



FINANZ

---

**PROKURATUR**

VI/

An den Herrn  
Bundesminister für Inneres  
Dr. Wolfgang Peschorn  
Herrengasse 7  
1010 Wien

Singerstraße 17-19, 1010 Wien  
Tel.: +43 1 514 39/509600  
Fax: +43 1 51439/5909600  
iris.leixner@bmf.gv.at  
www.finanzprokurator.at

**Per EMail**

Wien, am 7. August 2019

**Aufsichtsratsvergütungen - BMI**

Sehr geehrter Herr Bundesminister!

Die Finanzprokurator nimmt Bezug auf Ihr Ersuchen vom 07.08.2019, in dem Sie um rechtliche Stellungnahme zu der Entschließung des Nationalrates vom 03.07.2019 betreffend die Evaluierung und Prüfung der Entwicklung der Höhe der Aufsichtsratsvergütungen – insbesondere unter dem Aspekt der Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit – seit 01.01.2014 im Bereich jener Unternehmen, in denen das Bundesministerium für Inneres (**BMI**) Eigentümerrechte der Republik Österreich ausübt, ersucht haben.

**I. Ausgangssituation**

Laut Ausgliederungsbericht des BMF vom [März 2018] (**Ausgliederungsbericht**) ressortiert zum BMI der im Ausgliederungsbericht in UG 11 genannte Rechtsträger, nämlich die mit Bundesgesetz über die Errichtung der Bundesanstalt „KZ-Gedenkstätte Mauthausen/Mauthausen Memorial“ (Gedenkstättenengesetz - GStG), StF: BGBl. I Nr. 74/2016, errichtete Bundesanstalt „KZ-Gedenkstätte Mauthausen/Mauthausen Memorial“. Darüber hinaus hält das BMI namens des Bundes eine direkte Beteiligung an der erst kürzlich mit Bundesgesetz über die Errichtung der Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen Gesellschaft mit beschränkter Haftung erlassen (BBU-Errichtungsgesetz – BBU-G), BGBl INr. 53/2019 errichteten BBU GmbH, bei denen dem Bund

(BMI) ein Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern zukommt, die jedoch nicht im Ausgliederungsbericht genannt ist und für die noch gar keine Aufsichtsratsmitglieder bestellt worden sind. Ob das BMI allenfalls Minderheitsbeteiligungen namens des Bundes hält oder indirekt über vom BMI verwaltete Fonds, Stiftungen oder Vereine Einfluss auf deren allfällige Unternehmensbeteiligungen hat, ist der Finanzprokuratur nicht bekannt. Vor allem auch im Hinblick auf diese theoretischen, der Finanzprokuratur nicht bekannten Fallkonstellationen, sind die folgende rechtlichen Ausführungen zu verstehen.

Die Ausgliederungsberichte sind auf der Internetseite des BMF abrufbar und sind – gemeinsam mit den nicht öffentlich zugänglichen Beteiligungs- und Controllingberichten des BMF – vom Budgetdienst der Parlamentsdirektion regelmäßig einer Analyse zu unterziehen (zuletzt am 09.04.2019).

## **II. Rechtliche Beurteilung**

### **A. Eingrenzung der Fragestellung**

Bevor auf die Frage der Evaluierung und Prüfung eingegangen wird, ist zunächst zu klären, was konkret geprüft werden soll und nach welchen Kriterien und „Aspekten“.

#### **1. Unternehmen, in denen das jeweilige Bundesministerium Beteiligungsrechte ausübt**

Die Entschließung des Nationalrates fordert zur Prüfung der „Unternehmen, in denen das jeweilige Bundesministerium die Eigentümerrechte der Republik ausübt“, auf. Der Begriff des Unternehmens wird in § 1 Abs 2 Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB), StF: dRGBL. S 219/1897, definiert als „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“ Bestimmte Rechtsträger, insbesondere Aktiengesellschaften (**AG**) iSd Bundesgesetzes über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – **AktG**), StF: BGBl. Nr. 98/1965 idF BGBl. Nr. 24/1985 und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (**GmbH**) iSd Gesetzes vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – **GmbHG**), StF: RGBL. Nr. 58/1906 sind Unternehmer kraft Rechtsform (§ 2 UGB), das heißt, ihnen wird unterstellt, dass sie ein Unternehmen im Rechtssinn betreiben, gleichgültig, was der Inhalt ihrer Tätigkeit ist.

Im Bereich des Bundes werden aber auch öffentliche Aufgaben von anderen Rechtsträgern, etwa Fonds, Stiftungen oder Anstalten, wie der vorstehend und in UG 11 des Ausgliederungsberichts genannten Gedenkstätte wahrgenommen, in denen ebenfalls

Aufsichtsgremien vorgesehen sind, deren Mitglieder uU eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten. Vom Wortlaut der EntschlieÙung sind diese Rechtsträger allerdings nicht erfasst, daher haben sie wohl bei der gegenständlichen Prüfung auÙer Betracht zu bleiben. Gegenstand der Prüfung sollen daher nur jene Rechtsträger sein, die als Unternehmen im Sinne des UGB zu qualifizieren sind, entweder Kraft Rechtsform oder aufgrund ihrer Tätigkeit. Einzubeziehen sind wohl sowohl AGs und GmbHs, die mit Bundesgesetz, also auch solche, die mit Gesetz errichtet worden sind.

Unternehmerisch tätig ist der Bund auch über seine Betriebe gewerblicher Art. Da diese allerdings regelmäßig keine eigene Rechtspersönlichkeit haben und somit auch keinen Aufsichtsrat, sind diese in der gegenständlichen Stellungnahme auÙer Betracht zu lassen.

Die Ausübung von Eigentümerrechten wird wohl bei all jenen, auch indirekten Beteiligungen, anzunehmen sein, bei denen der Bund zumindest Einfluss auf die Wahl oder Entsendung des Aufsichtsratsmitgliedes nehmen kann (siehe dazu auch B. 1.). Inwieweit dies im Rahmen von Konzerngesellschaften oder auch nur Minderheitsbeteiligungen der Fall ist, wird jeweils im Einzelfall Gegenstand der Prüfung sein (siehe dazu auch B. 1. d). Die dabei zu prüfenden Fragestellungen sind rechtlicher Natur.

## **2. Entwicklung und Höhe der Aufsichtsratsvergütung ab 1.1.2014**

Die Evaluierung der Entwicklung der Aufsichtsratsvergütungen beinhaltet eine vorangehende Ermittlung der jährlichen Vergütungen, die in Summe den jeweiligen Jahresabschlüssen entnommen werden können, hinsichtlich der Verteilung auf die einzelnen Mitglieder werden aber wohl weitere zusätzliche Ermittlungsschritte (Vorlage von entsprechenden Beschlüssen, allenfalls Befragung der Gesellschaft) erforderlich sein. Zum Teil werden auch ältere Unterlagen (vor 2014) heranzuziehen sein, wenn etwa bei Vergütungen die letzte vorangehende Anhebung 2004 stattgefunden hat. Dabei wird wohl im Rahmen einer Evaluierung darzustellen sein, ob die Vergütungen kontinuierlich (jährlich) oder in unregelmäßigen Abständen und in welcher Größenordnung erhöht wurden. Bei der Höhe wird es insbesondere auch darauf ankommen, in welchem Verhältnis innerhalb eines Aufsichtsrats die Vergütungen der einzelnen Mitglieder zueinander stehen und wie sich diese im Vergleich zu Aufsichtsratsvergütungen in anderen „Bundesunternehmen“ und auch „Nichtbundesunternehmen“ verhalten. Diese Ermittlung hat aber eher statistisch-wirtschaftlichen Charakter und nicht juristischen.

### **3. Prüfung und Evaluierung unter dem Aspekt der Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit**

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit beinhaltet die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben bei der Zuerkennung von Aufsichtsratsvergütungen. Die gesetzlichen Vorgaben werden im Einzelnen unter B. dargelegt und wären bei jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied nach Erhebung der relevanten Daten und Unterlagen zu prüfen. Die Frage der Wirtschaftlichkeit und darin implizit auch die Frage der Angemessenheit der Höhe der einzelnen Aufsichtsratsvergütungen ist jedoch eine wirtschaftliche Frage, die anhand rein rechtlicher Kriterien nicht beantwortet werden kann. Die wirtschaftliche Prüfung der Angemessenheit ist eine Aufgabe, die in den Aufgabenbereich des Rechnungshofes fällt. Grundsätzlich könnte bereits die Erhebung der Daten zu den Vorfragen durch den Rechnungshof, unter Beiziehung der Finanzprokuratur, erfolgen. Viele dieser Daten und Fakten erhebt der Rechnungshof im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben ohnehin regelmäßig (siehe auch unten D.2.) und könnte er daher leicht darauf zurückgreifen.

Warum der Nationalrat im vorliegenden Fall nicht direkt und unmittelbar den Rechnungshof beauftragt hat, sondern bloß indirekt einen Auftrag an die einzelnen Ressorts der Bundesregierung gerichtet hat, ist aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht nachvollziehbar; möglicherweise hat der Nationalrat diese sehr einfache Möglichkeit schlicht nicht bedacht. Ob er damit einen Prüfungsauftrag doch in das Ermessen der Ressorts stellen wollte, bleibt offen, der Wortlaut der Entschliebung schließt dies allerdings eher aus.

Im Folgenden werden von der Finanzprokuratur die rechtlichen Anforderungen an die Vergütung zunächst allgemein dargelegt (siehe die Ausführungen unter B. und C.). Eine Prüfung und Evaluierung der einzelnen Aufsichtsratsvergütungen der zum BMI ressortierenden Unternehmen setzt eine Erhebung und Übermittlung einer Vielzahl von Daten durch das BMI an jene Stelle voraus, die die Prüfung letztendlich vornehmen soll. Dafür kann die gegenständliche Stellungnahme als rechtliche Anleitung dienen. Weiters (siehe D.) wird in dieser Stellungnahme sodann auch dargelegt, was die Aufgaben der für die Prüfung in Betracht kommenden Stellen Rechnungshof und Finanzprokuratur sind, damit seitens des BMI eine Entscheidung getroffen werden kann, welche Stelle tatsächlich letztendlich mit der Prüfung beauftragt werden soll.

## **B. Rechtliche Einflussmöglichkeiten auf Bestellung des Aufsichtsrates und dessen Vergütung**

### **1. Bestellung**

#### **a) AG**

Eine Aktiengesellschaft hat gemäß § 86 AktG einen aus zumindest drei und höchstens zwanzig natürlichen Personen bestehenden Aufsichtsrat. Die genaue Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder ist in der Satzung festzulegen. Die Aufsichtsratsmitglieder sind grundsätzlich von der Hauptversammlung zu wählen (§ 87 AktG), die der gemeinschaftlichen Willensbildung der Aktionäre in Angelegenheiten in der Gesellschaft dient (§ 102 AktG).

Die Satzung kann bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die Gesamtzahl der entsandten Aufsichtsratsmitglieder darf ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen (§ 88 Abs 1 AktG).

#### **b) GmbH**

Anders als bei AGs ist bei GmbHs ein Aufsichtsrat nur in bestimmten Fällen verpflichtend einzurichten. In allen übrigen Fällen kann, muss aber kein Aufsichtsrat eingerichtet werden. Gemäß § 29 Abs 1 GmbHG, ist ein Aufsichtsrat einzurichten, wenn

- das Stammkapital 70 000 Euro und die Anzahl der Gesellschafter fünfzig übersteigen, oder
- die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt dreihundert übersteigt, oder
- die Gesellschaft Aktiengesellschaften, aufsichtsratspflichtige Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Sinn des § 29 Abs. 2 Z 1 GmbHG einheitlich leitet (§ 15 Abs 1 AktG) oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer jener Gesellschaft und dieser Gesellschaften zusammen im Durchschnitt dreihundert übersteigt, oder
- die Gesellschaft persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist und die Anzahl der Arbeitnehmer in ihrem Unternehmen und im Unternehmen der Kommanditgesellschaft im Durchschnitt zusammen dreihundert übersteigt, oder
- aufgrund des VIII. Teils des Arbeitsverfassungsgesetzes die Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft das Recht haben, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen oder

- die Gesellschaft die Merkmale des § 189a Z 1 lit a oder lit d UGB hat.

Wie bei der AG hat der Aufsichtsrat der GmbH zumindest aus drei Mitgliedern, die natürliche Personen sind, zu bestehen, wobei in der Satzung eine höhere Zahl vorgesehen werden kann (§ 30 GmbHG).

Gemäß § 30b GmbHG werden die Aufsichtsratsmitglieder durch Gesellschafterbeschluss gewählt. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmten Gesellschaftern oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Geschäftsanteile das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, wobei das Entsendungsrecht nur den Inhabern solcher Geschäftsanteile eingeräumt werden kann, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist.

### **c) Schlussfolgerungen für eine Evaluierung**

Der Bund als Eigentümervertreter hat daher auf die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich nur im Fall einer entsprechenden direkten Mehrheitsbeteiligung oder im Fall eines Entsendungsrechtes Einflussmöglichkeiten. Auf Aufsichtsratsbestellungen bei indirekten Beteiligungen kann der Bund grundsätzlich nur Einfluss nehmen, wenn die indirekten Beteiligungen Tochtergesellschaften einer GmbH sind und die direkte Beteiligung ebenfalls eine GmbH ist; bei einer Holdinggesellschaft in der Rechtsform einer AG ist eine Einflussnahme bis zu einem gewissen Grad über Konzernklauseln in der Satzung möglich. Daher sind bei der Evaluierung die einzelnen Satzungen und Hauptversammlungsbeschlüsse der jeweiligen Rechtsträger in einem ersten Schritt diesbezüglich zu analysieren.

## **2. Vergütung**

Gemäß § 98 AktG kann den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine „*mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende*“ Vergütung gewährt werden. § 98 leg cit ist nur auf Kapitalvertreter anwendbar; für Arbeitnehmervertreter gelten die Bestimmungen der §§ 116, 117 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG) StF: BGBl. Nr. 22/1974, die einen Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten erforderliche Freizeit unter Fortzahlung des Entgelts vorsehen (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 4 (Stand 1.10.2018, rdb.at); Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 7 (Stand 1.9.2013, rdb.at)*). Die Vergütungsregelung der GmbH-Aufsichtsräte in § 31 GmbHG ist analog zu jener des Aufsichtsrates der AG in § 98 AktG ausgestaltet.

Vergütung iSd AktG ist ein Entgelt, dh eine Gegenleistung für die vom Aufsichtsratsmitglied in dieser seiner Funktion – und nur in dieser – erbrachten Leistungen; nicht von Aufwandentschädigungen und nicht Honorierungen für andere Tätigkeiten (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II*<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 11 (Stand 1.3.2010, rdb.at)).

Die mit BGBl. I Nr. 63/2019 beschlossene Einführung eines Vergütungsberichts für die Aufsichtsratsmitglieder und die sinngemäße Anwendung der ebenfalls mit dieser Novelle neu eingeführten Bestimmungen über die Vergütungspolitik für den Vorstand auf Aufsichtsratsmitglieder gilt derzeit nur für börsennotierte AGs. Die entsprechend den §§ 78a ff AktG festzulegende „*Vergütungspolitik ist erstmals der ordentlichen Hauptversammlung in dem Geschäftsjahr vorzulegen, das nach dem [09.06.2019] zu laufen beginnt*“ (§ 262 Abs 41 AktG idGF). Aufgrund des vorstehend skizzierten Anwendungsbereiches dieser Bestimmung kann daher eine genauere Darstellung der neuen Bestimmungen im Zusammenhang mit der gegenständlichen Fragestellung außer Betracht bleiben.

Die Anforderungen an Vergütungen gemäß § 98 AktG gelten nur für jene Vergütungen, die von der Gesellschaft gezahlt oder wirtschaftlich getragen werden, etwa auch für Vergütungen, die von Tochtergesellschaften oder von Dritten für Rechnung der Gesellschaft bezahlt werden. Vergütungen durch Dritte, etwa durch Konzernmuttergesellschaften oder entsendungsberechtigte Personen, unterliegen nicht den Anforderungen des § 98 AktG (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II*<sup>6</sup> § 98 Rz 5 (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Bevor auf die Bestimmungen über die Vergütung näher eingegangen wird, soll kurz zusammengefasst werden, welche Aufgaben ein Aufsichtsrat, dessen Vergütung Gegenstand der Fragestellung ist, wahrzunehmen hat.

#### **a) Aufgaben**

Die Aufgaben des Aufsichtsrates sind in den §§ 95 bis 97 AktG bzw in den §§ 30j bis 30l GmbHG geregelt und können als Überwachungs- und Kontrollaufgaben gegenüber dem Vorstand umschrieben werden. Darunter fallen Bucheinsichts- und Berichterstattungsrechte, ebenso wie die Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften. Der Aufsichtsrat hat auch die Unterlagen betreffend den Jahresabschluss und die Gewinnverwendung, die ihm vom Vorstand/Geschäftsführer vorzulegen sind, zu prüfen, sich darüber gegenüber dem Vorstand/Geschäftsführer zu erklären und einen Bericht an die Hauptversammlung/ Generalversammlung zu erstatten. Billigt der Aufsichtsrat der AG den Jahresabschluss, so ist dieser festgestellt, wenn sich nicht Vorstand und Aufsichtsrat für eine Feststellung durch die Hauptversammlung

entscheiden. Weiters kommt dem Aufsichtsrat der ein Vertretungsrecht der Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand/Geschäftsführer und ein Vertretungsrecht der Gesellschaft in Rechtsstreitigkeiten mit dem Vorstand/Geschäftsführer zu.

Bei im Eigentum des Bundes stehenden Rechtsträgern ist auch der Bundes-Public Corporate Governance Kodex (**B-PCGK**) zu berücksichtigen, der diese Aufgaben zum Teil näher präzisiert. Der B-PCGK stellt rechtlich eine Selbstbindung des Bundes und gegenüber den mit der Beteiligungsverwaltung betrauten Organen des Bundes eine Weisung dar. In Punkt 11.1.1.2. des B-PCGK sind die Aufgaben des „Überwachungsorgans“, dh des Aufsichtsrates wie folgt definiert:

„Überwachung

- der Einhaltung der Grundsätze der Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit bei den Geschäftsleitungsentscheidungen,
- der Einhaltung des Unternehmensgegenstandes bei den Geschäftsleitungsentscheidungen,
- der Geschäftsentwicklung des Unternehmens,
- des Risikomanagements und des internen Kontrollsystems des Unternehmens und
- der Umsetzung der Beschlüsse des Überwachungsorgans.“

Laut Punkt 11.1.3 B-PCGK ist jedes Mitglied des Überwachungsorgans dafür verantwortlich, dass das Überwachungsorgan, dh der Aufsichtsrat, seine Überwachungspflicht erfüllt.

#### **b) Zuständigkeit zur Festlegung der Vergütung**

Die Vergütung ist bei der AG in der Satzung oder durch Hauptversammlungsbeschluss, bei der GmbH im Gesellschaftsvertrag oder mit Generalversammlungsbeschluss festzulegen (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 20 (Stand 1.3.2010, rdb.at); Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 17 (Stand 1.9.2013, rdb.at)*).

Demgegenüber sind Honorare oder Aufwandsersatz vom Vorstand bzw Geschäftsführer zu vereinbaren und auszuzahlen (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 19 (Stand 1.3.2010, rdb.at); Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 37 (Stand 1.9.2013, rdb.at)*).

§ 98 AktG bzw § 31 GmbHG gilt weiters nicht nur für Vergütungen an das Aufsichtsratsmitglied selbst, sondern auch für Vergütungen an Dritte, wenn dadurch die Aufsichtsratsstätigkeit vergolten werden soll.



### **c) Anspruchsgrundlagen der Vergütung im Einzelnen**

Der Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft wird durch Gesetz, Satzung, Hauptversammlungsbeschluss bzw Generalversammlungsbeschluss und teilweise durch die auftrags- und dienstvertraglichen Normen des ABGB bestimmt (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 6 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 31 (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

#### *i) Satzung*

Die Vergütung kann, muss aber nicht in der Satzung geregelt werden. Es ist auch möglich, dass die Regelung durch Hauptversammlungsbeschluss/ Generalversammlungsbeschluss und Satzung kombiniert erfolgt, etwa indem die Satzung einen die Hauptversammlung bindenden Rahmen, eine Unter- oder auch eine Obergrenze festlegt (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 7 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 31 Rz 17 (Stand 1.9.2013, rdb.at)). Eine solche Regelung ist durch Hauptversammlungsbeschluss zu konkretisieren. Enthält die Satzung eine bestimmte Regelung, erwirbt jedes Aufsichtsratsmitglied mit der Annahme der Bestellung einen der Satzungsregelung entsprechenden Anspruch (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 7 (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

#### *ii) Beschluss von Haupt- oder Generalversammlung*

Fehlt eine Regelung in der Satzung, ist die Vergütung durch die Hauptversammlung/ Generalversammlung festzulegen. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung/ Generalversammlung ist ausschließlich und grundsätzlich nicht an andere Organe delegierbar; insbesondere besteht keine Zuständigkeit des Vorstands/ Geschäftsführers oder des Aufsichtsrates selbst. Die Hauptversammlung/Generalversammlung kann es jedoch dem Aufsichtsrat überlassen, eine von der Hauptversammlung/ Generalversammlung für den gesamten Aufsichtsrat beschlossene Vergütung nach Maßgabe der aufgewendeten Mühe auf die einzelnen Mitglieder zu verteilen. Ansonsten ist ein von der Hauptversammlung/ Generalversammlung beschlossener Gesamtbetrag nach Köpfen auf die Aufsichtsratsmitglieder zu verteilen (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 8 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 20 (Stand 1.3.2010, rdb.at); *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 31 Rz 17 ff (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

#### *iii) Anspruch gemäß § 1152 ABGB*

Fehlt eine Regelung in der Satzung und wird auch durch schlichten Hauptversammlungsbeschluss kein Vergütungsanspruch festgelegt, so wird heute zumindest

bei der AG ganz überwiegend vertreten, dass die Tätigkeit des Aufsichtsrates nicht ehrenamtlich ist, sondern ein Vergütungsanspruch besteht und dieser Anspruch auf § 1152 ABGB zu stützen ist (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 18* (Stand 1.3.2010, rdb.at)). Im Gegensatz dazu wird bei der GmbH von einem Teil der Lehre vertreten, dass Entgeltlichkeit nur bei konzernfremden Aufsichtsratsmitgliedern anzunehmen ist (*Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 5, 8* (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

Wird die Aufsichtsratsvergütung weder durch die Satzung noch durch Hauptversammlungsbeschluss festgelegt, ist gemäß § 1152 ABGB im Zweifel ein „angemessenes“ Entgelt geschuldet. Unentgeltlichkeit ist nur anzunehmen, wenn dies in der Satzung oder im Bestellungsbeschluss festgelegt wurde (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 11* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

#### *iv) Sonderregelungen nach Gehaltsgesetz*

Oftmals ist keine gesonderte Vergütung für (entsandte) Aufsichtsratsmitglieder einer AG vorgesehen, wenn diese für die Aufsichtsratsstätigkeit bereits von anderer Stelle entlohnt werden (*Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 8* (Stand 1.9.2013, rdb.at)). So sieht auch Punkt 11.5.5 B-PCGK vor, dass, sofern „Mitglieder des Überwachungsorgans, die Bedienstete des Anteilseigners des Unternehmens sind, die Tätigkeit im Überwachungsorgan nicht als Nebentätigkeit (Nebenbeschäftigung) ausüben, im Vorhinein klarzustellen ist, ob sie die Tätigkeit als Teil ihrer dienstlichen Aufgaben wahrnehmen.“

Die Verpflichtung von Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person privaten Rechts, gemäß § 25 Abs 2 Bundesgesetz vom 29. 02. 1956 über die Bezüge der Bundesbeamten (Gehaltsgesetz 1956 – GehG), StF: BGBl. Nr. 54/1956), die Aufsichtsratsvergütung von Mitgliedern des Überwachungsorgans, die aktive Beamte des Bundes sind, dem Bund abzuführen und nicht dem Beamten auszuzahlen, bleibt unberührt (Punkt 11.5.5 B-PCGK). Gemäß § 25 Abs 2 GehG sind die Vergütungen, die eine juristische Person des privaten Rechts nach den für sie maßgebenden Bestimmungen einem Beamten für seine Nebentätigkeit in einem ihrer Organe zu leisten hätte, mit Ausnahme der Sitzungsgelder und des Reisekostenersatzes dem Bund (Bundesministerium für Finanzen) abzuführen. Die Bemessung der Vergütung, die dem Beamten für eine solche Nebentätigkeit aus Bundesmitteln gebührt, bedarf der Zustimmung des Bundesministers für Finanzen. Eine vergleichbare Regelung für Vertragsbedienstete des Bundes ist im Bundesgesetz vom 17. März 1948 über das Dienst- und Besoldungsrecht der Vertragsbediensteten des Bundes

(Vertragsbedienstetengesetz 1948 –VBG), StF: BGBl. Nr. 86/1948, nicht enthalten (Anmerkung zu Punkt 11.5.5 B-PCGK).

Für die Frage, ob die Ausübung eines Mandats im Überwachungsorgan zu den dienstlichen Aufgaben gehört, ist entscheidend, ob diese Tätigkeit zu den Aufgaben des Arbeitsplatzes gehört oder nicht. Das ist keine gesetzliche Frage, sondern eine Frage der Einrichtung von Arbeitsplätzen. Gehört diese Tätigkeit zu den Aufgaben des Arbeitsplatzes, so gebührt keine Nebentätigkeitsvergütung und auch keine Vergütung für die Überwachungstätigkeit, da in diesem Fall der Betroffene für ein und dieselbe Tätigkeit zweimal bezahlt würde; einmal mit seinem Bezug aufgrund des Dienstverhältnisses und einmal mit der Nebentätigkeitsvergütung bzw Vergütung für die Überwachungstätigkeit (Anmerkung zu Punkt 11.5.5 B-PCGK).

#### **d) Zeitraum**

Über Zeitpunkt und Frequenz solcher Hauptversammlungsbeschlüsse enthält das Gesetz keine nähere Regelung. Daher kann eine Vergütung sowohl für die Dauer des Aufsichtsratsmandats als auch von Geschäftsjahr zu Geschäftsjahr, sowohl im Vorhinein als auch im Nachhinein gewährt werden (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 9 (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Der Entlohnungsanspruch entsteht dem Grunde nach mit der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied. Wegen der grundsätzlichen Befristung des Aufsichtsratsmandats bleibt der Anspruch für die Dauer des Mandats unverändert, es sei denn, dass in der Satzung oder im Bestellungsbeschluss eine periodische (zumeist jährliche) Beschlussfassung vorbehalten ist. Wird das Aufsichtsratsmitglied abberufen, besteht nach Maßgabe der dienstvertraglichen Norm des § 1155 ABGB ein Anspruch auf die Vergütung für die Restlaufzeit des Mandats (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 13 (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

#### **e) Herabsetzung**

Für eine Satzungsänderung, mit der eine in der Satzung festgelegte Vergütung herabgesetzt wird, genügt nach dem Gesetzeswortlaut die einfache Mehrheit und bedarf keiner Begründung (*Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 27 (Stand 1.3.2010, rdb.at)). Dies gilt nach hL auch für die Streichung der Vergütung. Ob eine die Vergütung herabsetzende Satzungsänderung auch für bestehende Aufsichtsratsmandate wirkt oder vielmehr die noch während der Geltung der höheren Satzungsregelung bestellten Aufsichtsratsmitglieder nach dieser Regelung zu entlohnen sind, ist strittig (dagegen *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 14 (Stand 1.10.2018, rdb.at)); dafür *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup>

§ 99 AktG Rz 25 (Stand 1.3.2010, rdb.at)). Jedenfalls muss der entsprechende *contrarius actus* gesetzt werden, dh bei in der Satzung festgelegter Vergütung eine Satzungsänderung, bei mit Beschluss der Anteilseigner festgelegter Vergütung reicht ein solcher Beschluss aus (*Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 24 ff* (Stand 1.9.2013, rdb.at)). Bei schuldrechtlicher Vereinbarung zwischen Aufsichtsratsmitglied und Eigentümervertreter ist eine einseitige Herabsetzung grundsätzlich nicht zulässig (*Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 27* (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

**f) Angemessenheit der Höhe der Vergütung und Konsequenzen eines Verstoßes**

Bei der Festlegung der Höhe der Vergütung besteht ein weiter Ermessensspielraum (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 19* (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Der Hauptversammlungsbeschluss, mit dem dieser Spielraum überschritten und eine unangemessen hohe Vergütung festgelegt wird, ist grundsätzlich anfechtbar und nur ausnahmsweise, nämlich bei sittenwidriger Höhe (§ 199 Abs 1 Z 4 AktG) nichtig. Dies gilt auch dann, wenn die Höhe aufgrund eines satzungsändernden Beschlusses in der Satzung verankert wird. Ist die Anfechtung erfolgreich, fällt der Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder auf den überhöhten Teil der Vergütung weg und ist der AG zurückzuerstatten; strittig ist, ob der Vergütungsanspruch gestützt auf § 1152 ABGB in angemessenem Umfang aufrecht bleibt (so *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 19* (Stand 1.10.2018, rdb.at) oder die Vereinbarung mit den Aufsichtsratsmitgliedern teilnichtig nach § 879 ABGB ist (so *Krejci, ecolex 1991, 776 (778)*). Wird nicht angefochten, bleibt der Vergütungsanspruch für die beschlossene Dauer aufrecht; eine Herabsetzung kommt für bereits beschlossene Vergütungen idR nicht in Betracht (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 19* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Da die Tätigkeit und nicht das Amt honoriert wird, wird in der Lehre auch vertreten, dass überhöht festgesetzte Vergütungen oder Vergütungen, deren Höhe sich im Laufe der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft mit Rücksicht auf deren Lage oder Schrumpfung der Aufgaben des Aufsichtsrates als überhöht erweisen, von der Hauptversammlung/ Generalversammlung entsprechend herabzusetzen sind. Der Vorstand/ Geschäftsführer ist zur Einberufung einer solchen Hauptversammlung/ Generalversammlung zwecks solcher Beschlussfassung verpflichtet. Die Unterlassung einer solchen gesetzlich gebotenen Herabsetzung durch die Anteilseignerversammlung ist allerdings nicht bekämpfbar (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 23* (Stand 1.3.2010, rdb.at)). Eine Rückforderung überhöht bezogener Vergütungen erscheint allerdings nur in Ausnahmefällen (krass überhöhte Vergütung) rechtlich vertretbar (*Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 29* (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

## **g) Transparenz**

Die Bezüge der Aufsichtsratsmitglieder – einschließlich Aufwandsentschädigungen – sind gemäß § 239 Abs 1 Z 4 lit a UGB im Anhang anzugeben, dies allerdings bezogen auf den Gesamtaufwandsrat und nicht auf die einzelnen Mitglieder. Die C-Regel 51 des österreichischen Corporate Governance Kodex (**ÖCGK**) empfiehlt grundsätzlich eine für jedes Aufsichtsratsmitglied aufgegliederte Angabe im Corporate Governance Bericht (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 24 (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Der ÖCGK gilt allerdings nur für börsennotierte AGs; für AGs und GmbHs die im Eigentum des Bundes stehen, ist demgegenüber der B-PCGK maßgeblich. Gemäß Punkt 12.2 B-PCGK bedarf die Offenlegung der Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Überwachungsorgans (dh des Aufsichtsrates) der Zustimmung der Betroffenen; bei der Neu- oder Wiederbestellung von Mitgliedern des Überwachungsorgans ist für eine vertragliche Zustimmungserklärung dieser Mitglieder zur Offenlegung Sorge zu tragen.

Gemäß Punkt 15.3.2 B-PCGK sind die Vergütungen der Mitglieder des Überwachungsorgans nach Maßgabe des Punktes 12.2 B-PCGK aufgegliedert nach Bestandteilen unter Namensnennung für das gesamte Überwachungsorgan darzustellen, wobei auch die Vergütungen für jeden Ausschuss miteinzubeziehen sind. Dabei sind auch die vom Unternehmen an die Mitglieder des Überwachungsorgans gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile gesondert anzugeben. Punkt 15.3.3 B-PCGK sieht vor, dass wenn das Unternehmen die Vergütung für ein Mitglied des Überwachungsorgans an den Bund zu zahlen hat, auch diese Vergütung darzustellen ist.

## **C. Kriterien der Prüfung der Angemessenheit der Aufsichtsratsvergütungen**

### **1. Kriterien einer „angemessenen“ Vergütung**

Gemäß § 98 AktG kann den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine „mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende“ Vergütung gewährt werden. Dieser Maßstab gilt für die an den Aufsichtsrat insgesamt gezahlte Vergütung, nicht für ihre Verteilung auf die einzelnen Mitglieder (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 17 (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Anspruchsberechtigt sind grundsätzlich alle Kapitalvertreter ungeachtet der Art ihrer Bestellung (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 12 (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

### a) „Aufgaben“ des Aufsichtsrates und des einzelnen Mitgliedes

Das Kriterium der „Aufgabe“ stellt auf die Aufgaben des gesamten Aufsichtsrates des konkret in Rede stehenden Unternehmens ab, was eine Differenzierung der Höhe der Vergütung der einzelnen Mitglieder nicht ausschließt (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 17 (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Eine Pflicht zu Gleichbehandlung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder besteht nach hL nicht (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 12 (Stand 1.10.2018, rdb.at)); die Differenzierung muss aber sachlichen Kriterien folgen (*Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 31 Rz 12 (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

Gerechtfertigt und angebracht ist eine je nach Aufgabenerbringung unterschiedliche Vergütung, insbesondere eine höhere Entlohnung des Vorsitzenden.

Im Übrigen relevante Kriterien sind nach hA

- die für die Ausübung der Tätigkeit erforderliche Zeit, wobei Sitzungsdauer und Vorbereitungszeit zu berücksichtigen sind (so auch Punkt 11.5.1 B-PCGK);
- die vom betreffenden Mitglied für die Aufsichtsrats Tätigkeit eingesetzten Qualifikationen;
- ein besonderer Arbeitsaufwand, etwa im Rahmen des § 95 Abs 3 AktG;
- die für die Funktion erforderliche Fachkompetenz (Punkt 11.5.1 B-PCGK);
- die mit der Funktion verbundenen Risiken (Punkt 11.5.1 B-PCGK).

Eine Differenzierung aus unsachlichen Gründen ist demgegenüber unzulässig, namentlich eine Differenzierung nach der Art der Bestellung (Bestellung durch die Hauptversammlung, Entsendung) (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 18 (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Als zulässig wird allerdings von der hL angesehen, dass die Satzung den Entlohnungsanspruch eines entsandten Aufsichtsratsmitglieds ausschließt (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 12 (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Nicht unsachlich ist demgegenüber, die Mitglieder je nach Qualifikation unterschiedlich zu entlohnen, soweit die jeweilige Qualifikation für die Aufgabenerfüllung relevant ist (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 18 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 31 Rz 12 ff (Stand 1.9.2013, rdb.at)); so wird auch Punkt 11.5.1 B-PCGK auszulegen sein.

### b) „Lage der Gesellschaft“

Unter der Lage der Gesellschaft ist die Vermögens- und Ertragslage zu verstehen, wobei es nach hL zulässig ist, die stärkere Inanspruchnahme des Aufsichtsrates in Krisensituationen durch eine höhere Entlohnung abzugelten (*Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 98

Rz 17 (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Die Vergütung kann variabel gestaltet und insbesondere vom Ergebnis der Gesellschaft abhängig gemacht werden (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 16* (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 15* (Stand 1.9.2013, rdb.at)). Gemäß Punkt 11.5.1 B-PCGK ist auf die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens und die Wettbewerbssituation, in der das Unternehmen überwiegend die Leistung erbringt, Bedacht zu nehmen und hat die Vergütung „angemessen und leistungsgerecht“ zu sein.

### **c) Art der Vergütung**

Unter Vergütungen iSd § 98 AktG sind sowohl Geld- als auch Sachleistungen zu verstehen, mit der die Aufsichtsratsstätigkeit abgegolten werden (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 15* (Stand 1.10.2018, rdb.at)), so etwa auch Sitzungsgelder und Sachzuwendungen von nicht bloß geringfügigem wirtschaftlichem Wert einschließlich Aktienoptionen (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 5* (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Auch unentgeltliche oder zu Vorzugspreisen gewährte Sachbezüge, geldwerte Berechtigungen oder Vergünstigungen kommen als Vergütung in Betracht (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 16* (Stand 1.3.2010, rdb.at)). Vergütungsbestandteile sind auch D&O-Versicherungen, die von der Gesellschaft zu Gunsten der Aufsichtsratsmitglieder abgeschlossen werden. Der Abschluss einer D&O- oder Rechtsschutzversicherung fällt nicht unter § 1014 ABGB, sondern ist Entgeltbestandteil (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Der Abschluss einer solchen Versicherung ist gemäß Punkt 8.3.3 des B-PCGK zulässig. Im Innenverhältnis ist eine Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 15* (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Nicht unter den Begriff Vergütung iSd § 98 AktG fallen Ansprüche auf Aufwandsersatz und Entgeltansprüche, die dem Aufsichtsratsmitglied für andere Leistungen als für die Aufsichtsratsstätigkeit selbst zustehen (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 5* (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 11, 19* (Stand 1.3.2010, rdb.at)).

Nicht ganz klar erscheint die Regelung in Punkt 11.5.3 B-PCGK zum so genannten Sitzungsgeld: „Das Sitzungsgeld (*Aufwandsentschädigung*) ist entsprechend dem durchschnittlichen zeitlichen Aufwand für die Vorbereitung und Dauer der Sitzung festzulegen.“ Zwar wird dieses als Aufwandsentschädigung bezeichnet und unterliegt demnach anderen Kriterien, was insbesondere für die Frage, ob dieses allenfalls an den Arbeitgeber abzuführen ist, eine Rolle spielt (siehe dazu oben A.4.), jedoch soll es für den durchschnittlichen „zeitlichen“ Vorbereitungsaufwand „entschädigen“, was wohl eher auf ein Entgelt hindeutet –

zumindest im abgabenrechtlichen Sinn, und somit auch den Kriterien des § 98 AktG bzw § 31 GmbHG und Punkt 11.5.1 B-PCGK unterliegen sollte (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 99 AktG Rz 13* (Stand 1.3.2010, rdb.at)). Auch die Festsetzung durch die Anteilseignerversammlung spricht für den Entgeltcharakter.

## **2. Aufwandersatz**

### **a) Erfordernis der Rechnungslegung**

Der Anspruch auf Aufwandersatz folgt bereits aus § 1014 ABGB und bedarf daher keiner Regelung in der Satzung und keiner Beschlussfassung durch die Hauptversammlung, wohl aber steht ein Aufwandersatz nur gegen Rechnungslegung zu (*Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1014 Rz 11*). Der Vorstand hat die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche zu prüfen und allfällige Bedenken, so sie mit dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied nicht ausgeräumt werden können, dem Aufsichtsratsvorsitzenden mitzuteilen, der nach hM das Aufsichtsratsplenum damit zu befassen hat. (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 29* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Anspruchsberechtigt sind nicht nur die Kapital- sondern auch die Arbeitnehmervertreter (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 30* (Stand 1.10.2018, rdb.at))

### **b) Pauschalierung**

In der Praxis wird der Aufwandersatz oft pauschaliert ersetzt, was zulässig ist (*Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1014 Rz 11*), wobei eine Pauschalierung nur nach Maßgabe einer Satzungsregelung oder eines Beschlusses der Hauptversammlung zulässig sein soll (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 28* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Soweit der Aufwandersatz wesentlich über den wirklich entstandenen Aufwand hinausgeht, ist er nach hM als Vergütung iSd § 98 AktG anzusehen (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 30* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

### **c) Qualifikation als Aufwand**

Dem Aufsichtsratsmitglied sind zusätzlich zu seinem Entgeltanspruch gemäß § 1014 ABGB notwendige und nützliche Aufwendungen zu ersetzen, die ihm in Ausübung seines Amtes entstehen, etwa

- angemessene Kosten für erforderliche Reisen einschließlich Unterbringung und Kommunikation (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26*)



- (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 34* (Stand 1.9.2013, rdb.at));
- für zur Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsratsmitglieds notwendige Sachmittel (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 34* (Stand 1.9.2013, rdb.at));
  - anteilige Kosten einschließlich Personalkosten für Inanspruchnahme eigener Infrastruktur (Büro, „Back-Office“), wobei hier eine Pauschalierung in Betracht kommt, sofern die Kosten bei erstmaliger Geltendmachung plausibel dargelegt werden können (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 34* (Stand 1.9.2013, rdb.at));
  - Repräsentationskosten in notwendigem und nützlichem Umfang und unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Rauter in Straube, WK GmbHG § 31 Rz 34* (Stand 1.9.2013, rdb.at)).

Die Beziehung von externen Beratern ist Sache des Aufsichtsrates oder gegebenenfalls auch eines Ausschusses, wohingegen das einzelne Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich nicht befugt ist, fehlende Kenntnisse auf Kosten der Gesellschaft zu kompensieren. Eine Ausnahme besteht für konkrete, durch einen Einzelfall veranlasste Fragestellungen, wenn die Mittel der gesellschaftsinternen Aufklärung ausgeschöpft sind und die Vertraulichkeit gewahrt ist (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

§ 1014 ABGB gibt dem Aufsichtsratsmitglied einen Anspruch auf Ersatz aller mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen Schäden. Ein wichtiger Anwendungsfall sind Rechtsverteidigungskosten des Aufsichtsratsmitglieds in Verwaltungs- und gerichtlichen Strafverfahren sowie in zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen mit Dritten. Bei zivilrechtlichen Auseinandersetzungen mit der Gesellschaft selbst besteht kein Anspruch nach § 1014 ABGB, sondern nur nach §§ 41 ff ZPO. Solche Aufwendungen sind ersatzfähig, wenn sie mit dem Auftrag verbunden, dh abstrakt vorhersehbar, und vom Aufsichtsratsmitglied nicht verschuldet sind (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)). Ansonsten gelten Rechtsverteidigungskosten als Entgeltbestandteile und dürfen nur nach Maßgabe des § 98 AktG (Hauptversammlungsbeschluss, Angemessenheit) übernommen werden (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Das Aufsichtsratsmitglied hat im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren den Aufwand möglichst gering zu halten. Soweit das Aufsichtsratsmitglied dem nicht Rechnung trägt, wird

der Aufwandsersatzanspruch gemindert. Die Gewohnheiten der persönlichen Lebensführung des Aufsichtsratsmitglieds spielen bei der Beurteilung der Angemessenheit ebenso wenig eine Rolle wie die Gepflogenheiten des Vorstands, vielmehr gilt bei allen Aufsichtsratsmitgliedern der gleiche Maßstab. Ist die Höhe des Aufwands steuerlich anerkennungsfähig, ist idR Angemessenheit anzunehmen. Die Anerkennungsfähigkeit ist aber nicht notwendige Voraussetzung der Angemessenheit. Bei großen Unternehmen ist ein großzügigerer, bei schwieriger wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft ist ein strengerer Maßstab anzulegen (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 27* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

Nicht ersatzfähig sind

- der Entgang anderweitigen Einkommens (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)) sowie
- allgemein der Zeitaufwand (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)); entsprechende Komponenten sind daher als Vergütung, die den Anforderungen des § 98 AktG bzw § 31 GmbHG unterliegen, zu behandeln;
- Aus- und Fortbildungskosten (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at));
- der Ersatz von (Geld-)Strafen (*Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 98 Rz 26* (Stand 1.10.2018, rdb.at)).

#### **D. Überprüfung der Höhe der Vergütung**

Bereits im UGB iVm AktG bzw GmbHG sind im Rahmen der jährlichen Abschlussprüfung Pflichten zur Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen vorgesehen, die aber grundsätzlich eher auf Formalaspekte beschränkt ist (vgl insbesondere § 269 UGB, und zB *Hirschböck/Völkl/Gedlicka in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 269* (Stand 1.3.2019, rdb.at)).

Darüber hinaus enthält der B-PCGK spezifische Vorschriften für im Eigentum oder unter der Kontrolle des Bundes stehende Rechtsträger.

Bei Bundesbeteiligungen oder vom Bund verwalteten Rechtsträgern ist zudem zusätzlich zur gesetzlich vorgesehenen Abschlussprüfung durch einen Abschlussprüfer iSd UGB (Wirtschaftsprüfer) auch noch eine Prüfpflicht des Rechnungshofes gemäß Bundesgesetz über den Rechnungshof (Rechnungshofgesetz 1948 – **RHG**), StF: BGBl. Nr. 144/1948, vorgesehen, die zum Teil andere, dh zusätzliche Aspekte prüft.

Im Folgenden werden – wegen deren inhaltlicher Relevanz für die Entschließung des Nationalrates – die einschlägigen Bestimmungen des B-PCGK und des RHG 1948 kurz dargestellt.

### **1. Vorgaben des B-PCGK**

Die Vergütung der Mitglieder des Überwachungsorgans ist gemäß Punkt 11.5.2 B-PCGK regelmäßig auf ihre Angemessenheit und Leistungsgerechtigkeit zu überprüfen. Ob diese Überprüfung im Wege der jährlichen Abschlussprüfung oder im Rahmen einer Sonderprüfung zu erfolgen hat, legt der B-PCGK nicht fest. Die Einhaltung der Regelungen des Kodex sind gemäß Punkt 15.5 B-PCGK vom Unternehmen regelmäßig, mindestens alle fünf Jahre, durch eine externe Institution, zB einen Wirtschaftsprüfer, evaluieren zu lassen und das Ergebnis im Corporate Governance-Bericht auszuweisen.

### **2. Rechnungshofgesetz 1948**

Der Prüfpflicht des Rechnungshofes unterliegt

- die Gebarung jener Fonds, Stiftungen und Anstalten, die von Bundesorganen oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen des Bundes bestellt sind (§ 1 Abs 2 RHG 1948);
- die **Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarung** im ganzen oder hinsichtlich gewisser Teilgebiete, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften und die ziffernmäßige Richtigkeit der Jahresrechnung bei wirtschaftlichen Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die durch ein besonderes Gesetz geschaffen werden und die Bundesvermögen als Treuhänder zu verwalten haben oder für die der Bund eine Ausfallhaftung trägt (Wirtschaftskörpern) (§ 11 Abs 1 RHG 1948), einschließlich der von diesen Wirtschaftskörpern gehaltenen Beteiligungen, wobei letzteres ein bloßes Prüfrecht ist (§ 11 Abs 5 RHG 1948);
- die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner auf die **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarung** von
  - Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern jedenfalls mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die der Bund allein oder gemeinsam mit solchen Rechtsträgern betreibt (§ 12 Abs 1 RHG 1948);
  - Unternehmungen, die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern durch finanzielle

oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht (§ 12 Abs 1 RHG 1948);

- Unternehmungen jeder weiteren Stufe, bei denen die Voraussetzungen gemäß § 12 Abs 1 RHG 1948 vorliegen (§ 12 Abs 1 RHG 1948).

Darüber hinaus hat der Rechnungshof gemäß § 1 Abs 4 RHG 1948 **auf Beschluss des Nationalrates sowie auf begründetes Ersuchen der Bundesregierung oder eines Bundesministers in seinen Wirkungsbereich fallende besondere Akte der Gebarungsüberprüfung durchzuführen** und das Ergebnis dem Nationalrat zu berichten, beziehungsweise der ersuchenden Stelle mitzuteilen.

Gemäß § 11 Abs 3 RHG 1948 hat der Rechnungshof unbeschadet der ihm gemäß § 11 Abs 1 und 2 RHG 1948 obliegenden Überprüfung auf Ersuchen der Bundesregierung oder des zuständigen Bundesministers auch besondere Akte der Überprüfung durchzuführen und das Ergebnis der ersuchenden Stelle mitzuteilen.

Der Rechnungshof hat weiters gemäß § 14a Abs 1 RHG 1948 bei Unternehmungen und Einrichtungen, die seiner Kontrolle unterliegen und für die eine Berichterstattungspflicht an den Nationalrat besteht, jedes zweite Jahr die durchschnittlichen Einkommen einschließlich aller Sozial- und Sachleistungen von Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates sowie aller Beschäftigten und ferner zusätzliche Leistungen für Pensionen, die ehemaligen Angehörigen dieses Personenkreises zukommen oder künftig noch zukommen sollen, für die beiden jeweils vorangegangenen Jahre, jedoch nach Jahreswerten getrennt, zu erheben und gemäß § 14a Abs 2 RHG 1948 dem Nationalrat darüber zu berichten.

### **3. Vornahme von Prüfungshandlungen durch die Finanzprokurator**

Die Finanzprokurator ist zur „rechtlichen Beratung und Rechtsvertretung im Interesse des Staates“ berufen (Bundesgesetz über die Finanzprokurator (Finanzprokuratorgesetz – ProkG) StF: BGBl. I Nr. 110/2008); sie ist der „Rechtsanwalt des Bundes“. Wie aus den vorstehend dargelegten rechtlichen Anforderungen an die Angemessenheit von Aufsichtsratsvergütungen hervorgeht, handelt bei der vom Nationalrat verlangten Evaluierung und Prüfung der Höhe der Aufsichtsratsvergütungen allerdings nicht um eine rein mit anwaltlichen Know-How durchzuführende Beratungstätigkeit, sondern in der Frage der Wirtschaftlichkeit, bei der wohl auch die Vergleichbarkeit mit am Markt tätigen Unternehmen eine Rolle spielen wird, um eine Prüftätigkeit, die in den Tätigkeitsbereich des Rechnungshofs fällt.

Die Finanzprokurator steht gerne für eine rechtliche Sonderprüfung (Due Diligence) der Satzungen, Gesellschaftsverträge, Hauptversammlungs- und Generalversammlungsbeschlüsse der einzelnen Rechtsträger auf die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen zur Verfügung, jedoch liegt die Frage der Belegprüfung sowie der wirtschaftlichen Angemessenheit außerhalb einer anwaltlichen Beratungskompetenz und fällt vielmehr in die Kompetenz des Rechnungshofes.

In der Vergangenheit hat daher wohl der Nationalrat selbst oder aber auch die Bundesregierung oder ein einzelnes Ressort einen entsprechenden Prüfauftrag an den Rechnungshof erteilt, der sodann zu einzelnen rechtlichen Fragestellungen gegebenenfalls die rechtliche Expertise der Finanzprokurator eingeholt hat. Die Finanzprokurator selbst kann, wie sich aus dem RHG 1948 ergibt, allerdings nicht den Rechnungshof beauftragen.

### **III. Zusammenfassung und Empfehlung**

#### **A. Erforderliche Schritte einer Prüfung**

- 1.** Im Rahmen einer Evaluierung und Prüfung müsste in einem ersten Schritt ermittelt werden
  - i) an welchen Rechtsträgern der Bund, vertreten durch das BMI, direkte oder indirekte Beteiligungen hält; sowie
  - ii) bei welchen Rechtsträgern iSv lit i) und bei welchen weiteren Rechtsträgern das BMI Rechte auf Bestellung einen oder mehrere Aufsichtsratsmitglieder hat.

Diese Informationen sind nur zum Teil öffentlich zugänglich und wären daher für eine Evaluierung und Prüfung eine entsprechende Liste und zusätzlich die Satzungen und Gesellschaftsverträge der jeweiligen Rechtsträger vom BMI zur Verfügung zu stellen.

- 2.** In einem weiteren Schritt wären – nach Identifikation, inwieweit und wenn ja welche konkreten Bestimmungen über die Aufsichtsratsvergütung in den Satzungen bzw Statuten der Rechtsträger enthalten sind, – sämtliche Beschlüsse des für die Festlegung der Höhe der Aufsichtsratsvergütung zuständigen Organs über dessen Festlegung und sämtliche Beschlüsse seit 2014, mit denen diese Vergütung geändert wurde, zu ermitteln und der prüfenden Stelle vorzulegen.
- 3.** Weiters wären vom BMI, gegebenenfalls nach Einholung der Informationen von den jeweiligen Rechtsträgern, Informationen über die Zuordnung der Vergütungen zu den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrates, soweit dies aus den vorstehend genannten Dokumenten nicht bereits hervorgeht, sowie über die Qualifikation der einzelnen

Mitglieder, deren Arbeitsaufwand etc, soweit dies für die Bemessung der Vergütung ausschlaggebend war, einzuholen und der prüfenden Stelle vorzulegen.

4. Gegebenenfalls ist darüber hinaus auch eine Vorortüberprüfung der ermittelten und zusammengestellten Daten durch die prüfende Stelle erforderlich.
5. Sodann könnte eine Evaluierung und Prüfung der ermittelten Informationen und Daten auf ihrer Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit erfolgen.

#### **B. Rechtmäßigkeit von Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder**

Nach den einschlägigen Rechtsvorschriften für GmbHs und AGs kann den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine „mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende“ Vergütung gewährt werden. Die gesetzliche Regelung hat durch Lehre und Rechtsprechung eingehende Determinierung erfahren. Zu beachten ist, von wem die Vergütung gewährt wurde, ob sie tatsächlich Entgeltcharakter hat, oder nur eine Entschädigung für tatsächlich erwachsene Kosten ist, welche Leistung erwartet wird und erbracht wurde, sowohl im zeitlichen als auch im fachlichen Ausmaß und in welcher Lage sich das Unternehmen wirtschaftlich befindet. Ebenfalls ist gegebenenfalls zu berücksichtigen, ob das Aufsichtsratsmitglied bereits von anderer Stelle für die Wahrnehmung seiner Tätigkeit entlohnt wird.

#### **C. Wirtschaftlichkeit von Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder**

Die Frage der Wirtschaftlichkeit ist letztlich eine Frage der Angemessenheit nicht nur im Verhältnis der Vergütung des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes zu den übrigen Mitgliedern und zur erbrachten Tätigkeit und zur Lage des Unternehmens, sondern auch eine Frage der Verhältnismäßigkeit zu anderen vergleichbaren im Einfluss des Bundes stehenden Rechtsträgern und generell zu vergleichbaren Unternehmen im österreichischen Wirtschaftsleben.

#### **D. Prüfende Stelle**

Der Rechnungshof hat gemäß B-VG sowie gemäß RHG 1948 den gesetzlichen Auftrag der Prüfung der Gebarung, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit auch von Bundesbeteiligungen. Er kann darüber hinaus auch vom Nationalrat, der Bundesregierung oder einzelner Bundesminister mit einer „Sonderprüfung“ beauftragt werden. Die Finanzprokurator ist demgegenüber gemäß ProkG gesetzlich mit der rechtlichen Beratung und Vertretung des Bundes vor Gerichten und Verwaltungsbehörden beauftragt. Der Rechnungshof kann im

Rahmen seiner Prüftätigkeit auf die rechtliche Expertise der Finanzprokurator zugreifen. Umgekehrt kann die Finanzprokurator aber nicht den Rechnungshof mit der Prüfung beauftragen.

#### **E. Empfehlung**

Da die gegenständliche vom Nationalrat „aufgeforderte Prüfung“ eher in den Zuständigkeitsbereich des Rechnungshofes als der Finanzprokurator fällt, sollte aus Effizienzgründen erwogen werden, den Rechnungshof mit der Evaluierung und Prüfung zu beauftragen und allenfalls gegenüber diesem eine Einbeziehung der Finanzprokurator bei rechtlichen Fragestellungen nahelegen. Dies deshalb, da der Rechnungshof *ex lege* die Finanzprokurator zu rechtlichen Fragestellungen heranziehen kann, nicht umgekehrt aber die Finanzprokurator den Rechnungshof mit einer Prüfung beauftragen kann.

Da die Entschließung des Nationalrates an alle Ressorts der Bundesregierung gerichtet ist, wäre seitens des BMI zu überlegen, eine gemeinsame Vorgangsweise, nämlich eine gemeinsame Beauftragung des Rechnungshofes durch die Bundesregierung bei nächster Gelegenheit, zB im nächsten Ministerrat anzuregen und darüber dem Nationalrat unter Hinweis auf die gesetzlichen Zuständigkeiten der Prüfung von Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit einerseits und rechtlichen Beratung andererseits zu berichten.

Für weitere Fragen in dem Zusammenhang steht die Finanzprokurator gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag:

(Dr. Leixner LL.M.)