richtig verstandene Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des Vorstandes und seiner Mitglieder dem Aufsichtsrat, für den Vorstand Beschränkungen aufzustellen, die dessen persönliche Abhängigkeit begründen würden. Dem Aufsichtsrat ist es daher verwehrt, Vorstandsmitglieder an feste Dienstzeiten zu binden und deren Nichteinhaltung gar disziplinar zu sanktionieren.²⁶ Die nach wie vor in nicht wenigen Vorstands-Anstellungsverträgen zu findende Klausel, dass für das Vorstandsmitglied die „Normalarbeitszeit im Unternehmen“ Geltung hätte, ist im Regelfall auf eine eher gedankenlose Formulierung zurückzuführen und hat keineswegs die Bedeutung der Bindung an eine feste Dienstzeit, sondern soll typischerweise zum Ausdruck bringen, dass es sich um ein Vollzeit-Dienstverhältnis handelt.²⁷ Verbunden ist eine solche Klausel denn auch idR mit dem ergänzenden Hinweis, dass Mehrarbeit bzw Überstunden ohne gesondertes Entgelt zu verrichten sind.

Damit sind freilich bei Weitem nicht alle sich in der Praxis stellenden Probleme iZm der Frage geklärt, wie weit ein Aufsichtsrat den Vorstand „an die Kandare nehmen“ kann. Ich war kürzlich mit einem Fall befasst, wo der Aufsichtsrat mittels Geschäftsordnung dem Vorstand die genaue Frequenz von Vorstandssitzungen und deren strukturellen Ablauf, die Führung eines Protokolls sowie dessen ungesäumte Übermittlung an den Aufsichtsratsvorsitzenden vorschreiben wollte. Darf ein Aufsichtsrat einem Vorstand solche Vorgaben machen? Unter einer derartigen Kontrolle (nämlich durch den Vorstand) stehen viele Manager der zweiten oder dritten Ebene definitiv nicht.

Darf der Aufsichtsrat – in der Praxis geschieht dies regelmäßig und in Aufsichtsratsprotokollen finden sich solche Formulierungen immer wieder – den Vorstand etwa „beauftragt“, iZm einer vom Aufsichtsrat nicht gebilligten Investitionsentscheidung, ganz konkrete Alternativen zu prüfen und Wirtschaftlichkeitsrechnungen einzuholen? Der des Aktienrechts Kundige wird spontan antworten: „Nein, darf er nicht“, und dabei auf die in § 70 AktG verankerte Weisungsfreiheit pochen;²⁸ der auch mit der Praxis Vertraute wird aber zumindest hinzufügen, dass eine sinnvolle Handhabung der Zustimmungsvorbehalte gem § 95 Abs 5 AktG nur dann möglich

²² OGH 23.4.1929, Präs 1025/28, SZ 11/86; ebenso OGH 28.10.1985, 4 Ob 101/84.

²³ Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge, 19; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/76.

²⁴ G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/76.

²⁵ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 4.

²⁶ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 4; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/70.

²⁷ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 4; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/70.

²⁸ Vgl zum insofern gleichartigen § 111 Abs 4 Satz 2 dAktG Senler in MünchKomm AktG, § 111 Rz 394: „Der Aufsichtsrat erhält durch den Zustimmungsvorbehalt weder eine eigene Initiativbefugnis noch ein Weisungsrecht.“

ist, wenn der Aufsichtsrat im Falle von Bedenken gegen geplante Entscheidungen des Vorstandes seine Meinung und seine Änderungswünsche klar artikuliert.

Ist es durch § 95 Abs 5 letzter Satz AktG, wonach der Aufsichtsrat über den gesetzlichen Katalog hinaus „weitere Arten von Geschäften“ an seine Zustimmung binden kann, gedeckt, dass der Aufsichtsrat dem Vorstand vorschreibt, jedwedes über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Geschäft seiner Genehmigung vorzulegen und auf diese Art und Weise einen Rechtszustand zu schaffen, wie er nach hM bei der GmbH vorzufinden ist?

Richtigerweise gehen in den angeführten Beispielen die vom Aufsichtsrat intendierten Beschränkungen des Vorstandshandelns zu weit. Seine Selbstorganisation muss im Kern der Vorstand selbst bestimmen können, und nur ihm bleibt es daher überlassen, wie oft und an welchem Ort er Vorstandssitzungen abhält, ob er darüber ein Protokoll führt (das Gegenteil wäre nicht ratsam) und wie dieses gestaltet ist (Wortprotokoll, Restimeeprotokoll, Beschlussprotokoll). „Bestimmte Arten von Geschäften“ iSd § 95 Abs 5 letzter Satz AktG sind nicht einfach alle, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb oder über das Tagesgeschäft hinausgehen.²⁹

Die Beispiele ließen sich fortsetzen, und ihr in jüngster Zeit häufigeres Auftreten ist mE vor allem dem besonderen Druck geschuldet, unter den sich der Aufsichtsrat in den letzten Jahren durch diverse gesetzliche Entwicklungen und Vorgaben durch das vor allem in die Form von Corporate-Governance-Kodizes gegossene *soft law* gesetzt sieht. Man könnte – zugespitzt – fast sagen, dass der Aufsichtsrat das von behördlicher bzw gesetzgeberischer Seite ihm selbst gegenüber permanent geäußerte Misstrauen gleichsam an den Vorstand weiterreicht.

III. Vorstandsmandat und Bestandschutz

Befasst man sich mit der Frage, welchen rechtlichen Schutz Vorstandsmitglieder genießen und ob insb die gravierend unterschiedliche Behandlung dieser Personengruppe gegenüber sonstigen – ebenfalls hoch bezahlten – Führungskräften rechtsdogmatisch, aber auch rechtspolitisch gerechtfertigt ist, empfiehlt es sich, kurz zu untersuchen, wie fest Vorstandsmitglieder eigentlich „im Sattel sitzen“ und wie leicht oder schwer sie aus ihrer Position entfernt werden können.

1. Der „wichtige Abberufungsgrund“ in Theorie und Praxis

Von der Gesetzeslage her haben Vorstandsmitglieder einer AG eine markant festere Mandatsposition als zB GmbH-Geschäftsführer. Während diese jederzeit ohne Vorliegen von Gründen abberufbar sind, die Gesellschafter nach Meinung des OGH auf dieses Recht auch gar nicht verzichten können³⁰ und bloß bei Gesellschafter-Geschäftsführern die Möglichkeit

der Beschränkung der Abberufbarkeit auf wichtige Gründe oder die Einräumung eines Sonderrechts auf Geschäftsführung mit der Konsequenz bloß gerichtlicher Abberufbarkeit besteht (§ 16 Abs 2 und 3 GmbHG), bedarf die Abberufung von Vorstandsmitgliedern von vornherein des Vorliegens eines wichtigen Grundes.

Das Gesetz zählt in § 75 Abs 4 AktG die Gründe bekanntlich demonstrativ auf: grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung (im Folgenden: HV), es sei denn, das Vertrauen wurde aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen.

1.1. Grobe Pflichtverletzung

Der Umstand, dass diese drei Gründe nebeneinander im Gesetz aufgezählt sind und in ihrer Gesamtheit gleichsam den Rahmen für die – bei Dauerschuldverhältnissen naturgemäß nicht erschöpfend aufzählbaren³¹ – „wichtigen“ Gründe bilden, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber in den drei Tatbeständen völlig Unterschiedliches regelt und der Gesellschaft damit ganz verschiedene Möglichkeiten in die Hand gibt, ein Vorstandsmitglied loszuwerden. Vergleichsweise am wenigsten Schwierigkeiten bereitet von der gesetzgeberischen Konzeption her noch der Grund der „grobe Pflichtverletzung“.³² Hier handelt es sich um einen Tatbestand, der der Sache nach aus dem klassischen Arbeitsrecht bekannt ist und in Österreich auf mehrere Entlassungstatbestände wie die „Untreue im Dienst“, die Annahme ungerechtfertigter Provisionen und Vorteile oder die Vertrauensunwürdigkeit verteilt ist.³³ Gleichwohl ist der Pflichtenkanon eines Vorstandsmitgliedes ein ungleich breiterer als der eines gewöhnlichen Angestellten, sodass bei der Prüfung möglicher grober Pflichtverletzungen Verhaltensweisen wie die mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat³⁴ oder dessen bewusste Fehlinformation, die Missachtung von Genehmigungsvorbehalten³⁵ etc ins Blickfeld rücken, die nachgeordnete Mitarbeiter in dieser Form nicht oder zumindest weit weniger betreffen.

Die durch die gesetzgeberische Konzeption nahegelegte Problematik der Unterscheidung zwischen zur Abberufung berechtigenden „groben“ und sonstigen Pflichtverletzungen bereitet der Praxis meinem Eindruck nach deshalb kaum Schwierigkeiten, weil in jenen Fällen, in denen sich eine Gesellschaft auf den Grund stützt, zumindest die erhobenen *Vorwürfe* immer grobe oder gar sehr grobe Pflichtverletzungen zum Inhalt haben (was nicht heißt, dass diese auch vorliegen oder beweisbar sein müssen). Es ist ein ähnliches Phänomen wie die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit bei der Managerhaftung: Diesen Unterschied gibt es – schon vom Zivilrecht her vorgegeben – selbstverständlich aus rechtsdogmatischer Sicht; allein *de facto* bildet die leichte Fahrlässigkeit bei der Vorstands- (aber auch Aufsichtsrats-) Haftung keine relevante Kategorie, weshalb der in manchen

²⁹ So zur identischen Formulierung in § 111 Abs 4 Satz 2 dAktG auch Semler in Münch-Komm AktG², § 111 Rz 399; Mertens in Kölner Komm AktG², § 111 Rz 67; Meyer-Landrut in Großkomm AktG², § 111 Rz 15. Anderes hat mE zu gelten, wenn ein Aufsichtsrat Derartiges mit einem Vorstandsmitglied iZm einer Beendigungsvereinbarung vertraglich vereinbart, um sicherzustellen, dass der im Abgang befindliche Vorstand durch seine Handlungen nicht Maßnahmen setzt, durch die das künftige Management präjudiziert und in seiner Handlungsfreiheit eingeengt ist. Ein Verstoß gegen eine solche vertragliche Vorgabe und Selbstbeschränkung bildet sehr wohl eine (grobe) Pflichtverletzung.

³⁰ OGH 28.5.1935, 2 Ob 434/35, SZ 17/91.

³¹ OGH 14.10.1981, 1 Ob 725/81.

³² Vgl ausführlich zum Abberufungsgrund der „grobe Pflichtverletzung“ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 174; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II², § 75, 76 Rz 41; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/149 ff.

³³ Vgl § 27 ArbZG.

³⁴ OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w; 27.2.2008, 3 Ob 251/07v.

³⁵ OLG München 14.7.2005, 6 U 5444/04, AG 2005, 776; Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG (2010) § 84 Rz 49a mwN.

Rechtsordnungen mögliche Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit³⁶ wenig praktische Bedeutung haben dürfte.³⁷

Der Abberufungsgrund der groben Pflichtverletzung ist also gleichsam das Pendant zur „fristlosen Entlassung“ eines Arbeitnehmers bei gravierendem Fehlverhalten;³⁸ Möglichkeiten, ein Vorstandsmitglied willkürlich loszuwerden, bietet dieser Abberufungsgrund nur insofern, als die Regel des § 75 Abs 4 AktG auch hier zu beachten ist, wonach eine – gemeint: aus inhaltlichen Gründen unberechtigte – Abberufung so lange vorläufig wirksam ist, als auf ihre Unwirksamkeit nicht in einem Gerichtsverfahren rechtskräftig erkannt wurde.³⁹ In Anbetracht der einzukalkulierenden Prozessdauer bedeutet dies bei einer Mandats-Restlaufzeit von nicht mehr als zwei oder drei Jahren, dass das Vorstandsmitglied – selbst bei sich klar als unberechtigt erweisender Abberufung – kaum eine Chance haben wird, faktisch in sein Amt zurückzukehren. Vorstandsmitglieder sind hier aber insofern nicht wesentlich anders gestellt als Arbeitnehmer, bei denen die Rspr ja felsenfest die „Schadenersatzlösung“ bei ungerechtfertigten Entlassungen und daher deren Lösungswirkung vertritt.⁴⁰ Mittels der in § 106 ArbVG verankerten Möglichkeit, ungerechtfertigte Entlassungen bei Gericht mit Rechtsgestaltungsklage anzufechten, kann jedoch ein Arbeitnehmer – sofern nicht leitender Angestellter iSd Betriebsverfassungsrechts⁴¹ – die Wiedereinsetzung ins Arbeitsverhältnis erzwingen, wenn auch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Entlassung (wäre sie eine Kündigung) sozial ungerechtfertigt ist. Da die meisten Arbeitsverhältnisse – anders als Vorstandsmandate und -verträge – unbefristet sind, kann damit die Wiedereinsetzung auch faktisch erreicht werden (was in der Praxis dennoch idR auf eine entsprechende Geldablöse hinausläuft).

1.2. Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung

Der Abberufungsgrund der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gab zwar in der Vergangenheit auch zu diversen Diskussionen Anlass; heute ist aber zumindest in Österreich weitgehend anerkannt, dass es dabei nicht – jedenfalls nicht primär – um die Abberufbarkeit von unfähigen oder – was ja keineswegs gleichbedeutend sein muss – objektiv wirtschaftlich erfolglosen Managern geht,⁴² sondern der Grund das Pendant zum unverschuldeten Entlassungs-

grund des § 27 Z 2 AngG bildet.⁴³ Angesprochen ist daher die primär auf physische Gründe (lange Krankheit, schwerer Unfall) zurückzuführende Unfähigkeit, das Vorstandsamt in einer dem Berufsbild einigermaßen entsprechenden Form auszuüben.⁴⁴

Dies bedeutet – um nicht missverstanden zu werden – nicht, dass ein für den Bereich Finanzen engagiertes Vorstandsmitglied nicht ebenfalls aus wichtigem Grund abberufen werden kann, wenn sich herausstellt, dass es in Wahrheit keine Bilanzen zu lesen versteht; hier müsste die Gesellschaft sich mE aber – rechtlich korrekt – auf einen *anderen* und den im Gesetz angeführten Abberufungsgründen *gleichwertigen* Grund berufen oder könnte sich unter Umständen sogar auf grobe Pflichtverletzung stützen.

Letzteres, dh die einseitige Abberufung eines Vorstandsmitgliedes aus im Gesetz nicht angeführten, aber gleichwohl wichtigen Gründen, geschieht in Österreich meiner Erfahrung nach so gut wie nie, und diese Zurückhaltung ist zweifellos auch darauf zurückzuführen, dass es an jeglicher Rspr, aber auch weitestgehend an relevanter Literatur (zumindest in Österreich) mangelt. An geeigneten praktischen Anlassfällen fehlt es dagegen nicht unbedingt. Schwere Unverträglichkeiten im Vorstand, die eine individuelle Zuordnung der Urheberschaft oder gar den Nachweis persönlicher (grober) Pflichtverletzungen nicht gestatten (als prägnantes Beispiel sei der AUA-Vorstand vor ein paar Jahren genannt), oder – ein anderer Fall aus meiner Praxis – ein persönlich schwer überschuldetes Vorstandsmitglied in einer börsennotierten Gesellschaft, gegen das sogar ein Insolvenz Antrag gestellt wurde, sind Konstellationen, wo eine Abberufung zweifellos auch außerhalb des Vorliegens grober Pflichtverletzungen und ohne Mitwirkung der HV in Betracht kommt.⁴⁵ Darauf ist noch kurz zurückzukommen.

1.3. Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung

Zu den vergleichsweise heftigsten rechtlichen – und teilweise auch mit rechtspolitischen Argumenten geführten – Kontroversen gibt der dritte im Gesetz angeführte Abberufungsgrund Anlass, nämlich das Misstrauensvotum der HV.

Die Einordnung dieses Tatbestandes unter die „wichtigen Abberufungsgründe“ ist – aus der Nähe betrachtet und im Hinblick auf den Meinungsstand zu den inhaltlichen Voraussetzungen des Tatbestandes in Lehre und Rspr – im Grunde genommen eine „Mogelpackung“. Der Vertrauensentzug durch die HV, der den Aufsichtsrat zwar *nicht* zur Abberufung *verpflichtet*, ihn in der Praxis aber so gut wie ausnahmslos dazu *veranlasst*, muss nicht einmal sachlich gerechtfertigt sein, solange er nicht „*offenkundig unsachlich*“ ist. Wie der OGH⁴⁶ im Anschluss an den deutschen BGH⁴⁷ erstmals 1998 aussprach, rechtfertigt auch ein „*seiner sachlichen Berechtigung nach zweifelhaftes Misstrauensvotum*“ die Abberufung, sofern nicht offenbare Unsachlichkeit vorliegt.⁴⁸

⁴³ Auch der Abberufungsgrund der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung setzt kein Verschulden des Vorstandsmitgliedes voraus; vgl zB *Torlitz*, Zur Abberufung des Vorstandsmitgliedes einer AG aus wichtigem Grund, GesRZ 2003, 270 (274).

⁴⁴ Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, §§ 75, 76 Rz 42.

⁴⁵ Überschuldung und Insolvenz des Vorstandsmitgliedes können dessen Abberufung wegen Unfähigkeit rechtfertigen; vgl *Thüsing* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 5 Rz 22 f mwN; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/160.

⁴⁶ OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k.

⁴⁷ BGH 28.4.1954, II ZR 211/53, BGHZ 13, 188 = NJW 1954, 998.

⁴⁸ OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k; 24.5.2006, 6 Ob 88/06v.

³⁶ Vgl dazu ausführlich *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005).

³⁷ Das dürfte sich in Deutschland freilich gerade ändern, wie dem Verfasser eine im September 2011 anlässlich einer Veranstaltung zur Managerhaftung in Frankfurt geführte Diskussion mit deutschen Anwälten, Wissenschaftlern und BGH-Richtern vor Augen führte. Hier herrscht derzeit eine sehr hoch entwickelte (und offenbar zu einem Gutteil durch das *ARAG/Garmenbeck*-Urteil des BGH ausgelöst) Bereitschaft zur Verfolgung von Verfehlungen auch in Fällen möglicher leicht fahrlässiger Pflichtverstöße. Die in der Satzung der Landesbanken in Deutschland idR vorhandene Einschränkung der Organhaftung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz war dem Vernehmen nach zB im Falle der BayernLB Grund dafür, gegen den Großteil der Aufsichtsratsmitglieder keine Schadenersatzklagen wegen des Kaufes der Hypo Alpe-Adria-Bank International AG einzubringen, weil deren Verhalten angeblich bloß leicht, nicht aber grob fahrlässig gewesen sei.

³⁸ Grundsätzlich ist zwischen gesellschaftsrechtlicher Abberufung und Auflösung des Anstellungsvertrages streng zu unterscheiden. Das Vorliegen einer groben Pflichtverletzung wird aber grundsätzlich auch eine fristlose Beendigung des Anstellungsverhältnisses rechtfertigen; vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge, 110 f.

³⁹ Vgl § 75 Abs 4 AktG. Das Vorstandsmitglied kann gegen einen derartigen Beschluss mit Rechtsgestaltungsklage vorgehen; vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge, 111. Leider der Aufsichtsratsbeschluss jedoch an formellen Mängeln, ist er absolut nichtig; vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, §§ 75, 76 Rz 50.

⁴⁰ Vgl für alle OGH 17.12.1963, 4 Ob 128/63.

⁴¹ Leitende Angestellte sind gem § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG aus dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts und somit auch aus dem allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz ausgenommen.

⁴² *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/160; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 75 Rz 22.

Wie gering die Anforderungen sind, zeigt vielleicht am besten der erste vom OGH entschiedene Fall, in dem ich die beklagte AG vertrat. Es handelte sich um eine zwar in Schwierigkeiten befindliche, aber keineswegs insolvente Tochtergesellschaft der damaligen Konsum Österreich reg. Gen. m.b.H., der größten Insolvenz der österreichischen Wirtschaftsgeschichte. Der Aufsichtsrat des Kaufhausunternehmens war im Zuge des Austausches des Managements der Muttergenossenschaft neu besetzt worden, und auf Initiative des die Genossenschaft durch den Ausgleich führenden Vorstandsvorsitzenden und nunmehrigen Aufsichtsratsvorsitzenden der Tochter-AG wurde in einer wenige Minuten dauernden HV samt anschließender Aufsichtsratssitzung ohne jede inhaltliche Diskussion dem (mehrgliedrigen) Vorstand mit dem knappen und im Protokoll so vermerkten Hinweis auf „nachhaltige Erfolglosigkeit“ das Vertrauen entzogen, er abberufen und durch andere Vorstandsmitglieder ersetzt. Das für Finanzen zuständige und damals rund eineinviertel Jahre im Amt befindliche Vorstandsmitglied klagte gegen diesen Beschluss. Dass ungeachtet der in Deutschland bereits einigermaßen festgefühten Sichtweise zum Vertrauensentzug als Abberufungsgrund die österreichische Judikatur damals Neuland betrat, zeigt sich am besten wohl an der Tatsache, dass der Erstrichter am HG Wien das klagestattgebende Urteil mündlich verkündete (!), was in solchen Verfahren so gut wie nie vorkommt, weil er offenbar davon ausging, es handle sich um ein klar ungerechtfertigtes (iSv zumindest nicht ausreichend sachlich begründetes) Misstrauensvotum und daher nicht um einen tauglichen Abberufungsgrund. Sowohl das OLG Wien als auch der OGH drehten diese Entscheidung aber mit ausführlicher und auch auf die deutsche Diskussion Bezug nehmender Begründung um.

In der Folge behandelte Fälle einer Abberufung wegen Vertrauensentzuges zeichneten sich zwar durch ein weniger spontanes und etwas besser vorbereitetes Agieren der HV und des danach tätig werdenden Aufsichtsrates aus, doch verfestigte und verfeinerte der OGH seine Rspr,⁴⁹ die im Ergebnis darauf hinausläuft, dass Vorstandsmitglieder eine Abberufung wegen Vertrauensentzuges so gut wie nie erfolgreich bekämpfen können, sofern auf der Seite der AG einigermaßen umsichtig vorgegangen wird und sofern auch kundige Rechtsberater am Werk sind. Denn es reicht eine nicht völlig nebensächliche Meinungsverschiedenheit über wirtschaftliche oder gar unternehmensstrategische Fragen zwischen einem Vorstandsmitglied und dem Aufsichtsrat oder der Aktionärsmehrheit oder selbst ein Konflikt *innerhalb des Vorstandes* aus, in dem die Aktionäre und der Aufsichtsrat für die eine Seite Partei ergreifen (die keineswegs jene sein muss, die die „besseren Argumente“ für sich hat).

Wann ein Vertrauensentzug iSd Gesetzes „*offenbar unsachlich*“ ist, hat die Rspr bislang nicht herausarbeiten müssen. Der Sache nach geht es primär um Fallkonstellationen, in denen ein Vorstandsmitglied *pflichtgemäß* handelt und dafür mit Amtsverlust gleichsam „*bestraft*“ wird. Relevant und der Praxis ja nicht gerade fremd sind zB Situationen, in denen ein Großaktionär sich gesellschaftsfremde Sondervorteile verschaffen möchte oder Geschäfte zu nicht fremdüblichen Konditionen mit Unternehmen geschlossen werden sollen, die

Aufsichtsratsmitgliedern oder wichtigen Aktionären nahe stehen.⁵⁰

Die volle Beweislast für die offenbare Unsachlichkeit des Vertrauensentzuges trifft – wie der OGH auch in jüngerer Zeit wieder bekräftigte – das Vorstandsmitglied.⁵¹

Dies bedeutet zusammengefasst, dass der Vertrauensentzug durch die HV der AG weitreichende Möglichkeiten der Trennung von einem missliebigen Vorstandsmitglied bietet, wenn auch nicht ganz so weitreichende und flexible, wie sie § 16 Abs 1 GmbHG den Gesellschaftern gegenüber dem nicht an der Gesellschaft beteiligten GmbH-Geschäftsführer verschafft, weil zumindest bei „aus der Hüfte geschossenen“ Misstrauensvoten und anschließenden Blitz-Abberufungen ohne inhaltliche Diskussion wie im ersten in Österreich entschiedenen Fall mE doch ein nicht unerhebliches Risiko besteht, dass die Gesellschaft deshalb unterliegt, weil sie ihrer Darlegungslast nicht gerecht wird.⁵² Um die offenbare Unsachlichkeit des Vertrauensentzuges beweisen zu können, muss dem Vorstandsmitglied nämlich sehr wohl die Möglichkeit verschafft werden, die Erwägungen und Gründe der HV und des sich darauf stützenden Aufsichtsrates wenigstens zu *kennen*.⁵³ Wenn die HV und der Aufsichtsrat sich darüber überhaupt keine Gedanken gemacht, sondern einfach ein „missliebiger“ gewordenen Vorstandsmitglied entfernt haben, dann könnte dies für die Gesellschaft vor Gericht ins Auge gehen, selbst wenn bei entsprechender Vorbereitung der Vertrauensentzug aus zumindest nicht „*offenbar unsachlichen*“ Erwägungen ohne Weiteres geglückt wäre.

Für das Vorstandsmitglied bedeutet dies freilich keinen ins Gewicht fallenden Abberufungsschutz, sondern bloß, dass HV und Aufsichtsrat gut beraten sind, einen Vertrauensentzug entsprechend vorzubereiten, und eine wirtschaftliche Meinungsverschiedenheit, auf die sich später die HV stützt, sinnvollerweise bereits in den Aufsichtsratsprotokollen der letzten Sitzungen Niederschlag finden sollte.

1.4. „Andere wichtige Gründe“ und Zumutbarkeitsprüfung

Die Aufzählung der Abberufungsgründe in § 75 Abs 4 AktG ist, wie schon gesagt, eine demonstrative. Die sich daraus für den Juristen zwanglos ergebende Folgerung, auch andere, nicht im Gesetz genannte Abberufungsgründe könnten herangezogen werden, wenn sie einem der im Gesetz genannten Gründe „gleichwertig“ seien, steht vor dem schon oben angedeuteten Problem, dass das Gesetz drei Gründe zusammenfasst, die einander nicht im Entferntesten gleichwertig sind. Die „*grobe Pflichtverletzung*“ einerseits und das – nicht einmal an sachliche Gründe gebundene – Misstrauensvotum der HV andererseits markieren die Bandbreite. Klar sollte sein, dass nicht der Vertrauensentzug durch die HV Maßstab für die Erweiterung des Kataloges sein darf. Denn hier hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass die Eigentümer kein Vorstandsmitglied akzeptieren müssen, dem sie nicht ihr volles Vertrauen schenken und dass es für den Verlust des Vertrauens keiner besonderen Rechtfertigung be-

⁴⁹ G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/163.

⁵⁰ OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k; 29.1.2010, 1 Ob 190/09m.

⁵¹ Die Gesellschaft muss spätestens im allfälligen Anfechtungsprozess die Gründe für den Vertrauensentzug offenlegen und beweisen; vgl OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k.

⁵² Nur so kann auch das Gericht überprüfen, ob nicht offenbar unsachliche Gründe für das Misstrauensvotum ausschlaggebend waren; vgl OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k; 3.2.2005, 2 Ob 285/04g.

⁴⁹ OGH 25.10.2002, 1 Ob 191/02y; 24.5.2006, 6 Ob 88/06v; 29.1.2010, 1 Ob 190/09m.

dürfen soll. Mit dem bei der vorzeitigen Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen sonst maßgebenden Unzumutbarkeitskriterium hat dies nur mehr ganz entfernt etwas zu tun. Über den Vertrauensentzug kann, wie erörtert, auch ein sehr erfolgreich wirtschaftendes Vorstandsmitglied mit über jeden Zweifel erhabenen ethischen Maßstäben erfolgreich abberufen werden.

Bei der Suche nach möglichen „anderen“, im Gesetz nicht genannten Abberufungsgründen hat dagegen mE sehr wohl primär das Kriterium der Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit zu gelten. Es sind daher solche Gründe als Abberufungsgründe tauglich, die zwar nicht in das dreiteilige Schema des § 75 Abs 4 AktG passen, der Gesellschaft aber den Verbleib des Vorstandsmitgliedes unzumutbar machen. Dass in Österreich solche Fallkonstellationen die Gerichte bisher anscheinend nicht erreicht haben, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sie gibt. Die Vorfälle vor rund einem Jahr in einer österreichischen börsennotierten Gesellschaft mögen dies belegen. Der Vorstandsvorsitzende – gleichzeitig Großaktionär – war hoch (nämlich mit einem zweistelligen Millionenbetrag) verschuldet, hatte seine Aktien verpfändet und war außerdem mit einem Konkursantrag einer Bank sowie Gehaltspfändungen konfrontiert. Bei einer Bank oder einem Versicherungsunternehmen würde sich ein solcher Fall schon dadurch lösen, dass die Aufsichtsbehörde bei Unterbleiben einer Abberufung sofort ein Geschäftsleitungsverfahren initiierte. Aber auch bei nicht beaufsichtigten Unternehmen bildet eine solche Sachverhaltskonstellation ohne Zweifel einen wichtigen Abberufungsgrund,⁵⁴ der sich nicht in das Schema des § 75 Abs 4 AktG einfügt, weil der Eintritt einer hohen Verschuldung oder leichtfertige private Vermögensgebarung selbst bei weitem Verständnis nicht als Verletzung von *Vorsandspflichten* zu qualifizieren sind.⁵⁵

Auch Unverträglichkeiten im Vorstand, die ein gedeihliches Zusammenarbeiten aus der Sicht des Aufsichtsrates unmöglich erscheinen lassen, berechtigen zur Abberufung, ohne dass es dabei auf nachweisbare Pflichtverletzungen der abberufenen Mitglieder ankommt. Der Aufsichtsrat hat hier primär die Aufrechterhaltung einer funktionierenden Unternehmensleitung vor Augen zu haben und kann sich daher bei Vorhandensein von zwei „Störenfrieden“ auch dafür entscheiden, den Fähigeren zu behalten, muss also nicht unbedingt den „Schuldigen“ abberufen.⁵⁶

Damit ist die Brücke zu einem weiteren wichtigen Aspekt iZm der Abberufung von Vorstandsmitgliedern geschlagen, bei dem ein Unterschied gegenüber der Behandlung von Arbeitnehmern deutlich wird. Vor allem in der deutschen Diskussion wird – mE zu Recht – darauf verwiesen, dass bei

der Prüfung, ob der Verbleib des Vorstandsmitgliedes der Gesellschaft zumutbar ist (dabei geht es vor allem um Gründe außerhalb der gesetzlichen Aufzählung, weil bei der groben Pflichtverletzung die Unzumutbarkeit richtigerweise inkludiert ist), *im Zweifel den Interessen der Gesellschaft der Vorzug zu geben ist*.⁵⁷ Das Auflösungsinteresse der Gesellschaft genießt daher im Zweifel Vorrang vor dem Bestandinteresse des Organmitgliedes.⁵⁸ Dem ist mE grundsätzlich zuzustimmen, weil es eben darum geht, wer (häufig bei großen und sehr großen Unternehmen) ganz oben an der Spitze steht, mit weitgehend unbeschränkter und unbeschränkbarer Vertretungsmacht sowie weitreichender Geschäftsführungsbefugnis ausgestattet die Interessen der Gesellschaft vertritt und diese demgemäß auch in hohem Ausmaße schädigen kann.

Diese unterschiedliche Interessenlage erlaubt, ja gebietet es, die Gewichte etwas anders zu setzen als bei der Entlassung oder begründeten Kündigung von Arbeitnehmern. Macht man damit ernst, ist der Abberufungsschutz von Vorstandsmitgliedern freilich weiter relativiert und (noch) geringer, als es bei oberflächlicher Betrachtung des gesetzlichen Gründekataloges den Anschein hat.

Gerechtfertigt wird die Auffassung, dass das Auflösungsinteresse der Gesellschaft im Zweifel Vorrang zu genießen hat, auch damit, dass der Schutz des Vorstandsmitgliedes ja bei der Beendigung des Anstellungsvertrages berücksichtigt werde.⁵⁹ Das ist bei „traditioneller“ Vertragsgestaltung auch der Fall. Bedenkt man indes, dass gerade in letzter Zeit Anstellungsvertragsklauseln wie die unten erörterten Kündigungs- oder gar Koppelungsklauseln im Vordringen begriffen sind, fragt man sich doch, ob der Vorrang des Auflösungsinteresses der Gesellschaft vor dem Bestandinteresse des Vorstandsmitgliedes selbst in jenen Fällen sachlich gerechtfertigt ist, wo der Anstellungsvertrag dem Vorstandsmitglied sogar im Falle der unverschuldeten Abberufung kaum finanziellen Ausgleich bietet. Umso wichtiger ist es für Vorstandsmitglieder, bei der Gestaltung des Anstellungsvertrages den Beendigungsklauseln allerhöchste Aufmerksamkeit zu widmen. Meine langjährige Erfahrung zeigt, dass dies in erstaunlich hohem Ausmaß nicht der Fall ist. Es entspricht nach wie vor mehr der Regel denn der Ausnahme, dass jemand, der ein Jahreseinkommen von mehreren hunderttausend Euro oder darüber bezieht, sich beim Abschluss des Anstellungsvertrages keines Anwaltes bedient, wohingegen die Gesellschaft sehr wohl anwaltlich vertreten ist.

2. Zweiklassengesellschaft: Vorstandsmitglieder in börsennotierten und nicht börsennotierten AGs

IdZ gibt es ein interessantes Phänomen aus der Praxis zu berichten. Der Vertrauensentzug durch die HV als *der* bequeme und vergleichsweise einfach darzustellende Grund, ein Vorstandsmitglied anfechtungsfest loszuwerden, spielt in der Rechtspraxis nur bei nicht börsennotierten Gesellschaften eine Rolle.⁶⁰ Börsennotierte Gesellschaften, die derselben gesetzlichen Regelung unterliegen, scheuen dagegen diesen Abberufungsgrund wie der Teufel das sprichwörtliche Weihwasser.

⁵⁴ Unangemessen hohe Verschuldung oder gar Überschuldung und gar Insolvenz des Vorstandsmitgliedes können dessen Abberufung wegen Unfähigkeit rechtfertigen; vgl. *Hiffer*, AktG³ (2008) § 84 Rz 28; *Thüsing* in *Fleischer*, Vorstandsrecht, § 5 Rz 19 und 22 f. mwN – beide unter Verweis auf OLG Hamburg 27.8.1954, I U 395/53, BB 1954, 978; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/160; vgl. auch BGH 27.10.1959, I ZR 76/58, NJW 1960, 628 = WM 1960, 289 (291) = BB 1960, 264 (starke Verschuldung eines GmbH-Geschäftsführers bildet [nur] dann einen Abberufungsgrund, wenn diese Auswirkungen auf die Gesellschaft habe).

⁵⁵ Das bezweifelt auch *Spindler* in MünchKomm AktG³, § 84 Rz 120 und FN 417, was aber wegen der bloß demonstrativen Aufzählung der Abberufungsgründe sowohl im deutschen als auch im österreichischen AktG nicht den Ausschlag gibt.

⁵⁶ Vgl. ausführlich zum Problem der Unverträglichkeit im Vorstand *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/54 ff.; zur bei der Abberufung in solchen Fällen unter Umständen zu treffenden Auswahl *G. Schima*, aaO, Rz 12/56; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV³ (2007) § 20 Rz 46; *Spindler* in MünchKomm AktG³, § 84 Rz 121; BGH 13.7.1998, II ZR 131/97, AG 1998, 519; OLG Koblenz 29.4.1986, 6 W 273/86, ZIP 1986, 1120 (1124).

⁵⁷ Vgl. für alle zB *Spindler* in MünchKomm AktG³, § 84 Rz 116.

⁵⁸ Vgl. grundlegend zur Abwägung dieser beiden Interessen bei der Auflösung von Dauerschuldverhältnissen *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982).

⁵⁹ Vgl. *Spindler* in MünchKomm AktG³, § 84 Rz 116.

⁶⁰ *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/162.

Ich war selbst schon einige Male in Sachverhaltskonstellationen involviert, in denen man einen Vertrauensentzug ganz ernsthaft erwog, sogar schon den Aufsichtsrat zu einem informellen Treffen zusammenrief und schließlich buchstäblich in letzter Minute von dem Vorhaben deshalb Abstand nahm, weil die Befürchtung bestand, dass ein solches Vorgehen in der Öffentlichkeit und auf dem Kapitalmarkt zu größerer Verunsicherung führen könnte. Diese Befürchtung ist in der Tat nicht unbegründet, weil die Gesellschaft die HV und die entsprechende Tagesordnung ja anzukündigen hat und es kaum möglich erscheint, dem juristisch nicht näher und schon gar nicht spezifisch aktienrechtlich geschulten Publikum sowie dem Kapitalmarkt (gar auf internationaler Basis) schlüssig zu vermitteln, dass der Vertrauensentzug gegenüber einem Vorstandsmitglied überhaupt nichts damit zu tun haben muss, dass dieses Vorstandsmitglied die Gesellschaft schlecht geführt hat.⁶¹ Nun könnte man ja einwenden, dass Aktionäre bzw ein Aufsichtsrat, die sich von erfolglos wirtschaftenden oder sonst die Belange der Gesellschaft gefährdenden Vorstandsmitgliedern rasch und konsequent trennen, auf dem Kapitalmarkt und in der Öffentlichkeit „Gutpunkte sammeln“ müssten. Dies verkennt aber die Realität, weil der Markt erfahrungsgemäß eher bereit ist, die negativen Informationen und Spekulationen über in der Vergangenheit im Unternehmen möglicherweise passierte Misswirtschaft aufzunehmen als anzuerkennen, dass der Aufsichtsrat negativen Entwicklungen nach Erkennen derselben wirksam gesteuert.

Wie dem auch immer sei: Der beschriebene Zustand führt dazu, dass Vorstandsmitglieder börsennotierter Gesellschaften wesentlich „fester im Sattel sitzen“ als Vorstandsmitglieder nicht börsennotierter Gesellschaften.

Die in der Praxis zu beobachtende Abstandnahme vom Abberufungsgrund des Vertrauensentzuges führt nämlich dazu, dass die Gesellschaft auch von – im Folgenden zu erörternden – Kündigungs-⁶² oder gar Koppelungsklauseln im Anstellungsvertrag gar nichts hat, weil sie davon (mit der Konsequenz wesentlicher Kostenersparnis für die Gesellschaft) erst Gebrauch machen kann, wenn sie die Hürde des wichtigen Abberufungsgrundes genommen hat.⁶³ Steht der Vertrauensentzug durch die HV nicht zur Verfügung, verbleibt nur die grobe Pflichtverletzung (deren Vermeidung das Vorstandsmitglied ja steuern kann) oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die bei einem körperlich und geistig gesunden Vorstandsmitglied typischerweise nicht vorliegt.

Dass Vorstandsmitglieder börsennotierter AGs sich in einer merkbar besseren Lage *in puncto* Abberufungsschutz befinden, zeigt sehr deutlich ein Fall (*Hirsch Servo*), den der OGH im Jahr 2008 entschied⁶⁴ und der mehrfach im Schrifttum⁶⁵ –

ua von mir in einem ausführlichen Beitrag in der Festschrift für *Martin Binder* – kommentiert wurde.⁶⁶ Auf die Details des Falles soll hier nicht eingegangen, sondern nur das idZ Wesentliche geschildert werden: In einer kleinen börsennotierten AG war der Großaktionär gemeinsam mit zumindest Teilen des Aufsichtsrates zur Auffassung gelangt, dass der Vorstand im Unternehmen nicht gut wirtschaftete. Eine mit der näheren Untersuchung der Gebarung beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft förderte diverse Mängel in der Unternehmensführung zu Tage, die aber offenkundig nicht die Intensität eines Abberufungsgrundes wegen grober Pflichtverletzung in Bezug auf eines der Vorstandsmitglieder erreichten. Zwei der drei Vorstandsmitglieder wurden daraufhin suspendiert, womit sich der Aufsichtsrat in eine schwierige verhandlungstechnische Lage brachte, weil trotz Nichtabgabe einer *Ad-hoc*-Meldung nach § 48d Abs 1 BörseG durch die konkret betroffene Gesellschaft (ein rechtlich sehr problematisches Vorgehen) eine Suspendierung in der Praxis fast nie geheim bleibt und meist einen unumkehrbaren Schritt in Richtung Trennung bedeutet.⁶⁷ Da die Abberufung nach Durchführung einer HV mit Vertrauensentzug aus den oben erörterten Gründen offenkundig vermieden werden sollte, hätte der Aufsichtsrat nur die Möglichkeit gehabt, die in diesem Falle mehr als riskante Abberufung wegen grober Pflichtverletzung durchzuführen oder mit den Vorstandsmitgliedern über eine Trennung zu verhandeln. Letzteres geschah dann auch und endete damit, dass beide Vorstandsmitglieder *zusätzlich* zur Auszahlung ihres Anstellungsvertrages (die Restlaufzeit betrug damals in beiden Fällen nur mehr etwas weniger als ein Jahr) Abgangsschädigungen in Höhe von jeweils rund 600.000 Euro erhielten (was in Anbetracht der Gesellschaftsgröße wohl deutlich mehr als einen Jahresbezug ausmachte). Man kann sich nun fragen, warum der Aufsichtsrat sogar mehr zahlte, als der Anstellungsvertrag vorsah; denn eine solche Lösung hätte er auch erzielen können, wenn er die Vorstandsmitglieder selbst ohne Abberufungsgrund (vorläufig wirksam: § 75 Abs 4 vorletzter Satz AktG) abberufen und ihnen in der Folge freiwillig alle restlichen Entgelte ausbezahlt hätte. Wegen der vorläufigen Wirksamkeit auch einer unberechtigten Abberufung und der kurzen Restlaufzeit, innerhalb der ein gerichtliches Urteil nie und nimmer hätte erlangt werden können, wäre die Trennung von den beiden Vorstandsmitgliedern faktisch vollzogen gewesen. Man braucht daher nicht allzu viel Phantasie, um sich auszurechnen, dass den zusätzlichen Zahlungen an die Vorstandsmitglieder in gewisser Weise der Charakter eines „Schweigegeldes“ innewohnte: Der Aufsichtsrat wollte allem Anschein nach erreichen, dass die beiden geschassten Vorstandsmitglieder keine Interna ausplauderten und insb auch nichts über allfällige Kontrollversäumnisse des Aufsichtsrates erzählten.

3. Nachschieben von Abberufungsgründen

Unterschiede gegenüber der Behandlung von Arbeitnehmern ergeben sich auch beim sog „Nachschieben“ von Abberufungsgründen. Bei der Entlassung von Arbeitnehmern oder bei der begründeten Kündigung (dort wo die Kündigung einer Begründung bedarf) ist allgemein anerkannt, dass der

⁶¹ G. Schima in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/162.

⁶² Da die Bestellung des Vorstandsmitgliedes nur aus wichtigem Grund widerrufen werden kann und Bestellung und Anstellung grundsätzlich gleichlaufen, ist anzunehmen, dass auch das Anstellungsverhältnis – im Unterschied zu normalen Arbeitsverträgen – nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden kann; vgl LG München 11.11.2004, 5 I HKO 6764/04, AG 2005, 131. Dies gilt aber nur, wenn nichts anderes vereinbart ist; vgl näher G. Schima in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/169.

⁶³ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 182 f; G. Schima, Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, *ecolx* 2006, 456 (458).

⁶⁴ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, *GesRZ* 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = *ecolx* 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = *GeS* 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*) = *WBl* 2008, 598 (*U. Torggler*).

⁶⁵ Vgl die Entscheidungsanmerkungen in FN 64; eingehend G. Schima, Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes“ – zugleich Anmerkungen zu OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t, in *FS M. Binder* (2010) 817; vgl auch *Kalss/Hasenauer*, *Ad-hoc*-Publizität bei Beteiligungs- und Unternehmenstransaktionen, *GesRZ* 2010, 301.

⁶⁶ G. Schima, Zulässigkeitsgrenzen, 817 ff.

⁶⁷ G. Schima in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/186; idS auch *Kalss/Zollner*, *GesRZ* 2008, 383 (384).

Arbeitgeber Gründe, die ihm nach Ausspruch der Entlassung bekannt wurden, nachträglich im Prozess geltend machen kann, sofern der Grund im Auflösungszeitpunkt objektiv gegeben war.⁶⁸ Es ist ohne Belang, ob die Auflösungserklärung ein befristetes oder unbefristetes Dienstverhältnis vorzeitig beendet.

Für die organschaftliche Abberufung von Vorstandsmitgliedern gelten diese Grundsätze an sich auch. Nach der ganz hL. und Rspr.⁶⁹ ist aber Voraussetzung für ein erfolgreiches Nachschieben von Abberufungsgründen, dass der Aufsichtsrat davor einen eigenen Beschluss fasst, in dem er sich auf den oder die neuen Abberufungsgründe stützt. Dies dient der Sicherung der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung: Es soll nicht der aktuelle (vielleicht aus jahrelang mit dem Abberufenen zusammen tätigen Mitgliedern zusammengesetzte) Vorstand darüber entscheiden, auf welche Gründe sich die Gesellschaft im Abberufungsverfahren stützt, sondern allein der Aufsichtsrat.⁷⁰

Eine noch nicht beantwortete und auch im Schrifttum so gut wie nicht diskutierte Frage ist, ob auch beim Nachschieben von Abberufungsgründen der Unverzüglichkeitsgrundsatz in der Weise gilt, dass der Aufsichtsrat ungesäumt nach Erlangung der Kenntnis vom neuen Grund den Abberufungsbeschluss zu fassen, die Erklärung dem Abberufenen zuzustellen sowie den Grund in den laufenden Gerichtsprozess einzuführen hat. ME wird man dem Aufsichtsrat diesbezüglich zwar nicht ewig Zeit geben dürfen, doch spricht gegen eine strenge Anwendung des Unverzüglichkeitsgrundsatzes zweifellos der Umstand, dass dessen tragender Geltungsgrund hier nicht gegeben ist: Da das Vorstandsmitglied bereits abberufen ist und gegen die Gesellschaft einen Rechtsstreit führt, kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass es nicht im Unklaren darüber gelassen werden soll, ob es aus dem Amt entfernt wird.⁷¹

Nach einzelnen Stimmen im deutschen Schrifttum soll ein Nachschiebebeschluss des Aufsichtsrates nur bis zu dem Zeitpunkt gefasst werden dürfen, bis zu dem das Vorstandsmandat ohne Abberufung fiktiv gedauert hätte. Nur solange es um die mögliche Wiedereinsetzung des Vorstandsmitgliedes durch Rechtsgestaltungsklage ginge, sei ein Nachschieben von Abberufungsgründen möglich.⁷² Keiner der genannten Autoren zitiert den anderen, gibt dafür irgendeine Quelle oder eine Begründung an.

Die dargestellte Rechtsansicht, Abberufungsgründe könnten nur bis zum Ablauf der fiktiven Mandatsdauer nachgeschoben werden bzw. solange als das klagende Vorstandsmitglied sein Begehren nicht auf eine Feststellungsklage umgestellt hat, entbehrt jeder Überzeugungskraft.⁷³ Man kann

wegen der fehlenden Begründung nur vage vermuten, womit diese These von denen gerechtfertigt wird, die sie vertreten.

In Wahrheit hat das eine – die Zulässigkeit des Nachschiebens von Abberufungsgründen – mit dem anderen – der (theoretischen) Möglichkeit, dass das Prozessergebnis die Wiedereinsetzung des Vorstandsmitgliedes ist – nichts zu tun. Dass ein Nachschiebebeschluss des Aufsichtsrates erforderlich ist, dient, wie gesagt, nur der Wahrung der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung. Es liegt in der Natur von nachgeschobenen Abberufungsgründen, dass die Abberufungsentscheidung auf den nachgeschobenen Grund nicht geschützt wurde oder (im Regelfall) gar nicht gestützt werden konnte, weil er eben noch nicht bekannt (oder noch gar nicht verwirklicht)^{73a} war.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund ist es ohne Bedeutung, wie lange nach der Abberufung der zusätzliche Grund bekannt wurde, sofern dieser nur im Verfahren noch geltend gemacht werden kann. Dies ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz möglich, sofern nicht aus zivilprozessualen Gründen das Gericht ein solches Vorbringen zulässigerweise zurückweist. Möglicherweise liegt der hier kritisierten Ansicht die Überlegung zugrunde, dass nur eine Anfechtung des (Nachschiebe-)Beschlusses mittels Gestaltungs-klage nur denkbar ist, solange die Restmandatsdauer noch nicht abgelaufen ist. Das ist aber kein relevanter Aspekt, denn das Vorstandsmitglied muss auch bei der Anfechtungsklage gegen den ursprünglichen Abberufungsbeschluss das Klagebegehren grundsätzlich auf Feststellung umstellen (sofern man darin nicht ein prozessuales *minus* erblickt),^{74a} und eine solche Feststellungsklage gegen einen Nachschiebebeschluss – idR wohl als Erweiterung der schon anhängigen Klage (Klagsänderung) – ist auch zivilprozessual unproblematisch.

Übertrüge man den Gedanken, Nachschiebebeschlüsse könnten nur bis zum fiktiven Ablauf der Mandatsdauer gefasst werden, auf das Nachschieben in Arbeitnehmerprozessen, dann dürfte ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer aus einem befristeten Arbeitsverhältnis entlässt, worauf dieser die Entlassung nach § 106 ArbVG anfecht, keine Entlassungsgründe nachschieben, die der Arbeitgeber erst nach Fristablauf entdeckt hat, obwohl in diesem Zeitpunkt unter Umständen der Abberufungsprozess noch gar nicht richtig begonnen hat. Derartige wurde zu Recht bislang noch von niemandem vertreten.

Die hier kritisierte These kann auch zu ganz unhaltbaren, weil grösstens unbilligen und außerdem potenziell extrem prozessunökonomischen Ergebnissen führen. Ein Aufsichtsrat, der ein Vorstandsmitglied zB wegen angeblicher Fehlinformation des Aufsichtsrates abberuft, entdeckt sechs Monate später, nachdem die Restlaufzeit von bloß vier Monaten schon abgelaufen war, dass das Vorstandsmitglied jahrelang Vermögen der Gesellschaft für private Zwecke veruntreut hat. Wenn nun der Abberufungsgrund der Fehlinformation scheitert, weil das Gericht dem Vorstandsmitglied nach Durchführung des Beweisverfahrens hier einen bloß leichten Pflichtverstoß zubilligt, müsste die Gesellschaft unter Zugrundelegung der

⁶⁸ Vgl. Pfeil in Neumann/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 25 AngG Rz 12; OGH 19.1.1954, 4 Ob 236/53, Arb 5895; 12.11.1963, 4 Ob 105/63, Arb 7843; 23.3.1965, 4 Ob 30/65, Arb 8037; 2.9.1987, 9 ObA 54/87 ua.

⁶⁹ Für Deutschland zB Hüffer, AktG⁸, § 84 Rz 34; gegenteilig Thüsing in Fleischer, Vorstandsrecht, § 5 Rz 48 ff, der keinen eigenen Nachschiebebeschluss verlangt; für Österreich referierend Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II², §§ 75, 76 Rz 46; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 75 Rz 20 ff; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/166 f; OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w.

⁷⁰ Vgl. dazu näher G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/166 f mwN.

⁷¹ G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/167.

⁷² So Wiesner in MünchHdB Gesellschaftsrecht IV³, § 20 Rz 55; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG³, Rz 135 und 140; Oltmanns in Feidel, Aktienrecht² (2007) § 84 Rz 27; dem folgend jüngst LGZ Graz 20.6.2011, 45 Cg 77/10g.

⁷³ Vgl. G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/167; gegen diese Einschränkung auch Thüsing in Fleischer, Vorstandsrecht, § 5 Rz 16, der freilich schon das Erfordernis eines Nachschiebebeschlusses ablehnt. Wie hier zumindest implizit deutlich OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w; Strasser in Jabornegg/Strasser, Akt I³, §§ 75, 76 Rz 45.

^{73a} Vgl. zur speziellen Konstellation des nachträglichen Vertrauenszuges OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w.

⁷⁴ Man könnte noch eher darüber streiten, ob auch Gründe nachgeschoben werden dürfen, die im Abberufungszeitpunkt bereits bekannt (jedoch nicht verfristet) waren, auf die sich der Aufsichtsrat bei der Abberufungsentscheidung aber nicht gestützt hat. Das wird man im Ergebnis bejahen können; ein solcher Fall dürfte aber ohnehin selten sein.

^{74a} So OGH 25.5.1999, 1 Ob 11/99w.

kritisierten Rechtsmeinung den Abberufungsprozess kostenpflichtig verlieren, weil die Veruntreuung als Grund nicht herangezogen werden könnte. Für ein solches Ergebnis fehlt jede auch nur ansatzweise sachliche Begründung.

Dem kann auch nicht entgegeng gehalten werden, dass die dargelegte zeitliche Beschränkung des Nachschiebens von Abberufungsgründen für das Nachschieben von *Entlassungsgründen* betreffend die vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrages keinesfalls gelten kann.⁷⁵ Damit macht man aus einem Prozess zwei. Denn das Vorstandsmitglied, das das Abberufungsverfahren nur deshalb gewinnt, weil ein nachgeschobener Grund vom Gericht als „verspätet eingebracht“ beurteilt wird, kann dann nicht – wie sonst in der Praxis üblich – die sich aus einer ungerechtfertigten Auflösung des Anstellungsvertrages (der Entlassungsgrund wird dann ebenfalls nicht vorliegen) ergebenden finanziellen Ansprüche problemlos und ohne weiteren Streit erhalten. Vielmehr wird die Gesellschaft das Vorstandsmitglied neuerlich auf den Rechtsweg verweisen und ankündigen, dass der im Abberufungsprozess wegen Verspätung nicht berücksichtigte, nachgeschobene Grund im Entlassungsverfahren sehr wohl geltend gemacht wird. Dies ist nicht nur für das Vorstandsmitglied unbefriedigend, sondern auch für die Gesellschaft. Denn diese wird im bloß wegen verspäteten Nachschiebens verlorenen Abberufungsprozess ja voll kostenpflichtig, und diese Kosten können in Verfahren, wo es um angebliche grobe Pflichtverletzungen und Fehlverhalten von Vorstandsmitgliedern geht, ein enormes Ausmaß erreichen.

Es bleibt also dabei: Das Nachschieben von Abberufungsgründen verlangt zwar nach überzeugender hA zwecks Wahrung der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einen Nachschiebebeschluss des Letzteren, doch können Gründe mittels Aufsichtsratsbeschlusses zu jeder Zeit nachgeschoben werden, in der prozessrechtlich eine Geltendmachung im Abberufungsverfahren noch möglich ist.

4. Wissenszurechnung bei Vorliegen von Abberufungs- und Entlassungsgründen

Bei der Entlassung (oder auch begründeten Kündigung, sofern vertraglich begründungsbedürftig) von Arbeitnehmern bereitet manchmal die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten, welches im Unternehmen objektiv vorhandene Wissen über die Verwirklichung von Entlassungs- bzw. Kündigungstatbeständen dem Arbeitgeber zurechenbar ist – mit der Konsequenz, dass ab Eintritt der Zurechenbarkeit „die Verfristungsuhr zu laufen“ beginnt.⁷⁶ Grundsätzlich gilt hierbei, dass das Wissen jener Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zuzurechnen ist, die aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen des Arbeitgebers entweder für die „Behandlung“ von Dienstverhältnissen zuständig oder zumindest sonst verpflichtet sind, dem Arbeitgeber entsprechendes Wissen zu melden. Zurechenbar ist daher zweifellos das Wissen des Leiters der Personalabteilung, aber auch sonstiger Mitarbeiter mit ausreichender Personalkompetenz,⁷⁷ eher nicht dagegen das Wissen

von Mitarbeitern einer Rechtsabteilung, richtigerweise aber wohl das eines allfälligen Compliance Officers, dessen Aufgabe ua gerade darin besteht, Fehlverhalten im Unternehmen auszuspielen und die angemessenen Reaktionsprozesse in Gang zu setzen.

Das Problem stellt sich vom Grundsatz her bei der Abberufung bzw. Entlassung von Vorstandsmitgliedern natürlich auch. Aufgrund der zwingenden aktienrechtlichen und durch § 75 AktG idZ vorgegebenen Kompetenzverteilung kann es mE aber nur auf *das Wissen des Aufsichtsrates* ankommen. Wissen anderer Vorstandsmitglieder – und zwar auch dann, wenn deren Wissen schon nach allgemeinen Grundsätzen aufgrund ihrer eigenen Involvierung in mögliches Fehlverhalten auszuklammern ist⁷⁸ – kann der Gesellschaft daher niemals schaden. Dies gilt unabhängig davon, wie man die – durchaus schwierige – Frage beantwortet, ob und welche Informationspflichten ein einzelnes Vorstandsmitglied gegenüber dem Aufsichtsrat (Aufsichtsratsvorsitzenden) treffen, wenn dieses Vorstandsmitglied Fehlverhalten von Vorstandskollegen entdeckt. Umso weniger kann es auf das Wissen von dem Vorstandsmitglied unterstellten Mitarbeitern ankommen.

Auch das Wissen eines Compliance Officers wird der Gesellschaft (anders als bei Arbeitnehmern) nicht zugerechnet werden können, und mE sprechen im Ergebnis die besseren Gründe dafür, auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn im Einzelfall eine vom Vorstand aufgestellte Compliance-Verfassung den Compliance Officer dazu berechtigt bzw. verpflichtet, bei beobachteten Verstößen von Vorstandsmitgliedern direkt an den Aufsichtsrat zu berichten.⁷⁹

Die Beschränkung der Zurechenbarkeit des Wissens auf jenes von Aufsichtsratsmitgliedern ist deshalb geboten, um den tragenden Gedanken der Wissenszurechnung nicht aus den Augen zu verlieren. Diese soll den einen (Vertrags-)Partner (hier: das Vorstandsmitglied) vor Nachteilen schützen, die sich daraus ergeben, dass der andere (Vertrags-)Partner über ein Wissen deshalb nicht aktuell verfügt, weil er sich des Einsatzes von Gehilfen als Wissensvertreter bedient.⁸⁰ Dem Aufsichtsrat ist aber – ungeachtet des Fehlens einer dem § 111 Abs 5 dAktG vergleichbaren ausdrücklichen Bestimmung im österreichischen Recht – die Delegation seiner Aufgaben – und zwar gerade beim Verkehr mit dem Vorstand – nicht gestattet. Er muss persönlich handeln.⁸¹

Das Wissen einzelner Aufsichtsratsmitglieder reicht grundsätzlich aus; es muss sich nicht um den Vorsitzenden

⁷⁵ Diese Differenzierung macht auch das LGZ Graz in seinem Urteil vom 20.6.2011, 45 Cg 77/10g.

⁷⁶ Vgl zu dem Problem zB jüngst *Wratzfeld*, Wissenszurechnung im Arbeitsrecht, *ecolex* 2011, 61 mwN.

⁷⁷ Die Kenntnis bloß „irgendeines“ Vorgesetzten ohne Personalkompetenz genügt also nicht; vgl OGH 1.4.1998, 9 ObA 61/98f.

⁷⁸ Vgl *Kozioi*, Zurechnung ungelieferter Bank-Mitarbeiter (2004) Rz 21; *Wratzfeld*, *ecolex* 2011, 62.

⁷⁹ Die Frage, ob Derartiges überhaupt nach geltendem Aktienrecht zulässig ist (in der Praxis gibt es solche unternehmensinternen Compliance-Ordnungen – insb in Deutschland – durchaus), soll damit nicht abschließend beantwortet werden. Wenn die entsprechenden Vorschriften vom Vorstand mittels Beschlusses aufgestellt wurden, ist das Problem gegenüber einer vom Aufsichtsrat verfügbaren Compliance-Ordnung insofern entschärft, als dann der Vorstand gleichsam „freiwillige Selbstbeschränkung“ betreibt. Anderenfalls – bei einseitig durch den Aufsichtsrat erfolgter Anordnung einer direkten Berichtspflicht des Compliance Officers an den Aufsichtsrat – wird jedoch (wenn auch in umgekehrter Weise) das Prinzip unterlaufen, dass der Aufsichtsrat – zumindest in aller Regel – bei der Ausübung seiner Überwachungstätigkeit nicht ohne Abstimmung mit dem Vorstand direkt auf nachgeordnete Mitarbeiter greifen darf; vgl dazu zB *Krejci*, Der neugierige Aufsichtsrat, *GesRZ* 1993, 2 (3 ff).

⁸⁰ So ganz zutreffend *Wratzfeld*, *ecolex* 2011, 62.

⁸¹ Die Frage, ob das im konkreten Einzelfall anders zu beurteilen ist, wenn ein Aufsichtsratsvorsitzender sich – unzulässigerweise – für die Behandlung von Anstellungsvertragsagenden von Vorstandsmitgliedern eines Mitarbeiters bedient und dieser auch dem Vorstandsmitglied gegenüber als Ansprechpartner genannt wird, kann hier unerörtert bleiben. Derartiges dürfte doch Seltenheitswert haben.

handeln, weil jedes Aufsichtsratsmitglied gehalten ist, beobachtetes Fehlverhalten eines Vorstandsmitgliedes dem Aufsichtsrat – oder zumindest unverzüglich dem Vorsitzenden – zu melden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn das betroffene Mitglied selbst in das Vorstandsfehlverhalten involviert ist.^{81a}

Damit ergibt sich aus faktischer Hinsicht – verglichen mit der Situation bei Arbeitnehmern – unter Umständen ein Zustand, der dadurch gekennzeichnet sein kann, dass in einem Unternehmen möglicherweise über längere Sicht diverse Personen von Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitgliedes Kenntnis haben, ohne dass dieses aber dadurch die rechtliche Möglichkeit erhält, bei einer späteren Abberufung und Entlassung die Verfristung geltend zu machen, weil der Aufsichtsrat von der ganzen Angelegenheit erst deutlich später erfahren hat. In der Praxis kommen solche Fälle – wie der Verfasser weiß – jedenfalls immer wieder vor.

IV. Anstellungsvertraglicher Bestandschutz

1. Kündigungsklauseln trotz Befristung des Anstellungsvertrages

Der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes einer AG hat ein befristeter (freier) Dienstvertrag⁸² zu sein. Dies ergibt sich aus § 75 Abs 1 letzter Satz AktG, wonach die für die Bestellung geltenden Regelungen sinngemäß auch auf den Anstellungsvertrag anzuwenden sind.

Schon frühzeitig wurde im Schrifttum⁸³ und in der Folge auch in der Rspr⁸⁴ aber die Möglichkeit anerkannt, in den Vertrag Kündigungsklauseln einzubauen. Diese bedeuten im Regelfall, dass der Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt wird, den Anstellungsvertrag im Falle einer Abberufung vom Mandat – denn dies ist die notwendige Voraussetzung, weil der Anstellungsvertrag nicht ohne das Mandat beendet werden kann – den Vertrag unter Einhaltung einer näher spezifizierten Kündigungsfrist und eines im Vertrag festgesetzten Termins aufzulösen. Damit kann insb bei längeren Vertrags- und Mandatslaufzeiten die finanzielle Belastung der Gesellschaft erheblich gemindert werden. Umgekehrt bedeutet dies für das Vorstandsmitglied eine erhebliche Beschränkung seines „Vergütungspakets“, weshalb derartigen Klauseln aus Vorstandssicht im Vertragsabschlusszeitpunkt besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte.

An der grundsätzlichen Zulässigkeit von Kündigungsklauseln in Vorstandsverträgen, denen ich mich schon vor 20 Jahren im Wesentlichen zustimmend widmete,⁸⁵ sollte auch heute mE nicht gezweifelt werden. Dennoch sind einige relativierende Bemerkungen angebracht. So stellt sich die Frage, ob die von der arbeitsrechtlichen Judikatur für sog Höchstbefristungen aufgestellten Regeln⁸⁶ auch für Vorstandsmitglieder gelten. Die Rspr gestattet die Kombination von Befristung und vertraglicher Kündbarkeit nämlich nicht schrankenlos, sondern verlangt – ohne starre Grenzen festzulegen –,

dass Vertragslaufzeit, Dauer der Kündigungsfrist und Anzahl der Kündigungstermine zueinander in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁸⁷ Wendet man diese Regeln an, besteht an der Zulässigkeit der Kombination eines fünfjährigen, vierjährigen oder wohl auch noch dreijährigen Vertrages mit einer Kündbarkeit unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zu jedem Quartalsende – wohl aber auch zu jedem Monatsende – kaum ein Zweifel.⁸⁸ Ob dies für einen Zweijahresvertrag noch gilt, ist aber schon sehr fraglich.

Die Rspr hat sich dazu bislang nicht geäußert und musste es – wenn ich dies richtig überblicke – auch nicht tun.

Vertretbar ist indes auch, dass man für Vorstandsmitglieder Höchstbefristungen eher an *strengere* als an weitere Grenzen knüpft als bei Arbeitnehmern. Denn immerhin bildet die Existenz eines befristeten und damit zumindest bei typischer Vertragsgestaltung ohne wichtigen Grund eben nicht vorzeitig auflösbaren Vorstandsvertrages in Kombination mit der erschwerten Abberufbarkeit gem § 75 Abs 4 AktG (wie gesagt relativiert durch den Abberufungsgrund des Vertrauensentzuges durch die HV) das Korrelat der durch das AktG verbrieften Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstandes. Deren Gewährleistung setzt eine gewisse finanzielle Unabhängigkeit voraus. Zu leichte Lösbarkeit wirkt dieser Unabhängigkeit klarerweise entgegen. Auf diesen Aspekt ist noch zurückzukommen.⁸⁹

Ein weiterer Gesichtspunkt ist in Bezug auf die Zulässigkeit von Kündigungsklauseln zu berücksichtigen. Für Arbeitnehmer setzt die Zulässigkeit der Kombination von Befristung und Kündbarkeit voraus, dass die Kündigungsmöglichkeit nicht nur dem Arbeitgeber eingeräumt wird. Sie muss vielmehr zu nicht schlechteren Bedingungen auch dem Arbeitnehmer zustehen, andernfalls ist die Regelung sittenwidrig und damit (zumindest teil-)nichtig.⁹⁰ Die ganz überwiegende Mehrzahl der in der Praxis verwendeten Kündigungsklauseln – und diese sind generell im Vordringen begriffen – ist aber einseitig formuliert, gewährt das Kündigungsrecht also nur der Gesellschaft. Es wäre indes voreilig, für die Zulässigkeit der Klausel schlechthin zu verlangen, dass dem Vorstandsmitglied quasi symmetrisch ein Kündigungsrecht zugestanden wird. Ein solches würde notwendigerweise die Zulässigkeit des einseitigen Rücktritts durch das Vorstandsmitglied vor Ablauf der Mandatsdauer voraussetzen. Ermöglicht man diesen Rücktritt *grundlos* (und bloß unter Fristsetzung), dann ist dies zwar eine *vertraglich* mE zulässige (wenngleich in der Praxis nach wie vor seltene) Gestaltungsweise; das Vorstandsmitglied wäre dann aber gegenüber der Gesellschaft sogar *besser gestellt*, weil Letztere die Abberufung ja nicht grundlos erklären kann. Wegen der Existenz des Misstrauensvotums der HV als Abberufungsgrund werden, wie schon ausführlich dargelegt, freilich an die Intensität des wichtigen Grundes vom Gesetz her keine hohen Anforderungen gestellt.

Eine möglichst symmetrische Regelung könnte aber zB so aussehen, dass dem Vorstandsmitglied der Rücktritt unter Einhaltung einer – gleichzeitig für den Anstellungsvertrag zu beachtenden (und in ihrer Länge der von der Gesellschaft einzuhaltenden Frist entsprechenden) – Kündigungsfrist dann

^{81a} Vgl dazu zB *Kreji*, Zur Verjährung von Ersatzansprüchen der AG gegen entlastete Organwähler nach österreichischem Recht, in *GedS Helm* (2001) 773; *Koziol*, Zurechnung, Rz 21; *Wratzfeld*, *ecolex* 2011, 62.

⁸² Siehe dazu schon oben Pkt II.1.

⁸³ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 177 f.

⁸⁴ OGH 17.12.1957, 4 Ob 87/57, Arb 6786; 8.2.1983, 4 Ob 183/82, Arb 10.215; 30.11.1995, 8 ObA 305/95.

⁸⁵ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte, 178.

⁸⁶ Vgl zB OGH 27.8.2003, 9 ObA 43/03v.

⁸⁷ OGH 30.11.1995, 8 ObA 305/95.

⁸⁸ *G. Schima*, *ecolex* 2006, 456.

⁸⁹ *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/138.

⁹⁰ OGH 10.9.1985, 4 Ob 105/85.

ermöglicht wird, wenn zwischen ihm und anderen Vorstandsmitgliedern oder maßgebenden Aktionären und/oder dem Aufsichtsrat gravierende und nicht überbrückbare Meinungsverschiedenheiten bestehen. Dies wäre gleichsam das Spiegelbild des Vertrauensentzuges nach § 75 Abs 4 Fall 3 AktG.

Somit erhebt sich die Frage, ob die rechtliche Zulässigkeit von Kündigungsklauseln zugunsten der Gesellschaft nicht zumindest die Einräumung eines *derartigen* Rücktrittsrechts mit anstellungsvertraglichem Kündigungsrecht auf Seiten des Vorstandsmitgliedes voraussetzt. Mit dem etwas abgedroschenen und wenig inspirierten Hinweis darauf, dass Vorstandsmitglieder deutlich mehr verdienen würden als gewöhnliche Arbeitnehmer, kann dieser Einwand jedenfalls nicht entkräftet werden. Es gibt auch sehr hoch bezahlte Arbeitnehmer und in Banken sogar solche, die bei entsprechenden Ergebnissen erheblich mehr verdienen als der Vorstand. Ebenso fragwürdig ist das Argument des OGH, das dieser vor allem iZm der Verneinung der Arbeitnehmerähnlichkeit von Vorstandsmitgliedern ins Treffen führte, nämlich dass Vorstandsmitglieder in der Lage seien, ihre Angelegenheiten selbst adäquat zu vertreten, ihnen also eine starke Verhandlungsposition zukäme.⁹¹ Das mag – freilich in Abhängigkeit von der Arbeitsmarktlage – gegenüber manchen Arbeitnehmergruppen zutreffen; die aus der Sicht des Vertragspraktikers unübersehbare Vermehrung von Anstellungsverträgen mit Kündigungs- oder gar Koppelungsklauseln (dazu im Folgenden) zeichnet aber ein etwas anderes Bild. Denn so weit kann es mit der Verhandlungsmacht oder gar Verhandlungsübermacht von Vorstandsmitgliedern nicht her sein, wenn Letztere sogar Klauseln akzeptieren, die dazu führen, dass sie selbst bei unverschuldeter Trennung quasi von einem Tag auf den anderen kein Geld mehr erhalten. Freilich mag das auch auf mangelnde Beschäftigung mit dem eigenen Anstellungsvertrag zurückzuführen sein. Denn ich habe in der Praxis schon mehrfach erlebt, dass Vorstandsmitglieder mit Koppelungsklauseln oder Kündigungsklauseln im Anstellungsvertrag mir erklärten, darüber gar nicht verhandelt, sondern dem Punkt schlicht keine Bedeutung beigemessen oder ihn einfach übersehen zu haben. Mit der *diligentia quam in suis rebus* ist das eben oft so eine Sache.

2. Koppelungsklauseln

Kündigungsklauseln sind noch nicht das am weitesten reichende Mittel für Gesellschaften, bei einer Trennung von Vorstandsmitgliedern Kosten zu sparen. Gerade in den letzten Jahren finden sich verstärkt in Anstellungsverträgen Klauseln, die das automatische Erlöschen oder – dies ist bloß eine vertragstechnische Spielart – die Möglichkeit fristloser Auflösung bei jedweder, dh auch bei der unverschuldeten Abberufung vorsehen.⁹² Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Gesellschaft – über den Vertrauensentzug durch die HV – die Möglichkeit hat, das Vorstandsmitglied ohne jedes

Verschulden, ohne eine Pflichtverletzung und selbst bei nachgewiesenermaßen *erfolgreichem* Wirtschaften zu entfernen und damit die sofortige Einstellung jeden weiteren Entgelts zu verknüpfen.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass eine derartige Vertragsgestaltung mit einem Arbeitnehmer gesetzswidrig und (teil)nichtig wäre.

Anders verhält es sich bei Vorstandsmitgliedern: In zwei Entscheidungen aus jüngster Zeit beschäftigte sich der OGH mit Koppelungsklauseln und anerkannte ihre rechtliche Wirksamkeit. Während sich das Höchstgericht im ersten Urteil aus dem Jahr 2008⁹³ mit den möglichen Grenzen der Zulässigkeit nicht beschäftigte, vertrat es in einer späteren Entscheidung aus 2010⁹⁴ – gestützt auf die vom deutschen BGH⁹⁵ und von mir vor rund 20 Jahren vertretene Auffassung – den Standpunkt, dass bei Fehlen einer wirtschaftlich zumindest der Abgeltung einer angemessenen Kündigungsfrist entsprechenden finanziellen Leistung aus dem Anstellungsvertrag die Koppelungsklausel die Wirkung einer Kündigung mit angemessener Frist habe, also in eine solche umgedeutet werden könnte.⁹⁶ Als angemessen wurden dabei die in den §§ 1159 ff ABGB vorgesehenen und nach Meinung des OGH anscheinend auf diese Art von freien Dienstnehmern anwendbaren Fristen angesehen, was wohl zur Heranziehung des § 1159a Abs 1 ABGB und damit zu einer im Zweifel (bloß) vierwöchigen Kündigungsfrist führt.⁹⁷ Interessant an der Entscheidung ist, dass der OGH damit – soweit ersichtlich – erstmals die im Schrifttum strittige Frage entschied, ob bei freien Dienstverträgen die Kündigungsvorschriften des ABGB – wie bei Arbeitnehmern – einseitig zwingend sind.

Wenigstens *diese* (ohnehin überaus geringe) Zulässigkeitsschranke muss man Koppelungsklauseln in der Tat setzen (zur Kritik an der Heranziehung der §§ 1159 ff ABGB sogleich). Die Koppelungsklausel bedeutet ja nichts anderes als die Möglichkeit einer Vertragspartei, ein die weitgehend unbeschränkte Zurverfügungstellung der eigenen Arbeitskraft des anderen Teiles zum Gegenstand habendes Dauerschuldverhältnis ohne einen die Intensität eines für die vorzeitige Beendigung derartiger Dauerschuldverhältnisses nötigen wichtigen Grundes erreichenden Anlass fristlos und ohne weitere Entgeltzahlungen aufzulösen. Solches ist auch gegenüber Personen, die nicht den Status eines persönlich abhängigen Arbeitnehmers genießen, richtigerweise sittenwidrig. Die Umdeutung in eine Kündigung mit angemessener Frist ist sicher diskutabel; persönlich stehe ich dieser heute jedoch kritischer gegenüber als in meinen ersten diesbezüglichen Publikationen.⁹⁸ Vor allem ist der vom OGH gemachte Rückgriff auf die §§ 1159 ff ABGB problematisch und würde eine Orientierung am AngG der Sache eher gerecht. Auch dabei dürfte mE aber nicht schlechthin auf die – in Abhängigkeit vom Dienstalter – nach § 20 AngG geltende Kündigungsfrist zurückgegriffen werden. Dem (bei Kenntnis der Unwirksamkeit artikulierten) mutmaßlichen Parteiwillen hätte nämlich

⁹¹ OGH 19.3.2003, 9 ObA 261/02a.

⁹² Vgl dazu Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte, 181 ff; dies, Manager-Dienstverträge³, 114 ff; Strasser in Jauernegg/Strasser, AktG I³, §§ 75, 76 Rz 87; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 75 Rz 34; G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/139.

⁹³ OGH 27.2.2008, 3 Ob 251/07v.

⁹⁴ OGH 29.1.2010, 1 Ob 190/09m, WBl 2010, 300 (Grillberger).

⁹⁵ BGH 29.5.1989, II ZR 220/88, NJW 1989, 2683.

⁹⁶ G. Schima, ecoloex 2006, 456.

⁹⁷ OGH 29.1.2010, 1 Ob 190/09m.

⁹⁸ G. Schima, ecoloex 2006, 456.

wohl nur eine Kündigungsregelung entsprochen, wie sie in Top-Manager-Verträgen üblich ist, was im Regelfall zumindest eine sechsmonatige Frist bedeutet.

Abgesehen davon sind gegen einseitig formulierte Koppelungsklauseln ähnliche Bedenken zu erheben wie gegen einseitig nur zugunsten der Gesellschaft formulierte Kündigungsklauseln. Freilich stellt sich bei der symmetrischen Koppelungsklausel-Vertragsgestaltung ein Problem: Symmetrie würde hier bedeuten, dass das Vorstandsmitglied entweder grundlos oder immerhin im Falle gravierender Meinungsverschiedenheiten – als Spiegelbild des Misstrauensvotums – vom Mandat *fristlos* zurücktreten und den Anstellungsvertrag *fristlos* auflösen kann. Ein solches Rücktrittsrecht wäre aber problematisch und inadäquat und würde die Interessen der Gesellschaft, nicht vorwarnungslos ohne gesetzliche Vertreter dazustehen, nicht angemessen berücksichtigen. Infolge der offenbar auch vom OGH gezogenen Schranke für Koppelungsklauseln, wonach – und sei es erst im Wege der Konversion, also zumindest finanziell – eine angemessene Kündigungsfrist einzuhalten ist, müsste eine „symmetrische“ Vertragsgestaltung daher darin bestehen, dem Vorstandsmitglied einen Rücktritt unter Fristsetzung zB bei Bestehen gravierender Meinungsverschiedenheiten und unter gleichzeitiger Kündigung des Anstellungsvertrages zu ermöglichen.

Ich halte es für sehr gut vertretbar und neige der Ansicht zu, eine solche Vertragsgestaltung als Voraussetzung für die Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit der zugunsten der Gesellschaft wirkenden Koppelungsklausel zu qualifizieren. Dafür, deren Zulässigkeit eher eng zu begrenzen, spricht noch stärker als bei der Kündigungsklausel vor allem die Erwägung, dass damit mittelbar die Unabhängigkeit und Weisungsgebundenheit des Vorstandes unterminiert wird: Wer damit rechnen muss, jederzeit entfernt und gleichsam mit einem Butterbrot heimgeschickt zu werden, wird tendenziell wenig Rückgrat gegenüber nicht immer rechtlich unbedenklichen Anliegen von Großaktionären oder auch Aufsichtsräten haben. Dies gilt gerade in der Familien-AG, bei der – sofern nicht börsennotiert – die Abberufung via Misstrauensvotum der HV innerhalb weniger Minuten über die Bühne gehen kann.

V. Gleichbehandlungsgrundsatz für Vorstandsmitglieder?

Dass für Vorstandsmitglieder einer AG nicht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz schlechthin gilt, dürfte anerkannt sein. Dies bedeutet aber noch keineswegs, dass es dem Aufsichtsrat gestattet ist, Vorstandsmitglieder willkürlich ungleich zu behandeln, dh, insb. einem Vorstandsmitglied in vergleichbarer Lage Leistungen nicht zuzuerkennen, die anderen gewährt werden.

Vielmehr ist der Meinung von Strasser zuzustimmen, dass in so einem Fall einem Vorstandsmitglied ein Ausgleichsanspruch erwachsen kann.⁹⁹

Die Fallkonstellationen in der Praxis werden selten sein, sind aber durchaus denkbar. Ein Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit mag dies verdeutlichen: Ein Aufsichtsrat, der einen dreiköpfigen Vorstand vorzeitig abberuft (bzw. sich auf eine

wesentliche Verkürzung der Vorstandsmandate einigt) und zwei Vorstandsmitgliedern, die für eine massive Kostenüberschreitung bei einem Großprojekt der Gesellschaft die Mitverantwortung tragen, mit Abfertigungen und hoch dotierten Konsulentenverträgen versorgt, hingegen dem dritten Vorstandsmitglied, das für die Kostenüberschreitungen schon aufgrund des Umstandes, dass es sein Amt erst danach angetreten hat, nachweislich keine Verantwortung trägt, die den anderen zuerkannten Leistungen verweigert, handelt auch bei Anlegung eines sehr strengen Maßstabes ohne Zweifel willkürlich und sieht sich daher möglichen (Schadenersatz-) Ansprüchen des verkürzten Vorstandsmitgliedes ausgesetzt.

VI. Gesetzgeberisches Misstrauen in die Wahrnehmung der Vergütungsverantwortung des Aufsichtsrates

Der Druck, unter den Vorstandsmitglieder – vor allem, aber nicht nur in börsennotierten Gesellschaften – in den letzten Jahren *in puncto* anstellungsvertragliche Konditionen geraten, ist aber nicht bloß Produkt einer als Konsequenz der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft gleichsam genuin aus dem AktG entwickelten Rspr, sondern auch Ausdruck und Folge der auf internationaler Ebene (und gar nicht vorrangig in Österreich) ausgebrochenen Vertrauenskrise hinsichtlich der Fähigkeiten des für die Vergütung des Managements zuständigen Organs. Berichte über Vergütungsexzesse, vor allem in Ländern wie den USA, Großbritannien, den Niederlanden, aber teilweise auch Deutschland oder der Schweiz, füllen die Massenmedien schon seit vielen Jahren und lange vor Ausbruch der jüngsten und besonders dramatisch verlaufenen Finanzkrise 2008/2009. Gerade das Zustandekommen dieser weltweiten Krise wird aber – ob zu Recht oder zu Unrecht, soll hier dahingestellt bleiben – zumindest zum Teil darauf zurückgeführt, dass in der Banken- und Finanzdienstleistungsbranche Vergütungsregelungen – vor allem im Investmentbanking und Treasury – existierten, von denen falsche Anreize ausgegangen seien und mit denen zu hohe Risikobereitschaft maximal belohnt worden wäre, ohne dass die getroffenen Vergütungsvereinbarungen darauf Bedacht genommen hätten, dass bei bestimmten hochkomplexen Geschäften zunächst enorme und zu beträchtlichen Bonifikationen führende Gewinne anfielen, in der Folgeperiode jedoch Verluste möglich seien, die bloß zum Ausfall von Bonifikationen im darauffolgenden Jahr, keineswegs aber zur Leistung eines „Malus“ durch den davor hoch prämierten Mitarbeiter führten.

Auf europäischer Ebene wurde darauf mit Sonderbestimmungen im Rahmen der neuen Kapitaladäquanz-Richtlinie (CRD III)¹⁰⁰ reagiert, die in Österreich mit Wirkung vom 1.1.2011 durch den neuen § 39b BWG und die dazu im Gesetz erlassenen Vergütungsgrundsätze (in einer Anlage zu § 39b BWG) umgesetzt wurden. Darauf ist noch kurz zurück zu kommen.

⁹⁹ Strasser in *Jahrbuch/Strasser*, AktG II*, §§ 75, 76 Rz 71.

¹⁰⁰ Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtsrechtliche Überprüfung der Vergütungspolitik, ABl L 329 vom 14.12.2010, S 3.

1. Novellierung des § 87 dAktG

In Deutschland wurde auf die schwere Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 – wie manche meinen, in einer populistischen Schnellschussaktion – auf gesetzlicher Ebene¹⁰¹ und nicht bloß beschränkt auf die Bankenbranche reagiert.

§ 87 dAktG wurde in einer Weise novelliert, die den Gestaltungsspielraum des Aufsichtsrates bei der Vorstandsvergütung deutlich einengen sollte. So hat der Aufsichtsrat künftig darauf zu achten, dass die Vergütung in all ihren Bestandteilen „die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigt“, und muss bei börsennotierten Gesellschaften die Vergütungsstruktur „auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet“ werden. Variable Vergütungsbestandteile „sollen“ daher eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben, und für außerordentliche Entwicklungen „soll“ der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren. Ohne darauf im Detail eingehen zu können, ist anzumerken: Nichts davon enthält Erwägungen, die ein verantwortlich handelnder Aufsichtsrat nicht schon bisher nicht nur hätte berücksichtigen „sollen“, sondern hätte berücksichtigen *müssen*.

Das in § 87 Abs 2 dAktG seit jeher enthaltene und bei der Erlassung des österreichischen AktG aus dem davor geltenden deutschen AktG 1937 explizit wegen *Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen* (!) nicht übernommene¹⁰² Recht zur einseitigen Herabsetzung der Vorstandsbezüge bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft wurde noch verschärft, indem sich künftig die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nur so verschlechtern muss, dass die Weitergewährung der Bezüge „unbillig für die Gesellschaft“ wäre, statt – wie davor – eine „*schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft*“ bedeuten würde. Flankiert wird diese neue Regelung durch § 93 Abs 2 letzter Satz dAktG, wonach im Falle des Abschlusses einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) zugunsten des Vorstandsmitgliedes ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitgliedes vorzusehen ist. Bei dieser Regelung wurde freilich – wie die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, ganz *bewusst*¹⁰³ – die Möglichkeit der Versicherung auch des Selbstbehaltes offengelassen, und von dieser macht die Praxis in Deutschland denn auch reichlich Gebrauch. Von der Erreichung des gesetzgeberischen Zieles, die verhaltenssteuernde Wirkung gesetzlicher Haftung¹⁰⁴ nicht durch Versicherungen zum Verschwinden zu bringen, ist daher nicht wirklich etwas übrig geblieben, wie man auch der Novellierung des § 87 dAktG mE eher das Prädikat gesetzgeberischer Aktionismus als sinnvolle und durchdachte Neugestaltung geben muss.

2. Empfehlungen des Corporate Governance Kodex

In Österreich blieben die aktienrechtlichen Vorschriften betreffend die Vorstandsvergütung unangetastet, doch wurden die einschlägigen Bestimmungen des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) ausgebaut und enthalten zB – ähnlich wie in Deutschland auf gesetzlicher Ebene – die C-Empfehlung,¹⁰⁵ mit variablen Vergütungsregelungen die nachhaltige und langfristige Unternehmensentwicklung zu prämissieren und mehrjährige Bemessungsgrundlagen heranzuziehen.

Einer EU-Kommissionsempfehlung¹⁰⁶ – wenn auch nicht zur Gänze – folgend enthält der ÖCGK (C-Regel 27a) darüber hinaus die Empfehlung, bei der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit ohne wichtigen Grund Abfindungen im Ausmaß von nicht mehr als zwei Jahres-Gesamtvergütungen zu zahlen *und* nicht mehr als die Restlaufzeit abzugelten. In der Kommissionsempfehlung ist von zwei *festen* Jahresvergütungen die Rede, was von den Kodex-Verfassern ganz zu Recht – und dieses Verhandlungsergebnis hefte ich mir als Arbeitskreis-Mitglied teilweise an meine Fahnen – nicht vollinhaltlich nachvollzogen wurde. Betrachtet man nämlich Vergütungsmodelle, bei denen ein erheblicher, 50 % der Gesamtvergütung unter Umständen sogar (weit) übersteigender Teil in variablen Entgelten besteht, und geht man von einer Fallkonstellation aus, dass der Aufsichtsrat sich von einem für vier oder fünf Jahre bestellten Vorstandsmitglied bereits nach sechs Monaten oder einem Jahr wieder trennen möchte, ohne dass diesem irgendein Fehlverhalten vorzuwerfen ist, erschiene eine Beschränkung der Abfindung auf zwei *feste* Jahresbezüge mE inadäquat. Dies hätte umso mehr zu gelten, wenn der Aufsichtsrat dieses Vorstandsmitglied davor vielleicht aus einer sehr attraktiven und hoch bezahlten Position abgeworben hat.

Wichtig und als Signal geradezu unentbehrlich sind die Kodex-Empfehlungen für die Gestaltung von Aktienoptionen.¹⁰⁷ In den Anfängen ihrer Verbreitung in Deutschland und Österreich belohnten Aktienoptionen nicht selten die begünstigten Manager ohne überdurchschnittliche Anstrengung mit hohen Vergütungen. Gerade die Existenz solcher nicht durchdachter Optionsmodelle führte zu dem bis heute nicht ganz abgeschüttelten schlechten Image dieser Vergütungsform. Bei Beachtung einiger wesentlicher Kriterien bei der Vertragsgestaltung kann aber ganz einfach verhindert werden, dass Aktienoptionen zum „Selbstbedienungsladen für Manager“ verkommen. Von zentraler Bedeutung ist es, den Begünstigten nicht bloß an der positiven Entwicklung teilhaben zu lassen, sondern ihm auch – gleich einem Aktionär – das Risiko von Aktienkursverlusten zumindest zum Teil aufzubürden. Denn genau die Schaffung dieses partiellen Interessengleichklanges zwischen Aktionären und Managern ist die historische Rechtfertigung für Aktienoptionsmodelle, um den sog. Prinzipal-Agent-Konflikt zu entschärfen. Wichtig ist auch und empfohlen wird im Kodex¹⁰⁸ die Vorschreibung eines angemessenen

¹⁰¹ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31.7.2009, dBGBl I 2009, 2509; vgl zB – eher wohlwollend – Thüsing, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517; dagegen kritisch Bauer/Arnold, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717; ebenfalls ablehnend Hohenstadt, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, ZIP 2009, 1349.

¹⁰² Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) § 78 Rz 5 unter Verweis auf EBRV 301 BglnR 10. GP, 69.

¹⁰³ Thüsing, AG 2009, 527.

¹⁰⁴ BT-Drucksache 16/13433 vom 17.6.2009, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf zum VorstAG, dort insb die Begründung zur empfohlenen Änderung von § 93d AktG (S 11).

¹⁰⁵ C-Regel 27 des ÖCGK.

¹⁰⁶ Empfehlung 2009/385/EG der Kommission vom 30.4.2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, ABl L 120 vom 15.5.2009, S 28.

¹⁰⁷ Vgl dazu ausführlich G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/132 f.

¹⁰⁸ C-Regel 28 Satz 3 des ÖCGK.

Eigeninvestments durch den begünstigten Manager. Dies dient dem gerade beschriebenen Zweck. Nur wer auch eigenes Geld verlieren und nicht nur bei positiver Entwicklung solches gewinnen kann, befindet sich in einer einem Aktionär vergleichbaren Situation. Unbedingt zu empfehlen ist auch das sog. *benchmarking*: Gemessen wird dann nicht einfach die Aktienkursentwicklung der betroffenen Gesellschaft, sondern das Verhältnis entweder zum Gesamtmarkt oder zu einem relevanten Teilmarkt, insb. die Kursentwicklung bei maßgebenden Mitbewerbern. Anderenfalls entsteht das Problem, dass in einem sich stark aufwärts entwickelnden Kapitalmarkt absolut hohe, aber relativ unterdurchschnittliche Kursentwicklungen hoch belohnt werden.

Verpönt sein sollte das sog. *repricing*.¹⁰⁹ Wenn sich die Parameter nicht in die richtige, dh. für die Begünstigten vorteilhafte Richtung entwickeln, wird einfach die Uhr zurückgedreht und neu begonnen. Solche Gestaltungen werden am Kapitalmarkt nicht gut aufgenommen und rufen zu Recht Ablehnung hervor bzw. diskreditieren das Vergütungsmodell Aktienoptionen.

Einen Trost für Vorstandsmitglieder kann man idZ auch aussprechen: Die oft beschworene Transparenz bei den Vorstandsvergütungen, also die in manchen Ländern (wie zB Deutschland)¹¹⁰ als gesetzliche Pflicht und in anderen Ländern (wie zB Österreich)¹¹¹ als Kodex-Empfehlung gestaltete Vorgabe, die Bezüge der Vorstandsmitglieder einzeln zu veröffentlichen, hat definitiv *nicht zu deren Reduktion* geführt. Dies war aber den Kundigen, die auch mit der Entwicklung in Ländern vertraut waren, die eine solche Verpflichtung schon länger vorsahen (wie zB England), von vornherein klar. Vorstandsmitglieder sind in aller Regel ja recht gute Verhandler. Sind viele Daten über die Vergütung anderer Vorstandsmitglieder öffentlich verfügbar, lassen sich daraus in den Vertragsverhandlungen mit dem Aufsichtsrat – noch dazu bei entsprechend selektiver Berücksichtigung – allemal taugliche Argumente für eine *Bezugserhöhung* finden. Insofern kann man konstatieren, dass Transparenz eben auch ihren Preis hat.

3. Einengung der Vertragsgestaltungsautonomie bei staatsnahen Unternehmen

Eine gesetzliche und verordnungsmäßige Regelung, die besonderes Misstrauen gegenüber dem für die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen mit dem Management zuständigen Organ zum Ausdruck bringt, besteht in Gestalt des Stellenbesetzungsgesetzes¹¹² und der dieses konkretisierenden B-VV der österreichischen Bundesregierung¹¹³ bei staatsnahen, dh. der Kontrolle des Rechnungshofes unterworfenen Unternehmen. Dieses Misstrauen hat nichts mit der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise zu tun und auch nichts mit der Entwicklung von Corporate-Governance-Kodizes. Das diesbezügliche Gesetz und die Verordnung in ihrer Stamfassung

datieren vielmehr aus 1998, sind also auch vier Jahre älter als der Kodex und entstanden in einer schwarz-roten Großen Koalition als Maßnahme, mit der man – getrieben von Angst vor einer damals sehr erstarkenden FPÖ – beim „Privilegienabbau“ die Themenführerschaft behalten wollte. Herausgekommen ist eine auf gesetzlicher und Verordnungsbasis bewirkte, absolut entbehrliche, legislatisch darüber hinaus in mehrfacher Hinsicht misslungene und mE zudem verfassungswidrige¹¹⁴ Einschränkung der Privatautonomie bei der Gestaltung von Verträgen mit Mitgliedern des geschäftsführenden Organs in rechnungshofkontrollierten Unternehmen.

Die Konzeption von Gesetz und Verordnung, die zulässigen Vertragsbestandteile taxativ aufzuzählen und die Aufnahme zusätzlicher Klauseln nur dann zu gestatten, „soweit dies aufgrund der Besonderheit des betreffenden Unternehmens und in dessen ausschließlichem Interesse erforderlich ist“ (§ 2 Abs 3 Z 19 B-VV), führt dazu, dass bei einer wortlautgetreuen Auslegung zB *Aktienoptionen überhaupt unzulässig* sind, obwohl sich im Anwendungsbereich des Gesetzes auch börsennotierte Unternehmen (wie zB die Verbund-Gesellschaft) befinden. Auch die Zahlung eines *Sign-on-Bonus*, wie er bei der Abwerbung von Top-Managern aus einer attraktiven Position mit der Konsequenz des Verlustes beträchtlicher Ansprüche nicht ganz unüblich ist, wäre streng genommen unzulässig, weil eine solche Regelung ja nicht im „*ausschließlichen*“ Interesse der Gesellschaft, sondern natürlich *auch* im Interesse des Managers gelegen ist.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Kündigungsklauseln in Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern einer AG rechtfertigt es nicht, dem Aufsichtsrat eine derartige Gestaltung (nämlich Kündbarkeit unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Ende eines Kalendervierteljahres) *vorzuschreiben*, wie es die B-VV tut.¹¹⁵

Dass der politische Wille – genauer gesagt: Mut – fehlt, dieses Sondervertragsrecht für Kapitalgesellschaften unter der Kontrolle des Rechnungshofes einfach zu beerdigen, ist eine zwar ernüchternde, aber in der politischen Realität begründete und wohl unausweichliche Erkenntnis. Die politische Kaste in diesem Land hat nicht nur ihr eigenes Ansehen über die Jahre nachhaltig beschädigt, sondern (freilich im Verein mit bestimmten Medien) tatkräftig dazu beigetragen, dass in absoluten Zahlen hohe Entlohnungen – außer bei Sportlern und Kunschtchaffenden iWS – in der Bevölkerung unabhängig von der Leistung als tendenziell unanständig empfunden werden.

Die Bundesregierung begnügt sich aber nicht damit, das verunglückte Regelwerk gleichsam einzufrieren, sondern hat jüngst, nämlich mit am 23.2.2011 ausgegebenem BGBl,¹¹⁶ der B-VV in § 2 Abs 3 Z 14 eine lit c angefügt, die lautet:

„Findet auf den Anstellungsvertrag das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz ... Anwendung, ist die Vereinbarung einer Abfertigungsregelung unzulässig.“

Auch diese Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit entbehrt jeder sachlichen Rechtfertigung und führt zB dann zu völlig unsachgerechten Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit, wenn ein Vorstandsmitglied aus einer gut bezahlten

¹⁰⁹ Vgl C-Regel 28 Satz 2 des ÖCGK.

¹¹⁰ Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz - VorstOG) vom 3.8.2005, dBGBl I 2005, 2267.

¹¹¹ C-Regel 31 des ÖCGK.

¹¹² Bundesgesetz über Transparenz bei der Stellenbesetzung im staatsnahen Unternehmensbereich (Stellenbesetzungsgesetz), BGBl I 1998/26.

¹¹³ Verordnung der Bundesregierung betreffend die Vertragsschablonen gemäß dem Stellenbesetzungsgesetz (Bundes-Vertragsschablonenverordnung - B-VV), BGBl II 1998/254 idF BGBl II 2011/66.

¹¹⁴ Dazu ausführlich G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch, Rz 12/82 und 12/84.

¹¹⁵ § 2 Abs 3 Z 1 lit b B-VV.

¹¹⁶ BGBl II 2011/66.

Funktion abgeworben werden muss und dabei Abfertigungs- oder sonstige Ansprüche verliert.

Dabei ist durchaus einzuräumen, dass das im Stellenbesetzungsgesetz bzw in der B-VV zum Ausdruck kommende Misstrauen in die Fähigkeit von Aufsichtsräten oder Gesellschafterversammlungen, angemessene und interessengerechte Vergütungsregelungen mit den Mitgliedern des geschäftsführenden Organs zu treffen, nicht vollkommen unberechtigt ist. Vorfälle wie in der Flughafen Wien AG¹¹⁷ belegen dies. Da verlängert ein Aufsichtsrat die Verträge von zwei Vorstandsmitgliedern, die – ob in pflichtwidriger Weise, sei dahingestellt und ist idZ auch unerheblich – die Verteuerung des mit Abstand größten Projektes dieser Gesellschaft seit Menschengedenken um rund 100 %, dh von zirka 400 Mio Euro auf zirka 800 Mio Euro zu verantworten haben, in Kenntnis dieser Kostenexplosion um die aktienrechtliche Höchstbestellungsdauer, nämlich fünf Jahre und ohne die von der B-VV vorgeschriebene Verankerung von Kündigungsklauseln, und er tut dies – wie der geneigte Leser aufgrund intensiver Berichterstattung samt Weitergabe des entsprechenden Sitzungsprotokolls an eine Zeitung erfahren durfte – vor allem deshalb, weil der Aufsichtsrat der Auffassung war, alles andere als die „aktienrechtliche Luxusvariante“ für den zumindest objektiv erfolglosen Vorstand wäre gleichsam ein „Schuldeingeständnis“. Das ist aber ein mehr als fragwürdiges Motiv: Dass die mögliche Angst, dem Aufsichtsrat (der die Kostensteigerungen ja über einen längeren Zeitraum in diversen Sitzungen zumindest zur Kenntnis genommen oder gar bewilligt hatte), könnte selbst ein Vorwurf gemacht werden, es nicht rechtfertigt, die Mandate der die enormen Kostensteigerungen verursachenden oder zumindest gemeinsam mit Vorgängern mitverursachenden Vorstandsmitglieder gleich auf die Höchstdauer zu verlängern und dabei auch von der vertraglichen Festlegung einer in diesem Fall nicht nur aufgrund der Verordnung vorgeschriebenen, sondern aufgrund der besonderen Umstände inhaltlich gebotenen Kündigungsklausel Abstand zu nehmen, sollte keiner weiteren Erörterung bedürfen. Die Vorgangsweise des Aufsichtsrates rächte sich dann auch prompt, wie jeder Zeitungsleser weiß: Als immer mehr über die Kostenentwicklung bekannt wurde und der öffentliche Druck sowie die Kritik an der Vorgangsweise wuchs, wollte der Aufsichtsrat auf einmal den gesamten Vorstand so billig wie möglich loswerden. Dieses Ziel hatte er sich freilich mit der Mandats- und Vertragsverlängerung im Frühjahr 2009 verbaut und konnte daher im Ergebnis zwar eine Verkürzung der Mandatslaufzeiten der Vorstandsmitglieder erreichen, musste aber die Differenz zur Auszahlung der ursprünglichen Verträge im wesentlich mit Abfertigungen und mehr oder weniger gleich hoch dotierten Konsulentenverträgen (bei denen die Gegenleistung – losgelöst vom konkreten Anlassfall – stets etwas zweifelhaft ist) auffüllen. Ein solcher Fall würde sich wirklich bestens für die Aktivierung der Aufsichtsratshaftung eignen – allein es ist niemand da, der diese in aktienrechtlich zulässiger Form aufgreift.

¹¹⁷ Vgl zu diesem Ereignis und der davon inspirierten Auseinandersetzung mit § 90 Abs 2 AktG G. Schima, Chef des Flughafens unwirksam bestellt? Die Presse 2011/08/01, Rechtspanorama vom 21.2.2011; ders, Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vertretern verhandelter Vorstandsmitglieder, GES 2011, 259.

Derartige Fehlleistungen dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der durch das Stellenbesetzungsgesetz und die B-VV gewählte Weg der Einengung der Vertragsgestaltungsfreiheit dennoch der völlig falsche ist. Denn je mehr der Gesetz- bzw Verordnungsgeber die Möglichkeit beschränkt, marktkonforme Anstellungsvertragspakete zu schnüren und anlassbezogen mit Vergütungsbestandteilen auf spezielle Rekrutierungskonstellationen zu reagieren, desto mehr schwindet die Möglichkeit, in Führungspositionen staatsnaher Unternehmen Fachleute zu engagieren, die über national und international anerkannte Reputation und hohes Know-how statt in erster Linie über ein Parteibuch oder zumindest über die starke Affinität zu einer politischen Partei verfügen. Als Zyniker könnte man einwenden, dass Gesetz und Verordnung die Situation ja insofern nicht verschlimmern würden, als die für die Führungskräfteauswahl zuständigen Gremien ohnehin unter politischem Einfluss primär politisch einschätzbare und berechenbare Personen bestellen und diese sich auch mit den von Stellenbesetzungsgesetz und B-VV ermöglichten Vertragsinhalten schon zufriedengeben würden. Das ist aber beim besten Willen kein sachliches, sondern eben bloß ein zynisches Argument.

4. Regulierung von Bonifikationen in Banken

Ausdruck qualifizierten gesetzgeberischen Misstrauens in die Fähigkeiten von Gesellschaftsorganen, die Vergütung des (Top-)Managements zumindest in Banken angemessen zu regeln, sind schließlich die von mir schon erwähnten und mit Jahresanfang 2011 in Kraft getretenen, auf die Kapitaladäquanz-Richtlinie (CRD III) zurückzuführenden Sonderregelungen für Vergütungen in Banken in Form des § 39b BWG¹¹⁸ und der dazu existierenden und diverse Vergütungsgrundsätze beinhaltenden Anlage.

Die neuen Regeln gelten nicht nur für Vorstandsmitglieder bzw die Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans, sondern auch für sog *risktaker* (Risikokäufer), Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil des Unternehmensprofils auswirkt.

Auf die Details dieser Regelung kann/soll hier schon aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Das Grundprinzip besteht darin, dass erfolgsbezogene Vergütungen – *vulgo* Bonifikationen – in Zukunft nicht mehr auf einmal und zur Gänze bar ausbezahlt werden dürfen, sondern zu einem erheblichen Teil in unbaren Instrumenten wie Aktien, gleichwertigen Beteiligungen oder wandlungsfähigem hybridem Kapital gem § 23 Abs 4a Z 6 BWG zu bestehen haben.

Ganz zentral ist die Bestimmung in Z 12 der Anlage zu § 39b BWG, wonach mindestens 40 % und bei „besonders hohen“ variablen Vergütungen mindestens 60 % der variablen Vergütung während eines mindestens *fünfjährigen* Zeitraumes zurückgestellt werden müssen und über diesen Zeitraum verteilt nur aliquot und wiederum nur unter der Voraussetzung der Erfüllung bestimmter vertraglich festzusetzender Kriterien verdient werden.

¹¹⁸ Eingeführt mit der BWG-Novelle BGBl I 2010/118.

Bemerkenswert ist dabei, dass der österreichische Gesetzgeber – als Auswirkung eines politischen Kompromisses zwischen den beiden Regierungsparteien – den in der Richtlinie vorgesehenen Verteilungszeitraum von mindestens drei Jahren¹¹⁹ auf fünf Jahre erstreckt, dabei mE aber nicht viel Weitblick bewiesen hat.

Die mit diesen Regelungen verbundenen Vertragsgestaltungs- und Rechtsanwendungsprobleme sind vielfältig, und die Eignung der neuen Vorschriften, ähnlichen Krisen in Zukunft vorzubeugen, mag bezweifelt werden. Die vorgeschriebene „Streckung“ von Bonifikationen ist nicht etwa als Erfordernis einer Art „Ratenvereinbarung“ zu sehen, sondern das Gesetz verlangt, dass jeder (aliquot zu berechnende) Jahresteilbetrag im entsprechenden Jahr erst zu „verdienen“ ist, dh, dessen Auszahlung voraussetzt, dass die in der Vereinbarung dafür aufgestellten Leistungskriterien erfüllt werden. Vor allem beim Ausscheiden von durch § 39b BWG erfassten Mitarbeitern stellen sich damit natürlich interessante Rechtsfragen.

Die Reaktionen mancher betroffener Kreditinstitute/der Praxis auf diese Neuerung sind bemerkenswert und eine gesonderte Betrachtung wert: Ungeachtet des Umstandes, dass man an den neuen Bonus-Bestimmungen rechtspolitisch vieles kritisieren kann (so auf jeden Fall den Umstand, dass es keine Bagatelluntergrenze gibt und zB auch ein Bonus von 5.000 Euro dem enorm komplizierten Aufteilungs- und Verteilungsmechanismus zu unterziehen ist), scheinen manche österreichischen Banken bei der Umsetzung der Bestimmungen sogar noch päpstlicher als der Papst sein zu wollen. Eine österreichische Großbank stellt sich bspw auf den Standpunkt, die neuen Bestimmungen würden unmittelbar in bestehende Verträge eingreifen und diese könnten daher einseitig verschlechtert werden.

Eine andere Großbank vertritt in den Verhandlungen über die Vorstandsverträge (und konsequenterweise wohl auch betreffend die anderen von § 39b BWG und der dazu gehörigen Anlage erfassten Mitarbeiter) die Rechtsmeinung, die Bonifikationsvereinbarungen müssten einen Unverbindlichkeitsvorbehalt, also die Klausel enthalten, dass auf die Gewährung des Bonus von vornherein *kein Rechtsanspruch* besteht, was in Anbetracht der vom OGH unter Berufung auf § 1 Abs 3 Z 3 BPG entwickelten Judikatur¹²⁰ die Möglichkeit der jederzeitigen Einstellung ohne Bindung an wichtige oder auch nur sachliche Gründe bedeuten würde.

Ein Blick in die gesetzlichen Regelungen erweist, dass beide Sichtweisen eindeutig unrichtig sind. Die Bonus-Bestimmungen in § 39b BWG und der dazugehörigen Anlage greifen eindeutig *nicht automatisch* in bestehende Verträge ein. Vielmehr heißt es in § 103o Z 1 BWG, der Übergangsbestimmung zu § 39b BWG, explizit:

„Die Kreditinstitute und ihre jeweils für den Abschluss von Verträgen und Betriebsvereinbarungen zuständigen Organe haben darauf hinzuwirken, dass bis zum 31. Dezember 2010 abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen, die den Anforderungen der Anlage zu § 39b nicht entsprechen, soweit rechtlich zulässig, auf Grundlage einer objektiv nachvollziehbaren rechtskundigen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten angepasst werden.“

Sieht man von der sehr gewundenen und in sich etwas inkonsistenten Formulierungsweise ab, dann bedeutet dies eben nicht mehr und nicht weniger als die Statuierung einer *Bemühungspflicht* der beteiligten Personen (wie sie zB auch die B-VV in Bezug auf die Anpassung alter und der Verordnung nicht entsprechender Betriebspensionsregelungen kennt),¹²¹ aber keinen einseitigen Eingriff. Ob dies richtlinienkonform ist, mag man noch eher bezweifeln, wobei die Erwägungsgründe der Richtlinie diesbezüglich auch keine ganz klare Antwort geben. Einerseits wird nämlich gesagt, dass die neuen Bestimmungen auch schon für variable Vergütungen betreffend das Geschäftsjahr 2010 Geltung haben;¹²² andererseits wird betont, dass die „Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts ... unberührt bleiben“ sollen.¹²³

Ebenso klar unrichtig ist die Sichtweise, eine Bonifikationsregelung in Banken mit von § 39b BWG erfassten Organmitgliedern und Arbeitnehmern (Risikokäufer, Mitarbeiter in Kontrollfunktionen und vergleichbar entlohnte Mitarbeiter) müsste einen Unverbindlichkeitsvorbehalt aufweisen. Dies steht nirgendwo im Gesetz oder in der Anlage.

Auch der Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG kann ein derartiges Erfordernis keinesfalls entnommen werden. Dort heißt es, dass der Anspruchserwerb oder die Auszahlung der variablen Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils nur dann erfolgen darf, *„wenn sie angesichts der Finanzlage des Kreditinstitutes insgesamt tragbar und nach der Leistung der betreffenden Geschäftsabteilung und Person gerechtfertigt ist.“* Weiters heißt es dort: *„Unbeschadet allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Arbeitsrechts wird die gesamte variable Vergütung erheblich beschränkt, wenn es zu einer verschlechterten oder negativen Finanz- oder Ertragslage des Kreditinstituts kommt.“*

Der österreichische Gesetzgeber hat damit auf die Richtlinienvorgabe reagiert, die als zusätzliches Korrektiv für die Auszahlung von Bonifikationen die finanzielle Lage des Kreditinstitutes *im Auszahlungszeitpunkt* berücksichtigt wissen will. Die Einschränkung, dass dies *„unbeschadet allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Arbeitsrechts“* zu geschehen hat, schafft freilich Verwirrung, denn die Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners bei der Bestimmung der Höhe seiner Verpflichtung ist ja gerade ein *Bruch* mit tragenden Grundsätzen des Zivil- und Arbeitsrechts. So hat ja auch der OGH zu Recht schon vor vielen Jahren ausgesprochen, dass nicht einmal betriebliche Pensionsleistungen unter einer *clausula rebus sic stantibus* stünden und daher selbst bei dramatischer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers nicht eingeschränkt oder eingestellt werden dürften, wenn dies nicht vertraglich vorgesehen sei.¹²⁴

Die zitierten Bestimmungen in der Anlage zu § 39b BWG können nun nicht anders verstanden werden, als dass die Gesellschaft in den entsprechenden Verträgen die Möglichkeit der Kürzung oder im Extremfall Einstellung der Zahlung für den Fall entsprechend verschlechterter wirtschaftlicher Lage im Auszahlungszeitpunkt ausdrücklich vorzusehen hat, sofern man nicht das Gesetz diesbezüglich sogar so interpre-

¹¹⁹ Vgl 23 Z 1 lit p Anhang I der Richtlinie 2010/76/EU.

¹²⁰ OGH 11.8.1993, 9 Oba 141/93, DRdA 1994/12 (Apatthy).

¹²¹ § 3 Abs 2 B-VV.

¹²² Art 3 Abs 2 Z ii der Richtlinie 2010/76/EU.

¹²³ Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2010/76/EU.

¹²⁴ OGH 11.1.1989, 9 Oba 513/88.

tiert, dass die Kürzung oder Sistierung auch ohne vertragliche Regelung unmittelbar aufgrund des Gesetzes erfolgen darf. Die Einräumung eines solchen Gestaltungsrechts wäre im Übrigen auch ohne die angesprochene gesetzliche Sonderregelung nicht schlechthin unzulässig; aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung wird aber mE dem Bonifikationsgläubiger richtigerweise der sonst denkbare Einwand abgeschnitten, die Ausübung des Gestaltungsrechts sei aus in seiner Sphäre liegenden Gründen unbillig, weil sie ihn zB sozial hart träfe. Vielmehr wird man in Anbetracht der gesetzlichen Formulierung und des dahinter stehenden Regelungszieles einseitig auf die finanzielle bzw wirtschaftliche Lage des Kreditinstitutes im Auszahlungszeitpunkt abzustellen haben.

Möglicherweise rührt die Sichtweise, Bonifikationsvereinbarungen in Banken müssten von nun an generell einen Unverbindlichkeitsvorbehalt aufweisen, daher, dass auf diese Art und Weise die in der Anlage zu § 39b BWG vorgeschriebenen Kürzungs- und Einstellungsvorbehalte bei später verschlechterter wirtschaftlicher Lage gleichsam miterfasst und nicht mehr speziell statuiert werden müssten. Wenn man den Bonus grundlos zur Gänze zu verweigern berechtigt ist, kann man natürlich auch seine Auszahlung ganz oder teilweise unter Berücksichtigung auf eine später verschlechterte wirtschaftliche Lage ablehnen. Dies ist zwar – unter der Voraussetzung der Aufrechterhaltung der derzeitigen Rspr des OGH zu Unverbindlichkeitsvorbehalten – zutreffend, ändert aber nichts daran, dass ein Unverbindlichkeitsvorbehalt von § 39b BWG eindeutig *nicht vorgeschrieben* ist.

Man muss sich ja auch vergegenwärtigen, was ein solcher Vorbehalt konkret bedeuten kann: In Verträgen mit Angehörigen der vom Gesetz erfassten Gruppe macht die Bonifikation nicht selten ein Drittel oder die Hälfte der Gesamtvergütung aus – oder gar noch um einiges mehr. Vertraglich vorzusehen, dass auf 50 % oder 60 % der Gesamtvergütung von vornherein kein Rechtsanspruch besteht, sondern die Gesellschaft diese Vergütung einseitig und ohne wichtige oder auch nur sachliche Gründe einstellen kann, ist in keiner Weise interessengerecht und wäre zumindest bei Arbeitnehmern wohl ungeachtet der OGH-Rspr zu Unverbindlichkeitsvorbehalten sittenwidrig. Dies gilt umso mehr, als eine intelligente Bonifikationsgestaltung – und erst recht, wenn sie den Erfordernissen des § 39b BWG und der Anlage folgt – ja solche Parameter zu berücksichtigen hat, die nicht nur die individuelle Leistung des Betroffenen und/oder die Performance seines unmittelbaren Bereiches oder Ressorts, sondern auch das *Gesamtunternehmensergebnis* miteinbeziehen. Für die Statuierung und Ausnützung eines Unverbindlichkeitsvorbehaltes besteht bei dieser Art von Vertragsgestaltung gar kein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft.

VII. Unterminierung des Leitbildes des unabhängigen und weisungsfreien Vorstandes

In der Vergangenheit wurde die fehlende Arbeitnehmer-eigenschaft von Vorstandsmitgliedern bzw die nur sehr eingeschränkte Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze auf ihr freies Dienstverhältnis wohl kaum als relevanter Nachteil empfunden. Denn die oft üppigen Anstellungsvertragsinhalte haben die potenziellen Nachteile meist mehr als ausgeglichen. Daran hat sich in den letzten Jahren einiges zu ändern be-

gonnen. In der Praxis (wenn auch kaum in Österreich) vorgekommene Vergütungsexzesse und Gestaltungsmissbräuche und die daraufhin einsetzende öffentliche Diskussion sowie die gesetzlichen und regulatorischen Vorhaben auf EU- und nationaler Ebene helfen dabei tendenziell dem Aufsichtsrat, den Vorstand nicht nur intensiver zu überwachen, sondern auch *in puncto* Vertragskonditionen stärker „an die Kandare zu nehmen“. Das wäre eine Entwicklung, die man – vielleicht sogar befriedigt – zur Kenntnis nehmen und sich dabei mit der Feststellung begnügen könnte, dass Vorstandsmitglieder typischerweise in der Lage seien, ihre Interessen auch bei den Anstellungsvertragsverhandlungen ausreichend zu vertreten.

Bedenklich ist an der Entwicklung meinem Dafürhalten nach aber, dass diese sich ziemlich klar auf Kollisionskurs mit dem in Österreich wie in Deutschland herrschenden aktienrechtlichen Modell der Führung durch einen weisungsfreien und unabhängigen Vorstand befindet. Diese Feststellung ist auch keine rein akademisch-logisch-abstrakte, sondern beruht sehr wohl auf Beobachtungen in unzähligen Fällen während einer mehr als 20-jährigen anwaltlichen Beratungspraxis. Der aufrechte Gang ist nur wenigen so in die Wiege gelegt, dass sie diesen immer und unter allen Bedingungen und auch in Abhängigkeitslagen unbeirrt gehen. Leichter wird dieser aufrechte Gang für den typischen Unternehmensleiter, wenn er nicht befürchten muss, beim ersten Zusammenstoß mit dem starken Aufsichtsratsvorsitzenden oder dem ständig intervenierenden Großaktionär aus dem Spiel genommen und mit einem Taschengeld von drei Monatsgehältern heimgeschickt zu werden.¹²⁵

Diese Betrachtungen führen unweigerlich zur Frage nach der Sinnhaftigkeit und Sachgerechtigkeit – oder auch „Zeitgemäßheit“ – des aktienrechtlichen Modells mit dem weisungsfreien Vorstand. Eine Rechtsordnung kann sicherlich auch mit einem Kapitalgesellschaftsrecht leben, in dem es keine Rechtsform gibt, bei der die Unternehmensleitung die Geschäfte weisungsfrei und unabhängig führt.¹²⁶ Wenn man dieses Modell aber für sinnvoll erachtet – und ich habe bisher in Österreich nicht gehört, dass es ernsthaft in Frage gestellt wird –, dann muss man sich darüber Gedanken machen, ob eine – wenn auch noch so populäre und in der breiten Öffentlichkeit oder in Massenmedien noch so viel Anklang findende – Schwächung des Vorstandes wirklich zweckmäßig und erstrebenswert ist.¹²⁷ Erstrebenswert ist vielmehr eine *Stärkung des Aufsichtsrates* und dessen Besetzung mit Fachleuten, die auch ohne immer dichter werdendes Regelwerk in der Lage sind, das Top-Management mit dem bestmöglichen, in seinem Handeln an den Interessen der Gesellschaft, der Aktionäre (und von mir aus auch der Arbeitnehmer) und nicht an Eigeninteressen orientierten Vorstand zu besetzen sowie dessen Mitglieder angemessen im besten Sinne des Wortes zu entlohnen.

¹²⁵ G. Schima in *Kalss/Kunz*, Handbuch, Rz 12/78

¹²⁶ Denn bekanntlich ändert ja auch § 70 AktG nichts daran, dass die Praxis ganz anderen Gesetzen gehorcht, nämlich vor allem dem, dass Eigentum (zumindest dann, wenn es zentral gesteuert wird) letztlich den Ton angibt.

¹²⁷ Vgl G. Schima, Zulässigkeitsgrenzen, 855 f gegen den mit „mangelnder Zeitgemäßheit“ der zitierten Bestimmung begründeten Vorschlag von Reich-Rohrwig (ecolox 2008, 928), § 75 Abs 4 vorletzter Satz AktG ersatzlos zu streichen und damit dem Vorstandsmitglied die Möglichkeit zu nehmen, eine Abberufung als unbegründet mit Klage anzufechten. Wer das vorschlägt, sollte sich zumindest dessen bewusst sein, dass damit das aktienrechtliche Grundmodell des weisungsfreien Vorstandes in Frage gestellt wird.