

Zur Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes

Zugleich Gedanken zu OGH 3. 2. 2005, 2 Ob 285/04g

Die Brisanz der Frage, ob und mit welchen Konsequenzen ein Vorstandsmitglied durch den Aufsichtsrat suspendiert werden darf, zeigen Ereignisse der jüngsten Vergangenheit in den USA samt den Folgen bei einer österreichischen Bank. Bereits in der E vom 3. 2. 2005, 2 Ob 285/04g setzte sich der OGH mit dieser Thematik auseinander. Er musste sie aus prozessualen Gründen zwar nicht abschließend klären, das Urteil lässt aber erkennen, dass das Höchstgericht offenbar eher in die Richtung tendiert, die Zulässigkeit der Suspendierung zu bejahen. Die Ausführungen des OGH sind Ausgangspunkt folgender Überlegungen*).

RA-Dr. Clemens Egermann
Wien

1. Sachverhalt

Nach der Bestellung des Kl zum Vorstand einer Bank verschlechterte sich das persönliche Verhältnis zum Aufsichtsratsvorsitzenden, dem der Kl persönliche und fachliche Inkompetenz vorwarf und mit dem er die Kommunikation verweigerte. Der Aufsichtsratsvorsitzende sprach – offenbar aufgrund dieser persönlichen Differenzen – am 30. 4. 2003 die Suspendierung des Kl aus. Diese wurde durch den Aufsichtsrat im Umlaufverfahren am 7. 5. 2003 genehmigt. Der Kl wurde davon am 8. 5. 2003 verständigt. Am 2. 6. 2003 entzog die ao Hauptversammlung dem Kl das Vertrauen, der Aufsichtsrat beschloss am selben Tag aus diesem Grund die vorzeitige Abberufung des Kl. Der Kl beehrte mit seiner Klage, die am 30. 4. 2003 ausgesprochene und mit Schreiben vom 8. 5. 2003 erklärte Suspendierung für

rechtsunwirksam zu erklären; hilfsweise stellte er den Antrag festzustellen, dass die Suspendierung rechtswidrig gewesen sei.

2. Entscheidung des OGH

Der OGH¹⁾ entschied, dass das Feststellungsbegehren, auf das der Kl im Zuge des Verfahrens seine Klage eingeschränkt hatte, mangels ausreichenden rechtlichen Interesses nicht begründet sei. Der Kl sei nach der Suspendierung abberufen worden, es

* Der Artikel geht auf ein am 14. 10. 2005 beim Praktikerseminar Gesellschaftsrecht der Universität Salzburg unter Leitung von Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber gehaltenes Referat zurück. Ich danke für die dort erhaltenen Anregungen.

1) OGH 3. 2. 2005, 2 Ob 285/04g, wbl 2005/155 mwN.

fehle ihm daher hinsichtlich der Suspendierung am nach § 228 ZPO notwendigen aktuellen Rechtsschutzbedürfnis. Es müsse nicht abschließend beantwortet werden, ob § 75 Abs 4 AktG auch eine Suspendierung als Minus gegenüber einer Abberufung decke bzw ob – bejahendenfalls – die Suspendierung des Kl nach objektiven Maßstäben unberechtigt war. Dessen ungeachtet erwog der OGH die Frage, ob die Suspendierung des Vorstands einer AG überhaupt zulässig sei, ausführlich. Er fasste die überwiegende L dahin gehend zusammen, dass die Suspendierung eine vorläufige Maßnahme nur im Innenverhältnis sei und den Bedürfnissen der Praxis gerecht werde. Die allgemein anerkannte Zulässigkeit der Suspendierung im Dienstvertragsrecht, die als dienstrechtliches Prinzip auch im Verhältnis des Vorstandsmitgliedes zur Gesellschaft anwendbar sei, lege nahe, dieses Institut – entsprechend der in Österreich hM – auch für das Aktienrecht fruchtbar zu machen.

3. Eigene Auffassung

3.1 Aktienrechtliche Grundprinzipien

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob die Suspendierung eines Vorstandsmitgliedes einer AG zulässig ist, muss das AktG sein²). Diesem ist die Suspendierung als eigenständiges Institut unbekannt, es kennt nur die Bestellung und als *contrarius actus* die Abberufung von Vorstandsmitgliedern. Nach § 75 Abs 1 AktG bestellt der Aufsichtsrat Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre. Nach § 75 Abs 4 AktG kann der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Nach der demonstrativen Aufzählung des Gesetzes kann ein solcher Grund etwa in der groben Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsleitung oder in der Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung liegen, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Auch andere wichtige Gründe, die für die Parteien den Fortbestand des Dauerschuldverhältnisses unzumutbar machen, bilden aktienrechtlich einen wichtigen Grund für die vorzeitige Abberufung.

Von der gesellschaftsrechtlichen Position des Vorstands ist dessen arbeitsrechtliche Stellung zu unterscheiden: IdR hat der Vorstand neben seiner organschaftlichen Beziehung zur AG, die ihm die Geschäftsführung und Vertretung ermöglicht, auch eine arbeitsvertragliche Beziehung zum Unternehmen (Anstellungsvertrag)³). Für den Abschluss des Anstellungsvertrages ist ebenfalls der Aufsichtsrat zuständig, der die AG beim Vertragsabschluss vertritt. Nach § 75 Abs 1 IS AktG kommt dem Aufsichtsrat die Befugnis zu, die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft zum Vorstand zu regeln. Der Vertrag kommt mit der AG, nicht dem Aufsichtsrat zustande. Nicht jeder wichtige Grund, der iSd § 75 Abs 4 AktG eine vorzeitige Abberufung aus dem Vorstandsamt ermöglicht, rechtfertigt auch die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses. So ist bspw der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung ein zulässiger aktienrechtlicher, hingegen jedoch ohne Hinzutreten weiterer Elemente regelmäßig kein tauglicher arbeitsrechtlicher Beendi-

gungsgrund⁴). Das Erfordernis der strikten Trennung zwischen arbeits- und gesellschaftsrechtlicher Beziehung zwischen Vorstand und AG indiziert bereits, dass ein simpler Rekurs auf das Arbeitsrecht und die dort zT zulässige Suspendierung allein nicht zur Rechtfertigung der Maßnahme auch im Aktienrecht herangezogen werden kann⁵). Es bedarf vielmehr der Auseinandersetzung mit aktienrechtlichen Grundsätzen:

Die Verfassung der AG ist in hohem Maß formalisiert. Soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, ist eine Abänderung der Regelungen des Vierten Teils (Verfassung der AG) des AktG (dazu gehören die Bestimmungen zur Bestellung und Abberufung des Vorstands) weder durch Satzung noch durch vertragliche Abmachung zulässig⁶). Die Organe sind einander grundsätzlich gleichgeordnet. Der Vorstand ist gegenüber Aufsichtsrat und Hauptversammlung weisungsfrei. Die Bestellung und Abberufung des Vorstands sind einseitige körperschaftsrechtliche Akte, die ein durch das Gesetz definiertes Rechtsverhältnis in Kraft setzen⁷). Sie beruhen dem Grunde nach auf einer privatrechtlichen Beziehung. Basis, Umfang und Wirkung der Funktion des Vorstands sind jedoch durch das AktG vorgegeben. Obwohl die Bestellung des Vorstands rechtsgeschäftlich erfolgt, ist davon auszugehen, dass seine Organbefugnisse (Vertretungsmacht) auf Gesetz und nicht auf Rechtsgeschäft beruhen. Der zwingende Charakter der Bestimmungen des AktG lässt weder einen einseitigen Eingriff eines Organs in die Kompetenzen eines anderen noch Vereinbarungen zwischen den Organen über die Befugnisausübung zu, ebenso wenig wie Entscheidungen eines dafür nicht zuständigen Organs über Änderungen in der gesetzlichen Organzuständigkeit⁸). Die gesetzlichen Rechte und Pflichten eines Vorstandsmitgliedes sind unmittelbare Rechtsfolgen der Bestellung, ergeben sich aus dem AktG und sind zwingend, also zB auch durch den Anstellungsvertrag nicht abänderbar⁹). Selbst wenn für den mehrgliedrigen Vorstand zulässigerweise eine Geschäftsordnung erlassen wird, darf keine der Beschränkungen der Leitungsbefugnis des Vorstands so beschaffen sein, dass in die jedem Vorstand gem § 70 Abs 1 AktG unentziehbare Leitungsbefugnis in einer Weise eingegriffen wird, dass dadurch dem Vorstand oder einem Vorstandsmitglied diese Leitung überhaupt aus der Hand genommen wird¹⁰). Die Entscheidung des zur Festsetzung der Geschäftsordnung zuständigen Organs darf sich weder der Form noch der Sache nach als Akt der diesem Organ vom Gesetz her nicht zukommenden Geschäftsführung darstellen.

Bereits vor diesem Hintergrund erscheint es bedenklich, dass der Aufsichtsrat durch eine Suspendierung – wenn auch bloß mittelbar – in die Vertretung und Geschäftsführung der AG eingreifen und sich in die Kompetenzen des Vorstands einmengen können soll. Aufgrund der zwingenden Vorgaben des AktG und der Kompetenzverteilung zwischen den Organen genügt es nicht, die Suspendierung aufgrund einer Interessenabwägung für den Einzelfall zuzulassen. Verkehrsschutzerwägungen erfordern eine eindeutige generelle Grenzziehung¹¹).

2) Die Frage wird ausschließlich für die Rechtsform der AG behandelt. Die Rechtslage bei der GmbH unterscheidet sich wesentlich, da die Geschäftsführer weisungsgebunden sind und daher das Ergebnis einer Suspendierung ohne weiteres durch entsprechende Weisungen seitens der Generalversammlung bzw Gesellschafter erzielt werden kann.

3) S allgemein Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 75 Rz 14 ff.

4) Allgemein *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 75, 76 Rz 89 f. So auch *Pichler/Weninger*, *Der Vorstand der AG* (2004) 57.

5) S dazu Pkt 3.4.

6) OGH 16. 7. 2002, 4 Ob 163/02b; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ Vor Vierter Teil Rz 3.

7) OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k, SZ 71/77; RIS-Justiz RS0049381.

8) *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ Vor Vierter Teil Rz 3.

9) OGH 16. 7. 2002, 4 Ob 163/02b.

10) OGH 10. 1. 1978, 3 Ob 536/77, GesRZ 1978, 36 = HS 11.291; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 71–74 Rz 65.

11) S dazu insb auch Pkt 3.2.

3.2 Suspendierung als Minus?

3.2.1 Umfang und Wirkung

Die hM will die Suspendierung neben Praktikabilitätsabwägungen insb mit dem Argument zulassen, sie stelle gegenüber der Abberufung bloß ein Minus dar¹²⁾. Mit anderen Worten: Da der Aufsichtsrat den Vorstand abberufen dürfe, könne er (umso mehr) auch die – als weniger einschneidend erachtete Maßnahme der – Suspendierung verhängen. Das Argument klingt zunächst plausibel. Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch die Frage, ob bei der Suspendierung im Verhältnis zur Abberufung nicht eher – um bei der Terminologie des Arguments zu bleiben – ein Aliud¹³⁾ vorliegt. Ist die Suspendierung tatsächlich als gelindere Maßnahme in der Abberufung enthalten und daher von der Zuständigkeit des Aufsichtsrats umfasst? Oder liegen nicht vielmehr zwei völlig unterschiedliche Institute vor, die – abgesehen von den involvierten Parteien – nichts gemein haben? Zur Klärung ist ein Blick auf das Wesen der Suspendierung zu werfen und deren Wirkung zu untersuchen. Eine gesicherte Auffassung zu dieser Frage existiert in Österreich (auch mangels eindeutiger Rsp) freilich nicht.

Die Suspendierung soll – unscharf gesprochen – die Aussetzung der konkreten Handlungspflicht des Vorstands bei Aufrechterhaltung der organschaftlichen Funktion dem Grunde nach bewirken. Es handelt sich bei ihr nach überwiegender Meinung um eine Maßnahme des Innenverhältnisses, wobei der Vorstand zwar weiterhin nach außen vertretungsbefugt bleibt, im Innenverhältnis seine Geschäftsführungsbefugnis jedoch eingeschränkt wird¹⁴⁾. Da das Rechtsverhältnis dem Grunde nach aufrecht bleibt, stehen dem Vorstandsmitglied die Bezüge aus dem Arbeitsvertrag weiterhin (ungekürzt) zu¹⁵⁾. Hinsichtlich der konkreten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Suspendierung werden im Wesentlichen drei Auffassungen vertreten¹⁶⁾: Nach der ersten Meinung liegt in der Suspendierung ein echter, wenngleich zeitlich begrenzter Widerruf, sodass § 75 Abs 4 AktG mit den dort genannten Voraussetzungen und dem Verfahren eingehalten werden muss. Nach der zweiten Ansicht bedarf es zwar aller Erfordernisse des Widerrufs (Beschluss des Aufsichtsrats, Klärung ob ein wichtiger Grund vorliegt), doch erfolgt nur eine kurzzeitige, vorläufige Amtsenthebung. Modifizierend nimmt die dritte Meinung an, es genüge ein schwerwiegender Verdacht eines Verhaltens, das den Widerruf rechtfertigen würde. Nach der ersten Ansicht gibt es somit im Ergebnis keine Suspendierung als Maßnahme von eigenständiger Bedeutung. Nach der zweiten gibt es sie zwar, doch hat sie keinen überzeugenden Sinn, weil der Aufsichtsrat auch gleich widerrufen könnte (falls er dazu nicht sogar verpflichtet ist). Die dritte Meinung scheint zu überwiegen.

12) Dazu bspw. *Krejci*, Zur „Entmachtung“ des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, FS Wagner (1987) 249 (251); C. Nowotny, Suspendierung und vorzeitige Abberufung eines in eine Tochtergesellschaft entsandten Vorstands, DRdA 1989, 427 (431). Die Möglichkeit der Suspendierung ebenfalls bejahend *Kalss* in Münchner Komm z AktG² § 84 Rz 235; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 169 ff.

13) Die Rsp trifft die Abgrenzung zwischen Minus und Aliud durch einen Vergleich zwischen dem Begehren und dem unter Berücksichtigung der rechterzeugenden Tatsachen als berechtigt erachteten Anspruch. Keine Abweichung vom Begehren – und daher ein Minus – liegt in einer quantitativ geringeren Rechtsgestaltung, solange diese begrifflich und rechtlich notwendig vom Begehren mitumfasst wird. Dazu OGH 25. 5. 1999, 1 Ob 11/99w, SZ 72/90.

14) OGH 3. 2. 2005, 2 Ob 285/04g.

15) So auch *Pichler/Weninger*, Der Vorstand 68.

16) *Hüffer*, AktG⁶ (2004) § 84 Rz 35.

Auch die zeitliche Dauer der Suspendierung ist unklar. Überwiegend wird vertreten, es handle sich um eine bloß kurzfristige Maßnahme, wobei ein Zeitraum von drei Monaten nicht überschritten werden dürfe¹⁷⁾. Ungeklärt ist, was passieren soll, wenn eine ursprünglich befristete Suspendierung ausgedehnt wird oder wenn nach Ablauf der ursprünglichen Dauer keine weitere Regelung getroffen wird. Zur Abberufung wird vertreten, dass sie eine bedingungsfeindliche Willenserklärung¹⁸⁾ sei, die sofortige Wirkung entfaltet. Dies wird ua damit begründet, dass der Widerruf nach dem Gesetz sofort wirksam werde. Die sofortige Wirksamkeit verbietet es, dass der Aufsichtsrat einen aufschiebend bedingten Abberufungsbeschluss fasst. Eine auflösende Bedingung hinsichtlich der Abberufung wegen (vermuteten) Verlusts des Vertrauens der Hauptversammlung sei nicht denkbar, weil die Hauptversammlung nicht darüber Beschluss zu fassen hat, dass sie weiterhin das Vertrauen zum abberufenen Vorstandsmitglied hat. Schließlich ist auch an den Fall zu denken, dass die Hauptversammlung nach der bedingt erklärten Abberufung des Vorstands durch den Aufsichtsrat keinerlei Beschluss über die Entziehung des Vertrauens fasst, sodass der bedingte Beschluss auf unabsehbare Zeit in Schwebelage, aber in Wirksamkeit bliebe, ohne dass ihm der vom Gesetz geforderte Abberufungsgrund tatsächlich zugrunde liegt.

Durch die Bejahung der Möglichkeit der Suspendierung könnte man quasi über die Hintertür ein mit der bedingten Abberufung vergleichbares Ergebnis erzielen: Anstelle eines auflösend bedingten Abberufungsbeschlusses könnte eine Suspendierung ausgesprochen werden. Nach deren Ausspruch dürfte das Vorstandsmitglied nicht tätig werden – bis die Suspendierung aufgehoben wird oder die Abberufung erfolgt. Eine solche Umgehungsmöglichkeit kann nicht gewünscht sein. Zudem bleiben Umfang und Wirkung der Maßnahme im Dunkeln.

3.2.2 Unterschiede zwischen Abberufung und Suspendierung

Nach dem Schrifttum soll dem Problem der Unschärfe bezüglich Umfang und Wirkung der Suspendierung durch die analoge Anwendung von § 75 Abs 4 AktG¹⁹⁾ begegnet werden. Auch eine rechtswidrige Suspendierung sei zunächst wirksam und unter analoger Anwendung der für die Anfechtung einer Abberufung geltenden Grundsätze bekämpfbar. Diese Meinung macht sich die Wertung des § 75 Abs 4 AktG zunutze, wonach auch eine unzulässige Abberufung sofortige Wirkung hat. Das Vorstandsmitglied kann sie zwar durch Rechtsgestaltungsklage nachträglich bekämpfen, an der sofortigen Wirksamkeit und dem damit einhergehenden Verlust von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ändert das aber nichts. Unklarheiten hinsichtlich der Begründetheit der Abberufung sollen nicht auf Dritte durchschlagen²⁰⁾.

Dieser Auffassung stehen mE gewichtige Bedenken entgegen: Erstens ist bereits fraglich, ob im AktG überhaupt eine Lücke iS einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes vorliegt. Dass das Rechtsinstitut der Suspendierung vom Gesetzgeber vergessen wurde und es nach der dem Gesetz immanenten Teleologie erforderlich und gewünscht sei, bedarf der näheren Begründung. Eine Lücke im Rechtssinn ist dort anzunehmen, wo das Gesetz gemessen an seiner eigenen Absicht und seinem immanenten

17) Dazu insb auch C. Nowotny, DRdA 1989, 431.

18) OGH 18. 5. 1995, 6 Ob 517/95, SZ 68/98, *ecolex* 1995, 725 (*Elsner*).

19) Statt vieler *Krejci*, FS Wagner 253 f. Dagegen so wie hier *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 71–74 Rz 65.

20) Allgemein *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 75, 76 Rz 48.

Zweck unvollständig und daher ergänzungsbedürftig ist, ohne dass die Ergänzung einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht. Hat der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsfolge zu einem bestimmten Sachverhalt bewusst nicht angeordnet, fehlt es an einer Gesetzeslücke. Dass eine Regelung wünschenswert wäre, rechtfertigt noch nicht die Annahme einer Gesetzeslücke²¹⁾. Der Nachweis für das Vorliegen einer Lücke scheint mir bislang nicht erbracht. Selbst wenn man eine Lücke als gegeben erachten wollte, scheitert die analoge Anwendung von § 75 Abs 4 AktG daran, dass die Suspendierung und die Abberufung wesensmäßig nicht miteinander vergleichbar sind²²⁾:

§ 75 Abs 4 AktG will der Abberufung als einschneidender, endgültiger Maßnahme nach außen sofortige Wirkung verschaffen, um einen scharfen Schnitt zu ermöglichen und klare Verhältnisse zu schaffen. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitglieds sollen sofort enden. Die Abberufung ist für den Aufsichtsrat *ultima ratio*. Sie stellt gleichsam eine Notbremse dar, von welcher der sorgfältige Aufsichtsrat nur bei eindeutigen Sachverhaltskonstellationen und ausreichenden Beweisen Gebrauch machen wird, will er sich nicht selbst haftungsrechtlich verantwortlich machen. Rechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit der Maßnahme sollen aufgrund der Gravität der gegen den Vorstand vorliegenden Gründe im Verhältnis der AG zu Dritten (insb Vertretung) nicht zu Unklarheiten führen. Das formalisierte Vertretungsrecht bei der Kapitalgesellschaft und der Verkehrsschutz erscheinen wegen der Schwere der bei Ausspruch einer Abberufung im Raum stehenden Vorwürfe wichtiger als die subjektive Richtigkeit der Maßnahme im Hinblick auf die Person des Vorstands.

Die Suspendierung soll im Gegensatz dazu bloß eine vorläufige Maßnahme im Innenverhältnis sein. Der klare Schnitt mit seiner Außenwirkung und das Ende der Vertretungsbefugnis sind mangels genauer Kenntnis über das Vorliegen eines Abberufungsgrundes gerade nicht gewünscht. Mag auch ein schwerwiegender Verdacht bzw wichtiger Grund im Raum stehen, so erscheint dem Aufsichtsrat die Sachverhaltslage doch noch nicht ausreichend geklärt, um eine endgültige Maßnahme rechtfertigen zu können. Wendet man § 75 Abs 4 AktG analog auf die Suspendierung an, erkennt man einer vorläufigen Maßnahme des Innenverhältnisses unmittelbare (endgültige) Wirkung auch nach außen zu. *De facto* wirkt die Suspendierung nämlich im Außenverhältnis, denn darf der Vorstand im Innenverhältnis nicht mehr handeln, müsste er sich grundsätzlich auch der Vertretung nach außen enthalten, will er nicht schadenersatzpflichtig werden. Das schießt über das Ziel, das man mit der Suspendierung zu erreichen sucht, hinaus. Verkehrsschutzwägungen rechtfertigen kein anderes Ergebnis, da die Vertretungsmacht des Vorstands und damit die Interaktion mit Dritten bei der Suspendierung anders als bei der Abberufung gerade nicht berührt wird bzw werden soll. Es bedarf zur Klärung, ob die Suspendierung zulässig ist, neben der Berücksichtigung der aktienrechtlichen Prinzipien nur einer Interessenabwägung *inter partes*, namentlich zwischen dem Vorstand und der AG, in welche die Interessen des allgemeinen Rechtsverkehrs und der Vertragspartner der Gesellschaft nicht einbezogen werden müssen. Diese Interessenabwägung geht zugunsten des Vorstands aus, der sich einen gegen die Grundsätze des AktG verstoßenden Eingriff in seine Befugnisse²³⁾ im Innenverhältnis nicht gefallen zu lassen braucht. Dem Aufsichtsrat steht, wenn

er das Vertrauen zum Vorstandsmitglied verloren hat, eben nur der Widerruf dieser Bestellung und keinesfalls die Weiterbelastung des Vorstandsmitgliedes in der Funktion bei gleichzeitiger rechtswidriger Totalbeschränkung der Leitungsbefugnis des Vorstandsmitgliedes zur Verfügung²⁴⁾.

Zusammenfassend folgt daraus, dass der Vorstand die vom Aufsichtsrat ausgesprochene Suspendierung mE nicht zu befolgen braucht. Diese Maßnahme ist mangels Deckung im AktG aufgrund einer Überschreitung der Befugnisse des Aufsichtsrats für den Vorstand unbeachtlich und braucht nicht eigens angefochten zu werden. Beharrt der Aufsichtsrat auf der rechtswidrigen Maßnahme, kann der Vorstand sein Mandat uU vorzeitig zurücklegen.

3.3 Haftungsrechtliche Erwägungen

Selbst wenn § 75 Abs 4 AktG auf die Suspendierung analog anzuwenden wäre, vermag dies an der für den Vorstand mit der Maßnahme einhergehenden Haftungsgefahr nichts zu ändern. Auch wenn eine Geschäftsordnung besteht, hat jedes Vorstandsmitglied einen unentziehbaren Aufgabenbereich, für den es verantwortlich bleibt. Es gibt also einen Bereich von Geschäften, die wegen ihrer Bedeutung für die Gesellschaft im Rahmen einer Geschäftsverteilung nicht auf die einzelnen Vorstandsmitglieder aufgeteilt werden dürfen²⁵⁾. Dazu gehört zB die Verpflichtung, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Insolvenzantrag zu stellen oder die anderen Vorstandsmitglieder ordnungsgemäß zu überwachen. Unterlässt ein Vorstandsmitglied die gebotenen Handlungen, kann es trotz der Geschäftsverteilung schadenersatzrechtlich verantwortlich werden.

Bei der Abberufung endet die Haftung idR zusammen mit dem Ende der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Da bei der Suspendierung nur die Geschäftsführungsbefugnis endet, das Vorstandsmitglied aber formal im Amt bleibt, tritt diesfalls kein sofortiges Ende der haftungsrechtlichen Verantwortung ein. Dass mit der Suspendierung des Vorstands *ipso iure* die Befreiung von dieser Haftungsverantwortung einherginge, wird soweit ersichtlich nicht ernsthaft behauptet. Andernfalls würde man zu dem merkwürdigen Ergebnis gelangen, dass der suspendierte gegenüber dem abberufenen Vorstand besser gestellt wäre. Er könnte nach außen (von ua Fällen der Kollusion abgesehen) alle Vertretungshandlungen unter Fortbezug seines Entgelts setzen, ohne haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können. Durch die Suspendierung des Vorstands verzichtet der Aufsichtsrat idR nicht auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber diesem, sondern nur darauf, den Vorstand abzurufen, weil dieser sein Amt nicht ausübt. So wie eine Weisung des Aufsichtsrats den Vorstand nicht von der Haftung befreit, kann auch der Verzicht des Aufsichtsrats auf die Dienstleistung zu keiner Haftungsbefreiung führen²⁶⁾. Nach § 84 Abs 5 AktG kann die Gesellschaft auf die ihr gegen die Organe zustehenden Schadenersatzansprüche grundsätzlich nicht mit Wirkung für die Gläubiger der Gesellschaft verzichten.

Unterstellt man die Zulässigkeit der Suspendierung, gibt es einen unentziehbaren Bereich, in dem der Vorstand weiter tätig werden kann – und zur Vermeidung von persönlichen Haftungsfolgen und zur Abwehr von Schaden von der Gesellschaft

21) RIS-Justiz RS0008866.

22) Darin liegt das Hauptargument gegen die Zulässigkeit der Suspendierung überhaupt.

23) S dazu Pkt 3.1.

24) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 70 Rz 65.

25) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71–74 Rz 65.

26) Inwieweit der Gesellschaft über den Aufsichtsrat ein Mitverschulden zugerechnet werden kann, wird hier nicht weiter untersucht.

auch tätig werden muss²⁷⁾. Der Vorstand wird durch eine Suspendierung in eine prekäre Lage gebracht, denn wo die genaue Grenze zwischen zulässigen und gebotenen Maßnahmen einerseits und unzulässigen und nicht erforderlichen Maßnahmen andererseits verläuft, ist unklar. Man denke bspw nur an die passive Vertretungsmacht jedes einzelnen Vorstandsmitgliedes, die durch die Suspendierung nicht berührt wird. Setzt der Vorstand zur Schadensabwehr eine Handlung in einem Bereich, in dem er objektiv gar nicht tätig werden müsste, könnte er vom Aufsichtsrat uU wegen Überschreitung der Suspendierung aus (neuem) wichtigem Grund vorzeitig abberufen werden. Unterlässt der Vorstand eine Maßnahme, weil er die Suspendierung beachtet, hätte er jedoch objektiv tätig werden müssen, kann er schadenersatzpflichtig werden. Die Suspendierung schafft damit praktisch mehr Probleme, als sie zu lösen vermag.

3.4 Arbeitsrechtliche Erwägungen

Auch der Rekurs auf die im Arbeits- bzw Disziplinarrecht unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Suspendierung kann mangels Vergleichbarkeit der zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse und unterschiedlicher Voraussetzungen zur Rechtfertigung der Maßnahme im Aktienrecht nicht herangezogen werden. Disziplinarrechtliche Vorschriften verschiedener Gesetze mögen zwar die Suspendierung ausdrücklich für zulässig erklären (zB § 112 BDG, §§ 146 ff RDG)²⁸⁾. Nach der Rsp hat der Arbeitgeber darüber hinaus auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage die Befugnis zur vorübergehenden Dienstfreistellung insb unter solchen Umständen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen würden. In Fällen willkürlicher Missachtung der Arbeitnehmerinteressen bzw im Fall eines unzureichend begründeten diskriminierenden Eingriffes werden aber die Interessen des Arbeitnehmers verletzt, allenfalls auch wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten. Bei (kollektiv-)vertraglich begründetem Recht eines Arbeitnehmers, nur bei Vorliegen bestimmter Gründe von der Dienstleistung ausgeschlossen zu werden, wurde nach der Rsp dem Arbeitnehmer ebenfalls zugebilligt, vom Arbeitgeber Zuhaltung des Arbeitsvertrages durch Beseitigung der vertragswidrig ausgesprochenen Suspendierung zu verlangen²⁹⁾.

Arbeitsrechtlich besteht idR ein bloß zweipersonales Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Interessen Dritter, wie etwa der Vertragspartner des Arbeitgebers oder des allgemeinen Rechtsverkehrs, spielen idR keine bedeutende Rolle. Verzichtet der Arbeitgeber auf die Dienstleistung eines Arbeitnehmers, befindet er sich in Annahmeverzug. Der leistungsbe-reite Arbeitnehmer kann die geschuldete Leistung nicht erbringen. Er behält nichtsdestotrotz gegenüber seinem säumigen Vertragspartner den Entgeltanspruch, ohne diesem oder Dritten schadenersatzrechtlich verantwortlich zu werden. Anders die Situation beim Vorstandsmitglied: Der die Suspendierung aussprechende Aufsichtsrat ist nicht der Arbeitgeber des Vorstands, er vertritt die AG lediglich bei Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Es ist bereits fraglich, ob § 75 AktG die Kompetenz des Aufsichtsrats zur Freistellung des Vorstands von der Dienstpflicht bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

dem Grunde nach überhaupt deckt. Vom Wortlaut der Bestimmung scheinen eher nur Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses umfasst zu sein. Ein Ruhendstellen des Arbeitsvertrages unter Fortbezug des Entgelts ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Weiters scheint mir fraglich, inwieweit der Vorstand iSd dargestellten Judikatur arbeitsrechtlich nicht ohnedies ein Recht auf Beschäftigung hat³⁰⁾.

Selbst wenn der Aufsichtsrat den Vorstand von seiner arbeitsrechtlichen Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen freistellen könnte, kann man daraus nicht zwingend schließen, dass dies auch mit einer Entbindung von den gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen einhergeht: Solange der Vorstand formell im Amt, sohin ein Organ der Gesellschaft ist, tritt keine Befreiung von seiner aktienrechtlichen Verantwortung und Haftung ein. Diese bestehen völlig losgelöst davon, ob ein Arbeitsverhältnis (überhaupt) in Kraft steht oder dieses ruht. Die meisten der Befugnisse des Vorstands sind vom Vorstand aus gesehen Berechtigungen und Verpflichtungen zugleich³¹⁾. Diese Pflichten kann der Aufsichtsrat dem Vorstand nicht abnehmen, die Rechte kann er diesem nicht entziehen oder auch nur ungebührlich einschränken. Wollte man aus der arbeitsrechtlichen Möglichkeit der Suspendierung der Verpflichtung des einfachen Arbeitnehmers, seinem Vertragspartner gegenüber Arbeitsleistungen erbringen zu müssen, auf die Zulässigkeit der Aussetzung der aktienrechtlichen Verpflichtungen des Vorstands gegenüber der AG schließen, würde man die für die Beziehung zwischen Vorstand und Gesellschaft sorgfältig herausgearbeitete Trennung zwischen gesellschaftsrechtlichem Mandat und arbeitsrechtlicher Beziehung³²⁾ entwerten und unzulässigerweise Wertungen aus dem Arbeitsrecht ins Aktienrecht übertragen.

3.5 Freiwillige Suspendierung

Ob wie oftmals vertreten ein praktisches Bedürfnis an der Suspendierung besteht, ist fraglich. Ereignisse der jüngeren Vergangenheit zeigen, dass der Vorstand den Zeitraum der Suspendierung dazu nutzen könnte, um erheblichen Schaden zu verursachen. An einer Suspendierung besteht hauptsächlich dann Interesse, wenn die Frage, ob ein Abberufungsgrund vorliegt, noch nicht endgültig beantwortet werden kann, weil der Sachverhalt nicht völlig geklärt ist und weitere Untersuchungen notwendig erscheinen. Diese sollen nicht nach außen getragen werden, um dadurch nicht zu einem Imageverlust der Gesellschaft oder des Vorstands zu führen. Erachtet man ein solches praktisches Bedürfnis als gegeben, so stellt sich die Frage, ob für den Zeitraum der Nachforschungen eine freiwillige Suspendierung (Beurlaubung) vereinbart werden kann. Dies wird zum Teil bejaht³³⁾. Die konkrete Dauer, Wirkung und der Umfang könnten diesfalls *inter partes* einvernehmlich festgelegt werden. Eine Verpflichtung dazu besteht freilich nicht. Es ist zweifelhaft, inwieweit der Vorstand, der kurz vor der Abberufung steht, noch ein kooperatives Verhalten an den Tag legen und einer Suspendierung zustimmen wird. IZw steht ihm das Argument offen, er habe aus Interessen

Das AktG kennt die Suspendierung als eigenes Institut nicht.

27) Vgl auch *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 70 Rz 23 ff.

28) Sondergesetze sehen vor, dass bei Gefahr in Verzug die FMA eine Suspendierung verfügen kann (§ 70 Abs 2 Z 3 BWG; § 106 Abs 2 Z 1 VAG; § 33 Abs 4 Z 1 PKG). Dazu *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I § 75 Rz 30.

29) Überblickartig OGH 3. 2. 2005, 2 Ob 285/04g. Dazu auch *C. Nowotny, DRdA 1989, 431*.

30) Diese Frage kann hier nicht abschließend untersucht werden.

31) *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 70 Rz 1.

32) S allgemein *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 75, 76 Rz 63 ff.

33) *Wiesner* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV²* (1999) § 20 Rdn 63.

der Gesellschaft einer Suspendierung nicht zustimmen können. Durch eine Urlaubsvereinbarung kann sich das Vorstandsmitglied seiner haftungsrechtlichen Verantwortung nicht entziehen. Ebenso wie der Vorstand, der freiwillig auf Urlaub geht, hat auch ein (freiwillig) suspendiertes Vorstandsmitglied dafür Sorge zu tragen, dass Geschäftsführung und Vertretung des Unternehmens in der Zeit seiner Abwesenheit ausreichend gewährleistet sind. Da der Vorstand bei einer Beurlaubung die Leitung der Gesellschaft und damit die Einflussnahme auf die Untersuchung über das Vorliegen eines Abberufungsgrundes *de facto* aus der Hand gibt und er darüber hinaus haftungsrechtlich verantwortlich bleibt, ist für ihn eine Beurlaubung idR nicht vorteilhaft.

Aber auch dem Aufsichtsrat ist von dieser Maßnahme abzuraten. Wie bereits ausgeführt, besteht eine zwingende Kompetenzverteilung im Aktienrecht, die durch Parteienvereinbarung nicht abgeändert werden kann, sodass die Maßnahme schon *per se* bedenklich erscheint. Außerdem ist sie für den Aufsichtsrat haftungsrechtlich relevant: Spricht er eine Abberufung nicht aus, obwohl der Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist, kann er der Gesellschaft durch sein zögerliches Verhalten schadenersatzrechtlich verantwortlich werden. Spricht er die Abberufung hingegen zu früh aus, dh, beruft er das Vorstandsmitglied ab, obwohl noch nicht ausreichende Informationen über den wichtigen Grund vorliegen, kann die Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied schadenersatzrechtlich verantwortlich werden, was indirekt wiederum eine Haftung des Aufsichtsrats begründet. Der Aufsichtsrat hat bei der Entscheidung, ob er ein Vorstandsmitglied abberuft oder nicht, zu prüfen, ob durch das Fortbelassen des Vorstandsmitgliedes im Amt der Gesellschaft ein unwiederbringlicher Schaden entstehen kann. Ist dies

der Fall, wäre er zu einer sofortigen Abberufung verpflichtet. Durch den Ausspruch einer Suspendierung kann sich der Aufsichtsrat dieser verantwortungsvollen Abwägungsfrage nicht entziehen. Eine Suspendierung verstößt idR gegen das Unternehmenswohl, weil die Entscheidung letztlich darauf hinausläuft, ein Vorstandsmitglied mit all seinen Rechtsansprüchen und insb Entgeltansprüchen bei gleichzeitiger Entbindung von seiner Leitungsverpflichtung im Amt zu belassen³⁴). Erachtet der Aufsichtsrat das Vorliegen eines Abberufungsgrundes als nicht gegeben, darf er den Vorstand eben nicht abberufen. Meint er, noch weitere Nachforschungen anstellen zu müssen, sollte er den Vorstand darüber informieren, um dadurch das Verfristen des wichtigen Grundes zu verhindern.

4. Zusammenfassung

Für das Institut der Suspendierung ist mE im AktG kein Platz. Dieses kennt aus guten Gründen nur die Bestellung des Vorstands und seine Abberufung als *contrarius actus, tertium non datur*. Die Suspendierung ist kein Minus der Abberufung, sondern etwas völlig anderes. Es besteht bei einem unklaren Sachverhalt nur die Alternative der Abberufung der im Verdacht stehenden Vorstandsmitglieder oder ihre Beibehaltung in der Vorstandsfunktion unter Abwägung der sich daraus für die Gesellschaft ergebenden Gefahren³⁵). Spricht der Aufsichtsrat dennoch eine Suspendierung einseitig aus, so ist diese Maßnahme für den Vorstand unbeachtlich.

34) Dazu Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71–74 Rz 65.

35) So zum PSG OGH 16. 5. 2001, 6 Ob 85/01s, SZ 74/92.



Der Autor:

Dr. Clemens Egermann ist Rechtsanwalt und Partner bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte in Wien. Er ist insb auf die Bereiche Gesellschafts- und Arbeitsrecht sowie auf die Beratung im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen spezialisiert. Er ist Fachvortragender zum internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht sowie zur Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Publikationen des Autors:

ua Mitautor von Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar; Mitautor von Societas Europaea, Das Praxishandbuch für Unternehmen in Deutsch und Englisch; weitere Publikationen etwa zur SE.