

# Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis

Festschrift für Waldemar Jud

herausgegeben von

Alfons Grünwald  
Gerhard Schummer  
Johannes Zollner

**Linde**

# Der Aufsichtsrat und die Vergütung des Vorstands

*Wolfgang T. Graf*

- 1. Einleitung**
- 2. Stand und Entwicklung in Österreich**
  - 2.1. Aktiengesetz
  - 2.2. Satzung
  - 2.3. Bankwesengesetz und Corporate Governance Codex
  - 2.4. Leitentscheidung OGH 11.6.2008 (7 Ob 58/08t)
- 3. Jüngste Entwicklungen in Deutschland**
  - 3.1. Einleitung
  - 3.2. Nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsbezüge (§ 87 Abs 2 dAktG)
  - 3.3. Haftung des Aufsichtsrates für unangemessene Vorstandsvergütung (§ 116 S 3 dAktG)
- 4. Ausblick auf die heimische Rechtsfortentwicklung – Vorbild Deutschland?**



## 1. Einleitung

Thema dieses Herrn Prof. Waldemar Jud anlässlich seiner Emeritierung herzlich gewidmeten Beitrages ist der rechtliche Rahmen der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und die Verantwortung des Aufsichtsrats im Hinblick darauf. In den letzten Jahren ist etwas Bewegung in das Thema gekommen, ich möchte das entstandene Momentum bei dieser Gelegenheit aufgreifen.

Lange Zeit wurde die Rolle des Aufsichtsrats in österreichischer Lehre und Rechtsprechung ebenso stiefmütterlich behandelt, wie so manches Aufsichtsratsmitglied seinen Aufgaben auch tatsächlich wahrnahm. Mit der tradierten Praxis einiger Organträger – viermal im Jahr zur Aufsichtsratsitzung, Tischvorlagen erstmals am Tag der Sitzung lesen und sonst nur zuhören – ist es seit geraumer Zeit jedenfalls vorbei. Zu hoch sind die Anforderungen, die mittlerweile an Aufsichtsräte gestellt werden, zu streng die Judikatur. Beim Haftungsmaßstab verlangt der OGH bereits vom fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH, dass jedes Mitglied über das Wissen und die Erfahrung, die zur kompetenten Bewältigung der dem Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben erforderlich ist, verfügen muss und – gegebenenfalls mithilfe beigezogener Sachverständiger – in der Lage sein muss, gelieferte Information zu verstehen und zu würdigen.<sup>1</sup> Die im Einzelfall konkret geforderte Sorgfaltspflicht hängt von Faktoren wie der Branche des Unternehmens, dessen Größe, Marktposition und ähnlichen Umständen ab. An dieser Stelle sei nur am Rande angemerkt, dass die Höhe der Vergütung der Aufsichtsräte mit den wachsenden Ansprüchen, die an sie gestellt werden, in vielen Fällen (noch) nicht mithält.<sup>2</sup> Der zunehmend besseren Qualifikation und der erhöhten zeitlichen Beanspruchung – Aufsichtsratsmitglieder, die bestimmten Ausschüssen großer heimischer Aktiengesellschaften angehören, haben bis zu 25 Sitzungen pro Jahr zu absolvieren – sollte natürlich auch ein angemessenes Entgelt gegenüberstehen. Im vorliegenden Beitrag sollen aber Kompetenz und Verantwortung des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Vergütung von Vorstandsmitgliedern im Mittelpunkt stehen.

## 2. Stand und Entwicklung in Österreich

### 2.1. Aktiengesetz

Der Abschluss und die Auflösung von Vorstandsverträgen liegt bei der Aktiengesellschaft in der alleinigen Kompetenz des Aufsichtsrats.<sup>3</sup> Gemäß § 78 Aktiengesetz (AktG) hat der

---

<sup>1</sup> OGH 26.2.2002 (1Ob 144/01k).

<sup>2</sup> Eine Studie von *Deloitte Human Capital* im Jahr 2009 ergab, dass die Gesamtvergütung: von 60 Prozent der österreichischen Aufsichtsräte zwischen 5.000–20.000 Euro lag (Kurzzusammenfassung unter <http://www.be24.at/blog/entry/633135/studie-aufsichtsratsverguetung-in-oesterreich>; 1.5.2012). Bei börsennotierten Unternehmen lag der Durchschnitt laut einer im Wirtschaftsblatt vom 30.11.2011 veröffentlichten Studie des Interessensverbandes der Anleger im Jahr 2010 bei 25.000, – Euro (<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/branchen/oesterreichs-manager-und-aufsichtsratsverdienenden-zu-wenig-498450/index.do>).

<sup>3</sup> *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG, II<sup>4</sup>, Rz 75 zu § 75, 76; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, Rz 6 zu § 75; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006) 221.

Aufsichtsrat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligung, Aufwandsentschädigung, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu

- den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und
- zur Lage der Gesellschaft

stehen. Unter den *Aufgaben* versteht das Gesetz den Tätigkeitsbereich, der einem Vorstandsmitglied durch Anstellungsvertrag, Satzung oder Geschäftsordnung zugewiesen ist. Unter der *Lage der Gesellschaft* wird allgemein ihre wirtschaftliche Gesamtsituation verstanden. Diese zwei Kriterien sind die einzigen materiellen Anhaltspunkte im Aktiengesetz; dennoch geht die hM in Ö<sup>4</sup> und D<sup>5</sup> davon aus, dass auch zahlreiche andere Kriterien zu berücksichtigen sind, wie insbesondere die Leistungen des Vorstandsmitglieds und seine Erfahrungen.<sup>6</sup>

§ 78 Abs 1 AktG gilt auch für an Vorstandsmitglieder gezahlte Abfertigungen im Stadium der Beendigung des Anstellungsvertrages.<sup>7</sup> Einzuhalten ist somit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Anknüpfungspunkte sind das Aufgabengebiet des Vorstandsmitglieds und die Lage der Gesellschaft, insbesondere die Branchenüblichkeit und die finanzielle Leistungsfähigkeit.<sup>8</sup>

## 2.2. Satzung

Mangels konkreter Determinierung seitens des Gesetzgebers stellt sich die Frage, ob einzelne Unternehmen Angemessenheitsrichtlinien oder Vergütungsgrenzen in ihre Satzungen aufnehmen können, um den Rahmen etwas enger vorzugeben. Die dHL<sup>9</sup> hält dies aber mit der Begründung für unzulässig, dass dies einen unzulässigen Eingriff in die Aufsichtsrats-Kompetenz sei. Gegenstimmen halten Angemessenheitsrichtlinien oder Vergütungsgrenzen in Satzungen aber für zulässig, sofern dem Aufsichtsrat ein Ermessensspielraum bleibt.<sup>10</sup> Während diese Auffassung *mE* zutreffend ist, bleibt offen, ob derartige Lösungen praktikabel sind: Einerseits verliert man doch klar an Flexibilität, andererseits sind zu wenig bestimmte Kriterien auch nicht wirklich hilfreich.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup>, §§ 77–84 Rz 142; *Graf*, RdW 2007, 515f; vgl *Haberer/Sixtus-Ferdinand*, GES 2010, 13 mwN

<sup>5</sup> *Fleischer*, DStR 2005, 1279f; *Hüffer*, AktG<sup>8</sup>, §87 Rz 2; vgl *Haberer/Sixtus-Ferdinand*, GES 2010, 13 mwN.

<sup>6</sup> *Haberer/Sixtus-Ferdinand*, GES 2010, 13. Vgl *Fleischer*, DStR 2005, 1280 [1281] mwN; vgl auch Regel 27 des ÖCGK, der auf die Erreichung der Unternehmensziele und damit ein Leistungsparameter abstellt.

<sup>7</sup> *Schima*, RdW 1990, 448. *Graf*, RdW 2007, 513. Der OGH hat zutreffend in einem obiter dictum ausgesprochen, dass § 78 AktG nur klarstellende Funktion hat, da der AR auch gemäß § 70 AktG zu einem am Unternehmenswohl orientierten Handeln verpflichtet ist.

<sup>8</sup> *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 78 Rz 2.

<sup>9</sup> *Fleischer*, GesRZ 2010, 200 mit Verweis auf *Fleischer/Bedkowski*, „Say on pay“ im deutschen Aktienrecht, AG 2009, 677 (683f) und weiteren Nachweisen.

<sup>10</sup> *Beiner*, Vorstandsvertrag (2005) Rz 239f; *Feudner*, Regeln für Vorstandsbezüge, NZG 2007, 779; zitiert nach *Fleischer*, GesRZ 2010, 200.

<sup>11</sup> *Fleischer*, GesRZ 2010, 200.

Eine deutsche Aktiengesellschaft hat den Weg der Mitwirkung der Aktionäre, wenn auch nicht im Rahmen der Satzung, im Jahr 2009 sehr konsequent beschritten und wurde dafür mit Lob bedacht<sup>12</sup>: mit Beschluss der Hauptversammlung<sup>13</sup> wurde die Vergütung von Vorstandsmitgliedern mit dem 20-fachen Durchschnittseinkommen im Konzern gedeckelt.<sup>14</sup>

### 2.3. Bankwesengesetz und Corporate Governance Codex

Mit Einführung der Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken im Bankwesengesetz (BGBI Nr 118/2010) liegt infolge Umsetzung der europarechtlichen Richtlinie über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute<sup>15</sup> zumindest in diesem Bereich nun ein Leitfaden vor. Während einige Bestimmungen wie etwa die Vorgabe von wandlungsfähigem hybridem Kapital als Teil der variablen Vergütung eine eindeutige Ausrichtung auf (und damit Aussagekraft lediglich für) Kreditinstitute aufweisen, können Teile auch für andere Branchen als Orientierungshilfe für Aufsichtsräte herangezogen werden, beispielsweise dass der fixe Bestandteil der Vorstandsvergütung mit dem variablen Teil in einem solchen Verhältnis stehen muss, dass eine flexible Politik der variablen Bestandteile bis zur völligen Streichung möglich bleibt. Der Beschlussfassungsprozess zur Festlegung der Remunerationspolitik eines Kreditinstitutes soll nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage

- transparent sein,
- Interessenkonflikte vermeiden und
- die Unabhängigkeit der Beteiligten gewährleisten.

Zumindest einmal jährlich ist zu prüfen, ob die Vergütungspraxis gemäß der vom Aufsichtsrat festgelegten Vergütungspolitik umgesetzt wurde.<sup>16</sup>

Auch der österr Corporate Governance Kodex enthält seit der Umsetzung der EU-Vergütungsempfehlung vom 30.4.2009<sup>17</sup> detailliertere Regelungen. So ist für nach dem 31.12.2009 neu abgeschlossene Verträge vorgesehen, dass für variable Vergütungskomponenten messbare Leistungskriterien sowie betragliche oder als Prozentsätze der fixen Vergütungsteile bestimmte Höchstgrenzen im Voraus festzulegen sind und dass vorzu-

---

<sup>12</sup> *Fleischer*, aaO, der darauf hinweist, dass *Lutter* den HV-Beschluss als „historisches Ereignis ohne Vorbild in der Geschichte der Bundesrepublik“ gefeiert hat.

<sup>13</sup> Der Beschluss der Hauptversammlung beruhte auf einem Verlangen des Vorstands (und Aufsichtsrats) gemäß § 119 Abs 2 dAktG.

<sup>14</sup> <http://www.solarworld.de/investor-relations/corporate-governance/verguetungsbericht/> (1.5.2012).

<sup>15</sup> Annex V Nummer 23 der RL 2006/48/EG; siehe auch Kapitaladäquanz-Richtlinie (CRD III) 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 329 v 14.12.2010.

<sup>16</sup> Anlage zu § 39b BWG Z 4. Die Regelungen gelten im Übrigen nicht nur für Vorstandsmitglieder, sondern auch für sog *risktaker* (Risikokäufer), Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter in derselben Vergütungsgruppe; vgl *Schima*, GesRZ 2011, 280.

<sup>17</sup> Bereits 2004 hat die EU-Kommission eine Empfehlung zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung verabschiedet. (Empfehlung v 14.12.2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, 2004/913/EG ABl L 385/55).

sehen ist, dass die Gesellschaft variable Vergütungskomponenten zurückfordern kann, wenn sich herausstellt, dass diese auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten ausbezahlt wurden.<sup>18</sup> Denkbar ist in diesem Zusammenhang, wie die Praxis zeigt, etwa eine erfolgte Auszahlung von Boni aufgrund von Bilanzzahlen, die sich zu einem späteren Zeitpunkt als unrichtig (weil zu positiv) herausstellen. Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit ohne wichtigen Grund sollen mehr als zwei Jahresgesamtvergütungen nicht überschreiten und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages abgelten; bei vorzeitiger Beendigung des Vorstandsvertrages aus einem vom Vorstandsmitglied zu vertretenden wichtigen Grund ist keine Abfindung zu zahlen.<sup>19</sup> Für Stock-Option-Programme wurde eine gewisse Nachhaltigkeit mit einer Wartefrist von zumindest drei Jahren eingeführt.

Wie *Haberer/Sixtus-Ferdinand*<sup>20</sup> richtig festhalten, sieht das österr AktG de lege lata keine ausdrückliche Ausrichtung der Vorstandsbezüge auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung vor. Dennoch kann schon aus der Verpflichtung des Vorstands zum Wohl des Unternehmens gemäß § 70 AktG eine gewisse Nachhaltigkeit abgeleitet werden, da unter dem Wohl des Unternehmens eine dauerhafte Rentabilität zu verstehen ist.<sup>21</sup> Auch der Aufsichtsrat ist gemäß § 95 AktG dem Unternehmenswohl verpflichtet. Eine Aufnahme der *nachhaltigen Unternehmensentwicklung* in § 78 AktG – entsprechend § 87 dAktG – würde zwar materiell wohl zu keiner Änderung führen<sup>22</sup>, wäre aber ein sichtbares und *mE* durchaus auch wünschenswertes Signal des Gesetzgebers. Andererseits zeigt das Beispiel Deutschlands, wo teilweise bereits externe Sachverständige, sog „Vergütungsberater“<sup>23</sup>, herangezogen werden (müssen), dass die Vergütungsentscheidung nicht in jedem Detail gesetzlich geregelt sein sollte. Der Aufsichtsrat soll einen Entscheidungsspielraum haben und im Sinne des Unternehmenswohls ausüben können; bei eklatantem Missbrauch dieser Befugnis, nicht aber bei sich ex post als unrichtig herausstellenden Annahmen soll der Aufsichtsrat für seine Entscheidungen auch verantwortlich sein.

## 2.4. Leitentscheidung OGH 11.6.2008 (70b 58/08t)

Im zugrundeliegenden Sachverhalt nahm eine börsennotierte<sup>24</sup> Aktiengesellschaft Aufsichtsratsmitglieder und Vorstandsmitglieder wegen Abfertigungszahlungen, die an Mitglieder des Vorstands anlässlich deren Ausscheidens aus ihrer Funktion bezahlt wurde,

---

<sup>18</sup> Regel 27 ÖCGK, eine *Comply-or-Explain*-Regel.

<sup>19</sup> Regel 27a ÖCGK, ebenfalls eine *Comply-or-Explain*-Regel. Zu den „wichtigen Abberufungsgründen“ in Theorie und Praxis ausführlich s *Schima*, GesRZ 2011, 267f.

<sup>20</sup> *Haberer/Sixtus-Ferdinand*, GES 2010, 17.

<sup>21</sup> *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss* AktG § 70 Rz 11 mwN; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* AktG<sup>5</sup>, § 70 Rz 24.

<sup>22</sup> So *Haberer/Sixtus-Ferdinand*, GES 2010, 17.

<sup>23</sup> *Baums*, AG 2010, 53; *Haberer/Sixtus-Ferdinand*, GES 2010, 19.

<sup>24</sup> Daher kam die Ad-hoc-Publizitätspflicht gemäß § 82 Abs 6 Börsegesetz in der damals geltenden Fassung (BGBl I 97/2001) verschärfend ins Spiel. Die durchaus spannende Frage, ob ein mehrtägliches Zuwarten mit der Veröffentlichung in einem solchen Fall zulässig ist/war, wurde im Verfahren von keiner Partei releviert und daher nicht behandelt.

in Anspruch. Strittig war auch ein vereinbarter und bezahlter „Golden Handshake“ (hier: eine freiwillige Abfindungszahlung, die über Entgelts- und Abfertigungsansprüche hinausging).

Auftakt der Geschichte war eine – im Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat heimischer Aktiengesellschaften eher ungewöhnliche<sup>25</sup> – Kontrollmaßnahme: Die Aufsichtsräte der Aktiengesellschaft hatten Strategiepapiere und Vorstandsberichte mithilfe einer Wirtschaftsprüfungskanzlei überprüfen lassen, da sie sich vom Vorstand nicht ausreichend informiert fühlten. Ergebnis war eine Studie, die zum einen auf eine drastische Verfehlung von Finanzziele und zum anderen auf unvollständige, unrichtige oder nicht zeitgerechte Information und Berichterstattung der Vorstände an den Aufsichtsrat hinwies. Als Konsequenz haben die Aufsichtsräte in einer Sitzung (einstimmig) die Nichtverlängerung der Vorstandsverträge, deren Suspendierung<sup>26</sup> und – gemäß § 90 Abs 2 AktG – die Entsendung des Aufsichtsratsvorsitzenden in den Vorstand beschlossen.

Die Aufsichtsratsmitglieder waren der Ansicht, dass es im Unternehmensinteresse gelegen sei, die Veröffentlichung der Suspendierung zu vermeiden. Der OGH wertete das Bestreben, die internen Querelen möglichst nicht publik zu machen, als pflichtgemäßes Erfüllen der Pflicht, die unternehmerischen Interessen der Aktiengesellschaft zu wahren. Voraussetzung dafür war nach Ansicht des Höchstgerichts eine umgehende Zurücknahme der Suspendierungen oder die (letztendlich erfolgte) einvernehmliche Lösung mit den Vorstandsmitgliedern. Dabei wurde – besonders aus Sicht betroffener Praktiker erfreulicherweise – auch der Zeitdruck berücksichtigt, unter dem die Lösung erarbeitet werden musste. Die von manchen geforderte Einberufung einer Hauptversammlung, um diese über die Abberufung der Vorstandsmitglieder oder auch die Höhe einer Abfindungszahlung abstimmen zu lassen, ist in solchen Fällen *mE* keine echte Alternative: zum einen vergehen bis zum Termin einer Hauptversammlung mehrere Wochen, zum anderen werden Suspendierungsmaßnahmen öffentlich bekannt.<sup>27</sup>

Wenn nun die Vereinbarung eines sofortigen Ausscheidens ohne Einberufung einer HV zulässig ist, bleibt fraglich, ob eine dem § 78 Abs 1 AktG widersprechende unangemessene Festlegung der Vergütung erfolgt ist.

Gemäß § 97 Abs 1 AktG vertreten die Aufsichtsratsmitglieder die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern. Folglich fällt auch die

---

<sup>25</sup> In Österreich gilt es für Aufsichtsräte weitgehend derzeit beinahe noch als Affront oder zumindest als unschicklich, Information direkt – dh ohne Einbindung und ohne Anwesenheit des Vorstands – etwa vom Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer der Aktiengesellschaft einholen. *ME* sollte das aber als ganz normaler und wichtiger Vorgang verstanden werden, der sinnvollerweise auch ohne konkretes Misstrauen gegenüber Vorständen stattfinden darf.

<sup>26</sup> Der OGH ließ die im österreichischen Schrifttum umstrittene Frage, ob eine Suspendierung von Vorstandsmitgliedern zulässig ist, unbeantwortet. Im AktG ist eine Suspendierung von Organen nicht vorgesehen. Nach *hM* wird eine Suspendierung als vorläufige Maßnahme innerhalb zeitlicher Schranken und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aber als zulässig erachtet; vgl *C. Nowomy DRdA 1989, 427ff*; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften, 169ff.

<sup>27</sup> Auf das Spannungsverhältnis zu den ungeschriebenen HV-Zuständigkeiten, wonach bei Maßnahmen besonderer Bedeutung die Pflicht besteht, diese der HV zur Entscheidung vorzulegen, sei hier nur hingewiesen; dazu etwa *Fida/Steindl*, RdW 2005, 145.



Auflösung von Vereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern in deren alleinige Kompetenz. Einzuhalten hat der Aufsichtsrat den Ermessensspielraum gemäß § 78 Aktiengesetz, wonach dafür zu sorgen ist, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligung, Aufwandsentschädigung, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen; dies gilt auch für an Vorstandsmitglieder gezahlte Abfertigungen im Stadium der Beendigung des Anstellungsvertrages.<sup>28</sup> Dabei sind gegenwärtige wie zukünftige Verhältnisse in Betracht zu ziehen.<sup>29</sup>

Die Frage, bis zu welcher Höhe eine Abfindung vereinbart werden darf, hängt entscheidend davon ab, ob einem Vorstandsmitglied eine Pflichtverletzung auch nachgewiesen werden kann oder ob die Auflösung aus anderen Gründen erfolgt, die nicht zur Auflösung des Vorstandsvertrages aus wichtigem Grund führen können.<sup>30</sup> Im ersten Fall soll entweder keine Zahlung erfolgen oder höchstens eine angemessene Zahlung, die sich der Höhe nach am jeweiligen Prozessrisiko orientiert. Entscheidend ist im Übrigen nicht, ob am Ende tatsächlich wichtige Gründe für eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern vorliegen, sondern ob der Aufsichtsrat zum Zeitpunkt seiner Entscheidung objektiv davon ausgehen muss, dass solche Gründe vorliegen oder nicht.<sup>31</sup>

Wenn nun (und im konkreten Fall ging der OGH davon aus) eine Pflichtverletzung nicht mit ausreichender Gewissheit nachweisbar ist, ist die Entscheidung des Aufsichtsrats daran zu messen, ob sie sich gemäß § 70 Abs 1 AktG am Unternehmenswohl orientiert<sup>32</sup> und die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie öffentliche Interessen berücksichtigt.<sup>33</sup> Bei Bemessung der Höhe einer freiwilligen Abschlagszahlung sind unter anderem Unternehmensgröße und Ertragslage ins Kalkül zu ziehen. Während der OGH zu recht ausdrücklich festhält, dass das Handeln der Aufsichtsratsmitglieder ex ante zu beurteilen ist, wird deren Richtigkeit im konkreten Fall doch anhand nachträglicher Entwicklungen, wie der Steigerung des Aktienkurses nach Ausscheiden der Vorstandsmitglieder, erläutert, die in Wahrheit auf eine Ex-post-Beurteilung hinweisen. Richtigerweise sollte das Faktum, dass der Aufsichtsrat umsichtig die mögliche Kursentwicklung beachtet hat, an sich herangezogen werden, ohne die im konkreten Fall tatsächlich erfolgte, positive Kursentwicklung zu berücksichtigen.

---

<sup>28</sup> *Schima*, RdW 1990, 448. *Graf*, RdW 2007, 543. Der OGH hat zutreffend in einem *obiter dictum* ausgesprochen, dass § 78 AktG nur klarstellende Funktion hat, da der Aufsichtsrat auch gemäß § 70 AktG (iVm §§ 99 u 84 AktG) zu einem am Unternehmenswohl orientierten Handeln verpflichtet ist.

<sup>29</sup> Der OGH spricht von erforderlicher „Umsicht und Weitsicht“ (7Ob 58/08t).

<sup>30</sup> Der OGH hat in der hier besprochenen E die auch von mir vertretene Meinung (RdW, 2007/515) ausdrücklich aufgegriffen.

<sup>31</sup> Das Höchstgericht stellt bei dieser Gelegenheit auch klar, dass weder der tatsächliche Grad der Wahrscheinlichkeit des Prozesserfolgs in einem potenziellen Verfahren gegen Vorstandsmitglieder noch eine genaue Prognose der Höhe der Prozesskosten entscheidend sind.

<sup>32</sup> *Schima*, RdW 1990,448.

<sup>33</sup> Vgl auch schon OGH 26.2.2002 (1Ob 144/01k); dort werden auch die Interessen der Gläubiger explizit erwähnt.

Nach – *mE* zutreffender – Auffassung des OGH ist im Ergebnis lediglich in Fällen eklatanter<sup>34</sup> Überschreitungen des Ermessensspielraums (dh bei geradezu unververtretbaren unternehmerischen Entscheidungen) eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung des Aufsichtsrats möglich. Nur solche besonderen Verletzungen der Interessenwahrungspflicht können zur Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern führen.<sup>35</sup> Leitfaden muss der Grundsatz bleiben, dass kein Erfolg geschuldet wird, sondern Sorgfalt bei Ausübung der Tätigkeit.<sup>36</sup> Nur am Rande sei hier auf die strafrechtliche Problematik – Stichwort: *Mannesmann/Vodafone*<sup>37</sup> – hingewiesen, wonach bei der Gewährung von Sonderzahlungen mit rein belohnendem, dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringendem Charakter der Tatbestand der Untreue<sup>38</sup> erfüllt sein kann.

### 3. Jüngste Entwicklungen in Deutschland

#### 3.1. Einleitung

Weniger Zurückhaltung als vom österreichischen wird vom deutschen Gesetzgeber geübt. Am 17.3.2009 brachte die damals noch große bundesdeutsche Koalition aus CDU/CSU und SPD einen Gesetzesentwurf<sup>39</sup> in den Bundestag ein, mit dem letztlich ein *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (kurz und idF „VorstAG“)* beschlossen werden sollte<sup>40</sup>.

Programmatisch – und wohl durchaus populistisch, traf die sog *Finanzkrise* die Bundesrepublik Deutschland zwischen dem 1. Quartal 2008 und dem 1. Quartal 2009 doch besonders hart<sup>41</sup> – wurden dem Gesetzesentwurf nachfolgende Erwägungen vorangestellt:

**„Es ist eine der Lehren der Finanzmarktkrise, dass von kurzfristig ausgerichteten Vergütungsinstrumenten fehlerhafte Verhaltensanreize ausgehen können. Wer auf die Erreichung solcher kurzfristiger Parameter ausgerichtet ist (Börsenkurs, Auftragsvolumen etc. zu einem bestimmten Stichtag), wird das nachhaltige Wachstum seines Unternehmens aus dem Blick verlieren und zum Eingehen unverantwortlicher Risiken verleitet. Ziel des Gesetzesentwurfs ist es, die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken. Zugleich sollen die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung gestärkt und**

<sup>34</sup> *Torggler*, wbl 2008, 598ff. bezeichnet dies als „Schönheitsfehler“ der Entscheidung und weist darauf hin, dass jede Überschreitung des Ermessensspielraums genügt, wobei durch den Maßstab der „Vertretbarkeit“ dessen bewegliche Grenzen aber weit gezogen sind. Er verweist weiters darauf, dass Vorstandsmitglieder bei Verhandlung des Golden Handshake anders als bei Gehaltsverhandlungen va dadurch eine starke Position hatten, weil sie der Gesellschaft potenziell schaden hätten können, was sie aber schon aufgrund ihrer treuhändischen Stellung ex lege nicht dürfen.

<sup>35</sup> Vgl OGH 26.2.2002; 1 Ob 144/011.

<sup>36</sup> *M. Strasser*, Treuepflicht 9; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 99 Rz 5.

<sup>37</sup> BGH U v 21.12.2005, 3 StR 470/04.

<sup>38</sup> Treuwidrige Schädigung des dem Aufsichtsrat anvertrauten Vermögens der Aktiengesellschaft.

<sup>39</sup> Vgl Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/12278.

<sup>40</sup> So geschehen nach nicht einmal fünf Monaten durch Gesetz vom 31. Juli 2009, dBGBI 2009 I Nr 50.

<sup>41</sup> Vgl etwa <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,647280,00.html> (15.6.2012).

*konkretisiert werden sowie die Transparenz der Vorstandsvergütung gegenüber den Aktionären und der Öffentlichkeit verbessert werden.*<sup>42</sup>

Diese Ziele sollte das *VorstAG* nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers durch Änderungen im Aktiengesetz (*dAktG*, dBGBI I S1089), im Einführungsgesetz zum Aktiengesetz (dBGBI I S1185), Änderungen im Handelsgesetzbuch (*dHGB*, dBGBI Teil III, Gliederungsnummer 4100-1) und im Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (BGBI Teil III, Gliederungsnummer 4101-1) erreichen.

Insbesondere wurde mit dem *VorstAG* eine Erleichterung der (nachträglichen) Herabsetzung der Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat, die Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates für sog. „unangemessene“ Vorstandsvergütungen (samt Festlegung eines Mindestschadenersatzes zulasten der Aufsichtsratsmitglieder) sowie die gesetzliche Normierung einer *Cooling-Off-Period* zwischen der Ausübung der Funktion eines Vorstandsmandates und jener als Mitglied des Prüfungsausschusses (oder eines ähnlichen Ausschusses) derselben Gesellschaft angestrebt.

Die beiden erstgenannten Gesichtspunkte des *VorstAG*, die sich mit der zentralen Frage der Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates für die Höhe respektive Angemessenheit der Vorstandsbezüge befassen, sollen im Folgenden in aller gebotenen Kürze näher beleuchtet werden. Dies einerseits unter dem Aspekt, ob und inwieweit sie im Rahmen des deutschen Gesetzgebungsprozesses (Ab-)Änderungen erfahren haben bzw. überhaupt verwirklicht werden konnten, andererseits im Hinblick auf ihre Rezeption in der deutschen Lehre. Inwieweit, wenn überhaupt, die am Ende des Tages diesbezüglich beschlossenen Punkte des *VorstAG* für heimische Reformüberlegungen fruchtbar gemacht werden können, wird im *Ausblick* (Kapitel 4) angedacht.

### 3.2. Nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsbezüge (§ 87 Abs 2 dAktG)

#### Ausgangslage

Schon nach der Fassung des § 87 Abs 2 dAktG vor dem *VorstAG* war eine nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsbezüge durch den Aufsichtsrat grundsätzlich möglich.<sup>43</sup> Diese bis zum Inkrafttreten des *VorstAG* in Geltung gestandene Textierung des § 87 Abs 2 dAktG wurde jedoch vom Reformgesetzgeber im Lichte der wirtschaftlichen Krisenstimmung offenbar als zu „zahnlos“ erachtet<sup>44</sup>, zumal es sich um eine reine *Kann*-Bestimmung

---

<sup>42</sup> Vgl. wiederum Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/12278, Punkt A. Problem und Ziel; *Hervorhebungen durch den Autor*.

<sup>43</sup> § 87 Abs 2 dAktG idF vor dem *VorstAG* lautete wie folgt: „*Tritt nach der Festsetzung eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft ein, daß die Weitergewährung der in Absatz 1 Satz 1 aufgeführten Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde, so ist der Aufsichtsrat, im Fall des § 85 Abs. 3 das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats, zu einer angemessenen Herabsetzung berechtigt. Durch eine Herabsetzung wird der Anstellungsvertrag im übrigen nicht berührt. Das Vorstandsmitglied kann jedoch seinen Anstellungsvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahrs mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen*“; anders in Ö, vgl. FN 53.

<sup>44</sup> Vgl. Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/12278, Begründung, B. Besonderer Teil, Zu Buchstabe b.

handelte, für deren – potentielle – Anwendbarkeit durch Verwendung verschiedener unscharfer Gesetzesbegriffe wie „wesentlich“ (hinsichtlich der Verschlechterung der Verhältnisse der Gesellschaft) und „grob“ (hinsichtlich der Unbilligkeit der Weitergewährung der ursprünglichen Vorstandsbezüge für die jeweilige Gesellschaft) ein weiter Spielraum eingeräumt war.<sup>45</sup>

### Gesetzesentwurf

Entsprechend diesem Fokus lautete der ursprüngliche Reform-Entwurf wie folgt:

*„Verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung [gemeint: der Vorstandsbezüge nach § 87 Abs 1 dAktG] so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach Abs 1 unbillig wäre, so hat der Aufsichtsrat oder im Falle des § 85 Abs 3 [Anm. Bestellung eines Vorstandsmitgliedes durch Gerichtsentscheidung] das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats die Bezüge auf die angemessene Höhe herabzusetzen“.*

Kurz wie letztlich radikal. Nicht nur wurde die bisherige *Kann*-Vorschrift in eine *Muss*-Vorschrift abgeändert sowie gleichzeitig die Schwelle für deren Anwendbarkeit – durch die Ersetzung der „wesentlichen“ Verschlechterung in den Gesellschaftsverhältnissen mit der bloßen (unqualifizierten) Verschlechterung bzw der „schweren“ Unbilligkeit mit einer bloßen (unqualifizierten) Unbilligkeit der Weitergewährung der Vorstandsbezüge – deutlich herabgesetzt<sup>46</sup>, sondern es wurde auch durch den undifferenzierten Hinweis auf § 81 Abs 1 dAktG, dies im Übrigen ganz bewusst<sup>47</sup>, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der *leg cit* die verpflichtende Herabsetzung der Bezüge auch auf Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und gleichartige Leistungen ehemaliger Vorstandsmitglieder ausgeweitet.

### Abänderung durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages<sup>48</sup>

In dieser seiner Drastik hatte der Gesetzesentwurf – dies wohl durchaus absehbar – im Legislativprozess keinen letztgültigen Bestand.

Die Abänderungsempfehlungen des Rechtsausschusses zum *VorstAG*, die letztlich allesamt angenommen und der Entwurf somit in dieser abgeänderten Fassung Gesetz wurde, milderten die vorgeschlagene Fassung des § 87 Abs 2 dAktG insbesondere in zwei wesentlichen Aspekten ab.

Einerseits wurde die im Gesetzesentwurf noch als *Muss*-Vorschrift textierte Bestimmung (der Herabsetzung der Vorstandsbezüge) nunmehr als *Soll*-Vorschrift gefasst. Der dadurch dem Aufsichtsrat selbst bei Vorliegen der „Herabsetzungsparameter“ der „Verschlechterung der Lage der Gesellschaft“ und der „Unbilligkeit“ grundsätzlich bestehende Ermessensspielraum ist *mE* angesichts der unterschiedlichsten gesellschaftli-

<sup>45</sup> Tatsächlich war die Bestimmung bis auf wenige Ausnahmen weitgehend „totes Recht“, vgl dazu etwa *Fleischer in Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>2</sup>, § 87, Rz 59 mwN.

<sup>46</sup> Zum selben Befund kommend etwa *Mertens/Cahn in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>3</sup>, § 87, Rz 1 oder *Seibt in Schmidt/Lutter, Aktiengesetz Kommentar*<sup>2</sup>, § 87, Rz 18.

<sup>47</sup> Vgl wiederum Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/12278, Begründung, B. Besonderer Teil, Zu Nummer 1, Buchstabe b.

<sup>48</sup> Vgl hierzu u idF Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13433, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses.

chen Verhältnisse und Vorstandsvergütungsvarianten durchaus sachgerecht und entspricht insofern auch der gesetzgeberisch gewollten Funktion des Aufsichtsrates als „Kontrollorgan der unternehmerischen Abläufe und Zielsetzungen“. <sup>49</sup> Diesbezüglich betont auch der Ausschussbericht, dass es besonderer Umstände bedürfe, um bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 87 Abs 2 dAktG von einer Herabsetzung der Vorstandsbezüge abzusehen. <sup>50</sup> Diese hat somit der Aufsichtsrat festzustellen und damit zu verantworten.

Andererseits wurde die Herabsetzung von Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen und artverwandten Vergütungen nur in den ersten drei Jahren ab Ausscheiden (des Vorstandsmitgliedes) aus der Gesellschaft für zulässig erklärt. Während diese Einschränkung, die der Ausschuss zu Recht mit dem Vertrauen auf wohlerworbene Ansprüche bzw mit Rechtssicherheitsgesichtspunkten begründete, in die Textierung der Gesetzesbestimmung Einzug gefunden hat, gilt dies für einen weiteren Erwägungsgrund des Ausschusses gerade nicht, der *mE* allerdings einen zentralen Gesichtspunkt der sowohl in Deutschland als auch hierzulande geführten Debatte über die Zulässigkeit des einseitigen Ex-post-Eingriffes in Vorstandsbezüge berührt. So führte der bundesdeutsche Rechtsausschuss zu der Thematik der nachträglichen Herabsetzung von Ruhebezügen aus, dass dies lediglich – und wohl überhaupt erst – dann möglich sei, „wenn die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft dem ausgeschiedenen Vorstand im Rahmen der Billigkeitsprüfung [Anm: der *leg cit*] zugerechnet werden“ könne. <sup>51</sup> Diese auf den gesamten Tatbestand des § 87 Abs 2 dAktG idF *VorstAG* anzuwendende Überlegung wurde bereits in der deutschen Rezeption dieser Bestimmung nicht immer Beachtung geschenkt (dazu sogleich) und kann darüber hinaus durchaus auch für die heimische Diskussion über die nachträgliche Herabsetzung von Vorstandsbezügen (Stichwort: *pacta sunt servanda* <sup>52</sup>) fruchtbar gemacht werden.

## Rezeption

Die Neufassung des § 87 Abs 2 dAktG durch das *VorstAG* wird in der deutschen Lehre mehrheitlich kritisch gesehen. <sup>53</sup> Dies allgemein im Hinblick auf die durch das Reformgesetz „verschärften“ Bestimmung zur Herabsetzung der Vorstandsbezüge, im Speziellen aber insbesondere auf das legistische Novum der *leg cit*, eine Herabsetzung bei Vorliegen

---

<sup>49</sup> Statt vieler *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (2011), S 331; idS auch OGH 21.12.1993, 10 Ob S 313/92 (= *ecolex* 1994, 420); *Spindler* in *Spindler/Stilz*, aaO, § 116, Rz 7, spricht treffend vom Aufsichtsrat als „Überwacher“ des Vorstands.

<sup>50</sup> Vgl Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13433, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, IV, Art 1 b.

<sup>51</sup> Vgl erneut Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13433, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, IV, Art 1 b.

<sup>52</sup> Vgl *Schima*, GesRZ 2011, 277, der (unter Verweis auf *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechtes [2003] § 78 Rz 5) darauf hinweist, dass das in § 87 Abs 2 dAktG stets vorgesehene Recht zur einseitigen Herabsetzung von Vorstandsbezügen bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft wegen Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht ins öAktG übernommen wurde.

<sup>53</sup> Vgl dazu und für das Nachfolgende etwa mwN *Mertens/Cahn*, aaO, § 87, Rz 1 ff sowie Rz 94ff; *Seibt*, aaO, § 87, Rz 1ff sowie 18f; aA weitgehend *Fleischer*, aaO, § 87, Rz 59ff, der (ebendort) insb den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit für überzogen hält.

der sonstigen Voraussetzungen auch auf die Ruhegehälter bereits ausgeschiedener Vorstandsmitglieder ausweiten zu können, ja zu sollen.<sup>54</sup>

Die schon zuvor behandelte Begrenzung dieser Eingriffsmöglichkeit durch die Abänderungen des Rechtsausschusses auf einen Zeitraum von drei Jahren ab dem Ausscheiden des jeweiligen Vorstandsmitglieds konnte die Bedenken insofern nicht beseitigen. Neben regelmäßigen Hinweisen in der Literatur auf die Unvereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Grundsatz auf Treu und Glauben nach § 242 BGB<sup>55</sup> und insbesondere mit Artikel 14 (Eigentumsfreiheit) des deutschen Grundgesetzes – dies wird vereinzelt auch gegen die generelle Herabsetzungsmöglichkeit für die Bezüge aktiver Vorstandsmitglieder vorgebracht<sup>56</sup> – bringt es Hüfner<sup>57</sup> mE auf den Punkt, wenn er meint, dass der Eingriff in Versorgungsbezüge per se „*schon ein Gerechtigkeitsproblem [sei]*“, das zudem noch dem Aufsichtsrat „*mit hohem Streitpotential behaftete Entscheidungen [zuzumute]*“.

Gesichert erscheint dem gegenüber – wie schon weiter oben dargelegt –, dass im Zuge der konkreten Entscheidung des Aufsichtsrats über Herabsetzung oder Nichterabsetzung der Bezüge eines Vorstandsmitglieds nach der *leg cit* stets auch die „*finanzielle und familiäre Situation*“ des betreffenden Vorstandsmitglieds zu berücksichtigen ist und dass „*insbesondere*“ miteinzubeziehen ist, „*wie hoch der persönliche Anteil [des Vorstandsmitglieds] an der Verschlechterung der Lage der AG ist bzw war*“.<sup>58</sup>

Dieses – gemäß den Ausführungen des Rechtsausschusses lediglich für den Eingriff in Ruhebezüge geforderte<sup>59</sup> – für eine Herabsetzung nach § 87 Abs 2 dAktG jedenfalls notwendige Kriterium der Zurechenbarkeit der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft<sup>60</sup> zu bzw an ein bestimmtes (individuelles) Handeln des in seinen Bezügen herabzusetzenden Vorstandsmitglieds vermag mE die grundsätzlichen Bedenken einer – zumindest nach österreichischem Rechtsverständnis verstandenen – Verfassungswidrigkeit und/oder eines Verstoßes gegen *pacta sunt servanda* zu relativieren. Schließlich trägt das jeweils betroffene Vorstandsmitglied, zumindest in der theoretischen Konzeption des *VorstAG*, ja auch eine – wohl letztlich nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfende – Verantwortlichkeit an seiner eigenen, durch den Aufsichtsrat vorzunehmenden, nachträglichen Vergütungsminderung. Dass Letzteres für den Aufsichtsrat keine beneidenswerte Aufgabe darstellt, da neben der genannten Zurechenbarkeit auch die üb-

<sup>54</sup> § 87 Abs 2 dAktG-aF hatte ja gerade keinen Verweis auf den gesamten § 87 Abs 1 dAktG enthalten, sondern lediglich einen solchen auf den § 87 Abs 1 S 1 dAktG, Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art also bewusst nicht der möglichen Herabsetzung unterstellt.

<sup>55</sup> § 242 BGB lautet: „*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*“ (Quelle:www.dejure.org, Gesetzesstand 1.2.2012).

<sup>56</sup> Nachweis bei *Fleischer*, aaO, § 87, Rz 60, FN 283.

<sup>57</sup> *Hüfner*, Kurzkomentar Aktiengesetz<sup>9</sup>, Rz 9a, mwN.

<sup>58</sup> So *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper, Aktiengesetz*<sup>2</sup>, § 87, Rz 14, unter Verweis auf *Annuß/Theusinger*, Das *VorstAG* - Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2209, 2434.

<sup>59</sup> Vgl schon oben, FN 13

<sup>60</sup> Dieses Kriterium allgemein für den § 87 Abs 2 dAktG generalisierend *Bürgers/Israel*, aaO; aA *Withuhn*, ZGR 2009, 847, 862f.

rigen – durchaus schwammigen – Tatbestandsvoraussetzungen der „Verschlechterung der Lage der Gesellschaft“ und der daraus resultierenden „Unbilligkeit der Weitergewährung“ ehemals vereinbarter (Ruhegenuss-)Bezüge streng geprüft werden müssen<sup>61</sup>, ist offenkundig.<sup>62</sup>

Es bleibt daher mit Interesse abzuwarten, ob und in welchem Ausmaß die bundesdeutschen Gerichte dieser Bestimmung Gehalt und Grenzen geben werden.

### 3.3. Haftung des Aufsichtsrats für unangemessene Vorstandsvergütung (§ 116 S 3 dAktG)

#### Ausgangslage

§ 116 dAktG regelte – und regelt auch weiterhin – die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder durch einen Verweis in seinem Satz 1 auf die insofern als Parallelnorm<sup>63</sup> anzusehende Bestimmung des § 93 dAktG, die im Detail Vorschriften über die Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeiten der Vorstandsmitglieder enthält. § 116 dAktG schafft somit die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft gegenüber. Voraussetzung dafür ist nach allgemein bekannten Grundsätzen einerseits, dass der Gesellschaft durch ein Tun oder Unterlassen<sup>64</sup> eines Aufsichtsratsmitglieds ein Schaden erwachsen ist, und andererseits, dass dieses schadenskausale Verhalten auf der Verletzung einer Sorgfalts- oder Treuepflicht beruht.<sup>65</sup>

§ 116 S 2 dAktG hebt darüber hinaus ausdrücklich die – schon aus der Treuepflicht resultierende – Verschwiegenheitsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich vertraulicher Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft iSd § 93 Abs 1 dAktG hervor. Die in der *leg cit* selbst angeführten „vertraulichen Berichte“ bzw. „vertraulichen Beilagen“ stehen insofern nur als *pars pro toto* für die weiter umfassende Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, die sich aus dem bereits genannten Verweis des § 116 S 1 dAktG auf den § 93 dAktG ergibt.<sup>66</sup>

Auch wenn die Frage der Haftung der Organe einer AG, und somit auch des Aufsichtsrats, schon vor dem *VorstAG* in Deutschland in spürbar zunehmenden Maße im Gerichtswege releviert worden war<sup>67</sup>, erachtete der Reformgesetzgeber eine Ausweitung des § 116 dAktG als angezeigt. Dies insbesondere dahingehend, dass „den Betroffenen [gemeint: den Aufsichtsratsmitgliedern] derzeit offenbar nicht ausreichend bewusst [sei]“, dass „die angemessene Vergütungsfestsetzung [Anm: der Vorstandsbezüge] zu den wich-

---

<sup>61</sup> Vgl *Fleischer*, aaO.

<sup>62</sup> Vgl wiederum *Hüffer*, aaO.

<sup>63</sup> Auch wenn Sorgfaltspflicht und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder mit jenen der Vorstandsmitglieder naturgemäß nicht deckungsgleich sind; vgl dazu etwa *Hüffer*, aaO, § 116, Rz 1, mwN.

<sup>64</sup> Auf die möglichen Differenzierungen in der Sorgfaltspflicht bzw Verantwortung bestimmter Aufsichtsratsmitglieder wird an dieser Stelle nicht eingegangen; vgl im Einzelnen dazu etwa *Hüffer*, aaO, § 116, Rz 2f.

<sup>65</sup> Vgl dazu und zur näheren Ausgestaltung der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach der deutschen Lehre statt vieler *Hambloch-Gesinn/Gesinn* in *Hölters*, Aktiengesetz Kommentar, München 2011, § 116 Rz 7ff.

<sup>66</sup> Vgl zu alledem *Spindler*, aaO, § 116, Rz 79 ff u insb Rz 89; ebenso *Hüffer*, aaO, § 116, Rz 6a.

<sup>67</sup> Nachweise bei *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO, Rz 6.

tigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und dass er für Pflichtverstöße persönlich haftet“.<sup>68</sup>

### Gesetzesentwurf

Entsprechend dieser Stoßrichtung waren nach dem Gesetzesentwurf zum *VorstAG* dem § 116 dAktG zwei weitere Sätze anzufügen, die lauten sollten wie folgt:

als neuer **Satz 3**

„Sie [gemeint: die Aufsichtsratsmitglieder] sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen (§87 Absatz1).“

und als neuer **Satz 4**

„In diesem Fall ist der Mehrbetrag zu einer angemessenen Vergütung als Mindestschadenersatz zu erstatten.“

Der neue Satz 3 sollte dabei – wie auch schon der bereits in Geltung gewesene Satz 2 des § 116 dAktG – die besondere Sorgfaltspflicht und Verantwortung des Aufsichtsrates für eine ihm obliegende Aufgabe, hier also für die Festsetzung einer angemessenen Vorstandsvergütung<sup>69</sup>, hervorheben. Der vorgeschlagene Satz 4 sollte zudem im Weiteren klarstellen, dass im Falle einer Ersatzpflicht des Aufsichtsrats nach Satz 3 der *leg cit* jedenfalls „die Differenz zwischen der angemessenen Vergütung und der tatsächlich festgesetzten Vergütung“ als insofern Mindestschadenersatz zu bezahlen sei. Dass beide vorgeschlagenen Ergänzungen keine weltbewegenden juristischen Neuheiten darstell(t)en, musste dabei auch schon der Reformgesetzgeber implizit zugestehen.<sup>70</sup>

### Abänderung durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

In Sinne des zuvor Gesagten überrascht es daher wenig, dass der Rechtsausschuss den vorgeschlagenen Satz 4 *der leg cit* in seiner – in weiterer Folge, wie bereits erwähnt, angenommenen – Beschlussempfehlung mit der Begründung eliminierte, dass es sich dabei lediglich um eine verzichtbare Wiederholung des in § 249 BGB verankerten allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsatzes, dass Schadenersatz durch Redintegration bzw Geldersatz zu leisten ist, handle, und dass die Verwendung des Terminus „Mindestschadenersatz“ zudem zu einer missverständlichen Interpretation durch den Rechtsanwender dahingehend führen könne, dass hiedurch eine Art Strafschadenersatz (*punitive damages*<sup>71</sup>) normiert werde, was allerdings gerade nicht der Fall sei, da dieser Ansatz dem deutschen (wie natürlich auch dem österreichischen) Recht fremd sei.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/12278, Begründung, B. Besonderer Teil, Zu Nummer 3.

<sup>69</sup> Nach den Kriterien des § 87 Abs 1dAktG, der ebenfalls durch das *VorstAG* einer Modifizierung zugeführt wurde, die allerdings den Kern der Bestimmung, dass die Vergütung bzw Vergütungsarten angemessen zu sein haben, unberührt gelassen hat; vgl dazu im Detail etwa *Mertens/Cahn*, aaO.

<sup>70</sup> Vgl zu alledem Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/12278, Begründung, B. Besonderer Teil, Zu Nummer 3.

<sup>71</sup> Ausführlich zu diesem dem anglo-amerikanischen Rechtsraum entstammenden Konzept statt vieler *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 2/55 ff.

<sup>72</sup> Vgl Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13433, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, Zu Nummer 5, Buchstabe b.



Demgegenüber blieb der vorgeschlagene neue Satz 3 des § 116 dAktG auch in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses bestehen und wurde somit Gesetz.<sup>73</sup>

### Rezeption

Hält man sich Genese und Inhalt des durch das *VorstAG* dem § 116 dAktG neu hinzugefügten Satzes 3 vor Augen, kann es nicht wirklich überraschen, dass die Aufnahme in der deutschen Literatur in Summe einem unaufgeregten Zur-Kenntnis-Nehmen gleichkommt, sich sonst aber relativ kurz darstellt.

Wiederholt wird darauf hingewiesen, dass die *leg cit* keinen selbständigen Haftungstatbestand<sup>74</sup> normiere, sondern es freilich weiterhin für einen diesbezüglichen Anspruch gegen den Aufsichtsrat sowohl eines Schadens der AG als auch einer pflichtwidrigen Handlung des Aufsichtsratsmitglieds bedürfe, die wiederum für Ersteren kausal sein müsse.<sup>75</sup> Die neue Bestimmung habe also insofern nur deklaratorische Bedeutung<sup>76</sup> und wäre, nach vereinzelter Meinung, auf sie daher besser genauso verzichtet worden wie auf den ursprünglich vorgeschlagenen Satz 4.<sup>77</sup>

Einen juristischen Mehrwert zu der vor dem *VorstAG* geltenden Rechtslage in diesem Punkt vermag die *leg cit* daher wohl noch am ehesten durch ihre seitens der Lehre entgegen dem eindeutigen Wortlaut vorgenommenen Interpretation<sup>78</sup>, dass natürlich die Haftung des Aufsichtsrats – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – auch dann eintritt, wenn eine durch die Umstände gebotene Herabsetzung der Vorstandsbezüge durch den Aufsichtsrat unterlassen wird, zu erlangen.

## 4. Ausblick auf die heimische Rechtsfortentwicklung – Vorbild Deutschland?

Betrachtet man die – nunmehr durch das *VorstAG* ausgeweitete und verschärfte – Bestimmung des § 87 Abs 2 dAktG, stellt sich unweigerlich die Frage, ob eine derartige Norm, die quasi als ständig drohendes Korrektiv über den Vorstandsvergütungen und somit letztlich auch über den Leistungen der einzelnen Vorstandsmitglieder schwebt, nicht *de lege ferenda* auch in das österreichische Aktiengesetz (wieder<sup>79</sup>-)aufgenommen werden sollte. Eine politische Begründung im Sinne einer Machbarkeit wäre wohl auch hierzu-lande mit Hinweis auf die weiter schwelende Finanzkrise schnell gefunden. Und tatsächlich wurden die diesbezüglichen Bestimmungen des deutschen *VorstAG* auch bereits von gewissen heimischen Interessensvertretungen als längst überfällige und notwendige

---

<sup>73</sup> Die erst durch den Rechtsausschuss erfolgte Modifikation des § 116 S 1 AktG wird im Rahmen dieses Beitrages nicht weiter behandelt, sei aber der Vollständigkeit halber erwähnt; weiterführend sei dbzgl statt vieler auf *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO, verwiesen.

<sup>74</sup> Vgl *Hüffer*, aaO, § 116, Rz 10 mwN.

<sup>75</sup> Vgl *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO, Rz 5, mwN.

<sup>76</sup> So *Spindler*, aaO, § 116, Rz 46f.

<sup>77</sup> So *Hüffer*, aaO, für den sie nur plakativen Zwecken dient; aA offenbar *Spindler*, aaO.

<sup>78</sup> Vgl etwa mwN *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO, Rz 2; *Spindler*, aaO; ebenso *Annuß/Theusinger*, aaO, 2434, 2440.

<sup>79</sup> Dazu sogleich; vgl aber bereits FN 52.

Schritte zur Eindämmung exorbitanter Manager- bzw Vorstandsgehälter genannt, die nunmehr auch in Österreich (um-)gesetzt werden sollten<sup>80</sup>.

Doch wie sähe die rechtliche Bewertung eines solchen Vorhabens aus? Schließlich stand ja auch in Österreich die Bestimmung des § 87 Abs 2 dAktG aF – dass nämlich der Aufsichtsrat dann zu einer angemessenen Herabsetzung der Bezüge der Vorstandsmitglieder einer AG berechtigt ist, wenn nach deren Festsetzung eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft eintritt, dass die Weitergewährung der Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft darstellen würde – bereits einmal in Geltung.<sup>81</sup> Diese Bestimmung wurde dann allerdings anlässlich der Austrifizierung des deutschen Aktiengesetzes 1937 nicht übernommen und der Absatz 2 des § 78 AktG insoweit gestrichen – dies nach den Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zum AktG 1965 aus dem Grunde, dass diese Bestimmung – also der Ex-post-Eingriff in einmal ausverhandelte Bezüge – „nicht dem rechtsstaatlichen Prinzip der Vertragstreue entspricht“.<sup>82</sup>

Diese Bedenken werden teilweise weiterhin als äußerst gewichtig angesehen<sup>83</sup> und sprächen daher schon *a priori* für eine Abstandnahme von allen Überlegungen der Angleichung an den deutsche Rechtsbestand in diesem Punkt. Dem ist allerdings zumindest grundsätzlich zu entgegnen, dass sich auch das Verständnis der Vertragstreue über gut fünf Jahrzehnte seit den zitierten historischen Gesetzesmaterialien zum AktG 1965 zweifelsfrei nicht bloß unerheblich gewandelt hat<sup>84</sup>, sodass ein generelles „Denkverbot“ in Richtung einer Re-Implementierung der Möglichkeit zur nachträglichen Herabsetzung der Vorstandsbezüge durch den Aufsichtsrat bei Verschlechterung der Lage der Gesellschaft insofern nicht überzeugen kann.

Zudem bedarf die Ex-post-Herabsetzung der Vorstandsbezüge ja auch, wie unter 3.2 oben bereits ausgeführt, eines – bewusst verkürzt gesagt – Mitverschuldens des von der Herabsetzung seiner Bezüge betroffenen Vorstandsmitgliedes an der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft, die wiederum die Entgeltminderung (mit-)begründet. Ein solches Konzept schließt dann doch einerseits eine rein willkürliche, andererseits eine rein auf wirtschaftlichen – vom Vorstand unbeeinflussbaren – Parametern beruhende Entscheidung des Aufsichtsrats für eine Vorstandsbezügeminderung aus. Eine weitere Relativierung der *Pacta-sunt-servanda*-Problematik ist zuletzt auch daraus abzuleiten, dass die Herabsetzung mit dem insoweit objektivierbaren Angemessenheitskriterium des § 87

<sup>80</sup> So etwa von der Arbeiterkammer Wien, die in diesem Zusammenhang auch Regelungen auf CGK-Ebene als zahnlos erachtet und insofern gesetzlich „verbindliche“ Bestimmungen fordert; vgl zu alledem *AK Wien* vom 14.01.2010, Neue Spielregeln für Managergehälter jetzt, abrufbar unter <http://wien.arbeiterkammer.at/online/neue-spielregeln-fuer-managergehaelter-52781.html?REFP=1761> (15.5.2012).

<sup>81</sup> § 78 Abs 2 des Aktiengesetzes 1937, DRGBI I Seite 107.

<sup>82</sup> Vgl 301 BglnR X.GP 69; dies referierend auch OGH 11.01.1989, 9 ObA 513/88 (= RS0049422); ebenso *Schima*, GesRZ 2011, 277 mit Verweis auf *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechtes (2003) § 78 Rz 5.

<sup>83</sup> Vgl etwa *Schima*, GesRZ 2011, 277.

<sup>84</sup> Dazu und im Weiteren exemplarisch *Noll*, *Pacta sunt servanda & clausula rebus sic stantibus: Der Wert der Vertragstreue*, AnwBl 2002, 260 mwN.

Abs 2 dAktG bzw § 78 Abs 1 AktG beschränkt wäre. Daher erscheint es zumindest nicht *a priori* unsinnig, eine (Wieder-)Aufnahme der Ex-post-Herabsetzung von Vorstandsbezügen, freilich nur in der „soll“-Ausgestaltung, anzudenken.

Jedenfalls sinnvoll – und zweifelsohne auch leichter umsetzbar, da verfestigte Vorbehalte wie zu der obigen Thematik soweit ersichtlich nicht bestehen – wäre zudem *mE*, wenn auch primär wegen der Signalwirkung, die Aufnahme der *nachhaltigen Unternehmensentwicklung*<sup>85</sup> als Leitfaden für die Vergütungsstruktur des Vorstandes, zumindest für börsennotierte Aktiengesellschaften, in den Kriterienkatalog des § 78 AktG<sup>86</sup>. Die Regel 27 des ÖCGK<sup>87</sup>, die eine ganz ähnliche Stoßrichtung hat, erscheint mir aufgrund der Tatsache, dass es sich lediglich um eine C-Regel handelt, in diesem Zusammenhang nicht wirklich ausreichend zu sein; auch umfasst sie natürlich nur börsennotierte AGs.

Hingegen ist die nun in Deutschland mit dem *VorstAG* ebenfalls eingeführte Herabsetzungsmöglichkeit auch hinsichtlich zugesagter bzw vereinbarter Ruhegehälter der ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder *mE* zu Recht in der deutschen Lehre aus den zitierten Erwägungen<sup>88</sup> auf Ablehnung gestoßen. Sie ist daher, ebenso wie der neue, aber letztlich überflüssige Satz 3 des § 116 dAktG, für die Diskussion hierzulande wohl durchaus vernachlässigbar.

Insgesamt soll die Vergütungsentscheidung *mE* jedenfalls nicht in jedem Detail gesetzlich geregelt sein. Der Aufsichtsrat soll hier einen Entscheidungsspielraum haben und diesen im Sinne des Unternehmenswohls ausüben können. Weiterhin soll der Aufsichtsrat für geradezu unvertretbare Entscheidungen auch verantwortlich sein. Ob zu derartigen Entscheidungen des Aufsichtsrats zukünftig auch – und trotz aller bestehenden *caveats* – der Eingriff in einmal vereinbarte Vorstandsbezüge gehören soll oder nicht, sei hiermit zur Diskussion gestellt.

---

<sup>85</sup> Wobei diese mit *Annuß/Theusinger*, aaO, 2434,2435 als langfristige Bestands- und Ertragssicherung des Unternehmens zu verstehen ist.

<sup>86</sup> Auch hier ist Deutschland einen Schritt voraus und hat dieses zusätzliche Ausrichtungsmerkmal durch das *VorstAG* in den § 87 Abs 1 dAktG übernommen

<sup>87</sup> Weiterführend dazu *Hasenauer/Pracht*, Revision des Österreichischen Corporate Governance Kodex, Aufsichtsrat aktuell 2010 H 1, 14.

<sup>88</sup> Vgl FN 55 u 57 oben.