

## § 78. Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder

**(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.**

**(2) Wird über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und der Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds gemäß § 25 IO aufgelöst, so kann dieses Ersatz für den ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden nur für zwei Jahre seit dem Ablauf des Dienstverhältnisses verlangen.**

[BGBl I 2012/35]

**Literatur:** *Eiselsberg/Haberer*, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Spannungsverhältnis von Markt, Kodex und Gesetz, RWZ 2004, 65; *Flitsch*, Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen der Executive Compensation, in *Schuster/Gröhs/Havranek*, Executive Compensation (2008) 55; *Graf*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RdW 2007, 515; *Griehser*, Versicherungsmöglichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern – Anpassung der Director’s and Officer’s Liability Insurance für Österreich, RdW 2006, 133; *Gröhs*, Die Prüfung der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen, in *Schuster/Gröhs/Havranek*, Executive Compensation (2008) 73; *Gröhs/Havranek/Prändl*, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzkrise, AR 2009 H 1, 8; *Gruber/Wax*, Wer ist zum Abschluss einer D&O-Versicherung zuständig? wbl 2010, 169; *Haberer*, „Say on Pay“-Kompetenz der Hauptversammlung hinsichtlich der Vorstandsvergütung? RdW 2010/484, 457; *Haberer/Kraus*, Gedanken zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, GeS 2010, 10; *dies*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GeS 2010, 165; *Harmer*, Vergütung des Vorstands – gesetzliche Rahmenbedingungen – neue Modelle, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 543; *Hasenauer/Pracht*, Revision des österreichischen Corporate Governance Kodex, AR 2010 H1, 14; *Hörlsberger/Schröckenfuchs*, Können strafrechtliche Konsequenzen „zu hoher“ Prämien an den Vorstand vermieden werden? ecolex 2004, 373; *Kalss* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> II. Band (2008); *Karauscheck/Toms*, Der Aufsichtsrat als (Vertrags-)Partner des Vorstandes, AR 2009 H 3, 13; *A Konecny*, Reformvorhaben, ZIK 2010, 41; *Krejci*, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, ecolex 1991, 776; *N Huber*, Zur Untreue bei Einpersonengesellschaften, ÖJZ 2010, 999; *Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance*, Interpretationen zum Österreichischen Corporate Governance Kodex (Fassung Jänner 2010), <http://www.wienerborse.at/corporate/pdf/CG%20interpretationen%202010%201.pdf> (25.11.2010); *Ramharter*, D&O-Versicherung, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 1113; *Runggaldier/G Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> (2006); *Schenz/Eberhartinger*, Die Regelung der Managergehälter im Österreichischen Corporate Governance Kodex, ÖBA 2010, 209; *G Schima*, Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder – ein Schritt auf dem Weg in Richtung Board-System? GesRZ-Sonderheft 2001, 19; *ders*, Gestaltungsfragen bei Aktienoptionen, GesRZ-Sonderheft 2001, 61; *ders*, Vorzeitiges Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsorgfält, RdW 1990, 448; *ders*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 309; *ders*, Zulässigkeit von „Golden Handshakes“ – zugleich Anmerkung zu OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t, in *Binder-FS* (2010) 817; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> I. Band (2010); *Wala/Cucka/Haslehner*, Hohe Managergehälter unter Rechtfertigungsdruck, AR 2009 H 4, 9.

**Internationale Literatur:** *Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717; *Baumbach/Hueck*, Aktiengesetz<sup>12</sup> (1965); *Eckardstein/Konlechner*, Vorstandsvergütung und gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmung (2008); *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG),

NGZ 2009, 801; *ders* in *Spindler/Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> I. Band (2010); *Hoffmann-Becking/Krieger*, Leitfaden zur Anwendung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009 Beilage zu Heft 27; *Hüffer*, Aktiengesetz<sup>9</sup> (2010); *Kort* in *Hopt/Wiedemann*, Aktiengesetz Großkommentar<sup>4</sup> III. Band (2006); *Mertens/Cahn* in *Zöllner/Noack*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> II/1. Band (2010); *Seibt* in *K Schmidt/Lutter*, Aktiengesetz Kommentar<sup>2</sup> I. Band (2010); *Spindler* in *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> II. Band (2008); *Thüsing* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006).

## Übersicht

	Rz
I. Allgemeines .....	1
II. Zweck der Norm .....	4
III. Bezüge .....	5
IV. Insolvenz der Gesellschaft .....	14
V. Corporate-Governance-Kodex .....	17a

## I. Allgemeines

- 1 **Entstehungsgeschichte.** Der Abs 2 des AktG 1937 entsprach nicht dem rechtsstaatlichen Prinzip der Vertragstreue, weshalb er im Zuge der Reform 1965 entfallen ist (zur Rechtslage nach dAktG siehe Rz 4).<sup>1</sup>
- 2 **Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2009.** Abs 2 wurde zuletzt durch das IRÄ-BG 2010 an die geänderte Insolvenzrechtslage angepasst,<sup>2</sup> was allerdings zu keinen inhaltlichen Änderungen führte.
- 3 **Änderung im Bankwesengesetz.** 2010 wurden im BWG Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken festgelegt. § 39b BWG verweist hierbei auf eine Anlage zum Änderungsgesetz.<sup>3</sup>
- 3a **Änderungen durch das Zweite Stabilitätsgesetz 2012.**<sup>4</sup> Als Reaktion auf die noch immer andauernde Finanzkrise von 2008 wurde § 78 Abs 1 neu gefasst, um damit die Ausrichtung der Vergütungsstruktur auf nachhaltiges Wachstum und fehlende Anreize für zu hohe Risikobereitschaft zu beeinflussen. Dies soll durch die Begriffe „übliche Vergütung“, „langfristige Verhaltensanreize“ und „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ erreicht werden. Diese Korrektive finden sich allesamt bereits im ÖCGK (bisher Regel C-27). Das Gesetz fordert nun für alle Aktiengesellschaften (unabhängig von einer Börsenotierung), dass die Vergütung des einzelnen Vorstandsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis nicht nur zu seinen Aufgaben, sondern auch zu seinen Leistungen stehen soll. Diese Regelung entstammt ebenfalls dem ÖCGK. Expressis verbis neu ist nur das Kriterium der „üblichen Vergütung“ (vgl Rz 9). Ebenfalls geändert wurden die korrespondierenden Bestimmungen des UGB zum Anhang (§§ 239 Abs 1 Z 4 lit a, 241 Abs 4 UGB) und zum Corporate-Governance-Bericht (§ 243b UGB).

## II. Zweck der Norm

- 4 **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.** Durch die Regelung wird für den Aufsichtsrat die freie Vereinbarkeit der Bezüge der Vorstandsmitglieder insofern eingeschränkt, als er sich an den

<sup>1</sup> ErlRV 301 BlgNR X. GP 69 § 78 Abs 2.

<sup>2</sup> Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz 2010, BGBl I 2010/58.

<sup>3</sup> Änderung des Bankwesengesetzes, BGBl I 2010/118; siehe Kommentierung zu § 77 Rz 5.

<sup>4</sup> BGBl I 2012/35.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu halten hat. Der Vorstand soll sich nicht auf Kosten der Aktionäre und Gläubiger im Verhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens unangemessen bereichern.<sup>5</sup> Anknüpfungspunkte sind der Aufgabenbereich des Vorstandsmitglieds und seine Leistungen auf der einen Seite und die Lage der Gesellschaft, die übliche Vergütung sowie die Setzung langfristiger Verhaltensanreize zu einer nachhaltigen Entwicklung des Unternehmens (vgl Rz 17) auf der anderen Seite. Die im Gesetz nunmehr aufgezählten Kriterien stehen in keiner Rangfolge zueinander, sondern der Aufsichtsrat hat im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen, welche Vergütungsstruktur insgesamt dem Wohl der Gesellschaft am besten entspricht. Hier besteht unverändert ein weiter Ermessensbereich. In den EB wird im Zusammenhang mit dem Kriterium der „üblichen Vergütung“ auf die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit sowie das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen („Vertikalität“) verwiesen. Dies ist zu eng gegriffen, da bei der Entscheidung, ob eine bestimmte Person als Vorstandsmitglied gewonnen werden soll, vor allem deren Erfahrungen und Fähigkeiten für die Fortentwicklung der Gesellschaft und der mit ihr verbundenen Unternehmensgruppe von Bedeutung sind; diese Entscheidung darf nicht durch die Bindung an ein inlandspezifisches oder unternehmensspezifisches Gehaltsgefüge blockiert werden. Eher ist hier das Risiko einer Überbezahlung durch eine nur dreijährige Erstbestellung zu begrenzen. Eine Ermessensbeschränkung ergibt sich aus dem Verbot des Abstellens auf nur einjährige Erfolgskriterien. Dies ist auch bei der Verlängerung von zum Zeitpunkt des Inkrafttretens (Abschluss der Verlängerungsvereinbarung nach dem 31.8.2012) bereits bestehender Vereinbarungen zu beachten. Im Übrigen wäre der Aufsichtsrat auch ohne diese Bestimmung verpflichtet, auf die Angemessenheit der Bezüge, insbes auf Branchenüblichkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, den Zeitraum der Ausübung der Vorstandstätigkeit, den Umfang des Ressorts, außerordentliche Erträge oder Kurssteigerungen zu achten.<sup>6</sup> Dies gilt auch für die Gewährung von *stock options* und ähnlichen Anreizmodellen,<sup>7</sup> selbst wenn diese aus einem bedingten Kapital gem § 159 Abs 2 Z 3 geschaffen wurden und damit die Liquidität der Gesellschaft nicht belasten. Insbesondere in Sanierungssituationen kann die Bestimmung bei wörtlicher Anwendung den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen, da geeignete Manager nicht bereit sein werden, feste Bezüge zu akzeptieren, die eindeutig unter dem Marktniveau<sup>8</sup> liegen, welches sich an wirtschaftlich gesunden Gesellschaften orientiert. Daher ist diese Regelung dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass eine dem Marktniveau entsprechende Höhe und Ausgestaltung der Bezüge auch bei einer gegenüber vergleichbaren Gesellschaften schwachen wirtschaftlichen Situation zulässig ist.<sup>9</sup> Es ist auch nicht geboten, dass für den Fall der Verschlechterung der Lage im Anstellungsvertrag eine Absenkung des Fixbezuges vereinbart wird.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Hüffer, AktG<sup>9</sup> § 87 Rz 1; Mertens/Cahn in KölnerKomm<sup>3</sup> § 87 Rz 2; Spindler in MünchKomm<sup>3</sup> § 87 Rz 1.

<sup>6</sup> OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR Rz 3/288; Kalss in MünchKomm<sup>3</sup> § 87 Rz 130; Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 71 ff; G Schima in Binder-FS 825 ff; Eiselsberg/Haberer, RWZ 2004, 67 ff.

<sup>7</sup> Vgl G Schima, RdW 1990, 452; ders, Aktienoptionen, GesRZ-Sonderheft 2001, 63.

<sup>8</sup> Zur Bedeutung des Marktniveaus s auch G Schima in Kalss/Kunz, Hdb AR § 12 Rz 101.

<sup>9</sup> Vgl Spindler in MünchKomm<sup>3</sup> § 87 Rz 33.

<sup>10</sup> Abw Kalss in MünchKomm<sup>3</sup> § 87 Rz 134.

### III. Bezüge

- 5 Weiter Vergütungsbegriff.** Unter Bezügen ist jede Art der Vergütung für die erbrachten Leistungen des Vorstands zu verstehen, sei es in Entgelts- oder Aufwandsersatzform. Unbeachtlich ist, ob es sich um Geld- oder Sachleistungen handelt.<sup>11</sup> Daher zählen Aufwandsentschädigungen (§ 1014 ABGB), die über den Ersatz von Barauslagen hinausgehen, ebenso zu den Bezügen wie etwa Freikarten, Warenbezugsrechte oder ein in der Freizeit ohne Kostenersatz nutzbarer Dienstwagen.<sup>12</sup> Auch Abfertigungen und Pensionen sind Bezüge (siehe unten Rz 7).<sup>13</sup> Von der Gesellschaft getragene Prämien für D&O-Versicherungen (Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen für Vorstandsmitglieder) waren nach älterer Ansicht Vergütungsbestandteil<sup>14</sup> und bedurften daher zumindest der Genehmigung durch den Aufsichtsrat.<sup>15</sup> Die neuere Ansicht sieht die Prämienzahlungen hingegen nicht als Vergütung: Der fehlende Entgeltcharakter ergebe sich aus dem gegenüber der nur unwesentlichen Besserstellung des Vorstandsmitglieds erheblich stärkeren Eigeninteresse der Gesellschaft.<sup>16</sup> Dies ist jedenfalls dann zutreffend, wenn die Gesellschaft Versicherungsnehmerin und gleichzeitig Versicherte ist, da dann idR im Haftungsfall der Vorstand Regressansprüchen der Versicherung ausgesetzt bleibt. Aber auch dann, wenn die Gesellschaft nicht Versicherte ist, wird idR deren Interesse an der Versicherungsdeckung überwiegen, da durch die Versicherung die Chance auf Liquidierung eines Ersatzanspruches gegenüber dem Vorstandsmitglied erheblich gesteigert wird. Der in der Corporate-Governance-Diskussion geforderte Selbstbehalt ist sicherlich sinnvoll, um einem „moral hazard“ vorzubeugen.<sup>17</sup> Vor allem in den Fällen, in denen Schäden der Gesellschaft, die durch ein Fehlverhalten von Führungskräften bewirkt werden, für den gesamten Konzern in einer Polizzae versichert werden, ist das Fehlen eines Vergütungselements zu bejahen. Ist das Vorstandsmitglied Versicherungsnehmer, so liegt bei Übernahme der Prämie durch die Gesellschaft selbst bei Festlegung eines Selbstbehalts eine Vergütung vor, die auch in § 78 Abs 1 ausdrücklich angesprochen wird. Die Vereinbarung der Übernahme der Prämie im Verhältnis zum Vorstand fällt in die Vertretung des Aufsichtsrats; häufig ist dies Teil des Anstellungsvertrages.<sup>18</sup>
- 6 Kein Anpassungsrecht des Aufsichtsrats.** Die im Zuge der Austrifizierung eliminierte gesetzliche Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Entgeltvereinbarung an die geänderte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft anzupassen,<sup>19</sup> kann im Wege einer vertraglichen Anpassungsklausel mit Bindung an vorher bestimmte Parameter ersetzt werden (vgl Rz 4). Dies gilt auch für Bestimmungen, die eine Kürzung oder den Entfall von Pensionsleistungen vorsehen.<sup>20</sup> Das BPG ist für Zusagen an Vorstandsmitglieder nicht maßgeblich (§ 1 Abs 1

<sup>11</sup> *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 137.

<sup>12</sup> *Baumbach/Hueck*, AktG<sup>12</sup> § 78, 271.

<sup>13</sup> Vgl *Kort in GroßKomm*<sup>4</sup> § 87 Rz 334.

<sup>14</sup> Vgl OGH 30.6.1999, 9 ObA 68/99m.

<sup>15</sup> OGH 30.6.1999, 9 ObA 68/99m RWZ 1999, 360; s auch *Ramharter in Kalss/Kunz*, Hdb AR § 36 Rz 15 ff.

<sup>16</sup> *Gruber/Wax*, wbl 2010, 169, 174; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR Rz 3/453; *Fleischer in Fleischer*, Hdb des Vorstandsrechts § 12 Rz 12; *Mertens/Cahn in KölnerKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 20; vgl *Spindler in MünchKomm*<sup>3</sup> § 93 Rz 176 ff; *Kort in GroßKomm*<sup>4</sup> § 87 Rz 241.

<sup>17</sup> Nach § 93 Abs 2 letzter Satz dAktG muss der Selbstbehalt mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des 1,5-fachen der fixen Jahresvergütung betragen.

<sup>18</sup> *G Schima in Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 127 ff.

<sup>19</sup> So aber nach § 87 Abs 2 dAktG.

<sup>20</sup> Vgl OGH 16.10.1997, 8 ObA 147/97v SZ 70/213 = RdW 1999, 39.

BPG).<sup>21</sup> Auch wenn sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens wesentlich verschlechtert, kann der Aufsichtsrat daher nicht einseitig die Leistungsverpflichtung kürzen.<sup>22</sup> Es bleibt nur die Möglichkeit, den Vertrag mit dem Vorstandsmitglied zu ändern. Die organschaftliche Treuebindung geht nicht soweit, dass dieser zu einer Anpassung verpflichtet wäre. Eine Abberufung und eine damit einhergehende Aufkündigung der Anstellung kommt nur aus wichtigem Grund (aber nicht zwingend im Fall des Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung<sup>23</sup>) in Frage. Dem Aufsichtsrat anzuraten, die feste Vergütung dynamisch, ausgerichtet auf die jederzeit positive Korrelation von Lage des Unternehmens und Höhe des Entgelts auszugestalten,<sup>24</sup> kann eine gewisse Realitätsferne nicht abgesprochen werden. Allenfalls kann durch einen hohen Anteil variabler Bezugsanteile diesem Ziel entsprochen werden. Die im Herbst 2008 durch die Insolvenz von Lehman Brothers ausgelöste Finanzkrise hat gezeigt, dass die Relation fixer zu variablem Bezug deutlich zu Gunsten des festen Bezugs verschoben worden ist. Nach § 87 Abs 2 dAktG ist der Aufsichtsrat verpflichtet,<sup>25</sup> die Bezüge auf die gegenüber dem Beststellungszeitpunkt geänderte Lage durch entsprechende Herabsetzung anzupassen, wenn die Beibehaltung der aktuellen Bezüge für die Gesellschaft unbillig wäre.<sup>26</sup> Das betrifft neuerdings auch die in § 87 Abs 1 letzter Satz dAktG genannten Bezüge für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und ähnliche Leistungen.<sup>27</sup> Damit geht das Recht des Vorstandsmitglieds auf außerordentliche Kündigung gem § 87 Abs 2 letzter Satz dAktG einher.

**Bezugsarten.** Das Gesetz zählt zu den Bezugsarten Gehälter, Gewinnbeteiligungen (die in § 77 eine nähere Regelung erfahren), Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art (etwa Dienstwohnung, Freikarten, Dienstwagen mit Privatnutzung etc). Bestandteil des Entgelts sind weiters Abfertigungen aus Anlass der Beendigung der Vorstandsfunktion, Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und verwandte Leistungen, die bar ebenso entsprechend zu berücksichtigen sind (s zur Angabepflicht im Anhang des Jahresabschlusses § 239 Abs 1 Z 4 lit a u 5 lit a UGB; s zum Corporate-Governance-Bericht § 243 Abs 2 Z 3 UGB; s auch die C-Regel 31 ÖCGK). Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Vorstandsmitglieds dessen individuelle Bezüge offenzulegen (s § 241 Abs 4 UGB); eine Ausnahme gilt für Aktienoptionen gem § 239 Z 5 UGB.<sup>28</sup> Bei Fragen nach individuellen Bezügen in der Hauptversammlung ist eine Beantwortung nur dann zulässig bzw geboten, wenn entweder das betroffene Mitglied zustimmt oder die Frage in einem anderen Zusammenhang als bloßer Neugier von Bedeutung ist. Die Regelung gilt unabhängig davon, ob die Aktien im Zusammenhang mit der Vorstandsvergütung stehen. Bei bloßen „phantom shares“ besteht keine Meldepflicht.

<sup>21</sup> Zur Zulässigkeit von Verfallsklauseln bei Pensionszusagen vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 110 f.

<sup>22</sup> OGH 11.1.1989, 9 ObA 513/88.

<sup>23</sup> Vgl *Strasser in Jabornegg/Srasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 143.

<sup>24</sup> *Kalss in MünchKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 134; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 59 ff; *G Schima*, RdW 1990, 448, 453.

<sup>25</sup> *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 66; *Mertens/Cahn in KölnerKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 99; *Spindler in MünchKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 89.

<sup>26</sup> *Haberer/Kraus*, GeS 2010, 165, 169 f; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 64; *Hüffer*, AktG<sup>9</sup> § 87 Rz 9; *Kort in GroßKomm*<sup>4</sup> § 87 Rz 290; *Spindler in MünchKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 85 ff.

<sup>27</sup> BGH WM 197, 56 f; *Hüffer*, AktG<sup>9</sup> § 87 Rz 9a, der eine Herabsetzung von Versorgungsleistungen nur bei Existenzgefährdung der Gesellschaft zulassen möchte; vgl *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 67 f; *Mertens/Cahn in KölnerKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 105 f.

<sup>28</sup> Zur Unzulässigkeit der Offenlegung von Vorstandsbezügen unter Namensnennung nach dem BezügebegrenzungsG s VfGH 28.11.2003, KR 1/00.

- 8 Anzeigepflichten bei der FMA.** § 48d Abs 4 BörseG verpflichtet (ua) die Vorstandsmitglieder, alle von ihnen getätigten Geschäfte auf eigene Rechnung mit zum Handel auf geregelten Märkten zugelassenen Aktien und aktienähnlichen Wertpapieren des Emittenten oder mit sich darauf beziehenden Derivaten oder mit ihm verbundener Unternehmen (§ 228 Abs 3 UGB) der Finanzmarktaufsicht (FMA) binnen fünf Arbeitstagen zu melden und diese Informationen unverzüglich zu veröffentlichen.<sup>29</sup> Auch das Ziehen einer Option ist erfasst.<sup>30</sup>
- 9 Angemessenheitsmaßstab.** An welchen Maßstäben die Angemessenheit der Vergütung zu messen ist, war und ist naturgemäß umstritten.<sup>31</sup> In der Literatur wurde vorgeschlagen, einen externen und einen internen Fremdvergleich durchzuführen: Extern werden die Vergütungen von Vorstandsmitgliedern in ähnlicher Position in Unternehmen vergleichbarer Größe und Branche betrachtet,<sup>32</sup> intern wird auf die durchschnittliche Entlohnung der Führungskräfte im Unternehmen abgestellt.<sup>33</sup> Der externe Vergleich erfolgt regelmäßig über Gehaltsstudien von einschlägigen Beratungsunternehmen.<sup>34</sup> Führen beide Vergleiche zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen, geht nach verbreiteter Meinung der erstere Vergleich vor.<sup>35</sup> Ein derartiges Vorgehen dürfte sich zur „best practice“ entwickelt haben.<sup>36</sup> Nunmehr wurde das Kriterium der „üblichen Vergütung“ ausdrücklich im Gesetz verankert. Auf dieser Grundlage hat der Aufsichtsrat für jeden Einzelfall abzuwägen, wobei ein weites unternehmerisches Ermessen anzuerkennen ist. Gehört es etwa zur Strategie, einen neuen Geschäftsbereich zu entwickeln, so kann es im Interesse des Unternehmens liegen, durch deutlich über dem Marktniveau liegende Bezüge Manager zu gewinnen, die über besondere Branchenerfahrung und Kundenkontakte verfügen. Auch Beiträge, die nur für den Wechsel von einem anderen Unternehmen in die Vorstandsposition zuerkannt werden, sind zulässig, sofern damit kein Verleiten zum Vertragsbruch bewirkt werden soll. Auch ein „stay bonus“, der bezahlt wird, um zu verhindern, dass ein Vorstandsmitglied einer Wiederbestellung nicht zustimmt oder eine Kündigungsmöglichkeit nutzt, ist zulässig.
- 10 Vereinbarte, unangemessen hohe Vergütungen; „Stay bonus“.** Als „Lage der Gesellschaft“ ist nicht (nur) deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu verstehen, sondern die strategische Ausrichtung und deren Umsetzung durch eine entsprechende Besetzung des Leitungsorgans. Auch vertraglich festgelegte unangemessen<sup>37</sup> hohe Vergütungen stehen dem Vorstandsmitglied zu, wenn nicht ein Fall des Missbrauchs vorliegt.<sup>38</sup> Ist das Vorstandsmit-

<sup>29</sup> Näheres in §§ 8 ff der Veröffentlichungs- und Meldeverordnung (BGBl II 2005/109 idF BGBl II 2008/113).

<sup>30</sup> *Kalss* in MünchKomm<sup>3</sup> § 87 Rz 137.

<sup>31</sup> Vgl *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb des Vorstandsrechts § 6 Rz 5 ff; *G Schima* in *Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 110 ff.

<sup>32</sup> OGH 11.6.2008, 8 Ob 58/08t; *Karauscheck/Toms*, AR 2009 H 3, 13, 14; vgl die EB zum deutschen VorstAG BT-Drucks 16/13433, 10; *Hüffer*, AktG<sup>9</sup> § 87 Rz 2; *Kort* in Großkomm<sup>4</sup> § 87 Rz 42.

<sup>33</sup> Dieser Gedanke liegt der geltenden Fassung von § 87 dAktG zu Grunde: vgl BT-Drucks 16/13433, 10; *Haberer/Kraus*, GeS 2010, 10, 14 ff.

<sup>34</sup> *Gröhs/Havranek/Prändl*, AR 2009 H 1, 8, 9.

<sup>35</sup> In D herrschende Meinung: *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 720; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 802; *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009 Beilage zu Heft 27 Rz 8.

<sup>36</sup> Vgl *Seibt* in *K Schmidt/Lutter*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 10.

<sup>37</sup> Der deutsche BFH geht ab einer 20%igen Überschreitung des durch Fremdvergleich ermittelten Niveaus von offensichtlicher Unangemessenheit aus: BFH BfStBl 1989 II S 854, 856; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 25.

<sup>38</sup> OGH 11.1.1989, 9 ObA 513/88 RdA 1989, 417; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR Rz 3/289; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 142; für eine Rückforderbarkeit *Krejci*, *ecolex* 1991, 778; *Hörlsberger/Schröckenfuchs*, *ecolex* 2004, 373, 375; vgl *Graf*, RdW 2007, 515; *Seibt* in *K Schmidt/Lutter*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 17.

glied auch als Aktionär beteiligt, ist die einem Drittvergleich nicht standhaltende Gestaltung der Bezüge als Einlagenrückgewähr zu qualifizieren. Besonders heikel sind Leistungen, die von der Gesellschaft ohne klare rechtliche Grundlage erbracht werden (zur „change of control-Klausel“ siehe § 75 Rz 34). Dies gilt nicht für einen „stay bonus“, der gewährt wird, um durch eine Einmalzahlung zu verhindern, dass ein besonders geschätztes Vorstandsmitglied ein Angebot auf Wechsel zu einem anderen Arbeitgeber annimmt.<sup>39</sup> Auch hier besteht ein weiter Ermessensbereich für den AR, der nicht dadurch begrenzt wird, ob rechtliche Möglichkeiten bestehen, den „Jobwechsel“ zu verhindern. Denn auch ein vertraglich mit entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten gebundenes Mitglied wird uU bei Berufung auf diese Bindung nicht mehr sein volles Engagement bereitstellen.

**Zahlungen bei vorzeitigem Ausscheiden.** Problematisch sind Zahlungen, die naturgemäß im Zusammenhang mit dem vorzeitigen Ausscheiden aus der Organfunktion vereinbart werden, wenn sie die bis zum Auslaufen des Vertrages zu leistenden Entgelte (bzw deren Barwert) übersteigen (s auch die C-Regel 27a ÖCGK). Falls eine „geräuschlose Trennung“ im Interesse der Gesellschaft liegt und eine vorzeitige Abberufung aus wichtigem Grund nicht in Betracht kommt, sind nach Maßgabe des Einzelfalls auch derartige Leistungen vertretbar.<sup>40</sup> Hingegen sind Belohnungen für eine erfolgreiche, wertsteigernde Führung des Unternehmens, die ein Vorstandsmitglied ohne Rechtsanspruch bei seinem Ausscheiden erhält, in der Regel unzulässig.<sup>41</sup> Unbedenklich sind Zahlungen, die im Zusammenhang mit einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot geleistet werden.<sup>42</sup> In der Regel wird es geboten sein, dass Zahlungen aus anderen Funktionen (insbesondere in einem Aufsichtsrat) in verbundenen oder Beteiligungsunternehmen in die Vergütung einzurechnen sind und dies im Dienstvertrag zu verankern.

**Sonderregelungen im BWG.** Unternehmen, die dem BWG unterliegen, haben seit 1.1.2010<sup>43</sup> für die Vergütung bestimmter Mitarbeiter,<sup>44</sup> abgestuft nach der Größe des Unternehmens, dessen internem Organisationsgrad, der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäfte, den Mitarbeiterkategorien, der Art und Höhe von deren Vergütung, sowie den Auswirkungen von deren Tätigkeit auf das Risikoprofil, die Grundsätze der Anlage zu § 39b BWG zu beachten: Gefordert werden etwa die Vereinbarkeit der Vergütungspolitik mit einem soliden und wirksamen Risikomanagement (Z 1), eine jährlich durchgeführte zentrale und unabhängige interne Überprüfung der Übereinstimmung zwischen festgesetzter Vergütungspolitik und deren faktischer Umsetzung (Z 4) sowie die Unabhängigkeit der Mitarbeiter, die diese Kontrollfunktion ausüben (Z 5). Z 3 verpflichtet den Aufsichtsrat oder ein sonst nach Gesetz oder Satzung zuständiges Aufsichtsorgan zur Genehmigung, Umsetzung und re-

<sup>39</sup> Vgl *G Schima* in *Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 101.

<sup>40</sup> Vgl OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 ff (*Kalss*); *G Schima* in *Binder-FS* 827 f; *ders* in *Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 102, 125 f.

<sup>41</sup> Vgl BGH 21.12.2005, ZIP 2006, 72 (*Mannesmann*); siehe dazu *G Schima* in *Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 122 ff, wonach Leistungen zulässig seien, wenn sie vom Fürsorgegedanken getragen sind (Schlaganfall eines verdienten Vorstandsmitglieds); vgl auch *Graf*, RdW 2007, 515 ff; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm*<sup>3</sup> § 87 Rz 32 ff, wonach es im Ermessen des Aufsichtsrats liegt, die Vergütung wegen besonderer Leistungen nachträglich anzupassen.

<sup>42</sup> Vgl *G Schima* in *Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 137; s auch § 37 AngG.

<sup>43</sup> Zur Anwendung dieser Sonderregelungen auf zuvor abgeschlossene Verträge vgl *Eypeltauer*, *ecollex* 2011, 544, 544 ff.

<sup>44</sup> Namentlich: Mitarbeiter der Geschäftsleitung, Risikokäufer und Mitarbeiter mit Kontrollfunktion, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt.

gelmäßigen Überprüfung der allgemeinen Grundsätze der Vergütungspolitik. Inhaltlich ist die Vergütungspolitik auf Nachhaltigkeit auszurichten: Sie muss mit der Geschäftsstrategie, den Zielen, Werten und langfristigen Interessen des Kreditinstituts in Einklang stehen und Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten treffen (Z 2). Z 7 bis 12 schaffen Grundsätze für eine erfolgsabhängige Vergütung: Der Leistungsbeurteilung ist ein mehrjähriger Rahmen zu Grunde zu legen, das Verhältnis zwischen fixen und variablen Vergütungsbestandteilen hat angemessen zu sein, wobei der fixe Bestandteil so hoch ist, dass hinsichtlich des variablen Bestandteils eine maximal variable Politik möglich ist. Werden im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung eines Vertrages Zahlungen geleistet, haben diese den langfristigen Erfolg widerzuspiegeln. Erhebliche Teile (mindestens 50% der variablen Komponenten) haben in einem angemessenen Verhältnis aus Beteiligungen an dem Kreditinstitut zu bestehen. Auch hier ist auf die längerfristigen Interessen des Kreditinstituts abzustellen. Es sind mindestens fünfjährige Rückstellungen zu bilden, die auf die Art der Geschäftstätigkeit, ihre Risiken sowie auf die Tätigkeiten der betreffenden Mitarbeiter ausgerichtet sind. Alle eben genannten Grundsätze gelten für Mutter- und Tochterunternehmen, Zweigstellen und Offshore-Finanzzentren (Z 13).

- 13 Haftung des Aufsichtsrats.** Die Mitglieder des AR haften der Gesellschaft für Schäden aus der Verletzung des § 78.<sup>45</sup> Eine Haftung des AR kommt erst bei eklatantem Überschreiten seines Ermessensspielraums durch eine geradezu unvertretbare unternehmerische Entscheidung in Betracht.<sup>46</sup> Sind die Vorstandsmitglieder zugleich auch Aktionäre der Gesellschaft, können überhöhte Zahlungen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen (vgl Rz 10). Eine Genehmigung von Vorstandsvergütungen durch die Hauptversammlung befreit die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht von der Haftung, da diese Entscheidung nicht in den Bereich der Geschäftsführung fällt und daher nicht nach § 103 Abs 2 an die Hauptversammlung delegiert werden kann.<sup>47</sup> Möglich wäre eine Erkundungsabstimmung, die aber nur Bedeutung für das Gewinnen eines Meinungsbilds der Aktionäre hat. Nur bei Zustimmung aller Aktionäre kann das Risiko der Verwirklichung des Tatbestands der Untreue (§ 153 StGB) vermieden werden.<sup>48</sup>

#### IV. Insolvenz der Gesellschaft

- 14 Ersatzanspruch des ehemaligen Vorstandsmitglieds.** Abs 2 regelt die Ansprüche der Vorstände in der Insolvenz der Gesellschaft und bestimmt, dass das gekündigte Vorstandsmitglied Ersatz für den ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden höchstens für zwei Jahre seit dem Ablauf des Dienstverhältnisses verlangen kann. Nach § 203 Abs 1 Z 3 führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Auflösung der Gesellschaft, nicht aber auch zur Beendigung des Anstellungsvertrags. Dem Masseverwalter bleibt es vielmehr überlassen, diesen zu kündigen (s § 25 IO). Wurde die (subsidiäre) Geltung des AngG vereinbart, sind die Fristen des § 20 AngG zu beachten; anderenfalls ist eine angemessene Frist (siehe § 1159a ABGB) einzuhalten. Das Gesetz geht davon aus, dass dem Vorstandsmitglied durch die außerordentliche und daher in der Regel vorzeitige Kündigung ein Schaden durch den Entgeltsausfall entsteht, den es als ersatzfähig erachtet. Jedoch wird die Höhe

<sup>45</sup> Graf, RdW 2007, 515, 516 ff; Schima in Kalss/Kunz, Hdb AR § 12 Rz 102 ff mit Ausführungen zur strafrechtlichen Untreue; BGH 3 StR 470/04 ZIP 2006, 72; Kort in GroßKomm<sup>4</sup> § 87 Rz 352.

<sup>46</sup> OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

<sup>47</sup> Vgl im Zusammenhang mit dem Abschluss einer D&O-Versicherung Ramharter in Kalss/Kunz, Hdb AR § 12 Rz 16.

<sup>48</sup> Vgl N Huber, ÖJZ 2010, 999.

des Ersatzes auf zwei Jahresbezüge limitiert. Angerechnet wird alles, was das Vorstandsmitglied während dieses Zeitraums verdient oder verdienen hätte können (Schadensminderungspflicht) und sich durch Wegfallen der Vorstandseigenschaft erspart (siehe § 1162b ABGB).<sup>49</sup>

**Forderungscharakter.** Die Forderungen des Vorstands auf Grund der Auflösung des Anstellungsvertrags sind Insolvenzforderungen. Trotz der Änderung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG,<sup>50</sup> wonach nur mehr Gesellschafter, denen ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft zusteht, vom Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld ausgenommen sind, wird dem Vorstandsmitglied nach der Rspr regelmäßig kein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld zuteil, da ihm die Arbeitnehmereigenschaft fehlt.<sup>51</sup> Unterbleibt die Kündigung und erwirbt das Vorstandsmitglied nach Insolvenzeröffnung Ansprüche aus dem aufrechten Vorstandsvertrag, handelt es sich um Masseforderungen nach § 46 Abs 1 Z 4 IO.<sup>52</sup> Ansprüche auf Grund der Kündigung durch den Masseverwalter (wie Abfertigung, Urlaubschädigung etc) sind gem § 51 IO Insolvenzforderungen. Umstritten ist, ob Vorstandsmitgliedern das Austrittsrecht gem § 25 Abs 1 IO zukommt.<sup>53</sup> Davon unbenommen bleibt aber die Anwendbarkeit von § 21 IO. Wird ein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung eröffnet (§§ 169 ff IO), kann auch nach § 25 Abs 1c IO in einzuschränkenden Bereichen bereits innerhalb eines Monats nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses gekündigt werden. Diese Bestimmung ist wegen der zentralen Leitungsfunktion für Vorstandsmitglieder anwendbar.

**Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters.** Wird über das Vermögen einer AG in Liquidation ein Insolvenzverfahren eröffnet und dauert der mit den Abwicklern der Gesellschaft abgeschlossene Vertrag über die Schwelle der Insolvenzeröffnung hinaus, so kann der Insolvenzverwalter ihn analog zu Abs 2 kündigen.<sup>54</sup>

**Nachhaltigkeit, langfristige Erfolgsorientierung, Transparenz und Vergütungsfestsetzung.** Anders als zunächst in Österreich<sup>55</sup> erfolgte die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zur Managervergütung vom 30.3.2009<sup>56</sup> in Deutschland nicht nur im Corporate-Governance-Kodex, sondern durch das VorstAG<sup>57</sup> unmittelbar im deutschen Aktiengesetz. Jüngst hat die Kommissionsempfehlung im Zuge des 2. Stabilitätsgesetzes 2012 aber doch Eingang in das AktG gefunden: Dem Aufsichtsrat wurde die Verantwortung für ein Vergütungssystem übertragen, das „langfristige Verhaltensanreize für eine nachhaltige Unternehmensentwicklung setzt“.<sup>58</sup> Das Gesetz will eine künstliche Aufblähung des Geschäftsvolumens zum für die Gewährung variabler Vergütungsbestandteile maßgeblichen Stichtag verhindern, sofern eine bald danach eintretende Verschlechterung der Erfolgsparameter auf die (Auszahlung der) Vergütung keinen Einfluss hätte. Die Materialien nennen hierzu beispielhaft außerordentliche Gewinne aus Beteiligungsveräußerungen und volatile Buchgewinne.<sup>59</sup>

<sup>49</sup> *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 146.

<sup>50</sup> BGBl I 2005/102, anzuwenden auf Insolvenztatbestände nach dem 30.9.2005.

<sup>51</sup> OGH 16.1.2008, 8 ObS 27/07i GesRZ 2008, 161 = RdW 2008, 796; vgl *G Schima in Kalss/Kunz*, Hdb AR § 12 Rz 76.

<sup>52</sup> OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93 HS 24.156 = ARD 4592/26/94.

<sup>53</sup> Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 147 f.

<sup>54</sup> *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 149.

<sup>55</sup> Vgl Regel C-27 ÖCGK.

<sup>56</sup> Empfehlung der Kommission zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, K(2009) 3177.

<sup>57</sup> Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, dBGBI I 50/2009.

<sup>58</sup> Vgl die Punkte 3.2 f der Kommissionsempfehlung K (2009) 3177.

<sup>59</sup> ErlRV 1685 BlgNR XXIV. GP § 78 Abs 1 AktG.