

Georg Schima

Vergütungspolitik und Vergütungsbericht nach dem Aktienrechts-Änderungsgesetz 2019 (Teil I)

In dieser zweiteiligen Beitragsreihe analysiert der Autor die neuen aktienrechtlichen Regelungen betreffend die Aufstellung einer Vergütungspolitik und die Verfassung eines Vergütungsberichts. Der vorliegende erste Teil ist dabei der Vergütungspolitik gewidmet. Der in der nächsten Ausgabe folgende zweite Teil wird den Vergütungsbericht in den Fokus nehmen.

1. EINLEITUNG

Am 2. 7. 2019 fasste der Nationalrat den Beschluss über das AktRÄG 2019⁽¹⁾ und setzte damit (teilweise, denn der andere Teil erfolgt im BörseG 2018) die Bestimmungen der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie⁽²⁾ mittels der neuen §§ 78a bis 78e AktG um. Die Umsetzungsfrist hatte schon am 10. 6. 2019 geendet und zuletzt hatte es insbesondere wegen der Auflösung der Bundesregierung Ende Mai 2019 so ausgesehen, dass eine Beschlussfassung vor der Sommerpause gar nicht möglich sein würde. Der Anfang April 2019 herausgekommene Ministerialentwurf⁽³⁾ wurde am 12. 6. 2019 durch einen Initiativantrag der drei größten im Parlament vertretenen Parteien⁽⁴⁾ mit geringfügigen Änderungen gegenüber dem Ministerialentwurf dem Parlament zugeleitet und Anfang Juli dann beschlossen. Die zuletzt im Wege eines Kompromisses durchgeführte, wesentlichste Änderung gegenüber dem Ministerialentwurf betrifft freilich nicht das Thema „Vergütungspolitik und Vergütungsbericht“, sondern die *related party transactions*, bei denen im letzten Moment die im Ministerialentwurf enthaltene einheitliche Schwelle von 10 % der Bilanzsumme gesplittet worden war: Für die Pflicht, eine Aufsichtsratsgenehmigung einzuholen, wurde die Schwelle auf 5 % abgesenkt, wohingegen die für die Veröffentlichungspflicht maßgebliche Schwelle bei 10 % verblieb.

Die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie bezweckt eine weitere Verbesserung der Mitwirkung der Aktionäre bei börsennotierten Gesellschaften sowie eine Erleichterung der grenzüberschreitenden Information und Ausübung von Aktionärs-

rechten.⁽⁵⁾ Diesem Ziel dienen unter anderem diverse Regelungen zu Mitspracherechten der Aktionäre bei der Vergütung von Aufsichtsrat und Vorstand (*say on pay*).

Was schon der Ministerialentwurf deutlich erkennen ließ,⁽⁶⁾ ist mit der Gesetzgebung Gewissheit: Der österreichische Gesetzgeber hat sich des Konzepts einer Minimalumsetzung der Richtlinie bedient. Man war sichtlich bemüht, jedwedes *gold plating*, das heißt eine Übererfüllung unionsrechtlicher Vorgaben, zu vermeiden.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass die im Rahmen dieses Beitrags zu behandelnden neuen Vorschriften betreffend die Aufstellung einer Vergütungspolitik und die Verfassung eines Vergütungsberichts (*say on pay*) und die entsprechende Beschlussfassung durch die Hauptversammlung (im Folgenden: HV) keinerlei neue inhaltliche Vorgaben betreffend die Gestaltung der Vorstandsvergütung oder der Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern enthalten. Vielmehr geht es um Verfahrensvorschriften (dies betrifft insbesondere die Normen über die verpflichtende Aufstellung einer Vergütungspolitik) sowie um Transparenzbestimmungen (dies gilt für die Regelungen über die Verfassung und Veröffentlichung eines Vergütungsberichts).

2. VERGÜTUNGSPOLITIK

2.1. Inhalt

Gemäß § 78a AktG hat der Aufsichtsrat von börsennotierten Gesellschaften für die Mitglieder des Vorstands eine Vergütungspolitik auf-



Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. (HSG), LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

(1) Aktienrechts-Änderungsgesetz 2019, BGBl I 2019/63.

(2) Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Rates vom 17. 5. 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl L 132 vom 20. 5. 2017, S 1.

(3) 130/ME 26. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00130/index.shtml; vgl dazu G. Schima, *Say on Pay und Related Party Transactions*, GesRZ 2019, 110.

(4) IA 910/A 26. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A/A_00910/index.shtml.

(5) Vgl die Erwägungsgründe 1 bis 14 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie.

(6) G. Schima, GesRZ 2019, 110 f.

zustellen (§ 78a Abs 1 AktG), die die folgenden Kriterien erfüllt:

- Die Vergütungspolitik hat die langfristige Entwicklung der Gesellschaft zu fördern und zu erläutern, wie sie das tut.
- Sie muss klar und verständlich sein und die verschiedenen festen und variablen Vergütungsbestandteile einschließlich sämtlicher Boni und anderer Vorteile in jeglicher Form unter Angabe ihres jeweiligen Anteils beschreiben (§ 78a Abs 2 AktG).
- Zu erläutern ist, wie die Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer bei der Festlegung der Vergütungspolitik berücksichtigt worden sind (§ 78a Abs 3 AktG).⁽⁷⁾
- Sofern variable Vergütungsbestandteile gewährt werden, sind die dafür maßgeblichen Kriterien klar und umfassend festzulegen. Dabei sind die finanziellen und nicht finanziellen⁽⁸⁾ Leistungskriterien anzugeben, einschließlich etwaiger Kriterien im Zusammenhang mit der sozialen Verantwortung der Gesellschaft. Die Vergütungspolitik hat weiters zu erläutern, inwiefern diese Kriterien die langfristigen Ziele der Gesellschaft fördern und mit welchen Methoden die Erfüllung der Kriterien festgestellt werden soll. Etwaige Wartefristen sowie eine Möglichkeit der Gesellschaft, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern, sind ebenfalls anzuführen (§ 78a Abs 4 AktG).
- Im Falle aktienbezogener Vergütungen sind Warte- und Behaltefristen zu präzisieren

und es ist zu erläutern, inwiefern die aktienbezogene Vergütung die Ziele gemäß § 78a Abs 2 AktG fördert.

- Die Laufzeit der Verträge der Mitglieder des Vorstands, die maßgeblichen Kündigungsfristen,⁽⁹⁾ die Hauptmerkmale von Zusatzpensionssystemen und Vorruhestandsprogrammen⁽¹⁰⁾ sowie die Bedingungen für die Beendigung der dabei zu leistenden Zahlungen sind ebenfalls anzugeben (§ 78a Abs 6 AktG).
- Das Verfahren zur Festlegung, Überprüfung und Umsetzung der Vergütungspolitik sowie Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten sind ebenfalls anzuführen. Gegebenenfalls ist die Rolle des Vergütungsausschusses oder anderer betroffener Ausschüsse zu beschreiben (§ 78a Abs 7 AktG).
- Die Gesellschaft kann unter außergewöhnlichen Umständen vorübergehend von ihrer Vergütungspolitik abweichen, sofern diese die Vorgehensweise für eine solche Abweichung beschreibt und diejenigen Teile festlegt, von denen abgewichen werden darf. Als außergewöhnliche Umstände gelten nur Situationen, in denen die Abweichung von der Vergütungspolitik für die langfristige Entwicklung der Gesellschaft oder die Sicherstellung ihrer Rentabilität notwendig ist (§ 78a Abs 8 AktG).
- In jeder überprüften Vergütungspolitik⁽¹¹⁾ sind sämtliche wesentliche Änderungen zu beschreiben und zu erläutern. Dabei ist darauf einzugehen, wie die Abstimmungen

Die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie bezweckt eine weitere Verbesserung der Mitwirkung der Aktionäre bei börsennotierten Gesellschaften sowie eine Erleichterung der grenzüberschreitenden Information und Ausübung von Aktionärsrechten.

(7) Unter diesem Punkt ist in der Praxis wohl mit vielen schön gedrehten Leefformeln zu rechnen; vgl

G. Schima, GesRZ 2019, 113. Denn was damit wirklich gemeint ist, bleibt sehr unklar. Eine Verpflichtung, genaue Multiples betreffend das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Vorstandsentslohnung und Entlohnung der übrigen Mitarbeiter anzugeben, besteht nicht; vgl G. Schima, GesRZ 2019, 113.

(8) Eine Verpflichtung des Aufsichtsrats, nicht finanzielle Kriterien überhaupt heranzuziehen, wird damit nicht begründet. Die Gesellschaft hat aber die Abweichung von C-Regel 27 des Österreichischen Corporate Governance Kodex, die die Verwendung auch nicht finanzieller Kriterien empfiehlt, zu kommunizieren und zu begründen.

(9) Dadurch wird aber – außerhalb des Anwendungsbereichs von § 2 Abs 3 lit b der Bundes-Vertragsschablonenverordnung (für der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegende Unternehmen) – keine Verpflichtung zur vertraglichen Verankerung von Kündigungsfristen in Vorstandsverträgen begründet; vgl G. Schima, GesRZ 2019, 114. In börsennotierten Gesellschaften haben Kündigungsfristen für die Gesellschaft – wegen der Scheu, ein Vorstandsmitglied mittels Vertrauensentzugs in der HV aus dem Amt zu entfernen – ohnehin nur geringen praktischen Wert; vgl G. Schima, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 (271 f); derselbe, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 469.

(10) Vorruhestandsprogramme für Vorstandsmitglieder gibt es in dieser Form in aller Regel nicht. Gemeint sind einfach die Bedingungen einer betrieblichen Altersversorgung inklusive der allenfalls vertraglich vorgesehenen Möglichkeit, schon vor Erreichung des nach der staatlichen Pensionsversicherung vorgesehenen Alters in den Ruhestand zu treten und Leistungen der Gesellschaft zu empfangen.

(11) Dieser Terminus bezieht sich darauf, dass die HV über die Vergütungspolitik beschließt, ihr Votum aber nur unverbindlichen Charakter hat. Der Aufsichtsrat muss darauf reagieren, die Vergütungspolitik aber nicht inhaltlich den Einwänden und Vorschlägen der HV anpassen. Im Ministerialentwurf war noch von einer „überprüften“ Vergütungspolitik die Rede, was die Frage aufwarf, ob der Gesetzgeber damit doch die Verpflichtung des Aufsichtsrats zu inhaltlichen Änderungen statuieren wollte, was der Unverbindlichkeit des HV-Votums zuwidergelaufen wäre. Der Gesetzesentwurf folgte der Anregung des Verfassers (G. Schima, GesRZ 2019, 115) und verwendet die auch im deutschen Regierungsentwurf enthaltene Terminologie „überprüfte Vergütungspolitik“, um auszudrücken, dass der Aufsichtsrat, wenn er sich traut und gute Argumente auf seiner Seite weiß, trotz Ablehnung der Vergütungspolitik oder einzelner Teile in der HV diese unverändert wieder vorlegen darf.

und Ansichten der Aktionäre zur Vergütungspolitik und zu den Vergütungsberichten seit der letzten Abstimmung über die Vergütungspolitik in der HV berücksichtigt wurden.

Wie man sieht, bringt das Gesetz keine inhaltlichen Vorgaben betreffend die Gestaltung der Vorstandsvergütung. Auch die in jüngster Zeit bei börsennotierten Unternehmen immer mehr eingesetzten Malus- bzw. *Claw-back*-Klauseln⁽¹²⁾ schreiben die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie und das österreichische Umsetzungsgesetz nicht vor,⁽¹³⁾ sondern verpflichten nur im Falle der Existenz solcher Klauseln zu deren Beschreibung. Der Druck kommt hier vor allem vom Kapitalmarkt in Gestalt aktiver institutioneller Anleger und großer Stimmrechtsberater (*proxy advisors*).⁽¹⁴⁾

2.2. Zuständigkeit: Aufsichtsratsplenum oder Vergütungsausschuss?

Der Gesetzgeber des AktRÄG 2019 macht in § 78a Abs 1 AktG den „*Aufsichtsrat*“ dafür zuständig, die Vergütungspolitik für den Vorstand aufzustellen. Nicht explizit äußert sich der Gesetzgeber jedoch darüber, ob diese Zuständigkeit nur vom Aufsichtsratsplenum wahrgenommen werden kann oder auch ein Ausschuss (dann naheliegenderweise der Vergütungsausschuss) zuständig gemacht werden darf. Anders als das deutsche Aktienrecht⁽¹⁵⁾ enthält das österreichische AktG keine präziseren Regelungen über plenumsfeste Angelegenheiten. Aus der Erwähnung der Zuständigkeit des Aufsichtsrats kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass ein Ausschuss nicht für die Aufstellung der

Vergütungspolitik zuständig gemacht werden darf. § 92 Abs 4 AktG, wonach Ausschüsse „*namentlich*“ (also insbesondere) zur Vorbereitung von Verhandlungen und Beschlüssen und zur Überwachung ihrer Ausführung eingerichtet werden können, wird in Österreich jeher und zu Recht so verstanden, dass Ausschüsse auch mit der Beschlussfassung selbst betraut werden dürfen.⁽¹⁶⁾

Richtigerweise muss es zulässig sein, mit der Erstellung der Vergütungspolitik und auch der Beschlussfassung darüber den Vergütungsausschuss zu betrauen,⁽¹⁷⁾ was eines Beschlusses des Aufsichtsratsplenums und einer entsprechenden Verankerung in der Aufsichtsratsgeschäftsführung bedarf.

Dagegen kann nicht eingewendet werden (wie dies zB bei der Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern von der herrschenden,⁽¹⁸⁾ wenn auch nach wie vor nicht überzeugenden⁽¹⁹⁾ Meinung getan wird), bei der Erstellung der Vergütungspolitik handle es sich um eine so wesentliche Aufgabe, die dem Aufsichtsratsplenum vorbehalten sein müsse. Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil das, was Inhalt der Vergütungspolitik ist, im Wesentlichen nicht über das hinausgeht, was Vergütungsausschüsse österreichischer AGs seit jeher beschließen: die Inhalte der Vorstandsanstellungsverträge bzw. deren vergütungsrelevante Teile.

Die Vergütungspolitik, die nach den neuen Vorschriften verpflichtend ist, unterscheidet sich von den gleichsam kumulierten Anstellungsvertragsinhalten ja nur dadurch, dass der Aufsichtsrat einerseits die bestehenden Verträge in eine übersichtliche Struktur bringen und sich andererseits Gedanken darüber machen muss,

Der österreichische Gesetzgeber hat sich des Konzepts einer Minimalumsetzung der Richtlinie bedient. Man war sichtlich bemüht, jedwedes *gold plating*, das heißt eine Übererfüllung unionsrechtlicher Vorgaben, zu vermeiden.

(12) Vgl dazu in Österreich *Ladler*, *Claw-back-Klauseln in Vorstandsverträgen*, WBl 2018, 533; *G. Schima/Lurf*, Funktionsweise und rechtliche Grenzen von Malus- und Clawback-Klauseln (in Druck); für Deutschland vgl zB *Schockenhoff/Nußbaum*, *Claw-Back-Klauseln in Vorstandsverträgen*, AG 2018, 813.

(13) Die Terminologie in § 78a Abs 4 letzter Satz AktG ist hier freilich nicht ganz glücklich. Denn semantisch wäre es besser gewesen, das Wort „*etwaigen*“ (im Zusammenhang mit Wartefristen) auch explizit auf die Wortfolge „*Möglichkeit der Gesellschaft ..., variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern*“ zu beziehen. Schon angesichts des Umstands, dass nicht einmal § 39b BWG und die Anlage dazu für den vergütungsmäßig absolut hochregulierten Bereich der Kreditinstitute Malus- und *Claw-back*-Klauseln zwingend verlangen, besteht aber kein Zweifel, dass der Gesetzgeber des AktRÄG 2019 eine solche Verpflichtung nicht einführen wollte. Abgesehen davon darf der Wortlaut des § 78a Abs 4 AktG auch in anderer Hinsicht nicht auf die Goldwaage gelegt werden.

(14) Vgl *G. Schima*, GesRZ 2019, 114; zur zunehmend problematischen und vermutlich weitere, künftige Regulierungsschritte auslösenden Rolle der Stimmrechtsberater vgl *Hössl/U. Torggler*, *Stimmrechtsberater, institutionelle Investoren und die Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie*, GesRZ 2016, 185; zu den Interessenkonflikten der großen Berater wie ISS und Glass Lewis, die über Tochtergesellschaften gleichzeitig Vergütungsberatung anbieten, vgl *Dörrwächter*, *Stimmrechts- und Vergütungsberatung – Interessenkonflikte und Unabhängigkeit*, AG 2017, 409 (411).

(15) Vgl § 107 Abs 3 deutsches AktG.

(16) Einhellige Meinung; vgl *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ (2019) § 92 Rz 38; *Schlegelberger/Quassowski*, AktG³ (1939) § 92 Rz 38; *K. Schmidt/Meyer-Landrut* in *Großkommentar zum AktG²*, § 92 Rz 26; *A. Heidinger* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG²* (2018) § 30g Rz 46.

(17) So schon *G. Schima*, GesRZ 2019, 113.

(18) Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 92 Rz 175; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 75 Rz 6; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) §§ 92 – 94 Rz 75; *Pucher*, *Ausschließliche Kompetenzen des Gesamtaufichtsrats und ausschussfähige Angelegenheiten*, GES 2009, 128 (133).

(19) Vgl eingehend *G. Schima*, *Aufsichtsrat*, Rz 43 ff.

ob und inwieweit die geplante künftige Vergütungsstruktur von den bestehenden Verträgen abweichen soll. Der Aufsichtsrat muss also vergütungsstrategisch denken. Die Vergütungspolitik kann als solche nicht in bestehende Verträge eingreifen,⁽²⁰⁾ aber der Aufsichtsrat darf – und muss bei Bedarf – selbstverständlich die Vergütungspolitik auch in Abweichung bestehender Verträge formulieren und dann eben die künftig abzuschließenden oder zu verlängernden Vorstandsverträge danach ausrichten. Auch diese Aufgabe geht aber inhaltlich nicht signifikant über das hinaus, was Tätigkeit der Vergütungsausschüsse im Zusammenhang mit dem Abschluss von Vorstandsverträgen seit jeher ist. Denn auch hier muss sich der Vergütungsausschuss stets überlegen, ob ein konkreter, neu abzuschließender Vertrag dem entspricht, woran der Aufsichtsrat in Zukunft die Vorstandsvergütung orientieren möchte. Nicht immer lassen sich eben sämtliche Vorstandsverträge auf einmal in ein neues System überführen oder an neue (Markt-)Erfordernisse anpassen, weil ein einseitiger Eingriff in bestehende Verträge (vorbehaltlich allenfalls der Gesellschaft eingeräumter und rechtlich zulässiger Gestaltungsrechte) nicht möglich ist.

Für die Zulässigkeit der Betrauung des Vergütungsausschusses spricht aber neben den obigen Erwägungen schon auch der Wortlaut der neuen Regelungen im AktRÄG 2019. Denn § 78a Abs 7 letzter Satz AktG ordnet an, dass „gegebenenfalls ... die Rolle des Vergütungsausschusses oder anderer betroffener Ausschüsse zu beschreiben“ sei. Das kann man auf das Modell einer zwischen Plenum und Vergütungsausschuss geteilten Zuständigkeit beziehen. Hätte der Gesetzgeber aber wirklich ausdrücken wollen, dass die Beschlussfassung über die Vergütungspolitik jedenfalls dem Aufsichtsratsplenum vorbehalten ist, hätte er das genau an dieser Stelle zum Ausdruck gebracht.

Die Praxis wird zeigen, wie die betroffenen AGs die Zuständigkeit in den Aufsichtsratsgeschäftsführungsordnungen definieren. Eine – maximale Rechtssicherheit bringende – Möglichkeit kann darin bestehen, den Vergütungsausschuss mit der Vorbereitung und beschlussreifen Ausgestaltung der Vergütungspolitik zu betrauen, die Beschlussfassung selbst aber dem Plenum zu überlassen.⁽²¹⁾ Von vornherein das Plenum für die Gestaltung der Vergütungspolitik zuständig zu machen, halte ich für keine zweckmäßige Vorgangsweise bzw dies hat nur in jener

Minderheit von Gesellschaften einen Sinn, bei denen die Vorstandsstellungsverträge im Aufsichtsratsplenum geschlossen werden.

Wenn der Vergütungsausschuss für die Erstellung der Vergütungspolitik zuständig gemacht wird, dann hat der Ausschuss keine Belegschaftsvertreter zu beinhalten, weil es zweifellos um eine Regelung der Angelegenheiten zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied geht (§ 92 Abs 4 AktG).⁽²²⁾

2.3. Abweichen unter außergewöhnlichen Umständen

Das Gesetz erlaubt es, unter „außergewöhnlichen Umständen“ von der Vergütungspolitik abzuweichen (§ 78a Abs 8 AktG). Diese muss aber das Prozedere beschreiben und jene Teile bezeichnen, von denen abgewichen werden darf. Außergewöhnliche Umstände sind außerdem nur solche, in denen die Abweichung von der Vergütungspolitik für die langfristige Entwicklung der Gesellschaft oder zur Sicherstellung der Rentabilität notwendig ist.

Der Gesetzgeber macht also vom diesbezüglichen Wahlrecht in der Richtlinie⁽²³⁾ Gebrauch. Die Vorgabe, dass die betroffenen Teile der Vergütungspolitik zu bezeichnen sind, ist relativ einfach zu erfüllen. Die inhaltlichen Anforderungen für die Zulässigkeit eines Abweichens würden es bei wörtlicher Auslegung freilich fast unmöglich machen, von der gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch zu machen.⁽²⁴⁾ Denn wann ist ein Abweichen von den Grundsätzen über die Vorstandsentslohnung schon „für die langfristige Entwicklung der Gesellschaft oder die Sicherstellung ihrer Rentabilität notwendig“? Selbst Fälle wie die Terroranschläge vom 11. 9. 2001, die die Aktien zB von Fluggesellschaften ohne jede Beeinflussbarkeit durch das Management auf Talfahrt gehen ließen und damit Aktienoptionsprogramme und darin enthaltene Ausübungshürden völlig durcheinanderbrachten bzw obsolet machten, wären – streng genommen – noch kein Anlass für die Abweichung von der Vergütungspolitik (zB in der Form eines *repricing*). Die Umstände sind zwar zweifellos außergewöhnliche, aber der Aufsichtsrat müsste zusätzlich wohl argumentieren, dass ohne Änderung der Parameter alle fähigen und am Markt gefragten Vorstandsmitglieder das Unternehmen verlassen würden und kein geeigneter Ersatz zu finden wäre – eine doch etwas artifizielle und lebensfremde

Gemäß § 78a AktG hat der Aufsichtsrat von börsennotierten Gesellschaften für die Mitglieder des Vorstands eine Vergütungspolitik aufzustellen.

(20) G. Schima, GesRZ 2019, 115.

(21) G. Schima, GesRZ 2019, 113.

(22) G. Schima, GesRZ 2019, 113.

(23) Vgl Art 9 Abs 6 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie.

(24) Vgl G. Schima, GesRZ 2019, 114.

Begründung. Es kann daher sinnvoll sein, in Grenzfällen gleich eine neue Vergütungspolitik zu beschließen⁽²⁵⁾ (und diese der nächsten HV vorzulegen), denn das Gesetz verbietet es dem Aufsichtsrat nicht, eine verabschiedete Vergütungspolitik jederzeit (und unabhängig davon, ob die HV darüber schon einen Beschluss gefasst hat oder nicht) wieder zu ändern. Die Änderung kann auch eine bloß geringfügige sein oder nur einen bestimmten Punkt betreffen. Diese Vorgangsweise ist sicherer, als sich auf eine auf § 78a Abs 8 AktG basierende Ermächtigungsklausel in der Vergütungspolitik zu berufen. Und auch die Willensbildung ist in beiden Fällen dieselbe: Selbst wenn die Vergütungspolitik eine Abweichensklausel beinhaltet, muss das zuständige Organ (der Aufsichtsrat oder der Vergütungsausschuss) darüber Beschluss fassen, ob und in welcher genauen Weise⁽²⁶⁾ davon Gebrauch gemacht wird. Denn die Klausel ist nicht *self executing*. Hinzu kommt außerdem die Anpassung der konkreten Vorstandsverträge. Zu beachten ist freilich § 78b Abs 2 Satz 1 AktG: Die Gesellschaft darf Vorstandsmitglieder nur entsprechend einer Vergütungspolitik entlohnen, die der HV zur Beschlussfassung vorgelegt wurde. Das heißt, der Aufsichtsrat kann zwar die Vergütungspolitik auch unterjährig jederzeit ändern, mit der Anpassung der Vorstandsverträge muss er aber zuwarten, bis die HV damit befasst wurde.⁽²⁷⁾ Davon macht indes § 78b Abs 1 Satz 1 AktG eine Ausnahme. Danach ist eine geänderte Vergütungspolitik nur dann der HV vorzulegen, wenn die Änderung „wesentlich“ ist, woraus man nur den Schluss ziehen kann, dass eine Anpassung von Vorstandsverträgen, die auf einer nicht wesentlichen Änderung der Vergütungspolitik basiert, auch ohne bzw. vor einer Befassung der HV zulässig ist.

Weicht der Aufsichtsrat von einer Vergütungspolitik ab und enthält diese entweder keine entsprechende Ermächtigung oder ist eine solche zwar vorhanden, fehlen jedoch die im Gesetz normierten Voraussetzungen, dann sind die korrespondierenden Änderungen in den Vorstandsverträgen dennoch wirksam. Auch das spricht im Übrigen dafür, den Vergütungsausschuss für die Ausarbeitung der und die Be-

schlussfassung über die Vergütungspolitik zuständig zu machen, das heißt, die Zuständigkeit für den Abschluss der Anstellungsverträge und die Beschlussfassung über die Vergütungspolitik gleichzuschalten. Denn dann kann gegebenenfalls argumentiert werden, dass der konkrete Vertragsänderungen beschließende Ausschuss in Wahrheit auch die Vergütungspolitik ändern wollte, sollte er tatsächlich vergessen haben, das formell zu beschließen.

2.4. Vergütungspolitik und individuelle Vorstandsentlohnung

Wie schon erwähnt, kann eine vom Aufsichtsrat beschlossene Vergütungspolitik nicht in bestehende Vorstandsverträge eingreifen.⁽²⁸⁾ Der Aufsichtsrat geht damit auch keine Selbstverpflichtung ein, die bestehenden Verträge schnellstmöglich der eben beschlossenen (neuen) Vergütungspolitik anzupassen. In manchen Fällen wird das auch kaum realistisch sein. Beschließt der Aufsichtsrat zB, 1.) künftig keine leistungsorientierten Pensionszusagen mehr zu gewähren oder 2.) die Maximalpension von 50 % auf 40 % der Bemessungsgrundlage (in Gestalt des letzten Jahresfestbezugs) zu senken, wird insbesondere bei älteren, das heißt pensionsnahen Vorstandsmitgliedern eine Einwilligung unrealistisch sein.

Der Aufsichtsrat kann, muss aber nicht Öffnungsklauseln in die Vorstandsverträge aufnehmen,⁽²⁹⁾ die die Möglichkeit eröffnen, im Falle einer künftigen Änderung der Vergütungspolitik (sei es aufgrund autonomer Entscheidung des Aufsichtsrats, sei es wegen in der HV [wenn auch rechtlich unverbindlich] geäußelter Bedenken oder gar Ablehnung) die Verträge gegebenenfalls – im Rahmen billigen Ermessens als des für die Ausübung von einem Vertragspartner eingeräumten Gestaltungsrechten generell geltenden Rahmens⁽³⁰⁾ – einseitig anzupassen. Es steht freilich zu erwarten, dass in der Praxis börsennotierter Unternehmen solche Klauseln zum Standard werden könnten.⁽³¹⁾ Ebenso steht freilich zu erwarten, dass die neuen Vorschriften betreffend Vergütungspolitik und Vergütungsbericht (wie dies ja auch bei der Einführung der gesetzlichen Verpflichtung zur

Das Gesetz erlaubt es, unter „außergewöhnlichen Umständen“ von der Vergütungspolitik abzuweichen (§ 78a Abs 8 AktG).

(25) G. Schima, GesRZ 2019, 114.

(26) Auch bei gesetzeskonformer Bezeichnung der „Teile ... [der Vergütungspolitik], von denen abgewichen werden darf“ (§ 78a Abs 8 AktG), wird die Abweichensklausel in der Vergütungspolitik nicht so präzise formuliert werden können, dass sie sich als solche für eine Implementierung in die Vorstandsverträge eignet. Umgekehrt wird kein Aufsichtsrat von einer Abweichensklausel in der Vergütungspolitik Gebrauch machen, wenn er nicht gleichzeitig die konkreten Vorstandsverträge anpassen möchte.

(27) Ob die HV tatsächlich einen Beschluss gefasst hat, ist aber unerheblich; siehe Punkt 2.5.

(28) G. Schima, GesRZ 2019, 115.

(29) Vgl G. Schima, GesRZ 2019, 115.

(30) Vgl für alle Apathy/Perner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵ (2017) § 1056 Rz 1 ff.

(31) G. Schima, GesRZ 2019, 115.

Einzelveröffentlichung zu beobachten war) tendenziell zu einer (weiteren)⁽³²⁾ Erhöhung und nicht etwa zu einer Senkung der Vorstandsbezüge führen werden. Denn ein Aufsichtsrat, der sich bei der Gestaltung der individuellen Vorstandsverträge nicht an die Vergütungspolitik hält, handelt pflichtwidrig (§ 78b Abs 2 Satz 1 AktG)⁽³³⁾ und kann zur Verantwortung gezogen werden.⁽³⁴⁾ Er wird schon deshalb bestrebt sein, die Vergütungspolitik möglichst breit zu formulieren, das heißt alle nur irgendwie möglichen Vergütungsformen darin aufzunehmen, um sich später nicht der Problematik auszusetzen, die Vergütungspolitik kurzfristig aus einem aktuellen Anlass ändern oder von einer vielleicht problematisch formulierten Abweichensklausel Gebrauch machen zu müssen. Damit wird aber die Fantasie von Vorstandsmitgliedern angeregt, in den Vertragsverhandlungen entsprechende Forderungen zu stellen.⁽³⁵⁾ Transparenz wird also auch hier wohl ihren Preis haben.

Die Vergütungspolitik ist der HV mindestens in jedem vierten Geschäftsjahr sowie bei jeder wesentlichen Änderung zur Abstimmung vorzulegen. Die Abstimmung hat empfehlenden Charakter.

2.5. Beschlussfassung in der Hauptversammlung

Die Vergütungspolitik ist der HV mindestens in jedem vierten Geschäftsjahr sowie bei jeder wesentlichen Änderung zur Abstimmung vorzulegen. Die Abstimmung hat empfehlenden Charakter. Der Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 78b Abs 1 AktG).

Der Gesetzgeber hat daher vom Wahlrecht in der Richtlinie⁽³⁶⁾ Gebrauch gemacht, das Votum der HV nur mit empfehlendem und für

den Aufsichtsrat nicht verbindlichem Charakter auszustatten.

Die Vergütungspolitik ist nach der Abstimmung in der HV zusammen mit dem Datum und dem Ergebnis der Abstimmung spätestens am zweiten Werktag nach der HV auf der im Firmenbauch eingetragenen Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen und hat dort mindestens für die Dauer ihrer Gültigkeit kostenfrei zugänglich zu bleiben.

Die HV trifft meines Erachtens keine Entscheidungspflicht.⁽³⁷⁾ Sie kann vielmehr auch beschließen, keinen Beschluss über die Vergütungspolitik zu fassen, und das Feld ganz dem Aufsichtsrat überlassen. Zwar ist für die Beschlussfassung kein Antrag von Aktionären erforderlich, sondern diese einfach auf die Tagesordnung zu setzen,⁽³⁸⁾ doch hindert dies meines Erachtens nicht, dass ein Aktionär den Antrag stellt, die HV möge von einer inhaltlichen Befassung mit der Vergütungspolitik Abstand nehmen. Das wird in der Praxis nur sehr selten vorkommen, ist aber nicht undenkbar, wenn die Mehrzahl der Aktionäre zum Ausdruck bringen möchte, keine Mitverantwortung für die Vorstandsentscheidung übernehmen zu wollen.⁽³⁹⁾

Die gesetzliche Anordnung, dass der Beschluss „nicht anfechtbar“ sei, bezieht sich auf die Anfechtung aus inhaltlichen Gründen. Eine solche wäre bei einem Votum mit rein empfehlendem Charakter in der Tat nicht sehr sinnvoll.⁽⁴⁰⁾ Damit sind aber noch nicht die Regeln außer Kraft gesetzt, die für Interessenkonflikte von Aktionären gelten und zu einem Stimm-

(32) Dass die Vorstandsbezüge (vor allem) in börsennotierten Unternehmen auch in Österreich (wenngleich nicht so stark wie in manchen anderen Ländern) in den letzten 25 Jahren deutlich stärker gestiegen sind als die Gehälter sonstiger Arbeitnehmer, steht außer Frage und das kann der Verfasser, der rund 30 Jahren Vorstandscausen regelmäßig betreut, aus eigener empirischer Erfahrung beurteilen.

(33) Wenn das Gesetz sagt, der Aufsichtsrat dürfe Vorstandsmitglieder nur entsprechend einer Vergütungspolitik entlohnen, die der HV zur Abstimmung vorgelegt wurde, dann muss aber erneut daran erinnert werden, dass davon bereits bestehende Vorstandsverträge nicht betroffen sind, weil die Vergütungspolitik nicht in bestehende Verträge eingzugreifen vermag.

(34) G. Schima, GesRZ 2019, 115.

(35) Vgl G. Schima, GesRZ 2019, 115 (mit dem Beispiel *Sign-on-Bonus*).

(36) Vgl Art 9a Abs 3 der 2. Aktionärsrechte-Richtlinie.

(37) Konsequenz schreibt daher § 78b Abs 2 AktG auch bloß vor, dass die Vorstandsmitglieder nur entsprechend einer Vergütungspolitik entlohnt werden dürfen, die der HV zur Abstimmung „vorgelegt“ wurde (nicht: über die die HV Beschluss gefasst hat, wobei freilich auch die Entscheidung, keinen inhaltlichen Beschluss über die Vergütungspolitik zu fassen, ein Beschluss ist).

(38) So auch 130/ME 26. GP, 4.

(39) So hat es der Verfasser in Aufsichtsräten schon mehr als einmal erlebt, dass sich die Belegschaftsvertreter bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern generell der Stimme enthielten, weil sie vermeiden wollten, später von ihren Kollegen im Betriebsrat oder der Belegschaft den Vorwurf zu bekommen, für einen mit den Arbeitnehmern nicht rücksichtsvoll umgehenden Vorstand gestimmt zu haben. Während in so einem Verhalten zweifellos keine pflichtgemäße Amtsausübung zu erblicken ist, unterliegen Aktionäre (sofern sie nicht selbst durch Organwalter vertreten werden, die fremdes Vermögen verwalten) keiner derartigen Pflichtenbindung und können sich daher auch heraushalten.

(40) Vgl Bungert/Wansleben, ARUG II: Say on Pay und Related Party Transactions im Regierungsentwurf und aus Sicht der Praxis, BB 2019, 1026 (1027); Bayer, Die Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften nach dem RefE für das ARUG II, DB 2018, 3034 (3038); Bachmann/Pauschinger, Die Neuregelung der Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung durch das ARUG II, ZIP 2019, 1 (6); B. Schwarzer/Ruhm, Die 2. Aktionärsrechte-Richtlinie, Aufsichtsrat aktuell 3/2019, 7 (8).

verbot führen können.⁽⁴¹⁾ Stimmt ein (Groß-) Aktionär mit, der selbst Vorstandsmitglied oder Aufsichtsratsmitglied ist, liegt jedoch kein Anwendungsfall des § 125 AktG vor und greift daher auch kein Stimmverbot.⁽⁴²⁾ Das gilt selbst dann, wenn – ein unwahrscheinlicher Fall – die HV in ihrem Votum Besserstellungen für den Vorstand (also zB einen *cap* für die variable Vergütung von 300 % des Fixums statt von 200 %) einfordert. Denn abgesehen davon, dass § 125 AktG den Fall der Einräumung von Rechten zugunsten eines Aktionärs auch nicht als Anwendungsfall eines Stimmverbots nennt,⁽⁴³⁾ ist das Votum der HV unverbindlich und gibt es keine Automatik betreffend eine Anpassung der Vorstandsverträge an Änderungsvorschläge der HV.

2.6. Vergütungspolitik für den Aufsichtsrat

Gemäß § 98a iVm §§ 78a und 78b AktG ist in einer börsennotierten AG auch für den Aufsichtsrat eine Vergütungspolitik aufzustellen. Die für die Vergütung des Vorstands geltenden Regeln sind sinngemäß anzuwenden. Das bedeutet, dass dafür auch der Aufsichtsrat zuständig ist. Dies ist letztlich auf die primäre Ausrichtung der Richtlinie am *Board*-System zurückzuführen.⁽⁴⁴⁾ Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats ist ohne Alternative, weil die HV diesbezüglich nicht in die Pflicht genommen werden kann.⁽⁴⁵⁾ Gleichwohl ist das Instrument der Vergütungspolitik für den Aufsichtsrat vor dem Hintergrund der Kompetenzverteilung im österreichischen AktG eher ein Leerläufer. Denn für die Festsetzung der Vergütung des Aufsichtsrats ist – anders als beim Vorstand – eben nicht jenes Organ zuständig, das die Ver-

gütungspolitik erstellt, sondern zwingend die HV (§ 98 AktG),⁽⁴⁶⁾ soweit die Aufsichtsratsvergütung nicht schon in der Satzung geregelt ist (§ 98 Abs 1 AktG).

Traditionell erhält der Aufsichtsrat in Österreich ganz überwiegend bloße Festvergütungen, die variabel nur dadurch sein können, dass nach der Anzahl der Sitzungen differenziert wird.⁽⁴⁷⁾ Aktienoptionen hat der Gesetzgeber des AOG⁽⁴⁸⁾ zwar explizit ermöglicht,⁽⁴⁹⁾ wohingegen sie der BGH in Deutschland sogar für unzulässig hält.⁽⁵⁰⁾ Solche kommen als Form der Aufsichtsratsentlohnung in Österreich aber fast nicht vor.

Traditionell entscheidet die HV über die Aufsichtsratsvergütung im Nachhinein im Rahmen der ordentlichen HV⁽⁵¹⁾ und die Vergütung kann gemäß einer nicht wirklich zeitgemäßen und in Deutschland gerade in Eliminierung begriffenen Regelung sogar durch eine nur mit einfacher Mehrheit zu beschließende Satzungsänderung nachträglich herabgesetzt werden, wenn die Vergütung in der Satzung geregelt ist (§ 98 Abs 1 Satz 2 AktG). In den letzten Jahren ist aber ein Trend (insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften) zu beobachten, die Aufsichtsratsvergütung *ex ante* in der Satzung festzulegen und die Vergütung sogar in monatlichen Teilbeträgen auszuzahlen bzw zu akontieren. Sofern nicht tatsächlich variable, erfolgsbezogene Vergütungen gewährt werden, wird die Vergütungspolitik für den Aufsichtsrat von sehr überschaubarer Komplexität sein. Die HV ist an eine von ihr gebilligte Vergütungspolitik für den Aufsichtsrat nicht gebunden, kann also von ihren Herabsetzungs- bzw Änderungsrechten auch gegen eine solche Vergütungspolitik Gebrauch machen.

Gemäß § 98a iVm §§ 78a und 78b AktG ist in einer börsennotierten AG auch für den Aufsichtsrat eine Vergütungspolitik aufzustellen.

(41) Zu Stimmrechtsausschlüssen bei Interessenkonflikten *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 125 Rz 6; *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 125 Rz 1 ff.

(42) So auch *M. Wagner*, Das neue Mitbestimmungsmodell für Aktionäre in Bezug auf Vergütungspolitik und Vergütungsbericht, *GesRZ* 2018, 107 (110); vgl auch zur derzeit in Deutschland noch geltenden Rechtslage *M. Arnold* in *Münchener Kommentar zum AktG⁴*, § 136 Rz 7 (keine Entlastung im Sinne des § 136 deutsches AktG ist die Billigung des Vergütungssystems nach § 120 Abs 4 deutsches AktG); *Tröger* in *Kölner Kommentar zum AktG³*, § 136 Rz 23 (von der Entlastung nicht umfasst ist das Vergütungsvotum nach § 120 Abs 4 deutsches AktG [*say on pay*]).

(43) Hier besteht deshalb keine Regelungslücke, weil bei nicht durch angemessene Gegenleistungen abgedeckten Zuwendungen das Verbot der Einlagenrückgewähr greift.

(44) Das Regelungsanliegen kommt letztlich aus dem Vereinigten Königreich; vgl auch *Bayer*, *DB* 2018, 3035.

(45) *G. Schima*, *GesRZ* 2019, 112.

(46) Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 98 Rz 1; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 98 Rz 8.

(47) *Berger*, Aufsichtsrats- und Vorstandsstudie, *CFO* aktuell 2016, 207 (208).

(48) Aktienoptionengesetz, *BGBI* I 2001/42.

(49) Vgl dazu *G. Schima*, Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder, in *Doralt/Kalss*, Aktienoptionen (*GesRZ-Sonderheft* 2001) 19.

(50) *BGH* 16. 2. 2004, II ZR 316/02, *BGHZ* 158, 122.

(51) Vgl *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 104 Rz 19; *G. Schima*, *GesRZ* 2019, 112.