



**IM N\*\*\*\*\*AMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Wolfgang H\*\*\*\*\*, vertreten durch Hon. Prof. Dr. Gottfried Korn und Dr. Andreas Frauenberger, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei B\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gustav Teicht und Dr. Gerhard Jöchl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert 181.682,09 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 22. März 2002, GZ 5 R 233/01y-9, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 17. September 2001, GZ 31 Cg 125/01v-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.147,23 EUR (darin 357,87 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Kläger ist Bankfachmann. Er war seit 1995 befristet auf fünf Jahre Geschäftsleiter der D\*\*\*\*\* Bank in Österreich. Im Februar 1999 und danach wieder im August 1999 bot ihm der Vorstandsvorsitzende der Rechtsvorgängerin der Beklagten an, im Zuge einer

Aufstockung des Vorstands eine Vorstandsfunktion darin zu übernehmen. Zunächst war vorgesehen, dass der Kläger als Vorstandsmitglied das Ressort "Firmenkunden" leiten sollte. Mit Schreiben vom 23. 11. 1999 schlug der Vorstandsvorsitzende dem damaligen Präsidenten des Aufsichtsrats die Aufnahme des Klägers in den Vorstand vor. Die Aufgabenstellung wurde gegenüber den Erstgesprächen in der Weise geändert, dass der Kläger nun unter anderem für internationale Konzerne und Produkte, Asset Management, Sales Elektronik Banking und Trading Pit zuständig sein sollte. Am 27. 11. 1999 kam es zu einem Gespräch des Klägers mit dem Präsidenten des Aufsichtsrats, der das dabei erzielte Ergebnis in einem Schreiben vom 29. 11. 1999 festhielt. Dem Kläger wurde darin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, ihn als Vorstandsmitglied mit dem Ressort "Großkunden" in den Vorstand aufzunehmen. Der neue Gesamtvorstand sollte mit Wirkung vom 4. 4. 2000 auf fünf Jahre bestellt werden. Da der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch in einem aufrechten Dienstverhältnis zu seinem bisherigen Dienstgeber stand und dessen Zustimmung zu einer vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses fraglich war, wurde im Schreiben vom 29. 11. 1999 bezüglich des Beginns des Dienstverhältnisses folgende Formulierung gewählt: "Als Termin für Ihren Beginn im Vorstand der B\*\*\*\*\*AG haben wir den 4. 4. 2000 bis längstens 30. 9. 2000 vorgemerkt, je nachdem, wann Sie bei ihrem derzeitigen Dienstgeber ausscheiden können. Die in Aussicht genommene Vorstandsperiode ist bis zum 3. 4. 2005 festgelegt." Ferner war vorgesehen, dass neben dem Dienstvertrag noch ein gesonderter Pensionsvertrag bestehen werde. Dem Kläger wurde zugesichert, dass die Vertragsgestaltung keine Schlechterstellung gegenüber den anderen

Vorstandsmitgliedern enthalten werde, die nicht durch die Funktion im Vorstand oder durch ein anderes Lebensalter oder durch Vordienstregelungen begründet seien. Als Fixgröße wurde ein Gehalt knapp unter 5 Mio S pro Jahr vereinbart, wozu noch eine Bonusregelung in der Größenordnung von etwa 1 Mio S pro Jahr kommen sollte. Nach einem weiteren Gespräch am 7. 12. 1999 ersuchte der Vorstandsvorsitzende den Kläger, die für ihn unabdingbaren Vertragspunkte zur Vorbereitung der Vertragsausfertigung in einer Punktation zusammenzufassen; er erhielt sie vom Kläger am 9. 12. 1999 persönlich übergeben. Darin waren unter anderem Dauer und Beginn des Dienstverhältnisses, der Ersatz für den entgangenen Bonus 1999 beim derzeitigen Dienstgeber sowie Pensions-, Urlaubs- und Abfertigungsansprüche festgehalten. In Punkt 4 sah der Kläger als Aufgabenbereich "Großkunden und Institutionelle" vor, wobei die Tätigkeit mit Generalhandelsvollmacht ausgestattet sein sollte. Er hielt weiter in Punkt 11 fest, dass im Übrigen das Angestelltengesetz gelten sollte. Der Vorstandsvorsitzende unterfertigte am 10. 12. 1999 diese Punktation unter Beisetzung des Worts "einverstanden". Er richtete weiters am 10. 12. 1999 ein Schreiben an den Kläger, in welchem er ihm zusagte, dass gemäß der Punktation vom 9. 12. 1999 ein Dienstvertrag abgeschlossen werde. In diesem Schreiben wurde weiters festgehalten, dass der Dienstvertrag mit der Vorstandsbestellung und dem damit verbundenen Vorstandsvertrag gegenstandslos werden sollte. Am 15. 12. 1999 wurde der Kläger vom Aufsichtsrat auf Basis der bis zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Urkunden mit Wirkung vom 4. 4. 2000 zum Mitglied des Vorstands der Rechtsvorgängerin der Beklagten für fünf Jahre bestellt. Der Kläger trat seinen Dienst am 14. 2. 2000 an.

Am 4. 2. 2000 wurde ein Anstellungsvertrag geschlossen, der nach seiner Präambel mit einer durch den Präsidenten des Aufsichtsrats zu schließenden Vereinbarung über ein freies Dienstverhältnis, frühestens mit Wirksamkeit der Bestellung zum Mitglied des Vorstands, spätestens jedoch am 30. 9. 2005, enden sollte. Dieser Anstellungsvertrag lautet auszugsweise:

"1. Herr Dr. H\*\*\*\*\* wird seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Bank stellen und seinen Einsatz im Bereich Investmentbanking und Asset-Management in leitender Funktion finden. Diese leitende Funktion ist mit einer Generalhandlungsvollmacht auszustatten. (...)

9. Der Anstellungsvertrag kann bis zur Wirksamkeit der Bestellung zum Vorstandsmitglied seitens Herrn Dr. H\*\*\*\*\* unter Einhaltung einer Frist von 14 Tagen jeweils zum Ende eines Kalendermonats gelöst werden. (...)

14. Insoweit in dieser Vereinbarung keine abweisenden Regelungen getroffen wurden, wird die Geltung des Angestelltengesetzes vereinbart.

15. Abänderungen dieser Vereinbarung sind nur insofern wirksam, als sie beiderseitig schriftlich bestätigt werden. Mangels einer solchen Bestätigung gilt unverändert der Inhalt dieser Vereinbarung.

16. Es wird festgehalten, dass der Inhalt dieses Vertrages die Punktation vom 9. 12. 1999 nicht derogiert."

Dieser Anstellungsvertrag wurde von der Rechtsvorgängerin der Beklagten firmenmäßig gefertigt und auch vom Kläger unterschrieben. Der Punkt 16. war auf ausdrücklichen Wunsch des Klägers in diesen Vertrag aufgenommen worden. Mit Schreiben vom 25. 2. 2000 übermittelte der Aufsichtsratspräsident dem Kläger einen ersten Entwurf eines Vorstandsdienstvertrags. Der Kläger

vertrat jedoch die Ansicht, dass er darin in mehrfacher Hinsicht schlechter gestellt werde als gegenüber seinem früheren Arbeitgeber, vor allem aber gegenüber dem Schreiben des Aufsichtsratspräsidenten vom 29. 11. 1999, der Punktation vom 9. 12. 1999 sowie dem Anstellungsvertrag vom 4. 2. 2000. Mehrere Gespräche führten zu keiner Annäherung der Positionen. Dessen ungeachtet nahm der Kläger seine Tätigkeit als Vorstand am 4. 4. 2000 auf. In der Aufsichtsratssitzung vom 22. 3. 2000 wurde die Geschäftsverteilung für den Vorstand beschlossen und auch der Tätigkeitsbereich des Klägers definiert. Danach übernahm der Kläger das Investmentbanking und Asset-Management inklusive der bestehenden Anlagecenter und der ausgelagerten Gesellschaften, die über den Aufsichtsrat gesteuert wurden.

Im Laufe des Jahres 2000 wurde beschlossen, die Rechtsvorgängerin der Beklagten in eine große deutsche Bank einzugliedern. Im Zuge dessen wurde die Rechtsvorgängerin der Beklagten (nach einer Umfirmierung) am 2. 2. 2001 mit der Sparkasse S\*\*\*\*\*, die die frühere Firma der aufnehmenden Gesellschaft übernahm verschmolzen. Es handelte sich dabei um eine Verschmelzung durch Aufnahme, wobei die Beklagte die aufnehmende Gesellschaft war. Von den vormals acht Mitgliedern des Vorstands der übertragenden Gesellschaft wurden in der Aufsichtsratssitzung vom 6. 11. 2000 sechs zu Mitgliedern des Vorstands der Beklagten bestellt, nicht jedoch der Kläger. Hierauf kam es zwischen den Streitparteien zu Gesprächen über eine einvernehmliche Auflösung der bestehenden Vertragsbeziehungen. Da bezüglich der Ansprüche des Klägers keine Einigung gefunden werden konnte, wurde er mit Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten vom 6. 2. 2001 aufgefordert, die Funktion eines "Bereichsvorstands" für ausgewählte

institutionelle Kunden in Weisungsgebundenheit gegenüber dem stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden zu übernehmen. Unter den dem Kläger zugewiesenen Großkunden befinden sich unter anderem die wesentlichen österreichischen Versicherungsgesellschaften, die Gebietskrankenkassen, die Landesinnung Baugewerbe, die Österreichische Rechtsanwaltskammer, die Wirtschaftskammer Österreich, die regionalen Wirtschaftskammer-Organisationen (außer Wien), die regionalen Landesorganisationen der Ärztekammer (außer Wien) sowie Stiftungen und Pensionskassen, die noch keine Geschäftsverbindung zur B\*\*\*\*\*-Gruppe haben. Die Vorstandsfunktion des Klägers ist am 2. 2. 2001 durch die Eintragung der Verschmelzung mit der Beklagten erloschen.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er gegenüber der Beklagten aufgrund des zwischen den Streitparteien bestehenden Vertragsverhältnisses ausschließlich verpflichtet sei, Vorstandstätigkeiten auszuüben; in eventu, dass der Beklagten nicht das Recht zustehe, den Kläger in die Funktion eines "Bereichsvorstands für ausgewählte institutionelle Kunden" zu versetzen; in eventu, dass der Beklagten nicht das Recht zustehe, vom Kläger die Tätigkeit eines "Bereichsvorstands für ausgewählte institutionelle Kunden" zu verlangen.

Die Beklagte als übernehmende Gesellschaft sei in die Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft eingetreten, was insbesondere für die von der übertragenden Gesellschaft abgeschlossenen Dienstverträge gelte. Bei der dem Kläger nunmehr angeordneten Tätigkeit handle es sich um keine Vorstandstätigkeit, sondern um eine weisungsgebundene, den Bestimmungen des Angestelltengesetzes unterliegende Tätigkeit, zu deren Verrichtung er aufgrund der Vertragslage nicht verpflichtet

sei. In der Aufforderung, diese Funktion zu übernehmen, liege daher eine unzulässige vertragsändernde Versetzung. Der Anstellungsvertrag vom 4. 2. 2000 habe mit Wirksamkeit der Bestellung des Klägers zum Mitglied des Vorstands geendet und sei für den Zeitraum 4. 4. 2000 bis 3. 4. 2005 außer Kraft getreten. Dabei sei es völlig unerheblich, aus welchen Gründen es nicht zum Abschluss eines Vorstandsdienstvertrags gekommen sei, weil der Anstellungsvertrag nur als Überbrückung sowie als Rechtsgrundlage für den Fall einer Nichtwiederbestellung zum Vorstandsmitglied nach Ablauf der fünfjährigen Funktionsdauer gedacht gewesen sei. Eine Vorstandstätigkeit könne auch allein aufgrund der körperschaftlichen Bestellung zum Vorstandsmitglied ausgeübt werden, also ohne ein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis. Diese Fallkonstellation liege allerdings hier nicht vor. Es seien nämlich bereits im Schreiben des Aufsichtsratsvorsitzenden vom 29. 11. 1999 die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Vorstandsvertrags genau festgehalten worden, nachdem hierüber im Gespräch vom 27. 11. 1999 Einigkeit erzielt worden sei. Wenn über den Inhalt des zu schließenden Anstellungsvertrags bereits Einigkeit erzielt worden sei, könne das Vorstandsmitglied grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Anstellungsvertrag mit der im Aufsichtsrat erfolgten Bestellung zum Vorstandsmitglied zu den in Aussicht gestellten Konditionen als mitbeschlossen gelte. Zwar sei die Vorstandsfunktion des Klägers in der übertragenden Gesellschaft erloschen, doch sei damit nicht zwangsläufig auch der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds beendet. Nun kämen jene Bestimmungen des Vorstandsvertrags zum Tragen, die die vom Gesamtrechtsnachfolger zu erfüllenden Ansprüche für die Zeit

nach dem Verlust des Vorstandsmandats betreffen. Bei der Frage, ob das Vorstandsmitglied der untergegangenen Gesellschaft seinen Entgeltsanspruch behalte und nunmehr gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend machen könne, komme es darauf an, welcher Sphäre das Unterbleiben der Dienstleistung zuzurechnen sei. Das Unterbleiben der Dienstleistung sei hier ausschließlich der Beklagten zuzurechnen, die den Kläger trotz seiner entsprechenden Bereitschaft nicht - wie sechs seiner Kollegen - zum Vorstandsmitglied bestellt habe. Die Aufforderung der Beklagten laut Schreiben vom 6. 2. 2001 sei als Aufforderung zur Erbringung von Dienstleistungen zu verstehen, zu denen der Kläger vertraglich nicht verpflichtet sei; sie sei eine unzulässige vertragsändernde Versetzung. Es bestehe ein Feststellungsinteresse des Klägers dahin, ob die Beklagte das Recht habe, die von ihm begehrten Arbeitsleistungen zu verlangen oder nicht. Der Anstellungsvertrag vom 4. 2. 2000 sei von der Beklagten textiert worden. Allfällige Unklarheiten gingen daher zu deren Lasten. In der Präambel des Anstellungsvertrages heiße es, dass dieser mit einer durch den Präsidenten des Aufsichtsrats zu schließenden Vereinbarung über ein freies Dienstverhältnis, frühestens mit Wirksamkeit der Bestellung zum Mitglied des Vorstands ende. In der Präambel sei auch als Zielsetzung "im Hinblick auf ihre Bestellung zum Vorstandsmitglied" angeführt. Die Präambel könne daher keineswegs dahin verstanden werden, dass die Vertragsbeziehungen zwischen den Streitparteien auch für den Fall geregelt werden sollten, dass es zu keinem Einvernehmen über einen freien Dienstvertrag kommen sollte. Am 4. 2. 2000 habe niemand damit gerechnet, dass die Vertragsverhandlungen über ein freies Dienstverhältnis scheitern würden. Erst im Zuge der Vertragsverhandlungen

habe sich ergeben, dass der dem Kläger angebotene freie Dienstvertrag eine Schlechterstellung gegenüber den ihm abgegebenen Zusagen enthalte. Der Kläger habe daher die Unterfertigung des ihm vorgelegten freien Dienstvertrags zu Recht abgelehnt. Bei der nunmehr dem Kläger übertragenen Tätigkeit könne nicht von einer höchstverantwortlichen Tätigkeit gesprochen werden. Der Kläger sei nicht Bereichsvorstand für Großkunden, sondern Bereichsvorstand für etwa 25 angeführte institutionelle Kunden. Er habe keinen einzigen Mitarbeiter, keine Führungsaufgaben und keine Budget- sowie Strategieverantwortung.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger habe seinen Dienst als Dienstnehmer der Beklagten mit Wirksamkeit vom 14. 2. 2000 angetreten, und zwar aufgrund eines Anstellungsvertrags. Dieser Dienst sei der eines leitenden Angestellten mit Generalhandelsvollmacht. Der Anstellungsvertrag halte bezüglich der Dauer fest, dass er mit einer durch den Präsidenten des Aufsichtsrats zu schließenden Vereinbarung über ein freies Dienstverhältnis, frühestens mit Wirksamkeit der Bestellung zum Mitglied des Vorstands, spätestens jedoch am 30. 9. 2005 ende. Der Kläger habe sich geweigert, den im vorgelegten Entwurf eines Vorstandsvertrags, den die übrigen Vorstandsmitglieder anstandslos unterfertigt hätten, abzuschließen. Es sei daher mit dem Kläger nie ein Vorstandsvertrag zustande gekommen. Damit sei auch sein Dienstvertrag als leitender Angestellter, auf den sich die Punktation ebenso wie der Anstellungsvertrag bezögen, weiterhin aufrecht, sollte er doch, wenn keine mit dem Präsidenten des Aufsichtsrats zu schließende Vereinbarung über ein freies Dienstverhältnis zustande komme, bis zum 30. 9. 2005 befristet weiter dauern. Der Kläger habe auch als

Vorstandsmitglied seine Bezüge aufgrund des Anstellungsvertrages vom 4. 2. 2000 bezogen. Der angebotene Vorstandsvertrag habe keine substantielle Schlechterstellung gegenüber dem Inhalt der Besprechung des Klägers mit dem Präsidenten des Aufsichtsrats enthalten. Der Kläger könne also seine Ansprüche ausschließlich auf die dienstvertraglichen Vereinbarungen stützen, die von der Beklagten erfüllt würden. In seiner Eigenschaft als Dienstnehmer sei er aus dem Personalstand der übertragenden Gesellschaft übernommen worden. Da der Kläger keinen Anstellungsvertrag besitze, der seinem Vorstandsmandat entspreche, könne er aus einem solchen auch keine Rechte ableiten. Dies wäre selbst dann zweifelhaft, wenn der Kläger einen Anstellungsvertrag hätte und das Mandat nicht mehr existiere. Die Beklagte bestreite den Gehalts- und Pensionsanspruch des Klägers nicht, verlange von ihm aber die entsprechende Arbeitsleistung, bei der es sich um eine höchstverantwortliche Tätigkeit handle. Darin liege keine Diskriminierung; die Tätigkeit entspreche ressortmäßig dem, was bereits im Schreiben vom 29. 11. 1999 enthalten sei und sei mit etwa dem Doppelten dessen, was gleichrangige Dienstnehmer erhielten, mehr als angemessen entlohnt.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Werde von einer Aktiengesellschaft in einem Anstellungsvertrag die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Tätigkeit als Vorstand zugesichert, bestehe bei einer allfälligen Verletzung dieser vertraglicher Vereinbarungen kein durchsetzungsfähiger Anspruch auf Bestellung zum Vorstandsmitglied oder Zuweisung eines bestimmten Tätigkeitsbereichs. Der in seinen Rechten Verletzte sei auf Schadenersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft zu verweisen. Der Kläger habe aber nicht einmal behauptet, dass

ihm durch die Nichtbestellung zum Vorstandsmitglied der Beklagten ein Schaden entstanden wäre. Eine Feststellung dahin, dass dem Kläger aufgrund seiner vertraglichen Beziehung zur Beklagten das Recht zukomme, nur Vorstandstätigkeiten auszuüben oder gar zum Vorstandsmitglied bestellt zu werden, widerspräche den zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts und könne daher nicht getroffen werden.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil das Schicksal von Vorstandsverträgen im Falle der Verschmelzung von grundlegender, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung sei. Der Kläger sei mit Wirkung vom 4. 4. 2000 zum Vorstandsmitglied der übertragenden Gesellschaft bestellt worden und schon zuvor aufgrund eines im Hinblick auf diese Bestellung einvernehmlich abgeschlossenen Anstellungsvertrags vom 4. 2. 2000 als Angestellter (in leitender Funktion, ausgestattet mit Generalhandlungsvollmacht) für diese Gesellschaft tätig gewesen. Nach der einleitenden Bestimmung des Anstellungsvertrags ende dieser mit einer durch den Präsidenten des Aufsichtsrats zu schließenden Vereinbarung über ein freies Dienstverhältnis, frühestens mit Wirksamkeit der Bestellung zum Mitglied des Vorstands, spätestens jedoch am 30. 9. 2005. Da ein Vorstandsvertrag nicht abgeschlossen worden sei, bestehe der Anstellungsvertrag weiterhin, wenn er auch im Hinblick auf die Bestellung des Klägers zum Vorstandsmitglied für die Dauer der Vorstandstätigkeit insoweit suspendiert sei, als die darin geregelten Rechte und

Pflichten mit dem Vorstandsmandat in Widerspruch stünden. Nach Untergang des Vorstandsmandats des Klägers infolge Verschmelzung und Erlöschens der übertragenden Gesellschaft könne der Kläger die Tätigkeit als Vorstand nicht mehr ausüben. Das Feststellungsbegehren des Klägers, wonach er ausschließlich verpflichtet sei, Vorstandstätigkeiten auszuüben, sei daher jedenfalls verfehlt. Dagegen seien die Verpflichtungen aus dem Anstellungsvertrag auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergegangen. Der Kläger sei daher weiterhin verpflichtet, den Anstellungsvertrag zu erfüllen, weshalb sich auch die Eventualbegehren als verfehlt erwiesen. Zum gleichen Ergebnis käme man, wollte man - im Sinne der Argumentation des Klägers - von einem im Zuge seiner Bestellung konkludent abgeschlossenen Vorstandsvertrag ausgehen. Den Lehrmeinungen folgend, wonach jeder Vorstandsvertrag nur als auf die Dauer der Vorstandsfunktion abgeschlossen zu gelten habe, dass also jedem Vorstandsvertrag die auflösende Bedingung zugrunde liege, dass er immer ende, wenn die Bestelldauer (ob vorzeitig oder regulär) ende, wäre der Vorstandsvertrag mit dem Erlöschen des Vorstandsmandats jedenfalls untergegangen. Allenfalls könnten (nur) jene Bestimmungen des Vertrags auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen, welche sich auf die Zeit nach dem Verlust des Vorstandsamtes bezögen; dies sei jedenfalls nicht die weisungsfreie Tätigkeit als Vorstand, die ein Mandat voraussetze, das dem Kläger von der Beklagten aber nicht erteilt worden sei. Wegen der zwingenden aktienrechtlichen Regelungen sei ein durchsetzbarer Anspruch auf Bestellung zum Vorstand ebenso zu verneinen wie eine Bindung der Gesellschaft an eine bestimmte Ressortverteilung. Dem Begehren des Klägers scheine auch nicht die Auffassung

zugrunde zu liegen, ihm gebühre ein Aktivbezug ohne jede Gegenleistung. Der dem Kläger zugewiesene Tätigkeitsbereich als Bereichsvorstand für ausgewählte institutionelle Kunden sei nicht zu beanstanden, entspreche er doch ohnedies - auf einer sehr verantwortungsvollen Ebene - sowohl dem Anstellungsvertrag unter Berücksichtigung der Punktation ("Großkunden und Institutionelle") als auch dem Inhalt des am 27. 11. 1999 geführten Gesprächs (Ressort "Großkunden").

Die Revision ist zulässig, weil Rechtsprechung zu einem vergleichbaren Sachverhalt fehlt; das Rechtsmittel ist nicht berechtigt.

Der Kläger beruft sich auf den übereinstimmenden Willen aller Beteiligten im Zuge seines Bestellvorgangs, dass er ausschließlich Vorstandstätigkeiten ausüben solle, und zieht daraus den Schluss, dass die Beklagte schuldrechtlich verpflichtet sei, ihn zum Vorstand zu bestellen. Sein Begehren sei darüber hinaus selbst dann berechtigt, falls ihm ein durchsetzbarer Anspruch auf Bestellung zum Vorstand aktienrechtlich nicht zustehe, weil es sich auch aus seinen vertraglichen Beziehungen zur Beklagten ableiten lasse. Dazu ist zu erwägen:

Der Kläger kann mit seinem Hauptbegehren, wonach festgestellt werde, dass er gegenüber der Beklagten ausschließlich verpflichtet sei, Vorstandstätigkeiten auszuüben, nur dann erfolgreich sein, wenn er der Beklagten gegenüber entweder einen (gesetzlichen oder vertraglichen) Anspruch auf Bestellung zum Vorstandsmitglied besitzt oder aber auf Grund seiner vertraglichen Beziehungen zur Beklagten auch außerhalb der Stellung eines Vorstandsmitglieds nur Vorstandstätigkeiten auszuüben

berechtigt ist. Beides ist nicht der Fall.

Die Bestellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat ist ein einseitiger körperschaftsrechtlicher Akt (SZ 71/77). Dieses einseitige Rechtsgeschäft in Form eines Beschlusses als Gesamttakt des Kollegialorgans Aufsichtsrat ist nicht einem schuldrechtlichen Vertrag, sondern einer Wahl vergleichbar (*Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG4 §§ 75, 76 Rz 5). Die vom Aufsichtsrat im Zusammenhang mit einer Vorstandsbestellung vorzunehmende Personenauswahl steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (*Strasser* aaO Rz 11). Ansprüche auf Zuteilung von Vorstandssitzen bestehen nach dem Gesetz keine und könnten auch nicht durch die Satzung rechtswirksam eingeräumt werden; Syndikatsverträge zwischen Aktionärsgruppen über Stimmverhalten im Aufsichtsrat bei einer Vorstandsbestellung sind zwar zulässig, wirken jedoch nur zwischen den Vertragsparteien (*Strasser* aaO Rz 12). Daraus wird - ebenso wie aus der gesetzlichen Befristung der Bestellung auf fünf Jahre - die Absicht des Gesetzes deutlich, in Anbetracht der Wichtigkeit der Vorstandsposition dem Aufsichtsrat in dieser Frage die absolute, durch nichts gebundene Beschlussfreiheit zu belassen (*Henn*, Handbuch des Aktienrechts<sup>6</sup> Rz 548). Selbst wenn noch vor Bestellung zum Vorstandsmitglied ein Vorstandsvertrag abgeschlossen wird, besitzt daher das in Aussicht genommene Vorstandsmitglied im Fall des Unterbleibens einer Bestellung keinen Erfüllungsanspruch, weil der Vorstandsvertrag kein Versprechen der Aktiengesellschaft auf Bestellung, sondern nur die Festlegung von Rechten und Pflichten des Vorstandsmitglieds für den Fall einer Bestellung enthält (*Strasser* aaO Rz 72). Der BGH hat bei vergleichbarer Rechtslage zum dAktG ausgesprochen, dass

ein entlassenes Vorstandsmitglied unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Wiedereinstellung als Organmitglied hat (NJW 1953, 740 [742]).

In Anwendung dieser Grundsätze besteht weder ein aktienrechtlicher noch ein schuldrechtlicher Anspruch des Klägers, zum Vorstand der Beklagten bestellt zu werden, weil dies einer Beschränkung der gesetzlich vorgesehenen Wahlfreiheit des Aufsichtsrats bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder gleichkäme.

Zu prüfen bleibt, ob der Kläger auf Grund von mit der übertragenden Gesellschaft abgeschlossenen Vereinbarungen berechtigt war, auch außerhalb der Stellung eines Vorstandsmitglieds nur Vorstandstätigkeiten auszuüben. Die Beklagte wäre nämlich an eine solche Vertragslage gebunden, weil sie als übernehmende Gesellschaft im Zuge eines Verschmelzungsvorgangs in die Vertragspflichten der übertragenden Gesellschaft auf Grund Gesamtrechtsnachfolge ohne inhaltliche Änderung eingetreten ist (SZ 71/45; EvBl 2001/148 mwN); die Vorstandsmandate der übertragenden Gesellschaft sind hingegen infolge deren Untergangs erloschen (*Schima* aaO § 226 Rz 18; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften, Anhang Mustervertrag 1 Anm 27).

Die gesetzlichen Rechte und Pflichten eines Vorstandsmitglieds sind unmittelbare Rechtsfolgen der Bestellung, ergeben sich aus dem AktG und sind zwingend, also auch durch den Anstellungsvertrag nicht abänderbar (*Strasser* aaO Rz 1). Kern der Vorstandstätigkeit ist die weisungsfreie Geschäftsführung im Innen- und Außenverhältnis (Vertretung) und die weisungsfreie Dienstleistung gegen angemessenes Entgelt (*Strasser* aaO Rz 3, Rz 65). Die (vertragliche) Einräumung einer solchen

Rechtsstellung an eine Person außerhalb eines Vorstandsmandats würde ein zusätzliches Organ der Gesellschaft neben dem Organ "Vorstand" schaffen, das in der Verfassung der Aktiengesellschaft nicht vorgesehen ist. Dies ist mit dem zwingenden Charakter der Bestimmungen des AktG über die Verfassung der Aktiengesellschaft unvereinbar. Soweit sich aus dem Gesetz nämlich nichts anderes ergibt, ist eine Abänderung der in hohem Grade formalisierten Vorschriften über die Verfassung der Aktiengesellschaft weder durch Satzung noch durch vertragliche Abmachung zulässig. (*Strasser* aaO vor Vierter Teil Rz 3). Kein Organ der übertragenden Gesellschaft konnte dem Kläger daher rechtswirksam vertraglich zusagen, dass er dem Vorstand vorbehaltenen Leitungsaufgaben ("Vorstandstätigkeiten") auch ohne die Bestellung zum Vorstandsmitglied ausüben darf. Sein Hauptbegehren ist damit auch unter diesem Gesichtspunkt nicht berechtigt.

Dem Kläger ist zuzustimmen, dass die Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz unter Außerachtlassung der arbeitsvertraglichen Schranken gesetzwidrig und unwirksam ist; für die arbeitsvertragliche Beurteilung der Versetzung ist entscheidend, ob sie durch den Inhalt des Arbeitsvertrags gedeckt ist (Arb 10.472; RdW 1995, 145; Arb 11.273; RdW 2000, 757). Der konkrete Inhalt der Arbeitspflicht kann aber nie völlig detailliert umschrieben werden. Je länger der Vertrag dauert, desto weniger ist das möglich, weil keiner der Vertragsparteien voraussehen kann, wie sich das Unternehmen und der einzelne Arbeitnehmer entwickeln und welche konkreten Arbeitsanforderungen jeder einzelne Arbeitsvertrag stellen wird (DRdA 2000, 72 = ZAS 2001, 78 [*Korn*] mwN).

Nach dem Inhalt seines Anstellungsvertrags vom

4. 2. 2000 ist der Kläger verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Bank zu stellen; vorgesehen ist dort, dass er seinen Einsatz im Bereich Investmentbanking und Asset-Management in leitender Funktion, verbunden mit einer Generalhandlungsvollmacht, finden soll. Mit dieser Aufgabenumschreibung ist es nach Auffassung des erkennenden Senats vereinbar, wenn der Kläger nunmehr (nach erfolgter Fusionierung und Umstrukturierung seines Dienstgebers) aufgefordert wird, die Funktion eines "Bereichsvorstands" für ausgewählte institutionelle Großkunden (darunter die wesentlichen österreichischen Versicherungsgesellschaften, die Gebietskrankenkassen, die Österreichische Rechtsanwaltskammer, die Wirtschaftskammer Österreich ua) in direkter Weisungsgebundenheit gegenüber dem stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden zu übernehmen, weil dies zweifellos auch als leitende Funktion zu beurteilen ist. Dass es sich dabei um einen anderen Tätigkeitsbereich als im Anstellungsvertrag festgehalten handelt, schadet nicht, bestand doch (nach dem insoweit unstrittigen Inhalt des Schreibens vom 23. 11. 1999 Beil./A) von Anfang an Einvernehmen zwischen dem Kläger und seiner Vertragspartnerin, dass die diskutierten Aufgabenstellungen lediglich eine "Startaufteilung" sind und sich die Zuständigkeiten mit fortschreitender Konzernintegration noch wesentlich verändern würden.

Zur Gültigkeit des Anstellungsvertrags teilt der erkennende Senat die Auffassung des Berufungsgerichts, dieser sei weiterhin wirksam, weil keine der darin genannten Bedingungen seines Erlöschens (Einigung über ein freies Dienstverhältnis = Abschluss eines Vorstandsvertrags; Zeitablauf) eingetreten ist. Dass dieser Vertrag nach der

Verschmelzung auf die Beklagte als Gesamtrechtsnachfolgerin übergegangen ist, wurde schon zuvor ausgeführt.

Auch die Eventualbegehren sind demnach schon aufgrund der bisherigen Feststellungen unbegründet. Ergänzt durch die Beweisaufnahmen zum Inhalt der derzeitigen Tätigkeit des Klägers, wonach er nämlich keinen einzigen Mitarbeiter, keine Führungsaufgaben und keine Budget- und Strategieverantwortung habe, bedarf es - entgegen den Rechtsmittelausführungen - nicht, weil im Streitfall eine leitende Tätigkeit des Klägers auch ohne die genannten Bedingungen vorliegt. Die in diesem Zusammenhang behauptete Mangelhaftigkeit des Verfahrens infolge unterlassener Beweisaufnahme (richtig: mit Rechtsrüge geltend zu machende Feststellungsmängel: *Kodek* in *Rechberger*, ZPO<sup>2</sup> § 503 Rz 5) ist daher nicht gegeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 16. Juli 2002  
Dr. K o d e k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: