

Wettbewerb / Markenschutz / Freizügigkeit / USt

EU-Osterweiterung

§ 12a Abs 3 MRG

Machtwechseltheorie am Ende?

Die elektronische AG

Internet und Hauptversammlung

Gewährleistung für

Arbeitskräfteüberlassung

Steuerreform 2005 und

Unternehmensbesteuerung

Neu

Rechtsprechung Unabhängiger Finanzsenat

Datenschutz und -rettung beim

Outsourcing

Haftung für Raucherschäden – séance ecolex

Referenten: *Wilhelm / Rabl / Leitner / Davani*

Montag, 21. 6. 2004, 17.00–19.00 Uhr, Juridicum Dachgeschoss, 1010 Wien

Kostenlose Teilnahme. Anmeldung: Tel 01/4277/34802,

E-mail: margarethe.mieselberger@univie.ac.at

Können strafrechtliche Konsequenzen „zu hoher“ Prämien an den Vorstand vermieden werden?

Einige Überlegungen zum Strafprozess gegen den Vorstandssprecher der Deutschen Bank, Dr. Josef Ackermann, und eine Anregung zur Vermeidung drohender Folgen in ähnlich gelagerten Fällen.

FELIX HÖRLSBERGER / HARALD SCHRÖCKENFUCHS

Dr. Josef Ackermann, Sprecher des Vorstands der Deutschen Bank, ist dieser Tage nicht nur mit der Führung seiner Bank beschäftigt, sondern auch mit einem Strafverfahren im Zusammenhang mit der Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone AirTouch Plc im Jahr 2000. Um dieses Strafverfahren auch organisatorisch in den Griff zu bekommen, ist sein Arbeitsplatz vorübergehend von Frankfurt (wo sich der Unternehmenssitz befindet) nach Düsseldorf verlegt worden, da damit gerechnet wird, dass Dr. Ackermann über länger Zeiträume hinweg bis zu 2 Tage in der Woche bei Gericht sein muss.¹⁾ Mit ihm angeklagt sind weitere führende Mitglieder des deutschen Wirtschaftslebens, so der ehemalige Chef der Gewerkschaft IG-Metall, Klaus Zwickl, der frühere Mannesmann-Vorstandsvorsitzende Dr. Klaus Esser (als Beteiligter)²⁾, dessen Aufsichtsratschef Prof. DDr. hc Joachim Funk, der ehemalige Personalvorstand von Mannesmann Dieter Droste und der Vorsitzende des Konzernbetriebsrats Jürgen Ladberg – Arbeitnehmer und Arbeitgeber fast paritätisch verteilt. Der Vorwurf lautet Untreue im Zusammenhang mit der Übernahme von Mannesmann durch Vodafone (der teuersten Firmenübernahme in der Wirtschaftsgeschichte).³⁾

Zur Erinnerung sei der Anlassfall im Folgenden nochmals beschrieben:

A. VORGESCHICHTE

Der ursprünglich im Bereich Stahl- und Maschinenbau tätige Mannesmann-Konzern diversifizierte und wurde im Laufe der 90er Jahre zu einem der interessantesten Spieler auf dem rasch wachsenden europäischen Markt für Mobile Telekommunikation. Mannesmann stieg zu diesem Zweck auch auf dem britischen Markt ein und erwarb den Mobilfunkbetreiber Orange Plc. Dadurch geriet Mannesmann in direkte Konfrontation mit Vodafone, dem weltgrößten Mobilfunkanbieter, der um seinen Heimmarkt fürchtete.

Vodafone ging daraufhin zum Angriff über und legt am 14. 11. 1999 ein Übernahmeangebot: für eine Mannesmann-Aktie wurden 43,7 Vodafone-Aktien geboten. In Folge der Ablehnung des Angebotes durch den Vorstand und die Arbeitnehmervertreter Mannesmanns besserte Vodafone sein Angebot mehrfach nach. Die folgenden drei Monate gerieten

zur größten bisher bekannten „Übernahmeschlacht“ Europas, in der hunderte Millionen Euro allein für die Werbemaßnahmen auf beiden Seiten ausgegeben wurden, um die Aktionäre zu gewinnen.

Der Aktienkurs von Mannesmann stieg in dieser Zeit um 140 % und Vodafone besserte den Wert der Übernahmeofferte auf 190 Mrd Euro nach.

B. SACHVERHALT

Klaus Esser, der nicht länger im Unternehmen bleibt, gab in der Nacht von 3. 2. auf 4. 2. 2000 auf: Die beiden Unternehmen einigten sich. Aus dem *Hostile Take-Over* wurde ein *Friendly Take-Over* mit saurem Beigeschmack. Er erhielt über Vorschlag von Mannesmann-Großaktionär Hutchison Whampoa Ltd als *Golden Handshake* eine Abfindung für die vorzeitige Auflösung des (an sich bis 2004) laufenden Vorstandsvertrages und einen *Appreciation Award* (Anerkennungsprämie) in Höhe von GBP 10 Mio; in Summe rund EUR 30 Mio. Insgesamt leistete das Unternehmen an seine ehemaligen Mitarbeiter Zahlungen in Höhe von über EUR 50 Mio.⁴⁾

C. VORWURF

Doch wie kommen nun Mitglieder des Aufsichtsrats (und des Vorstands) vor ein Strafgericht?

MMag. Dr. Felix Hörlsberger und DDr. Harald Schröckenfuchs sind Rechtsanwaltsanwärtler bei Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) Die Deutsche Bank hat ihrem Vorstandsvorsitzenden zu diesem Zweck ein Büro in Düsseldorf eingerichtet und eine Villa angemietet; die (deutsche) Bankaufsicht bestätigte, dass Dr. Ackermann auch neben dem Prozess das größte deutsche Kreditinstitut leiten kann (FAZ, 17. 1. 2004, 15).
- 2) Die Staatsanwaltschaft wollte Dr. Esser als unmittelbaren Täter anklagen.
- 3) FAZ, 12. 2. 2003, 11.
- 4) Die Mannesmann AG selbst, an der Vodafone nunmehr über 99 % hält, wird in der Folge filetiert und die nicht in das Portfolio von Vodafone passenden Geschäftsbereiche werden verkauft. 2001 wird der Name in Vodafone AG geändert und ein Unternehmensvertrag abgeschlossen, 2002 kommt es zu einem Squeeze Out der übrigen Aktionäre und zu einer Streichung von der Börse. Das ehemalige selbständige Paradeunternehmen ist nunmehr eine 100 %-Tochter der Vodafone Deutschland GmbH.

Der Beschluss über die insb an Esser und Funk verteilten Prämien wurde im Aufsichtsratsausschuss für Vorstandsangelegenheiten am 4. 2. 2000 von Ackermann und Funk gefasst. Betriebsrat Zwickel war nur telefonisch zugeschaltet;⁵⁾ Konzernbetriebsrat Jürgen Ladberg, das vierte Mitglied, krank gemeldet. Erst nach dieser Sitzung am 4. 2. 2000 stimmte der Aufsichtsrat der Mannesmann-Übernahme durch Vodafone zu. Selbst die Ausschussmitglieder waren sich in der Folge nicht sicher, ob der Beschluss so gefasst werden durfte. Die beigezogenen Wirtschaftsprüfer merkten an, dass vor allem die Beschlussfassung durch Funk nicht zulässig war (KPMG-Prüfer Nunnenkamp: „Das geht so überhaupt nicht“).⁶⁾

Der Beschluss des Ausschusses vom 4. 2. 2000 wurde in einer weiteren Sitzung am 17. 2. 2000 unter dem Hinweis nochmals gefasst, dass Zwickel und Ladberg den Beschluss aus grundsätzlichen Erwägungen nicht mittragen können und sich deshalb der Stimme enthalten.⁷⁾ Funk erhielt seine Prämie überhaupt erst ausbezahlt, als die Übernahme vollzogen und der Ausschussbeschluss neuerlich ohne Mitwirkung von Funk gefasst wurde. Funk wurde mit DM 6 Mio abgefunden; er soll DM 9 Mio gefordert haben.⁸⁾

Verhältnismäßig bald nach diesen Beschlüssen werden die ersten Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Düsseldorf, die den Betroffenen (nach deutschem Recht) insb *Untreue* vorwerfen, eingeleitet, aber vorübergehend wieder eingestellt und führen letztlich – nach der Ernennung eines neuen Generalstaatsanwalts – zu dem nun eingeleiteten Strafverfahren.⁹⁾

D. STRAFRECHT

Nach dem österreichischen StGB begeht *Untreue*, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft unmittelbar oder mittelbar¹⁰⁾ eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, dh es zu verwalten, oder sonst mit Wirkung für das Vermögen eines anderen Rechtshandlungen zu setzen,¹¹⁾ wissentlich (§ 5 Abs 3 StGB) missbraucht und dadurch dem andern einen – zumindest vorübergehenden¹²⁾ – Vermögensnachteil zufügt (§ 153 StGB).¹³⁾ Als eine solche Befugnis gilt auch die Vertretungsmacht der Vorstände und Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften.¹⁴⁾ Beschließt der Aufsichtsrat nun – gegen die *Vorschriften des AktG* – überhöhte Zahlungen an (ehemalige) Mitarbeiter, so schädigt er die Gesellschaft (und indirekt die Gesellschafter) und die einzelnen AR-(Ausschuss-)Mitglieder können uU bestraft werden. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob ein relevanter Verstoß gegen das Aktienrecht vorliegt, der Voraussetzung einer strafrechtlichen Verurteilung ist, und inwiefern dann Strafbarkeit eintritt.

E. MEINUNGSSTAND IN DEUTSCHLAND

Obwohl es sich beim Ackermann-Fall um einen der größten Wirtschaftsstrafrechtsprozesse der deutschen

Geschichte handelt, liegen derzeit – während des Prozesses¹⁵⁾ – nur wenige Stellungnahmen aus der Literatur vor.

1. ARGUMENTE FÜR DIE RECHTMÄSSIGKEIT DES VORGEHENS

Uwe Hüffer erstattete im Auftrag der Deutschen Bank AG ein umfangreiches Gutachten,¹⁶⁾ das Ackermann entlastet. Das Gutachten wurde dem Düsseldorfer Strafgericht vorgelegt, von diesem aber zurückgewiesen:

In diesem Gutachten wird insb ausgeführt, dass allen drei von der Staatsanwaltschaft inkriminierten Überweisungen gültige (bzw sanierte) Beschlüsse des Aufsichtsrat(-ausschusses) zu Grunde lagen. Die *Appreciation Awards* seien auch inhaltlich nicht zu beanstanden, weil der Aufsichtsrat durch den Beschluss zur Zahlung konkludent die vertragliche Grundlage im Anstellungsvertrag mit den Vorstandsmitgliedern geschaffen habe. Auch das Unternehmensinteresse, das das vom Aufsichtsrat einzuhaltende Ermessen begrenze, sei gewahrt worden, weil die Zahlungen den Bestand und die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft nicht berührt hätten.

Hüffer ist weiters der Ansicht, dass der aktienrechtliche Schwerpunkt des Falles in der nach § 87 dAktG notwendigen Angemessenheitsprüfung liege. Unter Anwendung des vom BGH entwickelten Prüfungsmaßstabes¹⁷⁾ erkennt er auch hinsichtlich der Zahlungen an Esser keinen Ermessensfehler, obwohl er die Möglichkeit unterschiedlicher Beurteilung anerkennt. Abschließend sieht *Hüffer* zwar eine Verbesserungsfähigkeit der Sitzungspraxis des Aufsichtsratsausschusses, aber keine Mängel der Beschlüsse und auch keinen Verstoß gegen das Aktienrecht.

5) Nachdem Ackermann auf Rückfrage von Zwickel klargestellt hatte, dass die Zahlungen von Mannesmann geleistet würden, erwiderte Zwickel, dass es sich dabei um „sehr viel Geld“ handle, er aber im Ergebnis „damit kein Problem“ habe (*Hüffer*, BB-Beilage Nr 7 zu BB 2003 Heft 43, 4).

6) AV von Dr D. vom 18. 2. 2000; zit nach *Hüffer*, BB-Beilage Nr 7 zu BB 2003 Heft 43, 5.

7) Zit nach *Hüffer*, aaO.

8) FAZ, 17. 1. 2004, Nr 14, 15.

9) Im „Rechtsgespräch“ nach der Hälfte der Verhandlungstage teilte die Richterin Brigitte Koppenhöfer den Prozessbeteiligten mit, dass diese ihrer Ansicht nach zwar in einigen Punkten gegen das Aktienrecht verstoßen hätten, doch sei ihnen *Untreue* nicht nachzuweisen (Der Standard, 1. 4. 2004, 20).

10) Vgl RZ 1966, 31.

11) SSt 29/89.

12) EvBl 1978/35, EvBl 1980/129.

13) Vgl *Foregger/Fabrizy*, StGB⁷, § 153 Rz 4.

14) Für auch nur kollektiv zeichnungsbefugte Geschäftsführer NRsp 1988/95; für untergeordnete Angestellte, denen eine rechtliche Vertretungsmacht eingeräumt ist JBl 1982, 387. Da im konkreten Fall der Ausschuss des Aufsichtsrates vertretungsbefugt ist, uE die Mitglieder dieses Ausschuss.

15) Dieser Artikel wurde inhaltlich am 13. 2. 2004 abgeschlossen (Ausnahme: FN 9).

16) BB-Beilage Nr 7 zu BB 2003 Heft 43.

17) BGHZ 111, 224, 228 f = NJW 1990, 2625.

2. ARGUMENTE GEGEN DIE RECHTMÄSSIGKEIT DES VORGEHENS

Dagegen vertreten *Marcus Lutter* und *Wolfgang Zöllner* in einem Gastkommentar in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung,¹⁸⁾ dass die Prämien nicht bezahlt hätten werden dürfen:

Erstens, weil Vorstände die Stellung ihrer Gesellschaft am Markt sichern und den Gewinn mehrer sollen. Dies sei aber nicht geschehen. So ist zwar der Börsenwert der Aktien in dieser Zeit stark gestiegen, davon habe aber *Mannesmann* nichts gehabt; es betraf das Vermögen der Aktionäre.

Zweitens sah der Vertrag zwischen Esser und der Mannesmann AG keine Prämie für den Fall der Übernahme vor;¹⁹⁾ und

Drittens war die Zahlung unter keinem Gesichtspunkt *angemessen* iSd § 87 dAktG. Ein solches angemessenes Verhältnis der Bezüge muss nicht nur zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bestehen, sondern auch zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds. Da ausgeschiedene Mitglieder keine Aufgaben mehr zu erfüllen haben, komme insoweit nur der Bezug zu vorher bereits geleisteten Diensten in Betracht, die im Grundsatz durch die bislang schon bewilligte Vergütung entlohnt sind. Im Fall von Esser geht es um Dienste als Vorstandsvorsitzender von weniger als einem Jahr. Daraus ergebe sich: „Eine Prämie aus der Kassa der Gesellschaft in Höhe des ‚Lebensinkommens‘ eines Spitzenmanagers kann nicht angemessen sein.“²⁰⁾

F. BEURTEILUNG FÜR ÖSTERREICH

Unterstellt man, insoweit *Hüffer*²¹⁾ folgend, dass alle Beschlüsse des Ausschusses für Vorstandsangelegenheiten rechtswirksam erfolgten bzw rechtzeitig vor den geleisteten Zahlungen saniert wurden, stellt sich auch nach österreichischer Rechtslage im Wesentlichen die Frage, ob die Zahlungen an Esser und Kollegen *angemessen* iSd § 78 AktG waren. Die Angemessenheit bemisst sich – wie in Deutschland, da § 87 Abs 1 und Abs 3 dAktG den § 78 Abs 1 und 2 öAktG entsprechen – einerseits zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und andererseits zur Lage der Gesellschaft. Dies gilt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch für „Leistungen verwandter Art“ wie die geleistete Sonderprämienzahlungen (§ 78 Abs 1 letzter Satz AktG). Aber auch ohne § 78 Abs 1 wäre der Aufsichtsrat verpflichtet, auf die Angemessenheit der Bezüge, insb auf die Branchenüblichkeit und finanzielle Leistungsfähigkeit zu achten,²²⁾ wobei der maßgeblicher Zeitpunkt der Abschluss der anspruchsbegründenden Vereinbarung ist.²³⁾ Rechtsfolge einer zu hohen Vergütung ist Rückforderbarkeit.²⁴⁾ Dem Aufsichtsrat wird bei der Frage der Vorstandsvergütung und ihrer flexiblen Gestaltung wohl ein erhebliches Maß an Ermessen zugebilligt werden müssen.²⁵⁾ Anders herum, es sind lediglich gewisse Maßstäbe zur Bewertung der Angemessenheit anerkannt: Qualifikation, Marktwert, konkrete Verhandlungslage, Dauer der Zugehörigkeit, familiäre Verhältnisse.²⁶⁾

Zieht man die beiden im Gesetz genannten und die allgemein anerkannten Bewertungsmaßstäbe zur Beurteilung des konkreten Falls – wie von den Medien verbreitet – heran, lassen sich sowohl Argumente für (*Hüffer*) wie gegen (Staatsanwaltschaft Düsseldorf und *Lutter/Zöllner*) die Angemessenheit finden. UE war die Einmalzahlung für die aus dem Vorstandvertrag zustehenden Gehaltszahlungen per se angemessen;²⁷⁾ betreffend des zusätzlichen *Appreciation Awards* in Höhe von GBP 10 Mio kann die Angemessenheit aber bezweifelt werden. Eine Sonderprämie an Dr. Esser und Kollegen wäre zwar uE schon alleine aufgrund der erfolgreichen Verhandlungsführung bei der Übernahme²⁸⁾ vom Gesellschaftsinteresse gerechtfertigt und kann auch angemessen iSd § 78 AktG sein, da sie für „potentiell zukünftige Vorstände“ als Motivation (zu außergewöhnlichen Leistungen, nicht Prämien!) wirken kann.²⁹⁾ Diese Zahlung sollte sich aber nicht an einer kurzfristigen Steigerung des Aktienkurses orientieren.³⁰⁾

G. EIGENE ANSICHT

Nun stellt sich die Frage, wie man in vergleichbaren Fällen – Aktionäre schlagen eine (zu) hohe Abfindungsprämie an den Vorstand vor – vorgehen kann, ohne dass das Risiko eines strafrechtlichen Verfahrens droht.

1. LÖSUNGSANSATZ

UE sollte der Aufsichtsrat die Frage der Prämienzahlungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder der Hauptversammlung zur Entscheidung vorlegen. Beschlüsse der Hauptversammlung über eine Frage der Geschäftsführung binden (intern) Vorstand und Aufsichtsrat. Führt der Aufsichtsrat die Entscheidung der Hauptversammlung ordnungsgemäß

18) FAZ, 10. 2. 2004, 12.

19) Sondern im Gegenteil war ein „Share Price Bonus“ an die Verhinderung der Übernahme geknüpft; vgl *Hüffer*, aaO, 4.

20) *Lutter/Zöllner* weisen ausdrücklich darauf hin, dass eine strafrechtliche Verurteilung der Angeklagten eine harte Folge wäre. Andererseits „wäre es fatal, wenn im Fall ihres Freispruchs in deutschen Chefetagen der Eindruck entstünde, mit dem Vermögen einer Aktiengesellschaft könne beliebig zugunsten von Verwaltungsmitgliedern umgesprungen werden. Angebliche internationale Gepflogenheiten – es handelt sich insoweit wohl eher um die zum Teil wahrhaft abstoßenden Gebräuche in einigen amerikanischen Großunternehmen – sind für das deutsche Recht nicht maßgebend. Wir wollen hoffen, dass das so bleibt.“

21) *Hüffer*, aaO.

22) *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 78 Rz 2.

23) *Hüffer*, AktG⁵, § 87 Rz 4.

24) *Krejci*, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, *ecolx* 1991, 776 [778]; *Hüffer*, AktG⁵, § 87 Rz 5.

25) *Krejci*, aaO.

26) *Hüffer*, AktG⁵, § 87 Rz 2 mwN.

27) Sollte ein „zu hohes“ Gehalt im Vorstandvertrag vereinbart worden seien, würde allenfalls der Abschluss des Vorstandvertrages gegen § 78 AktG verstoßen.

28) Das Umtauschverhältnis wurde deutlich erhöht, was im vom Vorstand gem § 70 AktG auch zu verfolgenden Interesse der Aktionäre gelegen ist.

29) *Rönnau* zit nach FAZ 12. 2. 2004.

30) So sind etwa die – allgemein auch für Aufsichtsratsmitglieder anerkannten – Stock-Option-Programme idR langfristige orientiert.

und sorgfältig aus, so handelt er der Gesellschaft gegenüber grundsätzlich nicht pflichtwidrig.³¹⁾

2. VORLAGEBERECHTIGUNG DES AR

§ 103 Abs 2 AktG bestimmt zur Vorlageberechtigung, dass der *Vorstand* all jene Angelegenheiten, in denen ihm die Geschäftsführungskompetenz zusteht, auch der HV vorlegen kann.³²⁾ Der *Aufsichtsrat* ist nach dem Wortlaut des Gesetzes jedoch nur vorlageberechtigt, sofern es sich um ein seiner Zustimmung vorbehaltenes Geschäft handelt.³³⁾ Eine Vorlage von „selbständigen“ Geschäftsführungsbeschlüssen nach § 97 (dh hier: des Beschlusses über die Abfindungs- und Remunerationszahlungen des Vorstands) ist auf dem ersten Blick also nicht von der Vorlagekompetenz an die HV umfasst, eine Vorlage wäre also nicht möglich. Die Literatur folgt diesem engen Wortlaut zum Teil: Es würde dem Grundsatz der zwingenden Kompetenzverteilung zwischen den Organen widersprechen, wenn der Aufsichtsrat der Hauptversammlung Angelegenheiten eines Dienstvertrages zur Entscheidung vorlegt; möglich sei aber die Einholung der unverbindlichen Meinung der HV.³⁴⁾

Zu einer Kompetenzverschiebung kommt es jedoch jedes Mal, wenn Vorstand oder Aufsichtsrat Gegenstände der Geschäftsführung der Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorlegen; das reine Argument der Kompetenzverschiebung an sich kann also uE nicht greifen. Gegen die Vorlageberechtigung spricht also nur die mangelnde gesetzliche Positivierung. Hier ist einzuwenden, dass die Kompetenzen der Hauptversammlung nur zum Teil vom Gesetz ausdrücklich geregelt werden; teils ist die Ermächtigung in der Satzung zu finden und teils durch Auslegung aus dem Gesetz abzuleiten.³⁵⁾ Dass nicht alle Kompetenzen der HV im Gesetz ausdrücklich erwähnt sind sondern erst durch Auslegung gewonnen werden müssen, ist spätestens seit der *Holz Müller*-Entscheidung als geklärt anzusehen.³⁶⁾

Zu prüfen ist jedoch, *ob* eine solche Kompetenz dem Gesetz tatsächlich entnommen werden kann. Hier greift uE nach ein Größenschluss: Wenn der Vorstand alle Angelegenheiten der Geschäftsführung und der AR alle Angelegenheiten, bei denen er *zustimmungspflichtig* ist – das sind die „besonders wichtigen“ Geschäfte – der HV vorlegen kann (beides unbestritten), so kann der AR *a minori ad maius*³⁷⁾ auch Angelegenheiten des „eigenen Bereichs“ (dh hier: des Anstellungsvertrages mit dem Vorstand) der HV vorlegen. Ziel der Bestimmung ist es, durch eine (ausnahmsweise) Entscheidung der „wirtschaftlichen Eigentümer“ des Unternehmens eine Entscheidung/Haftung der Entscheidungsträger („Vollmachtnehmer“) auszuschließen. Wieso das ausgerechnet nur dann nicht möglich sein soll, wenn der AR „von selbst“ vertritt, erscheint nicht sachlich zu rechtfertigen.

Auch *Frotz*³⁸⁾ hat mit einem ähnlichen Größenschluss argumentiert: Wenn der Aufsichtsrat nach § 103 Abs 2 AktG die Hauptversammlung zur Entscheidung anrufen darf und kann, weil er im Hinblick auf das gegenständliche Geschäft ein Vetorecht hat, so muss er die Hauptversammlung erst recht an-

rufen können und dürfen, wenn er das betreffende Geschäft nicht nur verhindern kann, sondern sogar für dessen Vornahme zuständig ist.³⁹⁾

3. VORLAGEBERECHTIGUNG DES AUFSICHTSRATAUSSCHUSSES

Fraglich ist nun, ob nicht nur der Aufsichtsrat als solcher, sondern auch der *Ausschuss* schon einen Beschluss auf Vorlage an die HV hätte fassen können. Dies hängt davon ab, ob dem Ausschuss die Kompetenz zu Vorlage übertragen werden kann und ob dies geschehen ist. *Kals* geht – uE zutreffend – davon aus, dass die Vorlage an die Hauptversammlung auf Grund ihrer Bedeutung nicht auf einen Ausschuss übertragen werden kann.⁴⁰⁾ Der Ausschuss muss die Beschlussfassung über die Zahlungen an die Vorstände also dem Plenum des Aufsichtsrats vorlegen, der (so er nicht selbst die Zahlungen bewilligen will) beschließt, der HV vorzulegen.

4. AUSSCHLUSS DER STRAFBARKEIT UND DER HAFTUNG DES AR

Selbst unter Heranziehung der strengen Auslegung der Angemessenheit von *Lutter/Zöllner* ist die oben vorgeschlagene Vorgangsweise zielführend, weil uE den Organen der Vorwurf der Untreue nicht mehr gemacht werden kann: In Hinblick auf die *strafrechtliche Einwilligung* ist nämlich die positive Beschlussfassung der HV ausreichend, um einen Vollmachtsmissbrauch (und eine Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft) auszuschließen. Ob der Inhalt des HV-Beschlusses gegen §§ 78 u 70 verstoßen würde, ist in Hinsicht auf die *Untreue* irrelevant.⁴¹⁾

Eine *Haftung des AR* gegenüber der Gesellschaft *scheidet* gem §§ 84 Abs 4 1. Satz iVm 99 *aus*. Allenfalls könnten der AR gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gem §§ 84 Abs 5 iVm 99 haften, da den Gläubigern gegenüber ein Handeln aufgrund eines Beschlusses der HV nicht haftungsausschließend wirkt.

Der hier vorgeschlagenen Lösung einer Beschlussfassung in der HV stehen uE auch keine Bedenken entgegen, dass die HV nicht zustimmt oder dass hier etwas offengelegt wird, was „nicht an Tageslicht kommen sollte“: Spätestens mit den Stimmen der neuen Aktionäre kann der Beschluss in der HV gefasst werden.

31) *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 103 Rz 26 f; *Frotz* in FS Wagner, 148 (zur Abberufung aus wichtigem Grund nach § 75 Abs 4 AktG), Ausnahme bei Verstoß gegen das Wohl der Gesellschaft.

32) *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 103 Rz 20.

33) Der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte findet sich in § 95 Abs 5 AktG.

34) *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 234 in FN 92; diesen folgend *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 103 Rz 9.

35) *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 103 Rz 1.

36) BGH 25. 2. 1982, BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703.

37) Im konkreten Fall in wirtschaftlicher Hinsicht wohl eher *a maiori ad minus*.

38) Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, FS Wagner 137 ff.

39) Näher aaO 143 siehe dort auch zu den EB der RV.

40) AktG § 92 Rz 132.

41) Der Beschluss der HV ist rechtmäßig, da die HV gerade nicht an die Zielvorgaben des § 70 gebunden ist.

Die gesamte Höhe der gewährten Zahlungen lässt sich letztlich aber kaum geheim halten: Nach § 239 Abs 1 Z 4 HGB sind die Bezüge und Pensionen der Vorstandsmitglieder im Anhang zum nächsten Jahresabschlusses anzugeben. Dies kann zwar unterbleiben, wenn die Aufschlüsselung weniger als drei Personen betrifft (§ 241 Abs 4 HGB), doch reichen die zur Verfügung stehenden Informationen interessierten Aktionären und Medien idR aus, um daraus ihre Schlüsse zu ziehen.

5. EXKURS: NACHTRÄGLICHE ZUSTIMMUNG DES VERLETZTEN

Zur Frage, ob so etwas wie eine „nachträgliche Zustimmung“ des Verletzten möglich ist, sind in der Vergangenheit vor allem zwei Überlegungen angestellt worden: Die nach den Befreiungsmöglichkeiten durch einen *hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss* und durch einen *nachfolgenden Hauptversammlungsbeschluss*.⁴²⁾

Alleine die Behauptung, dass die HV dem Beschluss (wahrscheinlich) schon zugestimmt haben würde, wenn sie nur abgehalten worden wäre (was etwa aus Zeitnot heraus nicht geschehen ist), kann uE einen HV-Beschluss *an sich* nicht ersetzen, was sich etwa aus den Verfahrensgarantien ergibt, die die Beschlussfassung in der HV gewährleisten soll.⁴³⁾

Die andere Überlegung geht dahin, ob nicht eine *nachträgliche* Sanierung des Vorstands- bzw Aufsichtsrats handlungsmöglich ist. Dafür spricht, dass die HV den Vorstandsmitgliedern das Vertrauen (nach einem Handeln) entziehen kann;⁴⁴⁾ warum sollte sie ihnen das Vertrauen also nicht auch (nachträglich und haftungsbefreiend) aussprechen können. Dagegen wird argumentiert, dass die Haftung nur

dann entfallt, wenn das Handeln des Organs auf einem Beschluss der HV *beruht*, was nur bei einem vorgehenden Beschluss der HV möglich sei. Einen nachträglichen Billigungsbeschluss gebe es daher nicht.⁴⁵⁾ Ohne diese Frage im vorgegebenen Rahmen lösen zu können, ist uE jedenfalls ein nachträglicher Verzicht auf (Rückforderungs-)Ansprüche nach Ablauf der 5-jährigen Frist (§ 84 Abs 4 3. Satz AktG) zulässig.

42) *Frotz* in FS Wagner 153.

43) Gegen hypothetische Beschlüsse *Strasser* in AktG⁴ §§ 77-84 Rz 115 mwN; dafür *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG § 84 Rz 28. Davon zu trennen ist die Frage, ob nicht der Nachweis der Tatsache, dass die HV die Maßnahme gebilligt haben würde (etwa durch Aussage des Großaktionärs), etwas an der straf- und zivilrechtlichen *Haftung* der Organmitglieder (etwa durch strafrechtlichen Schuldabschluss) ändern kann. *Frotz* (aaO 154) denkt hierbei an den Problembereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens.

44) § 75 Abs 4 2. Satz.

45) *Mertens* in Kölner Kommentar § 93 Rz 115; *Schilling* in Großkomm § 93 Anm 35, *Nowotny* in AktG § 84 Rz 28 mit der Ausnahme der Universalversammlung; differenzierend *Strasser* in AktG⁴ §§ 77-84 Rz 115 aE u *Schiemer* in Handkommentar² § 84 Anm 15.2. Für nachträgliche Billigung *Frotz* 156 u 159 ff mwN.

SCHLUSSSTRICH

Die Gewährung von sehr hohen Prämien an (ehemalige) Vorstände kann zivil- und strafrechtliche Konsequenzen haben. Dieses Risiko kann der Aufsichtsrat durch Vorlage an die Hauptversammlung zur Beschlussfassung vermeiden. Ist ein Ausschuss für Vorstandsangelegenheiten eingerichtet, muss den Vorlagebeschluss an die HV dennoch der gesamte Aufsichtsrat treffen.