



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung
in der Aktiengesellschaft“**

Verfasser

MMag. Richard Hingsammer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaft

Betreuerin: ao. Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Borth-Böhler

Meinen Großeltern in Dankbarkeit

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013 der juristischen Fakultät der Universität Wien als Dissertation vorgelegt.

Mein Ziel im Rahmen dieser Dissertation war es, gesellschaftsrechtliche Kenntnisse durch wissenschaftliches Arbeiten zu vertiefen. Meine Thema, die Angemessenheit der Vorstandsvergütungen in der Aktiengesellschaft, habe ich aufgrund seiner Aktualität in Zeiten der Finanzkrise gewählt.

Besonderer Dank gebührt ao. Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Borth-Böhler, die es mir ermöglicht hat diese Dissertation zu verfassen. Ich möchte mich ganz herzlich für ihre umfangreiche Betreuung als Erstbegutachterin und für ihre Toleranz gegenüber anfänglichen Schwierigkeiten beim Verfassen dieser Arbeit bedanken. Sie hat mich von Beginn an unterstützt, geführt, begleitet und vor allem in schwierigen Zeiten immer an mich geglaubt. Ich bedanke mich auch für ihre konstruktiven Anmerkungen und Verbesserungsvorschläge, die diese Arbeit wesentlich bereichert haben und mir eine wertvolle Hilfestellung waren. Bedanken möchte ich mich auch recht herzlich bei Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci für die rasche Zweitbegutachtung.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meinen Eltern, die mir meinen Ausbildungsweg ermöglicht haben, mir zu jeder Zeit unterstützend zur Seite gestanden sind und mich über die Jahre hinweg motiviert haben, nicht aufzugeben. Ein großer Dank gilt auch meiner gesamten Familie und meiner Freundin, die immer für mich da sind und mir den nötigen Rückhalt geben.

Bedanken möchte ich mich auch bei Kollegen und Freunden, die mich bei der mühevollen Korrekturarbeit unterstützt haben und dabei die nötige Geduld für mich aufgebracht haben.

Diese Arbeit ist meinen verstorbenen Großeltern, Ernst und Ilse Pernegger, gewidmet, die mich in Gedanken beim Verfassen dieser Dissertation immer begleitet haben.

Steyr, Oktober 2013

Richard Hingsammer

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VIII
1 Fragestellung	1
2 Die Entstehungsgeschichte des § 78 AktG	4
2.1 AHGB 1861	5
2.2 Aktienreform der Weimarer Republik und das Aktiengesetz 1937	7
2.2.1 Die Notverordnung 1931	7
2.2.2 Aktiengesetz 1937.....	8
3 Zahlen, Daten und Fakten zu Vorstandsbezügen	11
3.1 Vorstandsvergütung in Österreich.....	11
3.2 Vorstandsvergütung in Deutschland und den USA.....	14
3.3 Schlussfolgerungen.....	16
4 Rolle des Aufsichtsrates bei der Angemessenheitsprüfung von Vorstandsvergütungen	18
4.1 Kompetenzen des Aufsichtsrates bei der Vergütungsentscheidung.....	18
4.1.1 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates.....	18
4.1.2 Vorstandsbestellung und Abberufung	19
5 Wesen und Gestaltung der Vorstandsvergütung.....	22
5.1 Die Vorstandsvergütung im Sinne des § 78 AktG	22
5.2 Struktur der Vorstandsvergütung – fixe und variable Bestandteile	24
5.2.1 Allgemeines	24
5.2.2 Funktionsgehalt (Fixum).....	25
5.2.3 Erscheinungsformen variabler Entgeltbestandteile	26
5.2.3.1 Tantiemen.....	27
5.2.3.2 Gewinnbeteiligung nach § 77 AktG.....	27
5.2.3.3 Dividendenabhängige Tantiemen	29
5.2.3.4 Ermessenstantiemen.....	30
5.2.3.5 Börsenkursbezogene Tantiemen	30
5.2.4 Nebenleistungen (Fringe Benefits).....	32

5.2.4.1	Dienstwagen und Dienstwohnung	33
5.2.4.2	Ruhegeld und Hinterbliebenenbezüge-BPG und PKG	34
5.2.4.3	D&O-Versicherungen	35
5.2.5	Aktienoptionen.....	37
5.2.5.1	Aktienoptionspläne (stock options)	37
5.2.5.2	Ausgestaltung von Aktienoptionsprogrammen.....	38
5.2.6	Anerkennungsprämie	40
6	Angemessenheitskriterien	43
6.1	Einleitung.....	43
6.1.1	Kriterien vor Inkrafttreten des 2. Stabilitätsgesetzes 2012.....	44
6.1.1.1	Lage der Gesellschaft.....	44
6.1.1.2	Aufgaben des Vorstandsmitglieds	46
6.1.2	Gesetzliche Kriterien nach Inkrafttreten des 2. Stabilitätsgesetzes 2012	47
6.1.2.1	Leistung des Vorstandsmitgliedes	48
6.1.2.2	Übliche Vergütung	50
6.1.2.3	Langfristige Anreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung.....	55
6.1.3	Verhältnis der Angemessenheitskriterien	57
6.1.4	Zusammenfassung	58
7	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 78 AktG	60
7.1	Allgemeines/Vorbemerkungen.....	60
7.2	Nichtigkeit des Anstellungsvertrag gemäß § 879 ABGB – bisherige Lösungsansätze	60
7.3	Nichtigkeit des Anstellungsvertrag gemäß § 879 ABGB – neue Lösungsansätze	62
7.3.1	§ 78 AktG als Verbotsgesetz gemäß § 879 ABGB	63
7.3.1.1	Gesetzeswidrigkeit gemäß § 879 ABGB	63
7.3.1.2	Meinungsstand	65
7.3.1.3	Eigene Meinung	66
7.3.2	§ 78 AktG als Verstoß gegen die „guten Sitten“	69
7.3.2.1	Sittenwidrigkeit gemäß § 879 ABGB	69
7.3.2.2	Meinungsstand und Lösung	71

7.4	Schadenersatzpflicht des Vorstandsmitgliedes.....	72
7.5	Die fehlende/missbräuchliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrates	75
7.5.1	Allgemein.....	75
7.5.2	Teil- oder Gesamtnichtigkeit ?	78
7.5.3	Sonstige Rechtsfolgen/Konditionen	79
7.6	Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates.....	81
7.7	Ergebnis	83
8	Sonstige Lösungswege zur Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung.....	84
8.1	Einleitung.....	84
8.2	Lösungswege für die Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung.....	85
8.2.1	Angemessenheitssicherung durch die freie Marktwirtschaft?	85
8.2.2	Transparenz.....	88
8.2.3	Beschluss der Hauptversammlung gegenüber Vorstandsgehaltern	90
8.3	Klagerecht der Aktionäre.....	92
8.4	Steuerliche Berücksichtigung von Vorstandsvergütungen.....	93
9	Unangemessenheit von Vorstandsbezügen wegen wirtschaftlich schwieriger Zeiten – Anpassung der Bezüge in der Krise	94
9.1	Vorbemerkungen	94
9.2	Historische Entwicklung der Vorstandsvergütungsherabsetzung	94
9.2.1	Österreich.....	96
9.2.2	Deutschland	98
9.3	Eigene Meinung.....	100
9.4	Zusammenfassung	102
10	Die Offenlegung der Vorstandsvergütung.....	104
10.1	Allgemeines	104
10.2	Freiwillige Offenlegung der Vorstandsvergütung im ÖCGK	104
10.3	Verpflichtende Offenlegung	106
10.4	Ergebnis	107
11	Abfertigungen von scheidenden Vorstandsmitgliedern	108

11.1	Allgemeines	108
11.1.1	Haftungsproblematik	111
11.2	Ermessensspielraum der unternehmerischen Entscheidung des Aufsichtsrates	113
11.3	Business Judgement Rule	116
11.3.1	Allgemeines	116
11.3.2	Wesen der BJR.....	117
11.3.3	Einführungsmöglichkeiten der BJR in Österreich.....	120
11.3.4	Eigene Meinung.....	123
11.3.5	Einführung und Umsetzung der Business Judgment Rule in Deutschland	125
12	Aktuelle Entwicklung der Vorstandsvergütung	127
12.1	Europäische Union	127
12.2	Deutschland	132
12.3	Österreich.....	134
13	Schlusswort	136
13.1	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	141
14	Anhang	145
	Literaturverzeichnis.....	145
	Judikaturverzeichnis.....	153
	Internetquellen.....	155
	Abstract	156
	Lebenslauf	157

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
aao	am angeführten Ort
ABL	Amtsblatt
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AK	Arbeiterkammer
AKTRÄG	Aktienrechtsänderungsgesetz
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AOG	Aktienoptionsgesetz
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
Arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ATX	österreichischer Aktienindex der Wiener Börse
Bd	Band
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BPG	Betriebspensionengesetz
BT	Besonderer Teil
Bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa ungefähr
CEO	Chief Executive Officer
dAktG	deutsches Aktiengesetz
DB	der Betrieb
dGmbHG	deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
dh	das heißt
DJIA	Dow Jones Industrial Average
DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapier
DRdA	Das Recht der Arbeit
DStR	Deutsches Steuerrecht
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EO	Exekutionsordnung
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in der ÖJZ seit 1946)
f, ff	und der/die folgende(n)
FinStaG	Finanzmarktstabilitätsgesetz
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GBU	GmbH-Bulletin

gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GeS Ges	aktuell- Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
GF	Geschäftsführer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hrsg	herausgegeben
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
idF	in der Fassung
idFd	in der Fassung der/des
ieS	im engeren Sinn
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
Jud	Judikatur
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KO	Konkursordnung
Komm	Kommentar
KSchG	Konsumentenschutzgesetz

lit	litera
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
mE	meines Erachtens
Mio	Millionen
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov	Novelle
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OG	offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PKG	Pensionskassengesetz
Pkt	Punkt
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
	Rechtsschutz und Urheberrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randziffer
S	Seite

sog	sogenannt
S&P	Standard & Poor`s 500
str	streitig
StGB	Strafgesetzbuch
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen veröffentlicht von seinen Mitglieder (Band/Nummer)
u	und
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
US	United States
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
Vorauf	Vorauslage
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl = wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Zak	Zivilrecht aktuell
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1 Fragestellung

§ 78 Abs 1 AktG lautet:

„(1) Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Dies gilt sinngemäß für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art“¹

Die Bestimmung, welche auf den ersten Blick klar und verständlich erscheint, wirft bei näherer Betrachtung zahlreiche Fragen auf. Sie enthält unbestimmte bzw nicht näher definierte Rechtsbegriffe, die vor allem zu Auslegungsproblemen in der Praxis der Rechtsanwendung führen.² Insbesondere stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber mit dem unbestimmten Begriff „angemessenes Verhältnis“ meint und wie die Kriterien, anhand deren die Angemessenheit beurteilt wird, zueinander stehen. Die Auflistung der im Gesetz genannten Kriterien, um die Grenzen und Konturen dieses unbestimmten Rechtsbegriffes zu konkretisieren, lässt folgende Punkte im Unklaren, welche im Rahmen dieser Arbeit einer näheren Prüfung zu unterziehen sein werden:

Was ist unter dem Begriff „Gesamtbezüge“ der Vorstandsmitglieder zu verstehen und welche Varianten bzw Gestaltungsmöglichkeiten der Vorstandsvergütungen gibt es? Welche Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds hat der Aufsichtsrat bei seiner Vergütungsentscheidung heranzuziehen bzw wie hat er sie zu gewichten? Ist die Auflistung der Angemessenheitskriterien gemäß § 78 AktG demonstrativ oder taxativ? Was wird unter der „Lage der Gesellschaft“ verstanden? Sind die Vermögenslage und/oder die wirtschaftliche Gesamtlage, und allfällige Unternehmensprognosen dazuzuzählen oder nicht? Was ist unter einer „üblichen Vorstandsvergütung“ gemeint, ist dabei auf die regionale, nationale oder internationale Vergleichbarkeit abzustellen? Auf welche langfristigen Verhaltensanreize zur

¹ BGBl. I Nr. 35/2012; Diese aktienrechtliche Bestimmung wurde im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012 jüngst geändert.

² Lücke, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen – Der erste unbestimmbare unbestimmte Rechtsbegriff, NZG 2005, 692.

nachhaltigen Unternehmensentwicklung stellt der Gesetzgeber ab und wie sind diese auszugestalten? Auf alle diese Fragen wird im Zuge meiner Arbeit näher eingegangen.³

Zu Beginn der Arbeit wird die historische Entwicklung des österreichischen Aktienrechts und die Entstehungsgeschichte des § 78 AktG näher dargestellt. Das darauf folgende Kapitel widmet sich den praxisrelevanten Zahlen, Daten und Fakten zu Vorstandsbezügen in Österreich sowie international. Welche Rolle der Aufsichtsrat bei der Angemessenheitsprüfung von Vorstandsvergütungen spielt, wird im vierten Kapitel der vorliegenden Arbeit erläutert. Was unter dem Begriff „Vorstandsvergütung“ zu verstehen ist und welche Ausgestaltungsformen vom Aufsichtsrat für die Vergütung der Vorstandsmitglieder gewählt werden können, wird in Kapitel Fünf dargestellt. Das sechste Kapitel widmet sich den „Angemessenheitskriterien“ und ihrem Verhältnis zueinander.

Die Frage der Angemessenheit muss somit geklärt sein, bevor man sich der Rechtsfolgenproblematik stellt. In Kapitel Sieben werden dann die Rechtsfolgen einer Verletzung des § 78 AktG untersucht, dabei geht es um Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag sowie Schadenersatzpflichten des Aufsichtsrats.

Schließlich wird der Versuch unternommen, neue Lösungswege für die Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung zu finden und bestehende Lösungswege werden auf ihre Vor- und Nachteile hin überprüft. Ob eine einseitige Herabsetzungsmöglichkeit von Vorstandsvergütungen in wirtschaftlich schlechten Zeiten besteht, wird in Kapitel Neun näher erläutert.⁴ Die Entwicklung der Vergütungstransparenz und die durch die Offenlegung der Vorstandsvergütung vom Gesetzgeber angestrebten Ziele, wie ua der Anlegerschutz, werden in einem eigenen Kapitel dargestellt.⁵ Die Haftungsproblematik bezüglich der Abfertigungen von scheidenden Vorstandsmitgliedern und insbesondere der dem Aufsichtsrat dabei zukommende unternehmerische Ermessensspielraum werden in Kapitel Elf behandelt. Das darauf folgende Kapitel gibt einen ausführlichen Überblick über die aktuelle (gesetzliche) Entwicklung der Vorstandsvergütung in Österreich, Deutschland und insbesondere innerhalb der europäischen Union.⁶ Den

³ Siehe dazu Kapitel Sechs.

⁴ Vgl dazu Kapitel Neun. Die einseitige Herabsetzungsmöglichkeit von Vorstandsvergütungen in wirtschaftlich schlechten Zeiten war früher in § 78 Abs 2 AktG 1937 gesetzlich verankert.

⁵ Vgl dazu Kapitel Elf.

⁶ Vgl dazu Kapitel Zwölf.

Abschluss dieser Arbeit bildet das Schlusswort, in dem auch die wesentlichsten Ergebnisse zusammengefasst werden.⁷

⁷ Vgl dazu Kapitel Dreizehn.

2 Die Entstehungsgeschichte des § 78 AktG

Das geltende österreichische Unternehmens- bzw Handelsrecht hat deutsche Wurzeln. Die Vielzahl der ähnlichen bzw teilweise inhaltsgleichen, einzelnen österreichischen und deutschen aktienrechtlichen Regelungen ist historisch begründ- bzw belegbar. § 78 öAktG geht in seinem Ursprung auf die Parallelbestimmung des jetzigen § 87 dAktG zurück, weshalb im Folgenden auch auf die historische Entwicklung der Regelungen des deutschen Aktienrechts eingegangen wird.⁸ Die Vorbildwirkung der zur damaligen Zeit in Kraft stehenden deutschen Regelungen zeigt sich auch anhand der historischen Entwicklung des deutschen Aktienrechts.⁹ Es existierten um die Jahrhundertwende 141 Paragraphen des deutschen Aktienrechts idF HGB 1897 und nur 23 davon wiesen kein österreichisches Pendant auf Verwaltungs- oder paralleler Gesetzesebene auf.¹⁰ Die Interpretation des Wortes liefert eine erste Hilfestellung, um § 78 AktG „richtig“ auszulegen. Aus diesem Grund ist es zweckmäßig, den spezifischen Sprachgebrauch des Gesetzgebers bei Einführung dieser Bestimmung zu erläutern. Das Ziel dieser rechtshistorischen Untersuchung liegt darin, den Beitrag der Geschichte für die dogmatische Analyse des geltenden Rechts und ihrer ungelösten Rechtsfragen nutzbar zu machen. Gemäß § 78 Abs 1 Satz 1 aF hat der Aufsichtsrat dafür zu sorgen, dass die Vorstandsvergütung angemessen zur Lage der Gesellschaft und den Aufgaben des Vorstandsmitgliedes ist. Dieses kumulative Angemessenheitserfordernis für die Vorstandsvergütung ist das erste Mal durch § 78 Abs 1 Satz 1 im AktG 1937 kodifiziert worden.¹¹

⁸ *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 382 ff; Die Revolution 1848 mit der grundlegenden Idee, Deutschland zu einigen, gab den Anstoß, ein einheitliches österreichisches und deutsches Gesellschaftsrecht zu kodifizieren, das mit der Erarbeitung des AHGB seinen Höhepunkt fand. Bei einer genaueren Analyse der deutschen Aktienrechtsentwicklung und der österreichischen Aktienentwürfe von 1868 bis 1900 zeigt sich, dass maßgebliche Fragenkreise und normative Lösungsmöglichkeiten in einem wechselseitigen Ideen- bzw Gedankentausch gemeinsam erarbeitet wurden.

⁹ *Hopt/Wiedemann*, Aktiengesetz: Band 1, Einleitung, 16ff; *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 346 ff; Das österreichische und deutsche Aktienrecht sind innerhalb der letzten 150 Jahre zweimal von derselben Ausgangslage gestartet, dies zeigt sich einerseits in Gestalt des AHGB 1861 sowie andererseits des AktG 1937. Die Rechtsentwicklung ging in Österreich nur schleppend voran, da trotz zahlreicher Entwürfe die gesetzgeberischen Aktivitäten im Aktienrecht nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Ganz anders gestaltete sich die Situation in Deutschland, wo die drei Novellen 1870, 1884 und 1897 maßgeblich zur Entwicklung des deutschen Aktienrechts beigetragen haben.

¹⁰ *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 382 ff.

¹¹ *Schlegelberger/Quassowski*, Kommentar zum AktG 1937, Rz 5.

2.1 AHGB 1861

Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) ist als Allgemeines Handelsgesetzbuch (AHGB) im Kaisertum Österreich im Jahre 1863 eingeführt worden und es hatte in großen Teilen der österreichischen Monarchie Gültigkeit.¹² Das Inkrafttreten dieses neuen Handelsgesetzbuches, *„welches nicht bloß seiner inneren Vortrefflichkeit wegen, sondern vorzüglich auch deshalb die volle Beachtung verdient, weil durch dessen Zustandekommen ein neuer hochwertiger Schritt auf dem Gebiete der legislativen Einigung Deutschlands geschah“*,¹³ wurde in Österreich sehr begrüßt, da nun auf einem der wichtigsten Gebiete des Verkehrslebens Rechtssicherheit herrschte und der bisher dort vorherrschende „Partikularismus“¹⁴ verschwand. Durch diese Einführung wurde auch dem schon bereits im Jahre 1836 geäußerten Wunsch eines vereinheitlichten Handelsgesetzbuches, der nur zum Entwurf einer gemeinsamen Wechselordnung der preußischen Staaten im Jahre 1847 geführt hat, endlich Rechnung getragen.¹⁵

Das erklärte Ziel des Aktienrechts nach dem Allgemeinen Handelsgesetzbuch (AHGB) war es also, eine gemeinsame rechtliche Grundlage für einen einheitlichen Wirtschaftsraum beider Länder zu schaffen. Es wurden umfangreichere materielle Regelungen über die Finanz- und Organisationsverfassung durch das AHGB eingeführt, die jedoch aufgrund ihrer vagen Aussagekraft bzw ihrer großen Gestaltungsfreiheit keine eindeutigen Auslegungen für die darin normierten Begriffe zuließen.¹⁶ Das AHGB normierte die interne Organisation der Gesellschaft zwar genauer als seine Vorgängerregelungen, eine Bestimmung über die Vergütung von Vorständen kannte es aber noch nicht.¹⁷ Die Ausgangslage zur

¹² Krejci in Krejci, Reform-Kommentar UGB (2007) Einführung Rz 6 f; Das AGHB war durch ein Einführungsgesetz in den einzelnen Staaten in Kraft zu setzen und es trat in Österreich mit Ausnahme des im vierten Buch enthaltenen Seerechts mit dem Einführungsgesetz vom 17.12.1862 (RGBl 1863/1) am 1.7.1863 in Kraft.

¹³ Stubenrauch, Handbuch des österreichischen Handels-Rechtes, Wien 1863, Vorwort.

¹⁴ Stubenrauch, Handbuch des österreichischen Handels-Rechtes, Wien 1863, Vorwort.

¹⁵ Blaschke, Das österreichische Wechselrecht in seinem ganzen Umfang, mit Berücksichtigung ausländischer Wechselgesetze, des Entwurfes einer Wechselordnung für die deutschen und italienischen Länder vom Jahre 1833 und des Entwurfes einer Wechselordnung für die Preussischen Staaten vom Jahre 1847, Selbstverlag IV.

¹⁶ Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 382 ff; Die Hauptfrage bei der Erstellung des AHGB war es, ob das erst wenige Jahre zuvor geschaffene Konzessionssystem abgeschafft oder in einem neuen umfassend geregelten Aktienrecht beibehalten wird, da das liberale Gedankengut das Konzessionserfordernis in Frage stellte.

¹⁷ Schlegelberger/Quassowski, Kommentar zum AktG 1937, Rz 1.

Vorstandsvergütung in Deutschland war ganz ähnlich. Grund dafür war die intendierte Vereinheitlichung des deutschen und österreichischen Handelsrechts.¹⁸

Die erste gesamtdeutsche gesetzliche Regelung über die Vorstandsbezüge war § 227 Abs 2 des Handelsgesetzbuches aus dem Jahre 1884 und diese Bestimmung des ADHGB (aktienrechtlichen Bestimmungen) liefert einen der wenigen „unkonkreten“ Hinweise zur Vergütung von Vorständen: *„Der Vorstand kann aus einer oder mehrerer Personen bestehen; diese können besoldet oder unbesoldet sein, Aktionäre oder Andere sein.“*¹⁹ Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt bereits erkennen, dass es keine konkrete Definition über die Höhe von Vorstandsvergütungen gab und die Entgeltlichkeit weder nach oben noch nach unten hin geregelt war. Die deutsche Aktienrechtsreform von 1884²⁰ sah den Grund für die Freiheit dieser Regelung darin, dass es die Aufgabe des Gesellschaftsvertrages war, die Modalitäten der Vorstandszusammensetzung und Vorstandsbestellung zu regeln.²¹ Die Hauptaufgabe des nach deutschem Recht zwingend zu errichtenden Aufsichtsrates bestand darin, den Vorstand zu überwachen.²² Im Gegensatz dazu war der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft in Österreich gemäß Art 225 AHGB nur als fakultatives Organ vorgesehen und er war nur bei der Kommanditaktiengesellschaft verpflichtend einzurichten. Der Grundgedanke des AHGB sah den Aufsichtsrat als Überwachungsorgan an,²³ das Gesetz jedoch erlaubte eine Ausweitung seiner Kompetenzen, indem dem Aufsichtsrat Geschäftsführungsaufgaben zugewiesen werden konnten.²⁴

Einen weiteren Hinweis zur Ausgestaltung der Vorstandsbezüge liefert § 125 Abs 2 AHGB: *„Häufig wird den Vorstandsmitgliedern, um Sie zur Tätigkeit im Interesse der Gesellschaft anzuspornen, ein bestimmter Anteil an dem reinen Gewinne (eine s.g. Tantiemen), z.B. 5*

¹⁸ *Stubenrauch*, Handbuch des österreichischen Handels-Rechtes, Wien 1863, Vorwort. Dieses Gesetzeswerk wurde nach vielen Arbeitsjahren auf den Nürnberger Konferenzen vollendet und es sollte zu einem „*Gemeingut der deutschen Nation*“ werden.

¹⁹ Siehe Art 227 ADHGB.

²⁰ *Schüller*, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 114f; Der Schwerpunkt dieser Reform lag im Anleger bzw Gläubigerschutz und es wurde versucht, die Aktiengesellschaft als Gesellschaftsform nach vielfältigen Gründungsschwierigkeiten auf eine verlässliche Grundlage zu stellen.

²¹ Art 209 AHGB: *„Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes muss im Gesellschaftsvertrag angegeben sein.“*

²² *Schüller*, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 114f; Die Einrichtung des Aufsichtsrates war nach deutschem Recht zwingend vorgesehen und seine Kompetenzen auf die Überwachung des Vorstandes beschränkt.

²³ *Stubenrauch*, Handbuch des österreichischen Handels-Rechtes, Wien 1863, § 124 Abs 2, 307. *„Er überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung.“*

²⁴ Die Statuten verwendeten für den Aufsichtsrat manchmal die Begriffe „Verwaltungsrath“ oder „Gesellschaftsausschuss“. Durch diese Trennung von Verwaltungs- und Kontrollorgan wurde das dualistische System der Geschäftsführung in Österreich erstmals gesetzlich ausformuliert.

Prozent, zugesichert.“²⁵ Wie aus dieser gesetzlichen Regelung deutlich wird, wurde die Entlohnung somit oft in Form eines Anteiles am Gewinn gewährt und war flexibel zu gewähren. Das System hinsichtlich der Vergütungsgrundsätze war somit sehr offen gestaltet und der Gesetzgeber hatte sich mit der Angemessenheits- bzw Kompetenzfrage von Vorstandsvergütungen nicht näher auseinanderzusetzen, da diese noch keine rechtliche Problematik aufwarf und überhöhte Vorstandsgehälter damals noch nicht als Problem wahrgenommen worden sind.

2.2 Aktienreform der Weimarer Republik und das Aktiengesetz 1937

Bedeutende wirtschaftliche und gesellschaftliche Veränderungen waren der Anstoß für die Reformbestrebungen der Weimarer Republik.²⁶ Ausgelöst durch unzählige Unternehmenskonkurse, Massenarbeitslosigkeit und Bankzusammenbrüche, die schlussendlich in der Weltwirtschaftskrise von 1929 bis 1931 gipfelten, war der Gesetzgeber gezwungen, neue Reformbestrebungen anzugehen, und diese führten in Deutschland zum Aktiengesetz-Entwurf von 1929/1930 sowie zu zahlreichen Notverordnungen des Reichspräsidenten. Im Blickfeld standen neben den grundlegenden Rahmenstrukturen der Aktiengesellschaft neuerlich die Vorstandsbezüge, da sie an die Vorstandsmitglieder auch in wirtschaftlich turbulenten Zeiten ausbezahlt wurden, während das Unternehmen kurz vor dem Zusammenbruch stand.²⁷ Durch die Notverordnung 1931 wagte sich der Gesetzgeber zum ersten Mal heran, das Problem einer überhöhten Vorstandsvergütung rechtlich zu behandeln, bevor diese durch das Aktiengesetz 1937 kodifiziert wurde.

2.2.1 Die Notverordnung 1931

Die Hauptaufgabe der Notverordnung von 1931²⁸ war es, auf die Auswirkungen der Weltwirtschaftskrise zu reagieren, dh die dringendsten Bedürfnisse zu befriedigen und das

²⁵ *Stubenrauch*, Handbuch des österreichischen Handels-Rechtes, Wien 1863, 308.

²⁶ *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 305 ff; Drei Perioden können unterschieden werden: Inflationsperiode, Stabilisierung und Eigenkapitalaufnahme, Wirtschaftskrise und Bankenzusammenbrüche (ab 1929).

²⁷ *Berger*, Vorstandsvergütung - Die Vergütungsproblematik als logische Konsequenz des geltenden Aktienrechts und die Folgen für die Ausgestaltung der Regelungen, 1. Auflage 2013, 34f.

²⁸ Dritte Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Wirtschaft und der Finanzen vom 6. Oktober 1931, RGBl. I, 537 Teil 5.

verlorene Vertrauen in das Aktienrecht wiederherzustellen.²⁹ Die Wirtschaftskrise ging auch an der Vorstandsvergütung nicht spurlos vorüber und es kam zu erheblichen Missständen bei Vorstandsbezügen. Vorstandsmitgliedern wurden immens hohe Vergütungen ausbezahlt, die in keinem „angemessenen“ Verhältnis zu ihren Aufgaben bzw Leistungen standen.³⁰ Die Mitglieder der Belegschaft dagegen waren zu Kurzarbeit gezwungen, mussten auf ihren Arbeitsplatz verzichten oder wurden völlig arbeitslos. Diese im wirtschaftlichen Niedergang voranschreitende Entwicklung der Vorstandsbezüge war der Anlass, die Höhe der ausbezahlten Vorstandsgehälter zu hinterfragen bzw zu missbilligen und Gegenmaßnahmen zu setzen. Es wurde somit durch Notverordnung von 1931 das erste Mal wesentlich in die Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Vorstandsbezüge eingegriffen und in Kapitel III des Fünften Teiles der Verordnung wurden auch konkrete Vorschriften zur Vorstandsvergütung eingeführt.³¹ Demnach konnte ua der „Dienstberechtigte“, dh die Gesellschaft, übermäßig hohe Dienst- und Versorgungsbezüge und Vorstandsgehälter herabsetzen und der Gesetzgeber wagte sich zum ersten Mal heran, das Problem einer überhöhten Vorstandsvergütung rechtlich zu behandeln.³²

2.2.2 Aktiengesetz 1937

Das Aktiengesetz 1937³³ geht inhaltlich auf die Notverordnung des Reichspräsidenten von 1931³⁴ sowie auf den Aktienentwurf von 1931³⁵ zurück. Das Aktiengesetz von 1937 löste zum ersten Mal die aktienrechtlichen Vorschriften aus dem HGB heraus und gliederte sie in ein eigenes Aktiengesetz ein. Die bereits in der Weimarer Republik begonnenen Entwicklungen wurden in der Reform von 1937 fortgesetzt, da diese ebenso zum Ziel hatte, die Auswüchse und Mängel, die in den Wirren der Inflation und ihrer Folgezeit zu einer

²⁹ Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 307 ff; Um das verlorene Vertrauen in das Aktienrecht wiederherzustellen, wurden vor allem die folgenden Punkte forciert: (1) Die Verbesserung der Publizität und Etablierung der externen Revision der Rechnungslegung, (2) Unternehmensüberwachung durch teilweise Neuregelungen des Aufsichtsrates und der Organhaftung, (3) Regelungen des Erwerbs eigener Aktien und (4) Erleichterung der Refinanzierung sanierungsbedürftiger Unternehmen.

³⁰ Schlegelberger/Quassowski, Kommentar zum AktG 1937, Rz 1.

³¹ Berger, Vorstandsvergütung, 1. Auflage 2013, 35.

³² Schlegelberger/Quassowski, Kommentar zum AktG 1937, Rz 2. Die Reichsregierung erhielt mit dieser Verordnung die Anordnungsermächtigung, dass Dienstbezüge von Vorstandsmitgliedern bei von der öffentlichen Hand subventionierten Unternehmen einen bestimmten Betrag nicht überschreiten dürfen. Dieser Betrag hat sich an vergleichbar gezahlten Dienstleistungen innerhalb der Reichsverwaltung zu orientieren; Schüller, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 115f.

³³ Das AktG 1937 wurde in Österreich mittels der 2. Einführungsverordnung, GBL 100/1938, in Kraft gesetzt.

³⁴ Dritte Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Wirtschaft und der Finanzen vom 6.10.1931, RGBl. I, 537, Teil 5.

³⁵ Der Aktiengesetzentwurf 1931 enthielt zusätzlich zur Notverordnung zahlreiche weitere Vorschriften.

Verunstaltung des Aktiengesetzes geführt haben, zu beseitigen. Ein wesentlicher Teil der Neugestaltung des Aktiengesetzes von 1937 beschäftigte sich auch damit, die Aufteilung der Machtverhältnisse zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung (Hauptversammlung) neu zu gliedern. Die Vorstandsposition wurde zu Lasten der anderen Organe gestärkt und gemäß § 70 Abs 1 AktG aF wurde ihm die alleinige Gesellschaftsleitung übertragen. Diese im Aktiengesetz von 1937 durchgeführten Änderungen innerhalb der Aktiengesellschaft führten daher zu einer Kompetenzverschiebung von der Basis hin zur Spitze.³⁶ Zahlreiche deutsche Vorschriften, ua der heutige § 78 AktG, sind mit dem AktG 1937/38³⁷ unverändert übernommen worden und bilden heute noch Kernbereiche des geltenden österreichischen Rechts.

Nachdem die Verordnung der Weimarer Republik nur die Herabsetzung der vertraglichen Vorstandsbezüge regelte, wurden gesetzliche Vorschriften über die Vorstandsbezüge somit das erste Mal durch § 78 AktG³⁸ 1937 niedergeschrieben: „Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen.“³⁹ Das Ziel von § 78 AktG Abs 1 war, die Gesellschaft, ihre Aktionäre und die Gläubiger vor überhöhten Vergütungen zu schützen, nicht jedoch die Vorstandsmitglieder.⁴⁰ Diese Bestimmung legte daher keine Begrenzung der Bezüge nach unten hin fest.⁴¹ Die Kontrolle des Vorstands konnte bzw sollte auch über den Dienstvertrag und das Gehalt ausgeübt werden und es wurde gleichzeitig zum Schutze der Gesellschaft und aller ihrer Beteiligten das doppelte Angemessenheitserfordernis als § 78 Abs 1 eingeführt.⁴² Die Begründung dieser Regelung findet sich im Gedanken des Grundsatz, „daß die im nationalsozialistischen Staat bestehende Verbundenheit zwischen Unternehmer und Gefolgschaft zu einer Rücksichtnahme des Dienstverpflichteten auf das Gedeihen des Unternehmens führen muss“⁴³, wieder.

³⁶ Berger, Vorstandsvergütung, 38f mwN.

³⁷ 1058 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage, 4. Im Zuge der Besetzung Österreichs durch das Deutsche Reich wurde im Jahr 1939 das deutsche HGB vom 10. Mai 1897 (dRGBl S. 219/1897) durch die Vierte Einführungsverordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, GBlÖ 1939/86, gemeinsam mit einigen Bestimmungen des deutschen BGB in Österreich in Kraft gesetzt.

³⁸ § 78 dAktG wurde durch das AktG 1965 in § 87 umgewandelt.

³⁹ § 78 aF AktG.

⁴⁰ Hoffmann-Becking, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstand- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 2005, 157. Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 3.

⁴¹ Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil I), 1280. Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 2.

⁴² Schüller, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 116f.

⁴³ Schlegelberger/Quassowski, Kommentar zum AktG 1937 § 78 Rz 1; Diese Verbundenheit trifft vor allem für Vorstandsmitglieder zu, da ihnen durch das Gesetz die Leitung der Gesellschaft übertragen wird und somit eine besonders gehobene Stellung eingeräumt wird.

Der Gesetzgeber führte mit § 77 AktG eine Neuregelung zur Gewinnbeteiligung ein, da ihm klar geworden war, dass ein Vorstandsmitglied auf diesen Anteil der Vorstandsbezüge durch sein eigenes Verhalten unmittelbar Einfluss nehmen konnte. Genauso wie die Gesellschaftsleitung und die Vergütungsgrundsätze sollte auch die Gewinnbeteiligung unmittelbar dem gemeinen Wohle dienen.⁴⁴ Die Angemessenheit der Bezüge wurde in der Literatur zu § 78 AktG 1937 jedoch auch noch an anderen Maßstäben gemessen und diese Auffassung spiegelt sich auch in den Materialien zu AktG 1937/38 wider: *„Der Entwurf stellt ferner in § 78 AktG für die Bezüge der Vorstandsmitglieder, mögen sie in festem Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelten, Provisionen oder Nebenleistungen jeder Art bestehen, der heutigen Volksauffassung entsprechende Grundsätze auf.“*⁴⁵ Die Verkehrssitte und das Anstandsgefühl, aller billig und gerecht Denkender, die Sittenwidrigkeit, waren die beiden Hauptkriterien, nach denen die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen bestimmt wurde.⁴⁶

Die bis heute geltende Bestimmung des § 78 Abs 1 AktG, ergänzt durch die im 2. Stabilitätsgesetztes 2012 jüngst vorgenommenen Änderungen, hat ihren Ursprung in der Stammfassung 1937/38.⁴⁷ § 78 Abs 2 wurde durch das Aktiengesetz 1965 gestrichen und Absatz 3 der Stammfassung wurde, von kleinen sprachlichen Anpassungen abgesehen, als Abs 2 übernommen.⁴⁸ Inhaltlich wurden nur geringfügige Korrekturen vorgenommen, sodass die ursprüngliche Stammfassung von § 78 Abs 1 1937/38 weiterhin den Maßstab und die Basis für die folgende Analyse über die Angemessenheit von Vorstandsbezügen darstellt.

⁴⁴ So auch *Berger*, Vorstandsvergütung, 41 für den dies ein weiterer Hinweis dafür ist, dass sich der Gedanke vom Gemeinwohl für Volk und Reich wie ein roter Faden durch das Gesetz zieht.

⁴⁵ AktG 1937/38, Amtliche Begründung zu §§ 77,78.

⁴⁶ *Schlegelberger/Quassowski*, Kommentar zum AktG 1937 § 78, Rz 4.

⁴⁷ Im Zuge des 2. Stabilitätsgesetztes 2012 wurde die bis heute geltende Bestimmung des § 78 AktG Abs 1 mit zusätzlichen Kriterien ergänzt. *Moser*, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 271.

⁴⁸ *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 645.

3 Zahlen, Daten und Fakten zu Vorstandsbezügen

3.1 Vorstandsvergütung in Österreich

Eine Studie der Arbeiterkammer (AK) Wien, die sich auf die Geschäftsberichte von ATX-Unternehmen 2011 stützt, ergibt, dass die Kluft zwischen der Gage eines Vorstandsmitglieds und dem Bruttobezug eines Beschäftigten neuerlich gestiegen ist.⁴⁹ ATX-Vorstände beziehen mittlerweile das 48-fache Gehalt eines „einfachen“ Arbeiters. Ein ATX-Vorstand in Österreich verdiente demnach 2011 durchschnittlich 1.301.070 Euro, während ein Arbeitnehmer nur 27.347 Euro brutto erhielt.⁵⁰ Das Managergagenwachstum verzeichnete in den letzten Jahren somit einen deutlich rapideren Anstieg, während die Lohneinkommen der unselbstständigen Erwerbstätigen in den Unternehmen stagnierten bzw. minimal stiegen.⁵¹ Diese rasante Entwicklung der Vorstandsbezüge in den letzten Jahren wurde nur kurz durch die Wirtschaftskrise unterbrochen, die auch in Österreich ihre Spuren hinterlassen hat. Vor allem bei Aktienoptionen und Bonuszahlungen kam es zu massiven Einbußen um durchschnittlich 46,9%, während hingegen die Fixgehälter in den meisten Unternehmen um bis zu 29% anstiegen.⁵² Wie in den USA ist auch in Österreich die Debatte um die Begrenzung von zu hohen Managergehältern und die dafür notwendigen Maßnahmen im Zuge der Wirtschaftskrise neuerlich heftig entbrannt.⁵³ Bereits kurze Zeit nach der wirtschaftlichen Rezession lässt sich aber wieder ein Aufwärtstrend erkennen, da sich sowohl

⁴⁹ Grundlage der AK-Studie stellt eine detaillierte Untersuchung der Vorstandsvergütung- / Ausschüttungspolitik der im ATX vertretenen Unternehmen dar, die bis zum 4. April 2012 ihren Konzernabschluss für das Jahr 2011 auf ihrer Homepage veröffentlicht haben. Dazu wurden folgende 17 Unternehmen einer Analyse unterzogen: Andritz AG, Conwert Immobilien Invest SE, CA Immobilien Anlagen AG, Erste Group Bank AG, EVN AG, Intercell AG, Österreichische Post AG, OMV AG, Raiffeisen Bank International AG1, RHI AG, Schoeller-Bleckmann Oilfield Equipment AG, Semperit AG Holding, Telekom Austria AG, Verbund AG, Vienna Insurance Group AG und Wienerberger AG. Anzumerken ist, dass mit 21.03.2011 eine Änderung der Zusammensetzung des Wiener Leitindex ATX eingetreten ist: Dabei wurden die Unternehmen bwin, Flughafen Wien und Mayr-Melnhof durch die drei Gesellschaften Immofinanz AG, CA Immobilien Anlagen AG und Conwert Immobilien Invest SE ersetzt.

⁵⁰ Oberrauter/Wieser, AK-Studie: Managergehälter-Analyse per April 2012, 1. Der Anstieg der Vorstandsbruttobezüge betrug somit 19,1% pro Kopf im Vergleich zum Vorjahr, während die Pro-Kopf Bruttobezüge eines Beschäftigten um 2,7%, angestiegen sind.

⁵¹ Oberrauter/Wieser, AK-Studie: Vorstandsvergütung und Ausschüttungspolitik der ATX Konzerne 2011, 3f. Dies ist jedoch ua auch auf einen Beschäftigungszuwachs aus anderen Staaten, die unter dem heimischen Gehaltsniveau liegen, zurückzuführen.

⁵² Oberrauter/Wieser, AK-Studie, 2. Die durchschnittliche Vorstandsgage pro Kopf sank von 1.283.680 Millionen Euro im Jahr 2008 auf 962.536 im Jahr 2009, was einen Rückgang von 25% bedeutet.

⁵³ Mitterstieler, Österreicher wollen Managergehälter begrenzen, Wirtschaftsblatt vom 21.02.2008.

variable als auch fixe Entgeltbestandteile 2010 und 2011 wieder erhöhten. Der Anstieg der Fixgehälter betrug 2011 um 4,1% mehr als im Vorjahr und auch die Bonuszahlungen sind gegenüber 2010 neuerlich angestiegen.⁵⁴ Auch aus den für das Jahr 2011 der AK-Studie zugrunde liegenden Konzernabschlüssen der Unternehmen lässt sich erkennen, dass sich die Gagen wieder an das Vorkrisenniveau annähern.⁵⁵ Als Ergebnis dieser Studie lässt sich festhalten, dass die Vorstände der OMV AG und Andritz AG im Jahr 2011 mit 2.510.000 Euro und 2.211.000 Euro die Spitzenreiter bei den durchschnittlichen Vorstandsgagen innerhalb der analysierten Unternehmen sind.⁵⁶ Die Ist-Vergütung eines Vorstandschefs betrug im Geschäftsjahr 2010 durchschnittlich das 1,6-Fache eines normalen Vorstandsmitgliedes, weshalb Vorstandsvorsitzende deutlich mehr verdienen als „gewöhnliche“ Vorstandsmitglieder. Dies lässt sich mit der herausgehobenen Position und der besonders hohen Verantwortung des Vorstandsvorsitzenden für das Wohl des Unternehmens begründen.⁵⁷ Ein weiteres ausschlaggebendes Kriterium für die Höhe der Vergütung bildet die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Führungsebene. Manager der ersten Führungsebene erhielten 2011 eine jährliche Gesamtvergütung von 234.000 Euro, während Führungskräfte der zweiten Ebene, die jedoch keine Vorstandsmitglieder sind, nur ein Jahresgehalt von 126.000 Euro bezogen.⁵⁸ Die höchsten Jahresgagen werden in den Bereichen „Papier/Holz“, „Rohstoffe“ und „Finanz“ ausbezahlt. Die Bereiche „Genussmittel“ und „Anderes“ bilden die Schlusslichter, was in erster Linie auf Non Profit-Organisationen bzw -Dienstleister zurückzuführen ist.⁵⁹

Die unterschiedliche Entwicklung der Vorstandsvergütung in den letzten Jahren lässt sich insbesondere mit den Kursverlusten an den Börsen in der Wirtschaftskrise erklären, die das Bedürfnis nach höheren sicheren Fixgehältern aufkommen ließen. Die mediale Kritik an den hohen Bonuszahlungen bzw Abfertigungen in wirtschaftlich instabilen Zeiten führte kurzfristig zu einer Verlagerung des Schwerpunktes bei der Entgeltverteilung von variablen

⁵⁴ Kienbaum, Studie Managergehälter in Österreich gestiegen, Pressemitteilung 8.2011, 1. Dieses Ergebnis ergibt sich aus dem Vergütungsreport „Führungskräfte in Österreich“, für den Kienbaum mehr als 2000 Positionen in mehr als 295 Unternehmen analysiert hat.

⁵⁵ Oberrauter/Wieser, AK-Studie:Managergehälter-Analyse per April 2012, 1. Ein ATX Vorstand verdiente im Jahr 2011 durchschnittlich rund 1,3 Mio. Euro, das sind um knapp 20% mehr als im Jahr 2010.

⁵⁶ Durchschnittliche Vorstandsgage pro Kopf im Jahr 2011 inkl. Aktienoptionen sowie Abfertigungsaufwendungen bzw Abfindungen, wenn diese explizit im Geschäftsbericht ausgewiesen sind.

⁵⁷ Kienbaum, Studie zur Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten in Österreich, Pressemitteilung 1.2012, 1. Der Vorstandsvorsitzende eines im ATX gelisteten Unternehmens erhielt im Jahre 2010 eine Gesamtdirektvergütung von durchschnittlich 1,126 Millionen Euro.

⁵⁸ Kienbaum, Studie Managergehälter in Österreich gestiegen, Pressemitteilung 8.2011, 2.

⁵⁹ Wirtschaftsforum der Führungskräfte, WdF-Einkommensstudie: Wieviel Österreichs Manager verdienen (2008), 14.

Bestandteilen hin zu einem höheren Fixum, wobei dieser Trend schon wieder rückläufig ist.⁶⁰ Im Jahre 2011 bezogen 97% der Geschäftsführer, 93% der zweiten Führungsebene und 78% der dritten Führungsebene Bonuszahlungen. Diese Bonuszahlungen betrugen für Geschäftsführer durchschnittlich 68.000 Euro, eine Ebene darunter 25.000 Euro und in der dritten Ebene nur mehr 9.000 Euro.⁶¹ Die Eigentumsverhältnisse sind neben der branchenabhängigen Vergütungspolitik die maßgeblichen Faktoren für die Höhe der Vorstandsvergütung. Die an der Börse notierten Unternehmen (auch jene mit Beteiligung der öffentlichen Hand) entlohnen ihre Top-Manager mit den höchsten Jahresbezügen, gefolgt von Töchtern multinationaler Konzerne sowie inländischen Privatunternehmen. Die Ertragslage des Unternehmens, die Unternehmensgröße, die Rolle, die ein Vorstandsmitglied im Vorstand einnimmt, Berufserfahrung, das Alter und die erfolgte Ausbildung sind die wichtigsten Parameter für die Vergütung.⁶²

Österreichische Vorstände der im ATX notierten Unternehmen verdienen trotz vergleichbarer Unternehmenskenngrößen durchschnittlich um 40% weniger als ihre Kollegen in deutschen MDAX-Unternehmen. Der Vergütungsunterschied zu deutschen DAX-CEOs beträgt sogar rund 70%.⁶³ Auch topographisch lassen sich Unterschiede bei der Entlohnung erkennen: Die österreichischen Spitzenverdiener unter den Top-Managern befinden sich im Osten (Wien, Niederösterreich und Burgenland) sowie Oberösterreich, doch muss auf die strukturellen Unterschiede (kleinere Unternehmen im Westen) hingewiesen werden. Dieses Ost-West-Gefälle spiegelt auch die Standortverteilung der Konzerne wider.⁶⁴ Die Vergütung bemisst sich damit nach dem geographischen Verantwortungsbereich, dh Geschäftsführer, die für den mittel- und osteuropäischen Markt zuständig sind, verdienen mehr als ihre Kollegen.⁶⁵

Zusammenfassend lässt sich folgendes Bild über die Vergütungssituation von Managern in Österreich in den letzten Jahren zeichnen: Das Bruttojahreseinkommen eines Managers in Österreich hängt wesentlich davon ab, in welcher Führungsebene er sich befindet, ob er zum Vorstand oder zur Geschäftsführung gehört und wo sich sein Unternehmen topographisch befindet. Nach einem durch die Wirtschaftskrise bedingten, kurzzeitigen Rückgang der

⁶⁰ Oberrauter/Wieser, AK-Studie: Vorstandsvergütung und Ausschüttungspolitik der ATX Konzerne 2011, 2.

⁶¹ Kienbaum, Studie Managergehälter in Österreich gestiegen, Pressemitteilung 8.2011, 1. Die Bonuszahlungen sind im Vergleich zu 2010 im Jahr 2011 wieder deutlich angestiegen.

⁶² Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 28.

⁶³ Kienbaum, Studie zur Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten in Österreich, Pressemitteilung 2012, 1.

⁶⁴ Wdf- Einkommensstudie 2008, 23.

⁶⁵ Kienbaum, Studie zur Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten in Österreich, Pressemitteilung 2012, 2. Geschäftsführer, die für den mittel- und osteuropäischen Markt zuständig sind, verdienen 317.000 Euro, während Kollegen auf der gleichen Ebene ohne eine solche Verantwortung nur 247.000 Euro erhalten.

Bezüge kam es bereits im Jahre 2010 zu einer Erholung. Diese zeigt sich durch einen allgemeinen Anstieg aller Gehaltskomponenten, da sowohl beim Fixum als auch bei den variablen Bestandteilen und insbesondere bei Abfertigungszahlungen steigende Zahlen erreicht werden konnten.⁶⁶

3.2 Vorstandsvergütung in Deutschland und den USA

Die Entwicklung von Managergagen nahm auch in anderen Ländern einen ähnlichen Verlauf wie in Österreich.⁶⁷ In Deutschland betrug das durchschnittliche Einkommen eines Vorstandmitgliedes in einem DAX 30-Unternehmen im Jahr 2007 das 52-Fache eines einfachen Mitarbeiters, wobei es vor zehn Jahren immerhin nur das 20-Fache bzw fünf Jahre zuvor das 28-Fache war.⁶⁸ Dieser enorme Anstieg spiegelt sich in den Vorstandsbezügen wider. Im Jahr 2011 überwiesen die 30 DAX-Gesellschaften ihrem Spitzenpersonal pro Kopf durchschnittlich gut 3,14 Millionen Euro, was gegenüber den Zahlen für das Geschäftsjahr 2010 einem Plus von 7,9% entspricht. Die Fixvergütung der Vorstände ist daher im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 4%, die variable Barvergütung um fast 8% gestiegen. Den größten Anstieg jedoch verzeichnete die aktienbasierte Vergütung, die um mehr als 12% anstieg.⁶⁹ Eine Unterteilung der Unternehmen in die ihrer Zugehörigkeit entsprechenden Indizes weist jedoch große Divergenzen auf.⁷⁰ Die durchschnittliche Gesamtvergütung eines deutschen Vorstandsmitglieds (inkl. Vorsitzende) im MDAX betrug im Jahr 2011 1,617 Millionen Euro und ist damit fast um die Hälfte niedriger als in den DAX-Unternehmen. Zwischen 2001 und 2011 kam es zu einem signifikanten Anstieg der Pro Kopf-Vorstandsbezüge in deutschen DAX 30-Unternehmen um durchschnittlich 126%.⁷¹ Die Vorstände des Volkswagen Konzerns erhielten im Geschäftsjahr 2011 durchschnittlich 8,4 Millionen Euro pro Mitglied, womit sie die Liste der bestbezahlten Vorstandsmitglieder der im DAX notierten

⁶⁶ Oberrauter/Wieser, AK-Studie: Managergehälter-Analyse per April 2012, 3. Anstieg von Abfertigungen und Abfindungen um 231,4% gegenüber dem Vorjahr.

⁶⁷ Schmidt/Schwalbach, Zu Höhe und Dynamik der Vorstandsvergütung in Deutschland, ZfB 1/2007, 118. Im Durchschnitt gab es im Zeitraum 1994 bis 2005 eine Steigerung von Vorstandsgehältern um 331%.

⁶⁸ Kliement/Schwalbach, Managergehälter ein Problem? WiSt 2008, 650 sowie die dort zitierte Studie.

⁶⁹ Audit Committee Institute e.V., Studie der DSW zur Vorstandsvergütung, Online im Internet: www.audit-committee-institute.de/24230.htm (Stand 02.08.2012); Der gestiegenen Vergütung steht laut Studie insgesamt auch ein Gewinnwachstum gegenüber.

⁷⁰ Im Jahre 2007 beispielweise bezog ein DAX-Vorstand das 2,9-fache (2.911 000 Euro) Pro Kopf- Einkommen eines S-DAX-Vorstandes (990.000 Euro).

⁷¹ DSW, Vorstandsvergütungsstudie 2012, Online im Internet: www.dsw-info.de/DSW-Vorstandsverguetungsstudie.1881.0.html (Stand 02.08.2012).

Unternehmen anführen. Spitzenverdiener unter den Vorstandsvorsitzenden im DAX war erneut Martin Winterkorn von Volkswagen mit einer Gesamtvergütung von 16,6 Millionen Euro. International gesehen liegen die deutschen Vorstandsvorsitzenden mit einer durchschnittlichen Gesamtvergütung von 5,1 Millionen Euro im europäischen Spitzenfeld leicht vor der Schweiz (4,9 Mio.) und klar vor Frankreich (3,4 Mio.). Der DSW-Vorstandsvergütungsstudie 2011 zufolge setzte sich die Vergütung von deutschen Managern für das vergangene Geschäftsjahr zu 28% aus Fixgehalt, 50% variablen Boni und 22% aktienkursbasierten Bestandteilen zusammen.⁷²

Obwohl es durch die Wirtschaftskrise 2008/2009 zu Einbußen in den Managergehältern kam und in allen europäischen Konzernen eine Umstrukturierung der einzelnen Vergütungsformen stattfand, hat sich dennoch in den letzten Jahren das europäische Entlohnungsmodell immer mehr dem amerikanischen angeglichen.⁷³ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass, trotz des eklatanten Auseinanderklaffens zwischen Vorstandsentslohnung und Arbeitnehmerentlohnung, das Einkommen amerikanischer Vorstände noch immer deutlich über dem europäischen Vergleichsniveau liegt.⁷⁴ Laut *Bebchuk/Friend* machte der Anteil an Nettoerträgen, der sich jeweils auf die Entlohnung der fünf amerikanischen Spitzenführungskräfte börsennotierter Aktiengesellschaften (mit mehr als 50 Millionen Dollar Marktkapitalisierung) bezog, in den Jahren von 1993 bis 2003 6,6% aus, was in absoluten Zahlen zu einem Gesamtvergütungsvolumen von ca 350 Milliarden US-Dollar führte.⁷⁵ Im Zeitraum 1980 bis 2001 kam es zu einem Anstieg des durchschnittlichen CEO-Gesamtgehalts, eines im S&P 500 notierten Unternehmens, um 700%, während der durchschnittliche Reallohn eines Industriearbeiters im gleichen Zeitrahmen nur um 15% anstieg. Das Durchschnittsgehalt eines CEO, der in einem der 350 größten Unternehmen beschäftigt ist, überstieg das eines Industriearbeiters daher um einen Faktor von 300.⁷⁶ Der Bestverdiener unter den amerikanischen Managern im Jahr 2011 war Apple-Chef Tim Cook, der auf ein Gesamtgehalt von 271,5 Millionen Euro kam. In den Vereinigten Staaten von Amerika betrug im Jahre 2011 die durchschnittliche Gesamtvergütung der Vorsitzenden der

⁷² DSW, Vorstandsvergütungsstudie 2012, Online im Internet: www.dsw-info.de/DSW-Vorstandsverguetungsstudie.1881.0.html (Stand 02.08.2012).

⁷³ *Zimmermann*, Sind Managergehälter wirklich zu hoch? Wirtschaftsdienst 2004, 353. Hierbei handelt es sich einerseits um neue Ausgestaltungen von Vergütungsformen (erheblich größerer Anteil variabler Bezüge) und andererseits um die Internationalisierung.

⁷⁴ Insbesondere von der medialen Kritik betroffene europäische Manager führen dies bei der Rechtfertigung ihrer hohen Bezüge ins Treffen.

⁷⁵ *Bebchuk/Fried*, Pay without Performance in: Overview of the Issues. Academy of Management Perspectives (2006a), 5f; siehe dazu auch *Kliement/Schwalbach*, WiSt 2008, 650, wonach dieser Anteil in den Jahren 1993-1995 nur 5% betrug, doch er ist zwischen 2001 und 2003 auf 9,8% angestiegen.

⁷⁶ *Bebchuk/Grinstein*, The growth of Executive Pay in: Oxford Review of Economic Policy (2005), 283ff.

Unternehmen im Dow Jones (DJIA) 12,1 Millionen Euro pro Kopf. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Vergütungssysteme sehr unterschiedlich sind und wenn man die Aufteilung der einzelnen Vergütungskomponenten betrachtet, so weichen diese doch noch immer in beträchtlichem Ausmaß von den europäischen Modellen ab. Die Barvergütung hat in Europa einen deutlich höheren Stellenwert als in den USA. In Deutschland etwa werden 53% der Gesamtvergütung als Barvergütung ausgegeben. Rund 39% macht der Barvergütungsanteil in Frankreich aus, während die Barquote in den USA nur 26% beträgt und in der Schweiz gar nur 19%.⁷⁷ Die Gewinne von amerikanischen Unternehmen und die damit verbundene Auszahlung der Vorstandsvergütungen stellen jedoch keinesfalls „peanuts“ dar. Der rapide Anstieg von Vorstandsgagen, insbesondere im angloamerikanischen Raum Anfang der 1980er-Jahre, hat bis heute keinen Abbruch gefunden und das Managersalär ist bis auf das 345-fache Einkommen eines durchschnittlichen Arbeiters gestiegen.⁷⁸ Doch auch die Finanzkrise ist nicht spurlos an den amerikanischen Top-Managern vorbeigegangen und die US Regierung hat als Folge der Finanzkrise neue Leitlinien für die Bezahlung von Spitzenführungskräften vorgestellt. Darin wird vorgesehen, das Einkommen noch enger mit der Leistung zu verknüpfen, um den Managern Anreize für die langfristige Schaffung von Werten zu koppeln.⁷⁹ Die EU hat sich diesem Trend angeschlossen und wird bis voraussichtlich Ende dieses Jahres ein umfassendes Maßnahmenpaket zur Begrenzung von Managergehältern in allen Branchen vorlegen, das neben den Gehältern auch die Abfindungen und die Transparenz regelt.⁸⁰

3.3 Schlussfolgerungen

Bei der Darstellung der in diesem Kapitel angeführten aktuellen Zahlen, Daten und Fakten zu Vorstandsbezügen, insbesondere aus den Jahren 2008 bis 2011, darf nicht vergessen werden, welche tatsächliche Struktur der Gesetzgeber bzw die Judikatur in früheren Jahren vorfanden. Vorstandsmitglieder verdienten damals bereits ein Vielfaches mehr als ihre Belegschaft,

⁷⁷ DSW, Vorstandsvergütungsstudie 2012, Online im Internet: www.dsw-info.de/DSW-Vorstandsverguetungsstudie.1881.0.html (Stand 02.08.2012).

⁷⁸ Gröhs/Havranek/Prändl, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzkrise, Aufsichtsrat aktuell, 1/2009, 9.

⁷⁹ Die Presse.com., Managergehälter: US-Regierung macht Druck auf Spitzenverdiener, Die Presse vom 10.6.2009.

⁸⁰ Die Presse.com, EU will Managergehälter begrenzen, Die Presse vom 11.03.2013. Siehe dazu später in Kapitel Zwölf.

jedoch nicht dieselben Summen, die heutzutage geleistet werden. Die Höhe der Vorstandsvergütung war zum damaligen Zeitpunkt noch kein Thema.⁸¹ Diese grundlegenden Erkenntnisse aus der historischen Entwicklung sind somit Voraussetzung, um die Entwicklung der Vorstandsbezüge zu verstehen. Es lässt sich feststellen, dass durch das Angemessenheitsgebot des § 78 AktG auch keine konkrete Beschränkung der Vorstandsbezüge erreicht wurde und die Diskussion um die Höhe der Vorstandsvergütung an Intensität gewinnt, je größer die Spanne zwischen dem Vorstandsbezug und dem durchschnittlichen Bezug eines einfachen Mitarbeiters ist. Als Endergebnis dieses Entwicklungsprozesses kann gesagt werden, dass die Vorstandsgehälter in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich gestiegen sind. Das konkrete Endergebnis dieser Darstellung der Vorstandsvergütung in den Jahren 2008-2011 sagt aus, dass die Vorstandsgehälter in Österreich, mit Ausnahme der Krisenjahre 2008 und 2009, wieder gestiegen sind. Im Vergleich mit den europäischen Nachbarstaaten liegt Österreich mit dem oben erwähnten Gehaltsniveau im oberen Mittelfeld. Die Durchschnittsgehälter bei vergleichbaren Unternehmen in der gleichen Branche liegen in Deutschland rund 10% bis 15% darüber, die Schweizer Gehälter sogar um ca 25% und in Großbritannien liegen die Durchschnittsgehälter bis zu 20% über dem österreichischen Schnitt. Die niedrigsten Vorstandsvergütungen gibt es vor allem in Zentral- und Osteuropa.⁸² Das Vorstandsgehalt eines Top-Managers in einem der Top 100 Unternehmen in Europa und den USA liegt bei ca 1,3 Millionen Euro (brutto pro Jahr).⁸³ Die Größe der Aktiengesellschaften in Österreich ist unterschiedlich, da es eine Vielzahl kleiner, nicht börsennotierter Aktiengesellschaften gibt, weshalb somit nur die durchschnittlichen Vorstandsvergütungen von Führungskräften eines im ATX gelisteten Unternehmens im internationalen Vergleich Aussagekraft besitzen. Die Verdienstmöglichkeiten eines in einem österreichischen Unternehmen tätigen Vorstandsmitgliedes sind daher im Vergleich zu seinen deutschen bzw insbesondere zu seinen amerikanischen Kollegen sehr bescheiden, da diese ein Vielfaches an Vergütung beziehen.⁸⁴

⁸¹ Siehe dazu Kapitel Zwei.

⁸² Insbesondere in Bulgarien: - 60%, Slowenien: - 50%, Ungarn und Polen - 25% verdienen Führungskräfte sehr viel weniger als in Österreich.

⁸³ derstandard.at, Österreichs Manager bei Gehaltsniveau im oberen Mittelfeld, Online im Internet: www.derstandard.at/1339639518888/Internationaler-Vergleich-Oesterreichs-Manager-bei-Gehaltsniveau-im-oberen-Mittelfeld (Stand 19.08.2012)

⁸⁴ Kienbaum, Studie zur Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten in Österreich, Pressemitteilung 2012, 1. Vorstände und Aufsichtsräte verdienten 2010 deutlich weniger als in Deutschland.

4 Rolle des Aufsichtsrates bei der Angemessenheitsprüfung von Vorstandsvergütungen

4.1 Kompetenzen des Aufsichtsrates bei der Vergütungsentscheidung

4.1.1 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates

Die AG ist die einzige Rechtsform, die dualistisch organisierten SE nach österreichischem Recht ausgenommen, die zwingend einen Aufsichtsrat einzurichten hat.⁸⁵ Der Aufsichtsrat ist ein obligatorisches Organ im Organisationsgefüge einer Aktiengesellschaft dem, entsprechend der Arbeitnehmeranzahl, Kapitalvertreter und Arbeitnehmervertreter⁸⁶ angehören.⁸⁷ Das Aktiengesetz legt den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates in den §§ 95 ff. AktG fest.⁸⁸ Dieser ist zwingend abgegrenzt und kann nur dann geändert werden, wenn es das Gesetz selbst erlaubt.⁸⁹ Gemäß § 97 AktG wird die Gesellschaft bei Abschluss des Anstellungsvertrages mit dem Vorstandsmitglied durch den Aufsichtsrat vertreten.⁹⁰ Aus dem Gesetzeswortlaut des § 95 AktG ist zu folgern, dass die Grundaufgabe des Aufsichtsrates die Überwachung der Geschäftsführung ist.⁹¹ Die Vergütungsentscheidung auf Seiten der Aktiengesellschaft obliegt daher zwingend dem Aufsichtsrat.⁹²

⁸⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 3/454.

⁸⁶ Siehe dazu BGBl 1974/343 idF BGBl 1993/814. Ein Aufsichtsrat besteht nicht nur aus Kapital, sondern – bei Vorliegen der Voraussetzungen – auch aus Arbeitnehmervertretern; wie sich aus dem ArbVG und der VO über die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat ergibt.

⁸⁷ Kalss in MünchKomm AktG³ § 95 Rz 36 ff.

⁸⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 95 bis 97 Rz 1f; Strasser zufolge spricht die Rubrik des § 95 von „Aufgaben und Rechte(n) des Aufsichtsrats“. Seiner Meinung nach wäre es besser, von Aufgaben und Befugnissen des AR zu sprechen, da die Wahrnehmung der vom Gesetz angesprochenen „Rechte“ des AR niemals in dessen Belieben, sondern entweder in dessen pflichtgemäßem Ermessen steht oder ihr überhaupt eine unabdingbare Verpflichtung, sie auszuüben, zugrunde liegt.

⁸⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 95 bis 97 Rz 5. Dies ist bei folgenden Paragraphen der Fall: § 62 Abs 2 S 2, § 71 Abs 3 S 2, § 145 Abs 1 S 2, § 210 Abs 2 S 2; Die Kompetenz des AR wird hierbei immer ausgedehnt, jedoch nie eingengt.

⁹⁰ Schima/Toscani, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§97 Abs 1 Aktg), JBl 2012, 482ff.

⁹¹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 95 bis 97 Rz 7; Die Bestimmung des § 95 Abs 1 ist die der AR-Funktion und damit dem AR überhaupt zugrunde liegende Grundnorm.

⁹² Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 95 Rz 11. Der Aufsichtsrat hat somit die Führungsentscheidungen des Vorstandes zu überwachen.

4.1.2 Vorstandsbestellung und Abberufung

Gemäß § 75 AktG obliegt dem Aufsichtsrat die alleinige Zuständigkeit zur Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder einer AG.⁹³ In den Kompetenzbereich des Aufsichtsrates fällt jedoch auch der Abschluss von schuldrechtlichen Verträgen mit Vorstandsmitgliedern, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vorstände begründen.⁹⁴ Die Aufgabe des Aufsichtsrates ist es also nicht nur, das Vorstandsmitglied zu bestellen bzw abzuwufen, sondern auch seine fachliche Eignung für den Posten festzustellen, den Dienstvertrag auszugestalten sowie Art und Höhe der Bezüge (wirtschaftlich durchdacht, anreizbezogen, speziell bei der Vereinbarung von Aktienoptionen), Pensionsregelungen, Kreditgewährungen etc zu vereinbaren.⁹⁵ Der Abschluss eines Anstellungsvertrages kann jedoch dann unterbleiben, wenn das Vorstandsmitglied bereits durch Annahme der Bestellung zum Tätigwerden für die Gesellschaft verpflichtet ist und sich daher Rechte und Pflichten schon aus dem körperschaftlichen Rechtsverhältnis ergeben.⁹⁶

Die Vorstandsbestellung durch den Aufsichtsrat ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, dh es ist ein Beschluss des Kollegialorgans „Aufsichtsrat“, wobei dieser Bestellungsbeschluss jedoch bis zur Annahmeerklärung durch das Vorstandsmitglied schwebend unwirksam ist.⁹⁷ Es ist eine doppelte Mehrheit bei Beschlussfassung im Aufsichtsrat erforderlich, um einen Vorstand gültig zu bestellen bzw abzuwufen, dh es werden nicht nur die allgemeinen Beschlusserfordernisse im Plenum benötigt, sondern gemäß § 110 Abs 3 ArbVG auch die Mehrheit der nach dem AktG oder der Satzung bestellten Aufsichtsratsmitglieder (Kapitalvertreter), wobei die Mehrheit der Kapitalvertreter aufgrund der Aktionärsschutzklausel unabhängig von deren Anwesenheit in der Sitzung zu berechnen ist.⁹⁸ Eine höhere Beschlussmehrheit durch die Satzung im Plenum festzulegen ist zwar möglich, jedoch ist es unmöglich, die zwingende Voraussetzung der erforderlichen doppelten Mehrheit

⁹³ § 75 AktG.

⁹⁴ § 97 AktG; Toms, Der Aufsichtsrat als (Vertrags)Partner des Vorstandes, Aufsichtsrat aktuell 2009, 13. Dass die körperschaftsrechtlicher Bestellung eines Vorstandsmitgliedes und der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages zu trennen sind, ist gefestigter Rechtsprechungs- und Meinungsstand.

⁹⁵ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 99 Rz 13.

⁹⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 78 Rz 141. Ob Anstellungs- und Bestellungsverfahren gemeinsam in einem Beschluss oder getrennt voneinander gefasst werden, ist unerheblich.

⁹⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 75 Rz 5, für den der Grund in der fehlenden Kompetenz des Aufsichtsrates ohne Zustimmung der jeweils anderen Personen diese zur Übernahme von Pflichten gegenüber der AG zu verpflichten liegt.

⁹⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 3/511; Kalss in MünchKomm AktG³ § 84 Rz 242.

zu beseitigen oder zu ändern.⁹⁹ Dieses Erfordernis kann zur Pattstellung innerhalb des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit einer Vorstandsbestellung führen, wobei sich weder im ArbVG noch im AktG gesetzliche Lösungswege für diese Problematik finden. Tritt somit ein Pattstellungsfall ein, hat die Vorstandsbestellung solange zu unterbleiben, bis die Aufsichtsratsmitglieder im Kompromissweg einen entsprechenden Beschluss gefasst haben. Wenn auch auf diese Weise keine Einigung erzielt wird, so bleibt als letzter Ausweg nur mehr die Bestellung durch das Gericht.¹⁰⁰ Gemäß § 75 Abs 2 AktG dürfen als Vorstandsmitglieder nur physische Personen bestellt werden, die nicht gleichzeitig als Aufsichtsratsmitglieder tätig sind. Die Bestellung juristischer Personen bzw Personenhandelsgesellschaften (OG, KG) ist aufgrund dieser Bestimmung somit nicht möglich. Bestellungsbeschlüsse, die dieses Bestellungsverbot nicht beachten, sind als unwirksam anzusehen.¹⁰¹ § 75 Abs 1 AktG besagt, dass die Bestellung eines Vorstandmitgliedes für eine zeitlich auf fünf Jahre beschränkte Funktionsperiode erfolgen darf. Da diese Fünfjahresfrist eine Höchstfrist ist, werden kürzere Bestellungen grundsätzlich als zulässig und auch üblich angesehen. Eine Mindestfrist gibt das Gesetz nicht vor.¹⁰² Wird die zeitliche Begrenzung von fünf Jahren überschritten, so kommt es zu einer Unwirksamkeit der überschüssigen Zeit, wobei eine Wiederbestellung weiterhin möglich ist. Hat sich der Aufsichtsrat für eine kürzere Bestelldauer entschieden, dann steht sowohl dieser Entschluss als auch die konkrete Begrenzung in seinem alleinigen pflichtgemäßen Ermessen.¹⁰³

Der Aufsichtsrat führt eine beratende Tätigkeit aus und in seinen Kompetenzbereich fällt auch die Abberufung von Vorstandsmitgliedern. Gemäß § 75 Abs 4 AktG muss für die Abberufung eines Vorstandmitgliedes, ganz im Gegensatz zum GmbH Geschäftsführer, immer ein wichtiger Grund vorliegen.¹⁰⁴ Die Aufzählung der in § 75 Abs 4 AktG genannten Gründe, erstens grobe Pflichtverletzung, zweitens Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung und drittens die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, ist demonstrativ¹⁰⁵, dh sie ist nicht abschließend geregelt.¹⁰⁶ Die Gesamtheit dieser drei

⁹⁹ OGH 30. 5. 1996, 2 Ob 556/95= GesRZ 1996, 243.

¹⁰⁰ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 75 Rz 14.

¹⁰¹ Toms, Der Aufsichtsrat als (Vertrags)Partner des Vorstandes, Aufsichtsrat aktuell 2009, 13.

¹⁰² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 75 Rz 32.

¹⁰³ Eisel/Haberer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Spannungsverhältnis von Markt, Kodex und Gesetz, RWZ 2004, 65.

¹⁰⁴ OGH 28.5.1935, 2 Ob 434/35, wonach GmbH Geschäftsführer jederzeit ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen werden können und es für die Gesellschafter nicht möglich ist, auf dieses Recht zu verzichten.

¹⁰⁵ OGH 18.05.1995, 6 Ob 517/95, demzufolge die Aufzählung der Abberufungsgründe im Gesetz demonstrativ (arg.: namentlich) ist. Es können daher auch andere wichtige Gründe vorliegen, die eine Abberufung des Vorstandsmitglieds rechtfertigen. Diese müssen jedoch in ihrer Gewichtigkeit den im Gesetz angeführten Fällen

nebeneinander aufgelisteten gesetzlichen Gründe bildet somit nur den Rahmen für die bei Dauerschuldverhältnissen naturgemäß nicht erschöpfend aufzählbaren wichtigen Gründe.¹⁰⁷

gleichkommen und ebenso muss es für die Aktiengesellschaft unzumutbar sein, das Vorstandsmitglied in seiner Funktion bis zum Ende der Funktionsperiode zu belassen.

¹⁰⁶ *Schima*, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, *Der Gesellschafter* 2011, 268f.

¹⁰⁷ OGH 14.10.1981, 1 Ob 725/81.

5 Wesen und Gestaltung der Vorstandsvergütung

5.1 Die Vorstandsvergütung im Sinne des § 78 AktG

Um eine Angemessenheitsprüfung hinsichtlich der Vorstandsvergütungen durchführen zu können, muss zunächst abgegrenzt werden, was unter dem Begriff „Vorstandsvergütung“ zu verstehen ist. Dabei spielt der § 78 AktG eine zentrale Rolle. An dieser Stelle soll diese Bestimmung dargestellt und im Anschluss daran ein Überblick über die möglichen Vergütungsformen gegeben werden.

§ 78. (1) Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Dies gilt sinngemäß für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.

Unter der Vorstandsvergütung versteht man daher, alle Leistungen der Gesellschaft an ein einzelnes Vorstandsmitglied (nicht an den Gesamtvorstand), die darauf abzielen, die in Ausübung des Vorstandsamtes erbrachten Geschäftsbesorgungs- und Dienstleistungen zu vergüten oder in diesem Zusammenhang angefallene Aufwendungen des Vorstandsmitgliedes zu ersetzen. Ob es sich um Geld- oder Sachleistungen handelt, ist dabei irrelevant.¹⁰⁸ Es stellt sich nun die Frage, welche geldwerten Vorteile bzw Leistungen, die das Vorstandsmitglied von der Gesellschaft erhält, in die Angemessenheitsprüfung miteinzubeziehen sind. Die Auflistung der in § 78 genannten Gesamtbezüge („Total Income opportunity“)¹⁰⁹ ist demonstrativ, dh der Begriff „Gesamtbezüge“ ist in weiterem Sinne zu verstehen und bedarf der Interpretation.¹¹⁰ Unter § 78 AktG sind somit neben den explizit genannten Begriffen (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte,

¹⁰⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG5 § 77-84 Rz 137; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 78 AktG, Rz 5.

¹⁰⁹ Haunold/Havranek in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 18; Die Total Income Opportunity wird aus fünf Komponenten gebildet, die sich aus Funktionsgehalt, kurzfristigem Bonus, langfristigem Anreizmodell, Transferred Compensation und Fringe Benefits zusammensetzen.

¹¹⁰ Eisel/Haberer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Spannungsverhältnis von Markt, Kodex und Gesetz, RWZ 2004, 67; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG5 § 77-84 Rz 139.

Provisionen und Nebenleistungen jeder Art) auch Abfindungen, Anerkennungsprämien und Change of Control-Klauseln unter die Gesamtbezüge zu subsumieren.¹¹¹ Damit kann man auch alle Arten von Sachbezügen – einschließlich Dienstleistungen (ebenso Dienstchauffeur für Privatfahrten) – als Entgeltbestandteile qualifizieren.¹¹² Daraus folgt, dass auch Aufwandsentschädigungen gemäß 1014 ABGB, die den Ersatz von Barauslagen übersteigen, ebenso zu den Vorstandsbezügen zu zählen sind.¹¹³ Wie bereits erwähnt, ist § 78 AktG sehr extensiv zu verstehen. Eine Grenze ist jedoch jedenfalls bei jenen Leistungen an das Vorstandsmitglied zu ziehen, die als Vergütung für Tätigkeiten nicht im Rahmen der Vorstandstätigkeit erbracht wurden. Unter § 78 Abs 1 AktG fallen somit nur jene Leistungen, die der Vorstand im Rahmen seiner Vorstandstätigkeit erbracht hat.¹¹⁴

Grundsätzlich sind nur jene Vergütungen in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen, die die Gesellschaft an das Vorstandsmitglied erbringt. In Konzernen kann jedoch die Situation entstehen, dass Vergütungszusagen von Dritten – also nicht der Gesellschaft selbst – getroffen werden. Fraglich ist daher, ob auch Leistungen Dritter im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind. Werden die Bezüge von nachgeordneten Konzerngesellschaften geleistet, ist die Anwendbarkeit des § 78 AktG jedenfalls zu bejahen.¹¹⁵ Eine Aufgabe im Rahmen der Vorstandstätigkeit für die Mutter stellt nämlich die Übernahme von Funktionen in Tochtergesellschaften dar, wobei die von Tochtergesellschaften ausgezahlten Vergütungen jedoch einen wirtschaftlichen Nachteil für die Mutter haben.¹¹⁶

Das Gebot der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen nimmt auch auf den Zeitpunkt der Vereinbarung (Festsetzung) der Vorstandsvergütung Bezug. Als maßgeblicher Zeitpunkt gilt jener, in dem es zur Festsetzung der Bezüge kommt. Das Angemessenheitsgebot behält seine Gültigkeit nicht nur zum erstmaligen Festsetzungszeitpunkt, es gilt auch, wenn bestimmte Vergütungen während, wie es bei Versorgungsleistungen der Fall ist, oder nach dem Ende der Amtszeit festgelegt werden. Auch hier kommt es nur auf den Vereinbarungsabschluss an und

¹¹¹ *Spindler in Goette/Habersack/Kalss*, MünchKomm AktG³ § 87 Rz 9; *Mutter in Marsch-Barner/Schäfer*, Handbuch börsennotierter AG 763 Rz 26.

¹¹² OGH 2 Ob 501/52 SZ 25/187, der insbesondere Remunerationen als Entgeltsbestandteile ansieht.

¹¹³ *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 78 AktG, Rz 5.

¹¹⁴ *Spindler in Goette/Habersack/Kalss*, MünchKomm AktG³ § 87 Rz 10. Eine Ausnahme stellt die Umgehung des § 78 AktG durch eine überhöhte Gegenleistung dar. Beispiel hierfür sind der Grundstücksverkauf des Vorstandsmitgliedes an seine Gesellschaft oder ein durch Lizenzvertrag zur Nutzung überlassenes Patent.

¹¹⁵ *Lutter*, Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 736.

¹¹⁶ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (2008) Rz 405.

nicht etwa auf den Eintritt der Leistungsvorraussetzung.¹¹⁷ Wichtig zu erwähnen ist auch, dass nur die Angemessenheit der Gesamtbezüge alleine, betrachtet nach der deutschen Corporate Governance Codex Ziffer 4.2.3., nicht ausreicht. Da sich die Vorstandsbezüge aus unterschiedlichen Komponenten zusammensetzen, sind nicht nur die Gesamtbezüge, sondern jede einzelne Vergütungskomponente gesondert auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.¹¹⁸ In Österreich jedoch hat nur die Gesamtvergütung für sich dem Angemessenheitsgebot zu entsprechen und nicht alle ihre Einzelbestandteile. Damit möchte man dem Aufsichtsrat eine gewisse Flexibilität für die Ausgestaltung der Vergütung, etwa hohe Pension und niedrige Abfertigung, einräumen.¹¹⁹

5.2 Struktur der Vorstandsvergütung – fixe und variable Bestandteile

5.2.1 Allgemeines

Um die zahlreichen Varianten bzw Gestaltungsmöglichkeiten der Vorstandsvergütungen zu strukturieren, ist die Einteilung in fixe und variable Bestandteile notwendig, welche eine grobe Gliederung für weitere Differenzierungen darstellt. Die Vergütung von Führungskräften kann sowohl nach fixen Bestandteilen, dh Grund- bzw Festgehalt (base salary), als auch durch variable Komponenten (fringe benefits) erfolgen.¹²⁰ Die variable Vergütungsform bietet die Möglichkeit, das konkrete Handeln des Managers bei der Leistungsvergütung zu honorieren und stellt damit ein Abbild seiner Leistungen am finanziellen Unternehmenserfolg dar (performance pay principle). Bonuszahlungen und kurzfristige Tantieme stellen die häufigsten und in der Praxis bedeutendsten erfolgsabhängigen, kurzfristigen, klassischen Vergütungsformen dar (shortterm incentive pay).¹²¹ In Österreich und Deutschland werden Mischformen aus fixen und variablen Vergütungsbestandteilen erst seit ca einem Jahrzehnt verwendet.¹²² Der wesentliche Unterschied zwischen short- und longterm incentive pay liegt

¹¹⁷ Hüffer, Kommentar zum Aktiengesetz⁹ (2010) §87 AktG Rz 5; Spindler, Vergütung und Abfindung von Vorstandsmitgliedern, DStR 2004, 42; Spindler in Goette/Habersack/Kalss, MünchKomm AktG³§ 87 Rz 72f.

¹¹⁸ Heins, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen einer Aktiengesellschaft 70.

¹¹⁹ Gröhs in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 78.

¹²⁰ Hoffmann-Becking, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstand- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 2005, 163; Frodermann/Schäfer in Frodermann/Jannott (Hrsg.), Handbuch des Aktienrechts (2009), 369 Rz 181.

¹²¹ Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (2008) Rz 400.

¹²² Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 165; Hoffmann-Becking, ZHR 2005, 164; Spindler in Goette/Habersack/Kalss, MünchKomm AktG³§ 87 Rz 44. In der Praxis haben vor allem Regelungen den

in ihrer unterschiedlichen individualvertraglichen Vertragsgestaltung sowie in ihrer Laufzeit. Langfristig ausgerichtete Entlohnungsstrategien (long-term incentive pay), worunter auch die Aktienoptionen zu zählen sind, stellen eine vor allem in den anglo-amerikanischen Ländern weit verbreitete Möglichkeit dar, den variablen Teil erfolgsbezogen zu gestalten. Es besteht zudem auch die Möglichkeit, eine Bezugshöchstgrenze für erfolgsbezogene Gehaltsbestandteile, die nicht über einen bestimmten Prozentsatz hinausgehen darf, vertraglich zu vereinbaren.¹²³ Die variable Vergütung stellt somit eine zusätzliche Anreizleistung dar, deren Angemessenheit sich aus ihrer Funktion hinsichtlich der Umsetzung von Unternehmenszielen ergibt. Sie ist dann angemessen, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um ein bestimmtes Unternehmensziel zu erreichen.¹²⁴ Im Folgenden sollen nun die einzelnen Vergütungsformen näher erläutert werden.

5.2.2 Funktionsgehalt (Fixum)

Das Funktionsgehalt stellt die Grundform der Vergütung von Vorstandsmitgliedern dar und steht dem Manager unabhängig davon, ob die Gesellschaft einen Gewinn oder Verlust erwirtschaftet hat, zu.¹²⁵ Der Hauptzweck des Festgehalts bestand/besteht darin, einen angemessenen Lebensunterhalt des Vorstandsmitgliedes abzudecken.¹²⁶ Der Aufsichtsrat kann daher gemäß § 78 AktG eine reine Festvergütung ohne variable Bestandteile festlegen. Ein Vorteil der reinen Fixvergütung gegenüber der variablen Vergütung stellt die Einfachheit ihrer Ausgestaltung dar, da der Aufsichtsrat kein kompliziertes Vergütungssystem zu etablieren hat und die Vorstandsvergütungskosten sich für die Aktionäre und den Kapitalmarkt einfach und plausibel nachvollziehen lassen. Außerdem mindert die

Durchbruch geschafft, bei denen sich ein Teil der erfolgsbezogenen Managervergütung auf im Vertrag definierte Unternehmenskennzahlen, wie unter anderem das EBITDA, stützt.

¹²³ *Rungaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge (2006), 59; WdF Einkommensstudie 2008, 26. Laut der WdF-Einkommensstudie 2008 besteht das Jahreseinkommen von Managern in der ersten Führungsebene zu 70% aus Grundgehalt und den Rest stellen variable Gehaltsbestandteile oder weitere Geldleistungen dar. In der ersten Führungsebene beziehen die Manager durchschnittlich 67.000 Euro, wobei die variablen Gehaltsbestandteile fast ausschließlich bar ausbezahlt werden und nur seltenen Fällen in Unternehmensanteilen erfolgen. Gewinn und Zielerreichung sind die wichtigsten Basisgrößen, die zur Erzielung des erfolgsorientierten Gehaltsbestandteiles in der ersten Führungsebene herangezogen werden.

¹²⁴ *Thüsing*, iustium pretium, ZGR 2003, 489; zust Kort in *Hopt/Wiedemann (Hrsg)*, Großkommentar AktG⁴ (2003) Rz 48.

¹²⁵ *Heins*, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen einer Aktiengesellschaft, 70; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/293; *Haunold/Havranek* in *Schuster/Gröhs/Havranek*, Executive Compensation, 18, bezeichnen das Funktionsgehalt als ein auf die Wertigkeit der Leitungsfunktion abzielendes Grundgehalt.

¹²⁶ *Weber/Burmester*, Der Anstellungsvertrag des Managers (2001), 37.

Fixvergütung die bei einer komplizierteren Vergütungsstruktur durch Vergütungsberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater für die Gesellschaft anfallenden Beratungskosten.¹²⁷ In der Regel ist die Entgeltsbestimmung für Vorstandsmitglieder im Dienstvertrag enthalten und die Bezüge werden steueroptimal (14-mal jährlich) überwiesen. Die Entwicklung des Funktionsgehaltes von Executives erfolgt eher konstant, inflationsgesichert und konservativ. In den letzten Jahren kam es vermehrt zu einer Abnahme des Funktionsgehaltes unter gleichzeitiger Erhöhung der long term incentives, sodass sich in Abhängigkeit von der Branche, Unternehmensgröße und wirtschaftskultureller Gepflogenheit nur noch ein bestimmter Prozentsatz des Gesamtentgelts der Vergütung aus dem Funktionsgehalt zusammensetzt.¹²⁸

5.2.3 Erscheinungsformen variabler Entgeltbestandteile

Der Gesellschaftszweck einer Aktiengesellschaft besteht in der Regel darin, Gewinne zu erwirtschaften, dennoch kann es im gegebenen Falle im Interesse der Aktionäre und des Aufsichtsrats liegen, den Vorstand und seine einzelnen Mitglieder an der Unternehmensentwicklung partizipieren zu lassen. Es geht dabei aber nicht um allgemeine Vergütungsfragen, sondern um ein Managerverhalten, das durch monetäre Anreize gesteuert wird.¹²⁹ Es gibt verschiedene Erscheinungsformen variabler Entgeltbestandteile nicht nur bei Vorstandsvergütungen, sondern auch bei anderen Entgeltbestandteilen von „sonstigen“ Mitarbeitern, wobei sich die bereits erwähnten Anreizsysteme für Führungskräfte grundlegend von der Beteiligung breiter Mitarbeiterkreise am Unternehmenserfolg unterscheiden. Die klassischen Mitarbeiterbeteiligungssysteme zielen nämlich darauf ab, die Mitarbeiter am Produktivvermögen teilhaben zu lassen, um dadurch ein allgemeines Wohlfühlen zu erreichen, während die Motivation von Führungskräften darin liegen soll, den Unternehmenswert sowie die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens durch nachhaltige Handlungen und Entscheidungen langfristig zu steigern.¹³⁰ Diese Anreizsysteme werden in der Praxis vor allem der ersten und zweiten Führungsetage, demnach insbesondere

¹²⁷ Berger, Vorstandsvergütung, 24f.

¹²⁸ Haunold/Havranek in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 22.

¹²⁹ Vgl. statt vieler Berger, Vorstandsvergütung, 122f, der ausführlich das Problem der Principal Agent- Theorie schildert.

¹³⁰ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 167; der auf die wertorientierte Unternehmensführung, Stichwort Shareholder-Value, verweist.

den Vorstandsmitgliedern, gewährt, da sie einen hohen Einfluss auf das Unternehmenswohl haben und vor allem die Möglichkeit einer Unternehmenswertsteigerung bieten.

5.2.3.1 Tantiemen

Tantiemen stellen erfolgsabhängige Vergütungen an die Vorstände der Aktiengesellschaft bzw die Geschäftsführer einer GmbH dar, die nicht als laufendes Gehalt überwiesen werden, sondern bemessen am Unternehmenserfolg und einer jährlichen Einmalzahlung einen Ansporn für die Geschäftsleitung bewirken sollen.¹³¹ Die meistgenutzte Form der variablen erfolgsabhängigen Vergütung bilden die Tantiemen.¹³² Sie werden unterschieden in ermessens-, gewinn-, dividendenabhängige und börsenkursbezogene Tantiemen sowie der im Aktiengesetz normierten Gewinnbeteiligung gemäß § 77 AktG. Bis auf die Ermessenstantiemen bildet der Anstellungsvertrag die Rechtsgrundlage für die Ansprüche. Hinsichtlich der Ermessenstantiemen bildet nicht der Anstellungsvertrag die Rechtsgrundlage, sondern hat der Aufsichtsrat die Höhe nach seinem Ermessen festzusetzen, wobei er dies nicht willkürlich, sondern pflichtgemäß zu tun hat.¹³³ Die Gewährung von Tantiemen obliegt der Entscheidung des Aufsichtsrates und ist sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach im Vorstandsvertrag zu regeln. Ihre Ausbezahlung erfolgt generell am Schluss eines jeden Geschäftsjahres.

5.2.3.2 Gewinnbeteiligung nach § 77 AktG

Die Gewinnbeteiligung iSd § 77 AktG hat sich zwingend am Jahresüberschuss zu orientieren, dh, dass die Gewährung einer Gewinnbeteiligung nur in Form eines Anteiles am Jahresüberschuss erfolgen darf.¹³⁴ „Den Vorstandsmitgliedern kann für ihre Tätigkeit eine Beteiligung am Gewinn gewährt werden, die in einem Anteil am Jahresüberschuss zu bestehen hat.“¹³⁵ Der wesentliche Unterschied zu den anderen Tantiemenformen liegt somit im Anknüpfungspunkt an die vorgegebene Bezugsgröße. Die Regelung des § 77 AktG ist aufgrund ihrer konkreten Bezugsart als *lex specialis* im Verhältnis zu § 78 AktG zu sehen und

¹³¹ Bertl/Fraberger, Bilanzierung von Tantiemen, RWZ 2001, 376.

¹³² Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz 400.

¹³³ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 167.

¹³⁴ Siehe Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 77 Rz 3; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Gesellschaftsrecht 2008 Rz 3/292.

¹³⁵ § 77 AktG.

bildet durch ihre Konkretisierung des § 78 AktG eine zusätzliche Schranke für die Entgeltgestaltung. Die Gewinnbeteiligung hat immer Entgeltcharakter und fällt daher auch unter die für das Entgelt von freien Dienstnehmern im Allgemeinen anzuwendenden Regeln. Die Gewinnbeteiligung wird in § 78 AktG als ein möglicher, jedoch keinesfalls zwingender, vorgesehener Bestandteil der Vorstandsbezüge angeführt, dh, dass die Vereinbarung von anderen Beteiligungsformen für Vorstandsmitglieder am wirtschaftlichen Unternehmenserfolg keinesfalls unzulässig ist.¹³⁶ Der Unterschied zu den Aktienoptionen (stock options)¹³⁷, die an die Wertsteigerung der Aktien des Unternehmens gekoppelt sind, besteht darin, dass sich die Gewinnbeteiligung am erwirtschafteten Betrag des Unternehmens selbst orientiert.¹³⁸ Die fakultative Gewinnbeteiligungsregelung nach § 77 AktG ist dem Grunde und der Höhe nach im Vorstandsvertrag vorzunehmen. Zur Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung muss jedoch der Aufsichtsrat dem Vorstand diese Bezugsmöglichkeit in Verbindung mit weiteren Bezugsarten vorschlagen.¹³⁹

Bis zum Inkrafttreten des RLG 1990¹⁴⁰ wurde der Jahresgewinn als Grundlage der Berechnung für Gewinnbeteiligungen herangezogen und Vorstandsmitglieder konnten nur bei einem distributionsfähigen Reingewinn partizipieren. Mit Einführung des RLG 1990 wurde der Begriff „Jahresgewinn“ durch die Bezeichnung „Jahresüberschuss“ ersetzt, womit der Jahresüberschuss seither eine konstante Größe in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 231 Abs 2 Z 22 bzw Abs 3 UGB bildet.¹⁴¹ Es kann dennoch davon ausgegangen werden, dass der sich durch Bildung und Auflösung von Rücklagen ergebende Bilanzgewinn zur Berechnung der anteilmäßigen Gewinnbeteiligung herangezogen werden darf.¹⁴² In der Praxis ist anerkannt, dass verschiedene Formen der Erfolgsbeteiligung zulässig sind, die auf Kriterien Bezug nehmen, die eine Auswirkung auf den Jahresüberschuss erzeugen.¹⁴³ Werden Tantiemen vor allem wegen ihrer steuernden Wirkung gewährt, so ist eine Abweichung vom

¹³⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 77 bis 84 Rz 152.

¹³⁷ Siehe dazu Punkt 5.2.5.

¹³⁸ Thüsing in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 50.

¹³⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 77 bis 84 Rz 152.

¹⁴⁰ RLG 1990 BGBl 1990/475.

¹⁴¹ Grünwald, Änderungen im AktG durch das RLG, *ecolex* 1992, 413; Steiner, Das neue Rechnungslegungsgesetz im Überblick, *ecolex* 1990, 681. Der Anhang als zwingender Bestandteil des Jahresabschlusses ist in die Bemessungsgrundlage miteinzubeziehen, woraus folgt, dass ein Vorstand die Tantieme auch dann erhalten kann, wenn den Aktionären keine Dividende ausbezahlt wird.

¹⁴² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 77 bis 84 Rz 152.

¹⁴³ ZB Cash-Flow-bezogene Kennzahlen, Return on Investment (ROI), die positive Änderung des Economic Value Added (EVA) oder der Abbau von negativen Erfolgsbeiträgen; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 77 Rz 3. Auch dividendenbezogene oder auf Kursziele („phantom shares“) abstellende Vereinbarungen sind zulässig. Siehe dazu OGH 9 ObA 77-78/94, wbl 1994, 372.

Jahresgewinn durch andere Parameter zulässig.¹⁴⁴ Als unzulässig werden Erfolgskomponenten angesehen, die sich aus der Auflösung von Kapitalrücklagen oder Gewinnrücklagen aus rein konzerninternen Transaktionen ergeben sowie nur rein vom Umsatz abhängige Erfolgsbeteiligungen sind.¹⁴⁵ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass garantierte Tantiemen, deren Bezahlung ohne Rücksicht auf den Gewinn zu erfolgen hat, sowie vom Umsatz abhängige Vergütungen keine Gewinnbeteiligungen im Sinne des § 77 AktG sind.¹⁴⁶

5.2.3.3 Dividendenabhängige Tantiemen

Diese Form der Tantiemen ist grundsätzlich vom wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens abhängig, denn ihre Höhe errechnet sich aus dem Umfang der ausgeschütteten Dividenden an die Aktionäre.¹⁴⁷ Die Dividententantiemen können zwei differenzierte Ausgestaltungsformen annehmen und sind nicht wie die Gewinnbeteiligung nach § 77 AktG nur von einer Bezugsgröße abhängig. Erstens ist es möglich, dass sie sich prozentual nach der Summe der ausgeschütteten Dividende richten, wobei die Anknüpfung an einen gewinnbezogenen Betrag erfolgt, und zweitens besteht die Möglichkeit, eine Abhängigkeit des Tantiemenbetrags vom Prozentsatz der ausgeschütteten Dividende, die am Gesamtgewinn der Gesellschaft gemessen wird, zu erzeugen.¹⁴⁸ Die Dividententantiemen orientieren sich am Umfang der Ausschüttung an die Aktionäre, weshalb es im Interesse der Aktionäre und Vorstandsmitglieder liegt, die gesetzten Ziele zu erreichen. Die dividendenabhängigen Tantiemen billigen somit den Managern einen bestimmten von der Dividende abhängigen Anspruch zu, wobei im Allgemeinen keine Bezugnahme auf den Börsenkurs erfolgt, weder bei gewinn- noch bei dividendenabhängigen Tantiemen, wodurch die Tantiemengewährung durch die Unternehmensleitung flexibel wird.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Thüsing, ZGR 2003, 501.

¹⁴⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 77-84 Rz 152.

¹⁴⁶ Hüffer, AktG⁹ § 86 Rz 2.

¹⁴⁷ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004,16f; Somit haben der Vorstand und die Aktionäre ein gemeinsames Ziel vor Augen, nämlich die Maximierung der Dividende. Dies entspricht dem oben bereits erläuterten Anreizsystem.

¹⁴⁸ Heins, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen einer Aktiengesellschaft, 75.

¹⁴⁹ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004,168; zur Unterscheidung von der Zieltantieme Spindler in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 40.

5.2.3.4 Ermessenstantiemen

Die Ermessenstantiemen sind eine häufig vorkommende Variante der variablen Vorstandsvergütung, die keinen konkreten Zahlungsanspruch für den Vorstand vorsieht, jedoch einen Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung durch den Aufsichtsrat gewährt.¹⁵⁰ Wie bereits erwähnt, ist der Aufsichtsrat befähigt, die Höhe der Tantiemen in seinem Ermessensspielraum unter Berücksichtigung seiner Pflichterfüllung und ohne Willkür festzusetzen.¹⁵¹ Bei dieser Vergütungsform hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, während oder auch nach Verstreichen eines Geschäftsjahres, alle positiven sowie negativen Handlungen eines Vorstandmitgliedes zu resümieren und in weiterer Folge als Grundlage für seine Beurteilung der Tantiemenhöhe heranzuziehen. Der wesentliche Vorteil, den die Ermessenstantiemen mit sich bringen, kann in ihrer flexiblen Erfolgsbeurteilung gesehen werden.¹⁵² Nachteilig im Vergleich zu anderen Tantiemen sind die erschwerte Berechnungsform, die Gefahr der Verleitung des Aufsichtsrates zum „Patron“ und die damit einhergehende Option, die Vorstandsmitglieder stärker seinen Wunschvorstellungen anpassen zu wollen. Einen weiteren Nachteil stellt die (fehlende) Anreizwirkung dar, da nur vergangenheitsbezogen, nicht aber zukunftsorientiert bzw nach vorher bekannten Regelungen entlohnt wird.¹⁵³

5.2.3.5 Börsenkursbezogene Tantiemen

Eine weitere Tantiemenvariante sind börsenkursbezogene Tantiemen, die es in zwei unterschiedlichen Gestaltungsformen gibt. Die erste Ausprägung stellen die „stock appreciation rights“ (SARs/Wertsteigerungsrechte)¹⁵⁴ dar, während die sogenannten „phantom

¹⁵⁰ Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rz 401; zur uneingeschränkten Zulässigkeit dieser Vergütungsform siehe OLG Düsseldorf NZG 1999, 595 mit Anm. Fonk NZG 1999, 1110.

¹⁵¹ Wollburg, Unternehmensinteresse bei Vergütungsentscheidungen, ZIP 2004, 652.

¹⁵² Fonk in Semmler, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder (1999) Rz 122; zust Hoffmann-Becking, ZHR 2005, 161 begründet die Rechtfertigung dieser Vergütungsform mit dem Argument, dass im Zeitpunkt des Entscheidens alle für eine möglichst gerechte Beurteilung der individuellen Leistung des Vertragspartners notwendigen Tatsachen vorliegen. Es gibt kein anderes System, das eine so flexible, nuancierte Leistungsbeurteilung wie die Ermessenstantieme ermöglicht.

¹⁵³ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 167; Hoffmann-Becking, NZG 1999, 799.

¹⁵⁴ Wird auch als Daimler Chrysler Modell der „virtuellen Aktie“ bezeichnet, siehe Geßler in Geßler/Käpplinger (Hrsg.), AktG⁶⁵ § 87 Rz 2a.

stocks“ die zweite Variante bilden.¹⁵⁵ Bei diesen Tantiemenformen können weder durch Aktienwerb noch durch Kapitalmaßnahme Anteile am Unternehmen erworben werden und daher genügt eine vertragliche Regelung im Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes, um sie zu vereinbaren.¹⁵⁶ Durch die Vereinbarung von SARs als Bonuszahlungen im Rahmen des Arbeitsvertrages verpflichtet sich das Unternehmen bei vordefinierter Unternehmenswert- oder Börsenkurssteigerung, die Differenz zwischen dem Wert der Anteile und dem Ausübungspreis zu einem vereinbarten Zeitpunkt bar an die Vorstandsmitglieder auszuzahlen. Bei SARs handelt es sich somit um virtuelle Optionen, die nicht auf eine Aktienlieferung sondern auf einen Barausgleich (cash settlement) abzielen.¹⁵⁷ Gleiches gilt im Falle der phantom stocks, wobei zur Bemessung des Tantiemenbetrages nicht nur die Kursentwicklung, sondern auch die Dividendenausschüttung und die sich ergebenden Bezugswertrechte herangezogen werden und die Vorstandsmitglieder damit so gestellt werden, als besäßen sie die entsprechende Aktienmenge.¹⁵⁸ Bei phantom stocks handelt es sich daher um virtuelle Aktien, für die im Regelfall eine unterhalb des Börsenkurses liegende Zahlung zu leisten ist und bei deren Laufzeitende der aktuelle Aktienkurs auszuzahlen ist. Die beiden Instrumente unterscheiden sich dadurch, dass bei den phantom stocks der Rechtsinhaber sowohl die positive als auch die negative Aktienkursentwicklung mitträgt sowie eine Vergütung der Dividenden erfolgt. Für beide Gestaltungsformen gilt jedoch, dass es zu einer Vergütung aus der Gesellschaftskasse und nicht zu einer Steigerung der umlaufenden Titel kommt.¹⁵⁹

SARs finden weniger Anklang in den angelsächsischen Ländern als in Deutschland und Österreich, wobei der ausschlaggebende Grund dafür die differenzierten steuerlichen Behandlungsvorschriften für SARs im Verhältnis zu stock options sind.¹⁶⁰ Ebenfalls zu erwähnen sind die „restricted shares“, eine Form der Bartantiemen, die ihren

¹⁵⁵ Knell in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 44; Darunter sind schuldrechtliche Konstruktionen zu verstehen, die ein Forderungsrecht auf vergleichbare wirtschaftliche Vorteile gewähren, die nicht in Aktien, sondern in Geld bestehen.

¹⁵⁶ Dehn/Wolf/Zehetner, Aktienoptionsrecht, 46. Dazu bedarf es auch keiner Mitwirkung der Hauptversammlung der AG.

¹⁵⁷ Haunold/Havranek in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 25; Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 27, führt aus, dass im Ausübungsfall der Begünstigte nicht über einen Übertragungsanspruch von Kapitalanteilen verfügt, sondern es vielmehr zur Auszahlung der Differenz zwischen dem im Aktienoptionsplan fixierten Basiskurs und dem aktuellen Aktienkurs kommt.

¹⁵⁸ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 168; Hoffmann-Becking, ZHR 2005, 164; Obwohl in der Literatur teilweise eine Gleichstellung der beiden Vergütungsformen vorgenommen wird, sind neben der Kursentwicklung bei den phantom stocks auch die anfallenden Bezugswertrechte – „nur als Auslöser und Maßstab für die Höhe der zugesagten Bartantieme“ – als Bemessungsgrößen heranzuziehen.

¹⁵⁹ Spindler in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 59.

¹⁶⁰ Weber in Achleitner/Wollmert, Stock-Options (2001), 31.

Verwendungszweck im verbilligten Kauf von Gesellschaftsaktien mit einer bestimmten Haltefrist haben.¹⁶¹

5.2.4 Nebenleistungen (Fringe Benefits)

Einen Teil der Gesamtvergütung stellen auch nicht primär monetäre Leistungen, die sogenannten fringe benefits, dar.¹⁶² Zu diesen zählen unter anderem der Abschluss einer Unfallversicherung für das Vorstandsmitglied durch die Gesellschaft, Bereitstellung eines Dienstwagens (auch seine private Nutzung ist möglich), Ersatz von getätigten Aufwendungen für Dienstreisen, Bereitstellung einer Dienstwohnung etc.¹⁶³ Den betragsmäßig wohl größten Anteil von fringe benefits stellt jedoch die betriebliche Altersvorsorge, die Fürsorge bzw Unternehmenspension dar. Die in der Praxis ebenfalls oft anzutreffenden Sachbezüge sind Dienstwagen, Notebooks und Mobiltelefone.¹⁶⁴

Diese Naturalbezüge werden üblicherweise in Dienstverträgen gewährt und es sind im Rahmen dieses Vertrages nähere Bestimmungen über ihre Ausgestaltung zu treffen.¹⁶⁵ Das Entgelt von Führungskräften setzt sich aus Geldbezug und Sach- bzw Naturalbezügen zusammen.¹⁶⁶ Fringe benefits sind als Naturalbezüge zu den Gesamtbezügen des Vorstandes zu zählen und unterliegen daher auch den Angemessenheitskriterien des § 78 AktG.¹⁶⁷ Sie machen also einen nicht unbeträchtlichen Teil der Gesamtbezüge des Vorstandsmitgliedes aus.¹⁶⁸

¹⁶¹ Hoffmann-Becking, ZHR 2005, 164.

¹⁶² Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 438ff.

¹⁶³ Pichler/ Weninger, Aktienrecht in der Managerpraxis (2002), 73; Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 5.

¹⁶⁴ Gröhs in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 49; Die daneben in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Sachbezüge stellen Dienstwagen, Notebooks und Mobiltelefone dar.

¹⁶⁵ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 67. Eine Klärung der durch die Gewährung dieser Nebenleistungen auftretenden Fragen, wann zB die Entziehung einer Dienstwohnung möglich ist und ob es weiterhin ein Wohnrecht der Angehörigen nach dem Tode des Managers gibt, ist – sofern diesbezüglich arbeitsvertragliche Regelungen getroffen wurden – anhand des Dienstvertrages vorzunehmen.

¹⁶⁶ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 67; Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 5f.

¹⁶⁷ Eiselberg/Haberer, RWZ 2004, 65; Spindler in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 9.

¹⁶⁸ So auch Nowotny in Straube, HGB online § 239 HGB Rz 30, Im Anhang des Jahresabschlusses sind sie mit ihren steuerlichen Sachbezugswerten anzusetzen.

5.2.4.1 Dienstwagen und Dienstwohnung

Aufgrund seiner besonderen praktischen Bedeutung sei an dieser Stelle etwas ausführlicher auf die fringe benefit-Dienstwagen und -Dienstwohnung eingegangen. Das Dienstauto gilt seit jeher als das beliebteste und am häufigsten gewährte fringe benefit. 85% der Manager an der Spitze der Managementhierarchie erhalten einen Dienstwagen.¹⁶⁹ Welches Auto zur Verfügung gestellt wird, wie weit der preisliche Rahmen reicht, welche Komfortausstattung genommen wird und wer genau es benutzen darf, alle diese regelungsbedürftigen Fragen treten bei der Überlassung von Dienstwägen auf,¹⁷⁰ weshalb es von großem Interesse für beide Parteien ist, diese Fragen in Managerverträgen sehr genau zu regeln.¹⁷¹ Ohne eine detaillierte Erläuterung der eben aufgeworfenen Fragestellungen vorzunehmen, lässt sich festhalten, dass die damit verbundenen Rechte und Pflichten im Einzelfall vertraglich genauestens zu regeln sind.¹⁷²

Der Dienstvertrag bildet auch die Vertragsgrundlage für die Dienstwohnung, die als Natural- oder Werkswohnung bezeichnet werden kann,¹⁷³ wobei diese nur sehr selten vorzufinden ist.¹⁷⁴ Von einer Dienstwohnung spricht man auch dann, wenn einem Dienstnehmer, der bis zur Pensionierung für den Dienstgeber arbeitet, ein lebenslangliches Benützungsrecht zugestanden wird, dh es ist keine entsprechende Entgeltzahlung für die Qualifikation als Dienstwohnung erforderlich.¹⁷⁵

¹⁶⁹ WdF-Einkommensstudie 2008, 32. Der durchschnittliche Neupreis liegt bei 53.300 Euro.

¹⁷⁰ Mutter in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierter AG, 770 Rz 39. Vor allem bei größeren Aktiengesellschaften finden sich auch noch zusätzlich vertragliche Regelungen über die Abstellung von Fahrern für das Vorstandsmitglied.

¹⁷¹ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 67. Man findet häufig genaue Regelungen, durch die ein „der Position entsprechender“ (Mittelklasse-)Wagen bereitgestellt wird, während eine zusätzliche Vereinbarung die berufliche bzw private Nutzung des Fahrzeuges sowie die Frage, ob auch anderen Personen (Familienangehörigen) ein Nutzungsrecht zukommt, regelt.

¹⁷² Knell in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation 49; Auch stellt sich die Frage, ob für inländische Dienstreisen andere Verkehrsmittel zur Benützung offenstehen. Bei Wegnahme des Dienstwagens bei gleichzeitiger Dienstfreistellung bedarf es einer eigenen derartigen Regelung, da sonst die Gesellschaft die Fortzahlung des auf die private Nutzung entfallenden Gehaltsbestandteils bis zur ordnungsmäßigen Beendigung schuldet.

¹⁷³ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 70f; Die im Dienstvertrag getroffene Vereinbarung über die Benützung einer Dienstwohnung verhindert, dass es zur Anwendung des Mietrechtsgesetzes kommt.

¹⁷⁴ WdF-Einkommensstudie 2008, 34. In der ersten Führungsebene kommen nur 6% der Manager in den Genuss einer Firmenwohnung.

¹⁷⁵ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 70f.

5.2.4.2 Ruhegeld und Hinterbliebenenbezüge-BPG und PKG

Vorstandsmitglieder haben in der Regel vertragliche Ansprüche auf Betriebspensionen.¹⁷⁶ Die Regelung der Pensionszusagen kann im Dienstvertrag selbst oder in einer separaten Pensionsvereinbarung geschlossen werden.¹⁷⁷ In Österreich bilden das 1990 geschaffene Betriebspensionengesetz (BPG)¹⁷⁸ und das Pensionskassengesetz (PKG)¹⁷⁹ den gesetzlichen Rahmen für die betriebliche Altersvorsorge. Es ist zwischen direkten Leistungszusagen, Zusagen von Leistungen einer Pensionskasse und Zusagen von Leistungen einer Versicherungsunternehmung zu differenzieren. Eine Leistungszusage an ein Vorstandsmitglied fällt gem § 1 Abs 2 BPG nur dann unter das BPG, wenn sich der Arbeitgeber für eine direkte Leistung an eine Pensionskasse zum Vorteil des Managers verpflichtet hat.¹⁸⁰ Vom Arbeitgeber selbst erbrachte Versorgungsleistungen sowie Zusagen von Leistungen einer Versicherungsunternehmung fallen nicht in den Anwendungsbereich des BPG.¹⁸¹ Somit besteht ein weitreichender Gestaltungsfreiraum für Pensionsregelungen, der nur durch die Rechtsprechung, insbesondere bei Verfallklauseln (Konkurrenzklause), eingeschränkt wird.¹⁸²

Das Gebot der Angemessenheit nach § 78 AktG gilt auch hier sinngemäß, dh, dass die Gewährung von Ruhegeld, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art nicht den Rahmen der Angemessenheit übersteigen darf.¹⁸³ Als maßgeblicher Zeitpunkt gilt der Abschluss der anspruchsbegründenden Vereinbarung und nicht der Eintritt der Leistungsvoraussetzungen, wie zB Ausscheiden aus dem Unternehmen oder der Tod.¹⁸⁴ Außer Zweifel steht bei vertraglichen Zusagen von Hinterbliebenenversorgungen daher, dass der Anspruch bzw die Anwartschaft regelmäßig dem begünstigten Vorstandsmitglied zustehen und dem dafür vorgesehenen Hinterbliebenen der Anspruch erst mit dem

¹⁷⁶ Grattenthaler, Die Vergütung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesellschaften (2007), 294f.

¹⁷⁷ Hoffmann-Becking, ZHR 2005, 167. Die Versorgungszusagen machen somit einen großen Teil des Gesamtpaketes der Vorstandsbezüge aus; Knell in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 46; Der Kienbaum Vergütungsstudie 2002/2003 zufolge besaßen 95% aller deutschen Führungskräfte eine Zusage auf betriebliche Altersversorgung und der Großteil, ca 90%, erhielten die Ruhegeldleistung direkt.

¹⁷⁸ BGBl. Nr. 282/1990, Bundesgesetz vom 17. Mai 1990, mit dem betriebliche Leistungszusagen gesichert (Betriebspensionengesetz - BPG), das Arbeitsverfassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz geändert werden.

¹⁷⁹ BGBl. Nr. 281/1990 Bundesgesetz vom 17. Mai 1990 über die Errichtung, Verwaltung und Beaufsichtigung von Pensionskassen (Pensionskassengesetz - PKG).

¹⁸⁰ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 34.

¹⁸¹ Pichler/ Weninger, Aktienrecht in der Managerpraxis, 72.

¹⁸² Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 110f darauf verweisend Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 6ff Fn 21.

¹⁸³ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 5ff..

¹⁸⁴ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 7.

Bedingungseintritt (Tod des aktiven oder pensionierten Vorstandsmitgliedes) zuteil wird.¹⁸⁵ Es kommt damit zu einer Erfassung aller Versorgungsleistungen, die an ehemalige Manager sowie nach ihrem Ableben an deren Verwandte, ausbezahlt werden. Möglich ist die Auszahlung einer einmaligen Kapitalabfindung oder eines laufenden Ruhegehalts. Im Normalfall wandelt sich das Anstellungsverhältnis in ein Ruheverhältnis, während dessen Dauer Renten bzw Pensionen ausbezahlt werden. Die Höhe der Ruhegehälter bemisst sich auf durchschnittlich 60% des aktiven Grundgehalts.¹⁸⁶ Außer Pensionszusagen gibt es noch die Möglichkeit, dem Vorstandsmitglied bei unverschuldetem Ausscheiden ein Übergangsgeld in selber Höhe wie die vereinbarten Ruhegeldleistungen zukommen zu lassen.¹⁸⁷ Die Bezüge von Vorstandsmitgliedern und ehemaligen Mitgliedern des Vorstandes sowie ihrer Hinterbliebenen sind gem § 239 Abs 1 UGB im Anhang zur Bilanz und zur Gewinn- und Verlustrechnung im Einzelnen anzuführen.¹⁸⁸

5.2.4.3 D&O-Versicherungen

Die D&O-Versicherung¹⁸⁹ hat ihren Ursprung in England, bei Lloyd's of London, weshalb das D&O-Versicherungsmodell im angloamerikanischen Haftungs- und Versicherungsrecht die ersten großen Erfolge erzielte.¹⁹⁰ Bei D&O-Versicherungen handelt es sich um Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen von Organmitgliedern juristischer Personen, im Rahmen derer auch häufig eine Mitversicherung von leitenden Angestellten stattfindet.¹⁹¹ Die D&O-Versicherung verhindert somit Vermögensschäden, die durch eine

¹⁸⁵ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG5 § 77-84 Rz 144.

¹⁸⁶ Spindler in *Münchener Komm AktG*³ § 87 Rz 19.

¹⁸⁷ Lutter, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates Rz 426; für den diese sogenannten „dritten Pensionsfälle“ unter Einhaltung der Angemessenheitsschranke des § 78 AktG vertretbar sind. Zustimmend Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 11, der ein „Übergangsgeld“ bei einer zum Vorteil der Gesellschaft vorgenommenen geräuschlosen Trennung als vertretbar ansieht.

¹⁸⁸ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG5 § 77-84 Rz 145; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 7.

¹⁸⁹ D&O steht als Abkürzung für Directors and Officers (Liability Insurance); in der juristischen Fachsprache werden die Begriffe mit „Organmitglieder“ übersetzt.

¹⁹⁰ Griehser, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006, 134. Zurückzuführen ist dies insbesondere auf Besonderheiten des US-Rechtssystems, das eine Begünstigung von Schadenersatzklagen bei Managerpflichtverletzungen vorsieht.

¹⁹¹ Sieg in *Terbille*, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht (2008), § 17 Rz 1; Laut Dreher, D&O Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 2001 296, stellt sie einen Unterfall der Haftpflichtversicherung dar.

Pflichtverletzung der Führungskraft bei Ausübung der Versicherungstätigkeit auftreten¹⁹², nicht jedoch Sach- oder Personenschäden sowie daraus abgeleitete Vermögensschäden.¹⁹³ Im Regelfall handelt es sich bei der D&O um eine Versicherung für fremde Rechnung gemäß §§ 74 ff VersVG, (sog Fremdversicherung), deren Abschluss von der AG/GmbH für ihre als versicherte Personen bezeichneten Organmitglieder (und leitenden Angestellten) vorgenommen wird. Im Normalfall wird eine Gruppenversicherung für alle (auch ehemaligen und künftigen) Organmitglieder sowie leitende Angestellte abgeschlossen.¹⁹⁴ Wer die Kompetenz zum Abschluss einer D&O-Versicherung für Vorstandsmitglieder besitzt und ob D&O-Versicherungsprämien unter den Vergütungsbegriff zu subsumieren sind und sie daher unter die in § 78 AktG aufgezählten „Versicherungsentgelte“ und deren Angemessenheitsschranke fallen, ist strittig.¹⁹⁵

Der Gesetzeswortlaut von § 78 AktG bzw § 87 dAktG erwähnt auch ausdrücklich die Versicherungsentgelte, sodass die Annahme naheliegt, auch D&O-Versicherungen seien miteinbezogen.¹⁹⁶ Die ältere Ansicht¹⁹⁷ sowie der OGH¹⁹⁸ haben sich ebenfalls für eine Einbeziehung unter den Vergütungsbegriff ausgesprochen. Der neueren Ansicht zufolge ist

¹⁹² Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch (2009), § 28 Rz 1054f; Eine Deckung dieser Schäden erfolgt über die Betriebshaftpflichtversicherung, die Umwelthaftpflichtversicherung und die Produkthaftpflichtversicherung.

¹⁹³ Wollny, Die Directors' and Officers' Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung), Vorbild für eine Aufsichtsratschaftpflichtversicherung in Deutschland (1993), 405. Durch diese Versicherung finden sowohl interne Ansprüche als auch externe Klagen, etwa Schadenersatzklagen Dritter, Deckung. Zur Festlegung des Versicherungsfalles iSd claims made Prinzips bzw der Anspruchserhebungstheorie siehe Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 150. Der Anspruchserhebungstheorie zufolge ist es irrelevant, wann die Verursachung des Schadens erfolgt ist bzw wann es zum Schadenseintritt kam, da nur solche Haftpflichtansprüche Deckung finden, die während des Laufs des Versicherungsvertrages begangen und zur Geltendmachung gegen den Aufsichtsrat verwendet werden können.

¹⁹⁴ Gruber/Wax, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig, wbl 2010, 169. Die Gesellschaft tritt als Vertragspartner bzw Versicherungsnehmer des Versicherers (VR) und Prämienschuldners auf. Als Versicherter gilt jedoch das jeweilige Organmitglied (bzw der leitende Angestellte).

¹⁹⁵ Spindler in Münchener Komm AktG⁴ § 87 Rz 12; Dreher, D&O Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 2001, 295. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 5f; Schüppen/Sanna, D&O Versicherung: Gute und schlechte Nachricht! ZIP 2002, 552; Notthoff, Rechtliche Fragestellung bei Abschluss einer Director's & Officer's Versicherung, NJW 2003, 1354; demnach soll § 87 AktG lediglich Versicherungen erfassen, die eindeutig im Privatbereich angesiedelt seien – wofür letztlich aber auch die Kriterien fehlen.

¹⁹⁶ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 5.

¹⁹⁷ Grieser, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006, 133, 136, bezeichnet dies sogar als "unstrittig"; ablehnend Gruber/Wax, wbl 2010, 172. Dreher, ZHR 2001 310; dem zustimmend OLG München DB 2005, 1677. Dreher sieht in der D&O-Versicherung ein „konstitutives Element zur Sicherung unternehmenssicherer Handlungsfreiheit“.

¹⁹⁸ OGH 30.06.1999, 9 Ob A 68/99m; Es ging dabei darum, den Abschluss einer Rechtsschutzversicherung (samt Übernahme der entsprechenden Prämienzahlungen durch die Gesellschaft) zugunsten eines Organmitglieds einer Kapitalgesellschaft nicht als Ersatz angemessener Auslagen (Aufwand gem. § 1014 ABGB), sondern als Entgeltleistung zu deuten. Kritisch dazu Gruber/Wax, D&O Versicherung, wbl 2010, 174; demnach der OGH ausdrücklich von der in seinem [dem Vorstandsmitglied] privaten Interesse abgeschlossene(n) Rechtsschutzversicherung spricht, welche mit der D&O-Versicherung der AG als Versicherungsnehmerin für ihre Vorstandsmitglieder (als Versicherte) nicht vergleichbar ist.

die Prämienzahlung jedoch nicht unter den Vergütungsbegriff zu subsumieren, da das viel stärker vorhandene Eigeninteresse der Gesellschaft gegenüber der nur minimalen Besserstellung des Vorstandsmitgliedes auf den fehlenden Entgeltcharakter schließen lässt.¹⁹⁹ Diese Ansicht überzeugt mE insbesondere dann, wenn die Gesellschaft nicht nur Versicherungsnehmerin, sondern auch selbst versichert ist, da hier die Versicherung im Haftungsfall Regressansprüche gegenüber dem Vorstandsmitglied geltend machen kann. Das Vergütungselement fehlt vor allem auch dann, wenn Schadensfälle, die durch das Vorstandsmitglied verursacht wurden, für den gesamten Konzern in einer Polizza versichert sind. Eine Vergütung gemäß § 78 AktG liegt jedoch dann vor, wenn das Vorstandsmitglied selbst versichert ist und die Prämie unter Berücksichtigung eines Selbstbehaltes von der Gesellschaft übernommen wird.²⁰⁰ Die Prämienübernahmevereinbarung für das Vorstandsmitglied obliegt dem Aufsichtsrat und wird im Dienstvertrag vorgenommen.²⁰¹

5.2.5 Aktienoptionen

5.2.5.1 Aktienoptionspläne (stock options)

Die aus den USA kommenden stock options²⁰² bzw Aktienoptionspläne, ein Modell der variablen und erfolgsorientierten Entlohnungsform, haben sich zu einem fixen Bestandteil der österreichischen und deutschen Vergütungsmodelle entwickelt.²⁰³ Der zentrale Gedanke hinter dieser Rechtskonstruktion ist die verhaltenssteuernde Wirkung von Aktienoptionen für am Unternehmenserfolg partizipierende Vorstandsmitglieder.²⁰⁴ Der Gesetzgeber kam dem Wunsch, derartige Lohnmodelle auch im eigenen Land zu ermöglichen, durch das im Jahr

¹⁹⁹ Gruber/Wax, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig, wbl 2010, 174; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR 2008 Rz 3/453.

²⁰⁰ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 5ff; Spindler in Münchener Komm AktG⁴ § 87 Rz 15, zufolge handelt es sich um einen Ausgleich für den sonst eingreifenden Risikozuschlag und keinesfalls um eine Fürsorgeaufwendung falls Organmitglieder nur individuell erfasst werden. Gibt es jedoch eine Pauschalierung für D&O-Versicherungen, wie bei der Gruppenversicherung, so findet eine Entkoppelung statt und die D&O-Versicherung hat Fürsorgecharakter.

²⁰¹ Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, § 12 Rz 127 ff.

²⁰² Kau/Leverenz, Mitarbeiterbeteiligung und leistungsgerechte Vergütung durch Aktienoptionspläne, BB 1998, 2269f; Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 9f; Die stock options haben ihren Ursprung Anfang der 50er-Jahre in jungen amerikanischen Unternehmen mit Liquiditätsengpässen, um qualifizierten Facharbeitern einen Anreiz zu bieten und um sie damit anzuwerben.

²⁰³ Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 9.

²⁰⁴ Achleitner/Wichels in Achleitner/Wollmert, Stock-Options, 6. Die entsprechenden Anreizinstrumente sollen Führungskräfte und Arbeitnehmer dazu animieren, mit einer angemessenen sorgfaltsmäßigen Risikobereitschaft im Aktionärsinteresse zu handeln, um eine Unternehmens- bzw Kurswertsteigerung der Aktien zu erreichen.

2001 verabschiedete Aktienoptionsgesetz (AOG) nach, nachdem es zu Beginn ausschließlich ausländischen Muttergesellschaften vorbehalten war, im Inland beschäftigten Arbeitnehmern Optionsrechte auf eigene Aktien in Form von stock option-Plänen zu gewähren. Der österreichische Gesetzgeber hat somit seine gesellschaftlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen adaptiert, um die Gewährung von stock options im Zuge des Aktienoptionsgesetzes (AOG) auch für inländische Gesellschaften zu ermöglichen. Trotz einiger vorgenommener Neuerungen verzichtete der Gesetzgeber darauf, inhaltliche Regelungen für die Handhabung von stock option-Plänen aufzustellen.²⁰⁵ Das Ziel der Aktienoptionen als Entlohnungsbestandteil ist es, die Leistung von Vorstandsmitgliedern am Unternehmenserfolg zu messen sowie zusätzliche Anreize für den Shareholder Value zu bilden.²⁰⁶ Aktienoptionen seien der Schlüssel zum Erfolg, um das vorherrschende Prinzipal Agent Problem in der Aktiengesellschaft zu überwinden, glaubte man, weil Vorstandsmitglieder bei Aktienoptionen selbst zu Aktionären werden und am Unternehmenserfolg partizipieren.²⁰⁷ Dieser Lösungsansatz erwies sich im Laufe der Zeit als „unrichtig“, da ein Aktienoptionsprogramm bei „falscher“ Ausgestaltung eher zum Problem als zur Lösung mutiert.²⁰⁸

5.2.5.2 Ausgestaltung von Aktienoptionsprogrammen

Die Zulässigkeit von Aktienoptionen (stock options) für Führungskräfte ist allgemein anerkannt.²⁰⁹ Aktienoptionen sind auch zum Bestandteil der variablen Vergütung von Führungskräften (stock options) zu zählen, wenngleich sie nicht explizit in § 78 AktG genannt werden.²¹⁰ Es steht außer Zweifel, dass die Generalklausel des § 78 AktG auch auf die Gewährung von Aktienoptionen anzuwenden ist.²¹¹ Der Aufsichtsrat hat gemäß § 95 Abs 5 Z

²⁰⁵ Gröhs in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 59; Unter anderem wurden folgende Maßnahmen getroffen: Beibehaltung der Organkompetenzen in Entgeltangelegenheiten, Trennung der Einräumung von stock options und Beschaffung der Aktien, Verwendbarkeit von neuen und bestehenden Aktien, Markt- und Anlegerschutz durch Steigerung von Transparenz und Offenlegung von Berichten.

²⁰⁶ Spindler in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 44.

²⁰⁷ Dehn/Wolf/Zehentner, Aktienoptionsrecht, 39; Durch die sich für Angestellte bietende Möglichkeit, sich am wirtschaftlichen Erfolg zu beteiligen, kommt es zu einer Verringerung der Interessengegensätze zwischen Arbeitgeber und Dienstnehmern. In weiterer Folge verstärkt dieses Anreizinstrument die Bindung des Mitarbeiters an das Unternehmen, da ein aufrechtes Beschäftigungsverhältnis die Grundlage für die Ausübung der Option ist.

²⁰⁸ Haberer/Kraus, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 18f.

²⁰⁹ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 6.

²¹⁰ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 168.

²¹¹ Hoffmann-Becking, NZG 1999, 798; ebenso Baums, Aktienoptionen für Vorstandsmitglieder (1996), 20; Adams, ZIP 2002, 1338; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 4f.

10 die Aufgabe, die Einräumung von Aktienoptionen an Arbeitnehmer und leitende Angestellte der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens sowie an Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von verbundenen Unternehmen durch die Geschäftsführung zu überwachen. Die Beschlussfassung bedarf seiner (zwingenden) Zustimmung.²¹² Der Aufsichtsrat hat die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung vorzunehmen und er hat dafür Sorge zu tragen, dass die im Zuge der Vorstandsvergütung gewährten Aktienoptionen die Grenzen des § 78 AktG nicht überschreiten. Hilfe dafür bietet die Regel 28 des C-ÖCGK, die das Ziel hat, missbräuchlichen Gestaltungsvereinbarungen entgegenzuwirken. Alle stock option-Programme für Vorstandsmitglieder haben sich somit an vorher festgelegten, messbaren, langfristigen und nachhaltigen Kriterien zu orientieren. Eine nachträgliche Änderung der Kriterien ist ausgeschlossen, da der Kodex unter einer nachhaltigen Unternehmensführung eine Wartefrist von mindestens drei Jahren versteht.²¹³ Im Rahmen eines Aktienoptionsplans werden gesellschaftsintern die allgemeinen Ausübungs- und Gewährungsgrundsätze von Aktienoptionen festgelegt. Als Parameter für die Ausgestaltung der Aktienoption sind der Begünstigtenkreis, das Bezugsverhältnis, der Bezugspreis (Basispreis) und ihre Laufzeit heranzuziehen.²¹⁴ Der Aktienoptionsvertrag bildet die vertragliche Basis, dem Berechtigten Optionsrechte zuzusichern, dh wird die Option ausgeübt, so hat die Gesellschaft die Aktien in diesem Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen.²¹⁵ Wenn Aktienoptionen ausgegeben werden, dann hat der Begünstigte im Regelfall das Recht, diese Aktien zu einem späteren Zeitpunkt zu einem bestimmten Preis (Ausübungs- oder Basispreis, strike price), der bei Optionsausgabe festgelegt wurde, zu erwerben.²¹⁶ Dieser Ausübungspreis ist im Normalfall mit dem Durchschnitt der Schlusskurse am Handelstag der Optionsgewährung gleichzusetzen.²¹⁷ Die Gewinnchance des Begünstigten liegt somit, ausgehend vom Preis der Option, im Unterschiedsbetrag zwischen dem Ausübungspreis und dem aktuellen Kurswert der Aktie, wenn die Option ausgeübt wird.²¹⁸ Der Aktienoptionsplan stellt damit eine wichtige Komponente des variablen Entlohnungssystems eines

²¹² Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 72f.

²¹³ Regel 28-C ÖCGK. Zum Corporate Governance im Allgemeinen siehe Fn 602.

²¹⁴ Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 29ff; In der Praxis werden diese als aufschiebende oder auflösende Bedingung, als Befristung oder vertragliches Verbot zu qualifizierenden Nebenbestimmungen des Dienstvertrages formuliert oder ein selbständiger Aktienoptionsvertrag geschlossen.

²¹⁵ Dehn/Wolf/Zehentner, Aktienoptionsrecht, 41.

²¹⁶ Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 9; Jabornegg in Achatz/Jabornegg/Resch, Mitarbeiterbeteiligung – Aktienoptionen (2002), 8.

²¹⁷ Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 74.

²¹⁸ Kalss, Aktienoptionen auf neuer gesellschaftsrechtlicher Grundlage, 4; Büchele, Corporate Governance in Österreich und Deutschland, 151. Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 9. Die Intention hierfür liegt in der Teilnahmemöglichkeit des Begünstigten an der Wertentwicklung des Unternehmens.

Unternehmens dar.²¹⁹ Der Aktienoptionsplan und alle mit seiner Durchführung verbundenen Rechtshandlungen zusammen stellen das Aktienoptionsprogramm dar.²²⁰

Die beiden gängigen Formen von Aktienoptionsprogrammen sind das „Compensatory Stock Option Program“ und das „Non-Compensatory Stock Option Program“. Unter der ersten Variante versteht man eine erfolgsabhängige Entlohnung für das Management, gekoppelt an die Entwicklung des Börsenkurses, während die zweite Form die Erhöhung der Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand zum Ziel hat und somit außerhalb einer Erfolgsvergütung steht.²²¹ Das optimale Aktienoptionsprogramm²²² sollte die Interessen aller Beteiligten in sich vereinen, weshalb es hinsichtlich des Interessenausgleichs daher von enormer Bedeutung ist, auch die Vergütung in Form von Optionen einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen.²²³ Aktienoptionen sind mE somit klar zu den Vorstandsbezügen im Sinne des § 78 AktG zu zählen. Am Ende dieses Kapitels sei noch auf die Anerkennungsprämie einzugehen, die eine Sonderfrage bzw ein Sonderproblem der Vorstandsvergütung darstellt.

5.2.6 Anerkennungsprämie

Eine Anerkennungsprämie darf nicht mit einer Abfindung (Abfertigung) verwechselt werden, da sie in der Regel eine im Nachhinein gezahlte zusätzliche Vergütung darstellt, die ein Unternehmen an eine Person aus unterschiedlichsten Gründen leisten kann.²²⁴ Die Zahlung einer Anerkennungsprämie erfolgt in erster Linie aufgrund einer besonderen Leistung einer Person, die sehr oft im Zusammenhang mit der Unternehmenswertsteigerung steht (zB der hervorragend abgewickelte Unternehmensverkauf).²²⁵ Besondere Bedeutung kommt ihr aber auch im Bereich von Fusionen und Übernahmen von Betrieben zu, da hier Anerkennungsprämien regelmäßig an die Entscheidungsträger der zu übernehmenden

²¹⁹ Achleitner/Wichels in Achleitner/Wollmert, Stock-Options, 2; Spindler in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 44.

²²⁰ Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 168.

²²¹ Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 26.

²²² Büchele, Corporate Governance in Österreich und Deutschland, 190; derselbe gibt auch einen Überblick über die Anforderungen an ein optimales Aktienoptionsprogramm in tabellarischer Form. Seiner Ansicht nach sollte ein ideales Aktienoptionsprogramm eine Fusion der Interessen von Share- und Stakeholder darstellen.

²²³ So auch Spindler in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 44. Das Interesse der Aktionäre liegt somit in der Steigerung der Rendite, jener des Unternehmens in einer geringen Finanzierungsbelastung und der des Managements in einer Partizipation am Unternehmenserfolg.

²²⁴ Zur Abfertigung von scheidenden Vorstandsmitgliedern siehe Kapitel 12.

²²⁵ Vgl statt vieler Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, § 12 Rz 122ff.

Zielgesellschaft gezahlt werden, um die Übernahme oder Fusion voranzutreiben. Die Frage der Zulässigkeit nachträglicher im ursprünglichen Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds nicht vorgesehener Anerkennungsprämien wird in der Literatur jedoch heftig diskutiert und unterschiedlich ausgelegt.²²⁶ Befürworter argumentieren vor allem mit der Zulässigkeit der späteren Anerkennungsprämie, auch wenn ihre Regelung im Dienstvertrag des Vorstandes fehlt, da derartige Zahlungen eine Anreizwirkung für die Vorstandsmitglieder darstellen.²²⁷ *Spindler* etwa ist der Meinung, dass bei einem Verbleib im Unternehmen des Vorstandsmitglieds auch eine Änderung des Anstellungsvertrages möglich und eine Einmalzahlung als gerechtfertigt anzusehen sei, wenn es das Unternehmenswohl und -interesse zulassen. Ebenso können bereits erbrachte Leistungen als Änderungsgrund im Anstellungsvertrag zulässig sein, wenn man damit das Vorstandsmitglied auch zukünftig an sich binden möchte.²²⁸ Appreciation Awards werden jedoch von einer Minderheit in der Literatur als eine vornherein unzulässige Korrektur der Vergütungsentscheidung im Anstellungsvertrag angesehen.²²⁹ *Martens* beispielsweise misst derartigen Abreden keine Wirksamkeit zu, da sie nur eine Doppelvergütung für ein und dieselbe Tätigkeit darstellen. Man erkenne darin die Vorspiegelung einzelner Vergütungen, die jedoch in Realität eine verdeckte Erhöhung der tatsächlichen Vergütung darstellen. Es sei daher auf die Frage der Angemessenheit gar nicht näher einzugehen, da eine derartige Prämienvereinbarung von vornherein unwirksam sei.²³⁰

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland und den USA über die rechtliche Zulässigkeit von Abfindungszahlungen an ein ausscheidendes Unternehmensmitglied ist ebenfalls uneinheitlich. Dies wird insbesondere bei den beiden ergangenen Entscheidungen

²²⁶ Vgl. dazu die unterschiedlichen Ansichten in der deutschen Literatur stellvertretend für viele *Spindler* in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 68 mwN; sowie österreichischen Literatur *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, § 12 Rz 122ff; *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515ff.

²²⁷ *Hüffer*, AktG⁹ § 87 Rz 4. Für *Hüffer* sind die Aufgaben eines Vorstandsmitgliedes nicht nur als zukünftige Leistungen anzusehen, sondern auch als Leistungen, deren Honorierung als Gegenstand einer Vertragsänderung nachträgliche Vergütungen zulässt.

²²⁸ *Spindler* in Münchener Komm AktG³ § 87 Rz 68; zust. *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, § 12 Rz 122ff; *Fleischer*, DStR 2005, 1320; zust. *Baums*, Anerkennungsprämie für Vorstandsmitglieder, in *FS Huber* (2006), 669; dem zufolge jeder langfristige Vertrag als „unvollständig“ anzusehen ist und sich dadurch durchaus Anpassungsbedarf ergeben kann. Abl. LG Düsseldorf ZIP 2004, 2044ff, das Vergütungen für bereits erbrachte, vergangene Leistungen aufgrund des zukunftsgerichteten Elementes des § 87 Abs 1 AktG für nicht zulässig hielt; ebenso *Brauer* NZG 2004, 507f hält eine Neufestsetzung der Vergütung nur für die Zukunft für möglich.

²²⁹ *Martens*, Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand, ZHR 2005, 142f; Er sieht die Anerkennungsprämie als Entgelt an, das als Bezahlung für schon entgeltete Leistung zu zählen sei und daher eine Freigebigkeit darstelle, die keine Rechtfertigung erfährt.

²³⁰ *Martens*, ZHR 2005, 143; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 5ff; der Leistungen, die aufgrund fehlender rechtlicher Grundlage erbracht werden, als besonders „heikel“ einstuft und dabei insbesondere auf die Change of Control-Klausel verweist.

des Delaware Supreme Court im Fall Disney und des deutschen Bundesgerichtshofs im Fall Mannesmann²³¹ deutlich, wo bei vergleichbaren Sachverhalten²³² ganz unterschiedlich Entscheidungen getroffen wurden.²³³ Diese Entscheidungen spiegeln die in beiden Ländern in der Rechtsprechung und Rechtspolitik vorherrschende unterschiedliche gesellschaftliche Haltung gegenüber Managerabfindungen wider und sie zeigen insbesondere die elementaren Unterschiede des deutschen sowie des im Bundesstaat Delaware gültigen Aktien- bzw Gesellschaftsrechtes im Allgemeinen auf.²³⁴ Die Mannesmann Entscheidung wurde in der Literatur kritisch beäugt und die Kernkritik richtet sich vor allem darauf, dass „*sich der BGH mit der Schaffung der seltsamen Rechtsfigur der ‚kompensationslosen Anerkennungsprämie‘ in Wahrheit vor der Angemessenheitsprüfung drücken wollte.*“²³⁵ Festzuhalten ist, dass eine Anerkennungsprämie einen Vorstandsbezug gemäß § 78 AktG darstellt und daher der Angemessenheitsbestimmung unterliegt. Zweifelsohne ist *Schima* beizupflichten, dass eine Anerkennungsprämie regelmäßig im ursprünglichen Anstellungsvertrag nicht festgeschrieben bzw vereinbart sein wird, eine grundsätzliche Unzulässigkeit einer solchen Prämie kann daraus aber richtigerweise nicht geschlossen werden, zumal eine Vertragsänderung, so sie den gesetzlichen Vertragsschlussbestimmungen entspricht (Aufsichtsratsbeschluss und Vorstandszustimmung), jederzeit möglich ist. Diese Ansicht wird in Österreich zusätzlich dadurch bestärkt, dass § 78 AktG in anerkanntem Maße vom Aufsichtsrat, wenn er seine Vergütungsverantwortung ordnungsgemäß wahrnimmt, eine dynamische Betrachtungsweise erfordert.²³⁶

²³¹ BGH 21.12..2005, BB 2006, 323 ff=ZIP 2006, 72 ff; Im Fall Mannesmann erhielt der Vorstandsvorsitzende Esser nach erfolgreicher Übernahme des Unternehmens Mannesmann durch Vodafone 33 Mio Euro an Bonus und Abfindungszahlungen.

²³² *Thüsing*, iustum pretium, ZGR 2003, 459 mwN. Im Fall Disney verließ der Präsident der Walt Disney Company, Michael Ovitz, gegen eine Abfindungszahlung in Höhe von 130 Mio Dollar seinen Posten.

²³³ *Gervutz/Berger-Walliser*, Der Fall Mannesmann aus rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 2009, 38f; *Thüsing*, iustum pretium, ZGR 2003, 459 mwN. Im Falle Disney wurde die Aktionärsklage gegen die Gesellschaft abgewiesen und Ovitz durfte seine Abfindungszahlung behalten, da keine Pflichtverletzung der Verwaltungsorgane festgestellt werden konnte, während im Fall Mannesmann der Tatbestand der Untreue vom BGH als erfüllt angesehen wurde und die Angeklagten in einem nach Zurückweisung an das LG Düsseldorf mit der Staatsanwaltschaft geschlossenen Vergleich 5,8 Mio Euro zahlten, um die Einstellung des Verfahrens zu erwirken.

²³⁴ *Gervutz/Berger-Walliser*, Der Fall Mannesmann aus rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 2009, 46.

²³⁵ *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, § 12 Rz 124ff mwN; insbesondere *Schima* sieht in der Ignorierung des aktienrechtlichen Angemessenheitsgebotes ihren Kardinalfehler.

²³⁶ OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t; dazu *Reich-Rohrwig*, Ermessensspielraum für AR-Mitglieder bei „Golden Handshakes“ an Vorstandsmitglieder für deren vorzeitiges Ausscheiden, *ecolex* 2008, 926ff.

6 Angemessenheitskriterien

6.1 Einleitung

Wie bereits in Kapitel Vier erläutert wurde, stellt das österreichische Aktiengesetz keinen abschließenden Katalog von Angemessenheitskriterien zur Verfügung. Der wichtigste Anhaltspunkt findet sich in § 78 AktG, der bis vor Kurzem nur von der „*Lage der Gesellschaft*“ und den „*Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitgliedes*“ sprach.²³⁷ Diese beiden Parameter genügten in der Praxis jedoch nicht (mehr), um die Angemessenheit der Vergütung zu messen bzw Vergütungsexzesse zu verhindern, und der österreichische Gesetzgeber hat daher, unter Heranziehung österreichischer und deutscher Literatur und Judikatur, sowie mit Bezugnahme auf das VorstAG in Deutschland, im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012²³⁸ weitere Kriterien zur Angemessenheitsprüfung konkretisiert.²³⁹ Zusätzlich zu den beiden bereits bestehenden Kriterien, den Aufgaben des Vorstandsmitgliedes und der Lage der Gesellschaft sind nunmehr auch die Leistung des Vorstandsmitgliedes, die Üblichkeit der Vergütung sowie langfristige Anreize zur nachhaltigen Entwicklung als neue Beurteilungskriterien heranzuziehen. Anhand dieser fünf im Gesetz aufgelisteten Kriterien versucht der Gesetzgeber Grenzen und Konturen vorzugeben, um den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit in verfassungskonformer Auslegung zu bestimmen.²⁴⁰ Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass auch der nunmehr umfangreichere Kriterienkatalog des § 78 AktG ebenso keinen „abschließenden“ Charakter hat, da bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Vorstandsvergütung auch weiterhin auf die zusätzlich relevanten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.²⁴¹ Folgendes Kapitel muss daher stets unter der Prämisse, dass § 78 AktG den Schutz der Gesellschaft, ihrer Aktionäre sowie der Gläubiger vorsieht, gelesen werden. Dieses Resultat ergibt sich bereits aus der historischen Interpretation, schließlich führte der Gesetzgeber den § 78 AktG bereits im Jahre 1937 als

²³⁷ § 78 AktG idF BGBl. Nr. 98/1965 wurde zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012.

²³⁸ BGBl. I Nr. 35/2012.

²³⁹ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 271. Änderungen bezüglich der Regelung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen sowie deren Offenlegung wurden im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012 im AktG und UGB umgesetzt.

²⁴⁰ Lücke, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen – Der erste unbestimmbare unbestimmte Rechtsbegriff, NZG 2005, 694.

²⁴¹ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 2.

Reaktion auf missbräuchliche Bezugsregelungen in Vorstandsverträgen ein.²⁴² Die Heranziehung der neu eingefügten Angemessenheitskriterien hat daher unter Berücksichtigung dieser rechtshistorischen Überlegung stattzufinden. Im Folgenden wird eine detaillierte Untersuchung der gesetzlichen Angemessenheitskriterien vorgenommen.²⁴³ Um eine Interpretation derselben Kriterien vornehmen zu können, muss zunächst auf deren Begriffsinhalt näher eingegangen werden, wobei jeweils zwischen „personenbezogenen“ und „unternehmensbezogenen“ Faktoren unterschieden werden kann.

6.1.1 Kriterien vor Inkrafttreten des 2. Stabilitätsgesetzes 2012

6.1.1.1 Lage der Gesellschaft

Gemäß § 78 AktG hat der Aufsichtsrat dafür Sorge zu tragen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem adäquaten Verhältnis zur Lage der Gesellschaft stehen. Die Wichtigkeit dieses Erfordernisses wird in der Regel C 27 des ÖCGK noch einmal wiederholt.²⁴⁴ Entgegen einer älteren Lehrmeinung, die nur die Vermögenslage als Vergleichsmaßstab heranzog²⁴⁵, wird heute unter der Lage der Gesellschaft die wirtschaftliche Gesamtsituation der Gesellschaft sowie ihre zukünftige Entwicklung verstanden.²⁴⁶ Die zu erwartende zukünftige Entwicklung und das Vergleichsumfeld, dh die sich unter normalen Marktverhältnissen ergebende Performance im Vergleich zu Mitbewerbern, sind somit ebenfalls bei der Bewertung der Lage der Gesellschaft heranzuziehen. Aber nicht nur auf interne Faktoren ist Rücksicht zu nehmen, sondern auch externe Faktoren, wie Politik, Markt und Rechtslage, sind bei den Entscheidungskriterien miteinzubeziehen.²⁴⁷ Weitere Faktoren, die bei der Entgeltfestsetzung für Vorstände zu beachten sind, stellen die Beteiligungsstruktur,

²⁴² Siehe dazu Kapitel Zwei.

²⁴³ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 271. Diese gliedern sich in die beiden traditionellen Kriterien und die im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes eingeführten drei neuen Ergänzungskriterien.

²⁴⁴ Siehe Österreichischer Corporate Governance Kodex idF 2012.

²⁴⁵ Geßler, JW 1937, 497.

²⁴⁶ Haberer/Kraus, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 13f; Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht, DStR 2005, 1280.

²⁴⁷ Gröhs/ Havranek/Prändl, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzkrise, Aufsichtsrat aktuell, 1/2009, 9.

insbesondere die Konzernzugehörigkeit, Branche bzw das unterschiedliche Lohnniveau der einzelnen Länder dar.²⁴⁸

Unter der wirtschaftlichen Gesamtsituation der Gesellschaft wird vorrangig die Ertragslage verstanden, jedoch fließen auch die Vermögens- und Finanzlage in die Betrachtungsweise mit ein. Somit bilden die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zusammen die Lage der Gesellschaft.²⁴⁹ Die Anforderungen an ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage finden sich im dritten Buch des Unternehmensgesetzbuches. § 222 UGB fordert für den Jahresabschluss ein „möglichst getreues Bild“ der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage, das dadurch zum Ausdruck kommt, dass die gesetzlichen Vorschriften und Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) dieses Ziel relativieren. *„So ist die Vermögenslage so darzustellen, wie sie sich unter Berücksichtigung der Anschaffungs- und Herstellungskosten als Höchstwert und der Prämisse der Unternehmensfortführung ergibt.“*²⁵⁰ Die Darstellung der Vermögenslage spiegelt somit das Gebot der vollständigen Berücksichtigung der Vermögensgegenstände und Schulden sowie deren Bewertung unter Heranziehung der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften und GoB wider. Im Vordergrund steht demnach die Darstellung des Vermögens und der Schulden im bilanziellen Sinn.²⁵¹ Der in § 195 UGB nicht behandelte Einblick in die Finanzlage erfordert jedoch im Großen und Ganzen kein eigenes zusätzliches Rechenwerk.²⁵²

Bei der Darstellung der Ertragslage (in der betriebswirtschaftlichen Literatur wurde früher der Ausdruck „Erfolgslage“ vorgezogen) wird *„die Darstellung der Ursachen des Erfolges, der Struktur von Aufwand und Ertrag sowie die Trennung von ordentlichem und außerordentlichem Geschäftsergebnis durch eine entsprechend aufgegliederte Gewinn- und Verlustrechnung erfasst.“*²⁵³ Eine bestimmte Rangordnung bezüglich der Darstellung von Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gibt der Gesetzgeber nicht vor, sondern sein Hauptziel besteht darin, dass diese Begriffe zur Präzisierung der für das Bild der Lage der Gesellschaft

²⁴⁸ Brogyanyi, Die Prüfung der Angemessenheit von Vorstands- und Aufsichtsratsvergütungen, Vortrag am 6. Oktober beim 2. Wirtschaftsprüfer Symposium 2011.

²⁴⁹ Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht, DStR 2005, 1279.

²⁵⁰ Nowotny in Straube zu UGB II/RLG 3 § 222 Rz 28.

²⁵¹ Adler/Düring/Schmalz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen – Rechnungslegung nach internationalen Standards § 264 Rz 64, Fraberger/Petriz/Walter-Gruber in Hirschler § 195 Rz 29 ff.

²⁵² Baetge/Commandeur in Küting/Weber 5 § 264 Rz 26 ff; Claussen/Korth in KölnKommAktG 2 § 264 UGB Rz 31; Dies wird dadurch begründet, da *„die Information zur Finanzlage insbesondere durch die Unterteilung von Forderungen und Verbindlichkeiten nach Fristigkeiten (vgl. § 225 Abs 3 und 6, §§ 227, 237 Z 1 UGB) sowie die im Vergleich zur Rechtslage vor dem RLG aussagekräftiger gestaltete Gewinn- und Verlustrechnung vermittelt wird.“*

²⁵³ Nowotny in Straube zu UGB II/RLG 3 § 195 Rz 43.

erforderlichen Elemente verwendet werden.²⁵⁴ Das Kriterium der Ertragslage erinnert insbesondere an die Verantwortung des Aufsichtsrates, wenn dieser über fremdes Geld verfügt. Deshalb wird es wohl mehr Gewicht besitzen als die selbstverständliche Formulierung „*die eigene Leistungsfähigkeit nicht außer Acht zu lassen.*“²⁵⁵ Die Auslegung zum „Wohle des Unternehmens“ gründet sich zum einen auf die Sicherung des Bestandes und zum anderen auf die Sicherung des Gedeihens des Unternehmens, wobei unter „Gedeihen“ die Erzielung des bestmöglichen Betriebsergebnisses unter Rücksichtnahme auf die langfristige Unternehmensentwicklung verstanden wird.²⁵⁶ Im Regelfall wird jedoch eine schlechte Lage der Gesellschaft keine geringere Vergütung rechtfertigen. Vor allem in Sanierungsfällen kann es nämlich von großer Bedeutung sein, einen besonders qualifizierten Sanierungsmanager anzuwerben, um das Unternehmen zu retten bzw wieder in die schwarzen Zahlen zurückzuführen. Angesichts der besonderen Komplexität der Unternehmensführung in der Krise erscheint daher aus diesem Grund die Zubilligung hoher Bezüge durchaus als angemessen.²⁵⁷

6.1.1.2 Aufgaben des Vorstandsmitglieds

§ 78 AktG verlangt die Berücksichtigung von Aufgaben des konkreten Vorstandsmitglieds. Darunter sind spezifisch konkretisierte Tätigkeiten und Zuständigkeiten der jeweiligen Person in ihrer Funktion als Vorstandsmitglied gemeint. Von großer Relevanz ist daher, wie weit sich der Aufgabenbereich eines Vorstandsmitglieds im Vergleich zu seinen Kollegen erstreckt.²⁵⁸ Unabhängig vom jeweiligen Aufgabenbereich ist jedoch nicht nur die Art und der Umfang der Tätigkeit entscheidend, sondern auch das damit in Zusammenhang stehende Maß an Verantwortung. Innerhalb des Vorstands sind somit unterschiedliche Abstufungsformen der einzelnen Vorstandsmitglieder möglich. Unterschiedliche Tätigkeitsbereiche rechtfertigen demnach eine differenzierte Vergütung, da für jedes Ressort unterschiedliche Qualifikationen benötigt werden.²⁵⁹ Dadurch ergeben sich, je nach Bedeutung ihrer Ressorts, für die

²⁵⁴ Winkeljohann/Schellhorn in Beck Bil-Komm 7, § 264 Rz 38, mit Hinweis auf die allgemein bei externen Adressaten hoch eingeschätzte Information über die Ertragsfähigkeit; siehe dazu auch Reiner in MünchKomm HGB² § 264 Rz 68.

²⁵⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 78 Rz 142.

²⁵⁶ Toms/Karauscheck, Der Aufsichtsrat als (Vertrags-) Partner des Vorstandes, AR aktuell 2009, 15.

²⁵⁷ Körner, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG – Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2699, Spindler in Münchener Komm AktG³, § 87 Rz 33. Siehe dazu vor allem Kapitel 6.1.3. Fn 332.

²⁵⁸ Fleischer, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht, DStR 2005, 1279f.

²⁵⁹ Spindler in Münchener Komm AktG³, § 87 Rz 28.

Gesellschaft Vergütungsunterschiede, wobei die Rolle des Vorstandsvorsitzenden bei der Vergütung besonders entlohnt wird.²⁶⁰ Vor allem in Zeiten der Finanzkrise kommt der Relevanz und Wichtigkeit der spezifischen Vorstandstätigkeiten eine große Bedeutung zu. Insbesondere in Krisenzeiten ist der Markt der in Betracht kommenden Vorstandsmitglieder stark begrenzt, da hier ein Typenwechsel vom expandierenden Wachstumsmanager hin zu einem sanierungsfähigen krisenfesten Manager verlangt wird und nicht jeder Manager dieses hohe persönliche Risiko des persönlichen „Scheiterns“ eingeht.²⁶¹ Dafür werden wirkliche Unternehmer, charismatische Persönlichkeiten, die in der Öffentlichkeit *„für das von ihnen geführte Unternehmen stehen“*²⁶², benötigt. Dennoch darf man unter dem Begriff „Aufgaben“ keinesfalls die Leistungserbringung eines Vorstandsmitgliedes verstehen, denn es ist durchaus möglich, dass im Moment der Gehaltsvereinbarung diese noch nicht festgelegt ist. Vielmehr sind darunter die einzelnen Arten der Aufgaben anzusehen, die dem Vorstandsmitglied bei dessen Bestellungsverfahren zugeteilt werden. Somit versteht man die übertragenen Tätigkeiten und die damit verbundene Verantwortung unter den Aufgaben des Vorstandes.²⁶³

6.1.2 Gesetzliche Kriterien nach Inkrafttreten des 2. Stabilitätsgesetzes 2012

Gemäß § 78 AktG hat der Aufsichtsrat nun bei der Festsetzung der Vorstandsvergütungen zu beachten, dass diese in einem *„angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen.“*²⁶⁴ Die beiden traditionellen materiellen Kriterien, die Lage der Gesellschaft und die Aufgaben des Vorstandsmitgliedes wurden im Jahre 1937 erstmals gesetzlich eingeführt, während die drei weiteren Kriterien, Leistungen des Vorstandsmitgliedes, die übliche Vergütung und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung, erst kürzlich durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012 gesetzlich kodifiziert wurden.²⁶⁵

Der Gesetzgeber hat durch die Neufassung des § 78 AktG auf die noch immer andauernden Auswirkungen der Finanzkrise reagiert. Das Ziel dieser gesetzlichen Neuregelung war es, die

²⁶⁰ Fleischer, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht, DStR 2005, 1280f mwN.

²⁶¹ Schüller, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 117.

²⁶² Gröhs/Havranek/ Prändl, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzkrise, AR 1/2009, 10.

²⁶³ Spindler in Münchener Komm AktG³, § 87 Rz 28.

²⁶⁴ § 78 AktG .

²⁶⁵ BGBl I Nr. 35/2012.

Angemessenheitskriterien weiter zu konkretisieren und eine Weiterentwicklung „im Hinblick auf die Kriterien der Langfristigkeit der Anreize und der Nachhaltigkeit des Vorstandshandelns“ vorzunehmen sowie „falsche Anreize in der Vergütungsstruktur wie eine unangemessene kurzfristige Erfolgsorientierung oder eine zu hohe Risikofreudigkeit“²⁶⁶ gesetzlich zu verhindern. Diese korrigierend eingreifenden „neuen“ Kriterien sind jedoch nicht unbekannt, da sie alle bereits in der C 27-Regel des ÖGCK verankert sind. Dazuzuzählen ist auch das Kriterium der „Leistung des Vorstandsmitgliedes“, welches sich ebenfalls bereits in der C 27-Regel des ÖGCK wiederfindet. Eine Ausnahme bildet das ausdrücklich neu eingefügte Kriterium, die „übliche Vergütung“, da es als einziges noch nicht im ÖGCK aufschien.²⁶⁷

6.1.2.1 Leistung des Vorstandsmitgliedes

Die Leistungen des Vorstandsmitgliedes finden sich nunmehr seit dem 2. Stabilitätsgesetz explizit im Gesetzeswortlaut wieder, wobei sie schon bisher zur Angemessenheitsbewertung herangezogen worden sind²⁶⁸ und auch die Kommentierungen des § 78 AktG im Jahre 1937 auf „überragende Leistungen“ hinwiesen.²⁶⁹ Fraglich bleibt, ob zusätzlich zu der Leistung des einzelnen Vorstandsmitgliedes auch jene des Gesamtgremiums heranzuziehen sind. Der exakte Gesetzeswortlaut („des Vorstandsmitgliedes“) sowie die Tatsache, dass ein einzelnes Organmitglied die Gesamtvorstandsbesetzung nicht beeinflussen kann, lassen jedoch Gegenteiliges vermuten. Teamfähigkeit und Kooperationsbereitschaft innerhalb eines Kollegialorganes sind nichtsdestotrotz Parameter, die zur Angemessenheitsbeurteilung herangezogen werden können.²⁷⁰ Die persönlichen Leistungen eines Vorstandsmitgliedes sind insbesondere bei einer Vertragsverlängerung heranzuziehen, wie sich aus der Regierungsbegründung zum VorstAG entnehmen lässt.²⁷¹ Der Hintergrund dafür ist plausibel, da der Aufsichtsrat bei der erstmaligen Bemessung der Vorstandsgehälter keine adäquate

²⁶⁶ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 30.

²⁶⁷ Doralt/Nowotny/Kalss, Aktiengesetz² § 78 AktG, Rz 3a.

²⁶⁸ Hoffmann-Becking/Krieger, Leitfaden zur Anwendung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG Beilage 2009, 1. Hasenauer/Pracht, Revision des Österreichischen Corporate Governance Kodex, AR 2010, 14. Die C-Regel 27 des österreichischen Corporate Governance Kodex in der Fassung 2010 stellt bereits auf die persönliche Leistung des Vorstandsmitgliedes ab. Genauso wie im deutschen Corporate Governance Kodex gem. Punkt 4.2.2. sieht auch die österreichische Fassung vor, dass die persönliche Leistungsbeurteilung als Grundlage für die Vergütungsbemessung dienen soll.

²⁶⁹ Schlegelberger/Quassowski, AktG, 3. Auflage, § 78 Rz 5.

²⁷⁰ Fleischer in Spindler/Stilz, AktG § 87 Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder, Rz 11f.

²⁷¹ BT-Drucks 16/12278, 5.

Beurteilungsmöglichkeit besitzt, wie gut oder schlecht die zukünftig erbrachte Leistung des Vorstandes für das Unternehmen sein wird und er darauf angewiesen ist, sich mit seinen finanziellen Vergütungsvorstellungen an den künftig zu erfüllenden Aufgaben und den dafür notwendigen Leistungen seines Vorstandsmitgliedes zu orientieren.²⁷² Eine Leistungsbeurteilung bei der Erstbestellung ist daher eine Prognoseentscheidung, die trotz Auskunftseinholung bei ehemaligen Vorstandskollegen bzw. zusätzlich anderen Bemessungskriterien²⁷³ ein Unsicherheitsfaktor bleibt.²⁷⁴ Der Leistungsbezug findet sich vor allem bei der Ausgestaltung der (aktien)variablen Vergütung wieder, da er geeignet ist, Windfall-Profits zu verhindern.²⁷⁵ Die Einbeziehung der persönlichen Leistung im Aktienrecht stellt nun sicher, dass vor allem Gewinne, die nur auf bilanzielle Aufwertungen zurückzuführen sind und somit in keiner Weise im Zusammenhang mit der Leistung des Vorstandmitgliedes stehen, nicht in die Vergütungsbemessung miteinbezogen werden.²⁷⁶ Der Aufsichtsrat wird nun in Zukunft eine Leistungsbeurteilung der Vorstandstätigkeit vornehmen lassen müssen und diese ausreichend dokumentieren. Schriftliche Zielvereinbarungen, die einen Soll-Ist-Vergleich ermöglichen, werden wohl die geeignetste Methode sein, um die angemessene Vergütung zu bestimmen.²⁷⁷

Bisher ging die hM davon aus, dass das AktG den Aufsichtsrat in § 78 schon bisher anleitete, auch die persönliche Leistung und Tüchtigkeit des Vorstandsmitglieds bei seiner Beurteilung nicht zu vergessen. Darum spielten Fähigkeiten, Kenntnis, Ausbildung und Berufserfahrung eine wichtige Rolle, wenn es um den Marktwert eines Vorstandsmitgliedes ging. Ebenso waren das soziale Netzwerk und die Kontakte, die ein Spitzenmanager mit sich bringt, bei der Bewertung miteinzubeziehen.²⁷⁸ Einen weiteren Ansatzpunkt für Bankenmanager in Krisenzeiten hatte das Bundesministerium für Finanzen (BMF) vorgeschlagen²⁷⁹: Zu berücksichtigen seien entsprechend dieser Verordnung insbesondere jene Leistungen, die von der betreffenden Person zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens unter spezieller

²⁷² Hoffmann-Becking, Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 2005, 158.

²⁷³ Fleischer in Spindler/Stilz, AktG § 87 Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder, Rz 13f; Gewisse Vergleichsparameter bieten die bisher bei anderen Unternehmen oder in anderen Funktionen erbrachten Leistungen.

²⁷⁴ Vgl. statt vieler Haberer/Kraus, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 13f mwN.

²⁷⁵ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 272.

²⁷⁶ Schima, Vergütungen für den Vorstand: Regeln verschärft, Die Presse, Rechtspanorama vom 10.1.2010., der diese Meinung schon früher für den ÖCGK vertritt.

²⁷⁷ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 272.

²⁷⁸ Gröhs/Havranek/Prändl, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzkrise, AR 1/2009, 10.

²⁷⁹ Verordnung des BMF zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitätsgesetz und dem Interbankmarktstärkungsgesetz, BGBl 382/2008 vom 30.10.2008 (FinStaG-VO).

Bedachtnahme des Risikomanagements und der bisherigen Geschäftspolitik des Unternehmens erbracht worden sind. „Den Angestellten und wesentlichen Erfüllungsgehilfen dürfen keine unangemessenen Entgelte, Entgeltbestandteile und Prämien bezahlt sowie sonstige unangemessene Zuwendungen geleistet werden.“²⁸⁰ Andere Kriterien, die ohne Bezug zur Leistungsfähigkeit bzw den übernommenen Aufgaben sind, wie etwa Familienverhältnisse, konnten nur bedingt herangezogen werden.²⁸¹ Gar keine Berücksichtigung bei der Vergütungsentscheidung kam der Aktionärserschaft des Vorstandsmitgliedes zu, da die Heranziehung der Unternehmensbeteiligung als Vergütungsmaßstab jeglicher Grundlage entbehrte. Wenn das Vorstandsmitglied in der Vergangenheit außergewöhnliche Leistungen erbracht hatte, konnten auch zukünftig sehr hohe Vergütungen gerechtfertigt sein, selbst wenn die erbrachte Leistung nicht unter den Wortlaut der im Gesetz genannten „Aufgaben“ zu subsumieren war.²⁸²

6.1.2.2 Übliche Vergütung

Während früher die Vorstandsbezüge „angemessen“ sein mussten, spricht das Gesetz nunmehr von der „Üblichkeit“ der Vergütung. Dieses zweite Kriterium zur Bestimmung der Vorstandsvergütung war in Deutschland bereits durch das VorstAG 2009 gesetzlich verankert und wurde²⁸³ nun auch in Österreich im Gesetzeswortlaut explizit aufgenommen. Die Suche nach dem Begriff der „Üblichkeit“ war im österreichischen Aktiengesetz bis zur Neufassung des § 78 AktG vergebens, jedoch wurde in der Rechtsprechung sowie in der Literatur schon seit geraumer Zeit die Meinung vertreten, dass zur Ermittlung der angemessenen Vorstandsvergütung ein interner und externer Fremdvergleich, der die Üblichkeit widerspiegelt, heranzuziehen sind.²⁸⁴ Die Frage der Üblichkeit der Vorstandsvergütung hatte sich nach herrschendem Meinungsstand schon bisher, vor allem im Hinblick auf die

²⁸⁰ § 4 Abs 2 Z 1 FinStaG-VO.

²⁸¹ *Spindler* in Münchener Komm AktG³, § 87 Rz 29; anderer Ansicht ist *Thüsing*, der zumindest in Grenzen auf den Bedarf des Vorstandsmitgliedes abstellt.

²⁸² *Spindler* in Münchener Komm AktG³, § 87 Rz 30.

²⁸³ Siehe *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NZG 2009, 802. In einem Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen hatte es noch positiv formuliert geheißen, dass die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zur üblichen Vergütung stehen müssen, jedoch hat sich der deutsche Gesetzgeber, um einen „Aufschaukelungseffekt“ zu vermeiden, in seiner endgültigen Fassung dafür entschieden, dass die Gesamtbezüge des Vorstandsmitgliedes die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen dürfen.

²⁸⁴ *Gröhs* in *Schuster/Gröhs/Havranek*, Executive Compensation 87 ff; *Gröhs/Havranek/Prändl*, Aufsichtsrat aktuell 2009, 9, *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 14.

Vergütungshöhe des eigenen Top-Managements, am Unternehmen und branchenähnlicher Unternehmen sowie an dem früheren Verdienst des Vorstandsmitgliedes zu orientieren.²⁸⁵ Die Begriffsdefinition der Üblichkeit nimmt somit auf das Vergleichsumfeld Bezug, konkret gemeint sind damit die „die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit“ sowie „das Lohn und Gehaltsgefüge im Unternehmen.“²⁸⁶ Eine Hürde zur Bestimmung der Üblichkeit für die „Angemessenheit“ von Vorstandsbezügen stellt vor allem die Abgrenzung des relevanten Marktes sowie die Marktunvollkommenheit dieser Branche dar.²⁸⁷ Es kann belegt werden, dass der sich für die Vorstandsvergütung zu orientierende vergleichbare Arbeitsmarkt schwierig einzugrenzen ist, da er eine Marktunvollkommenheit aufweist, die bei anderen Spitzenverdiener (Sportlern, Popstars etc) nicht vorkommt. Ebenso kann sich die Bestimmung der üblichen Vorstandsvergütung durch die Tendenz der sukzessiven Gehaltssteigerung, sogenannter „ratcheting-up effect“²⁸⁸, an den höchstmöglichen Bezügen am Markt bemessen.²⁸⁹ Aus diesem Grunde kann die Marktüblichkeit der Vergütung, trotz der Formulierung als eigenständiges zusätzliches Kriterium zur Begrenzung der Vorstandsvergütung, nur ein Indiz für die Angemessenheit bilden, nie jedoch die konkrete Lösung.²⁹⁰

Das Leistungskriterium der Üblichkeit kann jedoch zweideutig ausgelegt werden. Den Gesetzesmaterialien zufolge handelt es sich hierbei einerseits um „die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit“, die sogenannte horizontale Vergleichbarkeit, andererseits wiederum um die Vertikalität, die sich am „Lohn und Gehaltsgefüge im Unternehmen“ orientiert.²⁹¹ Der deutsche Gesetzgeber wollte durch diese Vorschrift insbesondere sicherstellen, dass „die Vergütungsstaffelung im Unternehmen beim Vorstand nicht Maß und Bezug zu den Vergütungsgepflogenheiten und dem Vergütungssystem im Unternehmen im Übrigen“²⁹² nicht verliert. Inhaltlich geht es somit nicht um die Festsetzung fester Relationen, sondern vorwiegend darum, immense Vergütungsauswüchse hintanzuhalten.²⁹³ Daher hat sich die Üblichkeit grundsätzlich nach einem horizontalen sowie einem vertikalen Vergleich zu

²⁸⁵ Körner, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG – Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2004, 2699.

²⁸⁶ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 30.

²⁸⁷ Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil 1), 1282.

²⁸⁸ Bebchuk/Friend, pay without performance, 13.

²⁸⁹ Thüsing, iustum pretium, ZGR 2003, 471f

²⁹⁰ Passend dazu Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NZG 2009, 802.

²⁹¹ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 30. Für Deutschland BT-Drs 16/13433, 10.

²⁹² BT-Drs 16/13433, 15.

²⁹³ Lingemann, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1919.

richten.²⁹⁴ Die im Wege des Public Postings verschickte Entwurfsfassung des ÖCGK enthielt ebenso noch eine zusätzliche Bestimmung, die besagte, dass „*die Vergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen solle.*“²⁹⁵ Die Endfassung der letztlich im ÖCGK veröffentlichten Version enthält diese Bestimmung jedoch nicht mehr.²⁹⁶

Dieser Gedanke hat seine Wurzeln bereits viel früher, da schon *Schlegelberger/Quassowski* in ihrem Kommentar zum AktG 1937, geprägt von den damals vorherrschenden Ansichten, die Feststellung der Vorstandsvergütung wie folgt beschrieben: „*Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass die im nationalsozialistischen Staat bestehende Verbundenheit zwischen Unternehmer und Gefolgschaft zu einer Rücksichtnahme des Dienstverpflichteten auf das Gedeihen des Unternehmens führen muss. Dies gilt in erhöhtem Maße für Vorstandsmitglieder.*“²⁹⁷

Früher wurde die Angemessenheit der Vorstandsbezüge mittels eines Fremdvergleiches ausgelotet. Um die Prüfung der Angemessenheit der Vorstandsverträge abwickeln zu können, musste eine geeignete Methode zur Festsetzung der Vergütungen gefunden werden. Bei der Prüfung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen folgt aus der Natur des Rechtsgeschäftes, dass aus allen möglichen Verrechnungspreismethoden sich nur die (Preis-)Vergleichsmethode als geeignet erweist. Denn OECD Transfer Pricing Guidelines zufolge zählen sie zur direktesten und verlässlichsten Methode, um den Fremdvergleich zu ermitteln, wenn ähnliche Fremdgeschäfte existieren. „*Where it is possible to locate comparable uncontrolled transactions, the CUP (Comparable Uncontrolled Price) Method is the most direct and reliable way to apply the arm's length principle. Consequently, in such cases the CUP Method is preferable over all other methods.*“²⁹⁸

Grundsätzlich muss man bei der Fremdvergleichsmethode zwischen einem externen und internen Fremdvergleich differenzieren. Beim internen Fremdvergleich werden Preise (Vergütungen) herangezogen, die durch eine Vereinbarung der Gesellschaft mit unabhängigen Dritten erzielt werden. Beim externen Fremdvergleich hingegen wird der Preis zwischen zwei

²⁹⁴ *Haberer/ Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung , GES 2010, 14. Die Vertikalität wird auch als vertikalen Vergleich beschrieben.

²⁹⁵ Entwurf Kodex Revision 2010; Anpassung des österreichischen Corporate Governance Kodex Public Posting bis 29.10.2009.

²⁹⁶ *Haberer/ Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung , GES 2010, 14.

²⁹⁷ *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, 3. Auflage, § 78 Rz 1.

²⁹⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines Ziffer 2.7.

Fremden, dh der Marktpreis, verglichen.²⁹⁹ Der interne Fremdvergleich bezieht sich auf Entlohnungen, die mit unabhängigen Führungskräften³⁰⁰ des eigenen Unternehmens abgeschlossen worden sind. Kann man also auf ein bereits über einen längeren Zeitraum etabliertes System der Vorstandsvergütung zurückgreifen, so stellt es einen wertvollen Grundstein zur (internen) Berechnung der Vorstandsvergütung dar.³⁰¹ Der interne Fremdvergleich beinhaltet somit eine Gegenüberstellung der Vergütungen des betroffenen Vorstandsmitgliedes mit anderen Vorstandsmitgliedern innerhalb der gleichen Gesellschaft. Das Ziel dieser Maßnahme ist es, die Maß- und Bezugslosigkeit von Vorstandsvergütungen in den oberen Vorstandsetagen einzudämmen.³⁰² Größe, Wichtigkeit und Umfang des zu verwaltenden Ressorts müssen bei der Abwägung der Vergütung berücksichtigt werden. Das Vorstandsentsgelt kann als angemessen betrachtet werden, wenn die Vorstandsbezüge, unter Heranziehung von Zu- und Abschlägen, in angemessener Relation zueinander stehen. Dennoch kann der interne Fremdvergleich nur ein Hinweis für die Angemessenheit der Vergütung sein, da unternehmensintern zwar die Relation der Angemessenheit vorliegt, im Vergleich mit anderen Bezugsparametern am Markt aber ein Ungleichgewicht bestehen kann.³⁰³ Damit einhergehend taucht für den internen Vergleich die Frage auf, in welchem Ausmaß das Gehalt eines Vorstandsmitglieds den Lohn eines Managers auf mittlerer Führungsebene oder eines Fach-/Fließbandarbeiters übersteigen darf.³⁰⁴

In der neuen österreichischen Gesetzesregelung findet sich auch hierfür kein eindeutiges Kriterium, das besagt, in welchem Umfang ein angemessener Durchschnittslohn für Vorstandsmitglieder zu bestehen hat. Der interne Fremdvergleich hat den Nachteil, dass die Vorstandsvergütung innerhalb des Unternehmens angemessen, die Vergütung im Verhältnis zu anderen Parametern am Markt jedoch unangemessen sein kann, weshalb er nur ein Indiz für die Angemessenheit ist. Häufig führt diese Vergleichsmethode auch zu keinen konkreten Ergebnissen, weshalb man zur Erzielung von eindeutigen marktkonformen Ergebnissen auf einen externen Fremdvergleich zurückgreifen muss.³⁰⁵ Führen die beiden Vergleichsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen, so entspricht es der herrschenden

²⁹⁹ Gröhs in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation (2008), 87.

³⁰⁰ Dh Personen, wo kein durch Eigentümerstellung begründetes Naheverhältnis besteht.

³⁰¹ Gröhs/Havranek/ Prändl, Aufsichtsrat aktuell 2009, 9.

³⁰² BT-Drucks 16/13433, 10.

³⁰³ Gröhs in Schuster/Gröhs/Havranek, Executive Compensation, 88.

³⁰⁴ Lingemann, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1919; Hohenstatt, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, ZIP 2009, 1351; Den internen Vergleich ablehnend Annuß/Theusinger, Das VorstAG-Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2435; Als unjustiziabel ansehend Bauer/Arnold, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VostAG 2009, AG 2009, 720.

³⁰⁵ Gröhs/Havranek/ Prändl,, Aufsichtsrat aktuell 2009, 9.

Meinung in Deutschland³⁰⁶, dass der marktbezogene externe horizontale dem vertikalen Vergleich vorgeht. Aus diesem Grund darf diese Vorgangsweise nun allgemein wohl als Best Practice angesehen werden.³⁰⁷

Bei einem externen Fremdvergleich kommen wiederum zwei unterschiedliche Methoden zur Anwendung. Dies sind die direkte Methode, bei der sich deckende (gleichwertige) Vorstandsverträge als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, und die indirekte Methode. Da es bei der direkten Methode, die zwar die inhaltlich zuverlässigsten Aussagen liefert, schwierig ist, zur Durchführung geeignetes Vergleichsmaterial zu finden, wird bevorzugt auf die externe Methode zurückgegriffen. Sie basiert auf statistischen Werten, die aus Gehaltsstudien eruiert wurden, und hat den Vorteil, dass in ihrer großen Auswahl an Zahlenmaterial nicht nur Vorstandsvergütungen, sondern auch Mediane und Mittelwerte erfasst werden.³⁰⁸ Durch diese Methodik der Berechnung eröffnet sich ein Ermessensspielraum, innerhalb dessen der Aufsichtsrat seiner Verpflichtung zur Festsetzung der „angemessenen“ Vorstandsvergütung nachkommen kann.³⁰⁹ Ein „stay bonus“, der gezahlt wird, um den Abgang eines Vorstandsmitgliedes zu verhindern, ist ebenfalls zulässig und vom unternehmerischen Ermessensspielraum gedeckt.³¹⁰

Die neu gefassten § 78 AktG und § 87 dAktG verweisen vor allem auf den horizontalen Vergleich, der in den österreichischen sowie insbesondere in den deutschen Gesetzesmaterialien eine nähere Konkretisierung erfährt. Den beiden Gesetzesmaterialien zufolge wird dabei auf die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit abgestellt. Gemeint sind damit Unternehmen derselben Branche, ähnlicher Größe und Komplexität, wobei die Landesüblichkeit auf die Üblichkeit im Geltungsrahmen des Gesetzes, also innerhalb Deutschlands, abzielt. Mit dieser gesetzlichen Maßnahme wollte man bewirken, dass der von Vorstandsmitgliedern gerne herangezogene Vergleich zu den angloamerikanischen Vorstandsbezügen, die im Durchschnitt deutlich über den deutschen bzw österreichischen liegen, nicht mehr als Rechtfertigungsgrund angeführt wird. Dennoch bewirkt diese gesetzliche Regelung keine abschließende Lösung und es stellt sich die Frage, ob

³⁰⁶ *Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VostAG 2009, AG 2009, 720; *Dauner-Lieb*, Die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG als Herausforderung für den Aufsichtsrat – Methodische Probleme im Umgang mit Rechtsunsicherheit, *Der Konzern* 2009, 587.

³⁰⁷ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 9 mwN.

³⁰⁸ Siehe dazu die viel zitierte *Kriechbaum* Vergütungsstudie.

³⁰⁹ *Gröhs/Havranek/Prändl*, Aufsichtsrat aktuell 2009, 9.

³¹⁰ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 9 und 10; für den eine „stay bonus“-Zahlung bei Nichtzustimmung einer Wiederbestellung bzw zur Verhinderung einer Kündigung des Vorstandsmitgliedes zulässig ist. Ist ein Vorstandsmitglied zugleich auch Aktionär, dann ist die einem Drittvergleich nicht standhaltende Gestaltung der Vorstandsvergütung als Einlagenrückgewähr zu qualifizieren.

internationale und branchenübergreifende Maßstäbe nun nicht mehr gebraucht werden. Die Heranziehung internationaler Bezüge war strittig, jedoch unter Verweis auf ein konkretes Auslandsangebot des Vorstandsmitgliedes und der damit vorliegenden Konkurrenzsituation zu befürworten.³¹¹ Somit ist trotz der ausdrücklichen Verweisung auf die Landesüblichkeit im Einzelfall eine Heranziehung ausländischer Vorstandsbezüge für Aufsichtsratsmitglieder möglich. Diese Ansicht wird dadurch bestärkt, dass sich im Gesetzeswortlaut selbst der Inlandsbezug des Üblichkeitskriteriums nicht wiederfindet und in Deutschland das Überschreiten einer (landes-)üblichen Vergütung beim Vorliegen „besonderer Gründe“ im Sinne des § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG noch immer möglich ist.³¹²

6.1.2.3 Langfristige Anreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung

Bezüge auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten, war dem österreichischen Aktienrecht bisher fremd. Im Zuge des Stabilitätsgesetzes 2012 wurde nun ein neuer dritter Parameter eingefügt, der das Setzen von langfristigen Anreizen zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung insbesondere in Form von performanceabhängigen variablen Elementen ausdrücklich vorsieht.³¹³ Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, die Vergütungsstruktur des Unternehmens auf langfristige Anreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung auszurichten, dh Bonuszahlungen und Gratifikationen beispielsweise sollten nicht so festgelegt werden, dass die Begünstigten nur danach streben, die Erfüllungskriterien zu einem bestimmten Zeitpunkt (Stichtag) zu erreichen und eine darauffolgende Verschlechterung der Kriterien ohne Folge für ihre Vergütung bleibt.³¹⁴ Der Aufsichtsrat hat auch dafür Sorge zu tragen, dass erfolgsabhängige Vergütungen, die an Bilanzkriterien ausgerichtet sind, weder durch außerordentliche Gewinne noch durch volatile Buchgewinne aufgebläht werden können.³¹⁵ Der österreichische Gesetzgeber hat sich nunmehr dem deutschen Vorbild angeschlossen und in leicht abgeänderter Form die nachhaltige (Unternehmens-)Entwicklung kodifiziert.

³¹¹ *Lingemann*, Angemessenheit der Vorstandsvergütung, BB 2009, 1919.

³¹² *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 15. Auch im österreichischen Gesetzestext fehlt der Inlandsbezug des Üblichkeitskriteriums, weshalb mE eine Überschreitung bei Vorliegen „besonderer Gründe“ im Sinne des § 78 AktG nach wie vor möglich ist.

³¹³ § 78 AktG idF BGBl. I Nr. 35/2012.

³¹⁴ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 30.

³¹⁵ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 31.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Einführung des VorstAG mit dem Begriff der „Nachhaltigkeit“ (sustainability), der seine Wurzeln in der Forstwirtschaft hat, insbesondere einem in vielen Lehren unterschiedlich auslegbaren Wortbegriff bedient.³¹⁶ Thüsing/Forst bezeichnen die nachhaltige Unternehmensentwicklung als „*Neologismus des Aktienrechts*“.³¹⁷ Diese Formulierung bringt im aktienrechtlichen Zusammenhang den Willen des deutschen Gesetzgebers zum Vorschein, vor allem variable Vergütungskonzepte zu erschaffen, die den Weiterbestand des Unternehmens, seine Wachstumsstrategie sowie das langfristige Gesellschaftswohl absichern.³¹⁸ Das Ziel des deutschen Gesetzgebers war es, den sogenannten „Zeitpräferenzkonflikt beim Vorstandsmitglied“ zu entschärfen. Konkret gemeint ist damit, dass den Vorstandsmitgliedern, die (für sich) vorteilhafte kurzfristige Investitionen tätigen, aber die damit verbundenen nachteiligen langfristigen Konsequenzen für das Unternehmen nicht beachten, ein Riegel vorgeschoben wird.³¹⁹ Der deutsche Gesetzgeber wollte mit dem Kriterium der Nachhaltigkeit die Lehren aus der Finanzkrise ziehen und verhindern, dass Managergehälter nur den kurzfristigen, nicht jedoch den langfristigen Unternehmenserfolg im Auge haben, der sich später als für den Weiterbestand des Unternehmens als ruinös herausstellt. Kurz gesagt kein „selling the future“ durch unverantwortliches Handeln des Vorstandsmitgliedes.³²⁰ Diese Vorgabe findet sich bereits in der C 27-Regel des ÖCGK ausdrücklich wieder, wonach variable Vergütungsbestandteile nicht zum Eingehen unverantwortlicher Risiken führen dürfen.³²¹ Der Aufsichtsrat und der Vorstand waren in Österreich auch schon bisher an das Unternehmensinteresse gebunden, worunter verstanden wird, Vorstandsbezüge so zu gestalten, dass sie das Unternehmenswohl fördern und den langfristigen Weiterbestand des Unternehmens sichern.³²²

Im ÖCGK findet sich seit geraumer Zeit bereits die Vorschrift, dass variable Vergütungsbestandteile sich an „*nachhaltigen, langfristigen und mehrjährigen Leistungskriterien*“³²³ orientieren sollen. Der Österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance interpretiert für diese mehrjährigen Leistungskriterien einen Zeitrahmen von zumindest zwei Jahren, für langfristige Verhaltensanreize beträgt dieser Zeitrahmen daher

³¹⁶ Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NZG 2009, 803f.

³¹⁷ Thüsing/Forst, Nachhaltigkeit als Zielvorgabe für die Vorstandsvergütung, GWR 2010, 515f mwN.

³¹⁸ Haberer/Kraus, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 16.

³¹⁹ Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NZG 2009, 803f.

³²⁰ Thüsing/Forst, Nachhaltigkeit als Zielvorgabe für die Vorstandsvergütung, GWR 2010, 515f mwN.

³²¹ Haberer/Kraus, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 16.

³²² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 70 Rz 24.

³²³ Entwurf Kodex Revision 2010-Anpassung des österreichischen Corporate Governance Kodex Public Posting bis 29.10.2009.

zwischen drei und fünf Jahren.³²⁴ Die Kommissionsempfehlung von 2009 wird dabei als Bemessungsgrundlage herangezogen. Die Regel C 27 des ÖCGK enthält ebenso die Vorgabe, auch nicht-finanzielle Kriterien für die Bemessung heranzuziehen.³²⁵

6.1.3 Verhältnis der Angemessenheitskriterien

Die Regelung des § 78 AktG schränkt die zwischen Aufsichtsrat und Vorstand frei vereinbaren Vorstandsbezüge dahingehend ein, dass der Aufsichtsrat gezwungen ist, bei deren Bestimmung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einzuhalten.³²⁶ Der Verhältnisgrundsatz soll eine Bereicherung des Vorstandsmitgliedes auf Kosten der Gesellschaft bzw mittelbar der Gesellschafter und Aktionäre verhindern. Eine über das dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft entsprechende Maß hinausgehende Vorstandsvergütung ist daher unverhältnismäßig.³²⁷ Die Kriterien zur Bestimmung einer angemessenen Vergütung sind nun einerseits die Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds und andererseits die Lage der Gesellschaft, die Üblichkeit der Vergütung und das Setzen langfristiger Anreize zur nachhaltigen Entwicklung. Es stellt sich nun die Frage, in welcher Rangfolge diese Kriterien zueinander stehen. Es ist daher auf das Verhältnis der Vergütungskriterien näher einzugehen.

Unzweifelhaft stellen diese Kriterien keine taxative Aufzählung dar.³²⁸ Fraglich ist allerdings, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Geht man von einer beispielhaften Aufzählung aus, könnte der Anschein entstehen, dass die Festsetzung der Vergütung anhand einer dieser Kriterien ausreichend sei, das „und“ also nur rhetorisches Mittel zur Aufzählung sei. Diese Überlegung vermag jedoch nicht zu überzeugen, da einerseits eine Gesamtbetrachtung der Situation erforderlich ist, andererseits sich die einzelnen Faktoren gegenseitig bedingen. Somit steht fest, dass bei der Bemessung alle gesetzlich vorgegebenen Kriterien in einer Gesamtbeurteilung heranzuziehen sind.³²⁹ Aufgrund fehlender gegenteiliger Hinweise im Gesetzeswortlaut ist von der Gleichrangigkeit auszugehen und im Einzelfall eine Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller relevanten Umstände vorzunehmen. Die

³²⁴ Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Interpretation zu Regel C 27.

³²⁵ Schenz/Eberhartinger, Die Regelung der Managergehälter nach dem Österreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 210.

³²⁶ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 4.

³²⁷ Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 1.

³²⁸ Siehe dazu bereits Kapitel Fünf.

³²⁹ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 273ff, verweisend auf Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 4.

nunmehr im Gesetz angeführten Kriterien befinden sich daher in keinem Rangordnungsverhältnis zueinander und es obliegt vielmehr dem Aufsichtsrat, im Zuge einer Gesamtprüfung festzustellen, welche Vergütungsstruktur am besten für das Wohle des Unternehmens geeignet ist.³³⁰ Eine Aussage, hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Parameter, ist dadurch noch nicht getroffen. Befindet sich ein Unternehmen in einer guten wirtschaftlichen Lage und hat das einzelne Vorstandsmitglied allerdings nur wenig Verantwortung und keine herausragenden Qualifikationen vorzuweisen, stellt sich die Frage, woran die Angemessenheit festzusetzen ist, ob also eines der Kriterien vorrangig zu behandeln ist. Laut den EB in der Regierungsvorlage ist bei dem Kriterium der üblichen Vergütung auf das Vergleichsumfeld abzustellen, dh es kommt auf die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit sowie auf das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen an.³³¹ Der Literatur zufolge hat § 78 AktG keine allgemeine Gültigkeit, was insbesondere damit begründet wird, dass die Bezahlung eines „marktangemessenen Gehalts“ auch bei wirtschaftlich schlechter Lage gerechtfertigt sein kann.³³² Es ist auch unstrittig, dass der Aufsichtsrat auch ohne die Regelung des § 78 AktG dazu verpflichtet ist, auf ein angemessenes Verhältnis der Gesamtbezüge hinzuwirken.³³³

6.1.4 Zusammenfassung

§ 78 AktG wurde im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes in Anlehnung an das VorstAG überarbeitet bzw reformiert. Der österreichische Gesetzgeber hat drei neue Kriterien eingefügt und sich dadurch für eine moderate Form der Konkretisierung von Angemessenheitskriterien entschieden. Er verfolgt damit vor allem das Ziel, langfristige Verhaltensanreize für eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu setzen. Der Aufsichtsrat hat

³³⁰ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 4.

³³¹ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 30.

³³² Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 4; *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 13f; *Hüffer, AktG*⁹ § 87 Rz 2; *Schüller*, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 117. Die Bestimmung kann nämlich bei ihrer exakten Wortauslegung, insbesondere in Krisenzeiten, dem Gesellschaftsinteresse gegenüber widersprüchlich sein, da hier ein Top-Sanierungsmanager benötigt wird, um das Unternehmen zu retten, der jedoch keine Gehaltseinbußen in Kauf nehmen wird, um eine Gesellschaft in prekärer wirtschaftlicher Lage zu übernehmen und sich nicht gleichzeitig dem hohen persönlichen Risiko seines Scheiterns sowie der damit verbundenen Selbstentwertung auf dem Arbeitsmarkt aussetzen will.

³³³ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 427. Diese Berücksichtigungspflicht des Aufsichtsrates ergibt sich schon aus § 70 AktG, der auf das Unternehmenswohl abstellt. Zustimmend Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 78 AktG, Rz 4, der unter der Angemessenheit der Bezüge ua die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und die finanzielle Leistungsfähigkeit versteht.

Vergütungsentscheidungen, wie bereits in der Vergangenheit, auch zukünftig mit größtmöglicher Sorgfalt unter Miteinbeziehung der neuen Parameter zu treffen, jedoch können auch diese zusätzlichen Beurteilungskriterien keine abschließenden ziffernmäßigen Höchstgrenzen vorgeben.³³⁴ Der unternehmerische Ermessensspielraum des Aufsichtsrates bleibt auch weiterhin bestehen, da § 78 Abs 1 AktG nur Leitlinien vorgibt, in welchen sich der Aufsichtsrat zu bewegen hat.³³⁵ Die im Gesetz angeführten Kriterien stehen in einem gleichwertigen Verhältnis zueinander und sie sind als Gesamtpaket zur Beurteilung der Vorstandsvergütung heranzuziehen. Eine umfassende Würdigung aller beachtlichen Aspekte sowie das Zusammenspiel aller Kriterien ermöglichen es letztendlich, die Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Einzelfall zu beurteilen.³³⁶

³³⁴ *Thüsing*, iustum pretium, ZGR 2003, 487f.

³³⁵ *Griehser*, Business Judgement Rule und Entscheidungen des Aufsichtsrats, RdW 2009, 10f; Die unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrates ist die sogenannte „Business Judgement Rule“.

³³⁶ Siehe dazu bereits Punkt 6.1.3.

7 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 78 AktG

7.1 Allgemeines/Vorbemerkungen

Um eine fähige Unternehmerpersönlichkeit als Vorstandsmitglied engagieren zu können, muss die Aktiengesellschaft dem potentiellen Kandidaten entsprechende Gehälter anbieten. Es besteht somit bei jedem Vertragsabschluss die Gefahr, einem Vorstandsmitglied eine überhöhte Vergütung zu gewähren.³³⁷ Es geht somit um Vorstandsverträge, die § 78 AktG nicht standhalten und die entscheidende Frage ist, ob und inwieweit überhöhte Vergütungsvereinbarungen zwischen Vorstandsmitglied und Aufsichtsrat wirksam und daher für die Parteien bindend sind, und ob die für die Gesellschaft handelnden Personen schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden können. Das Ziel der in diesem Kapitel vorgenommenen Untersuchung ist es, die Rechtsfolgen unangemessener Vergütungszahlungen sowie den Meinungsstand in der österreichischen sowie deutschen Literatur und Rechtsprechung zu dieser Problematik zu behandeln.

7.2 Nichtigkeit des Anstellungsvertrag gemäß § 879 ABGB – bisherige

Lösungsansätze

Die herrschende Meinung in Österreich³³⁸ und Deutschland³³⁹ über die Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen deckt sich. Ein Verstoß gegen § 78 AktG (§ 87dAktG) führt nicht zur Nichtigkeit des Anstellungsvertrages, dh dass eine Vereinbarung, die nicht den Angemessenheitskriterien des § 78 AktG entspricht, weiterhin bestehen bleibt.

³³⁷ Da Vorstandsverträge in der Regel über einen Zeitraum von fünf Jahren abgeschlossen werden und somit zukunftsorientiert sind, kann eine anfänglich angemessene Vergütung durch eine unvorhergesehene (Markt)Entwicklung plötzlich nicht mehr „angemessen“ erscheinen.

³³⁸ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 78 Rz 142 ff.; *Krejci*, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991, 778.

³³⁹ *Kort*, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese, DStR 2007, 1127ff; *Spindler* in *Münchener Komm AktG*³, § 87 Rz 80; *Hüffer*, AktG⁹ § 87 Rz 5 f.

In der österreichischen Literatur³⁴⁰ bzw. Rechtsprechung³⁴¹ finden sich zu dieser Ansicht nur kurze Stellungnahmen, nähere Begründungen werden nicht geliefert. Der OGH hat in einem Fall von betrieblichen Pensionszusagen ausgeführt, dass es mit Ausnahme eines bewussten Zusammenwirkens der bei Vertragsabschluss handelnden Personen zum Nachteil der Gesellschaft keine Handhabe gegen eine in der Folge eintretende Belastung der Gesellschaft durch unangemessen hohe Pensionen gibt.³⁴² Strasser zufolge, der sich in seinen Ausführungen hinsichtlich der Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen auf die richtungsweisende Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 11.01.1989 bezieht, sei ein Vorstandsvertrag, der gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot verstößt, weder teilweise noch als gesamter nichtig, sofern es sich nicht um sittenwidrige Bezugsvereinbarungen handelt.³⁴³ Rechtsfolgen ergeben sich jedoch für jene AR-Mitglieder, die sorgfaltswidrig für den Abschluss eines solchen Vertrages gestimmt haben, da sie schadenersatzpflichtig werden können.³⁴⁴ Nach Krejci ist, wenn kein Zweifel an der Unangemessenheit der Bezüge besteht, davon auszugehen, dass die „*diesbezüglichen Vereinbarungen zwischen Vorstandsmitglied und AG, Kollusion, Knebelung udgl. ausgenommen*“³⁴⁵, wirksam seien. Dieser Auffassung folgt auch Graf, bringt dazu allerdings vor, dass der AR, der den durch § 78 AktG gesetzten Ermessensspielraum überschreite, pflichtwidrig handle und die Vereinbarung wegen des missbräuchlichen Umgangs mit der Vertretungsmacht nichtig sei.³⁴⁶ Haberer/Kraus vertreten die Ansicht, dass eine überhöhte Vorstandsvergütung nicht zur Nichtigkeit des Vorstandsvertrages führe, auch nicht was den überhöhten Anteil der Vereinbarung anbelangt. Die Nichtigkeit unverhältnismäßiger Vergütungsvereinbarungen sei somit „*nicht generell, sondern allenfalls dann anzunehmen, wenn sich ihre Sittenwidrigkeit aus zusätzlichen Umständen*“³⁴⁷ ergebe. Haberer/Kraus zufolge führen unangemessene Vorstandsvergütungen nur dann zur Nichtigkeit, wenn es sich um gänzlich sittenwidrige Vereinbarungen handelt. Ansonsten sei aus Gründen der Rechtssicherheit, welche durch den Grundsatz „pacta sunt

³⁴⁰ Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010,165; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, §§ 77 - 84 Rz 142; Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 519.

³⁴¹ OGH 11.1.1989, 9 ObA 513/88, DRdA 1989,417.

³⁴² OGH 11.1.1989, 9 ObA 513/88; Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515f.

³⁴³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, §§ 77 - 84 Rz 142.

³⁴⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, §§ 77 - 84 Rz 142; mit weiteren Nachweisen bei Eiselsberg/Haberer, RWZ 2004, 65; Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515f; Barnert, Literaturrundschau, Aufsichtsrat aktuell 2008, 29.

³⁴⁵ Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991,778.

³⁴⁶ Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 519.

³⁴⁷ Vgl. statt vieler Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010,165 mwN.

servanda“ zum Ausdruck kommt, der Fortbestand der Regelung anzunehmen.³⁴⁸ Der Vergütungsanspruch des Vorstandsmitgliedes soll sich nach dieser Auffassung somit auch auf den ungemessenen vertraglichen Leistungsteil beziehen. Der Anstellungsvertrag und die Vergütungsabrede bleiben demnach weiterhin wirksam. Sie sind nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 879 Abs 2 Z 1-4 sowie unter besonderen Umständen bei Verstoß gegen die guten Sitten nichtig. Für den Aufsichtsrat, der den Vorstandsvertrag abschließt, begründet § 78 AktG die Rechtspflicht, das Angemessenheitsgebot bei der Festsetzung der Vorstandsbezüge einzuhalten.³⁴⁹ Ihn trifft daher die Begründungspflicht für die Angemessenheit der Bezüge. Unstrittig ist, dass der Aufsichtsrat der Gesellschaft gegenüber gemäß §§ 84 iVm 99 AktG schadenersatzpflichtig wird, wenn er seine vorgegebene Pflicht schuldhaft verletzt.³⁵⁰

7.3 Nichtigkeit des Anstellungsvertrag gemäß § 879 ABGB – neue

Lösungsansätze

In jüngster Vergangenheit haben sich in Österreich und Deutschland vermehrt Zweifel an der herrschenden Ansicht gebildet, dass ein Verstoß gegen § 78 bzw 87 AktG die Wirksamkeit des Anstellungsvertrages inklusive der überhöhten Bezüge nicht verletze. Aus diesem Grund wurden andere Lösungsalternativen entwickelt. Sowohl das französische als auch das schweizerische Aktienrecht genehmigen die Rückerstattung überhöhter Verwaltungsbezüge und könnten somit als Vorbilder dienen.³⁵¹ Konkret werden die folgenden Lösungsansätze in der Literatur vorgeschlagen.

³⁴⁸ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010,165; Sie leiten diese Ansicht aus einer Zusammenschau der Entstehungsgeschichte des § 78 AktG iVm § 78 Abs 2 AktG aF und dem allgemeinen Postulat der Rechtssicherheit ab. Insbesondere seien durch die Gesetzesänderung 1990 die taxativen Nichtigkeitsgründe aufgehoben worden. Es spreche dies für die Wirksamkeit der unangemessenen Entgeltvereinbarungen, da die gesonderte Nichtigkeitssanktion ansonsten ins Leere gelaufen wäre. Dazu käme das Bedürfnis der Rechtssicherheit. *Haberer* verweist auch auf die Sonderbestimmungen des § 86 Abs 2 Satz 2 dAktG aF, die jenen des § 78 Abs 2 AktG aF entsprechen und sieht darin keinen Anhaltspunkt, um von einer Nichtigkeit der Vereinbarung auszugehen.

³⁴⁹ Dieses Gebot ergibt sich auch schon aus § 70 AktG, da der Aufsichtsrat zu einem am Unternehmenswohl orientierten Handeln nach dem Maßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet ist. (§§ 99, 84 AktG iVm 70 AktG).

³⁵⁰ Vgl statt vieler *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 516f mwN.

³⁵¹ *Fleischer*, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f mwN.

7.3.1 § 78 AktG als Verbotsgesetz gemäß § 879 ABGB

7.3.1.1 Gesetzeswidrigkeit gemäß § 879 ABGB

Die Generalnorm für unsachgerechte Verträge und somit die zentrale Norm der Inhaltskontrolle ist § 879 ABGB.³⁵² Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag nichtig, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Die Prüfung³⁵³ der Voraussetzungen des § 879 hat im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu erfolgen, weil Umstände, die sich nachträglich geändert haben, in der Regel keine Nichtigkeit begründen können. Im Normalfall kommt es auf die im Abschlusszeitpunkt geltenden Normen an, es kann jedoch auch eine zu einem späteren Zeitpunkt erlassene Verbotsnorm maßgeblich sein.³⁵⁴

So einfach die Generalklausel in § 879 Abs 1 formuliert ist, so große Schwierigkeiten bereitet es, sie im Einzelfall zu konkretisieren und anzuwenden. § 879 Abs 1 ABGB stellt einen durch Abs 2 und 3 nur bruchstückhaft verdeutlichten Grundsatz in Form einer Generalklausel auf. Unklar bleibt jedoch, welche gesetzlichen Verbote im Einzelnen gemeint sind und was man unter dem Begriff der „guten Sitten“ versteht. Viele Sondertatbestände leisten bei ihrer Konkretisierung und Anwendung wertvolle Hilfe.³⁵⁵ Spricht man von einem gesetzlichen Verbot, sind vor allem inländische Gesetze im materiellen Sinn, insbesondere Verfassungsgesetze, Bundes- und Landesgesetze, aber auch die Parteien betreffenden Verordnungen, gemeint.³⁵⁶ Rechtsverordnungen, jedoch nicht Verwaltungsordnungen, sind auch Gesetze im materiellen Sinn und auch unmittelbar anwendbares EU-Recht ist als Gesetz iSd § 879 Abs 1 zu qualifizieren. Nicht jedes Rechtsgeschäft, das gegen die Rechtsordnung

³⁵² OGH 25.01.2001, 2 Ob 322/00t; „Diese Bestimmung stellt nämlich klar, dass die Rechtsordnung – trotz der im Schuldrecht grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit der Parteien – eine ihre Normen und Grundsätze missachtende privatautonome Rechtsgestaltung grundsätzlich nicht duldet, und der Missbrauch der Privatautonomie durch die Anordnung der Nichtigkeit des unerwünschten Rechtsgeschäftes verhindert, ein dennoch geschlossenes also eliminiert werden soll. Insoweit ist § 879 ABGB die Zentralnorm der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften schlechthin. Abs 1 dieser Gesetzesstelle spricht dabei von Verträgen und meint somit privatrechtliche Verträge aller Art.“

³⁵³ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 5, der folgende drei Prüfungsschritte für die Anwendung des § 879 ABGB Abs 1 vorschlägt: Als erster Schritt ist zu prüfen, ob der Vertrag überhaupt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Als zweiter Schritt ist sodann unter Rekurs auf den Normzweck zu prüfen, ob die Nichtigkeitssanktion greift. Als dritter Schritt ist schließlich – wiederum unter Rekurs auf den Normzweck – zu prüfen, ob die Nichtigkeit von Amts wegen oder nur auf Einwand einer hierzu berechtigten Partei wahrzunehmen ist.

³⁵⁴ *Bollenberger* in KBB³ § 879 Rz 1f mwN in OGH 6 Ob 661/95 EvBl 1997/20; Gemeinschaftsrecht 4 Ob 172/04d SZ 2004/130.

³⁵⁵ Wichtige Hilfe leisten etwa § 879 Abs 2 („insbesondere“) vor allem der Wuchertatbestand und Regelungen des Verbraucherschutzes (zB §§ 6, 25d KSchG).

³⁵⁶ *Krejci in Rummel*³ § 879 Rz 19.

verstößt, ist deshalb automatisch nichtig.³⁵⁷ Lehre³⁵⁸ bzw. Rechtsprechung³⁵⁹ interpretieren diese Vorschrift, anlehnend an § 134 BGB allerdings dahingehend, dass die Nichtigkeit nur dann eintritt, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert ist oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäftes notwendig verlangt.³⁶⁰ Die Nichtigkeit ist, außer in den Fällen des § 879 Abs 2, in zahlreichen anderen Gesetzen angeordnet, wie zb für verbotene Kartellverträge gemäß § 1 Abs 3 KartG 2005 oder Art 81 Abs 2 EG.³⁶¹ Der Gesetzeszweck erklärt ua das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG und die verletzend Zuwendung an Gesellschafter gemäß § 82 GmbHG als nichtig.³⁶² Eine Einlagenrückgewähr liegt insbesondere dann vor, wenn das Vorstandsmitglied auch gleichzeitig Aktionär ist und die Vorstandsvergütung einem Fremdvergleich nicht standhält.³⁶³ Als typische Gestaltungsvarianten verdeckter Einlagenrückgewähr – vorbehaltlich ihrer Rechtfertigung – sind insbesondere die Zahlung überhöhter oder nicht zustehender Gehälter, überhöhte oder freiwillige Abfertigungen, Ruhegehälter etc anzusehen.³⁶⁴

Eine Nichtigkeit, die aus einer Gesetzeswidrigkeit resultiert, kann entweder absolut oder relativ sein. Die „Rechtsfolge der Nichtigkeit ist eine absolute“³⁶⁵, wenn sie gegen Gesetze (einschließlich Rechtsverordnungen)³⁶⁶, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, verstößt.³⁶⁷ Relative Nichtigkeit kann in allen anderen Fällen vorliegen, die Partei muss sich im Gegensatz zur absoluten Nichtigkeit jedoch darauf berufen.³⁶⁸ Im Zusammenhang mit unangemessenen Vorstandsvergütungen

³⁵⁷ Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 3.

³⁵⁸ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 3, Krejci in Rummel³ § 879 Rz 25; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 175; Bollenberger in KBB² § 879 Rz 3.

³⁵⁹ OGH 4 Ob 12/63 = SZ 36/78; 8 Ob 58/69 = SZ 42/49; 6 Ob 765/81 = EvBl 1982/112; 3 Ob 580/81 = NZ 1983, 40; 1 Ob 627/84 = SZ 57/129; 9 ObA 80/00 f = JBl 2000, 738; 6 Ob 311/01 f = bbl 2003/22.

³⁶⁰ Krejci in Rummel³ § 879 Rz 27ff; Der Normzweck kann jedoch unter Umständen eine teleologische Reduktion der Rechtsfolgenanordnung rechtfertigen, selbst dann, wenn die Nichtigkeit ausdrücklich angeordnet ist. Dies ist der Fall, wenn die Nichtigkeitsanordnung relativiert bzw modifiziert wird. Selbst dort, wo der Gesetzgeber die Nichtigkeit anordnet, ist es demnach nicht gerechtfertigt, völlig vom Normzweck abzusehen.

³⁶¹ Bollenberger in KBB² § 879 Rz 3f, der eine Vielzahl von Rechtsgeschäften auflistet, die nach dem Gesetzeszweck nichtig sind.

³⁶² Böhler, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr, ÖBA 2004, 433f; Zum Verbot der Einlagenrückgewähr siehe Beispiel Einlagenrückgewährproblematik.

³⁶³ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss AktG² (2012), § 78 Rz 10.

³⁶⁴ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, Keine Rückgewähr der Einlagen, § 52 Rz 56f; § 52 AktG ist somit bei Vorstandsmitgliedern neben § 78 AktG anwendbar.

³⁶⁵ OGH 25.4.2001, 9 Ob 83/01y; Der OGH führt dazu aus, dass die Nichtigkeit das gesamte Geschäft betrifft und sie von Amts wegen wahrzunehmen ist.

³⁶⁶ Krejci in Rummel³ § 879 Rz 19.

³⁶⁷ OGH 25.4.2001, 9 Ob 83/01y. „Auf diese Nichtigkeit kann sich dann auch der Vertragspartner berufen, der sie beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre.“

³⁶⁸ OGH 27.2.1986, 6 Ob 524/86; verweisend auf Krejci in Rummel³ § 879 Rz 249. Der Benachteiligte muss sich auf die Unwirksamkeit berufen und sie ähnlich einem Anfechtungsrecht geltend machen.

stellt sich daher die Frage, ob unangemessene Vorstandsvergütungen absolut nichtig bzw teilnichtig sind oder ob überhaupt mit gelinderen Sanktionen das Auslangen gefunden werden kann. Auf diese Frage wird jedoch noch später in diesem Kapitel eingegangen.³⁶⁹

7.3.1.2 Meinungsstand

Den ersten Schritt zur Auslegung einer Norm stellt die Wortinterpretation dar, dh es kommt auf die eigentümliche Bedeutung der gewählten Worte an. *Fleischer*³⁷⁰ zieht aus dem Wortlaut des § 78 AktG den Schluss, dass diese Norm lediglich eine Verhaltensvorgabe für den Aufsichtsrat darstelle und sie daher nicht zur Nichtigkeit der Vorstandsvergütung führe. Die herrschende Meinung³⁷¹ teilt diese Ansicht, jedoch wurde sie in jüngerer Zeit vor allem in der deutschen Literatur in Frage gestellt.³⁷²

Die deutschen Befürworter einer Gesetzeswidrigkeit führen aus, § 87 Abs 1 dAktG statuiere zwar keine Richtnorm, doch nur konkret angemessene Bezüge zu vereinbaren, verbiete dem Aufsichtsrat aber wohl, unangemessen hohe Gesamtbezüge zu gewähren. Es wird nicht nur eine formale Bestimmung, über die Art und Weise, wie eine Rechtshandlung ausgeübt werden soll, von der Norm getroffen, sondern sie bildet auch Maßstäbe für den Inhalt des Rechtsgeschäftes, indem sie eine Grenznorm für die Ausübung des Gestaltungsermessens des Aufsichtsrates fixiert. Die Überschreitung der Grenznorm des § 87 dAktG durch eine unangemessene Vergütungsvereinbarung betrifft somit die Substanz des Rechtsgeschäftes selbst und dies ist den deutschen Befürworter zufolge nach der gesetzlichen Wertung verboten. § 87 dAktG ist daher ein Verbotsgesetz, dessen Verletzung gemäß § 879 ABGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes bewirkt.³⁷³

³⁶⁹ Vgl dazu Punkt 7.5.2.

³⁷⁰ *Fleischer*, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f

³⁷¹ *Hüffer*, AktG § 87 Rz 6; *Kalss* in MünchKomm AktG § 87 Rz 131 ff; *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165ff mwN.

³⁷² *Oltmanns in Heidel (Hrsg)*, AnwK-AktG 2003, § 87 Rz 6; *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, 1151ff.

³⁷³ *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, 1153 ff.

7.3.1.3 Eigene Meinung

Dieser Ansicht³⁷⁴ ist nicht zu widersprechen, doch kann mE daraus nicht gefolgert werden, dass § 78 AktG bzw § 87 dAktG, ein Verbotsgesetz im Sinne von § 879 ABGB mit der dazugehörigen Nichtigkeitssanktion ist. § 78 AktG bildet nur eine zu § 879 ABGB vorgelagerte Schranke, die den Ermessensspielraum des Aufsichtsrates bei der Festsetzung der Vorstandsbezüge vorgibt, es lassen sich aber daraus keine Schlüsse für die Nichtigkeit ziehen.³⁷⁵ Einen weiteren Schritt zur Auslegung einer Norm stellt die historische Interpretation dar, dh es kommt auf den Willen des Gesetzgebers darauf an, ob er mit § 78 AktG ein Verbotsgesetz normieren wollte oder nicht. Man muss sich somit der Gesetzessprache bedienen, um diese Frage zu lösen. Gesetzesformulierungen, wie „ist unzulässig“, „kann nicht“, oder ähnlich klingende Formulierungen finden sich sehr häufig, doch ihre Verwendung impliziert regelmäßig kein gesetzliches Verbot. Ihr Gebrauch dient vorwiegend dazu, eine zur endgültigen oder schwebenden Unwirksamkeit führende Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmacht vorzunehmen. Es ist festzustellen, dass der Wortlaut des § 78 AktG Abs 1 Satz 1 („...hat... dafür Sorge zu tragen“) als positives Gebot formuliert ist. Die Gesetzesformulierung ist mE bewusst positiv und nicht negativ gewählt und diese spricht nach allgemeinem Sprachverständnis gegen eine Deutung dieser Bestimmung als Verbotsgesetz.

Es ist der herrschenden Ansicht beizupflichten, dass § 78 AktG eine Ordnungsvorschrift ist, die bei ihrer Verletzung Schadenersatzansprüche nach sich zieht.³⁷⁶ Der „schwammig“ formulierte Gesetzeswortlaut ist unergiebig und er spricht mE gegen eine Auslegung dieser Norm als Verbotsgesetz. Kort zufolge treffe die Unergiebigkeit der Wortlautauslegung auch für die Formulierung „darf nicht“ zu.³⁷⁷ Dieser Begründungsansatz geht mE aber zu weit, da ein Großteil der diese „darf nicht“-Formulierung verwendenden Normen einen Verstoß mit Nichtigkeit sanktioniert und die Sanktion nur in wenigen Fällen ausbleibt, was eher für eine Deutung dieser speziellen Bestimmung als Verbotsgesetz spricht. § 78 AktG ist mE jedoch

³⁷⁴ Vgl Fn 371.

³⁷⁵ Dieser Meinung auch Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127ff.

³⁷⁶ Diese Ansicht ist herrschende Meinung in Österreich und Deutschland. Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 8 f; Thüsing, iustum pretium, ZGR 2003, 505; Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 80; Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165ff mwN.

³⁷⁷ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127ff; der eine noch stärkere Ansicht vertritt und auch die Formulierung „darf nicht“ für unergiebig hält, da sich diese Formulierung in Normen wiederfindet, die auch im Verstoßfalle teilweise keine Nichtigkeitsfolge vorsehen.

nur eine Pflichtentbindung für den Aufsichtsrat und dies kann auch aus seiner Entstehungsgeschichte gefolgert werden.³⁷⁸ Das Zusammenspiel mehrerer Faktoren³⁷⁹ spricht somit gegen eine Deutung dieser Norm als Verbotsgesetz aus.³⁸⁰ Fruchtbringende Schlüsse bzw eindeutige Aussagen können aus dem Wortlaut dieser Bestimmung daher nicht gewonnen werden und es ist die teleologische Interpretation anzuwenden. Diese Interpretationsmethode fragt nach dem Sinn und Zweck der Norm, dh über die Rechtsfolge des Verstoßes. Es wird in § 879 ABGB für sogenannte beiderseitige Verbotsgesetze die Vermutung begründet, dass ein gegen das gesetzliche Verbot verstoßender Vertrag nichtig ist. Ein Verbot, das sich gegen beide Vertragsteile richtet, führt regelmäßig zur Annahme, dass der Vertrag nichtig sei.³⁸¹ Gilt das gesetzliche Verbot jedoch nur für einen Vertragsteil, so bleibt der verbotswidrige Vertrag in aller Regel bestehen. Der Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitgliedes kann somit nach § 879 ABGB nicht nichtig sein, da der teleologische Zweck der Bestimmung kein gesetzliches Verbot im Sinne dieses Tatbestandes enthält.³⁸²

ME liegt das Hauptaugenmerk des § 78 AktG insbesondere darauf, den unternehmerischen Ermessensspielraum des Aufsichtsrates zu begrenzen bzw zu konkretisieren und seine Verletzung führt daher nicht zu Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung. Diese Norm wendet sich daher einzig und alleine an den Aufsichtsrat und sie begrenzt seinen Handlungsspielraum bei der Vergütung von Vorstandsbezügen.³⁸³ Ein Vorstandsmitglied kann sich durch unterschiedliche gesetzliche Verstöße auch schadenersatzpflichtig machen, doch niemals

³⁷⁸ Schlegelberger/Quassowski, AktG 1939 § 87 Rz 7; „Dagegen bewirkt eine Verletzung des Abs 1 allein nicht die Nichtigkeit des Anstellungsvertrages oder der besonderen Vereinbarung über die Bezüge. Dies ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes, die nur eine Pflicht des Aufsichtsrats begründet, dafür zu sorgen, dass angemessene Gesamtbezüge gewährt werden.“ Darauf hinweisend auch Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165.

³⁷⁹ Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165; der treffend anführt, dass nicht nur der Wortlaut der Norm, sondern auch die Entstehungsgeschichte und das allgemeine Postulat der Rechtssicherheit gegen eine Deutung dieser Bestimmung als Verbotsgesetz sprechen.

³⁸⁰ Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f; für den der Wortlaut des § 78 AktG nichts darüber aussagt, dass es sich um eine Verbotsnorm gemäß § 879 ABGB mit Nichtigkeitsfolge handelt; aM Säcker/Stenzel, die im Wortlaut nur ein Element sehen, um die Rechtsfolge eines Verbotsgesetzes zu bestimmen, und anführen, dass die meisten Verbotsgesetze ihre Rechtsfolge nicht selbst regeln.

³⁸¹ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127ff; Diese Annahme trifft bei § 87 dAktG insbesondere dann zu, wenn die Handlung für beide Parteien mit Strafe bedroht ist.

³⁸² Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 8 f.

³⁸³ Fleischer in Spindler/Stilz, Aktiengesetz², 29f; demzufolge sich der fehlende Verbotscharakter der Norm bereits aus der Fassung der Vorschrift ergibt. Diese begründet für den Aufsichtsrat nur die Pflicht, dafür zu sorgen, angemessene Gesamtbezüge und Versorgungsbezüge festzulegen.

aufgrund des § 78 AktG, da diese Bestimmung nur auf den Aufsichtsrat abzielt.³⁸⁴ § 78 AktG kann aus diesem Grund allenfalls ein einseitiges Verbotsgesetz darstellen. ME wäre die von der Mindermeinung³⁸⁵ geforderte Nichtigkeitsfolge überschießend, da nicht der Leistungsaustausch als solcher zu beanstanden ist, sondern nur die für die Gesellschaft nachteiligen Bedingungen. Die herrschende Meinung³⁸⁶ sieht in § 78 AktG eine flexible Schranke, um den Ermessensspielraum des Aufsichtsrates zu begrenzen und er ist kein Verbotsgesetz, dessen Missachtung zur Nichtigkeit des Vorstandsvertrages führt. Dieser Ansicht ist nach den oben durchgeführten Interpretationsversuchen dieser Bestimmung zuzustimmen.

Die Sonderbestimmung des § 86 Abs 2 Satz 2 aF dAktG (§ 77 Abs 2 Satz 2 aF AktG), die für bestimmte Formen der Gewinnbeteiligung von Vorstandsmitgliedern die Nichtigkeitsfolge vorsah, wird von den Befürwortern als Begründung herangezogen, um § 78 AktG als Verbotsgesetz zu deuten. Dieser Ansicht kann aber auch nicht gefolgt werden, denn die relevante Norm bezieht sich nur auf einen Teil der Vergütungsvereinbarung und nicht auf die Vorstandsvergütung im Allgemeinen. Ein weiteres Argument, das diese Ansicht widerlegt, ist, dass diese Norm in Österreich mit dem RLG 1990³⁸⁷ und in Deutschland mit dem TransPuG³⁸⁸ als überflüssig gestrichen wurde. Hier ist mE sogar ein Umkehrschluss angebracht. § 86 Abs 2 Satz 2 aF dAktG (§ 78 Abs 2 Satz 2 aF AktG) normierte ausdrücklich die Nichtigkeitsfolge für bestimmte Formen der Gewinnbeteiligung von Vorstandsmitgliedern und §§ 78 bzw 87 dAktG „schweigen“.³⁸⁹ Der Wertung und Zielsetzung des Gesetzgebers nach zu urteilen, liegt eine bewusste Lücke vor, die der Stärke der Argumente nach zu entscheiden ist. Dieses „beredete Schweigen“ des Gesetzgebers ist mE bewusst gewählt und es führt zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen §§ 78 bzw 87 dAktG keine Nichtigkeit auslösen soll.

³⁸⁴ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 8 f; zustimmend Haberer/Kraus. Da der Vorstand bei der Vergütungsvereinbarung im eigenen Interesse und nicht für die Gesellschaft handelt, wird eine Schadenersatzpflicht nur in Ausnahmefällen bestehen.

³⁸⁵ insbesondere Säcker/Stenzel, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, 1151ff.

³⁸⁶ Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 80; verweisend auf Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127ff.

³⁸⁷ EBRV 1270 BlgNR XVII. GP, S 74. „Der Wegfall des bisherigen Abs 2 findet in der allgemeinen Tendenz eine Begründung, bei den Bezügen der Vorstandsmitglieder mehr auf den Erfolg des Unternehmens Bedacht zu nehmen.“

³⁸⁸ Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19.7. 2002.

³⁸⁹ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127ff; der einem Gegenschluss zustimmt.

7.3.2 § 78 AktG als Verstoß gegen die „guten Sitten“

7.3.2.1 Sittenwidrigkeit gemäß § 879 ABGB

Der Begriff der guten Sitten ist durch den Gesetzgeber nicht näher präzisiert worden³⁹⁰, dennoch besteht in Lehre³⁹¹ und Rechtsprechung³⁹² überwiegend Konsens über seine Bedeutung.³⁹³ Verträge sind nach ständiger Rechtsprechung sittenwidrig, wenn bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und den geförderten Interessen vorliegt, oder wenn eine Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergibt.³⁹⁴ Unter den guten Sitten ist der Inbegriff jener Rechtsnormen zu verstehen, die im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Beurteilung der rechtlichen Interessen ergeben, die nicht gröblich benachteiligt werden dürfen.³⁹⁵ Die „Gute Sitten-Klausel“ hat somit Lückenfüllungsfunktion.³⁹⁶ Der Tatbestand der Sittenwidrigkeit orientiert sich an der früher oft zitierten Formulierung – Gegen die guten Sitten verstößt, „*was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, das ist aller billig und gerecht Denkenden, widerspricht*“³⁹⁷ – und stellt daher ein „*restriktiv einzusetzendes Regulativ*“³⁹⁸ dar. Er verdeutlicht, dass dieses „ungeschriebene Recht“, dem auch die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7) angehören, sich „im Schnittbereich von Recht und anerkannten Grundsätzen der Moral“³⁹⁹ befindet und er bestärkt den Rechtsanwender, unvollständige Gesetze zu ergänzen bzw sich der Analogie und der teleologischen Reduktion

³⁹⁰ Die „guten Sitten“ finden sich in §§ 26, 1295 Abs 2 ABGB bzw in einigen anderen Gesetzen, vgl. zb § 1 UWG, § 4 Abs 4 lit b NVG, § 28 KSchG, § 27 Abs 1 Z 5 MRG, § 133 KartG, § 2 PatG, § 80 EheG, §§ 90 Abs 1 u 2, 105 Abs 2, 111 Abs 1, 144 Abs 2 StGB.

³⁹¹ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 60f; Krejci in Rummel³ § 879 Rz 48f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 179f; Bollenberger in KBB² § 879 Rz 3.

³⁹² OGH 3 Ob 516/89 = SZ 62/123; 4 Ob 324/00 a = SZ 74/19; 5 Ob 129/02 k = EFSlg 100.660.

³⁹³ Zweifel gibt es jedoch in der Literatur und Judikatur zur Frage, ob Prostitution, ein ewiges Lieblingsthema der Sittenwidrigkeit, noch unter 879 ABGB fällt; siehe dazu Spitzer, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12 g, ÖJZ 2012/82f.

³⁹⁴ Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 5 mwN; OGH 21.6.1966, 8 Ob 150/66, der auf die von Gschnitzer in Klang zurückgehenden Formulierung verweist, dass gegen die guten Sitten dann verstoßen wird, „*wenn etwas offenbar geradezu widerrechtlich ist, ohne gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot zu verstoßen, also zwar nicht gesetz-, aber grob rechtswidrig ist.*“

³⁹⁵ OGH 19.2.1980, 4 Ob 138/79, „*Unter den guten Sitten im Sinn des § 879 Abs 1 ABGB ist nach dem jüngeren Schrifttum (Koziol-Welser I 8 139; Krejci aaO Rz 55 zu § 879) und der jüngeren Rechtsprechung (EvBl 1980/117; vgl. auch JBl 1986, 539 ua) der Inbegriff jener Rechtsnormen zu verstehen, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Beurteilung der rechtlichen Interessen ergeben, die nicht gröblich verletzt werden dürfen. Maßgebend sind (jedenfalls) die aus der Rechtsordnung ablesbaren Wertungsgesichtspunkte (EFSlg 43.725).*“

³⁹⁶ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 60f mwN.

³⁹⁷ OGH 27.9.2001, 6 Ob 287/00 z, der explizit auf Koziol/Welser mwN verweist.

³⁹⁸ Vgl statt vieler Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 5 mwN.

³⁹⁹ OGH 19.02.1980 4 Ob 138/79.

zu bedienen.⁴⁰⁰ Der OGH greift bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit zwar gerne auf die oben beschriebene moralische Formulierung zurück, sie wird jedoch bei seiner Entscheidungsfindung in den Hintergrund gerückt, da ein Sittenwidrigkeitsurteil regelmäßig mit einer an rechtliche Erwägungen anknüpfenden Interessenabwägung begründet wird.⁴⁰¹

Die Anwendbarkeit und Bedeutung der guten Sitten zur Kontrolle einzelner vertraglicher Vorschriften ist seit Inkrafttreten des KSchG drastisch gesunken.⁴⁰² Die im Anstellungsvertrag⁴⁰³ getroffene Vereinbarung, dass mit dem Widerruf der Bestellung zum Vorstand (§ 75 Abs 4 AktG) automatisch auch das Dienstverhältnis erlischt, ist gültig. Die Sittenwidrigkeit solcher Koppelungsklauseln kann sich jedoch ausnahmsweise auch nach einem umfassenden Vergleich der wechselseitigen Interessenlagen ergeben.⁴⁰⁴ Die „Gute Sitten-Klausel“⁴⁰⁵ verweist daher nicht auf außerrechtliche Maßstäbe,⁴⁰⁶ sondern soll dem Richter die Möglichkeit eröffnen, bei offener Rechtswidrigkeit helfend einzuschreiten.⁴⁰⁷ Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes kann sich somit nicht alleine aus seinem Inhalt ergeben, sondern auch aus seinem Zweck gefolgert werden.⁴⁰⁸ Bei der Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 1 ABGB, geht es nicht nur darum, eine Störung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung – wie in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB (Wucher) einerseits immanent und andererseits auch wörtlich angesprochen ist – Einhalt zu gebieten, sondern der Wahrung der

⁴⁰⁰ OGH 25.3.1993, 8 Ob 502/93; „Die Gute-Sitten-Klausel ruft den Rechtsanwender unter den gegebenen Umständen zur Ergänzung unvollständiger gesetzlicher Regelungen, zur Schließung von Gesetzeslücken im Geiste des Gesetzes, zur Analogie einschließlich der Rechtsanalogie, aber auch zur teleologischen Reduktion auf Wenngleich hierbei nicht engstirnig am Buchstaben des Gesetzes klebend vorgegangen werden darf, muß doch die gesamte geltende Rechtsordnung, die hinsichtlich des zu beurteilenden Falles eine ‚planwidrige Unvollständigkeit‘, dh eine nicht gewollte Lücke erkennen läßt, Maßstab einer vorzunehmenden Gesetzesanalogie sein.“

⁴⁰¹ OGH bei seinen Entscheidungen 3 Ob 816/53 = SZ 27/19; 6 Ob 187/99 i; 6 Ob 287/00 z = SZ 74/167.

⁴⁰² Solche Regelungen finden sich meist in AGB und ihre Kontrolle erfolgt idR gemäß §§ 864 a, 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 KSchG.

⁴⁰³ Dieser ist in der Regel ein freier Dienstvertrag.

⁴⁰⁴ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 10ff; der darauf hinweist, dass es von Bedeutung sei, ob die Pflichtwidrigkeit auch das Gewicht eines Entlassungsgrundes hat.

⁴⁰⁵ Insbesondere nicht auf Moralvorstellungen, dazu Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 60f; verweisend auf Ehrenzweig, System II/1² 50; Gschnitzer in Klang IV/1² 181; Apathy/Riedler in Schwimann³ § 879 Rz 8; Krejci in Rummel³ § 879 Rz 52; Graf, FS Mayer-Maly 170; anders Bydlinski, FS Gernhuber, 827 (830 ff), der – in einer Art Kombinationstheorie – den Begriff der guten Sitten zumindest partiell als Verweis auf die maßgebliche Sozialmoral verstanden wissen will, daneben aber auch dem innerrechtlichen Ansatz einen Anwendungsspielraum lässt. Noch weitergehend Mayer-Maly (JBl 1991, 681 [689]), der in den guten Sitten einen Verweis auf die „Moral von Hinz und Kunz“ (sic!) erblicken will; dazu Graf, FS Mayer-Maly 170 ff; Siehe auch 2 Ob 23/03 a = ecolex 2003/301, 751 und 1 Ob 244/02 t = ecolex 2003/328, 832.

⁴⁰⁶ Spitzer, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12 g, ÖJZ 2012/82; der jedoch auf die Details der Sittenwidrigkeitsprüfung (innerrechtlich-außerrechtlich) nicht näher eingeht.

⁴⁰⁷ Beim Eingriff sind alle von der Gesamtrechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen bzw alle dafür maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen, wobei der Gesamtcharakter des Geschäfts, somit sein Inhalt, sein Zweck und sein Beweggrund, entscheidend ist.

⁴⁰⁸ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 63f.

Wertvorstellungen (nicht monetär) aller Rechtsunterworfenen zum Durchbruch zu verhelfen. Verträge sind nach der herrschenden Lehre dann sittenwidrig, wenn sie gegen das Rechtsgefühl aller billigen und gerecht denkenden Menschen verstoßen.⁴⁰⁹ Bloß aufgrund eines möglicherweise unangemessenen Entgelts und der Tatsache, dass eine Vielzahl von Menschen überhöhte Vorstandsvergütungen gemeinhin als sittenwidrig bezeichnen, wird sohin keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB begründet. Wie bereits oben ausgeführt, kennt die österreichische Privatrechtsordnung kein Gebot der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (*iustum pretium*), da die Vertragsfreiheit die oberste Prämisse für den Gesetzgeber darstellt. Ein Vertrag ist demnach nicht schon als sittenwidrig zu qualifizieren, wenn ein Ungleichgewicht zwischen Leistungen und Gegenleistung besteht. Die Vereinbarung eines unangemessenen Entgelts bei einem Dienstvertrag ist demnach gültig.⁴¹⁰ Die Grenze für unangemessene Entlohnung unterliegt im ABGB somit strengen Kriterien. Die Frage, ob unangemessene Vorstandsvergütungen zur absoluten Nichtigkeit des Vorstandsvertrages führen oder ob nur der überschießende Vergütungsanteil nichtig ist bzw überhaupt nur gelindere Mitteln zur Aufrechterhaltung des Vertrages sachlich gerechtfertigt sein können, wird im folgenden Kapitel ausführlich behandelt.

7.3.2.2 Meinungsstand und Lösung

Nachdem § 78 AktG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 879 ABGB ist, bleibt zu klären, ob überhöhte Vorstandsvergütungen sittenwidrig sind. Dies ist nach herrschender Ansicht nicht der Fall.⁴¹¹ Eine Vergütungsvereinbarung kann wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nur unter besonderen Umständen nichtig sein. Die Nichtbeachtung des § 78 AktG bzw. § 87 dAktG reicht dafür nicht aus, da der Maßstab des § 78 bzw. § 87 dAktG der Sittenwidrigkeit vorgelagert ist.⁴¹² Unangemessene Vorstandsvergütungen können somit bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit gewährt werden. Wird jedoch auch diese Grenze überschritten, dann ist die Vereinbarung schon nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen als nichtig

⁴⁰⁹ Bollenberger in KBB § 879 Rz 5; Krejci in Rummel³ § 879 Rz 52.

⁴¹⁰ Krejci in Rummel³, § 879 Rz 90ff; OGH 7. 2. 1978, 4 Ob 139/77.

⁴¹¹ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 1 f; Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 80; Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165f mwN.

⁴¹² Vgl. dazu Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 80. Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165f mwN. Nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen kann eine Vorstandsvereinbarung sittenwidrig sein.

anzusehen.⁴¹³ Eine vom Aufsichtsrat gewährte überhöhte Vorstandsvergütung stellt im Allgemeinen daher keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar.

Der Begriff der Angemessenheit ist unbestimmt und er erlaubt kein voreiliges Sittenwidrigkeitsurteil. Es bleibt festzuhalten, dass eine überhöhte Vorstandsvergütung in der Regel gemäß § 879 ABGB nicht sittenwidrig ist, außer es treten ganz außergewöhnliche weitere Umstände hinzu, die eine Nichtigkeitssanktion rechtfertigen. Es müssen daher zusätzlich zu dem auffälligen Missverhältnis weitere ganz außergewöhnliche sittenwidrige Umstände vorliegen, worunter ua. die verwerfliche Gesinnung des durch die Vereinbarung Begünstigten zu zählen ist.⁴¹⁴

Diese vorherrschende Ansicht, eine überhöhte Vergütung, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht unter den Tatbestand der Sittenwidrigkeit zu subsumieren, ist mE gerechtfertigt. Die Begründung liefert mE die historisch teleologische Interpretation der Sittenwidrigkeit. Bei der Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 1 ABGB, geht es weniger darum, eine Störung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung – wie sie in § 78 Abs 1 einerseits immanent und andererseits auch wörtlich angesprochen ist – Einhalt zu gebieten, sondern der Wahrung der Wertvorstellungen (nicht monetär) aller Rechtsunterworfenen zum Durchbruch zu verhelfen.⁴¹⁵ Ob eine überhöhte Vergütung moralisch vertretbar ist oder nicht, bleibt somit der persönlichen Meinungsbildung vorbehalten, sie verstößt jedoch in aller Regel nicht gegen die Sittenwidrigkeit.

7.4 Schadenersatzpflicht des Vorstandsmitgliedes

Ist das Vorstandsmitglied als Vertragspartner des Unternehmens bei Vorstandsvergütungsvereinbarungen an das Kriterium der Angemessenheit gebunden oder kann es genauso wie andere Privatpersonen bei der Vertragsverhandlung seinen Eigennutz verfolgen, ohne durch zu hohe Forderungen schadenersatzpflichtig zu werden? Die Meinungen in der Literatur zu dieser Frage divergieren, wobei der erste Ansatz dafür plädiert, dass es einzig und alleine die Pflicht des gemäß § 95 AktG berufenen Aufsichtsrates ist, die Vermögensinteressen der Gesellschaft bei der Vertragsverhandlung mit dem

⁴¹³ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 274.

⁴¹⁴ Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165f mwN.

⁴¹⁵ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 111.

Vorstandsmitglied zu wahren.⁴¹⁶ Das zukünftig zu bestellende Vorstandsmitglied handelt bei der Vorstandsvergütungsvereinbarung daher nicht als Organ der Aktiengesellschaft, weshalb eine Pflicht zur Unterbreitung eines angemessenen Angebotes für einen Bewerber mangels Organstellung *de lege lata* nicht begründbar ist.

Es stellt sich auch die Frage, ob bei der Vorstandsvergütungsvereinbarung, aufgrund der besonderen Ausgangskonstellation, bei der ein Organ als Vertreter der Gesellschaft und ein Mitglied eines anderen Organs der Gesellschaft als Dritter miteinander verhandeln, nicht eine Besonderheit zum Tragen kommt.⁴¹⁷ Diese Besonderheiten im Bereich unangemessener Vergütungen resultiert darin, dass der Vorstand ab seiner Bestellung kein beliebiger Dritter mehr ist und ihm daher entsprechende Sorgfalts- und Treuepflichten zukommen. Würde man eine Vermögensbetreuungspflicht des Vorstandes bei seinen Gehaltsverhandlungen bereits im vorvertraglichen Stadium annehmen, ginge das jedoch zu weit. Er würde so zwangsläufig in eine Kollisionslage gebracht werden, da die Vermögensinteressen des einzelnen Vorstandsmitgliedes und der Gesellschaft sich gegengleich gegenüberstehen. Der Gesetzgeber hat, um diesen Interessenskonflikt (Principal Agent-Konflikt)⁴¹⁸ zu vermeiden, alleine dem Aufsichtsrat die Zuständigkeit zur „angemessenen“ Vergütungsfestsetzung zu übertragen.⁴¹⁹

Der zweite konträre Ansatz lautet, dass Vorstandsmitglieder, die in der Regel zum Expertenkreis zu zählen sind, bei der Vorstandsvergütungsvereinbarung eine vorvertragliche Rücksichtnahmeverpflichtung auf die gesellschaftlichen Interessen treffen, da ihr gegenüberstehender Vertragspartner auf das „Insiderwissen“ des Vorstandsmitgliedes angewiesen ist und es daher nur angemessene Vergütungen annehmen darf.⁴²⁰ Dieser Ansatz geht davon aus, dass das Vorstandsmitglied selbst nach § 84 Abs 2 AktG zur Schadenersatzpflicht herangezogen werden kann, wenn es eine unangemessene Vergütung vereinbart bzw annimmt.⁴²¹ Diese Ansicht teilte auch schon das ehemalige Reichsgericht in Deutschland und es hat damals schon entschieden, dass sich ein Vorstandsmitglied durch die Annahme eines unangemessenen, weil viel zu hohen vom Aufsichtsrat bewilligten Bezuges, der Untreue strafbar machen kann.⁴²² Das Zustandekommen einer überhöhten Vergütungsvereinbarung ermöglicht somit, sofern die Voraussetzungen für solch eine

⁴¹⁶ Hüffer, AktG⁹ § 87 Rz 8 f.

⁴¹⁷ Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 166f.

⁴¹⁸ Eine ausführliche Analyse des Principal Agent-Konflikts findet sich bei Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 240f.

⁴¹⁹ Insbesondere Säcker/Stenzel, Das zivilrechtliche Schicksal, 1155ff.

⁴²⁰ Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f.

⁴²¹ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1132ff.

⁴²² Reichsgericht, JW 1933, 2595.

Schadenersatzpflicht in entsprechender Weise vorliegen, die Schadenersatzpflicht des Vorstandsmitgliedes zu begründen. Ein Bereicherungsanspruch der AG gegen das Vorstandsmitglied ist auch neben dem Schadenersatzanspruch möglich, da der Kondiktion eine eigenständige Bedeutung zukommen kann.⁴²³ Es liegt zwar kein Pflichtverstoß gegen § 78 AktG vor, da diese Norm sich nur an den Aufsichtsrat richtet und nicht an das einzelne Vorstandsmitglied, § 78 AktG bringt jedoch den allgemeinen Gedanken zum Ausdruck, dass jedes Organmitglied an das Unternehmensinteresse gebunden ist und die Vermögensinteressen der AG zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden hat. Es ist ihnen anhand ihrer organschaftlichen Amtspflicht somit untersagt, an einer allfälligen Pflichtverletzung des Aufsichtsrates als beitragender „Verhandlungsakteur“ mitzumischen. Das Vorstandsmitglied hat daher bei der Aushandlung des Vorstandsvertrages die eigenen Interessen hinter denen der Gesellschaft zurückzustellen.⁴²⁴

Dieser Ansicht ist mE zu folgen, da Organmitglieder stärker an das Unternehmensinteresse gebunden sind als ihre eigenen Interessen zu verfolgen. Bevor das zukünftige Vorstandsmitglied sein Amt antritt, also bei der erstmaligen Vertragsanbahnung, ist als Anspruchsgrundlage für den Schadenersatz somit an culpa in contrahendo zu denken. Der OGH hat in seiner Entscheidung „Hirsch Servo-E“⁴²⁵ einen Verstoß der beklagten Vorstandsmitglieder gegen die ihnen gegenüber der Gesellschaft obliegenden Treuepflichten schon deshalb verneint, da die Abfindungszahlungen „nicht als eklatant“⁴²⁶ unangemessen galten. Anhand dieser Entscheidung kann man mE folgern, dass auch der OGH einer Haftung des Vorstandsmitgliedes bei eklatanter Unangemessenheit zustimmen würde.⁴²⁷ In Deutschland ist es auch fraglich, ob nicht die Business Judgement Rule gemäß § 93 Abs1 Satz 2 AktG anzuwenden ist, da die spezialgesetzliche Regelung des § 87 dAktG bei der Vorstandsvergütungsvereinbarung – wie bereits erläutert – gerade nicht angewendet wird. Die Anwendung der BJR scheidet mE richtigerweise dennoch aus, da diese

⁴²³ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1132ff; der als Beispiel die Berufung des Vorstandsmitgliedes auf das haftungsmindernde Mitverschulden der AG anführt. Zustimmend Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515f.

⁴²⁴ Diese Ansicht ist in Deutschland herrschende Meinung. Spindler in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 79; Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f; Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1132ff.

⁴²⁵ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

⁴²⁶ Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 430.

⁴²⁷ Torggler, Anmerkung wbl 2008, 603f; der die Frage aufwirft, ob das Verhalten der ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder in diesem Fall nicht treuwidrig war.

Vergütungsvereinbarung für das Vorstandsmitglied keine unternehmerische Entscheidung darstellt und im eigenen Interesse getroffen wird, ganz im Gegensatz zum Aufsichtsrat.⁴²⁸

7.5 Die fehlende/missbräuchliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrates

7.5.1 Allgemein

Das Monopol des Vorstandes in Bezug auf die Vertretung der Gesellschaft ist grundsätzlich in § 71 AktG festgelegt. Dieses Vertretungsmonopol wird jedoch durch § 97 AktG zu Gunsten des Aufsichtsrates durchbrochen und der Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten mit dem Vorstandsmitglied.⁴²⁹ Der Aufsichtsrat ist daher gemäß § 97 AktG ermächtigt, die Vergütungsvereinbarung mit dem Vorstandsmitglied bei Abschluss oder Änderung des Anstellungsvertrages für die Gesellschaft abzuschließen. Die herrschende Lehre⁴³⁰ und die Rechtsprechung⁴³¹ sieht die dem Aufsichtsrat durch § 97 verliehene Vertretungsbefugnis als organschaftliche Vertretung an. Diese durch gesetzliche Vorschrift begründete Befugnis ermächtigt den Aufsichtsrat zur direkten Vertretung der Gesellschaft im Sinne des Vollmachtrechtes des ABGB.⁴³² Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates besteht dabei in ihrem gegenständlichen Anwendungsbereich uneingeschränkt, dh es ist von einer inhaltlich unbeschränkten Vollmacht, einer Formalvollmacht, auszugehen.⁴³³ Der Gegenansicht, die sich für eine Begrenzung der Vertretungsmacht ausspricht, wodurch unangemessene Vergütungsvereinbarungen erst gar nicht unter die

⁴²⁸ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung, DStR 2007, 1132ff.

⁴²⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG § 95-97 Rz 64ff; der die Fälle anführt, wo zusätzlich zu § 97 dem Aufsichtsrat die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft übertragen wird. *Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG) (Teil I), JBl 2012, 493ff; der die Entstehungsgeschichte von § 97 AktG und den Willen des historischen Gesetzgebers untersucht und sich gegen eine teleologische Reduktion der Bestimmung ausspricht.

⁴³⁰ Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG² (2012), § 97 Rz 4f; *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 166f; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG § 95-97 Rz 64ff.

⁴³¹ OGH 28. 9. 2007, 9 ObA 28/07v „Um Vertretungsrechte des Aufsichtsrats rechtswirksam ausüben zu können, muss der Aufsichtsratsvorsitzende konkret bevollmächtigt sein.“

⁴³² Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG § 95-97 Rz 64ff; der die Abgrenzung zur rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht darin sieht, dass „es sich nicht bloß um ein rechtliches Können, sondern um eine Befugnis in dem Sinne handelt, dass der AR zur Vertretung der Gesellschaft nicht nur berechtigt, sondern obendrein auch verpflichtet ist, von dieser Berechtigung nach seinem pflichtgemäßen Ermessen Gebrauch zu machen.“

⁴³³ Zustimmend *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165f; sowie *Kort*, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127ff.

Vollmacht fallen, kann nicht gefolgt werden.⁴³⁴ Es lässt sich zwar nicht leugnen, dass der Verkehrsschutzgedanke des Aufsichtsrates nicht mit dem eines Vorstandes gleichzusetzen ist, doch dies rechtfertigt keinesfalls den Abgang von der „wohl wertvollsten Errungenschaft handelsrechtlichen Vertretungsrechts“⁴³⁵ der organschaftlichen Formalvollmacht. Das Gebot der Rechtssicherheit spricht somit gegen diese Ansicht und dieser Auffassung gebührt auch der Vorrang, da der Rechtssicherheitsgedanke oberste Priorität genießt.⁴³⁶

Die Bestimmung des § 97 AktG verleiht dem Entscheidungsorgan eine unbeschränkte Vertretungsmacht, die jedoch in der internen Entscheidungsfindung durch § 78 AktG gebunden und beschränkt ist. Eine Vorstandsvergütungsvereinbarung ist also auch dann nichtig⁴³⁷, wenn diese zwar innerhalb der vorhandenen Vertretungsmacht, dabei jedoch missbräuchlich verwendet wurde. Diese sogenannten Kollusionsfälle kommen gerade im unternehmensrechtlichen Bereich sehr häufig vor und sind dementsprechend bedeutend in dieser Branche.⁴³⁸ Die Problematik, die sich hierbei stellt, liegt mE darin, dass ein Missbrauch der Vertretungsmacht nicht schon dann angenommen werden kann, wenn der Aufsichtsrat seine Geschäftsführerbefugnis überschreitet und sich für ein überhöhtes Vorstandsgehalt ausspricht. Die Voraussetzungen, unter denen es zu einer Kollusion kommen kann, sind in unserem Zusammenhang umstritten.⁴³⁹ Ein Missbrauch der Vertretungsmacht, der zur Vertragsunwirksamkeit führen kann, ist daher zunächst nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen. Der Grundfall ist, dass der Vertreter, in diesem Fall der Aufsichtsrat, und der Dritte, in diesem Fall das Vorstandsmitglied, bewusst zum Nachteil der AG handeln, um diese zu schädigen. Diese Konstellation kommt in der Praxis jedoch fast nie vor. Nach allgemeiner zivilrechtlicher Ansicht reicht mittlerweile auch Pflichtwidrigkeit des Vertreters und Evidenz der Pflichtwidrigkeit aus der Sicht dieses Dritten.⁴⁴⁰ Wenn der Aufsichtsrat somit seinen

⁴³⁴ Säcker/Stenzel, Das zivilrechtliche Schicksal, 1154ff.

⁴³⁵ Krejci, Gesellschaftsrecht I, 151; „Die wohl wertvollste Errungenschaft handelsrechtlichen Vertretungsrechts ist das Institut der Formalvollmacht“.

⁴³⁶ Zustimmend Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 166f.

⁴³⁷ Kapitel Sieben, weil sittenwidrig iSd § 879 ABGB.

⁴³⁸ Auer, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138, der einen Überblick über den Meinungsstand gibt und sich mit der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht (§ 20 Abs 2 GmbHG, §§ 50, 126 HGB etc) auseinandersetzt.

⁴³⁹ Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1129 mwN.

⁴⁴⁰ Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1007 Rz 4 mwN; Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, § 1016 Rz 5; Koziol/Welser¹², 214f.

Ermessensspielraum eklatant überschreitet, muss es daher auch dem begünstigten Vorstandsmitglied auffallen, das der Aufsichtsrat nicht im Unternehmenswohl handelt.⁴⁴¹

In der deutschen Literatur⁴⁴² wurde die Diskussion eröffnet, ob es überhaupt erforderlich sei, sich bei Geschäften zwischen Aktiengesellschaft und Vorstands am evidenten Missbrauch festzuklammern. Insbesondere *Fleischer* bringt das Argument, dass sich Aufsichtsratsmitglieder bei Drittgeschäften mit der Gesellschaft nicht auf die unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstandes berufen können und sich somit umgekehrt Vorstandsmitglieder auch nicht auf die organschaftliche Vertretungsmacht des pflichtwidrig handelnden Aufsichtsrats berufen können. Seiner Ansicht nach handelt es sich hierbei nicht um einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots, sondern um eine teleologische Reduktion der Vertretungsregeln bei Insider-Geschäften.⁴⁴³

Dieser Ansicht ist zu folgen, da sie dem Grundgedanken, dass es auf die Evidenz der Missbräuchlichkeit des Vertreterverhaltens nicht ankommt und daher dem Vorstandsmitglied kein besonderer Vertrauensschutz zusteht, zweifelsohne folgt. Dieser Grundsatz ergibt sich auch schon aus den oben besprochenen Verkehrsschutzgründen.⁴⁴⁴ *Fleischer* wählt zwar einen etwas anderen Lösungsansatz, kommt im Ergebnis aber zur selben bzw ähnlichen Lösung wie die herrschende Meinung. ME spielt dieser eingeschränkte Vertrauensschutz in der Praxis keine allzu große Rolle, da jedes Vorstandsmitglied als „Insider“ die nötige Evidenzkenntnis besitzen soll bzw muss und sich ihm die Pflichtwidrigkeit aufdrängen müsste.⁴⁴⁵ Eine andere Situation liegt wohl beim erstmaligen Abschluss eines Anstellungsvertrages vor, da hier dem neu in die Gesellschaft eintretenden Vorstandsmitglied ein umfassender Einblick in die Lage der Gesellschaft und den Aufgabenbereich fehlt. Diese Ausnahme gilt jedoch nur beim erstmaligen Abschluss eines Vorstandsvertrages, da ein Vorstandsmitglied bei Vertragsverlängerung bzw Auflösungsvereinbarungen über das gleiche „Insider-Wissen“ wie der Aufsichtsrat verfügt und ihm die Unangemessenheit der Bezüge auffallen hätte müssen.⁴⁴⁶

Es ist festzuhalten, dass eine Verletzung des § 78 AktG aus einem Mißbrauch der Vertretungsmacht resultieren kann. Fälle der Kollusion sind somit im Bereich der Vergütung

⁴⁴¹ Dies ist die herrschende Meinung. Vgl. statt vieler *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515f mwN.

⁴⁴² *Fleischer*, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f, *Kort*, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1127ff.

⁴⁴³ *Fleischer*, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), 1322f.

⁴⁴⁴ Kapitel Sieben.

⁴⁴⁵ *Martens*, Vorstandsvergütungen auf dem Prüfstand, ZHR 2005, 135ff; zustimmend *Graf*.

⁴⁴⁶ *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515f; zustimmend *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 166f.

denkbar und die Konsequenz derartiger Abreden ist die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung. Die subjektive Anforderungen auf Seiten des kontrahierenden Dritten, in unserem Fall das Vorstandsmitglied, beurteilen sich unterschiedlich danach ob der Dritte bereits als Vorstandsmitglied tätig ist oder nicht. Unverhältnismäßig hohe Zahlungen müssen dem Vorstandsmitglied jedoch auffallen und können mit einer Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten begründet werden.

7.5.2 Teil- oder Gesamtnichtigkeit ?

Die Norm des § 78 AktG selbst schweigt zur Frage, ob ein Verstoß gegen das „Angemessenheitsverbot“ zur Totalnichtigkeit oder Teilnichtigkeit führt.⁴⁴⁷ Das Ziel der Norm ist es, die Gesellschaft vor einer Vermögensminderung durch ihre Organe zu schützen. Der Schutzzweck dieser Bestimmung gebietet daher, dass der unangemessen überhöhte Teil der Gesamtbezüge kein Vertragsbestandteil wird. Beide Parteien haben grundsätzlich die Bestellung zum Vorstandsmitglied sowie den Abschluss des Anstellungsvertrages auf der Basis eines angemessenen Bezuges gewollt, doch sie haben diesen grob fehlerhaft bestimmt. Ein vertragsloser Zustand als Grundlage der Bestellung ist von beiden Parteien somit nicht gewollt und es liegt hier also nahe, dass gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt an die Stelle des Vereinbarten tritt.⁴⁴⁸ *Haberer* ist ebenso der Ansicht, dass die Teilnichtigkeit der Vergütungsvereinbarung dem Wunsch der Parteien eher entspricht als die vollständige Nichtigkeit der Vereinbarung und spricht sich für ihre Anpassung an das Angemessene aus.⁴⁴⁹

Der Schutzzweck der Norm gibt auch keinen Anlass, um das Vertragsverhältnis als totalnichtig zu deklarieren und das bestehende faktische Synallagma bereicherungsrechtlich abzuwickeln.⁴⁵⁰ Der Vertrag ist daher zu angemessenen Konditionen unter Heranziehung des hypothetischen Parteiwillens, der im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln ist, geschlossen worden.⁴⁵¹

Es handelt sich daher bei der Ermittlung der Angemessenheit der Bezüge, unter Heranziehung der vagen Kriterien des § 78 Abs 1 AktG, um keinen „*kognitiv determinierten*

⁴⁴⁷ OGH 27.06.2006 3 Ob 66/06m.

⁴⁴⁸ § 1152 ABGB. *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal, 1155ff.

⁴⁴⁹ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 166; der eine Anpassung an das Angemessene vorschlägt.

⁴⁵⁰ *Kort*, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1132ff.

⁴⁵¹ *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal, 1155ff.

Erkenntnisakt“, ⁴⁵² sondern um einen unternehmerischen Ermessensspielraum. Die Teilnichtigkeit des Vertrages anzunehmen, anstatt die Schadenersatzansprüche des Unternehmens zu beschränken, hat den Vorteil, dass überhöhte Beträge ohne Klärung der Verschuldensfrage gemäß § 1435 ABGB kondiziert werden können. ⁴⁵³ Die überhöhte Vorstandsvergütungsvereinbarung ist daher nicht in ihrer Gesamtheit nichtig, sondern nur der überhöhte Teil der Vergütung. Es ist also von der Wirksamkeit der Vereinbarung auszugehen und es gilt aufgrund der geltungserhaltenden Reduktion eine angemessene Vergütung als vereinbart. ⁴⁵⁴

Der Ansicht *Haberers*, dass die mit dem Vorstandsmitglied abgeschlossene überhöhte Vergütungsvereinbarung nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur der überhöhte Teil der Vergütung nichtig ist, ist zuzustimmen. Die Parteien beabsichtigten, die (überhöhte) Vorstandsvergütung ursprünglich zu angemessenen Konditionen abzuschließen, weshalb eine Anpassung an das Angemessene und nicht die vollständigen Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung folgerichtig anzunehmen ist. Gemäß § 878 ABGB ist die Frage der Restgültigkeit grundsätzlich durch Auslegung des Vertrages zu lösen und da der Schutzzweck der Norm keinen Wegfall der Vereinbarung erfordert, kann es nur zu einer geltungserhaltenden Reduktion der Vergütungsvereinbarung kommen. ⁴⁵⁵

7.5.3 Sonstige Rechtsfolgen/Konditionen

Wird eine überhöhte Vergütung an das Vorstandsmitglied geleistet, ist neben der Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates bei eklatanter Ermessensüberschreitung eine Leistungskondition der AG gegen das „bereicherte“ Vorstandsmitglied in Betracht zu ziehen. Das bereicherte Vorstandsmitglied hat dann den Rückforderungsanspruch der Gesellschaft zu erfüllen. Das Nichtvorliegen des Rechtsgrundes resultiert daher aus der endgültigen Unwirksamkeit des vorliegenden Rechtsgeschäftes wegen Missbrauchs der

⁴⁵² OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t. Laut BGH liegt ein Verstoß gegen § 87 dAktG jedenfalls erst und nur dann vor, wenn „die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind“.

⁴⁵³ *Säcker/Stenzel*, Das zivilrechtliche Schicksal, 1155ff.

⁴⁵⁴ OGH 27.06.2006 3 Ob 66/06m. Der Grundsatz der „geltungserhaltenden Reduktion“, dass also nur eine Teilnichtigkeit anzunehmen ist, hat zur Voraussetzung, dass die Teilnichtigkeit aus dem Verbotszweck der verletzten Norm oder aber aus dem Parteiwillen nach der Natur und dem Zweck des Vertrags abzuleiten ist.

⁴⁵⁵ *Rummel in Rummel*³, § 878 Rz 5.

Vertretungsmacht. Nur der alleinige Verstoß gegen § 78 AktG rechtfertigt keine Kodifizierbarkeit. Die herrschende Meinung⁴⁵⁶ zieht die Leistungskondiktion gemäß § 1431 ABGB bzw 812 BGB beim Missbrauch der Vertretungsmacht bezüglich Vorstandsvergütungsvereinbarungen als Lösung heran.⁴⁵⁷

Bei Leistung einer Vorstandsvergütung in gesetz- oder sittenwidriger Art und Weise kann sich der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch somit auf § 877 bzw § 1431 ABGB stützen, jedoch kann bei Kenntnis der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des Vorstandsmitgliedes die Kondiktion aufgrund sogenannter Kondiktionssperren ausgeschlossen sein. Diese Kondiktionssperren finden sich in Österreich in § 1431 bzw § 1174 ABGB und in Deutschland in § 814 bzw § 817 BGB.⁴⁵⁸ Der OGH spricht dazu aus, dass der auf § 877 ABGB gründende Rückstellungsanspruch auch der Schranke des § 1174 Abs 1 ABGB unterliegt. Das wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung Gegebene kann danach nicht wieder zurückgefordert werden. Jemand leistet jedoch nur dann wissentlich, wenn er das Verbot – oder bei Sittenwidrigkeit deren tatsächlichen Grundlagen – kannte oder kennen musste.⁴⁵⁹ Dies wird bei der Vereinbarung einer überhöhten Vorstandsvergütung jedoch der Fall sein, da ein „gewissenhaftes“ Vorstandsmitglied weiß, ob das Vertragsangebot im Rahmen des § 78 liegt, dh die Bezüge angemessen sind und vom Unternehmensinteresse gedeckt sind.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass, wenn die Rechtsgrundlosigkeit der Vorstandsvergütung auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht im Zusammenhang mit dem Grundgeschäft zurückzuführen ist, eine Leistungskondiktion gemäß § 1431 zur Anwendung gelangt bzw bei Unerlaubtheit – Gesetzeswidrigkeit § 877 ABGB und bei der Sittenwidrigkeit fallbezogen § 1431 bzw 877 ABGB – als Leistungskondiktionen heranzuziehen sind. Unter der Voraussetzung, dass die betroffenen Vorstandsmitglieder genügend Liquidität besitzen, um den Schaden zu decken, spricht der Bereicherungsanspruch der AG die entsprechende Werthaltigkeit hat, ist als Endergebnis jeder Rückabwicklung die volle Entschädigung der Gesellschaft durch die Vorstandsmitglieder vorgesehen.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515f mwN; *Kort*, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1132ff.

⁴⁵⁷ *Kötz/Zweigert*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 541. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch § 812 BGB regelt, ebenso wie das Schweizer Obligationenrecht Art 62 OR, die Ansprüche der ungerechtfertigten Bereicherung in besonderen Abschnitten bzw umfassenden Generalklauseln.

⁴⁵⁸ *Kort*, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung DStR 2007, 1132ff; der diese Problematik aufgreift.

⁴⁵⁹ OGH 13.03.2012, 10 Ob 10/12m.

⁴⁶⁰ *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 517f.

7.6 Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates

Die Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates ist die klassische Rechtsfolge einer zu hoch vereinbarten Vorstandsvergütung. Sie tritt als Sanktion bei pflichtwidrigem Verhalten des Aufsichtsrates als erste ein und daher bildet die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates einen wesentlichen Eckpfeiler der Corporate Governance in der Kapitalgesellschaft. Das Konzept der Verschuldenshaftung ist für die Haftpflicht des Aufsichtsrates maßgebend.⁴⁶¹ Die Aufsichtsratshaftung unterteilt sich in eine Innenhaftung oder eine Außenhaftung, wobei das Aufsichtsratsmitglied im Regelfalle nur der Gesellschaft (Innenhaftung) gegenüber haftet.⁴⁶² Die an die Gesellschaft getätigte Ersatzleistung kompensiert nicht nur die durch schädliches Handeln zugefügte Vermögenseinbuße, sondern sie befriedigt auch das Gesellschafterinteresse an der Werterhaltung ihrer Anteile sowie das Gläubigerinteresse an der Sicherung ihrer Haftungsfonds. Der Beginn des haftungsbegründenden Rechtsverhältnisses ist die Annahme der Bestellung und das Ende ist das Erlöschen der Organfunktion. Die gesellschaftsrechtliche Haftung von Aufsichtsräten einer AG ist zwingend und sie kann weder durch eine im Vorhinein abgeschlossene Vereinbarung zwischen AR und Gesellschaft noch durch die Satzung abgedungen werden.⁴⁶³

Die Haftungsbestimmungen für den Aufsichtsrat verweisen auf jene des Vorstands, jedoch sind diese nur sinngemäß anzuwenden, da sich der Unterschied bereits aus der unterschiedlichen Aufgabenverteilung ableiten lässt. Dem Vorstand obliegen die Führung der Geschäfte und die Leitung der Gesellschaft (§70 AktG), während der Aufsichtsrat für die Vorstandsüberwachung und die strategische Planung zuständig ist.⁴⁶⁴ Die zu erfüllenden Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder resultieren aus den ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben, dh die Haftpflicht des Aufsichtsrates ist aus den für sie vorgesehenen gesetzlichen Aufgaben zu entnehmen. Die von einem Aufsichtsratsmitglied einzuhaltende Sorgfaltspflicht ist nach den für ihn zutreffenden Fähigkeiten und Kenntnissen sowie unter Berücksichtigung,

⁴⁶¹ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 166f; der darauf hinweist, dass der durch das VorstAG neu eingefügte § 116 Satz 3 dAktG die namentliche Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates explizit betont.

⁴⁶² *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 1047f; Die Generalklauseln in § 99 AktG und § 33 GmbHG stellen die zentralen Rechtsgrundlagen der Innenhaftung dar, wobei sich ihr normativer Gehalt überwiegend aus einer Verweisung auf die (Geschäftsführer-)Vorstandshaftung ergibt (§ 84 AktG; §§ 25,27 GmbHG).

⁴⁶³ *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 1044f.

⁴⁶⁴ die vom OGH zutreffende vorgenommene Formulierung in der Entscheidung 1 Ob 11/01 k, wo er zum Ausdruck bringt, „dass der Aufsichtsrat weder Vorgesetzter der Geschäftsführer noch ein ‚Supergeschäftsführungsorgan‘ ist.“

dass die Aufsichtsratsfunktion in der Regel nur nebenberuflich ausgeübt wird, zu beurteilen.⁴⁶⁵ Laut OGH sind alle Mitglieder des Aufsichtsrats von einem erhöhten objektiven Sorgfaltsmaßstab, der sich in der praktischen Anwendung von jenem des § 1299 ABGB kaum abhebt, betroffen, wobei ihre Haftung aber keine Erfolgshaftung ist. Nicht jedes gewagte Geschäft ist dem Aufsichtsratsmitglied als Verschulden zuzurechnen, nur die Verletzung der Pflicht zu branchen-, größen- oder situationsadäquatem Bemühen kann dem Organ als Pflichtverletzung vorgeworfen werden.⁴⁶⁶

Der OGH hat in seiner durchaus brisanten Entscheidung „Hirsch Servo-E“⁴⁶⁷ eine Haftung der beklagten Aufsichtsratsmitglieder verneint, da er in der Bewilligung einer großzügigen Abfertigungszahlung noch *„keine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraum“*⁴⁶⁸ feststellen konnte. Laut OGH obliegt es auch dem Aufsichtsrat, zu prüfen, ob der Vorstand die Ausnützung der bilanzrechtlich bestehenden Ermessensspielräume sachgemäß vorgenommen hat. Darunter fallen ua die Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten, die Festlegung von Abschreibungsmethoden sowie die Bemessung von Rückstellungen und Wertberichtigungen. Der Aufsichtsrat ist dabei verpflichtet, das Unternehmensinteresse und, in Bezug auf die Ausschüttungs- und Thesaurierungspolitik, das Selbstfinanzierungsinteresse, das Dividendeninteresse der Aktionäre sowie die langfristige Position der Gesellschaft am Kapitalmarkt als Bewertungsgrundlagen heranzuziehen. Es wird daher bei der vorzunehmenden Interessenabwägung wieder auf den vom OGH zugebilligten Ermessensspielraum verwiesen, wobei es hier ausreicht, wenn der Aufsichtsrat den ausgeschöpften Ermessensspielraum als adäquat ansieht.⁴⁶⁹ Diese Parameter bilden nur die Eckpfeiler des Ermessensspielraums, in welchem der Aufsichtsrat seine Entscheidung zu treffen hat, der Judikatur ist jedoch zuzustimmen, dass dem Aufsichtsrat bei einer nachprüfenden Kontrolltätigkeit ein breiter unternehmerischer Ermessensspielraum zukommt.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 99 Rz 5f.

⁴⁶⁶ OGH 22.05.2003, 8 Ob 262/02s.

⁴⁶⁷ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t. In dieser Entscheidung ging es um die Auszahlung eines „großzügigen“ Golden Handshakes an nicht ganz freiwillig ausscheidende Vorstandsmitglieder zum Wohle der Gesellschaft.

⁴⁶⁸ Siehe dazu Kapitel Elf; Bereits der BGH hat in seiner Entscheidung vom 21.12.2005, 3 StR 470/04, ausgesprochen, dass der Aufsichtsrat bei der Vorstandsvergütungsbemessung einen unternehmerischen Bemessungsspielraum hat.

⁴⁶⁹ OGH 22.05.2003, 8 Ob 262/02s.

⁴⁷⁰ Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 1047f.

7.7 Ergebnis

Es kann somit festgehalten werden, dass eine überhöhte Vergütungsvereinbarung zwischen Vorstandsmitglied und Aufsichtsrat die Wirksamkeit des Vorstandsvertrages inklusive der überhöhten Bezüge unberührt lässt und sie nicht zur Nichtigkeit dieser Vereinbarung gemäß § 879 ABGB führt. § 78 AktG ist kein Verbotsgesetz, sondern stellt eine flexible Schranke dar, um den Ermessensspielraum des Aufsichtsrates zu begrenzen. Obwohl eine überhöhte Vorstandsvergütungsvereinbarung in der Regel nicht nichtig gemäß § 879 ABGB ist und § 78 AktG kein Verbotsgesetz darstellt, kann die Vereinbarung eines überhöhten Vorstandsbezuges unter dem Blickwinkel des Missbrauchs der Vertretungsmacht des Aufsichtsrates unwirksam bzw nichtig sein. Eine Ausnahme besteht beim erstmaligen Abschluss eines Vorstandsvertrages, da hier mangels „Unternehmenskenntnis“ die Pflichtwidrigkeit des Aufsichtsrates dem neu eingetretenen Vorstandsmitglied nicht vorwerfbar ist. Die Nichtigkeit bzw Unwirksamkeit der Vorstandsvergütungsvereinbarung trifft aber nur den über eine angemessene Vergütung hinausgehenden Teil der Vereinbarung. Neben den Schadenersatzansprüchen der AG gegenüber dem Aufsichtsrat sowie dem Vorstandsmitglied kann auch ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied für bereits bezahlte Vergütungen bestehen.⁴⁷¹

⁴⁷¹ Siehe dazu bereits 7.5.3.

8 Sonstige Lösungswege zur Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung

8.1 Einleitung

Die Frage der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen rückte selbstverständlich durch die Finanzkrise wieder in den öffentlichen Fokus. Die vor allem in Zeiten der Finanzkrise neuerlich aufflammende Debatte über die Höhe der Vorstandsvergütung haben insbesondere Politiker als medienwirksames Diskussionsthema entdeckt.⁴⁷² Insbesondere überhöhte Vorstandsvergütungen waren das Resultat von zweifelhaften und kurzfristigen Vergütungsinstrumenten, die schließlich als Endergebnis in der Wirtschaftskrise gipfelten. Es bestand daher rascher, gesetzlicher Handlungsbedarf, weshalb der deutsche Gesetzgeber wenig später dem öffentlichen Druck nachgab und das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung zur Regulierung von überhöhten Vorstandsgehältern verabschiedet hat (VorstAG).⁴⁷³

Es stellt sich nun die Frage, ob die Wirtschaftskrise nicht zugleich eine Vertrauenskrise in das Aktienrecht bzw in die freie Marktwirtschaft ist, da die Regulierungsmacht der freien Marktwirtschaft immer häufiger hinterfragt wird und insbesondere die Ausgestaltung der Organvergütung als „mahnendes“ Beispiel herangezogen wird.⁴⁷⁴ Dies sind aber nicht die einzigen Gründe, weshalb eine angemessene Sicherung der Vorstandsvergütung bzw eine Überprüfung der dazu verwendeten Methoden verlangt wird.

⁴⁷² Die Presse 3.12.2009, Bundeskanzler Faymann: „*Weniger Egoismus, mehr Solidarität.*“

⁴⁷³ *Nießen*, Neue Regeln für die Vorstandsvergütung, NJW-Spezial, 479; der darauf hinweist, dass der deutsche Gesetzgeber mit dieser Einführung versucht hat, vor allem Anreize zur nachhaltigen und langfristigen Unternehmensführung zu verbessern.

⁴⁷⁴ Siehe dazu *Hamann*, Was kostet ein Manager, BJR 2010, 27.

8.2 Lösungswege für die Angemessenheitssicherung der

Vorstandsvergütung

Die historische Entwicklung der Angemessenheitssicherung in Österreich zeigt, dass in Österreich bisher zwei verschiedene Grundvarianten herangezogen wurden, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung zu sichern. Erstens die Nichtregulierung des Marktes und zweitens die Ansätze der Selbstregulierung in einem vorgegebenen Rahmen.⁴⁷⁵ Beide Varianten vermochten in der Vergangenheit nicht restlos zu überzeugen, weshalb im Folgenden auf vorhandene bzw neue Lösungswege zur Sicherung der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in Österreich eingegangen werden soll.

8.2.1 Angemessenheitssicherung durch die freie Marktwirtschaft?

Die Privatautonomie in Gestalt der Vertragsfreiheit wird insbesondere im Gesellschaftsrecht hochgehalten.⁴⁷⁶ Das angestrebte Ziel der Privatautonomie ist die optimale Verteilung bestehender Güter durch einen funktionierenden Markt. Es muss somit eine geeignete Methode zur Festsetzung der Vergütungen (Gegenleistung) gefunden werden, um die Prüfung der Angemessenheit der Vorstandsbezüge vornehmen zu können. Bei der Prüfung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen folgt aus der Natur des Rechtsgeschäftes, dass sich aus allen möglichen Verrechnungspreismethoden nur der Marktvergleich, dh die Marktpreisvergleichsmethode, als geeignet erweist.⁴⁷⁷ Der jüngst reformierte § 78 AktG misst die Angemessenheit der Vorstandsvergütung nunmehr auch daran, dass die „*Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den üblichen Vergütungen*“⁴⁷⁸ stehen müssen. Es gibt jedoch keine Gewähr dafür, dass alles, was sich am Markt als üblich herausgestellt hat, auch tatsächlich angemessen ist, und es liegt vielmehr der Verdacht nahe, dass es vielfach zu

⁴⁷⁵ Bei diesen Ansätzen bleibt es den Betroffenen vorbehalten, den gesetzlichen Rahmen zu gestalten bzw auszunutzen.

⁴⁷⁶ dazu bereits siebtes Kapitel, *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 10.

⁴⁷⁷ *Gröhs/ Havranek/Prändl*, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzkrise, Aufsichtsrat aktuell, 1/2009, 9.

⁴⁷⁸ Dies war jedoch auch schon bisher herrschende Meinung; so auch *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG² (2012), § 78 Rz 4.

Marktversagen kommt.⁴⁷⁹ Marktmechanismen haben somit keine bzw kaum eine moderierende Wirkung auf die Vorstandsbezüge.

Diese Tatsache alleine führt zwar noch zu keiner generellen Untauglichkeit des Verhandlungsmodells, doch es liegen weitere Gründe vor, die daran zweifeln lassen. Die Grundsätze guter Corporate Governance fordern auch, dass „*die variablen Vergütungsteile insbesondere an nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien anknüpfen, auch nicht-finanzielle Kriterien mit einbeziehen und nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten dürfen.*“⁴⁸⁰ Es wird somit das Argument vorgebracht, dass die privatautonome Gestaltung der Bezüge völlig ausreicht, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung sicherzustellen. Untermauert wird diese Ansicht mit der Begründung, dass die Bezüge durch die vertragliche Gestaltungsmöglichkeit der Vorstandsvergütung mit variablen Elementen automatisch reduziert werden, wenn sich die Lage des Unternehmens verschlechtert.⁴⁸¹ Dieses Argument ist jedoch nur bedingt schlüssig, da weder die freiwillige Offenlegungsmöglichkeit zu ausreichender Transparenz führte noch das freiwillige Anreizvergütungssystem die Höhe der Vorstandsvergütung in die „angemessene“ Höhe lenkte. Die variablen Vergütungselemente spielen erst in jüngster Vergangenheit eine wichtige Rolle, weshalb ihre Ausgestaltung auch noch nicht „ausgereift“ ist.

Die Einwände grundsätzlicher Natur gegen funktionale bzw anreizorientierte Vergütungselemente haben vor allem in den letzten Jahren vehement zugenommen.⁴⁸² Die Kritik richtet sich insbesondere darauf, dass anreizorientierte Vergütungselemente (im Speziellen die Aktienoptionen) keine Begründung dafür liefern können, warum der Gesamtbezug (fix und variabel) die ursprüngliche Vergütung nun um ein Vielfaches übersteigt, wobei die Anreizwirkung nicht proportional mit der absoluten Höhe des Gehalts ist. *Thüsing* formuliert seine Gedanken dazu wie folgt:

Zum einen begrenzt der abnehmende Grenznutzen von Geld den steuernden Effekt immer höherer Zahlungen; Anreizwirkungen wachsen nicht proportional, sondern lediglich

⁴⁷⁹ *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 11.

⁴⁸⁰ Österreichischer Corporate Governance Kodex idF Juli 2012, Regel C 27.

⁴⁸¹ *Sommerfeld*, Der neue Rechtsrahmen für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung, 1.Auflage 2011, 14.

⁴⁸² *Thüsing*, *iustum pretium*, ZGR 2003, 474f; der weitere Argumente gegen anreizorientierte Vergütungselemente anführt; zustimmend *Fleischer*, Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung, 502; der darauf hinweist, dass die neu gewonnenen Erkenntnisse aus der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts, die Eignung variabler Vergütungsbestandteile stark bezweifeln.

*degressiv. Mögliche Steuervorteile werden also immer teurer erkaufte, und deren Nutzen ist dadurch, je höher die Vergütungen wachsen, immer schwieriger zu belegen.*⁴⁸³

Dieser Ansicht ist mE grundsätzlich zu folgen, wobei einzuräumen ist, dass die Tatsache der Anreizschaffung nichts über deren angemessene „Höhe“ aussagt. Die Aufgabe anreizorientierter Systeme liegt mE demnach nicht darin, eine angemessene Vergütungshöhe zu ermitteln, sondern (vor)-bestimmte bzw definierte Unternehmensziele zu erreichen. Im Lichte der freien Marktwirtschaft wird auch das Principal Agent-Modell kritisch beleuchtet.⁴⁸⁴ Es wird ihm unterstellt, auf unzutreffenden Prämissen zu beruhen, nämlich einerseits die Bevorzugung nachlässiger Arbeiten durch das Vorstandsmitglied sowie andererseits die Verfolgung seiner finanziellen Interessen zum Nachteil der Gesellschaft.⁴⁸⁵

Es besteht eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Aktionären und dem Vorstand, da der Vorstand über die Lage der Gesellschaft besser informiert ist, die Informationsflüsse nach außen steuert und damit einer Überprüfung durch die Aktionäre „entwischt“. Der Gesellschaft entstehen durch diese Konstellation zusätzliche Kosten, da sie das vorherrschende Informationsdefizit verringern und eigenen und fremden Interessen einander angleichen muss. Diese beiden Aspekte führen zu einer Senkung des Unternehmenswertes für aktuelle und zukünftige Aktionäre. Die für die Gesellschaft dadurch eintretenden negativen Folgen sind der Wohlfahrtsverlust und ein Verteilungsungleichgewicht.⁴⁸⁶ Die Vorreiterrolle der Privatautonomie in der Vorstandsvergütung ist somit keinesfalls gewährleistet und sie sieht sich, von den Problemen der variablen Vergütungsbestandteile abgesehen, noch mit weiteren Nachteilen konfrontiert. Autonome Privatbeteiligte bilden die Grundvoraussetzung in der Privatautonomie, doch gerade darin liegt in diesem Fall das Problem, da die Gesellschaft als Vertragspartnerin nicht

⁴⁸³ *Thüsing*, iustum pretium, ZGR 2003, 474f; der weitere Argumente gegen anreizorientierte Vergütungselemente anführt.

⁴⁸⁴ *Bücheler*, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 240f; Die Kritik richtet sich insbesondere an den Aufsichtsrat und Vorstand, da deren teilweise eigennütziges, gegenüber den Anteilseignern opportunistisches Verhalten unweigerlich Agency Kosten produziert.

⁴⁸⁵ *Spindler* in Münchener Komm AktG³, § 87 Rz 41. Der auf menschlicher Risikoaversion beruhende psychologische Abzinsungseffekt (Construal level theory) wird als zusätzliches Argument ins Treffen geführt. Dieser sagt voraus, dass die Angemessenheit bei variablen Vergütungsbestandteilen systematisch verzerrt wird und aufgrund dieser Verzerrungen die Gesamtkosten der Gesellschaft in die Höhe getrieben werden; siehe dazu *Trope & Liberman* (2010), Construal-level theory of psychological distance. *Psychological Review*, 117(2), 440-463. „*Construal level theory (CLT) is a theory in social psychology that describes the relation between psychological distance and the extent to which people's thinking (e.g., about objects and events) is abstract or concrete.*“

⁴⁸⁶ Siehe dazu ausführlich *Baumüller/Sopp*, Ausgestaltung von Vorstandsvergütungssystemen – Herausforderungen für den Aufsichtsrat, AR aktuell 2011, 20f.

autonom, sondern durch den Aufsichtsrat als ihren gesetzlichen Vertreter fremdbestimmt ist. Dieses Problem wäre ja noch tolerierbar, wenn der Aufsichtsrat selbst autonom handeln würde, aber dieser findet sich in einem mehrfachen Zielkonflikt wieder.

Einerseits befindet sich der Aufsichtsrat in dem bereits oben beschriebenen Principal Agent-Konflikt,⁴⁸⁷ andererseits kann er nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des Schadenersatzrechtes gemäß § 84 iVm 99 AktG zur Haftung herangezogen werden. Überhöhte Bezüge werden in der derzeitigen Rechtspraxis in der Regel nicht sanktioniert, weshalb fremdes Geld schnell verschenkt ist.⁴⁸⁸ Außerdem besteht die Gefahr eines back scratching⁴⁸⁹, dh der Aufsichtsrat und der Vorstand bewilligen sich gegenseitig überhöhte Vergütungen. Dieses Phänomen lässt sich einfach erklären: Das Aufsichtsratsmitglied ist oft selbst Vorstandsmitglied in einer anderen Gesellschaft und es hat somit nur geringes Interesse an abgesenkten Bezügen, da es ja selbst eine „angemessene“ Vergütung erhalten möchte.⁴⁹⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass privatautonome Vereinbarungen nicht der Weisheit letzter Schluss sind und sie sich sehr eingeschränkt bzw kaum dazu eignen, die Angemessenheitssicherung von Vorstandsvergütungen vorzunehmen. Die Angemessenheitsbestimmung allein dem Markt zu überlassen, ist also nur dort möglich und richtig, wo dieser auch komplikationslos funktioniert.⁴⁹¹

8.2.2 Transparenz

Eine weitere Variante, um die Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung vorzunehmen, stellt die Vergütungstransparenz dar. Es ist nicht verwunderlich, dass der Gesetzgeber der Offenlegung der Vorstandsbezüge immer mehr Gewicht beimisst, denn sie stellt ein wichtiges Instrument dar, um die Angemessenheit durch Verfahren zu sichern.⁴⁹² Ziel dieses wachsenden Publizitätsgedanken ist es, die unmittelbare Regulierung, die sich

⁴⁸⁷ Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch des Aufsichtsrates, 1043f; Büchele, Corporate-Governance, GesRZ 2004, 240f; Bei der Principal Agent-Situation verfügt der Aufsichtsrat über fremdes Vermögen und mit diesem lässt sich bekanntlich sorgloser umgehen als mit eigenem.

⁴⁸⁸ Thüsing, iustium pretium, ZGR 2003, 466f.

⁴⁸⁹ Tirole, Hierarchies and Bureaucracies, on the Role of Collusion in Organization, Journal of Law, Economics & Organization 1986, 182; beschreibt back scratching mit folgenden Worten: “a ‘nexus of informed parties, that is within a group of parties that can manipulate the information received by the rest of the organisation”.

⁴⁹⁰ Thüsing, iustium pretium, ZGR 2003, 466.

⁴⁹¹ Siehe dazu bereits Kapitel Sieben.

⁴⁹² Vgl die Änderungen im UGB durch das 2. Stabilitätsgesetz bzw die dazugehörige ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 31.

durch Ge- und Verbotsnormen zeigt, durch die mittelbare Regulierung, die sich in Form von Information bzw Informationspflichten äußert, zu verdrängen. Die dadurch gewonnene größere Liberalität zeigt, dass der Staat sich schrittweise aus der Regulierungsverantwortung zurückzieht und der Markt die Steuerungsfunktion übernimmt.⁴⁹³

Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht, in dem der allgemeinen Publizität als Instrument gegen informationsbedingtes Marktversagen schon sehr lange Bedeutung im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht zukommt, hat sich diese in Österreich erst in den letzten Jahren etabliert.⁴⁹⁴ Trotz aller positiven Voraussetzungen, die das Transparenzgebot mit sich bringt, sollten die Erwartungen nicht zu hoch gesetzt werden. Das viel zitierte Beispiel des Disney-Vorstandes Ovitz verdeutlicht, dass auch die „besten“ Publizitätsvorschriften nicht vermeiden können, unangemessene Vergütungen zuzulassen. Das Lösungsmodell des Transparenzansatzes ist vor allem in Österreich ein noch nicht ausgereiftes bzw junges Regelungs- und Steuerungskonzept, das in den nächsten Jahren einen „Reifungsprozess“ zu durchlaufen hat, um den gewünschten Effekt herbeizuführen. Bis es jedoch soweit ist, müssen die auftretenden Problembereiche bei der Einzelveröffentlichungspflicht der Vorstandsbezüge, die vor allem in der österreichischen Literatur thematisiert werden, ausgemerzt sein.⁴⁹⁵

Die im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012 durchgeführten Änderungen im Bereich der Vorstandsvergütung wirkten sich neben dem AktG auch auf das UGB aus. Gemäß § 243b Abs 2 Ziffer 3 UGB⁴⁹⁶ sind nunmehr börsennotierte oder kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften verpflichtet einen Corporate Governance Bericht aufzustellen, indem auch die Gesamtbezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder (§ 239 Abs. 1 Z 4 lit a) und die Grundsätze der Vergütungspolitik anzugeben sind.⁴⁹⁷ Diese Angaben sind nicht nur datenschutzrechtlich bedenklich, sondern es kommt auch zu einer Kollision mit dem Recht der Privatsphäre des Vorstandsmitgliedes.⁴⁹⁸ Dies ist mE auch der Hauptgrund warum die C-Regel 31 des ÖCGK die am meisten „verschmähte“ Regelung des gesamten Kodexes war.

⁴⁹³ Merkt, Das Informationsmodell im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, zfbf Sonderheft 55/06, 24.

⁴⁹⁴ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 275. Jüngstes Beispiel ist die Einführung des § 243b Abs 2 lit 3 UGB im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012.

⁴⁹⁵ Kritisch dazu Schrank/Meier, Neue Benimmregeln für Vorstand und Aufsichtsrat, AR aktuell 2012, 6; auch Felzl, Industrie zu geplanten Änderungen des Aktiengesetzes: „Zurück an den Start“, GES 2012, 157.

⁴⁹⁶ Gemäß § 243b Abs 2 war in diesem Bericht bisher nur anzugeben, welche Maßnahmen zur Förderung von Frauen im Vorstand, im Aufsichtsrat und in leitenden Stellungen (§ 80 AktG) der Gesellschaft gesetzt wurden und die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie seiner Ausschüsse.

⁴⁹⁷ Frotz/Schörghofer, Neuerungen im Gesellschaftsrecht durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012, RdW 2012, 384f.

⁴⁹⁸ Dazu bereits kritisch VfGH 28.11.2003, KR 1/00 u.a., VfSlg.17.065.

Das Sprichwort „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“ trifft in diesem Kontext genau auf den Punkt, denn sehr vielmehr sagt diese Bestimmung dazu nicht aus.⁴⁹⁹

ME bringt diese Einzelveröffentlichungspflicht jedoch nur einen geringen Informationsmehrwert für den Anleger, da dieser auch schon bisher grob einschätzen konnte, was das einzelne Vorstandsmitglied verdient. Andererseits ist davon auszugehen, dass die Publizitätsvorschrift zu internen Korrekturen führen kann, dh dort zielführend eingreift, wo es verlangt wird. Sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat ist bekannt, dass ihre Bezüge veröffentlicht werden, und die Bestimmung nimmt unter diesen Umständen wohl eine korrigierende Aufgabe wahr.⁵⁰⁰ Durch § 243b UGB wurde ein Schritt in die richtige Richtung getan, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung sicherzustellen. Mit dieser Bestimmung wird nicht nur die Transparenz der Vergütungen gefördert, sondern auch ihre Nachhaltigkeit fester verankert.⁵⁰¹ Diese beiden Effekte sind daher wohlwollend zu begrüßen. Der Kostenaufwand, den ein Transparenzmodell verursacht, hält sich wohl in Grenzen,⁵⁰² da der Großteil der Regelungen in Österreich nur mehr „verpflichtend“ umzusetzen bzw zu kodifizieren ist. Es handelt sich hierbei vorwiegend um bereits im ÖCGK statuierte Regelungen, von denen ohnehin nur kapitalmarktorientierte AGs betroffen sind.⁵⁰³ ME ist das Transparenzmodell ein sehr guter Lösungsansatz, um eine angemessene Vorstandsvergütung sicherzustellen, wobei die Entwicklung anderer alternativer Sanktionsmechanismen nicht aus den Augen verloren werden darf, da auch diese Variante keine immer funktionierende Endlösung ist, wie das US-amerikanische Beispiel von Herrn Ovitz verdeutlicht.⁵⁰⁴

8.2.3 Beschluss der Hauptversammlung gegenüber Vorstandsgehältern

Ein weiterer möglicher Lösungsansatz zur Angemessenheitssicherung wäre, auch die Anteilseigner selbst zur Angemessenheitskontrolle der Vorstandsvergütung heranzuziehen und dadurch den Aufsichtsrat von seinen Pflichten als fremder Vermögensverwalter zu entbinden. Der Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung für Aktienoptionen gemäß

⁴⁹⁹ Zustimmend auch *Schrank/Meier*, AR aktuell 2012, 6 mwN, die dafür plädieren, die Regelung zu überdenken bzw auf staatsnahe Betriebe einzuschränken.

⁵⁰⁰ *Moser*, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 275.

⁵⁰¹ *Thüsing/Forst*, Nachhaltigkeit als Zielvorgabe für die Vorstandsvergütung, GWR 2010, 515f mwN.

⁵⁰² Die deutsche Literatur ist hier jedoch anderer Meinung: Sie sieht sich aufgrund des erheblichen Regulierungsaufwandes durch das verursachende Transparenzmodell gezwungen, kostengünstigere Lösungsansätze zu finden.

⁵⁰³ *Moser*, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 279.

⁵⁰⁴ Dazu siehe bereits Fn 232.

§ 159 Abs 2 Ziffer 3 AktG liefert dafür einen ersten wertvollen Anhaltspunkt, denn er fördert das Mitspracherecht der Aktionäre.⁵⁰⁵ Eine der österreichischen Regelung vergleichbare Aktionärsbeteiligung, die jedoch nur rein konsultativen Charakter besitzt und nicht nur auf Aktienoptionen abzielt, findet sich in § 241A der englischen Directors' Remuneration Report Regulations 2002⁵⁰⁶ wieder.⁵⁰⁷ Aktiengesellschaften in Großbritannien müssen demnach einen jährlichen Vergütungsbericht offenlegen, worin die wesentliche Geschäftspolitik der Gesellschaft sowie die Gesamtvergütung der Direktoren individuell aufgeschlüsselt dargestellt werden.⁵⁰⁸ Dieser Lösungsansatz kann durchaus erfolgreich sein, wie sich am Beispiel des britischen Pharma Konzerns Glaxo Smith Kline zeigt.⁵⁰⁹

Der vorgeschlagene Lösungsweg, die Hauptversammlung in die Bestimmung der Vorstandsvergütung miteinzubeziehen, lässt jedoch noch immer berechtigte Zweifel an seiner Durchsetzungsmöglichkeit aufkommen. Eine überhöhte Vergütung verringert den Unternehmensgewinn, der im Regelfall an den einzelnen Aktionär ausbezahlt wird, kaum, weshalb sich das Desinteresse des einzelnen Aktionärs, die Vorstandsvergütung aktiv mitzugestalten, einfach begründen lässt. Genau dies ist aber der springende Punkt und darin liegt gleichzeitig auch das Problem, wenn die Höhe der Vorstandsvergütung vereinbart wird. In der Praxis wird die Stimmrechtsausübung oft von großen depotverwaltenden Banken vorgenommen, weshalb der Anreiz, sich für eine niedrige Vergütung in der Hauptversammlung einzusetzen, für den Anteilseigner daher komplett verloren geht.⁵¹⁰

Diese Argumente verdeutlichen, warum eine Kontrolle durch Aktionäre in der Regel nicht stattfindet und in der Praxis bis jetzt auch sehr selten angenommen wurde. Es ist mE an der Zeit, diesen „aktionärsuntätigen“ Zustand zu beseitigen und eine praxisorientierte Lösung zu mehr Anteilnahme der Aktionäre zu kreieren.⁵¹¹ ME wäre der Gesetzgeber gut beraten, dem

⁵⁰⁵ § 159 Abs 2 Z 3 Satz 1 AktG lautet: „Zu einer bedingten Kapitalerhöhung für die Einräumung von Aktienoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Mitglieder des Vorstands kann die Hauptversammlung den Vorstand bis zu einem bestimmten Nennbetrag auch ermächtigen.“

⁵⁰⁶ § 241A (3): „The company must, prior to the meeting, give to the members of the company entitled to be sent notice of the meeting notice of the intention to move at the meeting, as an ordinary resolution, a resolution approving the directors' remuneration report for the financial year.“

⁵⁰⁷ Körner, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in 3 87 AktG – Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2004, 2702; The National Archives, The Directors' Remuneration Report Regulations 2002, Online im Internet: www.legislation.gov.uk/uksi/2002/1986/regulation/7/made (Stand 04.09.2012).

⁵⁰⁸ Thüsing, ZIP 2005, 1389.

⁵⁰⁹ Thüsing, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen – Mögliche Handlungsoptionen zur Sicherstellung, DB 2003, 1614; der darauf hinweist, dass Glaxo Smith Kline nach Abstimmungsniederlage über die Vorstandsvergütung für seinen CEO sein Vergütungssystem anpassen musste.

⁵¹⁰ Thüsing, iustium pretium, ZGR 2003, 466.

⁵¹¹ Sigmund/Inacker, Neues Aktiengesetz stößt bei Union auf Zustimmung, Online im Internet: www.handelsblatt.com/politik/deutschland/regulierung-von-managergehaeltern-neues-aktiengesetz-stoesst-bei-union-auf-zustimmung/7926168.html (Stand 14.04.2013).

bereits erwähnten britischen Modell zu folgen und die derzeit bestehenden Regelungen zumindest auf andere variable Vergütungsbestandteile hin auszuweiten. Die Durchführung ist einfach und dieser Ansatz hat sich in der Vergangenheit als sinnhafte Alternative erwiesen. Ein konsultatives Votum der Hauptversammlung wäre wünschenswert, sofern sich keine eigene konstitutive gesetzliche Lösung erarbeiten lässt.

8.3 Klagerecht der Aktionäre

Ein weiterer Weg, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung zu sichern, wäre, den Klageweg zu bestreiten. Außer der Hauptversammlung steht auch Aktionären, die – zusammen oder für sich allein – wenigstens 10% des Grundkapitals repräsentieren, das Recht zu, die Geltendmachung der Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber den Gründern und Prüfern aus der Gründung oder gegen die Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats aus der Geschäftsführung durchzusetzen.⁵¹² Die Ausdehnung bzw erleichterte Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch eine Aktionärsminorität könnte ein geeignetes Mittel zum Zweck sein, um § 78 AktG auch für die Anteilseigner zugänglicher zu machen.

Diese Klagemöglichkeit wird ein rational wirtschaftlich denkender Aktionär, sofern es ihm aufgrund seiner gehaltenen Anteile überhaupt möglich ist, jedoch nicht in Anspruch nehmen, da die damit verbundene mediale Präsenz ihm bzw der Gesellschaft meist mehr schaden als nützen würde. Es besteht zusätzlich die Angst, bei einer Niederlage auf den Prozesskosten sitzenzubleiben. Ein einzelner Aktionär wird der „überhöhten“ Vorstandsvergütung somit kaum Beachtung schenken, wenn diese seine anfallende Dividende nicht schmälert.⁵¹³ Die „unangemessene“ Vergütung ist im Verhältnis zum Unternehmensgewinn viel zu klein, um sich darüber aufzuregen und der Anreiz, dagegen vorzugehen, ist daher meist gar nicht erst vorhanden. Aus diesem Grund scheint diese Lösungsvariante mE zur Angemessenheitssicherung nicht besonders geeignet und wird auch in der Praxis kaum wahrgenommen.

⁵¹² §§ 130, 135 AktG.

⁵¹³ Zustimmend *Thüsing*, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen, DB 2003, 1615.

8.4 Steuerliche Berücksichtigung von Vorstandsvergütungen

Der steuerrechtliche Lösungsansatz entstammt wiederum dem US-amerikanischen Recht und erscheint auf den ersten Blick durchaus plausibel. Der Vorreitergedanke, die steuerliche Abzugsfähigkeit von Vorstandsgehältern für die Gesellschaft zu begrenzen, kann im Gegensatz zur Formulierung von Gehaltshöchstgrenzen auch leichter umgesetzt werden. Die vorzügliche Eignung des Steuerrechts ergibt sich vor allem aus der Elastizität des Mittels, da es ausreichend Spielraum gewährt und dennoch Standards setzt.⁵¹⁴ Der Gedanke zur begrenzten Abzugsfähigkeit findet sich in Österreich für Aufsichtsrats- und Verwaltungsvergütungen in § 12 Abs 1 Ziffer 7 KStG wieder. Dieser Paragraph gilt jedoch nicht für Vorstandsgehälter. Dieser steuerrechtliche Ansatz ist aber umstritten, da eine verfassungsrechtliche Prüfung zu erheblichen gleichheitsrechtlichen Bedenken in Bezug auf die steuerliche Abzugsfähigkeit von Aufsichtsrats und Verwaltungsvergütungen führt.⁵¹⁵

ME ist dieser Ansatz eine sehr gute Wahl, um Vergütungen jeglicher Art in angemessener Weise zu begrenzen, wobei die Frage nach der Höhe weiterhin unbeantwortet bleibt. Diese Grenze kann nämlich der Höhe nach nicht unterscheiden, weshalb ein Steuerungseffekt im Bezug auf etwaige Höchstgrenzen ausbleibt. Die Setzung eigener Standards und Wertregulierungen ist für sie daher unmöglich.⁵¹⁶ Allen Vorbehalten zum Trotz erachte ich es für durchaus plausibel, durch das Steuerrecht differenzierende Behandlungsmöglichkeiten der Vorstandsvergütung vorzunehmen. Insbesondere die Einführung möglicher Grenzwerte, ab denen Gehälter nicht mehr steuerlich abzugsfähig sind, ist ein durchaus überlegenswerter Regelungsansatz, der sich eine genauere Betrachtungsweise durch den Gesetzgeber verdient.

⁵¹⁴ Thüsing, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen, DB 2003, 1614; dieser weist darauf hin, dass im amerikanischen Recht durch sec. 280g bzw sec.162 Internal Revenue Code steuerspezifische Vorschriften zur Angemessenheitssicherung bereits seit Längerem existieren.

⁵¹⁵ Hristov/Plansky/Ressler, Aufsichtsrats- und Verwaltungsratsvergütungen im KStG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, eolex 2006, 509ff.

⁵¹⁶ Thüsing, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen, DB 2003, 1614.

9 Unangemessenheit von Vorstandsbezügen wegen wirtschaftlich schwieriger Zeiten – Anpassung der Bezüge in der Krise

9.1 Vorbemerkungen

Das Sprichwort „pacta sunt servanda“ stellt einen festen Grundsatz jeder Rechtsordnung dar.⁵¹⁷ Insbesondere die Schwankungen der Weltwirtschaft, die zu einem kurzzeitigen Zusammenbruch des Wirtschaftslebens geführt haben, rücken die Frage, ob an diesem Grundsatz auch dann festzuhalten ist, wenn sich die Umstände, unter denen sich ein Schuldner zur Leistung verpflichtet hat, geändert haben, wieder in den öffentlichen Fokus. Die Frage nach den Anpassungsmöglichkeiten von Vorstandsverträgen in wirtschaftlich schlechten Zeiten taucht vor allem in der Finanzkrise wieder neu auf. Insbesondere Wirtschaftsunternehmen, die in das Marktgeschehen involviert sind, haben in der Regel ein sachlich durchaus gerechtfertigtes Bedürfnis, hohe Vorstandsbezüge von Fall zu Fall der sich ändernden Lage des Unternehmens anzugleichen. Genau dieser Punkt aber trifft die Angemessenheit der Vorstandsvergütung mitten ins Herz. Nicht die Vorstandsvergütung an sich, mag sie auch für andere Vorstandsmitglieder höher ausfallen, steht in der Kritik, sondern ihre allgemeine Höhe, auch wenn sie in dieser Branche üblich erscheint. *„Die Bestimmung der Angemessenheit allein dem Markt zu überlassen, kann nur da richtig sein, wo der Markt funktioniert.“*⁵¹⁸

9.2 Historische Entwicklung der Vorstandsvergütungsherabsetzung

Um im Folgenden die Entwicklung der Anpassungsmöglichkeit von Vorstandsverträgen in wirtschaftlich schlechten Zeiten verstehen zu können und die vom deutschen Gesetzgeber in § 87 Abs 2 verwendeten Generalklauseln „Verschlechterung“ und „Unbilligkeit“ auslegen zu können, müssen zuerst die realen Strukturen, die der historische Gesetzgeber am Ende des

⁵¹⁷ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 165ff.

⁵¹⁸ *Thüsing*, ZGR 2003, 465.

vorangegangenen Jahrhunderts vorfand, sowie die damals vorherrschende Judikatur berücksichtigt werden.⁵¹⁹ Zum damaligen Zeitpunkt war es selbstverständlich, dass der Verdienst eines (verdienten) Vorstandsmitgliedes jenes eines Mitarbeiters um ein Vielfaches überstieg. Vorstandsgehälter, die heutzutage als „normal“ angesehen werden, waren damals undenkbar und der BGH stellte in seiner Entscheidung von 1951 noch besorgt fest, *„dass das im Ruhestand befindliche frühere Vorstandsmitglied im allgemeinen wegen seines vorgerückteren Alters nicht mehr in der Lage sein wird, sich eine neue Einkommensquelle zu erschließen.“*⁵²⁰

Die unvorstellbaren Höhen der heutzutage ausgezahlten Pensionsbezüge waren damals für den BGH ein Fremdwort und es war nicht daran zu denken, dass der Gesetzgeber aufgrund einer Wirtschaftskrise jemals direkt in die unternehmerische Gehaltspolitik eingreifen würde und konkrete Höchstgrenzen für angemessene Vorstandsvergütungen vorgeben würde. Doch genau dieser Eingriff erfolgte, bedingt durch die aktuelle Wirtschaftskrise, das erste Mal durch § 5 der Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (FMStFV).⁵²¹

Ganz anders stellt sich die Situation in Österreich dar, wo der Gesetzgeber bis heute keine gesetzliche Normierung über die Höhe der Vorstandsvergütung vorgenommen hat und es auch keine gesetzlich verankerte Anpassungsmöglichkeit von Vorstandsverträgen in wirtschaftlich schlechten Zeiten gibt.⁵²² Es finden sich im Gesetz daher weder eine bestimmte Höchstgrenze für die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder noch ein Anpassungsrecht gemäß dem deutschen Vorbild nach § 87 dAktG. Im Folgenden wird auf die unterschiedliche länderspezifische Entwicklung und Behandlung von Vorstandsbezügen in wirtschaftlich schlechten Zeiten in Österreich und Deutschland sowie auf deren Vor- und Nachteile eingegangen.

⁵¹⁹ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung , GES 2010, 168f; der die restriktive Auslegung dieser beiden Kriterien in der deutschen Rechtsprechung erörtert.

⁵²⁰ *Witthun/Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 866 ff.

⁵²¹ Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes vom 20.10.2008, eBAnz AT123 2008 V1.

⁵²² *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung , GES 2010, 168f.

9.2.1 Österreich

§ 78 Abs 2 aF 1937⁵²³ lautete:

*„Tritt nach der Festsetzung der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft ein, daß die Weitergewährung der Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde, so ist der Aufsichtsrat zu einer angemessenen Herabsetzung berechtigt. Durch eine derartige Maßnahme wird der Anstellungsvertrag im Übrigen nicht berührt: jedes Vorstandsmitglied kann jedoch seinen Anstellungsvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahres mit einer Kündigungsfrist von 6 Wochen kündigen.“*⁵²⁴

§ 78 Abs 2 aF AktG wurde durch das Aktiengesetz 1965 gestrichen und der Gesetzgeber begründete die Streichung in seiner EBRV mit folgenden Worten: *„Die Vorschrift des bisherigen Abs 2 in § 78 entspricht nicht dem rechtsstaatlichen Prinzip der Vertragstreue. Sie war daher zu streichen.“*⁵²⁵

Die von Befürwortern vorgebrachte Begründung, dass dieser einseitige Eingriff *„dem bzw. den davon betroffenen Vertragspartnern aufgrund ihrer eigenverantwortlichen Leiterstellung in Bezug auf das schuldnerische Unternehmen in aller Regel eine entsprechende Mitverantwortung wenn nicht die alleinige Verantwortung dafür angelastet werden konnte“*⁵²⁶, konnte schon zum damaligen Zeitpunkt nicht zu überzeugen. Der österreichische Gesetzgeber hat sich ganz im Gegenteil zum deutschen Gesetzgeber im Zuge der Neugestaltung des § 78 AktG Abs 2 bewusst gegen eine Beibehaltung und für eine Streichung dieser Regelung ausgesprochen. Diese Maßnahme wurde vollzogen, um dadurch das rechtsstaatliche Prinzip der Vertragstreue zu sichern, da vor allem der Grundsatz, dass bei Geldschulden die mangelnde Leistungsfähigkeit des Schuldners keine schuldbefreiende Wirkung haben kann, durch diese Bestimmung untergraben würde. Die Streichung des § 78 Abs 2 wurde in der Literatur⁵²⁷ und Judikatur⁵²⁸ einheitlich befürwortet und begrüßt.⁵²⁹

⁵²³ § 78 AktG, BGBl. Nr. 98/1965.

⁵²⁴ Dieser § 78 Abs 2 ist abgedruckt in Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 645.

⁵²⁵ EBRV 301BlgNR X. GP, 69.

⁵²⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 78 Rz 143ff.

⁵²⁷ Kalss in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 132; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 78 Rz 143.

⁵²⁸ OGH 11.01.1989, 9 Ob A 513/88; Der OGH führt an, dass die Pensionsleistung ein Teil des synallagmatischen Arbeitsverhältnisses ist und der im Zivilrecht verankerte Grundsatz der Vertragstreue auch für

Es ist auch heute noch gefestigter Rechtsprechungs- und Meinungsstand, dass bei einer im Dienstvertrag verabsäumten Vereinbarung von entsprechenden vertraglichen Regelungen (zb Bindung an bestimmte Unternehmenskennzahlen) ein nachträglich einseitiger Eingriff in das bestehende Vertragsverhältnis und die damit verbundene einseitige Herabsetzungsmöglichkeit der Vorstandsbezüge für den Aufsichtsrat unzulässig sind.⁵³⁰ Zusätzlich wird argumentiert, dass ein gewissenhafter Aufsichtsrat, unter Rücksichtnahme auf den Wegfall dieser Bestimmung, die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung in ein fixes vom Marktgeschehen unabhängiges Grundgehalt sowie einen variablen Teil, der sich den Marktgeschehnissen anpasst, vornehmen sollte.⁵³¹ Die Bezugsgröße des variablen Teils sollte sich durch eine Bindung an bestimmte Indexziffern des Unternehmensgewinnes automatisch der Unternehmenssituation angleichen und ihre Bereitstellung sollte der Höhe und dem Grunde nach in der Hand des Aufsichtsrates liegen.⁵³²

Die von Befürwortern⁵³³ des § 78 Abs 2 aF vorgebrachten Argumente, die einseitige nachträgliche Änderung von Vertragsbedingungen wie in Deutschland entweder auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder auf die nachwirkende Treuepflicht ausgeschiedener Vorstandsmitglieder zu stützen, vermochten in Österreich aufgrund des „eisernen“ Festhaltens am rechtsstaatlichen Prinzip der Vertragstreue nicht zu überzeugen.⁵³⁴ Der Aufsichtsrat kann daher keine einseitige Kürzung der Leistungsverpflichtung vornehmen, auch wenn sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens verschlechtert hat. Die einzig ihm verbleibende Möglichkeit besteht darin, den Vorstandsvertrag zu ändern, wobei die organschaftliche Treuebindung des Vorstandsmitgliedes nicht so weit reicht, dass eine Verpflichtung zur Vertragsanpassung besteht. Dem Aufsichtsrat verbleibt somit nur die Möglichkeit, das Vorstandsmitglied aus wichtigem Grund abuberufen bzw zu kündigen.⁵³⁵

sie gilt. Die Pensionsleistung darf ohne Widerrufsvorbehalt vom Arbeitgeber bei Fortbestand des Unternehmens, selbst bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, grundsätzlich nicht einseitig abgeändert bzw nicht einseitig nach unten an veränderte Rahmendaten angepasst werden.

⁵²⁹ *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 10.

⁵³⁰ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG § 78 Rz 143ff; für den keine Zweifel bestehen, dass „*der entgeltliche Vorstandsvertrag ein gegenseitiger auf einem Synallagma beruhender, dh schuldrechtlicher Austauschvertrag ist.*“

⁵³¹ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütung, GES 2010, 170f; verweisend auf *Witthun/Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 851 ff.

⁵³² *Bertl/Fraberger*, Bilanzierung von Tantiemen, RWZ 2001, 376.

⁵³³ *Witthun/Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 851 ff.

⁵³⁴ *Kalss in Goette/Habersack/Kalss*, Münchener Komm AktG³(2008) § 87 Rz 132; Der österreichische Gesetzgeber misst dem rechtsstaatlichen Prinzip der Vertragstreue mehr Gewicht zu als dem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder der nachwirkenden Treuepflicht.

⁵³⁵ *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss* AktG² (2012), § 78 Rz 6f.

9.2.2 Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für einen anderen Lösungsweg entschieden und er hat § 78 Abs 2 AktG 1937 nunmehr in § 87 Abs 2 AktG⁵³⁶ fast unverändert beibehalten. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ war zwar auch in Deutschland fest verankert, jedoch erschien die Vertragstreue den Verfassern des BGB bereits selbstverständlich, sodass sie keine explizite Kodifizierung vornahmen. Die Vertragstreue wurde stattdessen dem „Wesen des Schuldverhältnisses“ zugeschrieben.⁵³⁷ Der BGH bezeichnet die Vertragstreue als den „das gesamte Schuldrecht beherrschenden Grundsatz“⁵³⁸ und auch für den EUGH ist die Vertragstreue ein „tragender Grundsatz jeder Rechtsordnung“⁵³⁹. Die deutsche Literatur spricht von der Vertragstreue, „als eine Elementarnorm, einen fundamentalen Grundsatz, [...] und das Axiom des Vertragsrechts, teilweise der Privatrechtsordnung insgesamt.“⁵⁴⁰ Diese Aussagen verdeutlichen den Stellenwert der Vertragstreue im deutschen Recht und so drängt sich die Frage auf, wieso sich der deutsche Gesetzgeber für eine Beibehaltung und gegen eine Streichung der Norm entschieden hat.

Die deutschen Experten sind sich jedoch einig, dass diese Norm eine singuläre Ausnahme vom Grundsatz „pacta sunt servanda“ darstellt und deshalb sehr eng auszulegen bzw zu verstehen ist.⁵⁴¹ Die beiden erforderlichen Voraussetzungen „wesentliche Verschlechterung“ und „schwere Unbilligkeit“ müssen kumulativ vorliegen und sie werden „nur bei einer existenzbedrohenden wirtschaftlichen Notlage der Gesellschaft bejaht“⁵⁴². Aus diesem Grund galt die Norm lange Zeit als papiernes Recht⁵⁴³ und fand in der Praxis keinen Anklang.

Thüsing bringt die prekäre Situation mit folgenden Worten treffend auf den Punkt:

⁵³⁶ § 78 Abs 2 AktG 1937 wurde mit dem AktG 1965 in § 87 Abs 2 dAktG umgewandelt.

⁵³⁷ Weller, Die Vertragstreue, 26 f; mwN in Fn 87; verweisend insbesondere auf Kübel, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Schuldrecht I, 857: „Das Recht des Gläubigers auf die Naturalerfüllung“ ergebe sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses.

⁵³⁸ BGH Urt. V. 25.11.2004, I ZR 49/02 GRUR 2005, 320; darauf verweisend auch Weller, Die Vertragstreue, 26.

⁵³⁹ EUGH Urt. v. 16.6.1998, Rs c-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655, Tz 49.

⁵⁴⁰ Weller, Die Vertragstreue, 27 f mwN in Fn 7-16.

⁵⁴¹ Fleischer in Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz § 87 Rz 30.

⁵⁴² Witthun/Hamann, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 849 mwN in Fn 7-10.

⁵⁴³ Martens, Vorstandsvergütungen auf dem Prüfstand, ZHR 2005, 130: „Das in § 87 Abs 2 AktG geregelte Anpassungsrecht der Gesellschaft, die Gesamtbezüge zu reduzieren, ist offensichtlich nur papiernes Recht und deshalb ohne substantielle Bedeutung.“

*„Die Ausdeutung toten Rechts ist so nützlich wie ein Handbuch über Einhörner. Hand in Hand mit den Bemühungen, den Angemessenheitsmaßstab zu konkretisieren, müssen daher Anstrengungen gehen, das dead letter zum Leben zu erwecken.“*⁵⁴⁴

Der deutsche Gesetzgeber versuchte nun, im Zuge des VorstAG diesen „toten“ Zustand der Norm zu ändern, und er erleichterte die Herabsetzung von Vorstandsbezügen wesentlich, indem er die früher benötigten adjektivischen Voraussetzungen einer „wesentlichen“ Verschlechterung und einer „schweren“ Unbilligkeit gestrichen hat. Eine exakt entwickelte Definition der unmittelbaren Krise, die zur Verschlechterung der Lage der Gesellschaft führt, blieb zwar aus, jedoch können die Insolvenz, Entlassungen bzw Lohnkürzungen darunter verstanden werden.⁵⁴⁵ Die Herabsetzungsvorschrift für den Aufsichtsrat wurde ebenso signifikant verschärft, da dieser bislang nur zur Herabsetzung der Bezüge „berechtigt“ war, diese in Zukunft jedoch herabsetzen „soll“.⁵⁴⁶ Die Intuition dieser Maßnahmen zielte darauf ab, § 87 Abs 2 für die Praxis „attraktiver“ zu machen, da die Vorschrift zuvor nur als „äußerster Notbehelf“ und bereichsspezifische Ausprägung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage charakterisiert wurde. Im Gegenzug dafür nimmt sie aber einen noch tieferen Eingriff in den Grundsatz „pacta sunt servanda“ vor.⁵⁴⁷ Der Aufsichtsrat war bis vor dem Inkrafttreten des VorstAG dazu berechtigt, die Bezüge angemessen herabzusetzen, während er nun eine Herabsetzung auf die angemessene Höhe vorzunehmen hat. Die Herabsetzung muss daher in keinem angemessenen Verhältnis zur bisherigen Vergütung stehen, da nun auf die Angemessenheit des reduzierten Vergütungsbetrages abgestellt wird. Der Anspruch eines Vorstandsmitgliedes, die Kürzung rückgängig zu machen, kann jedoch bei wirtschaftlicher „Genesung“ des Unternehmens durchaus gerechtfertigt sein.⁵⁴⁸

Die in § 87 Abs 2 dAktG idF VorstAG neu verankerte Herabsetzungsmöglichkeit für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art innerhalb von drei Jahren, nachdem das Vorstandsmitglied ausgeschieden ist, ist jedoch nicht unumstritten.⁵⁴⁹ Es stellt sich nun auch die Frage, wie diese Norm auszulegen ist und welche Erkenntnis aus ihr gewonnen werden kann. Eine systematisch-historischen Auslegung des § 87 Abs 2 dAktG, unabhängig von seiner konkreten Formulierung, kommt zu dem Ergebnis, dass diese

⁵⁴⁴ Thüsing, iustum pretium, ZGR 2003, 506.

⁵⁴⁵ Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010, 169; verweisend auf BT-Drucks 16/12278,6.

⁵⁴⁶ Hohenaus/Weber, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gem. § 87 AktG nach dem VorstAG, DB 2009, 1519.

⁵⁴⁷ Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 804f.

⁵⁴⁸ Dauner-Lieb/Friedrich, Zur Reichweite des § 87 II AktG, NZG 2010, 688.

⁵⁴⁹ Lingemann, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1919ff.

Bestimmung einen Sonderfall von § 313 BGB beschreibt, und dies obwohl § 87 Abs 2 dAktG deutlich älter ist als § 313 BGB, die sogenannte „*clausula rebus sic stantibus*“. Dieses Ergebnis ist darauf zurückzuführen, dass die Judikatur die *clausula rebus sic stantibus* bereits viel früher aus dem Treue- und Glaubensgebot entwickelt hat, sie jedoch erst später in § 313 Abs 1 BGB kodifiziert wurde. Der Grundsatz von Treue und Glauben findet sich – in der Ausprägung als Treuepflichten des Organs gegenüber der Gesellschaft – auch in § 87 Abs 2 dAktG wieder. Insofern liegen § 313 BGB und § 87 Abs 2 dAktG dem gleichen Wertungsfundament zugrunde und sie sind strukturell miteinander vergleichbar, sodass § 313 BGB den wertungsmäßigen und strukturellen Auslegungsmaßstab für § 87 Abs 2 dAktG bildet.⁵⁵⁰

9.3 Eigene Meinung

Welchem der beiden so eben erörterten Vorschläge im Falle der Anpassungsmöglichkeit von Vorstandsverträgen in wirtschaftlich schlechten Zeiten der Vorzug zu geben ist, lässt sich mE schwer ermitteln. Ob der Wille des deutschen Gesetzgebers, die praktische Bedeutung des § 87 Abs 2 dAktG zu steigern und dadurch sein Schicksal als Papierrecht zu beenden, durch die Reform des § 87 Abs 2 gelungen ist, wage ich dennoch zu bezweifeln. Nicht zu Unrecht wurde mE die Norm in Deutschland sehr stark kritisiert,⁵⁵¹ da die in ihr normierte „Soll“-Pflicht des Aufsichtsrats zur einseitigen Herabsetzung der Vorstandsvergütung enorme Rechtsunsicherheit auslöst und es nicht einfach erscheint, sie mit Mitteln der Auslegung angemessen zu begrenzen.⁵⁵² Obwohl das Auslegungsvorbild für § 87 Abs 2 dAktG der wertungsmäßig und strukturell verwandte § 313 BGB darstellt, kann der Eingriff dadurch nicht sachlich gerechtfertigt werden. Vertragspartner schulden einander gemäß § 313 BGB bloß die synallagmatische Vertragstreue.

Weller dagegen hat einen sachlichen Rechtfertigungsversuch der Norm des § 87 Abs 2 dAktG unternommen. Er vertritt die Ansicht, dass die Vertragstreue des Vorstandsmitgliedes bei einem Vorstandsvertrag aufgrund der Fremdinteressenwahrung nicht so stark hervortrete wie

⁵⁵⁰ *Witthun/Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 852ff.

⁵⁵¹ So auch *Martens* in FS *Hüffer*, 652.

⁵⁵² *Klöhn*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2012, Band 41, Heft 1; der § 87 Abs 2 AktG nicht nur als Norm zur Korrektur unangemessen hoher Vorstandsvergütungen, sondern auch als Regelung zur Beseitigung von anfänglichen oder nachträglich entstehenden Steuerungsdefiziten des Vorstandsvertrags versteht.

bei einem normalen synallagmatischen Vertrag und dass die einem Vorstandsmitglied zukommenden Privilegierungen ua die ihm zustehende Weisungsfreiheit, die einseitige Herabsetzungsmöglichkeit daher ausgleichen.⁵⁵³ Dieser Rechtfertigungsversuch kann die vorgebrachten Bedenken gegen § 87 Abs 2 dAktG zum Teil entkräften, jedoch ist er nicht stark genug, den fundamentalen Stellenwert der Vertragstreue zu verdrängen.⁵⁵⁴

ME ist der gegen die Existenz von § 87 Abs 2 dAktG vorgebrachte Einwand, „dass es durch vertragliche Gestaltung der Vorstandsvergütung mit variablen Elementen (Bonussystem, langfristige Anreizsysteme) automatisch zu einer Reduzierung der Vergütung kommt, wenn sich die Lage des Unternehmens verschlechtert“⁵⁵⁵ durchaus berechtigt. Dies ist auch der Grund, warum die deutsche Rechtsprechung die Kriterien der „wesentlichen Verschlechterung“ und der „schweren Unbilligkeit“ sehr streng bzw restriktiv ausgelegt hat, sodass nur eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz die Berufung auf § 87 Abs 2 dAktG rechtfertigt.⁵⁵⁶ Die Situation in Österreich gestaltet sich ganz anders, da der österreichische Gesetzgeber weiterhin am Grundsatz „pacta sunt servanda“ festhält und er sich durch die Streichung des § 78 Abs 2 aF bewusst gegen eine Ausnahmeregelung ausgesprochen hat. Dieser Schritt war mE wohl überlegt, da der § 78 Abs 2 aF eine mit der österreichischen Auffassung von Rechtsstaatlichkeit nicht vereinbare Vorschrift darstellte, da diese Bestimmung zu stark in die Privatautonomie eingriff, jedoch keine adäquate sachliche Rechtfertigung bestand. Da es gerade bei der nachträglichen einseitigen Änderung von Vertragsbedingungen zu einem typischen Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Vertragsparteien kommt, bedarf es einer sachgerechten Abwägung aller Umstände.⁵⁵⁷ Wie diese im Einzelfall auszusehen hat, hängt davon ab, welche Interessensabwägung der Gesetzgeber getroffen hat.⁵⁵⁸ Die Vereinbarung einer einseitigen Herabsetzungsmöglichkeit der Vorstandsvergütung für den Aufsichtsrat kann im Anstellungsvertrag geregelt werden.

⁵⁵³ *Weller*, Die Systemkohärenz des § 87 II AktG-Eingeschränkte Vertragstreue beim Vorstandsvertrag aufgrund Fremdinteressenwahrung, NZG 2010, 7.

⁵⁵⁴ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010, 171.

⁵⁵⁵ *Witthun/Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 852ff.

⁵⁵⁶ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010, 170f mwN.

⁵⁵⁷ *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010, 170f; für die diese Bestimmung jedenfalls in einem unleugbaren Spannungsverhältnis zur Vertragstreue und dem sonst das Vertragsrecht prägenden Grundsatz „pacta sunt servanda“ steht.

⁵⁵⁸ *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG3 § 6 Rz 25. Einerseits verhindert der Grundsatz der Vertragstreue nachträgliche, einseitige Eingriffe in das ursprüngliche Verhältnis von Leistung und Entgelt („pacta sunt servanda“). Andererseits besteht gerade bei Dauerschuldverhältnissen ein Bedürfnis der Vertragsparteien, eine Vereinbarung über die Anpassung des Entgelts an geänderte wirtschaftliche Bedingungen (zb Änderungen der Kaufkraft des Geldes, der Kosten der erbrachten unternehmerischen Leistung oder des Zinsniveaus) vorzunehmen.

Wenn jedoch die Weiterleistung der vereinbarten Vorstandsbezüge zu einer untragbaren Belastung für die AG wird, hat der Aufsichtsrat einzuschreiten und die entsprechenden Verfügungen bei den von seiner Entscheidung abhängigen Bezugsteilen vorzunehmen. Hat es der Aufsichtsrat gänzlich unterlassen, variable Bezugsteile im Vorstandsvertrag festzulegen, bzw hat er keine angemessene Dimensionierung derselben vorgenommen, so können die dafür verantwortlichen AR-Mitglieder entsprechend zur Haftung herangezogen werden. Die treffenden Bestimmungen eines Vorstandsvertrages zu ändern, bleibt somit bei den nicht variablen Bezugsteilen das einzige Wahlmittel, das dem Aufsichtsrat zur Verfügung steht.⁵⁵⁹ Die C-Regel 27 des ÖCGK empfiehlt sogar, variable Vergütungsbestandteile im Anstellungsvertrag festzulegen.⁵⁶⁰ Meiner Meinung nach ist der österreichische Gesetzgeber den richtigen Weg gegangen, da auch andere Möglichkeiten bestehen, um eine Änderung der Entgeltvereinbarung in wirtschaftlich schlechten Zeiten vorzunehmen und kein so schwerwiegender Eingriff in das Vertragsverhältnis der beiden Parteien vorgenommen werden muss. Zu denken ist insbesondere an eine im Vorstandsvertrag festgesetzte Anpassungsklausel, die sich nach spezifischen Kennzahlen bemisst und so eine erwünschte Anpassung des Bezuges in wirtschaftlich schlechten Zeiten vornimmt. Der Aufsichtsrat kann auch durch vertragliche Gestaltung der Vorstandsvergütung mit variablen Elementen sein Wunschziel erreichen, dh, dass die Vergütung reduziert wird, wenn sich die Unternehmenslage verschlechtert.⁵⁶¹

9.4 Zusammenfassung

Der Grundsatz „Pacta sunt servanda“ ist ein notwendiger und fester Bestandteil jeder Rechtsordnung und er ist ein Symbol für die Vertragstreue. Der deutsche und der österreichische Gesetzgeber haben sich bei der Beantwortung dieses Grundsatzes für unterschiedliche juristische Lösungswege entschieden. Der deutsche Gesetzgeber stützt sich auf die abgeleiteten organschaftlichen Treuepflichten und den persönlichen Vertrauensschutz zwischen der Gesellschaft und ihren Organen, um den durch § 87 Abs 2 dAktG vorgenommenen einseitigen Eingriff in die Vertragsfreiheit zu rechtfertigen. Der

⁵⁵⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 bis 84 Rz 143; demzufolge dem AR keinesfalls das Recht zur vorzeitigen Abberufung aus wichtigen Grund zur Verfügung als Druckmittel gegen ein die Zustimmung zu einer angemessenen Vertragsänderung verweigerndes Vorstandsmitglied.

⁵⁶⁰ Schima in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 435f; der auf die C-Regel 27 des ÖCGK verweist.

⁵⁶¹ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss AktG* ² (2012), § 78 Rz 6f.

österreichische Gesetzgeber dagegen hält am Grundsatz „Pacta sunt servanda“ fest und sichert damit das rechtsstaatliche Prinzip der Vertragstreue. Eine einseitige Herabsetzungsmöglichkeit des Aufsichtsrates kann jedoch jederzeit im Anstellungsvertrag mit dem Vorstandsmitglied vereinbart werden. ME ist ein einseitiger Eingriff in ein bestehendes Vertragsverhältnis sachlich nicht zu rechtfertigen, da der Aufsichtsrat die Möglichkeit besitzt, durch vertragliche Gestaltung der Vorstandsvergütung mit variablen Elementen sein Wunschziel zu erreichen, dh die Vergütung zu reduzieren, wenn sich die Unternehmenslage wesentlich verschlechtert. Der österreichische Gesetzgeber hat mE gut daran getan, die Aufsichtsratsbefugnis zur einseitigen Vorstandsbezugs herabsetzung aufzuheben, da er dadurch den Stellenwert der Vertragstreue als rechtsstaatliches Prinzip bestätigt bzw aufwertet.⁵⁶²

⁵⁶² Siehe dazu OGH 11.09.1989, 9 ObA 513/88. Eine Vertragsanpassung der Vereinbarung einer Betriebspension kann wegen Änderung der Geschäftsgrundlage vom Arbeitgeber nicht begehrt werden, da er das wirtschaftliche Risiko dafür erkennbar übernommen hat.

10 Die Offenlegung der Vorstandsvergütung

10.1 Allgemeines

Wie aus der Entwicklung der Vorstandsvergütung ersichtlich wird, stellt die Transparenz der Vergütungsentscheidung den Aktionären gegenüber einen wichtigen Baustein für ihre Beteiligung an der Vergütung fest. Fehlt es an den entsprechenden Informationen, ist eine Anteilnahme der Eigentümer nur schwer möglich bzw wenig sinnvoll. Die Informationen über die Vorstandsvergütungskosten sind jedoch insbesondere für den Kapitalmarkt bzw den Anlegerschutz von entscheidender Bedeutung. Die Offenlegung der Vorstandsvergütungszahlen dient jedoch nicht nur dazu, die Vergütung offenzulegen, vielmehr hilft sie auch unrechtmäßige Bereicherungen sowie missbräuchliche Absprachen zu verhindern. Eine sachgerechte und „saubere“ Vergütung kann somit durch die Offenlegung der Bezüge am leichtesten und besten gesichert werden.⁵⁶³ Im folgenden Kapitel wird vor allem auf die Entwicklung der Regelungen zur Vergütungstransparenz eingegangen und es wird analysiert, ob die einschlägigen Vorschriften zur Offenlegung der Vorstandsvergütung zielgerichtet ausgestaltet sind.

10.2 Freiwillige Offenlegung der Vorstandsvergütung im ÖCGK

Der österreichische Gesetzgeber geriet im Zuge der internationalen Bilanzskandale⁵⁶⁴ unter Zugzwang, denn die Öffentlichkeit zeigte starkes Interesse an den Grundsätzen guter Unternehmensführung und -überwachung.⁵⁶⁵ Gesetzgeberische Änderungen, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung künftig für alle Beteiligten nachvollziehbarer machen zu können, wurden vorerst jedoch nicht getätigt, sondern es wurde nur auf die öffentliche Corporate Governance-Debatte, die insbesondere den Publizitätsgedanken im

⁵⁶³ So auch *Berger*, Vorstandsvergütung, 1. Auflage 2013, 47f.

⁵⁶⁴ *Gelbmann*, Strafrechtliche Absicherung der Corporate Governance, GesRZ 2003, 20. Die Skandale in den USA (Enron, WorldCom, Xerox), aber auch in Deutschland (Mannesmann/Vodafone ComROAD), waren für den österreichischen Gesetzgeber ein warnendes Zeichen.

⁵⁶⁵ *Steller*, Angaben österreichischer börsennotierter Unternehmen zur Einhaltung der Regeln des ÖCGK – eine empirische Studie, RWZ 2008, 79.

Fokus hatte, reagiert. Die Reaktion erfolgte in Form der Einführung des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK)⁵⁶⁶, der seit seiner Einführung fester Bestandteil des heimischen Corporate Governance-Wesens ist.⁵⁶⁷ Durch die damit eingeführten transparenteren Vorstandsregelungen hoffte man, die damalige Krise der new economy⁵⁶⁸, die nicht nur national, sondern auch international Handlungsbedarf erforderte, zu bewältigen.⁵⁶⁹ Der österreichische Gesetzgeber folgte somit dem von der Kommission zur Krisenbewältigung vorgeschlagenen Bericht⁵⁷⁰, die Vergütung der einzelnen Vorstände in den Jahresabschlüssen offenzulegen.⁵⁷¹

Die erste Regelung zur Offenlegung der Vorstandsbezüge⁵⁷² war jedoch nur eine unverbindliche Empfehlung, deren Nichteinhaltung weder zu begründen noch offenzulegen war, und somit ganz dem Geschmack der freien Marktwirtschaft entsprach. In Österreich dauerte es bis ins Jahr 2009⁵⁷³, ehe aus der ursprünglichen R-Regelung 31 eine C-Regelung 31 wurde und ihr dadurch mehr Gewicht zugemessen wurde.⁵⁷⁴ Diese Regelungsart erzeugte einen stärkeren Zwang als ihr Vorgänger, da ihre Nichteinhaltung erklärt und begründet werden musste.⁵⁷⁵ Die Nichteinhaltung bzw der Verstoß gegen diese Regelungen wird jedoch gesetzlich nicht sanktioniert, da Sanktionen nicht durchsetzbar wären.⁵⁷⁶ Der Kodex basiert auf der Annahme, dass Unternehmen, die sich nicht regelkonform verhalten, durch den

⁵⁶⁶ Der Österreichische Corporate Governance Kodex wurde im Jahr 2002 veröffentlicht und richtet sich in erster Linie an österreichische börsennotierte Aktiengesellschaften. Er ist ein internationalen Standards entsprechendes Regelwerk für die verantwortungsvolle Führung und Leitung von Unternehmen in Österreich.

⁵⁶⁷ Der Österreichische Corporate Governance Kodex ist ein wichtiger Baustein für die weitere Entwicklung und Belebung des österreichischen Kapitalmarkts, da mit dieser freiwilligen Selbstregulierungsmaßnahme das Vertrauen der Aktionäre durch noch mehr Transparenz, durch eine Qualitätsverbesserung im Zusammenwirken zwischen Aufsichtsrat, Vorstand und den Aktionären und durch die Ausrichtung auf langfristige Wertschaffung maßgeblich gefördert wird.

⁵⁶⁸ Körner, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG – Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2004, 2698; Hamann, Was kostet ein Manager, BJR 2010, 27f; der treffend anführt, dass die Krise der new economy das Resultat intransparenter Wirtschaftsprozesse war und es das vorrangige Ziel war, diesen Fehler in Zukunft zu vermeiden.

⁵⁶⁹ Die Kommission durch die Empfehlung vom 14. 12. 2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, 2004/913/EG, ABl L 385/55, und der deutsche Gesetzgeber durch Einführung der Ziffer 4.2.4, Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung 23.2.2002, folgten ebenso dem Bericht.

⁵⁷⁰ Bericht der High Level Group of Corporate Law Experts vom 4.11.2002, 70.

⁵⁷¹ Grünanger, Corporate Governance Regelungen zur Unabhängigkeit und Vergütung – ein aktueller rechtsvergleichender Überblick Österreich und Vereinigtes Königreich, RWZ 2010, 8. Transparenz bzw Publizität ist die Grundüberzeugung bei fast allen nationalen und internationalen Regelwerken zum Corporate Governance.

⁵⁷² R-Regel 31 in der Fassung vom 27.09.2002.

⁵⁷³ ÖCGK in der Fassung Jänner 2009.

⁵⁷⁴ Nowotny, Anpassungen und Neuerungen im österreichischen Corporate Governance Kodex, SWK 2009, 22.

⁵⁷⁵ ÖCGK in der Fassung Juli 2012, 14; die Erklärungen zu den unterschiedlichen Regelkategorien Legal Requirement (L), Comply or Explain (C) und Recommendation (R) C-Regel soll eingehalten werden und eine Abweichung muss erklärt und begründet werden, um ein kodexkonformes Verhalten zu erreichen.

⁵⁷⁶ Siehe dazu ausführlich Völkl, Corporate Governance Enforcement, 2004.

Kapitalmarkt bestraft werden.⁵⁷⁷ Dieses durch den Kodex erzeugte „soft law“⁵⁷⁸ wurde als unwirksam kritisiert⁵⁷⁹, da ihm keine konkrete Begründungspflicht zu entnehmen war. Aufgrund dieser nicht zwingenden Vorschriften wurde diese Empfehlung in der Praxis nicht oft umgesetzt und die „optimale“ Vorgehensweise bei der Publizität von Vorstandsvergütungen blieb daher ein weiteres Diskussionsthema für die nächsten Jahre.

10.3 Verpflichtende Offenlegung

Der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK) stellt, wie bereits erwähnt, seit seiner Einführung im Oktober 2002 einen festen Bestandteil des heimischen Corporate Governance-Wesens dar. Eine vom Aktienforum⁵⁸⁰ durchgeführte Studie zur Akzeptanz und Einhaltung der Regeln des ÖCGK liefert ein eindeutiges Ergebnis: Es gab innerhalb der letzten Jahre nur eine einzige Regel im ÖCGK, die beim gesamten Markt mehrheitlich auf Ablehnung stößt, nämlich Regel C 31 zur Einzelveröffentlichung der Vorstandsbezüge. Die Ablehnungsrate lag seit 2009 stets bei über 50% im Gesamtmarkt.⁵⁸¹

Anders als der deutsche Gesetzgeber, der sich dem öffentlichen Druck beugte und am 30.6.2005 das Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütung⁵⁸² beschloss, blieb die Situation in Österreich zu diesem Zeitpunkt unverändert. Erst mit dem 2. Stabilitätsgesetz 2012⁵⁸³ wurden die schon länger diskutierten Änderungen im AktG und UGB zur Regelung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen sowie deren Offenlegung umgesetzt. Regel C 31 (Einzelveröffentlichung der Vorstandsbezüge) wurde mit dem 2. Stabilitätsgesetz 2012 gesetzlich in § 243b Abs 2 Z 3 UGB verankert.⁵⁸⁴ Die Gesamtbezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds (§ 239 Abs 1 Z 4 lit. a) und die Grundsätze der Vergütungspolitik sind

⁵⁷⁷ Zahradnik, Corporate Governance-Haftungsfragen, 59; zustimmend für die deutsche Rechtslage Hamann, Was kostet ein Manager, BJR 2010, 27f.

⁵⁷⁸ Als „soft law“ werden Systeme der freiwilligen rechtlich sanktionslosen Selbstverpflichtung bezeichnet.

⁵⁷⁹ Krejci, Braucht Österreich einen Corporate Governance Kodex?, VR 2002, 145.

⁵⁸⁰ Das Aktienforum untersucht seit 2004 jährlich die Akzeptanz des ÖCGK durch Analyse der Geschäftsberichte der in verschiedenen Marktsegmenten der Wiener Börse aufgenommenen inländischen Gesellschaften.

⁵⁸¹ Haidenthaller, Die Akzeptanz des Österreichischen Corporate Governance Kodex im Zeitvergleich, <http://www.goingpublic.de/10-jahre-ocgk/> (Stand 06.05.2013); Die Ablehnung wird meist mit einem nicht akzeptierbaren Eingriff in die Privatsphäre der Vorstandsmitglieder, der in keinem Verhältnis zum Nutzen stehe, sowie mit der fehlenden Wirkung der Transparenz für Investoren begründet.

⁵⁸² Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz vom 3. 8. 2005, dBGBl I, 2267.

⁵⁸³ BGBl. I Nr. 35/2012.

⁵⁸⁴ Der Umfang der offenzulegenden Vorstandsbezüge orientiert sich an § 239 Abs 1 Z 4 UGB.

zukünftig im *Corporate Governance*-Bericht börsennotierter oder kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften zu veröffentlichen.⁵⁸⁵ Die Schutzklausel gemäß § 241 Abs 4 ist in Zukunft nicht mehr anwendbar, dh die Angaben müssen auch dann gemacht werden, wenn weniger als drei Personen betroffen sind. Diese Angabepflicht bestand bisher nur im ÖCGK für börsennotierte AGs und sie konnte demnach abbedungen werden.⁵⁸⁶

10.4 Ergebnis

Der Informationsgehalt, den die Änderungen im UGB mit sich bringen, ist in der Regel nicht überzubewerten, da er vielmehr eine Kontrolle durch Publizität darstellt als einen Mehrwert für den Investor.⁵⁸⁷ Die Angabepflicht stellt jedoch einen drastischen Eingriff in die Privatsphäre des Vorstandsmitgliedes dar und sie ist auch datenschutzrechtlich sehr bedenklich.⁵⁸⁸ Die Veröffentlichungspflicht der Vergütung wird jedoch dadurch relativiert, dass jedes einzelne Vorstandsmitglied bereits vor seiner Bestellung über diese Tatsache informiert worden sein muss. Die Darstellung der Vergütungspolitik verdeutlicht den Wunsch des Gesetzgebers, die Transparenz zu verbessern und Hinweise auf die Kriterien der Bemessung der Vorstandsvergütung zu erhalten.⁵⁸⁹ Ob dieser Weg von Erfolg gekrönt ist, bleibt abzuwarten und wird sich erst in den nächsten Jahren weisen.

⁵⁸⁵ ERVB 1685 der Beilagen XXIV, 31. „Die Gesamtbezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglied sind im *Corporate Governance*-Bericht börsennotierter oder kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften zu veröffentlichen, und zwar unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft zum österreichischen, zu einem anderen oder zu gar keinem derartigen Kodex bekennt.“

⁵⁸⁶ Regel C 31 ÖCGK.

⁵⁸⁷ Schrank/Meier, Neue Benimmregeln für Vorstand und Aufsichtsrat, AR aktuell 2012, 6.

⁵⁸⁸ VFGH 28.11.2003, K 1/00: „Zwar kann die bloße Speicherung personenbezogener Daten über die an das Personal gezahlten Gehälter durch einen Arbeitgeber als solche keinen Eingriff in die Privatsphäre begründen, doch stellt die Weitergabe dieser Daten an einen Dritten – im vorliegenden Fall an eine Behörde – unabhängig von der späteren Verwendung der übermittelten Informationen eine Beeinträchtigung des Rechts der Betroffenen auf Achtung ihres Privatlebens und damit einen Eingriff im Sinne von Artikel 8 EMRK dar.“

⁵⁸⁹ Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 275.

11 Abfertigungen von scheidenden Vorstandsmitgliedern

11.1 Allgemeines

Die Aktiengesellschaft wird gemäß § 97 Abs 1 AktG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand durch die Aufsichtsratsmitglieder vertreten. Der Aufsichtsrat ist also für den Abschluss und die Ausgestaltung der Vorstandsverträge verantwortlich. Aus diesem Grund liegt es in der alleinigen Kompetenz des Aufsichtsrats, die Auflösung von Vorstandsverträgen vorzunehmen.⁵⁹⁰ Dieselbe Problematik, die sich für den Aufsichtsrat schon bei der Vorstandsbestellung stellt, nämlich angemessene Vorstandsbezüge festzusetzen, kommt bei der Auflösung eines Vorstandsvertrages neuerlich und diesmal in verschärfter Form zum Vorschein. Die Gründe, warum eine Auflösung des mit dem Vorstandsmitglied geschlossenen Vertrages vorzunehmen ist, können unterschiedlichster Natur sein. Zu denken ist hierbei insbesondere an eine für die AG nicht mehr tragbare Meinungsverschiedenheit zwischen den einzelnen Vorstandsmitgliedern bzw zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, die so schwer wiegt, dass sie eine weitere Tätigkeit des Vorstandes für die AG nicht mehr zulässt.⁵⁹¹ An dieser Stelle muss noch einmal klarstellend darauf hingewiesen werden, dass zwischen der soeben angesprochenen Problematik der angemessenen Abfindungszahlung an Vorstandsmitglieder bei Beendigung ihrer Tätigkeit und der im Zuge des Mannesmann-„Prozess“ gewährten Anerkennungsprämien an Vorstandsmitglieder zu differenzieren ist.⁵⁹² Anerkennungsprämien sind nicht-geschuldete Sonderzahlungen, die zusätzlich zu einer vereinbarten Abfindung geleistet wurden und im Regelfalle unzulässig sind.⁵⁹³

Bei Abfertigungen sind jene Zahlungen bei der Auflösung von Vorstandsverträgen problematisch, die im Zuge des vorzeitigen Ausscheidens aus der Organfunktion geleistet werden, die jedoch die bis zum Ende der Vertragslaufzeit auszahlenden Bezüge

⁵⁹⁰ Reich-Rohrwig, Ermessensspielraum für Ar-Mitglieder bei „Golden Handshakes“ an Vorstandsmitglieder für deren vorzeitiges Ausscheiden, *ecolx* 2008, 926.

⁵⁹¹ Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, *RdW* 2007, 516.

⁵⁹² Brauer, Die aktienrechtliche Beurteilung von „appreciation awards“ zu Gunsten des Vorstands, *NZG* 2004, 502ff; demzufolge die Zahlung einer Anerkennungsprämie (appreciation award) an den Vorstand mit dem AktG nicht zu vereinbaren ist.

⁵⁹³ BGH 21.12.2005, ZIP 2006, 72 (Mannesmann); Martens, Vorstandsvergütungen auf dem Prüfstand, *ZHR* 2005, 124ff; dazu auch Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, § 12 Rz 122f; für den jedoch Zahlungen zulässig sind, die vom Fürsorgecharakter getragen sind wie zb bei einem Schlaganfall eines verdienten Vorstandsmitgliedes.

übertreffen.⁵⁹⁴ Diese Leistung, die bei Beendigung des Dienstverhältnisses über die im Vorstandsvertrag vereinbarten Zahlungen hinaus geleistet wird, nennt man den sogenannten „Golden Handshake“.⁵⁹⁵ Dieser Abfindungsbetrag wird insbesondere dann als vertretbar angesehen, wenn eine vorzeitige Abberufung des Vorstandsmitgliedes aus wichtigem Grund nicht möglich ist und eine „geräuschlose“ Trennung zum Wohle der Gesellschaft und gleichzeitig auch vom Unternehmensinteresse her gedeckt ist.⁵⁹⁶ Die entscheidende Frage daher ist, ob die Auflösung des Vertrages und die damit einhergehende Zahlung eines „Golden Handshakes“ vom Unternehmensinteresse gedeckt sind.

Der Aufsichtsrat hat sich bei der Zahlung eines Abfindungsbetrages somit immer die Frage zu stellen, ob die Höhe des Abfindungsbetrages mit dem Wohle des Unternehmens vereinbar ist. Es ist zu berücksichtigen, dass, wenn sich die Aktiengesellschaft nun von einem Vorstandsmitglied, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, trennen möchte, die Abfindungszahlung bereits aus der Existenz des Anstellungsvertrages resultiert, da dadurch einerseits die ausstehenden Bezüge bis zum Ende der Vertragslaufzeit bzw andererseits das Prozessrisiko über die Wirksamkeit der Kündigung abzudecken sind. Es handelt sich somit streng genommen nicht um eine Abfindungszahlung im eigentlichen Sinne, sondern um einen vorweg genommenen Ausgleich bzw eine Art Erfüllungssurrogat für all jene Ansprüche, die dem Vorstandsmitglied auf jeden Fall bis zur Beendigung des Dienstvertrages zugestanden wären.⁵⁹⁷

Die Frage der Höhe einer Abfertigungszahlung eines aus der Gesellschaft ausscheidenden Vorstandsmitglieds im Rahmen einer Auflösungsvereinbarung hängt auch wesentlich davon ab, ob es möglich ist, dem betreffenden Vorstandsmitglied eine Pflichtverletzung nachzuweisen, oder ob die Auflösung aus anderen Gründen, die nicht auch zu einer Auflösung des Vorstandsvertrages aus wichtigem Grund führen können, erfolgt. Die Höhe der Abfindungszahlung bewegt sich somit im Fall der Pflichtverletzung zwischen einem angemessenen Betrag zur Abdeckung eines gewissen Prozessrisikos und gar keiner Zahlung.⁵⁹⁸ Der OGH hat in seiner Entscheidung 7 Ob 58/08t zur Frage der Abfindungshöhe

⁵⁹⁴ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 78 Rz 11; der auf die C 27a-Regel des ÖCGK verweist.

⁵⁹⁵ *Graf*, Rechtfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515; der darauf hinweist, dass zwischen unterschiedlichen Zahlungen an das Vorstandsmitglied differenziert werden muss: einerseits die laufenden Entgeltzahlungen, die im Rahmen des Vorstandsvertrages vereinbart wurden, und andererseits jene (Abfindungs-)Zahlungen, die über die Vertragslaufzeit hinausgehen, die jedoch die bis zum Ende der Vertragslaufzeit auszuzahlenden Bezüge übersteigen.

⁵⁹⁶ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

⁵⁹⁷ *Lutter*, Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 736f.

⁵⁹⁸ *Reich-Rohrwig*, Ermessensspielraum für AR-Mitglieder bei „Golden Handshakes“ an Vorstandsmitglieder für deren vorzeitiges Ausscheiden, *ecolex* 2008, 926. Es ist zu prüfen, ob über die Vertragslaufzeit hinausgehende

eines ausscheidenden Vorstandsmitgliedes im Rahmen von Auflösungsvereinbarungen sowie der möglichen Haftungsfolgen für pflichtwidrig handelnde Aufsichtsratsmitglieder Stellung bezogen.⁵⁹⁹ Der Aufsichtsrat hat danach bei der Gewährung eines Golden Handshakes die Angemessenheitsschranken des § 78 AktG zu beachten. Dem OGH zufolge wurde die Angemessenheitsschranke des § 78 AktG im vorliegenden Falle durch das Tätigwerden des Aufsichtsrats jedoch nicht verletzt, da er pflichtgemäß gehandelt hat. Die Begründung lag im pflichtgemäßen Bemühen der Aufsichtsratsmitglieder, die internen Divergenzen nicht an die Öffentlichkeit dringen zu lassen, was dem Wohle des Unternehmens diene und somit pflichtgemäß war.

Der OGH hat in seiner Entscheidung 7 Ob 58/08t⁶⁰⁰ ebenso auch ausgeführt, dass auch keine Verpflichtung zur Offenlegung der Suspendierung bestanden hat. Er begründete dies damit, dass vor allem auch auf den hohen Zeitdruck, unter welchem die Aufsichtsratsmitglieder ihre Entscheidung treffen hätten müssen, sowie dem drohenden Schaden, welcher der Gesellschaft bei Publik-Werden und einer damit verbundenen gerichtlichen Auseinandersetzung entstanden wäre, abgestellt werden musste.⁶⁰¹ Vor allem in Fällen, in denen durch das Publik-Werden negative Auswirkungen für das Unternehmen drohen, wie unter anderem Rechtsstreitigkeiten oder die negative Beeinflussung des Aktienkurses, kann daher eine überhöhte Zahlung zum Unternehmenswohl unter Berücksichtigung der Gesamtlage des Unternehmens berechtigt sein.⁶⁰² Ein Vorstandsmitglied kann daher nur dann zu Recht auf die Vertragserfüllung bestehen, wenn die Auflösung des Dienstvertrages ohne wichtigen Grund erfolgt.⁶⁰³ § 78 AktG stellt demnach lediglich eine Konkretisierung der allgemeinen Handlungsmaxime dar, wonach es die Aufgabe des Aufsichtsrats ist, das

Zahlungen erlaubt sind, und es ist insbesondere zu fragen, ob derartige Zahlungen vom Unternehmensinteresse gedeckt sind.

⁵⁹⁹ Die vom OGH ausführlich behandelte Streitfrage, ob es gesellschaftsrechtlich möglich ist, dass neben der Abberufung eines Vorstandsmitgliedes auch die Suspendierung bestehen kann, ist aufgrund des Themenschwerpunktes der Arbeit und ihrer fehlenden Relevanz für das Thema außer Acht zu lassen.

⁶⁰⁰ OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t; Ein solches Vorgehen sieht etwa das BörseG (§ 48 d i.d.g.F.) vor, in dem sich eine Norm findet, die eine Ad hoc-Veröffentlichungspflicht für offlegungspflichtige Informationen des Unternehmens normiert, wozu unter anderem auch personelle Veränderungen im Vorstand zählen.

⁶⁰¹ OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t; Dazu zählt auch die Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes, damit eine entsprechende Kontrolle für die Finanzmarktaufsicht sowie für das Börsenunternehmen gewährleistet ist. Zustimmend für viele vgl. *Toms*, Der Aufsichtsrat als (Vertrags-)Partner des Vorstandes, Aufsichtsrat aktuell 2009, 14.

⁶⁰² *Wenger*, AG: Zum Ermessensspielraum des Aufsichtsrats bei der Vereinbarung von Golden Handshakes für Vorstandsmitglieder, RWZ 2008, 284; *Torggler*, Zur Angemessenheit der Abfertigung von Vorstandsmitgliedern und zur Haftung des Aufsichtsrats, wbl 2008, 598; *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515; für die auch zusätzliche die Entscheidungsfindung beeinflussende Faktoren zu berücksichtigen sind.

⁶⁰³ *Schima*, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? Der Gesellschafter 2011, 268f; für den die Abberufung von Vorstandsmitgliedern von vornherein des Vorliegens eines wichtigen Grundes bedarf.

Unternehmensinteresse zu fördern. Unangemessene Bezüge resultieren daher aus einer nicht im Unternehmensinteresse vereinbarten Zahlungsverpflichtung der Aktiengesellschaft, wobei das einzelne Vorstandsmitglied zumindest in gleichem Umfang wie der Aufsichtsrat vom mangelnden Unternehmensinteresse der vereinbarten Zahlung in Kenntnis sein muss.⁶⁰⁴ Die diesbezügliche Entscheidungsfindung der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates, bei der es auf die spezifischen Umstände des Einzelfalles ankommt, stellt eine unternehmerische Entscheidung dar, die sich – unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesses – primär (§ 70 Abs 1 AktG) am Unternehmenswohl zu orientieren hat.⁶⁰⁵

11.1.1 Haftungsproblematik

Die Haftung des Aufsichtsrates ist in § 99 AktG und § 33 GmbHG generalklauselartig normiert. Diese Vorschriften regeln die Haftung aber nicht unmittelbar, sondern verweisen auf die zutreffenden Haftungsbestimmungen für den Vorstand, die in § 84 AktG bzw §§ 25, 27 GmbHG normiert sind. Die dem Aufsichtsrat übertragenen Erfüllungspflichten sind demnach dem Gesetz zu entnehmen.⁶⁰⁶ Nach § 78 AktG hat der Aufsichtsrat als Eigentümerversorger zu gewährleisten, dass die Vorstandsgehälter als angemessen gelten. Dabei unterliegt er dem Sorgfaltsmaßstab des § 70 AktG, der den Rahmen seines Ermessensspielraumes vorgibt. Bei seinen Entscheidungen hat er das Unternehmenswohl zu berücksichtigen sowie sich am Maßstab eines gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsleiters zu orientieren.⁶⁰⁷ Da das Pflichtwidrigkeitssurteil wegen seines durch unbestimmte Gesetzesbegriffe (§ 25 GmbH, § 84 AktG) auszulegenden Sorgfaltsmaßstab weiterhin eine der größten Schwierigkeiten in der österreichischen Rechtsordnung darstellt, ist

⁶⁰⁴ Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 517f; für den in Fällen, in denen das Unternehmensinteresse dies gebietet, wie zb im Zusammenhang mit Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, Gewährleistung eines reibungslosen Überganges, eine derartige Zahlung unter Berücksichtigung der Unternehmensgesamtlage und aller sonstigen die Entscheidung beeinflussenden Umstände zulässig ist.

⁶⁰⁵ OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t; dazu Reich-Rohrwig, Ermessensspielraum für AR-Mitglieder bei „Golden Handshakes“ an Vorstandsmitglieder für deren vorzeitiges Ausscheiden, ecolex 2008, 926.

⁶⁰⁶ Siehe dazu Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 1047f.

⁶⁰⁷ Gröhs, Aufsichtsrat aktuell 2009, 8. Der Aufsichtsrat hat eine „informed decision“ zu treffen, um seine Verpflichtung zu erfüllen

das Bedürfnis nach Rechtssicherheit bzw Konkretisierung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab umso stärker.⁶⁰⁸

Mit Bezugnahmen auf eine mögliche Sorgfaltspflichtverletzung und die daraus entstehenden allfälligen Ersatzansprüche gegen das ausführende Organ ist zu fragen, ob es vonnöten und angebracht ist, dem Aufsichtsrat einen unternehmerischen Ermessensspielraum zuzuweisen, um seinen Pflichten nachkommen zu können. Dabei ist darauf abzustellen, ob der Aufsichtsrat eine unternehmerische Entscheidung trifft oder diese bloß ex post überwacht.⁶⁰⁹ Die wohl wichtigste Haftungsfolge stellt die Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates gegenüber der Gesellschaft dar.⁶¹⁰ Wie bei der Angemessenheit der Vorstandsvergütung hat der Aufsichtsrat auch bei der Abfertigung dafür Sorge zu tragen, dass die Gesamtbezüge des Vorstandsmitgliedes in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen. Der Ermessensspielraum des Aufsichtsrates bei einer an das Vorstandsmitglied gezahlten Abfertigung im Stadium der Beendigung des Anstellungsvertrags ist daher auch nach herrschender Meinung unter § 78 AktG zu subsumieren.⁶¹¹

In seiner viel beachteten Entscheidung „Hirsch Servo-E“ vom 11. 6. 2008 über die Abfindungshöhe suspendierter Vorstandsmitglieder bestätigte der OGH diese Ansicht und führte dazu aus, dass es sich bei der Entscheidungsfindung der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates um eine unternehmerische Entscheidung handelt.⁶¹² Bereits der BGH teilte in seiner Entscheidung zum Mannesmann-Prozess die Ansichten des OGH, wonach Vergütungsentscheidungen demnach unternehmerische Entscheidungen darstellen und als unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben gelten.⁶¹³ Die Grenze des Ermessensspielraumes für den Aufsichtsrat bei der Entscheidung über die Angemessenheit von Abfertigungen für Vorstandsmitglieder wird somit durch § 78 AktG bestimmt. Was die Grenzen des Ermessensspielraums betrifft, bleibt der OGH seiner bestehenden Judikaturlinie

⁶⁰⁸ *Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften – Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, wbl 2009, 168.

⁶⁰⁹ *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 10.

⁶¹⁰ Siehe dazu ausführlich in Kapitel 8.

⁶¹¹ *Schima*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448; *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW, 515; *Torggler*, OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, wbl 2008, 598ff.

⁶¹² Siehe dazu noch ausführlich Punkt 12.2.

⁶¹³ BGH 21. 12. 2005, 3 StR 470/04 – Mannesmann, BB 2006, 323; *Fleischer*, Das Mannesmann-Urteil des Bundesgerichtshofs: Eine aktienrechtliche Nachlese, DB 2006, 543; *Spindler*, Vorstandsvergütungen und Abfindungen auf dem aktien- und strafrechtlichen Prüfstand – Das Mannesmann-Urteil des BGH, ZIP 2006, 350; *Kort*, Mannesmann: Das "Aus" für nachträglich vorgesehene Vorstandsvergütungen ohne Anreizwirkung? NZG 2006, 132ff.

treu, indem er aus fehlgeschlagenen unternehmerischen Entscheidungen nicht per se eine Haftung ableitet, da dies quasi zu einer Erfolgshaftung des Organwalters führen und gleichzeitig das typische Unternehmerrisiko auf ihn übertragen würde.⁶¹⁴ Nur die Verletzung der Verpflichtung zu branchen-, größen- oder situationsadäquaten Bemühungen kann dem Organ demnach als Pflichtverletzung angelastet werden.⁶¹⁵ Der OGH konnte im vorliegenden Fall im Vorgehen der beklagten Aufsichtsratsmitglieder noch keine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraums erblicken und er kam letztlich daher zum Ergebnis, dass die Prüfung der Aufsichtsratsentscheidung ex ante zu erfolgen hat und diese unternehmerische Entscheidung nur dann einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich ist, wenn sie geradezu unvertretbar ist.⁶¹⁶ Nur bei einer eklatanten Überschreitung des Ermessensspielraumes kann es daher zu einer externen Kontrolle im Rahmen eines Gerichtsverfahrens kommen, die schlussendlich zu einer Haftung des Aufsichtsrates gemäß § 84 iVm § 99 AktG und einer damit verbundenen Schadenersatzzahlung an die AG führen kann.⁶¹⁷

11.2 Ermessensspielraum der unternehmerischen Entscheidung des

Aufsichtsrates

Die Tätigkeiten, die einem Vorstand als Geschäftsführungsorgan in einer AG zukommen, sind zweifelsohne als unternehmerische Tätigkeiten einzustufen, weshalb ihm bzw den einzelnen Vorstandsmitgliedern auch ein unternehmerisches Ermessen zusteht. Durch das Aktiengesetz wird dem Aufsichtsrat ein breites Entscheidungsermessen bei seinen Aufgaben gewährt. Dies erfolgt teils explizit, zb durch die Kompetenz zur Bindung spezieller Geschäftsarten an Zustimmungsvorbehalte, teils mittelbar, wie durch die allgemeine Beschreibung der Überwachungstätigkeiten.⁶¹⁸ Das Wohl der Gesellschaft und das Unternehmensinteresse stellen immer die höchste Handlungsmaxime dar. Das sich ständig

⁶¹⁴ *Torggler*, OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, wbl 2008, 602f; verweisend auf OGH 3 Ob 34/97i, ecolex 1998, 774 [*Reich-Rohrwig*] = RWZ 1999, 37 [*Wenger*] = wbl 1999, 37; OGH 1 Ob 144/01k, GBU 2002/07-08/07 = wbl 2002, 325.

⁶¹⁵ OGH 1 Ob 144/01k, SZ 71/108.

⁶¹⁶ Siehe dazu bereits OGH 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86; vgl. *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007/543, 516 mwN.; vgl. *Torggler*, OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, wbl 2008/287, 603 mwN.

⁶¹⁷ OGH 1 Ob 144/01k, ecolex 2003/22.

⁶¹⁸ § 95 AktG; *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 11f.

verändernde Unternehmensinteresse der Gesellschaft festzustellen, ist nicht nur Sache des Vorstandes, sondern fällt auch in die Kompetenz des Aufsichtsrates.⁶¹⁹

In seiner jüngsten Entscheidung hielt der OGH fest, dass es sich bei der Entscheidung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen um eine unternehmerische Entscheidung handelt.⁶²⁰ Nun stellt sich die Frage, was in Literatur und Judikatur als unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrates angesehen werden kann. Laut *Lutter* fallen darunter unter anderem eine Vielzahl von Aufsichtsratsbeschlüssen, wie Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder und Abschluss und Kündigung der Anstellungsverträge mit den Vorstandsmitgliedern, Beschlussvorschläge an die Hauptversammlung sowie Einführung eines neuen Vergütungssystems, Entscheidung über Geschäftsverteilung im Vorstand, Feststellung des Jahresabschlusses, Ausübung von Bilanzierungswahlrechten, Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung bzw Versagung der Zustimmung und die Entscheidung über Vorstandsabfindungen.⁶²¹ Inhaltlich gesehen können die Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrates somit dahingehend festgelegt werden, dass sie sich zum überwiegenden Teile auf die Prüfung der Zweckmäßigkeit von im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstandes gelegenen Geschäftsführungsverhaltensweisen beziehen.⁶²² Diese Überwachungsaufgaben werden somit als unternehmerische Entscheidungen bezeichnet, dh sie sind Ermessensentscheidungen⁶²³, die im Regelfall mit großem wirtschaftlichem Risiko verbunden sind.⁶²⁴ In Deutschland hat der BGH bei seiner früheren Entscheidung „*Kali und Salz*“⁶²⁵ zwar noch nicht von einem unternehmerischen Ermessen gesprochen, wohl aber von einer „freien unternehmerischen Verantwortung“⁶²⁶. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH⁶²⁷ kommt es bei der Beurteilung des Ermessensspielraumes darauf an, ob der Aufsichtsrat selbst eine unternehmerische Tätigkeit durchführt oder ob er nur eine

⁶¹⁹ *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 1996, Rz 51; *Griehser*, Business Judgment Rule, RdW 2009, 12.

⁶²⁰ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

⁶²¹ *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 87.

⁶²² Siehe dazu ausführlich Kapitel 11.

⁶²³ Zustimmung *Torggler*, OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, wbl 2008, 603; demzufolge es sich bei der Vereinbarung der Vorstandsbezüge im Sinne des § 78 AktG um Fragen handelt, worauf es nicht eine richtige Antwort gibt, sondern mehrere vertretbare Alternativen.

⁶²⁴ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG § 95 Rz 10.

⁶²⁵ Urteil vom 13.03.1978-ZR 142/76, BGHZ 71, 40 ff.

⁶²⁶ *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 80; Er betonte insbesondere auch, dass es nicht die Aufgabe der Gerichte sei, statt der „in freier unternehmerischer Verantwortung“ getroffenen Entscheidung von Vorstand und Aufsichtsrat, ihre eigene wirtschaftliche Beurteilung heranzuziehen.

⁶²⁷ Entscheidung des BGH vom 21. 4. 1997, ARAG/Garmenbeck, DB 1997, 1068 = *ecolx* 1997, 507 = ZIP 1997, 883.

rückschauende Überprüfung der Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands vornimmt.⁶²⁸ *Heins* zufolge bedeutet „Ermessen“, dass die Frage nach der angemessenen Vergütungshöhe eine unternehmerische Entscheidung sei, bei der ein Einschätzungsspielraum des Aufsichtsrates besteht.⁶²⁹

Um diese unternehmerischen Entscheidungen treffen zu können, benötigt der zuständige Aufsichtsrat ausreichend Umsicht und Weitsicht, da nicht nur gegenwärtige, sondern auch zukünftige Verhältnisse zur Entscheidungsfindung heranzuziehen sind.⁶³⁰ Es kommt dem Aufsichtsrat, unter Berücksichtigung des Aufgabengebiets des Vorstandes und der Lage der Gesellschaft, somit ein weitreichender Ermessensspielraum zu.⁶³¹ Die Definition einer unternehmerischen Fehlentscheidung darf nicht einfach nach dem wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg am Ende eines Entscheidungsprozesses beurteilt werden, denn jede unternehmerische Maßnahme wird von unbeeinflussbaren exogenen Faktoren, wie von der Lage und Entwicklung des jeweiligen Marktes, von politischen Entwicklungen und Ähnlichem, beeinflusst. Es besteht daher kein unmittelbarer, sondern nur ein mittelbarer Zusammenhang zwischen einer unternehmerischen Entscheidung und ihrem wirtschaftlichen Ertrag.⁶³² Dem OGH zufolge wird dem Aufsichtsrat – im Zusammenhang mit einer GmbH – derselbe Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen gewährt wie einem Geschäftsführungsorgan.⁶³³ Eine fehlgeschlagene unternehmerische Entscheidung ist an sich nicht schon pflichtwidrig, da sonst dem handelnden Organ das gesamte Unternehmensrisiko aufgebürdet würde, das jedoch stets bei der Gesellschaft verbleiben muss. Das unternehmerische Risiko der Fehlentscheidung tragen die Gesellschaften und deren Gesellschafter.⁶³⁴ Eine Pflichtwidrigkeit liegt nur dann vor, wenn dem Organ der Vorwurf der Verletzungspflicht zu branchen-, größen- oder situationsadäquaten Bemühungen gemacht werden kann. Verletzungen dieser in sorgfältiger Abwägung gegenläufiger Interessen zu

⁶²⁸ *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 13. Das Aufsichtsratsermessen erfährt somit durch den BGH eine Einschränkung, wenn es nicht um originäre unternehmerische Entscheidungen geht, sondern nur um die nachträgliche Überprüfung und Beurteilung von bereits abgeschlossenen Tatbeständen.

⁶²⁹ *Heins*, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen einer Aktiengesellschaft: Grundsätze gemäß § 87 Abs 1 AktG. Ermessen kommt dem Aufsichtsrat ebenso im Hinblick auf einzelne Komponenten der Vergütung, also die prozentuale Verteilung der angesetzten Gesamtvergütung im Hinblick auf feste und variable, ergebnis- und börsenkursabhängige variable Bezüge zu. Es besteht hier somit ein Rahmen, der unterschiedliche Vergütungsstrukturen erlaubt.

⁶³⁰ OGH 9 OBA 513/88, RdW 1989, 103; *Heidinger/Schneider*, Aktiengesetz § 78, 2.

⁶³¹ *Eckardstein/Kronlechner*, Vorstandsvergütung und gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmung, 33.

⁶³² *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 12.

⁶³³ OGH 1 Ob 144/01k, ecolex 2003, 22 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002, 350; so zuvor auch OGH 3 Ob 34/97i, ecolex 1998, 774 = RdW 1998, 671.

⁶³⁴ OGH 26. 2. 2002, 1Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86, 90 mit Nachweisen aus der früheren Rechtsprechung; ebenso auch *Kalss* in MünchKomm zum dAktG, (2004) § 93 Rz 199 ff; *Kittel*, Die Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft (2002) 128 ff; *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 81.

befolgender Interessenswahrungspflicht sind den Aufsichtsratsmitgliedern nur dann vorzuwerfen und zu ahnden, wenn dabei eine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraums stattgefunden hat.⁶³⁵

Die Gewährung eines haftungsfreien Ermessens an Vorstände, Aufsichtsräte und Geschäftsführer ist in Österreich somit ohne Zweifel akzeptiert. Demnach wird im unternehmerischen Ermessensspielraum nicht nur das bewusste In-Kauf-Nehmen geschäftlicher Risiken, sondern auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und -einschätzungen miteingeschlossen. Der jedem unternehmerischen Verhalten zugrunde liegende Ermessensspielraum umfasst nach der Natur der Sache daher auch immer wieder Fehlentscheidungen.⁶³⁶ Liegt jedoch tatsächlich eine unternehmerische Fehlentscheidung des Aufsichtsrates und eine Überschreitung seines Ermessensspielraums vor, so stellt diese Handlung einen Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht gemäß §§ 84 iVm 99 AktG dar und es kann zu Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat kommen.⁶³⁷

11.3 Business Judgement Rule

11.3.1 Allgemeines

Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der Festsetzung der Vorstandsbezüge um eine Ermessensentscheidung, die der Aufsichtsrat im Rahmen seiner pflichtmäßigen Sorgfalt zu treffen hat. Vor allem bei der Abgrenzung des Ermessensspielraums von Gesellschaftsorganen in Ausübung ihrer Tätigkeiten lässt sich in letzter Zeit eine Entwicklung hin zum angloamerikanischen Rechtsinstitut der Business Judgement Rule beobachten.⁶³⁸ Eine der amerikanischen Rechtsprechung ähnliche Entscheidungstendenz findet man mittlerweile nicht nur in der deutschen Rechtsprechung, sondern wird auch vom

⁶³⁵ Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Abgrenzung pflichtwidriger von bloß unglücklichen Geschäftsentscheidungen, *ecolx* 2003, 524 f

⁶³⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 bis 84 Rz 98a.

⁶³⁷ Siehe dazu bereits Kapitel Acht „Schadenersatzpflicht des Aufsichtsrates“; Griehser, Business Judgement Rule, RdW 2009, 13.

⁶³⁸ Siehe dazu Lutter, Die Business Judgment Rule, *GesRz* 2007, 80; verweisend auf einen ausführlichen Überblick zur US-amerikanischen Judikatur bei Abeltshauser, 50 ff und 19 ff.

schweizerischen Bundesgericht vertreten.⁶³⁹ Obwohl in Österreich bisher keine derartige Norm in das nationale Regelungsnetz übernommen wurde und sich der Oberste Gerichtshof mit seiner Rechtsprechung zur Anwendung der BJR bedeckt hält,⁶⁴⁰ wird über die Einführung einer entsprechenden Regelung in der Literatur vielfach diskutiert.⁶⁴¹ In Deutschland ist man bereits einen Schritt weiter gegangen und hat die BJR in § 93 I AktG⁶⁴² gesetzlich verankert.⁶⁴³ Es stellt sich daher die Frage, ob es im Rahmen einer möglichen Sorgfaltspflichtverletzung und daraus entstehenden allfälligen Ersatzansprüchen gegen das ausführende Organ sinnvoll ist, dem Aufsichtsrat einen gewissen Handlungsspielraum zu gewähren. Im Folgenden wird auf das Wesen der BJR eingegangen und untersucht, ob die BJR die Sorgfaltspflicht bzw. unternehmerische Entscheidung eines österreichischen Aufsichtsrats konkretisieren kann.⁶⁴⁴ Danach werden weiter umstrittene Fragestellungen zu den Grenzen des Ermessensspielraumes nach österreichischem Recht behandelt und es wird aufgezeigt, dass nicht nur bei der Beweislastverteilung nach österreichischem Recht gravierende Unterschiede zur BJR bestehen. Abschließend wird auf die Vor- und Nachteile einer Einführung und Umsetzung der Business Judgment Rule ins österreichische Recht sowie die bereits durchgeführte Kodifizierung der deutschen BJR eingegangen.

11.3.2 Wesen der BJR

Unter der Business Judgment Rule versteht man ein US-amerikanisches Rechtsinstitut, das Vorstandsmitgliedern einer Kapitalgesellschaft unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen einen haftungsfreien Ermessensspielraum für ihre unternehmerischen Entscheidungen gewährt. Die BJR ist somit als Beurteilungsmaßstab der unternehmerischen Entscheidungen

⁶³⁹ Ebenso Lutter, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007, 80; Nachweise bei Grass, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen (1998) passim; Greda in Kalss (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005), 769; Böckli, Schweizer Aktienrecht (2004), § 13 Rz 582 ff.

⁶⁴⁰ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

⁶⁴¹ Siehe dazu ua Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften – Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, wbl 2009; Griehser, Business Judgment Rule, RdW 2009; Mutter in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats; Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung, ecolex 2003, 527; Lutter, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007.

⁶⁴² § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

⁶⁴³ In Deutschland trat am 1. 11. 2005 das UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005 BGBl I 2005, 2802 ff) in Kraft, wo die BJR in § 93 I AktG gesetzlich verankert wurde.

⁶⁴⁴ Griehser, Business Judgment Rule, RdW 2009, 11ff.

von kapitalrechtlichen Geschäftsführern heranzuziehen. Ziel der BJR ist es, Vorstand und Aufsichtsratsmitgliedern die Angst der persönlichen Haftung zu nehmen, indem ihnen ein Handlungsspielraum mit verschiedenen Alternativen ohne gerichtliches Nachspiel ermöglicht wird.⁶⁴⁵ Die BJR ist daher ein Schutzinstrument der „directors“⁶⁴⁶, insbesondere von amerikanischen Corporations, um bei vertretbaren unternehmerischen Fehlentscheidungen, sofern sie den Umfang ordnungsmäßiger Geschäftsführung eingehalten haben, nicht zu haften. Sie ist keinesfalls gesetzlich verankert, vielmehr stellt sie ein Produkt der amerikanischen Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung dar.⁶⁴⁷ In fast allen amerikanischen Bundesstaaten – insbesondere in Delaware – wird die BJR als widerlegbare Vermutung angesehen, dass das Management eine sachkundige Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft getroffen hat.⁶⁴⁸ Ihre Kernaussage bezieht sich darauf, dass dem Management ein gewisser Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt, innerhalb dessen seine Entscheidungen nicht nachgeprüft werden. Die BJR bezieht sich also genau auf die Problematik der Abgrenzung zwischen Fehlentscheidung und Pflichtverletzung. Ihr Vorteil liegt jedoch darin, dass sie detaillierte Aussagen über die Grenzen des unternehmerischen Ermessensspielraums vorweisen kann.⁶⁴⁹

Eine Fehlentscheidung, aus der keine Haftungsfolgen und damit keine Pflichtverletzung resultieren, liegt der BJR zufolge dann vor, wenn die Organwalter des Aufsichtsrates bei ihrer (I) unternehmerischen Entscheidung (II) informiert, (III) unbefangen und (IV) gutgläubig waren.⁶⁵⁰ Diese Kriterien sind auch in der oft zitierten „ARAG/Garmenbeck-Entscheidung“ des deutschen Bundesgerichtshofs wiederzufinden.⁶⁵¹ Für *Lutter* gibt es jedoch noch ein fünftes Tatbestandsmerkmal der BJR, die Freiheit von Interessenkonflikten, das sich jedoch weder in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung noch im neuen Satz 2 § 93 Abs 1 dAktG wiederfindet.⁶⁵² Dem BGH zufolge muss, um die BJR anwenden zu können, zuerst eine unternehmerische Entscheidung (business decision) vorliegen. Eine unternehmerische

⁶⁴⁵ *Kittel*, Die Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft (2002), 163; *Griehser*, Business Judgement Rule und Entscheidungen des Aufsichtsrats, RdW 2009, 10.

⁶⁴⁶ Im Gegensatz zum österreichischen und deutschen AktG, welches einen Vorstand und einen Aufsichtsrat vorsieht, wird die amerikanische corporation nur von einem Organ, dem „board of directors“, geleitet.

⁶⁴⁷ Die BJR ist weder in Großbritannien noch in den USA kodifiziert, jedoch in Deutschland.

⁶⁴⁸ *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 11.

⁶⁴⁹ American Law Institute, Principles, § 4.01 Comment d: „wide ambit of discretion“; dazu auch *Torggler*, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 169.

⁶⁵⁰ Siehe American Law Institute, Principles (Fn 4): „§ 4.01 Duty of Care of Directors and Officers; the Business Judgment Rule“; *Torggler*, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 169.

⁶⁵¹ BGH II ZR 175/95, BGHZ 135, 253 f.

⁶⁵² *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007, 83f; Die unternehmerische Entscheidung darf daher nicht auf das Eigeninteresse der Vorstandsmitglieder gegründet sein, sondern muss frei von Interessenskonflikten und unbefangen abgegeben werden.

Entscheidung bildet somit die erste Anwendungsvorraussetzung der Business Judgement Rule.⁶⁵³ Die BJR gewährt aber nur für positive unternehmerische Entscheidungen eine Haftungsfreistellung, dh es sind nur bewusst getroffene Entscheidungen darunter zu subsumieren, jedoch keine passiven. Interaktivität ist per se zwar noch nicht pflichtwidrig, wenn sie einen Schaden verursacht, jedoch ist sie am Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters zu messen. Es hängt also davon ab, ob sich diese Maßfigur in der Organwalterposition aktiv betätigt hätte. Dies ist dann anzunehmen, wenn dem Gesetz zufolge bestimmte Handlungen verpflichtend vorzunehmen sind. Eine Aktivitätspflicht besteht demnach gemäß § 36 GmbHG und § 83 AktG, wonach bei Verlusten, die mindestens die Hälfte des Stammkapitals ausmachen bzw darüber hinausgehen, eine Gesellschafterversammlung unverzüglich einzuberufen ist.⁶⁵⁴ Als zweite Vorraussetzung hat der Aufsichtsrat im bestmöglichen Interesse der Gesellschaft zu verfügen. Dies tut er dann, wenn er die „duty to be informed“-Anforderung, die auch als Teil der allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäß § 84 I AktG gesehen werden kann, erfüllt, dh der Vorstand muss ausreichend informiert gewesen sein.⁶⁵⁵ Als dritte Vorraussetzung geht die BJR davon aus, dass der director oder officer bei seiner Entscheidung „disinterested“ war, was im Deutschen nicht als „desinteressiert“ übersetzt wird, sondern frei von kollidierenden Eigeninteressen, also „unbefangen“, bedeutet.⁶⁵⁶ Der bloße Nachweis der Vertretbarkeit einer Handlung zur Entlastung genügt dann nicht, wenn es der Kläger schafft, ein Eigeninteresse des beklagten Vorstandsmitgliedes nachzuweisen.⁶⁵⁷ Es obliegt dann dem Beklagten, zu beweisen, das Gesellschaftsinteresse ausreichend gewahrt zu haben.⁶⁵⁸ Als letzte Vorraussetzung muss die Entscheidung der Manager im guten Glauben „good faith“⁶⁵⁹ getroffen und unlautere Motive außer Acht gelassen werden, sowie zum Wohle der Gesellschaft gehandelt werden.⁶⁶⁰ Das

⁶⁵³ *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 11; *Mutter* in *Marsch-Barner/Schäfer*, Handbuch börsennotierte AG, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats, 211; *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007, 81 ebenso Begr RegE zum UMAG, BR-Drucks 3/05, 19; *Goette* in *Hommelhoff - Hopt - v. Werder* (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (2003), 761f; *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 7 Rz 53 mwN; *Hüffer*, AktG⁹ § 93 Rz 4 f.

⁶⁵⁴ *Torggler*, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 173.

⁶⁵⁵ *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007, 83; verweisend auf Begr RegE zum UMAG, BR-Drucks 3/05, 20 f; ebenso bereits BGHZ 135, 244, 253 (ARAG).

⁶⁵⁶ American Law Institute, Principles (Fn 4), § 4.01(c) Comment d. § 5.02(a)(2)(A); darauf verweisend *Torggler*, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 173.

⁶⁵⁷ *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 11f; demzufolge die häufigste Verletzung dieses Tatbestandsmerkmals die Verfolgung eigener finanzieller Vorteile ist.

⁶⁵⁸ *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007, 85f.

⁶⁵⁹ *Torggler*, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 174; American Law Institute, Principles (Fn 4), § 4.01 Comment d; *Merkt - Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, (2006) Rz 868.

⁶⁶⁰ *Kapsch/Grama*, Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung, *ecolex* 2003, 527; *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRz 2007, 82; vgl. Begr RegE zum UMAG, BR-Drucks 3/05, 19 f; BGHZ 135, 244, 253 (ARAG).

Gut-Glaubenstatbestandsmerkmal führt zu einer flexibleren Anwendung der BJR durch die einzelnen Gerichte. Das Vorenthalten von entscheidenden Tatsachen stellt jedoch ein unlauteres Motiv dar, weshalb eine darauf beruhende Entscheidung nicht dem Schutz der BJR unterliegt.⁶⁶¹ Sind alle Tatbestandmerkmale der BJR erfüllt, wird die inhaltliche Qualität der unternehmerischen Entscheidung von denjenigen US-Gerichten, die weitgehend der Rechtsprechung des Delaware Supreme Court folgen, nicht mehr überprüft. Mitglieder der Unternehmensführung sind nach Bejahung der Vorraussetzungen folglich nicht mehr der Gefahr der persönlichen Haftung ausgesetzt.⁶⁶²

Zusammenfassend stellt die BJR ein systematisiertes Prüfungsschema dar, das seine unverbindlichen Formulierungen in den Principles of Corporate Governance des American Law Institut (ALI) ⁶⁶³ findet und das die Aufgabe hat, ex ante die Abgrenzung von vertretbaren und somit nicht haftungsrelevanten unternehmerischen Fehlentscheidungen zu haftungsbegründenden Sorgfaltsverstößen vorzunehmen. In Österreich jedoch hat der Oberste Gerichtshof, wie bereits eingangs erwähnt, bislang noch keine richtungsweisende Entscheidung zur Anwendbarkeit entsprechender Haftungskriterien getroffen und bislang konkrete Aussagen zur BJR vermieden.⁶⁶⁴

11.3.3 Einführungsmöglichkeiten der BJR in Österreich

Die Frage, ob bzw wie die Business Judgement Rule im österreichischen Recht anzuwenden ist, ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht minder interessant wie problematisch. Bejaht man den Bedarf einer derartigen Regelung im österreichischen Recht, stellt sich die Frage der Importierbarkeit der BJR in den nationalen Rechtsbestand.⁶⁶⁵ Aus Sicht des österreichischen Gesellschaftsrechts ist eine uneingeschränkte Übertragung der BJR nicht unproblematisch. In

⁶⁶¹ Griehser, Business Judgement Rule, RdW 2009, 11f

⁶⁶² Griehser, Business Judgement Rule, RdW 2009, 11.

⁶⁶³ Block/Barton/Radin, American Law Institute; Principles of Corporate Governance; Analysis and Recommendations (1994); 105: „A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty (of care) if the director or officer: (1) is not interested (§ 1,2 3) in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation.“

⁶⁶⁴ OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

⁶⁶⁵ Torggler, ecolex 2009, 920

der Literatur finden sich sowohl Anhänger⁶⁶⁶ als auch Gegner⁶⁶⁷ einer Übernahme der BJR in das österreichische Recht. Ein Streitpunkt stellt vor allem die damit verbundene Beweislastumkehr dar. Die direkte Anwendung der BJR steht nämlich im Widerspruch zur Beweislastregel des § 84 Abs 2 AktG, da diese im Vergleich zu § 84 Abs 2 AktG von der Vermutung ausgeht, dass den Aufsichtsrat bei Vorliegen der genannten Kriterien keine Haftung trifft. Die Annahme, dass das Vorstandsmitglied die Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft getroffen hat, deckt sich nicht mit der Beweislastumkehr des Aufsichtsratsmitgliedes, da hier das belangte Mitglied beweisen muss, mit größtmöglicher Sorgfalt gehandelt zu haben.⁶⁶⁸ *Schima* äußert seine Bedenken zur Problematik der Beweislastumkehr dahingehend, dass sich die Situation des Aufsichtsrates durch eine Verankerung der BJR verschlechtern würde.⁶⁶⁹ Die für die BJR angedachte Funktion, das unternehmerische Ermessen bestmöglich zu schützen bzw (gesetzlich) abzusichern, würde sich seiner Meinung nach nämlich nicht erfüllen, da er keinen Vorteil der fünfteiligen BJR gegenüber dem Konzept der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und des § 84 AktG und § 25 GmbHG prägenden objektiven Sorgfaltsmaßstabes erkennt.⁶⁷⁰ *Lutter* hingegen befürwortet unter Einhaltung der fünf Voraussetzungen das Eingreifen der Business Judgment Rule und die damit verbundene Beweislastpflicht für die Gesellschaft.⁶⁷¹

Ein in der Literatur wesentlicher Diskussionspunkt bei der Anwendbarkeit der BJR ist auch die Funktion, die den entscheidenden Richtern zugemessen wird. Richter sind keine Vorstände und *Torggler* zufolge verfügen diese (möglicherweise) nicht über alle zur Entscheidungsfindung benötigten wirtschaftlichen Kenntnisse und es sollte daher nicht Sache der Gerichte sein, operative oder strategische Entscheidungen der Exekutivorgane in Frage zu stellen.⁶⁷² *Schima* wiederum befürchtet den Verlust der inhaltlichen Kontrollmöglichkeit

⁶⁶⁶ Vgl statt vieler *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79; der die gesetzliche Verankerung der BJR in § 93 Abs .1 Satz 2 dAktG befürwortet.

⁶⁶⁷ *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 98; steht einer Verankerung der BJR im österreichischen Recht ablehnend gegenüber, da seiner Ansicht nach der herrschende Sorgfaltsmaßstab den Geschäftsleiter günstiger stellt als die BJR.

⁶⁶⁸ *Mutter*, Unternehmerische Entscheidung, 217ff; *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 13.

⁶⁶⁹ Zustimmung *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 14f.

⁶⁷⁰ *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 98; demzufolge eine gesetzliche Positivierung bestimmter Gebote immer den Charakter einer gewissen Beliebigkeit, ja Willkür, hat.

⁶⁷¹ *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 85f; zustimmend *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 13f; für den die Beweislastumkehr in der richterlichen Praxis schwerwiegende Probleme bereitet.

⁶⁷² *Torggler*, Business Judgement Rule und unternehmerische Ermessensentscheidung, ZfRV 2002/9; zustimmend *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 13f, für den die Qualifikation der Richter zur wirtschaftlichen Beurteilung von unternehmerischen Entscheidungen zu hinterfragen ist, falls sie sich nicht auf diesem Gebiet fortlaufend weiterbilden.

durch die Gerichte und negiert den Regelungsbedarf sowie die Notwendigkeit zur Übernahme der BJR-Kriterien.⁶⁷³

In der Literatur gehen die Meinungen, was die Implementierbarkeit der BJR betrifft, auseinander. Trotz kleiner Vorbehalte steht insbesondere *Hopt* der Anwendbarkeit der BJR sehr positiv gegenüber. Er begründet dies dadurch, dass die BJR einige hilfreiche zusätzliche Vorgaben zur Entscheidungsfindung sowie eine Konkretisierung unternehmerischer Sorgfaltsanforderungen vornimmt. Sie hilft, ebenso zu verhindern, dass durch praxisfremde Anforderungen übermäßige und nicht notwendige Kosten für Anleger und Unternehmer entstehen.⁶⁷⁴ Den Vorständen, Geschäftsführern und Aufsichtsräten würde durch die Schaffung eines der BJR vergleichbaren Tatbestandes sehr geholfen, da ihnen dadurch eine Leitlinie zur Verfügung stünde, innerhalb deren Grenzen sie im Rahmen ihres Ermessens handeln könnten, ohne Haftungsfolgen befürchten zu müssen.⁶⁷⁵ Die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und bloßen unternehmerischen Fehlentscheidungen würde damit an fixe Größen gebunden und würde dies zu einer Förderung der unternehmerischen Initiative führen, weil die Risikobereitschaft ihrer Organwalter durch die Haftungsfreistellung der unternehmerischen Entscheidung nicht mehr gehemmt wird.⁶⁷⁶ Schon in der amtlichen Begründung des § 84 AktG aus dem Jahre 1937 wurde ausgeführt, „den Vorständen dürfe nicht jeder Mut zur Tat genommen werden“⁶⁷⁷. Die historische Rechtslage schränkte die Erfolgshaftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft somit weitgehend ein und auch nach der geltenden Rechtslage wird für Fehlleistungen, die sich im Ausmaß des unternehmerischen Ermessens bewegen, nicht gehaftet. Fehlentscheidungen, sofern damit nicht eklatante Überschreitungen der Entscheidungsbefugnis verbunden sind, fallen daher in den unternehmerischen Ermessensspielraum.⁶⁷⁸ Solche Entscheidungen können daher nicht mit Pflichtwidrigkeit gleichgesetzt werden – dies würde eine Einschränkung jeglichen unternehmerischen Handelns bedeuten. Gemäß § 84 AktG wird kein Erfolg geschuldet, sondern ist nur der sachgerechte Sorgfaltsmaßstab einzuhalten. Mit dieser Regelung ist bereits

⁶⁷³ *Schima*, GesRZ 2007, 98. Er verweist dabei auf *Montesquieu*, dessen Ausspruch „Wenn es nicht nötig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es nötig, kein Gesetz zu machen“ seine Ansicht für das Beibehalten der bestehenden Rechtslage untermauert.

⁶⁷⁴ *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, Großkommentar AktG4 § 93 Rz 83; *Griehser*, Business Judgment Rule, RdW 2009, 13.

⁶⁷⁵ *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 82.

⁶⁷⁶ *Torggler*, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 169.

⁶⁷⁷ Amtliche Begründung zu § 84 AktG 1937, abgedruckt bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und Amtliche Begründung (1937), 71.

⁶⁷⁸ Siehe dazu Kapitel Elf, ebenso OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, der hier ausspricht, dass aus der lediglich groben Einschätzung der unternehmerischen Lage noch keine Haftung des Aufsichtsrates abgeleitet werden kann.

der Gedanke gesetzlich verankert, zuständige Organmitglieder nicht für ihre Entscheidungen haften zu lassen, die sich im Nachhinein als nachteilig bzw schädlich erweisen. Die Haftungsproblematik unternehmerischer Entscheidungen und ihrer damit verbundenen Haftungsfolgen erscheint somit klar. Die in der Zukunft erhofften Chancen sehen sich, je nach Ausgangslage, mit nur schwer einschätzbaren Risiken (Marktrisiko) konfrontiert.⁶⁷⁹ Ohne Zweifel überschreitet ein Aufsichtsratsmitglied den haftungsfreien Ermessensspielraum, wenn es Eigeninteressen verfolgt oder ungenügende Informationen zur Sachlage eingeholt hat.⁶⁸⁰

Bei der Beurteilung einer unternehmerischen Entscheidung und der Feststellung, ob sie vertretbar war, hat das Gericht auf Ermessensfehler näher einzugehen, diese zu gewichten und zu sanktionieren. Welche Sanktion sich für eine unternehmerische Fehlentscheidung am besten eignet, ist jedoch weiterhin fraglich. Die Wiederbestellung des betreffenden Organs zu unterlassen bzw das Vertrauen durch die Hauptversammlung zu entziehen, stellen mE noch immer die praktikabelste Sanktion für „falsch“ getroffene unternehmerische Entscheidungen dar.⁶⁸¹

11.3.4 Eigene Meinung

Die Aussage „Irren ist menschlich“⁶⁸² trifft bei der BJR ohne Zweifel zu. Vorstandsmitglieder müssen oft wirtschaftliche Risiken eingehen um erfolgreich zu sein, woraus jedoch auch Fehlentscheidungen resultieren.⁶⁸³ Es ist mE daher umso wichtiger, dass Vorstandsmitglieder die eine „gewagte“ unternehmerische Entscheidung treffen, die sich nachträglich als Irrtum herausstellt und einen Schaden verursacht, nicht „automatisch“ für diese haften. Diese Haftungsfreiheit setzt jedoch voraus, dass die Organe danach strebten, auf einer informierten Grundlage und ohne Interessenkollision zum Unternehmenswohl zu handeln und dieses Bestreben auch dokumentiert werden kann. Eine unternehmerische Entscheidung sollte zu Recht daher inhaltlich nicht überprüfbar sein, sofern sie der Vorstand bzw das einzelne Vorstandsmitglied bewusst, sachkundig, unbefangen und im guten Glauben, dass die Entscheidung im besten Interesse des Unternehmens ist, getroffen hat. Der Sinn der BJR liegt

⁶⁷⁹ *Griehser*, Business Judgement Rule, RdW 2009, 14.

⁶⁸⁰ *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 83.

⁶⁸¹ *Kapsch/Grama*, Business Judgment Rule: Abgrenzung pflichtwidriger von bloß unglücklichen Geschäftsentscheidungen, *ecolex* 2003, 524 f; Diese beiden Vorschriften finden sich in § 78 Abs 1 AktG und § 75 Abs 4 AktG.

⁶⁸²

⁶⁸³ *Gasser*, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011/17, 63f.

ja gerade darin, dass jede weitergehende gerichtliche Nachprüfung über die Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung unterbleibt und auch kein Eingriff in die unternehmerische Freiheit und Verantwortung stattfindet, weshalb ein Vorstandsmitglied irren kann, ohne persönliche Konsequenzen fürchten zu müssen.

Die am häufigsten auftauchende Frage zur Anwendung der BJR ist ihre mögliche Importierbarkeit in den nationalen Rechtsbestand, da diese aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch ist. Die uneingeschränkte Anwendung der BJR steht nämlich im Widerspruch zum geltenden „status quo“-System der Organhaftung, was insbesondere bei der Beweislastumkehr deutlich wird.⁶⁸⁴ Die Beweislastproblematik stellt in der Literatur einen Diskussionspunkt dar, der nicht abschließend geklärt werden kann, wobei mE die vielen Vorteile der BJR die Nachteile bei weitem überwiegen. Spricht man sich nun für die Notwendigkeit einer derartigen Regelung hinsichtlich der Ermessenskriterien im österreichischen Recht aus und schließt sich damit der Meinung *Hopts* und *Lutters* sowie der Rechtsentwicklung in Deutschland an, bleibt zu fragen, was der Vorteil einer gesetzlichen Verankerung dieses Haftungsmaßstabes ist.⁶⁸⁵ Es ist sicher richtig, dass bei der aus einem fremden Rechtskreis stammenden Bestimmung durch die Verwendung nicht geläufiger *verba legalia* Auslegungsschwierigkeiten entstehen können, jedoch ist die dadurch geschaffene haftungsfreien Zone aus Gründen der Rechtssicherheit im Grunde zu begrüßen. Eine Normierung würde den Organmitgliedern nämlich nicht nur konkrete Leitlinie zur Verfügung stellen, sondern insbesondere auch den auf ihnen lastenden Haftungsdruck verschwinden lassen. Durch ihre subsumtionsfähigen Begriffe würde eine Normierung der BJR auch den Gerichten ihre Anwendung erleichtern und genügend Raum lassen, die Norm fallweise weiterzuentwickeln.⁶⁸⁶ Ob Richter eine ausreichende fachliche Qualifikation aufweisen um komplexe wirtschaftlichen Beurteilung von unternehmerischen Entscheidungen vornehmen zu können, ist jedoch mE fraglich, da sie oft keine Experten auf diesem Gebiet sind. Eine Kodifizierung der BJR würde daher insbesondere auch zu einer Arbeitsentlastung der Richter

⁶⁸⁴ Siehe dazu bereits unter Punkt 11.3.3.

⁶⁸⁵ Zustimmung *Feyl*, Gedanken zur Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 89; ablehnend dagegen sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 98; *Kunz*, Würde die Übernahme des § 93 Abs 1 dAktG in das österreichische Aktienrecht zu mehr Rechtssicherheit in Bezug auf nützliche Gesetzesverletzungen führen?, GesRZ 2007, 91; dieser ist für eine gesetzliche Verankerung in Österreich, allerdings nicht die (unveränderte) Übernahme von § 93 Abs 1 dAktG.

⁶⁸⁶ *Lutter*, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 81. Diese Fortentwicklungsüberlegungen sind auch der Grund dafür, weshalb eine Kodifizierung der BJR in den USA bzw Großbritannien bislang unterblieben ist.

führen, da sie dann nur mehr zu prüfen hätten ob die Tatbestandsmerkmale der BJR erfüllt wurden.⁶⁸⁷

Es darf jedoch nicht der Eindruck entstehen, dass bislang keine anerkannten Grenzen des Ermessensspielraumes in Österreich bestünden, da dieser nach der hL bereits durch das Gesetz, die Satzung, den Anstellungsvertrag und durch Organbeschlüsse begrenzt wird.⁶⁸⁸ Das österreichische Regelungswerk bietet damit bereits jetzt Ansätze, die Haftung des Aufsichtsrates, ähnlich der amerikanischen BJR, zu beschränken – geht dabei aber noch immer zu restriktiv vor, da man sich bis jetzt noch nicht durchringen konnte, die BJR zu kodifizieren. Es wäre empfehlenswert, sich am deutschen Nachbarn und seiner umgesetzten Kodifizierung zu orientieren und eine eigene gesetzliche Bestimmung einzuführen, um die Sorgfaltspflichten der Organe von Verbandspersonen neu zu regeln.

11.3.5 Einführung und Umsetzung der Business Judgment Rule in Deutschland

Die BJR hat bisher noch keinen Eingang in den österreichischen Gesetzestext gefunden. Ganz anders sieht die Lage in Deutschland aus. Durch die "ARAG/Garmenbeck-Entscheidung" des deutschen Bundesgerichtshofs bestärkt, trat am 1. 11. 2005 das UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts) in Kraft. In § 93 I AktG, der Schwesterbestimmung des § 84 I öAktG, wurde der positivierte Rechtssatz verankert und seither als Kodifizierung der deutschen BJR angesehen.⁶⁸⁹ Gemäß § 93 Abs 1 Satz 2 Satz des deutschen Aktiengesetzes „*liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*“⁶⁹⁰ Daraus kann abgeleitet werden, dass fehlgeschlagene, verlustbringende Entscheidungen, beispielsweise über die Neueinführung eines Produkts, die Umstellung der Produktion, den Erwerb eines Unternehmens etc, per se betrachtet nicht als pflichtwidrig anzusehen sind. Ihre Beurteilung erfolgt daher nicht mehr nach dem Grad ihrer Abweichung von einer

⁶⁸⁷ Griebser, Business Judgement Rule, RdW 2009, 14f., zu Folge bleibt es jedoch, unabhängig von einer gesetzlichen Implementierung der BJR, abzuwarten, ob österreichische Gerichte ohne Widerrede eine Klage, die alle Voraussetzungen der BJR erfüllt, ohne inhaltliche Kontrolle wegen fehlender Pflichtwidrigkeit abweisen werden.

⁶⁸⁸ Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung, ecolex 2003, 527.

⁶⁸⁹ Hüffer, AktG⁹ § 93 Rz 1.

⁶⁹⁰ Lutter, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 80f.

sachgerechten, idealen Entscheidung, sondern nur noch danach, ob die der Entscheidung zugrunde gelegten Annahmen vernünftig begründbar waren und die Entscheidung daraus ohne Widerspruch ableitbar war.⁶⁹¹ Unter diesen „safe harbour“ fallen aber nur Fehler, die im Rahmen eines unternehmerischen Entscheidungsspielraums begangen wurden. Der safe harbour entfällt auch dann, wenn sich die Entscheidung auf einen unzureichenden Informationsstand gründet. Verletzungen von Gesetzen, Verordnungen, Satzungen oder von Treuepflichten sind daher auszunehmen.⁶⁹² Aus der Sicht des Vorstands erfolgt die Beurteilung für die Voraussetzungen der Entscheidungsfindung „ex ante“. Das Gesetz will damit den Mut zum unternehmerischen Risiko fördern, nicht jedoch Unbesonnenheit und Leichtsinns.⁶⁹³ Ein Vorstand darf ebenso nicht davon ausgehen, das Wohle der Gesellschaft zu fördern, wenn seine Entscheidung von Interessenskonflikten, Fremdeinflüssen und unmittelbarem Eigennutz geleitet wird. Handlungen, die zum eigenen Vorteil vorgenommen werden, ua die treuwidrige Ausnützung einer sich ergebenden Geschäftschance oder die Förderung nahestehender Personen, liegen jedenfalls nicht im Unternehmensinteresse.⁶⁹⁴ Ein weiterer interessanter Umstand besteht darin, dass die Erläuterungen befürworten, den Grundgedanken eines Geschäftsleiterermessens für alle Formen unternehmerischer Betätigung heranzuziehen und nicht nur auf die Vorstandshaftung zu beschränken.⁶⁹⁵ Eine vor allem in den letzten Jahren nicht immer problemlose Entwicklung von außerordentlich stark wachsenden Managementvergütungen inklusive Aktienoptionsprogrammen überhöhter Abfindungsvereinbarungen und zunehmend steigender D&O-Versicherungen hat mit der Einführung des UMAG ihre gesetzliche Kodifizierung gefunden.⁶⁹⁶

⁶⁹¹ Thiery, Die Presse, Deutschland stärkt Mut zum Unternehmerrisiko, Rechtspanorama vom 17.10.2005.

⁶⁹² Torggler, Von Schnellschüssen, wbl 2009, 174.

⁶⁹³ Thiery, Die Presse, Deutschland stärkt Mut zum Unternehmerrisiko, Rechtspanorama vom 17.10.2005.

⁶⁹⁴ Siehe dazu bereits Lutter, Die Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 81; in der Literatur gibt es keinen Zweifel daran, dass die im Interessenwiderstreit getroffene Entscheidung nicht ausschließlich am Wohl der Gesellschaft ausgerichtet sein kann.

⁶⁹⁵ Thiery, Die Presse, Deutschland stärkt Mut zum Unternehmerrisiko, Rechtspanorama vom 17.10.2005.

⁶⁹⁶ Ulmer, Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit bei unternehmerischen Fehlentscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat?, DB 2004, 859; Griehser, Business Judgement Rule, RdW 2009, 15.

12 Aktuelle Entwicklung der Vorstandsvergütung

Vorstandsvergütungen (insbesondere Bonuszahlungen) sind im Zuge der durch die Lehmann-Insolvenz weltweit ausgelösten Finanzkrise erneut in den kritischen Fokus der Öffentlichkeit gelangt. Insbesondere Vorstandsbezüge galten aufgrund ihrer kurzfristig ausgerichteten anreizorientierten Vergütungsstruktur als Mitterlöser der Weltwirtschaftskrise, weshalb die Forderung nach ihrer Begrenzung nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene lauter wurde. Die Globalisierung hat insbesondere zu internationalen Verflechtungen von an der Börse notierten Unternehmen geführt, weshalb es nicht mehr ausreicht, nur nationale Regulierungen für Vorstandsvergütungen vorzunehmen. International geltende Regelungen, die eine einheitliche Strukturierung aufweisen, sind für einen nachhaltigen Ansatz daher nicht nur dienlich, sondern vielmehr erforderlich. Um diese neuen Regularien umfassend bewerten zu können, bedarf es jedoch ergänzend eines Blickes auf die von der Kommission erstellten Empfehlungen und die internationalen Bemühungen, die versuchen, die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen zu gestalten.⁶⁹⁷ Im folgenden Kapitel wird ein Ausblick auf die aktuelle nationale wie auch internationale Entwicklung der Regelungen zur Vorstandsvergütung vorgenommen.

12.1 Europäische Union

Die EU widmet sich schon seit geraumer Zeit der Vorstandsvergütungsproblematik, wobei die erste Empfehlung der Europäischen Kommission zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften aus dem Jahre 2004 den Ausgangspunkt dieser Überlegungen bildet.⁶⁹⁸ Hier hat die Kommission bereits ausgesprochen, dass die Entscheidungen über die Vergütungshöhe

⁶⁹⁷ Sommerfeld, Der neue Rechtsrahmen für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung, 2011, 24f.

⁶⁹⁸ Empfehlung der Kommission vom 14. 12. 2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, 2004/913/EG, ABl L 385/55. Aufgrund der sich rapide verschlechternden Wirtschaftslage sah sich die Kommission 2009 dazu veranlasst, diese Empfehlung inhaltlichen zu präzisieren.

von Vorstandsmitgliedern nur der Gesellschaft und ihren Aktionären zu überlassen ist.⁶⁹⁹ Diese Ansicht bekräftigte die Kommission in ihrer Empfehlung vom 29. 04. 2009, wo sie konkretere Leitlinien für die Höhe und Struktur von Vorstandsvergütungen festsetzte. Die Mitgliedstaaten werden dabei ua angewiesen, die Abfindungszahlung mit zwei Jahresgehältern zu begrenzen, variable Vergütungsbestandteile an messbare und festgelegte Leistungskriterien zu binden sowie bestimmte Offenlegungspflichten zu erfüllen.⁷⁰⁰ Ebenso hat das Europäische Parlament am 7. Juli 2010 den Novellierungsvorschlag der Kommission vom 30. 04. 2009 für die Richtlinien 2006/48/EG (Bankenrechtsrichtlinie) und 2006/49/EG (Kapitaladäquanzrichtlinie), zusammen als „CRD“ oder „Basel II“ bezeichnet, mit überwiegender Mehrheit angenommen, der vor allem die Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor und die sogenannten Banker-Boni regelt.⁷⁰¹ Das Europäische Parlament hat damit seine Zustimmung zu strengeren Vorschriften für Vergütungssysteme von Bank-Managern gegeben, die mE als sehr streng anzusehen sind.⁷⁰² Diese EU-Richtlinien wurden in Österreich im Bankwesengesetz umgesetzt und unterliegen der präventiven Kontrolle der Finanzmarktaufsicht (FMA).⁷⁰³ Das Gesetz sieht inhaltliche Beschränkungen für variable Vergütungen vor, erstellt einen Vergütungsausschuss und nimmt den Aufsichtsrat in die Pflicht.⁷⁰⁴

Trotz heftigen Widerstands Großbritanniens wurden nun durch CRD IV/Basel III noch strengere Regelungen für Bonuszahlungen an Bank-Manager in der EU beschlossen, die einen weiteren Schritt zur Stabilisierung des Finanzmarktsektors beitragen sollen.⁷⁰⁵ Die erfolgsabhängige Vergütung eines Bank-Managers darf nunmehr grundsätzlich nicht mehr als

⁶⁹⁹ Erwägungsgrund 2 EU-Empfehlung 2004/913/EG, ABI L 385/55; der aussagt, dass die Form, Struktur und Höhe der Vergütung Sache der Gesellschaft und ihrer Aktionäre sei. Die Empfehlung ist abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:385:0055:0059:DE:PDF> (Stand 26.05.2013).

⁷⁰⁰ *Fragner/Schimka*, Vergütung von Managern-Initiativen auf EU Ebene, GesRZ 2009, 124. Die Empfehlung ist abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/com-2010-286-2_de.pdf (Stand 26.05.2013).

⁷⁰¹ *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, Rz 109, 436f

⁷⁰² So auch *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, Rz 109, 436f

⁷⁰³ Siehe zu Sonderregelungen im BWG *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 78 Rz 12; Unternehmen, die unter das BWG fallen, haben nun seit 1.1.2010 für Vergütungen bestimmter Mitarbeiter, abgestuft nach der Unternehmensgröße, den internen Organisationsgrad, die Art, den Umfang und die Komplexität der Geschäfte, die Mitarbeiterkategorien, die Art und Höhe deren Vergütung, deren Tätigkeitsauswirkungen auf das Risikoprofil sowie die Grundsätze der Anlage zu § 39 b BWG zu beachten.

⁷⁰⁴ *Kalss/Winner*, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/12/04; die darauf verweisen, dass die FMA zusätzlich ein Rundschreiben für Vergütungen im Vertrieb zur Vermeidung von Interessenkonflikten herausgegeben hat.

⁷⁰⁵ *Bohne*, EU packt den Deckel auf Banker Boni, Online im Internet: www.tagesschau.de/wirtschaft/managergehaelter124.html (Stand 28.05.2013); Diese Regelung ist Teil eines umfangreichen Gesetzpakets für höhere Kapitalanforderungen für Banken, kurz Basel III (CRD IV) genannt, die auf internationaler Ebene ausgehandelt worden waren und die die wichtigste Konsequenz aus der Finanzkrise nach der Pleite der US-Investmentbank Lehman Brothers im Herbst 2008 darstellt.

sein Fixgehalt ausmachen, nur mit Zustimmung der Hauptversammlung darf sie das Doppelte betragen.⁷⁰⁶ Durch diese Regelung soll insbesondere die Risikobereitschaft der Bank-Manager vermindert werden, da die kurzfristig ausgerichtete anreizorientierte Vergütungsstruktur als eine der Ursachen der Finanzkrise gilt.⁷⁰⁷ Einen Anstoß bzw. ein Vorbild für die in der EU zukünftig zu tätigen Maßnahmen zur Neuregulierung der Managergehälter stellt die erst kürzlich in der Schweiz stattgefundene Volksabstimmung über die Regulierung von Managerzahlungen dar.⁷⁰⁸ In dieser haben sich rund zwei Drittel der Stimmberechtigten für eine Gesetzesinitiative ausgesprochen, bei der zukünftig die Aktionärsversammlung bei allen Schweizer Aktiengesellschaften über das Gehalt des Vorstands mitentscheiden soll. Dieses erfolgreiche Referendum über Managergehälter in der Schweiz war auch eine Signalwirkung für die EU, denn die EU-Kommission kündigte bis Jahresende eine dem Schweizer Modell nachgebildete Gesetzesinitiative an.⁷⁰⁹

Anders als die Schweiz geht die EU jedoch noch einen Schritt weiter, da in Zukunft zusätzliche Schranken zur Regulierung von Managergehältern eingeführt werden. Die EU-Kommission will unabhängig von der jeweiligen Branchenzugehörigkeit in ihrem neuen gesellschaftsrechtlichen Aktionsplan noch für 2013 eine Offenlegungsinitiative für individuelle Managerbezüge starten. Es ist auch vorgesehen, zukünftig die Aktionäre in jedem Fall über die Entgeltpolitik und einen Vergütungsbericht abstimmen zu lassen ("say on pay").⁷¹⁰ Bevor die Neuregelungen der Managergehälter auf EU-Ebene umgesetzt werden können, sind jedoch noch grundlegende Fragen zu klären, insbesondere ob diese Hauptversammlungsbeschlüsse dann bindend sein werden oder ob sie – wie in Großbritannien – nur Empfehlungscharakter haben und ob diese nur die Grundsätze der Vergütungspolitik regeln oder, wie in der Schweiz, auch ihre Höhe bestimmen sollen. In der EU werden zurzeit

⁷⁰⁶ Frankfurter Rundschau, Online im Internet: www.fr-online.de/wirtschaft/manager-gehaelter-eu-deckelt-banker-boni,1472780,22171190.html (Stand 28.05.2013).

⁷⁰⁷ Kalss/Winner, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/12/04.

⁷⁰⁸ Deutsche Mittelstands Nachrichten, Manager-Gehälter: EU will Aktionäre entscheiden lassen, Online im Internet: www.deutsche-mittelstands-nachrichten.de/2013/03/50709/ (Stand 28.05.2013); Der Grund für die Abstimmung war die Rekordabfindung für den zurückgetretenen Novartis-Chef Daniel Vasella, der eine Zahlung von etwa 60 Millionen Euro erhalten sollte.

⁷⁰⁹ Bohne, EU packt den Deckel auf Banker Boni, Online im Internet: www.tagesschau.de/wirtschaft/managergehaelter124.html (Stand 28.05.2013).

⁷¹⁰ Fleischer/Bedkowski, „Say on Pay“ im deutschen Aktienrecht, Das neue Vergütungsvotum der Hauptversammlung nach § 120 Abs 4 AktG, AG 2009, 677ff; Die deutsche Bundesregierung plant ein ähnliches Vergütungssystem, in dem Aktionäre dann über die Höhe der Gehälter (bindend) entscheiden können.

vier verschiedene Ansätze zur Begrenzung von Managergehältern diskutiert, welche im Folgenden kurz erläutert werden.⁷¹¹

Die strengste und unwahrscheinlichste Variante wäre es, ein dem Schweizer Modell nachgebildetes generelles Verbot für bestimmte Gehaltsbestandteile (Prämien für erfolgreiche Transaktionen) einzuführen.⁷¹² Dieser Ansatz kommt mE nicht in Betracht, da sie unabhängig vom Einzelfall eine geeignete Anreizmethode für erfolgreiche Transaktionen darstellt. Sie erscheint mir durchaus gerechtfertigt, weshalb es mE keinen Grund gibt, eine vom Vorstandsmitglied erfolgreich durchgeführte Transaktion nicht auch dementsprechend zu entlohnen. Die zweite Variante sieht eine höhenmäßige Begrenzung der Vorstandsbezüge vor. Diese Strategie überzeugt mE nicht restlos, da, wie *Kalss* treffend anführt, der Eingriff in die Selbstbestimmung der Parteien immer der letzte Ausweg in einer Marktwirtschaft sein sollte.⁷¹³ Es darf auch bezweifelt werden, ob gerade inhaltliche Vorgaben der Schlüssel zum Erfolg gegen überhöhte Managergagen sind, da sich die diskutierten Regelungen und Vorschriften zu sehr mit Details beschäftigen und genügend Spielraum für Umgehungen bieten.⁷¹⁴ ME tritt die Unwirksamkeit einer ziffernmäßigen Beschränkung bei dem oft zitierten Beispiel des „Sanierungsmanagers“ am deutlichsten hervor. Hier darf der Vertragsabschluss mit einem Top-Banker nicht durch ein spezifisch vorgegebenes Gehaltsgefüge verhindert werden, da ohne seine Erfahrung und Fähigkeiten keine Unternehmenssanierung gelingen wird, diese für das langfristige Unternehmenswohl und die Fortentwicklung der Gesellschaft jedoch unentbehrlich ist.⁷¹⁵ Die dritte Variante spricht sich für eine Verlagerung der Entscheidung über die Höhe der Vorstandsvergütung vom Aufsichtsrat hin zu den Gesellschaftern aus. Die Aktionäre, als Eigentümer der Gesellschaft, würden dann in der Hauptversammlung die Vorstandsbezüge und die damit verbundenen Leistungsanreize selber festsetzen, was mE ein Höchstmaß an Beteiligung und Transparenz garantieren würde.⁷¹⁶ Diese Kompetenzverlagerung der Vorstandsvergütung hin zu den Gesellschaftern ist natürlich nicht unproblematisch und unausweichlich mit neuen „difficulties“ verbunden. Erstens kommt die Hauptversammlung nur ein Mal im Jahr

⁷¹¹ *Kalss/Winner*, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/12/04; die eine Auflistung dieser Varianten anführt.

⁷¹² Zeit Online, Schweizer stimmen für Regulierung von Managergehältern, Online im Internet: www.zeit.de/wirtschaft/2013-03/schweiz-manager-boni-volksabstimmung (Stand 28.05.2013).

⁷¹³ *Kalss/Winner*, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/12/04.

⁷¹⁴ So auch *Thüsing*, Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit, ZGR 2003, 487f.

⁷¹⁵ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 78 Rz 4. Das langfristige Unternehmenswohl der Bank geht in der Regel Hand in Hand mit einer geeigneten „Managerpersönlichkeit“.

⁷¹⁶ So auch *Berger*, Vorstandsvergütung, 1. Auflage 2013, 94f; der entgegen der herrschenden Ansicht in Deutschland eine solche Regelung für nicht gänzlich impraktikabel hält.

zusammen, zweitens treffen insbesondere in börsennotierten Aktiengesellschaften verschiedene Aktionäre mit differenzierten Interessen und Ansichten aufeinander und drittens erfordern einzelne detaillierte Vergütungsfragen kompetentes Fachwissen, das nicht-fachkundigen Kleinaktionären oft fehlt.⁷¹⁷

Trotz dieser auftretenden Probleme darf dennoch nicht darauf vergessen werden, dass gemäß § 98 AktG die Aufsichtsratsvergütung auch von der Hauptversammlung festgelegt wird und ihre Praktikabilität, im Gegensatz zur Vorstandsvergütung, jedoch keinesfalls in Frage gestellt wird.⁷¹⁸ ME wäre es zielführend, die Hauptversammlung in der Satzung über die Grundsätze der Vorstandsbezüge entscheiden zu lassen, ihr jedoch keine Möglichkeit einzuräumen, obligatorische Höchstgrenzen festzusetzen.⁷¹⁹ Dieser Ansatz wäre mE eine gelungene Mittelweglösung, da die Zuständigkeit für den Abschluss des Anstellungsvertrages weiterhin beim Aufsichtsrat verbleibt und dieser weiterhin die Vergütungsdetails, nun in dem von den Aktionären vorgegebenen Rahmenbedingungen, persönlich mit dem Vorstandsmitglied ausverhandeln kann, ohne die Hauptversammlung mit diesen Details im Einzelnen beschäftigen zu müssen.⁷²⁰

Der letzte Ansatzpunkt, überhöhte Vorstandsvergütungen zu regulieren, ist die Transparenz. Diese Variante ist jedoch nicht neu, da sich die Europäische Kommission bereits im Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance vom 21. 05. 2003 dafür aussprach, die Vorstandsbezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder detailliert offenzulegen.⁷²¹ Mit der Empfehlung der Kommission vom 14.12.2004 wurden dann gezielte Maßnahmen gesetzt, um die Transparenz der Vergütungsentscheidung zu verbessern.⁷²² Die Aktionäre sollten eine konkrete Übersicht über die Vergütungspolitik der Unternehmen bekommen. Demnach sollte jede börsennotierte Gesellschaft eine jährliche Erklärung zu ihrer Vergütungspolitik („Vergütungserklärung“) veröffentlichen, welche entweder Teil eines eigenständigen Vergütungsberichts ist oder in den

⁷¹⁷ Thüsing, Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit, ZGR 2003, 466f.

⁷¹⁸ Kraßnig, Zum Anforderungsprofil an den Aufsichtsrat unter Berücksichtigung der Aufsichtsratsvergütung, Aufsichtsrat aktuell 2009, 19f; so auch Berger, Vorstandsvergütung, 94f.

⁷¹⁹ So auch Kalss/Winner, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/12/04; die vorschlagen, die Hauptversammlung allenfalls zu Grundzügen der Vergütung, nicht aber zu konkreten Summen zu befragen.

⁷²⁰ Berger, Vorstandsvergütung, 1. Auflage 2013, 94f.

⁷²¹ Kommission der europäischen Gemeinschaften, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM(2003) 284 endgültig.

⁷²² Empfehlung der Kommission vom 14. Dezember 2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, (2004/913/EG), ABl L 385 vom 29.12.2004, 55–59.

Jahresabschluss oder den Lagebericht der Gesellschaft aufgenommen werden sollte.⁷²³ Des Weiteren wurde die Gesellschaft dazu verpflichtet, eine zukünftig zwingend vorgeschriebene Individualisierung der Gesamtbezüge und sonstigen Leistungen vorzunehmen, um den Aktionären den Zusammenhang zwischen dem Unternehmensergebnis und der Höhe der Vorstandsbezüge verständlicher zu machen. Ziel dieser Maßnahme war es, das verlorene Vertrauen der Aktionäre in die Gesellschaft wiederzubekommen und andererseits eine Stärkung der vom Unternehmen den Aktionären gegenüber geschuldeten Rechenschaftspflicht zu bewirken.⁷²⁴ Anhand dieser vier unterschiedlichen Ansätze lässt sich eine Entwicklung in der Europäischen Union hin zu mehr rechtlichen Regelungen, dh eine Verrechtlichung, erkennen, wobei diese jedoch nicht überall auf Gegenliebe stößt.⁷²⁵ Ob diese geplanten Regelungen tatsächlich eine Steuerung der Managerbezüge in die angemessenen „Höhen“ bewirken werden, bleibt abzuwarten.

12.2 Deutschland

Den Empfehlungen der Kommission folgend, wurde in Deutschland durch die Verabschiedung des Gesetzes über die Offenlegung der Vorstandsvergütung (VorstOG) 2005 eine gesetzliche Verankerung der individuellen Offenlegung der Vorstandsvergütung vorgenommen, nachdem bereits zuvor eine Anregung bzw später eine Empfehlung im Deutschen Corporate Governance Kodex zu finden war.⁷²⁶ Börsennotierte Aktiengesellschaften werden durch dieses Gesetz verpflichtet, die Vorstandsbezüge individuell offenzulegen, wobei das Unterbleiben einer Offenlegung nur dann möglich ist, wenn in der Hauptversammlung ein mit qualifizierter Mehrheit beschlossenes Veto dagegen einlegt wird.⁷²⁷

Die wesentlichste Neuerung brachte jedoch das am 05. 08. 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), mit welchem sich die deutsche

⁷²³ ABl L 385 vom 29.12.2004, 56 und 57.

⁷²⁴ ABl L 385 vom 29.12.2004, 55f.

⁷²⁵ *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 18f; ebenso für Deutschland, *Dauner-Lieb*, Die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG als Herausforderung für den Aufsichtsrat – Methodische Probleme im Umgang mit Rechtsunsicherheit, *Der Konzern* 2009, 583.

⁷²⁶ Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz vom 3. 8. 2005, dBGBI I, 2267.

⁷²⁷ *Berger*, Vorstandsvergütung, 1. Auflage 2013, 59ff.

Rechtslage den EU-Empfehlungen annäherte.⁷²⁸ Durch das VorstAG 2009 hat der deutsche Gesetzgeber das Recht der Vorstandsvergütung in verschiedener Hinsicht reformiert. Ausweislich der Gesetzesmaterialien stellt das VorstAG 2009 vor allem eine Reaktion auf die Finanzmarktkrise dar, deren Auswüchse durch fehlerhafte Verhaltensanreize infolge kurzfristig ausgerichteter Vergütungsinstrumente begünstigt wurden. § 87 dAktG ist durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) in Teilbereichen ergänzt und konkretisiert worden. Der Gesetzestext wurde geändert und eine Vielzahl von zusätzlichen Parametern, die insbesondere zur Angemessenheitsfindung beitragen sollen, sind aufgenommen worden.⁷²⁹

Das vorrangige Ziel des deutschen Gesetzgebers war es, durch die neuen gesetzlichen Regelungen verstärkte Anreize für eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu setzen.⁷³⁰ Einzig das von der EU geforderte verstärkte Mitspracherecht der Aktionäre in Vergütungsfragen wurde nicht umgesetzt, da sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschied, die Kompetenz zur Vorstandsvergütung weiter dem Aufsichtsrat zukommen zu lassen und der Hauptversammlung durch § 120 Abs 4 AktG lediglich ein unverbindliches Votum für das Vergütungssystem einräumte.⁷³¹ Die EU-Empfehlungen wurden vom deutschen Gesetzgeber im Juni 2009 umgesetzt, indem die entsprechenden Änderungen im Deutschen Corporate Governance Kodex erfolgten und das VorstAG eingeführt wurde.⁷³² Durch diese gesetzlich vorgenommenen Umsetzungen hat Deutschland die europarechtlichen Vorschriften zum Rechtsbegriff der Vorstandsvergütung weitestgehend erfüllt bzw sogar übertroffen und nimmt dadurch eine Vorreiterrolle innerhalb der Europäischen Union ein.

⁷²⁸ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31. 7. 2009, dBGBI I, 2509.

⁷²⁹ Bosse, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)-Überblick und Handlungsbedarf, BB 2009, 1650. Das Gesetz gilt nur für die AG; ob es inhaltlich auch für die GmbH herangezogen werden kann, ist unklar; vgl. *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 12; *Leitzen*, Auswirkungen des VorstAG auf die Geschäftsführervergütung in mitbestimmten GmbHs, Der Konzern 2010, 87.

⁷³⁰ *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 16; *Lingemann*, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1918. Er bediente sich mit dem Begriff der Nachhaltigkeit (englisch: sustainability) durchaus eines Trendworts, das dem Anliegen des VorstAG entsprechend ein Vergütungskonzept präferiert, das insbesondere den Bestand des Unternehmens, sein strategisches Wachstum und ein langfristiges Wohl der Gesellschaft sicherstellt.

⁷³¹ *Berger*, Vorstandsvergütung, 1. Auflage 2013, 92f.

⁷³² *Lutter*, Die Empfehlungen der Kommission vom 14. 12. 2004 und vom 15. 2. 2005 und ihre Umsetzung in Deutschland, EuZW 2009, 801.

12.3 Österreich

In Österreich reagierte der Gesetzgeber mit seinen getätigten Kodifikationen viel verhaltener auf die Auswüchse der Finanzkrise als in Deutschland. Durch das 2. Stabilitätsgesetztes 2012 kam es nur zu einer Modifizierung der bereits bestehenden aktiengesetzlichen Vorschriften die Vorstandsvergütung betreffend, jedoch wurde kein dem VorstAG vergleichbares eigenes Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung eingeführt. Die kodifizierten deutschen Regelungen decken sich inhaltlich jedoch zum Großteil mit den nunmehr in Österreich im Gesetz vorgenommenen Adaptierungen.⁷³³ Mit dem Begriff „angemessenes Verhältnis“ wählte der Gesetzgeber einen unbestimmten Gesetzesbegriff aus und normierte bisher dafür zwei Kriterien, die zur Beurteilung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen heranzuziehen sind.⁷³⁴

Durch das 2. Stabilitätsgesetztes 2012 sind zu den beiden bestehenden Kriterien, Aufgaben des Vorstandsmitgliedes und Lage der Gesellschaft, nun mit der Leistung des Vorstandsmitgliedes, mit der Üblichkeit der Vergütung sowie mit den langfristigen Anreizen zur nachhaltigen Entwicklung drei weitere Parameter hinzugekommen. Der österreichische Gesetzgeber hatte als Vorstufe jedoch die einschlägigen Bestimmungen des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) schrittweise bereits konkretisiert und ausgebaut, bevor er sich dazu entschloss, diese drei neuen Parameter in § 78 AktG einzuführen.⁷³⁵ Der erste Schritt zur Regulierung der Vorstandsvergütungen wurde bereits mit der Umsetzung der EU-Vergütungsempfehlungen im ÖCGK getan, wobei es einer Anpassung der einschlägigen Bestimmungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex bedurfte, um diese vornehmen zu können.⁷³⁶ Das Hauptaugenmerk bei der Kodexrevision 2010 wurde auf die entsprechende detaillierte Adaptierung der variablen Vorstandsvergütungsregelungen gelegt, die im Zuge der Finanzkrise als Hauptursache für die enormen Steigerungen der Bezüge galten.⁷³⁷ Abschließend wurden nunmehr die L-Regelungen 26a und 29 explizit mit der durch

⁷³³ Siehe bereits Kapitel 5 dazu ausführlich Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 271f.

⁷³⁴ Lücke, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen – Der erste unbestimmbare unbestimmte Rechtsbegriff, NZG 2005, 694 mwN.

⁷³⁵ Hasenauer/Pracht, Revision des Österreichischen Corporate Governance Kodex, Aufsichtsrat aktuell 2010, 14. Schima, Vergütung für den Vorstand: Regeln verschärft, Die Presse-Rechtspanorama, 8.

⁷³⁶ Schima, Vergütung für den Vorstand: Regeln verschärft, Die Presse-Rechtspanorama, 8; Der österreichische Gesetzgeber reagierte darauf mit der mehrfachen Überarbeitung der zutreffenden Regelungen zum Thema Vorstandsvergütungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex.

⁷³⁷ Schenz/Eberhartinger, Die Regelung der Managergehälter nach dem Österreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 209; rechtsvergleichend siehe auch Grünanger, Corporate Governance Regel zur

das 2. Stabilitätsgesetztes 2012 vorgenommenen Corporate Governance Kodex-Anpassung im Juli 2012 neu eingeführt, um die Angemessenheit von Vorstandsbezügen bzw ihre Offenlegung zu regeln.⁷³⁸

Im 2. Stabilitätsgesetztes 2012 wurden jedoch nicht nur die Regelungen der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen adaptiert, sondern auch ihre Offenlegungspflichten im UGB. Zukünftig müssen bei kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften im Corporate Governance-Bericht die Vergütungen der einzelnen Vorstandsmitglieder pro Mitglied angegeben werden und zusätzlich sind die Grundsätze der Vergütungsstruktur für den Vorstand abzubilden.⁷³⁹ Die Verpflichtung zur Herabsetzung der Vorstandsbezüge in wirtschaftlich schlechten Zeiten gemäß § 87 Abs 2 dAktG wurde vom österreichischen Gesetzgeber wiederum nicht berücksichtigt.⁷⁴⁰ Der Aufsichtsrat hat wie bisher zukünftig weiterhin die Entscheidung über die Angemessenheit der Vorstandsvergütung unter Einbeziehung der drei neuen Kriterien mit größtmöglicher Sorgfalt zu treffen. Die drei neu eingeführten Parameter zur Bemessung der Vorstandsvergütung sind jedoch auch nicht in der Lage, fixe zahlenmäßige (Höchst-)Grenzen vorzugeben, weshalb ein unternehmerischer Ermessensspielraum – Business Judgement Rule – für den Aufsichtsrat auch weiterhin bestehen bleibt. ME ist der österreichische Gesetzgeber den richtigen Weg gegangen, indem er die Angemessenheit der Vergütung nunmehr an mehreren unterschiedlichen Parametern misst und so gleichzeitig die Abhängigkeit der Bemessungsgrundlage von den beiden traditionellen Kriterien, „Lage der Gesellschaft“ und „Aufgaben der Gesellschaft“, gelöst hat. Als Wegbereiter für die im Zuge des 2. Stabilitätsgesetztes 2012 umgesetzten Regelungen gelten insbesondere die Regelungen des ÖCGK, die als optimale Vorlage dienten. Es bleibt abzuwarten, ob sich nach der vom Gesetzgeber vorgenommenen Neuregelung im Zuge des 2. Stabilitätsgesetztes 2012 nunmehr eine signifikante Verbesserung der Rechtssicherheit ergibt, wobei mE diese jedoch nur unwesentlich gesteigert werden konnte.⁷⁴¹

Unabhängigkeit und Vergütung – ein aktueller rechtsvergleichender Überblick Österreich und Vereintes Königreich, RWZ 2010, 4.

⁷³⁸ Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Kodexanpassung Juli 2012 abrufbar unter: <http://www.wienerborse.at/corporate/pdf/Kodexanpassung%20Juli%202012%203.pdf> (Stand 30.05.2013)

⁷³⁹ § 243b Abs 2 lit 3 UGB.

⁷⁴⁰ Siehe dazu Kapitel Neun.

⁷⁴¹ So auch Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 279.

13 Schlusswort

Unter Miteinbeziehung aller Vorschläge bzw Ansätze zur Bemessung der Vorstandsvergütung kann schlussendlich keine einheitliche subsumtionsfähige Definition der Angemessenheit als Ergebnis präsentiert werden. Obwohl es sich bei der Angemessenheit um einen Wert- und Würdigungsbegriff handelt, der ausfüllungsfähig ist, müssen Rechtsprechung und Lehre einzelne Schranken zur Konkretisierung vorgeben.⁷⁴² Eine exakte Festlegung von derartigen Rahmenbedingungen und damit verbundenen Höchstgrenzen ist jedoch aufgrund des Interessenkonfliktes zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Positionen in der Praxis nur sehr schwer möglich.⁷⁴³ Im Normalfall werden solche unbestimmten Rechtsbegriffe durch theoretische Überlegungen sowie Judikate ausgelegt bzw erörtert, doch hinsichtlich § 78 AktG ist die Literatur spärlich, sodass eine genaue Formel zur „angemessenen“ Berechnung der Vorstandsvergütung fehlt.

Die historische Entwicklung des § 78 AktG bzw § 87 dAktG zeigt im Hinblick auf die Vorstandsvergütung die kontinuierliche Wandlung von einer rein privatautonomen Entscheidung der Beteiligten hin zu immer detaillierter vorgegebenen gesetzlichen Rahmenbedingungen. Zu Beginn war der Gesetzgeber damit beschäftigt, die vorherrschenden Rahmenbedingungen geringfügig zu ändern, während er im Laufe der Zeit begann, eine Reformierung einzelner Regelungsbereiche vorzunehmen. Mit dem in Deutschland eingeführten VorstAG 2009 ist als vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung eine teilweise Verrechtlichung der Vergütungsentscheidung eingetreten, die jedoch nicht von allen uneingeschränkt begrüßt wurde.⁷⁴⁴ Der österreichische Gesetzgeber ist dem deutschen Vorbild inhaltlich weitgehend gefolgt, wobei er durch das 2. Stabilitätsgesetztes 2012 nur eine Modifizierung der bereits bestehenden aktiengesetzlichen Vorschriften, die

⁷⁴² Körner, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG – Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2699.

⁷⁴³ Thüsing, Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit, ZGR 2003, 465; Die richterliche Vorgehensweise bei der Angemessenheitsfindung der Vorstandsvergütung hat daher vor allem Vergrößerungen hinzunehmen, da die Unbestimmtheit des Begriffes nur durch in ihrer konkreten Ausformulierung nicht-begründbare, dem Ziel nach aber gerechtfertigte Einzelregeln überwunden werden kann; Trotz aller vorgenommenen Maßnahmen verbleibt es letztlich noch immer der Rechtsprechung, sogenannte „Daumenregeln“ zur Beurteilung des konkreten Einzelfalles herauszuarbeiten.

⁷⁴⁴ Lingemann, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1924; Dauner-Lieb, Die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG als Herausforderung für den Aufsichtsrat, Der Konzern 2009, 583; Während Lingemann etwa eine klare gesetzliche Regelung begrüßt und die richterliche Entscheidung nur in Ausnahmefällen als notwendig erachtet, sehen Dauner-Lieb die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG vielmehr als Herausforderung für den Aufsichtsrat; Haberer/Kraus zufolge darf nicht vergessen werden, dass die Vergütungsentscheidung nicht vollständig verrechtlicht werden kann.

Vorstandsvergütung betreffend, vorgenommen hat, jedoch kein dem VorstAG vergleichbares eigenes Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung einführt.⁷⁴⁵ In Österreich sind die Angemessenheitskriterien zur Begrenzung von überhöhten Managergehältern damit ebenso in beträchtlichem Ausmaß spezifiziert worden.

Diese Spezifizierung der einzelnen Parameter zur Bemessung der Vorstandsvergütung ist mE ein Schritt in die richtige Richtung, wobei hier die Gefahr besteht, durch zu explizite und starre Regelungen ein System zu schaffen, das nicht flexibel genug ist, um auf die Erfordernisse des Einzelfalles zu reagieren. Aus diesem Grund stehe ich einer Verrechtlichung der Vergütungsentscheidung eher skeptisch gegenüber, da diese, verbunden mit einer ziffernmäßigen Begrenzung der Vorstandsvergütung, zu einem gravierenden marktwirtschaftlichen Systemeingriff führen würde, der keinesfalls immer als gerechtfertigt angesehen werden kann. Besonders in wirtschaftlich schlechten Zeiten kann eine hohe Vergütung unter Heranziehung der Fähigkeiten eines „Krisenmanagers“ legitim sein und gerade hier zeigt sich die Unzulänglichkeit detaillierter gesetzlicher Kriterien, die im Einzelfall nicht vermögen, eine angemessene Vergütung zu bestimmen.⁷⁴⁶

Der österreichische Gesetzgeber hat insbesondere darauf verzichtet, in wirtschaftlich schlechten Zeiten einen einseitigen Eingriff in die Vertragsfreiheit gemäß dem deutschen Vorbild § 87 Abs 2 dAktG vorzunehmen, da er am Grundsatz „Pacta sunt servanda“ festhält, § 78 Abs2 AktG aF eliminierte und damit das rechtsstaatliche Prinzip der Vertragstreue sicherte. Dieser Begründungsansatz ist nachvollziehbar, da vor Vertragsabschluss genügend andere Möglichkeit bestehen, die Entgeltvereinbarung in wirtschaftlich turbulenten Zeiten anzupassen und dieser Eingriff jedoch nur dann vorgenommen werden darf, wenn sachlich gerechtfertigte Gründe dafür vorliegen.

Der österreichische Gesetzgeber hat im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012 keine eindeutigen Erfolgskriterien (Umsatz, Gewinn etc) zur Bemessung der Vorstandsvergütung festgelegt, weshalb weiterhin ein großer Ermessensspielraum des Aufsichtsrates besteht. Der dem Aufsichtsrat bei der Festsetzung von Vorstandsvergütungen zur Verfügung stehende Kriterienkatalog des § 78 AktG ist auch durch die neu eingefügten drei Parameter somit keinesfalls erschöpfend geregelt worden, sondern hat durch die zusätzlichen Kriterien nur eine Präzisierung erfahren. Sinnbildlich wurde das vorgegebene Netz der auszuwählenden Kriterien für den Aufsichtsrats nur noch engmaschiger geknüpft, wobei seine

⁷⁴⁵ Kapitel Sechs.

⁷⁴⁶ Kapitel Neun.

Entscheidungsfindung noch immer rational nachvollziehbar sein muss.⁷⁴⁷ Insbesondere bei der variablen Vergütung muss der Aufsichtsrat darlegen, warum diese Vergütungsform dem Interesse der Gesellschaft dient und tatsächlich in effizienter Weise gefördert werden soll. Im Endeffekt erfolgt die Angemessenheitsfindung der variablen Vergütung im Wege der geforderten Darlegungslast des Aufsichtsrates.⁷⁴⁸ Bei der Angemessenheitssicherung der Vorstandsbezüge ist daher weiterhin auf die durch § 78 AktG vorgegebene Angemessenheitsschranke abzustellen, die versucht, eine Begründungspflicht zur Überprüfbarkeit und damit zur Rationalisierung der Aufsichtsratsentscheidung herzustellen, wobei man § 78 AktG jedoch gar nicht benötigen würde, da sich die Vorgabe an den Aufsichtsrat, sich am Unternehmenswohl zu orientieren, schon aus § 70 AktG ergibt.

Der österreichische Gesetzgeber hat aber nicht nur die Bemessung der Vorstandsvergütung reformiert, sondern auch die dazugehörigen Offenlegungspflichten.⁷⁴⁹ Mit dem neu eingeführten § 243b Abs 2 lit 3 UGB sind zukünftig im Corporate Governance-Bericht die einzelnen Vorstandsmitgliederbezüge anzuführen und die Grundsätze der Vergütungspolitik für den Vorstand darzulegen. Es stellen sich im Zusammenhang mit der Angemessenheitsfindung der Vorstandsvergütung somit immer wieder neue komplexe Fragen an die Aufsichtsräte. Es obliegt ihnen die Festsetzung der Vorstandsvergütung, weshalb sie das größte Interesse an einer genauen gesetzlichen Regelung haben, um sich einerseits von sämtlichen Schadenersatzansprüchen, die bei unangemessener Bemessung von Seiten der Gesellschaft drohen, frei zu beweisen, und um andererseits eine in der Branche angemessene Vergütung zu vereinbaren. Im Zuge der Freibeweisung von Schadenersatzansprüchen dient die „Business Judgement Rule“ den Aufsichtsräten als Vorbild.⁷⁵⁰ Der Gedanke, einen Haftungsfreiraum durch einen eigenen Tatbestand abzugrenzen, hat sich in der österreichischen Rechtsprechung jedoch noch nicht etablieren können.⁷⁵¹

Da es sich bei der BJR um ein nicht-österreichisches Rechtsinstitut handelt, das aus einem anderen Rechtskreis übernommen wird, werden sich mit Bezugnahme auf die Verwendung nicht-gängiger *verba legalia* Auslegungsschwierigkeiten ergeben, die im Zuge einer

⁷⁴⁷ So auch Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 279.

⁷⁴⁸ Thüsing in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, Rz 20ff; Dieser Ansatz orientiert sich somit an der US-amerikanischen Rechtsprechung, wo die Angemessenheit eines Aktienoptionsplanes danach beurteilt wird, ob die Darlegung eines „identifiable benefit to the corporation“ gelingt und auch ob die Kosten in einem angemessenen Verhältnis zum Gesellschaftsinteresse gewichtet werden können.

⁷⁴⁹ Kapitel Zehn.

⁷⁵⁰ Dazu siehe Kapitel Elf.

⁷⁵¹ Dies wird auch anhand der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 7 Ob 58/08t vom 11.6.2008 zum unternehmerischen Ermessensspielraum des Aufsichtsrates deutlich.

einheitlichen Rechtsprechung zu bewältigen sind. Dies entspricht der üblichen Problematik, mit der sich Rechtsanwender nach Einführung bzw. Novellierung eines Rechtsinstitutes konfrontiert sehen, wobei die Kodifizierung der BJ,R nach anfänglichen Auslegungsschwierigkeiten, zu einer Rechtmäßigkeitskontrolle von Aufsichtsratsentscheidungen führen würde, die weitaus vorhersehbarer und damit kalkulierbarer wäre, als sie derzeit ist. Hält sich ein Aufsichtsrat an die Vorgaben, steht ihm ein Spielraum zur Verfügung, in dem er sich auf seine „haftungsrechtliche Immunität“ verlassen könnte. Die positiven Auswirkungen lassen sich nicht nur anhand der US-amerikanischen BJR, sondern auch durch die Umsetzung eben dieser im deutschsprachigen Raum belegen.⁷⁵² Die Schaffung eines safe harbors, einer haftungsfreien Zone, innerhalb welcher sich der Aufsichtsrat ohne Gedanken an die persönliche Haftung bewegen kann, ist somit für das österreichische Gesellschaftsrecht nach Abwägung aller Aspekte sehr zu empfehlen.

Die Entwicklung der Vorstandsvergütungsregularien auf internationaler Ebene ist vor allem in den letzten Jahren im Zuge der Finanzkrise rasant vorangeschritten. Das neueste Modell zur Begrenzung der Vorstandsbezüge, das nicht nur in der Europäischen Union angedacht ist, sieht vor, die Kompetenz zur Vergütungsentscheidung an die Hauptversammlung zu verlagern. Dieser Ansatz ist mE eine gute Lösung, da einerseits die Eigentümer die Möglichkeit erhalten, die Grundsätze der Vorstandsbezüge in der Satzung zu regeln, und andererseits ein Mindestmaß an Eigentümerbeteiligung erreicht wird, das sicherlich auch zu einem positiven „Outcome“ der im Anstellungsvertrag vereinbarten Abfindungsproblematik beiträgt.

Zusammenfassend und als Ergebnis dieser Arbeit kann gesagt werden, dass sich eine Konkretisierung des Angemessenheitsbegriffs nicht durch absolute Grenzwerte, sondern nur durch relative Orientierungsgrößen erreichen lässt. Die Förderung der Transparenz und die Nachhaltigkeit sind sicher ein Schritt in die richtige Richtung, wobei abzuwarten ist, wie sie in der Praxis angenommen werden. Dem Kriterium der Marktüblichkeit der Vorstandsvergütung kommt auch nach den gesetzlichen Adaptierungen keine abschließende, sondern lediglich indizielle Bedeutung zu und es fehlen weiterhin detaillierte Erfolgskriterien, um die Vorstandsbezüge zu bemessen. Dies lässt dem Aufsichtsrat nach wie vor einen großen unternehmerischen Ermessensspielraum, innerhalb dessen er sich frei bewegen kann.

⁷⁵² Gasser, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011/17, 74f; Bei ähnlicher Ausgangslage wie in Österreich erfolgte die Übernahme der Haftungskriterien bereits in Deutschland und auch in Liechtenstein.

Rechtliche Konsequenzen, wie Anfechtungsklagen, Haftungsklagen gegenüber den involvierten Organen und die Nichtigkeit von Vorstandsverträgen und Aufsichtsrats bzw Hauptversammlungsbeschlüssen, werden jedoch auch zukünftig nur selten stattfinden.⁷⁵³ Richtungsweisende Judikatur zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung in der Aktiengesellschaft ist, mit Ausnahme der Entscheidung „Hirsch Servo-E“⁷⁵⁴, nach wie vor spärlich und so lässt sich über das, was als „angemessen“ empfunden wird, weiterhin vorzüglich streiten.

⁷⁵³ So auch Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 279.

⁷⁵⁴ Siehe dazu bereits Fn 236.

13.1 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- Die Probleme der Angemessenheitsfindung für die Vorstandsvergütung sind im Zuge der Privatautonomie historisch gewachsen und stehen in direktem Zusammenhang mit der Entwicklung der entsprechenden Regelungen im österreichischen bzw deutschen Aktienrecht. Es gab zunächst überhaupt keine Regelungen zur Aktiengesellschaft im Allgemeinen und besonders zur Vorstandsvergütung. Erst im Zuge der geschichtlichen Entwicklung entwickelten sich konkretere Regelungswerke.
- In den früheren einschlägigen Paragraphen des AHGB bzw des ADHGB findet sich keine explizite Regelung zur Vorstandsvergütung, weshalb diese lange Zeit keiner gesetzlichen Regulierung unterlag und innerhalb der allgemeinen Schranken frei vereinbar war. Gesetzliche Vorschriften über die Vorstandsbezüge wurden das erste Mal durch § 78 AktG 1937 niedergeschrieben.
- Der „Angemessenheitsbegriff“, auf den in § 78 AktG Bezug genommen wird, ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Im Normalfall werden solche unbestimmten Rechtsbegriffe durch theoretische Überlegungen sowie Judikate ausgelegt bzw erörtert, doch hinsichtlich § 78 AktG ist die Literatur spärlich, sodass eine genaue Formel zur „angemessenen“ Berechnung der Vorstandsvergütung bis heute fehlt.
- Unter der Vorstandsvergütung versteht man alle Leistungen der Gesellschaft an ein einzelnes Vorstandsmitglied in Entgelt oder Aufwandsersatzform, ob es sich dabei um Geld- oder Sachleistungen handelt, ist irrelevant. Die Auflistung der in § 78 genannten Gesamtbezüge ist demonstrativ, dh unter § 78 AktG sind somit neben den explizit genannten Begriffen auch weitere Tatbestände zu subsumieren.
- Der Gesetzgeber hat auf die noch immer nachdauernden Auswirkungen der Finanzkrise reagiert, indem er § 78 AktG im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes in Anlehnung an das VorstAG überarbeitet bzw reformiert hat. In Österreich ist es dadurch zu einer weiteren Spezifizierung der Angemessenheitskriterien gekommen, da zusätzlich zu der Aufgabe des Vorstandsmitgliedes und der Lage der Gesellschaft drei weitere Kriterien, Leistungen des Vorstandsmitgliedes, übliche Vergütung und

langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung, gesetzlich kodifiziert worden sind.

- Die gesetzlichen Angemessenheitskriterien des § 78 AktG können nur eine Hilfestellung bzw Anleitung für den Aufsichtsrat sein, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung festzusetzen. Sie können ihm jedoch aufgrund ihrer Unbestimmtheit keine konkreten Maßstäbe für die Vorstandsbezüge liefern und eine obligatorische Höchstgrenze für die Vorstandsvergütung, insbesondere ein ziffernmäßiger Höchstbetrag, kann den gesetzlichen Vergleichsparametern somit nicht entnommen werden. Fixe und starre Regelungen können daher nicht verallgemeinert bzw, wie am Beispiel des Sanierungsmanagers verdeutlicht, nicht immer eingehalten werden.
- Die Einführung der in § 78 AktG normierten Kriterien stellt nicht nur eine Schranke für die Vorstandsvergütung dar, sondern sie ist gleichzeitig auch eine Beschränkung bzw ein Eingriff in die Privatautonomie, da hier inhaltliche Vorgaben für die Angemessenheit vorgegeben werden. Dieser Eingriff des Gesetzgebers in die Privatautonomie muss daher eine sachliche Rechtfertigung erfahren. Diese sachlich gerechtfertigten Gründe bei der Vorstandsvergütung sind der Gläubigerschutz und der Schutz der Gesellschaft, da der für die Vergütungsvereinbarung zuständige Aufsichtsrat nicht für sich selbst, sondern für die Gesellschaft tätig wird.
- Die Vereinbarung einer überhöhten Vergütung zwischen Vorstandsmitglied und Aufsichtsrat impliziert keine Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB, sondern lässt die Wirksamkeit des Vorstandsvertrages inklusive der überhöhten Bezüge unberührt. Die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Vorstandsvergütungsvereinbarung stellt nämlich nur auf den überschießenden Teil einer angemessenen Vergütung ab, da § 78 AktG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 879 ABGB ist, sondern lediglich eine flexible Schranke darstellt, um den Ermessensspielraum des Aufsichtsrates zu begrenzen.
- Der Gesellschaft steht bei einer überhöhten Vorstandsvergütung nicht nur eine bereicherungsrechtlichen Leistungskondition auf den überschießenden Teil der Vergütung zu, sondern auch Schadenersatzansprüche gegen die handelnden Aufsichtsratsmitglieder sowie das betroffene Vorstandsmitglied.

- Die Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung kann durch unterschiedlichste Modelle (Transparenz, Beschluss der Hauptversammlung etc) vorgenommen werden, wobei starre gesetzliche Vorgaben für die Vergütungshöhe über das Ziel hinausschießen. Gesetzliche Rahmenbedingungen sind erforderlich, um die Angemessenheit der Vorstandsvergütung zu sichern, wobei zukünftig insbesondere steuerliche Anreizsysteme forciert werden sollen. Alle Regulierungsversuche haben gemeinsam, dass sie in einem erforderlichen und angemessenen Rahmen ablaufen müssen.
- § 78 AktG steht zweifelsohne in einem Spannungsverhältnis zur Vertragstreue und dem damit verbundenen Grundsatz „Pacta sunt servanda“. Die österreichische Rechtsordnung hat bei diesem Konflikt zwischen dem Grundsatz der Vertragstreue und der inhaltlichen Angemessenheit prinzipiell an der Vereinbarung festzuhalten und kann nur ausnahmsweise (Wucher, laesio enormis) und in schwerwiegenden Fällen regulierend eingreifen. Die für den Aufsichtsrat durch die Eliminierung des § 78 Abs 2 aF AktG nicht mehr vorhandene Möglichkeit, die Vorstandsbezüge an die geänderte wirtschaftliche Lage anzupassen, kann jedoch durch eine vertragliche Anpassungsklausel kompensiert werden.
- Die Gesamtbezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds (§ 239 Abs 1 Z 4 lit. A UGB) und die Grundsätze der Vergütungspolitik sind zukünftig im Corporate Governance-Bericht börsennotierter oder kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften zu veröffentlichen.
- Die Entscheidung des Aufsichtsrates über die Höhe der Vorstandsvergütung stellt eine unternehmerische Entscheidung dar, die sich – unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesses – primär (§ 70 Abs 1 AktG) am Unternehmenswohl zu orientieren hat. Bei einer eklatanten Überschreitung des Ermessensspielraumes kann es zu einer Haftung des Aufsichtsrates gemäß § 84 iVm § 99 AktG und einer damit verbundenen Schadenersatzzahlung an die AG kommen.
- Die Business Judgment Rule ist ein US-amerikanisches Rechtsinstitut, das Vorstandsmitgliedern einer Kapitalgesellschaft unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen einen haftungsfreien Ermessensspielraum für ihre unternehmerischen Entscheidungen gewährt. Die uneingeschränkte Anwendung der

BJR steht im Widerspruch zum geltenden „status quo“-System der Organhaftung, was insbesondere bei der Beweislastumkehr deutlich wird und weshalb eine problemlose Übernahme in den nationalen Rechtsbestand nicht möglich ist.

- Insgesamt hat in den letzten Jahren eine beachtliche Konkretisierung der Angemessenheitskriterien auf nationaler wie auch internationaler Ebene stattgefunden. Insbesondere in Deutschland ist es durch das VorstAG zu einer nicht unbeachtlichen Verrechtlichung der Vorstandsvergütung gekommen, die aber auch negative Nebenaspekte mit sich bringt. Es entsteht ein Mehraufwand, welcher die Aufsichtsratsarbeit zunehmend bürokratisiert und gegebenenfalls externe Unterstützung sogenannter Vergütungsberater erforderlich macht.
- In der EU werden zurzeit vier verschiedene Ansätze zur Begrenzung von Managergehältern diskutiert, ein Verbot bestimmter Prämienbestandteile, obligatorische Höchstgrenzen, Beschluss der Hauptversammlung über die Höhe der Vorstandsvergütung und ein Transparenzmodell. Zukünftig ist jedoch vorgesehen, die Aktionäre in jedem Fall über die Entgeltpolitik und einen Vergütungsbericht abstimmen zu lassen („say on pay“).

14 Anhang

Literaturverzeichnis

- Achleitner/Wollmert (Hrsg.)*, Stock-Options- Finanzwirtschaft, Gesellschaftsrecht, Bilanzierung, Steuerrecht, Unternehmensbewertung, (2000), (zitiert: *Achleitner/Wollmert*, Stock options)
- Adler/Düring/Schmalz (Hrsg.)*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen – Rechnungslegung nach internationalen Standards, 2003.
- Annuß/Theusinger*, Das VorstAG-Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434.
- Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138.
- Barnert*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, AR aktuell 2008, 29.
- Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VostAG 2009, AG 2009, 717.
- Baumüller/Sopp*, Ausgestaltung von Vorstandsvergütungssystemen – Herausforderungen für den Aufsichtsrat, AR aktuell 2011, 20.
- Bebchuk/ Grinstein*, The growth of Executive Pay in: Oxfor Review of Economic Policy (2005), 283.
- Bebchuk/Fried*, Pay without Performance in: Overview of the Issues Academy of Management Perspectives (2006a), 5.
- Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.)*, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Auflage, 2009.
- Berger*, Vorstandsvergütung - Die Vergütungsproblematik als logische Konsequenz des geltenden Aktienrechts und die Folgen für die Ausgestaltung der Regelungen, 2013.
- Bertl/Fraberger*, Bilanzierung von Tantiemen, RWZ 2001, 376.
- Blaschke*, Das österreichische Wechselrecht in seinem ganzen Umfang, Gratz 1850.
- Block/Barton/Radin*, American Law Institute; Principles of Corporate Covernance; Analysis and Recommendations, 1994.
- Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, 2004.
- Böhler*, Nichtigkeit des Geschäftes bei verdeckter Einlagenrückgewähr, ÖBA 2004, 433.
- Bosse*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)-Überblick und Handlungsbedarf, BB 2009, 1650.

Brauer, Die aktienrechtliche Beurteilung von „appreciation awards“ zu Gunsten des Vorstands, NZG 2004, 502.

Brogyanyi, Die Prüfung der Angemessenheit von Vorstands- und Aufsichtsratsvergütungen, Vortrag am 6. Oktober beim 2. Wirtschaftsprüfer Symposium 2011.

Büchele, Corporate-Governance-kompatible Anreiz- und Vergütungssysteme für Führungskräfte unter besonderer Berücksichtigung von Aktienoptionen, GesRZ 2004, 165 (Teil I) und 240 (Teil II).

Bydlinski, Bürgerliches Recht Band I; Allgemeiner Teil, 13.Auflage, 2005.

Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967.

Bydlinski, Über das Verständnis der „guten Sitten“ im österreichischen Recht in Festschrift Gernhuber (1983), 827.

Dauner-Lieb, Die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG als Herausforderung für den Aufsichtsrat, Der Konzern 2009, 583.

Dauner-Lieb/Friedrich, Zur Reichweite des § 87 II AktG, NZG 2010, 688.

Dehn/Wolf/Zehetner, Aktienoptionsrecht, 2003.

Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, 2.Auflage, 2012.

Dreher, Der Abschluss von D&O Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 2001, 293.

Eckardstein/Kronlechner, Vorstandsvergütung und gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmung, 2008.

Ehrenzweig, System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2.Auflage, 1928.

Eisel/Haberer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Spannungsverhältnis von Markt, Kodex und Gesetz, RWZ 2004, 65.

Ellrott/Förschle/Kozikowski/Winkeljohann (Hrsg.), Beck'scher Bilanzrecht Kommentar, 7.Auflage, 2010.

EU will Managergehälter begrenzen, Die Presse vom 11.03.2013.

Feyl, Gedanken zur Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 89.

Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NZG 2009, 801.

Fleischer, Das Mannesmann-Urteil des Bundesgerichtshofs: Eine aktienrechtliche Nachlese, DB 2006, 542.

Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006.

Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht, DStR 2005, 1279 (Teil I) und (Teil II) 1318.

Fleischer/Bedkowski, „Say on Pay“ im deutschen Aktienrecht, Das neue Vergütungsvotum der Hauptversammlung nach § 120 Abs 4 AktG, AG 2009, 677.

Fragner/Schimka, Vergütung von Managern-Initiativen auf EU Ebene, GesRZ 2009, 124.

Frodermann/Jannott (Hrsg.), Handbuch des Aktienrechts, 8. Auflage, 2009.

Frotz/Schörghofer, Neuerungen im Gesellschaftsrecht durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012, RdW 2012, 383.

Gasser, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011/17, 62.

Gelbmann, Strafrechtliche Absicherung der Corporate Governance, GesRZ 2003, 20.

Gerlach/Risak/Schrank/Höfle (Hrsg.), Praxishandbuch der Arbeitsvertragsgestaltung, 2011.

Gervutz/Berger-Walliser, Der Fall Mannesmann aus rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 2009, 38.

Geßler, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 497.

Geßler/Käpplinger (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 2010.

Goette/Habersack/Kalss, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Auflage, 2008.

Graf in FS Mayer-Maly zum 65. Geburtstag: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts 1996,163.

Graf, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515.

Grass, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, 1998.

Grattenthaler, Die Vergütung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesellschaften, 2007.

Griehser, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director's and Officer's Liability Insurance für Österreich, RdW 2006, 134.

Gruber/Wax, Wer ist für den Abschluss einer D&O Versicherung zuständig, wbl 2010, 169.

Grünanger, Corporate Governance Regel zur Unabhängigkeit und Vergütung – ein aktueller rechtsvergleichender Überblick Österreich und Vereintes Königreich, RWZ 2010, 4

Grünwald, Änderungen im AktG durch das RLG, ecolex 1992, 413.

Haber/Kraus, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GES 2010, 10.

Haberer/Kraus, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010,165.

Haidenthaller, Die Akzeptanz des Österreichischen Corporate Governance Kodex im Zeitvergleich, Jubiläumsausgabe, 2012.

Hamann, Was kostet ein Manager, BJR 2010, 27.

Hasenauer/Pracht, Revision des Österreichischen Corporate Governance Kodex, Aufsichtsrat aktuell 2010, 14.

Heidinger/Schneider (Hrsg.), 69. Band, Aktiengesetz, 2007.

Heins, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen einer Aktiengesellschaft, 2006.

Hirschler (Hrsg.), Bilanzrecht Kommentar, 2010.

Hoffmann-Becking, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstand- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 2005, 157.

Hohenaus/Weber, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gem. § 87 AktG nach dem VorstAG, DB 2009, 1519.

Hohenstatt, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, ZIP 2009, 1349.

Hommelhoff/Hopt/Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2003.

Hopt/Wiedemann, Großkommentar zum Aktiengesetz, 4 Auflage, 2008.

Hristov/Plansky/Ressler, Aufsichts- und Verwaltungsratsvergütungen im KStG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, ecolex 2006, 509.

Hüffer, Kommentar zum Aktiengesetz, 9 Auflage, 2010.

Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz, 5. Auflage, 2010.

Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, 2005.

Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2003.

Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 2010.

Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, 2008.

Kalss/Winner, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse vom 04.12.2013.

Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Abgrenzung pflichtwidriger von bloß unglücklichen Geschäftsentscheidungen, ecolex 2003, 524.

Kau/Leverenz, Mitarbeiterbeteiligung und leistungsgerechte Vergütung durch Aktienoptionspläne, BB 1998, 2269.

Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen, 5. Auflage, 2006.

Klang (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 12. Auflage, 1968.

Klausing, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und Amtliche Begründung, 1937.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011.

Kliement/Schwalbach, Managergehälter ein Problem?, WiSt 2008, 650

Klöhn, Die Herabsetzung der Vorstandsvergütung gem. § 87 Abs. 2 AktG in der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZGR 2012, 1.

Körner, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG – Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2697.

Kort, Mannesmann: Das "Aus" für nachträglich vorgesehene Vorstandsvergütungen ohne Anreizwirkung? NZG 2006, 131.

Kort, Zivilrechtliche Folgen unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“-Spätlese DStR 2007, 1127.

Kosesnik-Wehrle, Kommentar zum Konsumentenschutzgesetz, 3 Auflage, 2010.

Kötz/Zweigert, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3 Auflage, 1996.

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, 3. Auflage, 2010.

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I 13, 2006.

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II 13, 2007.

Kraßnig, Zum Anforderungsprofil an den Aufsichtsrat unter Berücksichtigung der Aufsichtsratsvergütung, Aufsichtsrat aktuell 2009, 14.

Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991,776.

Krejci (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2007.

Krejci, Braucht Österreich einen Corporate Governance Kodex?, VR 2002, 145.

Kübel, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Schuldrecht I, 1980.

Kühbacher, Aktienoptionen für Führungskräfte, 2007.

Küting/Weber: Handbuch der Rechnungslegung Einzelabschluss, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, 5. Auflage, 2004.

Lang/Weidmüller, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 37. Auflage, 2011.

Leitzen, Auswirkungen des VorstAG auf die Geschäftsführervergütung in mitbestimmten GmbHs, Der Konzern 2010, 87.

Lingemann, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1918.

Lücke, Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen – Der erste unbestimmbare unbestimmte Rechtsbegriff, NZG 2005, 692.

Lutter, Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 733.

Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 5. Auflage, 2008.

Managergehälter: US-Regierung macht Druck auf Spitzenverdiener, Die Presse vom 10.6.2009.

Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierter AG, 2. Auflage 2009.

Mayr-Maly, Werte im Pluralismus, in: JBl. 1991, 681.

Merkt - Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2.Auflage, 2006.

Merkt, Das Informationsmodell im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, zfbf Sonderheft 2006, 24.

Mitterstieler, Österreicher wollen Managergehälter begrenzen, Wirtschaftsblatt vom 21.02.2008.

Moser, Neue Bestimmungen für Vorstand und Aufsichtsrat im AktG und im UGB, GES 2012, 271.

Müller, Erfolgskriterien für die angemessene Vorstandsvergütung, AR 2007, 36.

Nießen, Neue Regeln für die Vorstandsvergütung, NJW-Spezial, 479;

Notthoff, Rechtliche Fragestellung bei Abschluss einer Director's & Officer's Versicherung, NJW 2003, 1350.

Nowotny, Anpassungen und Neuerungen im österreichischen Corporate Governance Kodex, SWK 2009, 479.

Oberrauter/Wieser, AK-Studie: Managergehälter-Analyse per April 2012, 1.

Oberrauter/Wieser, AK-Studie: Vorstandsvergütung und Ausschüttungspolitik der ATX Konzerne 2011, 3.

Pichler/Weninger, Aktienrecht in der Managerpraxis, 1. Auflage, 2002.

Pöltner, Zum Entlohnungsanspruch des Notgeschäftsführers, wbl 2000, 102.

Reich-Rohrwig, Ermessensspielraum für AR-Mitglieder bei „Golden Handshakes“ an Vorstandsmitglieder für deren vorzeitiges Ausscheiden, ecolex 2008, 926.

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 2000.

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, 2006.

Rungaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage, 2006.

Säcker/Stenzel, Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, 1151.

Schenz/Eberhartinger, Die Regelung der Managergehälter nach dem Österreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 210.

Schima, Aktienoptionen, GesRN-Sonderheft, 63.

Schima, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93.

Schima, Vergütungen für den Vorstand: Regeln verschärft, Die Presse, Rechtspanorama vom 10.1.2010

Schima, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, Der Gesellschafter 2011, 265.

Schima, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratssorgfalt, RdW 1990, 448.

Schima/Toscani, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§97 Abs 1 Aktg), JBl 2012, 482.

Schlegelberger/Quassowski, Kommentar zum AktG 1937, 3. Aufl. 1937.

Schmidt/Schwalbach, Zu Höhe und Dynamik der Vorstandsvergütung in Deutschland, ZfB 2007, 118.

Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130.

Schrank/Meier, Neue Benimmregeln für Vorstand und Aufsichtsrat, AR aktuell 2012, 5.

Schüller, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung, 2000.

Schüppen/Sanna, D&O Versicherung: Gute und schlechte Nachricht! ZIP 2002, 550.

Schuster/Gröhs/Havranek, (Hrsg.), Executive Compensation, 2008.

Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage 2006.

Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 1996.

Semmler, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Auflage, 1999.

Semmler, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Auflage, 1999.

Sommerfeld, Der neue Rechtsrahmen für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung, 2011.

Spindler, Vergütung und Abfindung von Vorstandsmitgliedern, DStR 2004, 36.

Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Auflage. 2010.

Spitzer, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12 g, ÖJZ 2012, 82.

Steiner, Das neue Rechnungslegungsgesetz im Überblick, ecolex 1990, 681.

Straube (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 2000.

Straube (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, 3. Auflage, 2012.

Stubenrauch, Handbuch des österreichischen Handels-Rechtes, 1863, Vorwort.

Terbille, (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 3. Auflage, 2008.

Thiery, Deutschland stärkt Mut zum Unternehmerrisiko, Die Presse-Rechtspanorama vom 17.10.2005.

Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 4. Auflage. 2008.

Thüsing, Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit, ZGR 2003, 453.

Thüsing, Das Gesetz über die Offenlegung von Vorstandsvergütungen, ZIP 2005, 1389.

Thüsing, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen – Mögliche Handlungsoptionen zur Sicherstellung, DB 2003, 1612.

Thüsing/Forst, Nachhaltigkeit als Zielvorgabe für die Vorstandsvergütung, GWR 2010, 515.

Tirole, Hierarchies and Bureaucracies, on the Role of Collusion in Organization, *Journal of Law, Economics & Organization* 1986, 181.

Toms/Karauscheck, Der Aufsichtsrat als (Vertrags-) Partner des Vorstandes, *AR aktuell* 2009, 13.

Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften – Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, *wbl* 2009, 168.

Torggler, Zur Angemessenheit der Abfertigung von Vorstandsmitgliedern und zur Haftung des Aufsichtsrats, *wbl* 2008, 598.

Trope/Liberman, Construal-level theory of psychological distance; *Psychological Review* (2010), 440.

Ulmer, Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit bei unternehmerischen Fehlentscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat?, *DB* 2004, 859.

Völkl, Corporate Governance Enforcement, 2004.

Weber/Burmester, Der Anstellungsvertrag des Managers, 3. Auflage, 2001.

Weller, Die Systemkohärenz des § 87 II AktG-Eingeschränkte Vertragstreue beim Vorstandsvertrag aufgrund Fremdinteressenwahrung, *NZG* 2010, 7.

Weller, Die Vertragstreue, 2009.

Wenger, AG: Zum Ermessensspielraum des Aufsichtsrats bei der Vereinbarung von Golden Handshakes für Vorstandsmitglieder, *RWZ* 2008, 284.

Witthun/Hamann, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, 847.

Wollburg, Unternehmensinteresse bei Vergütungsentscheidungen, *ZIP* 2004, 652.

Wollny, Die Directors' and Officers' Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung), Vorbild für eine Aufsichtsratshaftpflichtversicherung in Deutschland, 1993.

Zahradnik, Corporate Governance-Haftungsfragen, 59.

Zimmermann, Sind Managergehälter wirklich zu hoch? *Wirtschaftsdienst* 2004, 353.

Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, 1996.

Judikaturverzeichnis

OGH 28.05.1935, 2 Ob 434/35.
OGH 02.07.1952, 2 Ob 501/52.
OGH 27.01.1954, 3 Ob 816/53.
OGH 02.02.1955, 6 Ob 311/01f.
OGH 04.06.1963, 4 Ob 12/63.
OGH 21.06.1966, 8 Ob 150/66,
OGH 15.04.1969, 8 Ob 58/69.
BGH 13.03.1978, ZR 142/76.
OGH 19.02.1980, 4 Ob 324/00a.
OGH 19.02.1980 4 Ob 138/79.
OGH 19.02.1980, 4 Ob 138/79.
OGH 14.10.1981, 1 Ob 725/81.
OGH 18.11.1981, 3 Ob 580/81.
OGH 31.03.1982, 6 Ob 765/81.
OGH 11.07.1984, 1 Ob 627/84.
OGH 27.02.1986, 6 Ob 524/86.
OGH 11.01.1989, 9 ObA 513/88.
OGH 28.06.1989, 3 Ob 516/89.
OGH 25.03.1993, 8 Ob 502/93.
OGH 18.05.1995, 6 Ob 517/95.
OGH 23.05.1996, 6 Ob 661/95.
BGH 21.04. 1997, II ZR 175/95.
EUGH 16.06.1998, Rs c-162/96.
OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i.
OGH 09.07.1999, 9 ObA 68/99m.
OGH 05.04.2000, 9 ObA 80/00f.
OGH 13.04.2000, 6 Ob 187/99i.
OGH 25.01.2001, 2 Ob 322/00t.
OGH 25.04.2001, 9 Ob 83/01y.
OGH 27.09.2001, 6 Ob 287/00z.
OGH 27.09.2001, 6 Ob 287/00z.

OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.
OGH 11.6.2002, 5 Ob 129/02k.
OGH 22.05.2003, 8Ob262/02s.
OGH 27.05.2003, 1 Ob 244/02t.
OGH 12.06.2003, 2 Ob 23/03a.
VfGH 28.11.2003, KR 1/00.
OGH 18.08.2004, 4 Ob 172/04d.
BGH 25.11.2004, I ZR 49/02.
BGH 21. 12. 2005, 3 StR 470/04.
OGH 27.06.2006, 3 Ob 66/06m.
OGH 28.09. 2007, 9 ObA 28/07v.
OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t.
OGH 13.03.2012, 10 Ob 10/12m.
OGH 18.04.2012, 3 Ob 45/12g.

Internetquellen

<http://www.audit-committee-institute.de/24230.htm>.

<http://www.deutsche-mittelstands-nachrichten.de/2013/03/50709>

<http://www.dsw-info.de/DSW-Vorstandsverguetungsstudie.1881.0.html>. .

<http://www.fr-online.de/wirtschaft/manager-gehaelter-eu-deckelt-banker-boni,1472780,22171190.html>.

<http://www.goingpublic.de/10-jahre-ocgk>

<http://derstandard.at/1339639518888/Internationaler-Vergleich-Oesterreichs-Manager-bei-Gehaltsniveau-im-oberen-Mittelfeld>.

<http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/regulierung-von-managergehaeltern-neues-aktiengesetz-stoesst-bei-union-auf-zustimmung/7926168.html>.

<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2002/1986/regulation/7/made>.

<http://www.tagesschau.de/wirtschaft/managergehaelter124.html>

<http://www.vaa.de/ausgabe-032013/vorstandsverguetung-vorbild-schweiz/>.

<http://www.wienerborse.at/corporate/pdf/Kodexanpassung%20Juli%202012%203.pdf>

<http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-03/schweiz-manager-boni-volksabstimmung>.

Abstract

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit der Frage der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Aktiengesellschaft, wobei die rechtlichen Grundlagen der Vergütung dargelegt und kritisch beurteilt werden. Anhand verschiedener Interpretationsmethoden wird versucht, die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 78 AktG auszulegen. Die Angemessenheitsschranken des § 78 AktG bzw § 87 dAktG bilden die gesetzlichen Grundlagen der Vorstandsvergütung in Österreich und Deutschland.

Die historische Entwicklung des österreichischen Aktienrechts und die Entstehungsgeschichte des § 78 AktG sind eng miteinander verknüpft, weshalb zu Beginn dieser Arbeit darauf eingegangen wird. § 78 AktG wurde im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes in Anlehnung an das VorstAG überarbeitet bzw reformiert, daher sind insbesondere die neuen Bestimmungen bzw Kriterien zur Regelung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen und ihre Auswirkungen zu untersuchen. Die bei einer Verletzung des § 78 AktG eintretenden Rechtsfolgen, dabei geht es um Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag sowie Schadenersatzpflichten des Aufsichtsrats, werden ausführlich analysiert, sowie die in der Literatur vorherrschenden Meinungsstände nacheinander einer kritischen Würdigung unterzogen. Im Rahmen einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung werden bestehende Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur deutschen Rechtslage insbesondere am Beispiel des § 87 Abs 2 dAktG aufgezeigt sowie die eigene Ansicht dazu dargelegt. Alte und neue Lösungsansätze werden insbesondere bei der Angemessenheitssicherung der Vorstandsvergütung diskutiert, wobei vor allem die Förderung der Transparenz und die Nachhaltigkeit zu begrüßen sind. Die Haftungsproblematik bezüglich der Abfertigungen von scheidenden Vorstandsmitgliedern wird anhand der gegenwärtigen Meinungsstände und Judikatur untersucht. Dabei wird insbesondere auf den dem Aufsichtsrat zukommenden unternehmerischen Ermessensspielraum sowie auf die Vorteile einer gesetzlichen Normierung des amerikanischen Institutes der Business Judgment Rule eingegangen.

Abschließend wird ein Ausblick auf die sowohl aktuelle nationale als auch internationale Entwicklung der Regelungen zur Vorstandsvergütung vorgenommen und die Vor- und Nachteile zukünftig zu tätiger Maßnahmen zur Neuregulierung der Managergehälter analysiert, wobei der fakultativen Bindung der Hauptversammlung in Vergütungsfragen („say on pay“) hier nicht nur aus dem Grunde der Privatautonomie der Vorzug zu geben ist.

Lebenslauf

Adresse	Stelzhamerstraße 3a, 4400 Steyr
Telefon	+43 (0) 650 2087523
E-Mail	richard.hingsammer@gmail.com
Geburtsdatum	18.05.1985
Geburtsort	Ried im Innkreis (Oberösterreich)
Familienstand	ledig
Staatsangehörigkeit	Österreich

Ausbildung

Seit 10/2009	Dr.-Studium der Rechtswissenschaften
10/2005- 10/2011	Abgeschlossenes Diplomstudium der Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsuniversität Wien
10/2004-03/2009	Abgeschlossenes Diplomstudium der Rechtswissenschaft, Universität Wien
02/2008 - 07/2009	Auslandssemester - Università Cattolica del Sacro Cuore, Mailand
09/2003 - 04/2004	Präsenzdienst, Mautern
02/2002 – 06/2002	Auslandssemester - Upland High School (Kalifornien)
09/1995 - 05/2003	Bundesgymnasium Steyr
09/1991 - 06/1995	Volksschule Aschach an der Steyr

Berufserfahrung

Seit 04/2012	Notariatskandidat
07/2011 – 04/2012	Gerichtspraktikum am Bezirks- und Landesgericht Steyr
09/2010 – 10/2010	Praktikum bei Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH
02/2009 – 07/2009	Juristischer Teilzeitmitarbeiter bei Baker & McKenzie – Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte GmbH
06/2008 – 07/2008	Praktikum bei Wetzl & Partner Rechtsanwälte GmbH
06/2007 – 07/2007	Praktikum bei Nenning und Tockner Rechtsanwälte
07/2006 – 08/2006	Praktikum bei Schwarz& Kallinger Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH