

Vorstandsverträge bei Verschmelzung und Einbringung nach § 8a KWG

Georg Schima

Der Beitrag geht der Frage nach, welches Schicksal die Vorstandsmandate und insbesondere die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder jener Aktiengesellschaften und Sparkassen erfahren, welche infolge Verschmelzung ihre Rechtspersönlichkeit verlieren oder (bei Sparkassen) wegen Einbringung des bankgeschäftlichen Teilbetriebes nach § 8a KWG auf die Anteilsverwaltung beschränkt sind. Vor allem geht es dabei um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das (ehemalige) Organmitglied einen Entgelt- und/oder Pensionsanspruch gegen die Rechtsnachfolgerin richten kann. Weiters wird untersucht, ob das in einem „ausgehöhlten“ Rechtsträger verbleibende Vorstandsmitglied sein Mandat aus wichtigem Grund vorzeitig zurücklegen kann.

Stichwörter: Verschmelzung, Einbringung des bankgeschäftlichen Unternehmens, Abberufung/Anstellung eines Vorstandsmitgliedes, Verschmelzungsbeschluß, -vertrag, Mandatsniederlegung, Mißtrauensvotum, Sphärentheorie.

1. Problemstellung

Neben den in Österreich in den letzten Jahren häufig durchgeführten Unternehmens- und Betriebsaufspaltungen, die meist der Strukturbereinigung, der Trennung von unattraktiven Unternehmensbereichen sowie auch der Erzielung steuerlicher Vorteile dienen, sind zunehmend Konzentrationstendenzen zu beobachten, die von vermehrten Unternehmenszusammenschlüssen begleitet sind. Diese Zusammenschlüsse können einerseits im Wege der Konzernierung erfolgen, andererseits aber auch durch Verschmelzung bzw. Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensteilen in andere Unternehmen, d. h. durch Vergrößerung bestehender bzw. Bildung neuer Rechtsträger.

Im Rahmen dieses kurzen Beitrages interessieren nur die durch Gesamtrechtsnachfolge gekennzeichnete *Verschmelzung* sowie *Einbringungen*, denen eine solche Wirkung zukommt, insbesondere die *Einbringung von bankgeschäftlichen Unternehmen* bzw. bankgeschäftlichen Teilbetrieben in *Aktiengesellschaften gemäß § 8a KWG*. Derartige Zusammenschlüsse haben zuletzt geradezu zu einer kleinen „Fusionswelle“ geführt.

Bei jeder Form von Verschmelzung verliert zumindest eines der daran beteiligten Unternehmen seine Rechtspersönlichkeit, geht also unter. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme (§ 219 Z. 1 AktG) ist

dies bei der übertragenden Gesellschaft, bei der Verschmelzung durch Neubildung (§ 219 Z. 2 AktG) bei beiden Gesellschaften der Fall, weil dann gemäß § 233 Abs. 1 AktG jede der sich vereinigenden Gesellschaften als übertragende gilt.

Auf diese Art und Weise können sowohl Aktiengesellschaften als auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Sparkassen miteinander verschmolzen werden. Die Verschmelzung einer AG mit einer GmbH ist zwar möglich, nach h. A. jedoch nur durch Aufnahme der GmbH seitens der AG und nicht umgekehrt [1].

Für den *Banken- und Sparkassensektor* wurden durch § 8a KWG *Möglichkeiten der Vereinigung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge* geschaffen, die keine Verschmelzungen im technischen Sinn darstellen. Sparkassen, Landes-Hypothekenbanken und Hypothekenbanken sowie Genossenschaften können ihr gesamtes bankgeschäftliches Unternehmen oder den bankgeschäftlichen Teilbetrieb zum Ende eines Geschäftsjahres mit sämtlichen Aktiven und Passiven als Sacheinlage zu Buchwerten entweder in eine zu errichtende Aktiengesellschaft als deren alleiniger Aktionär oder in eine Aktiengesellschaft, die Bankgeschäfte betreibt und demselben Fachverband wie die einbringende Bank zugerechnet wird, oder in eine zu errichtende Aktiengesellschaft zusammen mit anderen Banken desselben

Dr. Georg Schima ist Rechtsanwalt in Wien; Adresse: Zelinkagasse 6, A-1010 Wien.

[1] Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny: Gesellschaftsrecht*⁵, S. 326; *Schiemer: AktG*² Anm. 1.1. zu § 234.

Fachverbandes einbringen (§ 8a Abs. 2—4 KWG) [2].

In den genannten Fällen stellt sich die Frage des Schicksals der Anstellungsverträge der Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans der untergehenden bzw. „ausgehöhlten“ Gesellschaften, Sparkassen und Genossenschaften. Die Problematik hat grundsätzlich auch für die GmbH Bedeutung; hier interessiert aber in erster Linie das *Schicksal von Anstellungsverträgen der Vorstandsmitglieder* einer untergehenden oder nach § 8a KWG eingebrachten Aktiengesellschaft und Sparkasse.

2. Entgeltanspruch bei Untergang bzw. „Aushöhlung“ des Rechtsträgers

Unbestritten dürfte sein, daß mit dem Untergang der übertragenden Gesellschaft bei der Verschmelzung, die durch Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch bewirkt wird (vgl. § 226 Abs. 3, 1. Satz AktG) [3], deren Vorstandsmandate erlöschen. Die gilt in gleicher Weise für die nicht im AktG geregelten Verschmelzungsfälle (vgl. z. B. § 25 SpG).

Bei der Einbringung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 8a KWG bleibt der einbringende Rechtsträger hingegen bestehen; seine Aktivitäten beschränken sich jedoch auf die „Vermögensverwaltung“ (vgl. § 8a Abs. 9 KWG), d. h. auf die Verwaltung der Anteile (Aktien) an der Bank-Aktiengesellschaft [4]. Man spricht dann z. B. von „Anteilsverwaltungssparkassen“.

Die Frage des Schicksals der Vorstandsmandate in der einbringenden Sparkasse (Hypothekenbank [5], Genossenschaft) ist gesetzlich nicht geregelt; § 8a Abs. 9, 3. Satz KWG spricht bloß davon, daß die Tätigkeit der geschäftsführenden Organe des einbringenden Unternehmens „nicht als hauptberufliche Tätigkeit“ i. S. d. § 4 Abs. 3 KWG gilt und damit auch kein Hindernis für die zusätzliche Bekleidung eines Mandats als „Geschäftsleiter“ (z. B. Sparkassen-Vorstandsmitglied) in einem Bankunternehmen ist [6].

[2] Vgl. dazu *Fremuth/Laurer/Pötzelberger/Ruess*: KWG² Rz 1 ff. zu § 8a; *Jabornegg*, ÖBA 1990, S. 82 ff.; *Jabornegg*, ÖBA 1990, S. 966 ff.; *Kastner*, FS Ostheim, S. 279 ff.; *Jud/Grünwald*, ÖBA 1990, S. 690 ff.; *Raschauer*, ÖZW 1991, S. 11 ff.

[3] *Schiemer*: AktG² Anm. 4.1. zu § 226.

[4] Vgl. *Jabornegg*, ÖBA 1990, S. 90; *Fremuth/Laurer/Pötzelberger/Ruess*: KWG² Rz 29 zu § 8a zur Frage der Weiterführung eines nicht bankgeschäftlichen Teilbetriebes.

[5] (Privatrechtliche) Hypothekenbanken sind nur die in der Rechtsform einer AG geführte Creditanstalt-Bankverein sowie das Österreichische Credit-Institut, ebenfalls eine AG (vgl. *Kastner*, FS Ostheim, S. 284).

[6] Vgl. *Fremuth/Laurer/Pötzelberger/Ruess*: KWG² Rz 29 zu § 8a, die das Spannungsverhältnis zu § 16 Abs. 2 Z. 1 SpG betonen.

Es ist daher davon auszugehen, daß die Vorstandsmandate der einbringenden Sparkasse (Genossenschaft etc.) durch die Einbringung *nicht* erlöschen. Ungeachtet der mit der Einbringung grundsätzlich verbundenen Gesamtrechtsnachfolge (§ 8a Abs. 5, 1. Satz KWG) müssen m. E. dann wohl auch die *Anstellungsverträge* der Vorstandsmitglieder *beim einbringenden Rechtsträger verbleiben* und gehen nicht — wie andere Vertragsverhältnisse — auf die Aktiengesellschaft über. Freilich ist auch die Gegenposition diskutierenswert, daß die Mandate zwar aufrecht bleiben, die aus dem Anstellungsvertrag resultierenden, insbesondere finanziellen Verpflichtungen der Gesellschaft (Sparkasse) aber auf den Rechtsnachfolger übergehen. Es läge dann gleichsam ein Fall von „Ex-lege-Drittanstellung“ [7] vor. Inwieweit der *Inhalt* der Anstellungsverträge durch die Einbringung berührt wird, ist eine andere Frage (dazu unten).

In den Fällen der „echten“ Verschmelzung, die vom Untergang zumindest eines Rechtsträgers begleitet ist, stellt sich aber jedenfalls die Frage nach dem Schicksal der Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder (Geschäftsführer) des untergehenden Unternehmens [8]. Folgt man der Auffassung von *Schiemer* [9], wonach es keinen über den Bestand des Mandats hinausgehenden Anstellungsvertrag (in der AG) geben könne und die Anstellungsverträge bloße „Annexe“ des Mandats seien, so müßte man zweifellos den Untergang auch der Anstellungsverträge zusammen mit dem Erlöschen der Mandate bejahen.

Die Auffassung von *Schiemer* ist allerdings vereinzelt geblieben und steht auch mit der in den Materialien zum AktG 1965 erklärten Absicht des Gesetzgebers in klarem Widerspruch [10]. In Lehre und Judikatur ist ganz überwiegend anerkannt, daß die Beendigung des Mandats nicht notwendigerweise das Erlöschen des Anstellungsvertrages zur Folge hat. Dies bedeutet freilich noch nicht automatisch, daß der Anstellungsvertrag im Falle einer Verschmelzung (bzw. sonstigen Gesamtrechtsnachfolge) nicht doch *aus besonderen Gründen* mit dem Mandat untergeht und daher ein Übergang der aus

[7] Zur Drittanstellung vgl. *Runggaldier/Schima*: Die Rechtsstellung von Führungskräften, S. 98 ff.

[8] Vgl. *Runggaldier/Schima*: Manager-Dienstverträge, S. 156, Anm. 27.

[9] AktG² Anm. 4.2. und 4.3. zu § 75, Anm. 3.1. zu § 78.

[10] Vgl. die Mat. zum AktG 1965 EBRV 301 BlgNR X.GP 69; *Runggaldier/Schima*: Führungskräfte, S. 54; Kritik an der „Trennungsthese“ wurde jüngst von *Floretta*: Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, FS *Schwarz*, S. 475 ff. geübt. Auch *Floretta* anerkennt aber, daß trotz Wegfalls des Mandats die aus dem Anstellungsvertrag resultierenden (finanziellen) Ansprüche, die die Gesellschaft als Gegenleistung für die zu erbringenden Dienste als Vorstandsmitglied zugesagt hat, aufrecht bleiben (können), vgl. *Floretta*: FS *Schwarz*, S. 485 f.

dem Anstellungsvertrag resultierenden wechselseitigen Rechte und Pflichten auf den Gesamtrechtsnachfolger (aufnehmende bzw. neu gebildete Gesellschaft) nicht eintritt.

Aus praktischer Sicht reduziert sich die angesprochene Problematik auf die Beantwortung der Frage, ob das Vorstandsmitglied der untergegangenen Gesellschaft (Sparkasse, Genossenschaft) seinen *Entgeltanspruch* behält und nunmehr gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend machen kann.

Unstrittig ist wohl, daß das *Vorstandsmitglied* die ihm im Anstellungsvertrag auferlegten Pflichten nicht mehr erfüllen und insbesondere seine Tätigkeit als Vorstandsmitglied nicht mehr ausüben kann. Diese Tätigkeitsverpflichtung hat ihre Rechtsgrundlage bereits im *Mandat* und ist mit dessen aufrechtem Bestand verknüpft [11]. Mit Verlust des Vorstandsamtes — aus welchem Grunde auch immer — *kann und darf* der Betroffene *nicht mehr weiter als Vorstandsmitglied tätig sein*. Bei der Einbringung nach § 8a KWG bleiben — wie gesagt — zwar sowohl Mandat als auch Anstellungsvertrag bestehen, doch ist die Ausübung der *bisherigen* Vorstandstätigkeit wegen der „Aushöhlung“ des einbringenden Rechtsträgers ebenfalls nicht möglich, wenn auch allenfalls über eine Kontrolle in der Hauptversammlung der Sparkassen-AG mittelbar auf deren Vorstand und damit letztlich auf die Führung des bankgeschäftlichen Unternehmens Einfluß genommen werden mag. Die *folgenden Ausführungen gelten* mutatis mutandis daher *auch für die Einbringung nach § 8a KWG*.

Ob das von einem Amtsverlust betroffene Mitglied gegenüber der Gesellschaft (Sparkasse, Genossenschaft) *Anspruch* auf Weiterzahlung des bedungenen *Entgelts* behält, beurteilt sich nach anderen Grundsätzen als die Frage der Weiterführung des Vorstandsamtes.

Meines Erachtens ist diesbezüglich die — auch auf Vorstandsmitglieder einer AG und Sparkasse, die nach h. L. und Rsp nicht Arbeitnehmer sind, anwendbare [12] — Bestimmung des § 1155 ABGB heranzuziehen. Diese Vorschrift regelt richtiger Ansicht zufolge bei Dienstverträgen sowohl die Unmöglichkeit der Leistung als auch den Annahmeverzug durch den „Dienstgeber“ [13].

[11] Ganz h. A. (vgl. z. B. *Schiemer*: AktG² Anm. 4.1. zu § 75; *Runggaldier/Schima*: Führungskräfte, S. 58 f., S. 65 f.; *Floretta*: FS Schwarz, S. 482 f.; a. M. wohl nur *Schuster/Bonnott*, GesRZ 1983, S. 109 f., S. 116; *Schuster/Bonnott*, FS Kastner, S. 425 f.).

[12] Ausführlich *Runggaldier/Schima*: Führungskräfte, S. 180 f.

[13] Vgl. den Meinungsstand bei *Krejci* in *Rummel*: ABGB² I Rz 9 zu § 1155.

Die Frage ist, ob die „nicht zustande gekommene Dienstleistung“ aus Umständen, „die auf Seiten des Dienstgebers“ (d. h. des untergegangenen oder einzubringenden Rechtsträgers) liegen, unterblieb, die Unmöglichkeit somit *dessen* Sphäre zuzurechnen ist.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Vorstand oder die Gesellschaft (Sparkasse) bestimmenden Einfluß auf das Ob und Wie einer Verschmelzung bzw. Einbringung hat. Gerade diese Antwort fällt bei den hier interessierenden Konstellationen der Verschmelzung (bzw. Einbringung mit Gesamtrechtsnachfolge) nicht ganz leicht, weil die Verschmelzung in allen relevanten Fällen unter Mitwirkung des geschäftsführenden Organs (Vorstand, Geschäftsführung) vor sich zu gehen hat, diese Mitwirkung aber bloß ein notwendiges, *keineswegs* jedoch ein *ausreichendes Erfordernis* ist.

So verlangt § 220 AktG für die Verschmelzung durch Aufnahme den mit einer Mehrheit von mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals zu fassenden Beschluß durch die Hauptversammlungen aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften; § 233 Abs. 1 AktG ordnet die Anwendung der diesbezüglichen Vorschriften auch für die Verschmelzung durch Neubildung an.

Gemäß § 17 Abs. 2 Z. 11 SpG obliegt dem Sparkassenrat die „Beschlußfassung über die Verschmelzung . . . der Sparkasse“, wobei der Beschluß bei Gemeindesparkassen der Zustimmung der Haftungsgemeinde, bei Vereinssparkassen der Zustimmung der Vereinsversammlung bedarf (§ 17 Abs. 5 SpG). Eine zusätzliche Beschlußfassung des Vorstandes oder dessen Zustimmung ist — zumindest dem Gesetzeswortlaut zufolge — nicht erforderlich, ergibt sich aber meines Erachtens daraus, daß der gemäß § 25 Abs. 3 SpG schriftlich abzufassende Verschmelzungsvertrag — entsprechend der zum AktG h. A. — vom *Vorstand* abzuschließen, d. h. zu unterzeichnen ist, weil durch § 17 Abs. 2 Z. 11 SpG *dem Sparkassenrat keine* für die alleinige Durchführung der Verschmelzung ausreichende *Vertretungsmacht* eingeräumt, sondern bloß die Vertretungsmacht des Vorstandes entsprechend *eingeschränkt* wird [14].

Aus § 17 Abs. 3 SpG scheint sich hingegen zu ergeben, daß die Einbringung des gesamten Unternehmens oder des bankgeschäftlichen Teilbetriebes der

[14] Die Kompetenzverteilung ist „technisch“ wie in § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG geregelt, wo das Zustimmungsrecht der HV zum Verzicht bzw. Vergleich auch die Vertretungsmacht des Vorstandes bzw. Aufsichtsrates einschränkt (vgl. dazu *Schima*: Entlastung des Vorstandes (Aufsichtsrates) durch Entlastungsbeschluß sämtlicher Aktionäre?, GesRZ 1991, S. 197).

Sparkasse gemäß § 8a KWG in eine Sparkassen-Aktiengesellschaft eine (initiative) Beschlußfassung des Vorstandes erfordert, dieser Beschluß jedoch der *Zustimmung* des Sparkassenrates bedarf. Daraus würde ein gewisser *Wertungswiderspruch* zwischen der Kompetenzregelung bei der Einbringung und jener bei der Verschmelzung resultieren.

Aus § 17 Abs. 2 Z. 11 SpG folgt nämlich meines Erachtens zwingend, daß der Vorstand beim Abschluß des Verschmelzungsvertrages und der Durchführung der Verschmelzung ein reines *Exekutivorgan* des Sparkassenrates ist, wohingegen die Textierung des § 27 Abs. 3 SpG den Eindruck erweckt, als könne (rechtlich) bei der Einbringung nach § 8a KWG der Sparkassenrat nicht von sich aus aktiv werden, sondern einer vom Vorstand beschlossenen Einbringung bloß die Zustimmung erteilen oder verweigern. Eine solche unterschiedliche Behandlung zweier a priori gleich bedeutsamer „Umstrukturierungsmaßnahmen“ wäre kaum zu rechtfertigen.

Meines Erachtens ist der aufgezeigte Wertungswiderspruch am überzeugendsten so aufzulösen, daß § 17 Abs. 3 SpG trotz der von § 220 Abs. 1 AktG abweichenden Terminologie („beschließt“ im Vergleich zu „Zustimmung“) hinsichtlich der Kompetenzen des Sparkassenrates in einer *am Aktienrecht orientierten* Art und Weise ausgelegt werden muß.

Dies folgt zum einen aus der Tatsache, daß die Organstruktur der Sparkasse jener der AG vom Gesetzgeber über weite Bereiche bewußt nachgebildet wurde, und zum anderen daraus, daß in der Sparkasse, die ja keine Eigentümer besitzt, der Sparkassenrat *auch* Funktionen wahrnimmt, die in der AG Sache der Hauptversammlung sind. Zu § 220 Abs. 1 AktG ist aber von der h. M. anerkannt, daß der Vorstand die Durchführung einer von der Hauptversammlung beschlossenen Verschmelzung nicht verweigern darf, sondern allenfalls zur Anfechtung des Beschlusses berechtigt (und auch verpflichtet) ist [15].

Ungeachtet des Umstandes, daß eine Verschmelzung jedenfalls (auch) einen Vorstandsbeschluß — nämlich über den Abschluß des Verschmelzungsvertrages [16] — erfordert, kann auch dort von einem *autonomen* Handlungsspielraum des Vorstandes nicht wirklich gesprochen werden. Folgt man der (zitierten) h. L., wonach der Vorstand eine von der Hauptversammlung beschlossene Verschmelzung im Sinne des Beschlusses durchzuführen hat [s. FN 15], ist dies ohnehin eindeutig; selbst wenn

man eine derartige Verpflichtung jedoch nicht bejaht, kann die Hauptversammlung im Falle der Mißachtung ihres Verschmelzungsbeschlusses (bzw. „Verschmelzungswillens“) durch den Vorstand zweifellos ein „nicht offenbar unsachliches“ Mißtrauensvotum i. S. d. § 75 Abs. 4 AktG fassen, was den Aufsichtsrat zur Abberufung des Vorstandes zwar nicht verpflichtet [17], ihn aber regelmäßig dazu veranlassen wird, will er nicht seine eigene Stellung gefährden.

Im Falle der Einbringung nach § 8a KWG wird (ungeachtet der Regelung des § 17 Abs. 3 SpG) die Initiative zur Einbringung — wie die Praxis zeigt — ebenfalls häufig nicht vom Vorstand ausgehen, sondern z. B. von einer (in Liquiditätsschwierigkeiten befindlichen) Haftungsgemeinde oder auch von einem größeren Bankunternehmen, das auf der Suche nach „attraktiven“ Sparkassen ist. Zwar gibt es im Sparkassenrecht keine Abberufung des Vorstandes wegen Vorliegens eines Mißtrauensvotums [18] — das Gesetz erwähnt beispielsweise nur die „grobe Pflichtverletzung“ —, doch wird meines Erachtens auch die Weigerung des Vorstandes, eine wirtschaftlich sinnvolle Einbringung nach § 8a KWG zu beschließen, dem Sparkassenrat eine — zumindest vorläufig wirksame (vgl. § 16 Abs. 4 SpG) — *Abberufung* des Vorstandes ermöglichen.

Nach alledem kann meines Erachtens grundsätzlich *nicht* davon gesprochen werden, daß die sich aus einem Untergang der Gesellschaft/Sparkasse/Genossenschaft und dem damit verbundenen Erlöschen der Vorstandsmandate bzw. die sich aus der Beschränkung des Rechtsträgers auf die Anteilsverwaltung ergebende (teilweise) Unmöglichkeit der weiteren Amtsausübung als Vorstandsmitglied auf Umstände zurückzuführen ist, die das Vorstandsmitglied i. S. d. § 1155 ABGB zu vertreten hat. Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung zu § 17 Abs. 3 SpG gilt dies im Prinzip auch für die Einbringung von Sparkassen nach § 8a KWG, weil der Vorstand nicht „Herr“ der Einbringung ist. Anerkennt man im Rahmen des § 1155 ABGB auch das Vorhandensein einer „neutralen“ Sphäre [19], dann wäre noch zu klären, ob das (teilweise) Unterbleiben der Dienstleistung in eine solche neutrale Sphäre fällt und damit ein Entgeltanspruch i. d. R. nicht bestünde. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen, weil das Handeln der Hauptversammlung bzw. des Sparkassenrates nur der *Gesellschaft* (Sparkasse) zugerechnet werden kann und Fallkonstellationen, in denen der Untergang bzw. die Einbringung des Rechtsträgers

[15] Vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*: Gesellschaftsrecht⁵, S. 327; *Schiemer*: AktG² Anm. 2.1. zu § 220; *Schilling*, in Großkomm. dAktG 1937 Anm. 8 zu § 234.

[16] Vgl. § 221 Abs. 1 AktG; *Kastner/Doralt/Nowotny*: Gesellschaftsrecht⁵, S. 328.

[17] Vgl. *Schiemer*: AktG² Anm. 7.2. zu § 75; *Runggaldier/Schima*: Führungskräfte, S. 176.

[18] Vgl. *Floretta*: FS Schwarz, S. 485.

[19] Vgl. *Krejci* in *Rummel*: ABGB² I Rz 12 f zu § 1155.

i. S. d. § 1155 ABGB weder dem Vorstand noch der Gesellschaft (Sparkasse) zuzurechnen sind, nicht denkbar erscheinen. Somit ist das mit dem Zeitpunkt des Unterganges (der Einbringung) des Rechtsträgers einsetzende (teilweise) Unterbleiben der weiteren Dienstleistung dem „Dienstgeber“, d. h. dem untergegangenen (einbringenden) Rechtsträger zuzurechnen. Daraus folgt, daß das Vorstandsmitglied seinen Anspruch auf Weiterzahlung der Bezüge bis zum Ablauf der bedungenen Vertragszeit behält und bei der Verschmelzung (meines Erachtens nicht bei der Einbringung nach § 8a KWG, siehe oben) dieser Vergütungsanspruch von der Gesamtrechtsnachfolge erfaßt wird, also auf den Rechtsnachfolger übergeht.

Zu fragen wäre noch, ob eine andere Beurteilung nicht in jenen Fällen geboten ist, in denen eine Verschmelzung (Einbringung) tatsächlich ausschließlich oder ganz überwiegend auf Initiative des Vorstandes erfolgte und die nötigen (Zustimmungs-) Beschlüsse der Hauptversammlung (des Sparkassenrates, der Haftungsgemeinde, des Vereins) bloß formalen Charakter tragen. Dies ist meines Erachtens grundsätzlich zu bejahen, weil die Beurteilung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Entgeltanspruches nach § 1155 ABGB nur im konkreten Einzelfall erfolgen kann und Pauschalwertungen des Inhaltes, daß eine Verschmelzung (Einbringung) wegen der rechtlichen Abhängigkeit des Vorstandes generell nicht diesem zugerechnet werden kann, unzulässig sind. Wird eine Verschmelzung auf Initiative des Vorstandes durchgeführt, ohne daß die Hauptversammlung ihre Kompetenzen auch inhaltlich ausnützte, dann wäre zumindest zu erwägen, daß der Vorstand der übertragenden und daher untergehenden Gesellschaft (Sparkasse), der nicht für eine anderweitige Einigung (z. B. Bestellung in den Vorstand der aufnehmenden oder neu entstehenden Gesellschaft etc.) gesorgt hat, nicht auf der Fortzahlung seiner Bezüge während der gesamten (hypothetischen) Mandatsdauer gegenüber der Rechtsnachfolgerin bestehen kann, sondern die Unmöglichkeit der Dienstleistung zu vertreten hat.

Allerdings läßt sich auch argumentieren, daß die Hauptversammlung (der Sparkassenrat) durch den Beschluß — sei er nun rein zustimmender oder zumindest formal „initiativer“ Art (weil vor Abschluß des Verschmelzungsvertrages erfolgend) — gleichsam die „Sachherrschaft“ über die Verschmelzung übernimmt und damit den Untergang der Mandate und den Übergang finanzieller Verpflichtungen auf die Rechtsnachfolgerin „in Kauf nimmt“.

Eine abschließende und völlig ins Detail gehende Beurteilung würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen und muß daher unterbleiben.

3. Vertragliche Gestaltung

Die in concreto eintretenden Rechtsfolgen hängen auch von der Vertragsgestaltung im Einzelfall ab. Grundsätzlich ist es als zulässig anzusehen, wenn bereits im Anstellungsvertrag eine Regelung des Inhaltes enthalten ist, daß im Falle des Unterganges der Gesellschaft (Sparkasse, Genossenschaft) infolge Verschmelzung oder sonstiger Gesamtrechtsnachfolge der Anstellungsvertrag automatisch erlischt [20], wobei aber auch bei nicht Arbeitnehmer-eigenschaft besitzenden Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen aus dem Verbot der fristlosen Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes [21] bzw. aus der analogen Anwendbarkeit von § 1162b ABGB [22] die Verpflichtung der Gesellschaft (Sparkasse, Genossenschaft) folgt, dem Betroffenen in diesem Fall eine — im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine angemessene Kündigungsfrist hinauslaufende — finanzielle Abfindung zu gewähren.

Große praktische Bedeutung kann auch der Frage zukommen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe das vom Untergang oder einer gravierenden wirtschaftlichen Beschneidung seines Rechtsträgers betroffene Vorstandsmitglied Pensionsansprüche geltend machen kann. Bei der Vereinigung (z. B. Verschmelzung) zweier ungefähr gleich großer und wirtschaftlich gleich starker Rechtsträger (vgl. etwa die jüngst durchgeführte Fusion der Österreichische Länderbank Aktiengesellschaft und der Zentralsparkasse und Kommerzbank Aktiengesellschaft) werden die Fragen der Beibehaltung von Organmandaten bzw. der finanziellen Absicherung der leitenden Mitarbeiter üblicherweise „amikal“ und zur wechselseitigen Zufriedenheit geregelt. Bei der „Einverleibung“ eines kleineren Unternehmens durch ein großes ist dies aber nicht so selbstverständlich.

Vor allem im Sparkassensektor dürfte dieser Aspekt Bedeutung besitzen. Dort existieren im wesentlichen standardisierte und vom Sparkassenverband ausgearbeitete Anstellungsverträge, wobei die gängigen Vereinbarungen überwiegend zwei verschiedenen Typen zugeordnet werden können. Der erste Typus (sogenannte „A-Verträge“) stammt noch aus der Zeit vor Inkrafttreten des SpG, als maximal auf sieben Jahre befristete Verträge zulässig und üblich waren. In diesen Verträgen ist meist festgehalten, daß das Vorstandsmitglied bei Ablauf der (7jährigen) Vertragsdauer ohne Rücksicht auf

[20] Vgl. die Vertragsklausel bei Runggaldier/Schima: Manager-Dienstverträge, S. 157.

[21] Vgl. Runggaldier/Schima: Führungskräfte, S. 182 f.

[22] Vgl. OGH ARD 4292/10/91; ebenso Runggaldier/Schima: Führungskräfte, S. 180; Wachter, DRdA 1984, S. 414.

das Angebot bzw. die Annahme einer Wiederbestellung einen umfassenden Pensionsanspruch besitzt.

Die Verträge des zweiten Typus („B-Verträge“) sind diesbezüglich nicht mehr so großzügig und — entsprechend der Regelung im SpG — auf maximal fünf Jahre befristet. Ein Pensionsanspruch wird in diesen Verträgen i. d. R. davon abhängig gemacht, daß das Vorstandsmitglied (ohne Vorliegen von grober Pflichtverletzung oder sonstiger „Entlassungsgründe“) nach Ablauf seiner Funktion „nicht wiederbestellt“ wird.

Im Falle des Unterganges des Vorstandsmandates infolge Unterganges einer verschmolzenen Sparkasse (nicht jedoch bei der Einbringung nach § 8a KWG) ist eine „Wiederbestellung“ naturgemäß rechtlich unmöglich geworden und Pensionsansprüche des ehemaligen Vorstandsmitgliedes meines Erachtens daher gegeben [23]. Wenn die aufnehmende Gesellschaft bzw. Sparkasse oder die Sparkassen-Aktiengesellschaft bzw. Bank-Aktiengesellschaft im Falle der Verschmelzung dem ehemaligen Vorstandsmitglied einen Vertrag mit *zumindest gleich guten* oder besseren Konditionen anbietet, so führt die Ablehnung dieses Angebotes dennoch *nicht* zum Verlust der Pensionsansprüche. Auch bei flexibler Interpretation der in Betracht kommenden vertraglichen Regelungen kann ein einer „Wiederbestellung“ gleichzusetzendes Angebot des Rechtsnachfolgers, dessen Ablehnung zum Verlust der Pensionsansprüche führen würde, nur dann angenommen werden, wenn nicht bloß die finanziellen Konditionen zumindest gleichbleiben, sondern wenn vielmehr auch der *Tätigkeits- und Einflußbereich* des (ehemaligen) Vorstandsmitgliedes *keine nennenswerte Einschränkung* erfährt. Davon kann aber bei den in der Praxis üblichen Konstellationen, in denen das Vorstandsmitglied einer aufgenommenen oder eingebrachten Sparkasse i. d. R. *Filialleiter* des neuen Bankunternehmens wird, nicht die Rede sein. Dies ergibt sich bereits aus der dem Vorstandsmitglied einer Sparkasse (sowie selbstverständlich auch einer Aktiengesellschaft) zukommenden Eigenverantwortlichkeit und *Weisungsfreiheit* (vgl. § 16 Abs. 1 SpG bzw. § 70 Abs. 1 AktG) [24], die mit der Stellung eines Filialleiters selbst eines größeren Bankunternehmens in

keiner Weise vergleichbar ist. Letztlich könnte das Bankunternehmen wohl nur durch — in der Praxis meist nicht in Betracht kommende — Bestellung des ehemaligen Vorstandsmitgliedes zum Vorstandsmitglied der Sparkasse bzw. Aktiengesellschaft, die als aufnehmendes Unternehmen fungiert bzw. in die das bankgeschäftliche Unternehmen bzw. der bankgeschäftliche Teilbetrieb gemäß § 8a KWG eingebracht wurde, bewirken, daß eine Ablehnung durch den Betroffenen diesen um seine Pensionsansprüche bringt.

Wie zu erfahren war, gelang es allerdings einigen besonders geschickten Sparkassen-Vorstandsmitgliedern, in ihren Anstellungsverträgen ausdrückliche Bestimmungen unterzubringen, denen zufolge bei Verschmelzung bzw. Gesamtrechtsnachfolge das Vorstandsmitglied schlechthin berechtigt ist, die vollen Pensionsansprüche geltend zu machen. In einem solchen Fall kann das (ehemalige) Vorstandsmitglied auch die Bestellung in den Vorstand des aufnehmenden Bankunternehmens sanktionslos ablehnen.

4. Mandatsniederlegung und Austritt

Hinsichtlich der Einbringung nach § 8a KWG ist anzumerken, daß diese — wie bereits gesagt — nicht zum Untergang des einbringenden Rechtsträgers führt, dessen geschäftlicher Tätigkeitsbereich aber ganz erheblich eingeschränkt wird und im wesentlichen auf die Anteilsverwaltung reduziert ist.

In diesem Falle bleiben zwar die Vorstandsmandate des einbringenden Rechtsträgers und damit auch die korrespondierenden Anstellungsverträge bestehen, woraus sich ergibt, daß daraus abgeleitete finanzielle Ansprüche meines Erachtens weiterhin ausschließlich *gegen den einbringenden Rechtsträger* zu richten sind; eine Tätigkeit der Vorstandsmitglieder im bisherigen Umfang und Ausmaß und mit einem ähnlichen Aktionsradius ist jedoch evidentermaßen unmöglich geworden. Eine *Verpflichtung* der Vorstandsmitglieder des einbringenden Unternehmens, eine auf die Anteilsverwaltung reduzierte Leistungsfunktion auszuüben, ist meines Erachtens *abzulehnen* (vgl. § 8a Abs. 9, 2. Satz KWG), weil eine derartige Verpflichtung die *Duldung einseitiger* und nicht eigens vorbehaltenen *Vertragsänderungen* bedeuten würde.

Daraus folgt aber, daß die betroffenen Vorstandsmitglieder berechtigt sind, bei Fehlen einer anderweitigen Einigung ihre *Mandate vorzeitig zurückzulegen* und auch die damit zusammenhängenden Anstellungsverträge vorzeitig *aus wichtigem Grund* aufzulösen. Die aus einer solchen vorzeitigen und gerechtfertigten Vertragsauflösung regelmäßig resultierenden umfangreichen Ansprüche können

[23] Dieses Ergebnis ist freilich nur durch das — aufgezeigte — Fehlen eines autonomen Entscheidungsspielraumes des Vorstandes zu rechtfertigen. Hätte der Vorstand die Verschmelzung (Einbringung) nämlich allein „in der Hand“, dann müßte man — ungeachtet der Tatsache, daß die „Wiederbestellung“ auch dann nicht möglich ist — wohl zur Verneinung des Pensionsanspruches mit Hilfe der Rechtsfigur der *treuwidrigen Herbeiführung der Bedingung* gelangen (vgl. dazu *Knützel*, JBl 1976, S. 613 ff.).

[24] Vgl. dazu ausführlich *Runggaldier/Schima*: Führungskräfte, S. 16 ff., 174 f.

freilich bei dem auf die bloße Anteilsverwaltung beschränkten Rechtsträger u. U. schwer einbringlich sein [25]. Praktisch relevant ist diese Konstellation aber wohl kaum, weil der Vorstand der Sparkasse, der — wie bereits gesagt — die Einbringung nach § 8a KWG — wenn auch mit Zustimmung des Sparkassenrates und u. U. unter großem Druck stehend — zu *beschließen* hat, bei der vertraglichen Regelung wohl seine eigene Position entsprechend mitberücksichtigt. Verweigert der Sparkassenrat bzw. die Haftungsgemeinde oder der Sparkassenverein dem Beschluß die nötige Zustimmung und soll der Vorstand dazu „gezwungen“ werden, einen Beschluß ohne entsprechende Absicherung seiner eigenen Position zu fassen, dann bleibt ihm noch immer die Möglichkeit der Mandatsniederlegung mit vorzeitiger Auflösung des Anstellungsvertrages vor der Einbringung, weshalb die daraus resultierenden finanziellen Ansprüche gegen den (noch) über ein bankgeschäftliches Unternehmen verfügenden und daher regelmäßig liquiden Rechtsträger geltend zu machen sind.

[25] Ist das einbringende Unternehmen eine Gemeindeparkasse, dann haftet die Gemeinde freilich für die Verbindlichkeiten der Sparkasse als Ausfallbürge nach § 1356 ABGB (§ 2 Abs. 1 SpG). Meines Erachtens ist hier § 2 Abs. 1, 1. Satz SpG anzuwenden und nicht der 2. Satz, weil die erstzitierte Bestimmung meines Erachtens auch für Verbindlichkeiten des einbringenden Rechtsträgers gilt, die — ausnahmsweise und ungeachtet der gesetzlich angeordneten Gesamtrechtsnachfolge — nicht auf die AG übergehen. Eben wegen des Fehlens eines Überganges kommt eine Anwendung von § 2 Abs. 1, 2. Satz SpG nicht in Betracht.

Verzeichnis der zitierten Literatur:

- Florèta*: Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, FS Schwarz (1991), S. 475 ff.
- Fremuth / Laurer / Pötzelberger / Ruess*: Handkommentar zum Kreditwesengesetz, 2. Aufl., 1991.
- Großkommentar zum deutschen Aktiengesetz, 1937.
- Jabornegg*: Gesellschaftsrechtliche Fragen der Gründung von Sparkassenaktiengesellschaften, ÖBA 1990, S. 82 ff.
- : Zusammenschluß einer Sparkassen-Aktiengesellschaft mit einer bankgeschäftlich tätigen Sparkasse, ÖBA 1990, S. 966 ff.
- Jud / Grünwald*: Möglichkeiten und Probleme des Zusammenschlusses einer Sparkassen-Aktiengesellschaft mit einer bankgeschäftlich tätigen Sparkasse, ÖBA 1990, S. 690 ff.
- Kastner / Doralt / Nowotny*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 1991.
- Kastner*: Gedanken zu § 8a Kreditwesengesetz, in FS Ostheim (1990), S. 279 ff.
- Knütel*: Zur sogenannten Erfüllungs- und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung, JBl 1976, S. 613 ff.
- Raschauer*: Rechtsfragen der Sparkassenfusion, ÖZW 1991, S. 11 ff.
- Rummel*: ABGB Kommentar, 2. Aufl., 1990.
- Runggaldier / Schima*: Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991).
- : Manager-Dienstverträge (1991).
- Schiemer*: Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1986.
- Schima*: Enthftung des Vorstandes (Aufsichtsrates) durch Entlastungsbeschluß sämtlicher Aktionäre?, GesRZ 1991, S. 185 ff.
- Schuster / Bonnot*: Zustandekommen und Lösung des Anstellungsverhältnisses zwischen Vorstandsmitglied und AG, GesRZ 1983, S. 109 ff.
- : Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrages, in FS Kastner (1972), S. 422 ff.
- Wachter*: Der sogenannte „freie“ Dienstvertrag, DRdA 1984, S. 408 ff.