

AUFSÄTZE

Zur „wesentlichen“ Änderung der Vergütungspolitik

Die Veräußerungspolitik ist der Hauptversammlung alle vier Jahre und bei „wesentlichen“ Änderungen zur Beschlussfassung vorzulegen. Der Beitrag erläutert, was unter einer „wesentlichen“ Änderung zu verstehen ist und begründet, dass der Aufsichtsrat den Vorstand auch aufgrund einer der Hauptversammlung nicht vorgelegten Vergütungspolitik entlohnen darf, sofern die seit der letzten Vorlage vorgenommenen Änderungen nicht „wesentlich“ und damit nicht vorlagepflichtig sind.

Deskriptoren: Aufsichtsrat, Hauptversammlung, Vergütungspolitik.

Normen: §§ 78a, 78 b AktG; §§ 87a Abs 2, 120a dAktG.

Von Georg Schima

1. Grundsätzliche Rechtslage

Seit der Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechte-Richtlinie¹ (ARRL II) in das österreichische Aktiengesetz durch das AktRÄG 2019² ist die Hauptversammlung in die Entscheidung über die Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat einzubinden – dies aber auf eine Weise, die der Hauptversammlung kein Recht zu einem verbindlichen Votum gibt, also nicht das Recht, eine bestimmte Art von Vergütung im Allgemeinen oder für bestimmte Vorstandsmitglieder rechtlich zu verhindern.³ Die Vergütung des Aufsichtsrates sei hier mangels praktischer Relevanz ausgeklammert.

Gemäß § 78a Abs 1 AktG hat der Aufsichtsrat eine sogenannte Vergütungspolitik, dh „Grundsätze für die Vergütung der Mitglieder des Vorstands“ aufzustellen. Diese ist gemäß § 78b Abs 1 AktG „der Hauptversammlung mindestens in jedem vierten Geschäftsjahr sowie bei jeder wesentlichen Änderung zur Abstimmung vorzulegen.“

§ 78b Abs 2 Satz 1 AktG verpflichtet die Gesellschaft (dh in diesem Fall den AR), „Vorstandsmitglieder nur entsprechend einer Vergütungspolitik zu entlohnen, die der Hauptversammlung zur Abstimmung vorgelegt wurde.“ „Zur Abstimmung vorgelegt“ heißt nicht, dass die

Hauptversammlung der Vergütungspolitik mehrheitlich zugestimmt haben muss. Die Konsequenz einer Ablehnung der Vergütungspolitik bzw einer vorgelegten Änderung derselben durch die Hauptversammlung ist nur, dass in der nächsten Hauptversammlung eine „überprüfte“ Vergütungspolitik vorzulegen ist (§ 78b Abs 2 Satz 2 AktG). Das bedeutet *nicht*, dass die Vergütungspolitik *geändert* werden muss; der Aufsichtsrat kann vielmehr auf der ursprünglich vorgelegten Vergütungspolitik beharren, tut dann aber aus naheliegenden Gründen gut daran, in der Hauptversammlung eingehend zu begründen, warum er den Bedenken der Hauptversammlung nicht Rechnung getragen hat.⁴

§ 78a Abs 8 AktG erlaubt „vorübergehende“ Abweichungen von der Vergütungspolitik „unter außergewöhnlichen Umständen.“ Dies ist dann zulässig, wenn die Vergütungspolitik die „Vorgangsweise 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.“

2. Zur „wesentlichen“ Änderung der Vergütungspolitik

Gemäß § 78b Abs 1 AktG ist die Vergütungspolitik der Hauptversammlung mindestens in jedem vierten Geschäftsjahr sowie bei jeder „wesentlichen Änderung“ zur Abstimmung vorzulegen. Die Abstimmung hat empfehlenden Charakter. Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

1 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 2017/132, 1.

2 Aktienrechts-Änderungsgesetz 2019, BGBl I 2019/63.

3 Vgl Mitterecker in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Taschenkommentar (2019) § 78a Rz 8; G. Schima, Say on Pay und Related Party Transactions, Übertriebener Formalismus oder sinnvolle Instrumente für den Kapitalmarkt? GesRZ 2019, 110 (115); G. Schima,

Vergütungspolitik und Vergütungsbericht nach dem AktRÄG 2019 (Teil I), Aufsichtsrat aktuell 2019 H 4, 7 (12); Chr. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³ (2021) § 78b Rz 1.

4 Vgl G. Schima, GesRZ 2019, 110 (115); Kalss in Kalss/Oppitz/Schörghofer (Hrsg), Vorstand und Aufsichtsrat (2019) Kapitel 1: Aktiengesetznovelle 2019 – Vergütungspolitik und Vergütungsbericht, 17; Mitterecker in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Taschenkommentar § 78a Rz 47; Chr. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³ § 78b Rz 4.

Was ist aber eine „wesentliche“ Änderung im Sinne des § 78b Abs 1 AktG? Das Gesetz definiert das nicht näher, und auch die Erwägungsgründe der ARRL II geben darüber keine Auskunft.

2.1. Zum Meinungsstand in Österreich

Kalss erklärt, unwesentliche Änderungen seien etwa schlichte Korrekturen von Schreibfehlern oder die Ausdehnung der Wartefrist von wenigen Monaten.⁵ Wesentliche Änderungen seien demgegenüber zB die Aufnahme einer neuen variablen Vergütungskomponente oder die erstmalige Einbeziehung einer aktienbasierten Vergütung oder eines neuen KPI.⁶

Chr. Nowotny streift das Thema nur kurz und meint, die Neugewährung oder der Entfall einer aktienbasierten Vergütung wäre eine wesentliche Änderung⁷ und wendet damit offenbar einen eher großzügigen Maßstab an.

Stritzke führt diesbezüglich aus, dass grundsätzlich im Vier-Jahres-Turnus über die Vergütungspolitik abzustimmen sei. Komme es innerhalb dieses Zeitraums zu wesentlichen Änderungen, sei jedoch bereits in der darauffolgenden ordentlichen Hauptversammlung vorzulegen. Solche Modifikationen seien denkbar bei Ausscheiden oder Eintreten eines neuen Vorstandsmitglieds und damit einhergehenden notwendigen Anpassungen des Vergütungssystems (nicht zu verwechseln mit einer vorübergehenden und ausnahmsweisen Änderung iSd § 78a Abs 8 AktG, etwa zugunsten eines „Krisenmanagers“). Prinzipiell gelte die Vergütungspolitik automatisch für neu eintretende Vorstandsmitglieder, dh nur bei divergierenden Vereinbarungen zwischen dem neuen Manager und der Gesellschaft wäre eine Anpassung und anschließende Vorlage notwendig.⁸ Nach Stritzke bleibe aufgrund des Gesetzes unklar, wann eine Änderung das Wesentlichkeitskriterium erfülle, sodass eine neuerliche Vorlage zur Abstimmung zu erfolgen habe und der Vorstand bis dahin auf Grundlage der alten Vergütungspolitik zu entlohnen sei. § 78a Abs 8 AktG gäbe einige Anhaltspunkte für die Abgrenzung wesentlicher und unwesentlicher Änderungen iSd § 78b Abs 1 Satz 1 AktG, indem er die Möglichkeit schaffe, nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände und unter bestimmten Voraussetzungen von

der Vergütungspolitik abzuweichen. Die außergewöhnlichen Umstände seien sodann in § 78a Abs 8 Satz 2 AktG konkretisiert, sodass die Norm keinen großen Spielraum für eine ausnahmsweise Abweichung lasse. Daraus folge ein restriktiver Maßstab für unwesentliche Änderungen iSd § 78b Abs 1 Satz 1 AktG.⁹ Unwesentlich seien jedenfalls redaktionelle Änderungen.¹⁰ Ob auch Abweichungen, die im Ergebnis zu einer anderen Vergütung für ein oder mehrere Vorstandsmitglieder führen würden, als nicht wesentlich eingestuft werden könnten, ist aus Stritzkes Sicht zu bezweifeln. Grundsätzlich werde es jedoch auf den Einzelfall ankommen. Bestandteile, deren Abänderung hypothetisch zu einem anderen Abstimmungsergebnis in der Hauptversammlung führen könnten, seien jedenfalls als wesentlich einzustufen.¹¹

Hössl-Neumann meint – ohne nähere Begründung –, dass die Vergütungspolitik den Aktionären bei jeder Änderung und mindestens alle vier Jahre zur Abstimmung vorgelegt werden müsse.¹² Er ignoriert damit freilich den Gesetzeswortlaut.

2.2. Zum Meinungsstand in Deutschland

Hoffmann plädiert dafür, den Begriff „wesentliche Änderung“ extensiv zu verstehen, sodass im Prinzip darunter jede inhaltliche Änderung der Vergütungspolitik zu verstehen sei.¹³ Herrler geht prinzipiell von einer Einzelfallentscheidung aus. Ob Änderungen des Vergütungssystems als wesentlich zu qualifizieren seien, gelte es anhand einer Gesamtwürdigung der vorgenommenen Änderungen, insbesondere deren voraussichtlicher monetärer Folgen, unabhängig davon, ob zugunsten oder zulasten der Gesellschaft, zu ermitteln. Hierbei – so Herrler – seien stets die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Aus Sicht Herrlers ist die Erhöhung der bisher festgelegten Maximalvergütung jedenfalls eine wesentliche Änderung. Bei Änderungen anderer Elemente des Vergütungssystems dürfte von Wesentlichkeit auszugehen sein, wenn deren voraussichtliche monetäre Folgen zu einer Erhöhung bzw. Reduzierung der Vergütung um mindestens 2 % pro Jahr führten. Grundlage für diese Überlegung seien derzeitige Gehaltssteigerungen von durchschnittlich 2–3 % pro Jahr. Werde der vorgenannte Schwellenwert voraussicht-

lich unterschritten, dürfte bei einem Eingriff in mehr als zwei Kategorien des § 87a Abs 1 Z 2-11 dAktG im Zweifel von Wesentlichkeit auszugehen sein.¹⁴

Auch Liebscher geht von der Maßgeblichkeit einer Einzelfallentscheidung aus. Der Begriff „wesentliche Änderung“ sei extensiv auszulegen. Dies gelte umso mehr, als in ARRL II gar von einer „Überwachung der Vergütung“ gesprochen werde.¹⁵ Als Beispiele für wesentliche Änderungen der Vergütungspolitik nennt er

- (i) Signifikante Änderungen bei der Fixvergütung;
- (ii) Änderungen bei den maximalen kurz- und langfristigen variablen Vergütungsbestandteilen;
- (iii) Änderungen der Wartefristen für aktienbezogene Vergütungsbestandteile.

Entscheidend müsse stets der Transparenz- und Kontrollgedanke sein. Eine Kontrollfrage, ob eine wesentliche Änderung vorliege, könnte daher aus Sicht Liebschers sein: „Handelt es sich um eine Änderung, deren Billigung es im Hinblick auf die bezweckte Transparenz bedarf?“¹⁶ Auch Koch plädiert dafür, den Begriff „wesentliche Änderung“ nicht zu eng auszulegen. Demgemäß sei das Kriterium der Wesentlichkeit entgegen der Ansicht von Anzinger¹⁷ noch nicht per se erfüllt, wenn Höchstvergütungsgrenzen verändert würden.¹⁸

Lutter/Bayer/Schmidt¹⁹ erklären, dass weder im Text der ARRL II noch in den Erwägungsgründen präzisiert werde, wann eine wesentliche Änderung vorliege. Geringfügige Änderungen würden noch keine Vorlagepflicht auslösen. Andererseits dürfe man die Anforderungen an die Wesentlichkeit mit Blick auf den Telos der Norm auch nicht zu weit hochschrauben. Letztlich handle es sich wohl um eine Abwägungsfrage im konkreten Einzelfall. Als „wesentlich“ anzusehen sein dürften aber zB signifikante Änderungen bei der Fixvergütung, Änderungen bei den maximalen kurz- und langfristigen variablen Vergütungsbestandteilen oder Änderungen der Wartefristen für aktienbezogene Vergütungsbestandteile. Damit verwenden Liebscher (siehe oben) sowie Lutter/Bayer/Schmidt dieselben Fallbeispiele, die aus ihrer Sicht eine wesentliche Änderung der Vergütungspolitik bedeuten.

Nach Anzinger liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn bezogen auf die Situation im Unternehmen, den Empfängerhorizont der Aktionäre und die Ausgestaltung

der bisherigen Vergütungspolitik angenommen werden müsse, dass die Aktionäre die Änderung mit einer Veränderung der Anreizwirkungen der daraus abgeleiteten Vergütung verbinden würden. Um eine Umgehung der Abstimmungspflicht, zB durch kurzfristige gegenläufige Änderungen, zu vermeiden, dürfe das Merkmal der Wesentlichkeit nicht zu eng ausgelegt werden. Insbesondere sollten Höchstvergütungsgrenzen nicht verändert werden können, ohne eine Vorlagepflicht auszulösen. Andernfalls könnte das Vertrauen der Aktionäre in die Geltung der Vergütungspolitik zerstört und die in Art 9a Abs 2 und 3 ARRL II angeordnete Bindungswirkung der Vergütungspolitik ausgehöhlt werden.²⁰

2.3. Eigene Auffassung

Bevor näher untersucht wird, was man sich in punkto inhaltlicher Bedeutung bzw. finanzieller Dimension einer „wesentlichen Änderung“ der Vergütungspolitik vorzustellen hat, muss auf die (vermeintliche) Antinomie zwischen § 78b Abs 1 Satz 1 und § 78b Abs 2 Satz 1 AktG eingegangen werden. Wenn nämlich eine Auslegung dieser Bestimmungen im Verhältnis zueinander ergeben sollte, dass der Aufsichtsrat die Vergütung von Vorstandsmitgliedern auch aufgrund einer nur unwesentlich geänderten Vergütungspolitik nicht gestalten dürfte, sofern er nicht auch diese unwesentliche Änderung – freiwillig – zuvor der Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt hat, würde sich eine nähere Untersuchung der Frage erübrigen, welche Dimension eine Änderung haben müsste, um als „wesentlich“ zu gelten. Der Frage fehlte dann nämlich zumindest weitgehend²¹ die praktische Relevanz, weil der Aufsichtsrat ohnehin bei jeder Änderung zuerst die HV befassen müsste.

2.3.1. Zum Verhältnis von § 78b Abs 1 Satz 1 AktG zu § 78b Abs 2 Satz 1 AktG

a. Österreichische und deutsche Gesetzeslage

Nach § 78b Abs 1 Satz 1 AktG ist die Vergütungspolitik der Hauptversammlung mindestens in jedem vierten Geschäftsjahr sowie bei jeder wesentlichen Änderung zur

5 Kalss in Kalss/Oppitz/Schörghofer, Vorstand und Aufsichtsrat, 16.

6 Kalss in Kalss/Oppitz/Schörghofer, Vorstand und Aufsichtsrat, 16.

7 Chr. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³ § 78b Rz 2.

8 Stritzke, Mehr Mitsprache bei der Vergütung von Vorstandsmitgliedern oder bloß mehr Verwaltungsaufwand? NZ 2020/119, 403. Was mit diesen Ausführungen gemeint ist, bleibt etwas unklar. Denn die Vergütungspolitik als generell-abstraktes Regelwerk hat in Bezug auf die einzelnen Vorstandsverträge zweifelsfrei keine Normwirkung wie zB ein Kollektivvertrag in Bezug auf Einzel-

arbeitsverträge, „gilt“ daher mitnichten „automatisch“ für neu eintretende Vorstandsmitglieder.

9 Stritzke, NZ 2020/119, 405.

10 Stritzke, NZ 2020/119, 405.

11 Stritzke, NZ 2020/119, 405.

12 Hössl-Neumann, Say on Pay (Stand 1.11.2021, Lexis Briefings in lexis360.at).

13 Hoffmann in Spindler/Stilz, BeckOGK AktG § 120a Rz 31 (Stand 1.9.2021, beck-online.de).

14 Herrler in Grigoleit AktG² (2020) § 120a AktG Rz 17.

15 Erwägungsgrund 33 ARRL II.

16 Liebscher in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 120a AktG Rz 6, 7.

17 Dazu gleich unten.

18 Koch in Hüffer/Koch, AktG¹⁴ (2020) § 120a Rz 4.

19 Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁶ (2017) 29.136.

20 Anzinger, Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung: Kompetenzverteilung und Offenlegung nach der zweiten Aktionärsrechterrichtlinie, ZGR 2019, 39 (78 f).

21 Freilich könnte der Aufsichtsrat auch eine Änderung der Vergütungspolitik beschließen, die aber vorerst bei keinem Vorstandsmitglied angewendet wird. Hier spielt die Unterscheidung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Änderung dann unabhängig vom Verhältnis von § 78b Abs 1 Satz 1 zu § 78b Abs 2 Satz 1 AktG eine Rolle, weil der Aufsichtsrat eine wesentliche Änderung auch dann den Aktionären vorlegen muss, wenn sie sich vorerst bei keinem einzigen Vorstandsmitglied auswirkt. Die Vergütungspolitik ist der Rahmen, ein generell-abstraktes Normenwerk, dessen Änderungen nie automatisch auf die Vorstandsverträge durchschlagen.

Abstimmung vorzulegen. Gemäß § 78b Abs 2 Satz 1 AktG darf die Gesellschaft die Mitglieder des Vorstands nur entsprechend einer Vergütungspolitik entlohnen, die der Hauptversammlung zur Abstimmung vorgelegt wurde. Nach dem reinen Wortlaut der beiden Bestimmungen dürfte der Aufsichtsrat den Vorstand nicht einmal auf Grundlage einer nur unwesentlich geänderten Vergütungspolitik entlohnen, wenn und weil er diese nicht der Hauptversammlung vorgelegt hat, obwohl unwesentliche Änderungen, wie gesagt, der Hauptversammlung gar nicht vorgelegt werden *müssen*.

In Deutschland existiert die zuvor aufgezeigte Antinomie im Verhältnis zwischen § 120a dAktG und § 87a Abs 2 dAktG. § 120a dAktG lautet auszugsweise:

„(1) Die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft beschließt über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Vergütungssystems für die Vorstandsmitglieder bei jeder wesentlichen Änderung des Vergütungssystems, mindestens jedoch alle vier Jahre. Der Beschluss begründet weder Rechte noch Pflichten. Er ist nicht nach § 243 anfechtbar. Ein das Vergütungssystem bestätigender Beschluss ist zulässig.“²² [...]

(3) Hat die Hauptversammlung das Vergütungssystem nicht gebilligt, so ist spätestens in der darauffolgenden ordentlichen Hauptversammlung ein überprüftes Vergütungssystem zum Beschluss vorzulegen.“²³ [...]“

Demgegenüber lautet § 87a Abs 2 dAktG:

„Der Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft hat die Vergütung der Vorstandsmitglieder in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Absatz 1 zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen. Der Aufsichtsrat kann vorübergehend von dem Vergütungssystem abweichen, wenn dies im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft notwendig²⁴ ist und das Vergütungssystem das Verfahren des Abweichens sowie die Bestandteile des Vergütungssystems, von denen abgewichen werden kann, benennt.“

b. Meinungsstand in Österreich und Deutschland

Wenngleich in der vorliegenden deutschen Literatur, soweit ersichtlich, nicht explizit auf die oben aufgezeigte Antinomie eingegangen wird, vertritt ein Teil des Schrift-

tums die Auffassung, dass unwesentliche Abweichungen von der beschlossenen Fassung des Vergütungssystems von der ursprünglichen Zustimmungserteilung erfasst seien.²⁵ Damit wäre auch der zuvor aufgezeigte Widerspruch gelöst, weil fingiert wird, dass die ursprüngliche Vergütungspolitik diese unwesentlichen Änderungen bereits enthielt. Hoffmann²⁶ zieht zur Umschreibung des Begriffes „wesentliche Änderung“ das Verhältnis von § 87a zu § 120a dAktG heran: In § 120a dAktG sei eine Pflicht zur Vorlage alle vier Jahre oder bei jeder wesentlichen Änderung vorgesehen. Zwischen diesen turnusmäßigen Vorlagen könne eine außerordentliche Vorlagepflicht einerseits vom Aufsichtsrat dadurch ausgelöst werden, dass er eine wesentliche Änderung des Systems beschließe und andererseits durch die Hauptversammlung bei Ablehnung der Billigung des vorgelegten Systems. Nach dem Wortlaut des § 120a dAktG (in Übereinstimmung mit Art 9a Abs 5 ARRL II) solle explizit nicht jede, sondern nur eine wesentliche Änderung die Vorlagepflicht auslösen. Dagegen kenne die Selbstbindung an das vorgelegte Vergütungssystem nach § 87a Abs 2 dAktG kein Recht, unabhängig von den engen Voraussetzungen des zweiten Satzes leg cit unwesentlich von dem System abzuweichen. Nähme man das ernst, so könne der Aufsichtsrat mithin eine unwesentliche Änderung beschließen, ohne sie der Hauptversammlung vorzulegen – dürfte sie dann aber nicht anwenden. Daraus schließt Hoffmann, dass der Begriff der „wesentlichen Änderung“ ganz weit auszulegen sei und jede inhaltliche Änderung des Vergütungssystems umfasse, während als unwesentlich nur Korrekturen evidenter Fehler sowie redaktionelle Anpassungen anzusehen seien.²⁷ Herrler führt aus, dass der Aufsichtsrat verpflichtet sei, ein wesentlich geändertes Vergütungssystem vorzulegen. Dies werde ua durch die „Anwendungssperre“ in § 87a Abs 2 Satz 1 dAktG begründet, weil diese den Anreiz bilde, ein wesentlich geändertes Vergütungssystem vorzulegen.²⁸ Außerdem weist Herrler im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Pflichtvorlage darauf hin, dass es der Aufsichtsrat prinzipiell in der Hand habe, wann er eine wesentliche Änderung vorlege. Er müsse dann aber auch die Anwendungssperre des § 87a Abs 2 Satz 1 in Kauf nehmen.²⁹ Daraus ist abzuleiten, dass auch Herrler – im Gegensatz zu Hoffmann – der Ansicht ist, unwesentliche Änderungen der Vergütungspolitik würden die „Anwendungssperre“ des § 87a Abs 2 Satz 1 dAktG nicht auslösen.

In Österreich setzte sich Stritzke kurz mit dem Verhältnis zwischen § 78b Abs 1 AktG und § 78b Abs 2 AktG aus-

einander: „Fraglich ist die inhaltliche Reichweite der Verbindlichkeit, insbesondere in Hinblick auf § 78a Abs 1 AktG³⁰, der eine Vorlage zur Abstimmung nur bei wesentlichen Änderungen vorschreibt. Im Umkehrschluss kann davon ausgegangen werden, dass bei unwesentlichen Änderungen keine Vorlage erforderlich ist. Dies bedeutet auch, dass hinsichtlich geänderter unwesentlicher Details die Verbindlichkeit durchbrochen wird.“³¹

c. Eigene Auffassung zur Antinomie zwischen § 78b Abs 1 Satz 1 und § 78b Abs 2 Satz 1 AktG

Die oben wiedergegebene, von Hoffmann gezogene Schlussfolgerung, aus dem Verhältnis von § 87a Abs 2 und § 120a dAktG sei abzuleiten, dass der Begriff der „wesentlichen Änderung“ ganz eng auszulegen sei und im Prinzip „jede inhaltliche Änderung“ umfasse, überzeugt für Deutschland genauso wenig wie für Österreich bei diesbezüglich identischer Gesetzeslage. Sie würde dazu führen, dass das Kriterium der „wesentlichen Änderung“ seinen Inhalt verliert und als „jedwede Änderung“ gedeutet wird. Der praktische Anwendungsbereich würde sich dann auf jene – eher realitätsfremden – Konstellationen reduzieren, in denen der Aufsichtsrat die Vergütungspolitik in unwesentlicher Weise ändert, ohne die Änderung jedoch auf ein konkretes Vorstandsmitglied anzuwenden. Natürlich kann der Aufsichtsrat das tun; so etwas wird aber in der Praxis so gut wie nicht vorkommen. Es kann – dies ist ein anerkannter Auslegungsgrundsatz – dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, weitgehend inhaltsleere Regelungen normiert zu haben. Richtiger Weise kann aus dem Verhältnis der beiden Gesetzesnormen überhaupt kein Rückschluss darauf gezogen werden, welches finanzielle Ausmaß bzw welche inhaltliche Bedeutung³² eine Änderung der Vergütungspolitik haben darf, um noch nicht „wesentlich“ zu sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sowohl in Österreich als auch in Deutschland das Problem nicht bedacht hat. Der Aufsichtsrat darf daher den Vorstand sehr wohl abweichend von der der Hauptversammlung vorgelegten Vergütungspolitik entlohnen, sofern es sich um eine nicht wesentliche und damit nicht vorlagepflich-

tige Änderung handelt. § 78b Abs 2 Satz 1 AktG muss somit mE im Wege einer teleologischen Reduktion ausgelegt werden im Sinne von „.....darf die Gesellschaft die Mitglieder des Vorstands nur entsprechend einer Vergütungspolitik entlohnen, die der Hauptversammlung zur Abstimmung vorgelegt wurde und vorlagepflichtig ist.“ Zusammenfassend gesagt, kann § 78b Abs 2 Satz 1 AktG mE nur so interpretiert werden, dass der Aufsichtsrat die Entlohnung des Vorstandes bzw einzelner Mitglieder des Vorstandes auch aufgrund einer der Hauptversammlung nicht vorgelegten Änderung der Vergütungspolitik vornehmen darf, sofern es sich um keine iSd § 78 Abs 1 Satz 1 AktG wesentliche und daher um keine vorlagepflichtige Änderung handelt.

2.3.2. Ausmaß der „wesentlichen“ Änderung

Das Meinungsspektrum zur Frage ist sehr breit, welche Dimension eine Änderung der Vergütungspolitik haben darf, um als nicht „wesentlich“ einzustufen zu sein und damit keine Vorlagepflicht auszulösen. Es reicht, wie gezeigt, von keinerlei inhaltliche Änderungen (sondern nur solche redaktioneller Art), über Änderungen von 2 bis 3% (nach oben oder unten) beim Jahresbezug, Änderungen bei der Höchstvergütung (cap) bis zu „signifikanten“ Änderungen (bei der Fixvergütung) und Neueinführung oder Entfall eines aktienbasierten Vergütungsmodells.

Da weder die ARRL II noch das nationale Umsetzungsgesetz zur Klärung der Frage beiträgt, muss neben der Beachtung des Wortlautes auch auf den Sinn und Regelungszweck der Bestimmungen abgestellt werden. Schon bei Orientierung am Wortlaut rätselt man, wie sich Meinungen ernsthaft begründen lassen, die als wesentliche Änderung jede inhaltliche Änderung qualifizieren und nur redaktionelle Anpassungen oder die Beseitigung von offensichtlichen Fehlern von der Vorlagepflicht ausnehmen wollen. Schon nach allgemeinem Sprachgebrauch kann man aber auch zB eine Abweichung von 5% oder 10% eines Ganzen – und schon gar nicht die in der Literatur ebenfalls vorgeschlagenen 2% – nicht als „wesentlich“ betrachten.³³

22 Diese Regelung entspricht inhaltlich § 78b Abs 1 Satz 1 AktG.

23 Das entspricht § 78b Abs 2 Satz 2 AktG.

24 Diese Formulierung ist deutlich flexibler und praxisgerechter als die entsprechende österreichische Regelung.

25 Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands² (2020) Rz 1524a.

26 Hoffmann in Spindler/Stilz, BeckOGK AktG § 120a Rz 31.

27 Hoffmann in Spindler/Stilz, BeckOGK AktG § 120a Rz 32.

28 Herrler in Grigoleit AktG² (2020) § 120a AktG Rz 17.

29 Herrler in Grigoleit AktG² § 120a AktG Rz 17.

30 Dies ist wohl ein Versehen; gemeint kann nur § 78b Abs 1 AktG sein.

31 Stritzke, NZ 2020/119, 405.

32 Vgl dazu unten 2.3.2.

33 Das ist zB im Bereich des Arbeitsrechts, wo das soziale Schutzprinzip eine große Rolle spielt, durchaus anerkannt. So judiziert der OGH in seiner Rsp zum allgemeinen Kündigungsschutz nach § 105 Abs 3 ArbVG, dass auch Einkommenseinbußen von 15%, sogar bis zu 20%, idR keine Beeinträchtigung „wesentlicher“ Interessen des Arbeitnehmers iSd § 105 Abs 3 Z 2 Satz 2 ArbVG bedeuten (vgl uA OGH 23.5.1997, 8 ObA 96/97v RdW 1998, 153 – 15%; OGH 24. 7. 2018, 9 ObA 63/18g ARD 6612/8/2018 – 20%). Der VwGH hat vor langem (es ist aber nach wie vor die einzige dazu ergangene Höchstgerichts-E) ausgesprochen, dass 8% der Belegschaft nicht als

„erhebliche“ Teile derselben iSd § 109 Abs 3 Satz 1 ArbVG anzusehen sind (VwGH 15. 10. 1986, 85/01/0297 infas 1987, A 3). Und zu § 3 Abs 5 AVRAG ist es wohl hM, dass eine „wesentliche“ Verschlechterung von Arbeitsbedingungen iSd § 3 Abs 5 AVRAG unter einer Schwelle von 10% (bezogen auf das Gesamtentgelt) typischer Weise nicht in Betracht kommt: vgl Schrank, Apropos Spaltungsgesetz: Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang (Teil 1) ecolex 1993, 541; Schrank, Probleme der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang, in Tomandl (Hrsg), Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995) 88; Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 3 Rz 126 (Stand 1.1.2017, rdb.at); vorsichtig G. Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 155; Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung und AVRAG (1996) 121 Fn 113.

„Unwesentliche“ Änderungen sind demgemäß keineswegs nur solche redaktioneller Natur, sondern können sehr wohl inhaltliche sein. Andernfalls würde man den Begriff der „unwesentlichen Änderung“ in § 78b Abs 1 Satz 1 AktG ihres Sinns und Anwendungsbereiches berauben, und das kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Für die jederzeitige Zulässigkeit der Beseitigung redaktioneller Fehler und offenkundiger Versehen (wie Tippfehler, Zahlendreher, falsche Überschriftennummierungen etc) bedarf es gar keiner gesetzlichen Grundlage, denn es versteht sich von selbst, dass derartige „Bereinigungen“ gar nicht unter den Begriff der „Änderung“ fallen, geschweige denn je „wesentlich“ sein können. Nicht überzeugend ist es insbesondere, aus § 78a Abs 8 AktG den Schluss zu ziehen, dass „unwesentliche“ Änderungen ganz restriktiv zu interpretieren seien, weil § 78a Abs 8 AktG den in der Vergütungspolitik verankerten Vorbehalt späterer Abweichungen von derselben ohne neuerliche Befassung der Hauptversammlung nur bei außergewöhnlichen Umständen zulasse.³⁴ Denn damit werden die Voraussetzungen für Abweichungen mit deren möglichem Ausmaß durcheinandergebracht. Es ist zwar richtig, dass die Voraussetzungen für Abweichungen im Gesetz sehr restriktiv – im Grunde praxisfern – definiert sind;³⁵ wenn diese gegeben sind, gibt es aber für das Ausmaß der Abweichung keine eigenen Grenzen. Mit anderen Worten: Wenn zB in einem völlig außergewöhnlichen Jahr mit einer vom Management mehr oder weniger nicht beeinflussbaren, auf exogene Faktoren zurückzuführenden wirtschaftlichen Entwicklung³⁶ die Verfehlung aller gesetzten quantitativen Ziele dazu führt, dass sämtliche Vorstandsmitglieder ihre gesamten variablen Bezüge einbüßen, könnte der Aufsichtsrat – gestützt auf eine (ausreichend konkrete) „Escape-Klausel“ nach § 78a Abs 8 AktG – den Vorstandsmitgliedern die variablen Bezüge durch ad-hoc-Vertragsänderungen auch zur Gänze ersetzen. Das bedeutet, dass die auf eine „Notfall-Klausel“ nach § 78a Abs 8 AktG gestützten Änderungen der Vergütungspolitik ein Ausmaß haben können, das selbst

auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung (sehr) deutlich über der Grenze liegt, das die wesentliche von der unwesentlichen Änderung iSd § 78b Abs 1 Satz 1 AktG trennt. Deshalb kann aus § 78a Abs 8 AktG nicht gefolgert werden, dass „unwesentliche Änderungen“ iSd § 78b Abs 1 Satz 1 AktG nur ganz geringfügig sein dürfen. Freilich muss man bedenken, dass es beim Begriff der „Wesentlichkeit“ des § 78b Abs 1 Satz 1 AktG verschiedene Betrachtungsebenen gibt. Insofern ist das Problem nicht dasselbe wie zu beurteilen, ob 10% von einer Menge von 100 schon als „wesentlich“ zu qualifizieren sind. Denn man könnte als „wesentliche“ Änderung der Vergütungspolitik auch Änderungen ansehen, die (aus Aktionärsicht) wesentliche Bestandteile der Vergütungspolitik betreffen, obwohl die Auswirkungen betragsmäßig vielleicht nicht wesentlich oder sogar zumindest vorerst Null sind, wie zB die Einführung oder Beseitigung von claw back- oder Malus-Klauseln. Ebenso könnte man aber die finanzielle Auswirkung auf die individuellen Bezüge der Vorstandsmitglieder als maßgebliches Kriterium einstufen (Bsp: Anhebung der Festbezüge um 25%). Richtiger Weise muss man hier eine kombinierte Betrachtungsweise anlegen. „Wesentlich“ ist eine Änderung der Vergütungspolitik, wenn aufgrund der Änderung sich der Gesamtbezug der Vorstandsmitglieder wesentlich (mE also um jedenfalls mehr als 10%) ändern kann³⁷ (wobei eine Herabsetzung genauso relevant ist) oder wenn wesentliche Bestimmungen nicht bloß unwesentlich geändert werden. Für die Wesentlichkeit der Bestimmung ist in Anbetracht des Regelungszweckes der auf die ARRL II zurückgehenden Vorschriften mE auf die Sicht verständiger Aktionäre abzustellen, sodass die im Schrifttum geäußerte Meinung, man müsse fragen, ob die Aktionäre bei realistischer Einschätzung der Verwaltung vor der fraglichen Änderung gefragt werden wollten,³⁸ schon den Kern der Sache trifft.³⁹ Vor diesem Hintergrund wäre zB die Neueinführung oder die Beseitigung eines aktienbasierten Vergütungsprogrammes⁴⁰ oder die Einführung oder Beseitigung von claw back- und Malus-Klauseln, die

34 So Stritzke, NZ 2020/119, 405.

35 Vgl demgegenüber die flexibler und eindeutig praxisgerechter gestaltete Formulierung in der deutschen Parallelregelung (§ 120a Abs 1 dAktG).

36 Die COVID 19-Pandemie könnte ein solches Ereignis sein oder die globale Finanzkrise 2008/2009 oder 9/11 für Fluggesellschaften).

37 Da es um eine Änderung der Vergütungspolitik als eines generell-abstrakten Regelwerks und nicht der konkreten Vergütung geht, muss der Hauptversammlung natürlich auch vorgelegt werden, wenn der Aufsichtsrat zB beschließt, die maximalen Festbezüge oder die caps bei variablen Vergütungen um 25% anzuheben, selbst wenn diese Änderung zunächst mit keinem einzigen Vorstandsmitglied vereinbart wird.

38 Vgl zB Kalss in MünchKomm AktG Ia/Ia: Nachtrag ARUG II⁵ (2021) § 87a Rz 73; Stritzke, NZ 2020/119, 405; Anzinger, ZGR 2019, 39 (78 f).

39 Es ist ähnlich wie bei der Prüfung der Frage, ob ein Geschäft in der GmbH den Gesellschaftern auch abseits der Existenz von Geschäftsführungs-Katalogen im Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden muss. Dies ist nach hA der Fall, wenn das Geschäft entweder seiner Bedeutung nach ungewöhnlich ist oder wenn die Geschäftsführer damit rechnen müssen, dass die Gesellschafter es ihrer Zustimmung vorbehalten wollen, was zB beim Abschluss eines – wenn auch wirtschaftlich wenig bedeutenden – Geschäftes der Gesellschaft mit einem Gesellschafter der Fall sein wird, vgl dazu G. Schima, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (I), GesRZ 1999, 100 (106 f) mwN; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 25 Rz 80; Reich-Rohrwig in Straubel/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 13 (Stand 1.6.2015, rdb.at).

40 Chr. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³ § 78b Rz 2.

heute in börsennotierten Gesellschaften weitgehend zum Standard geworden sind, eine wesentliche Änderung der Vergütungspolitik, nicht aber mE die maßvolle Änderung des Ausmaßes der „Rückforderungsmasse“ bei einer claw back-Klausel. Ebenso ist es mE – um ein Beispiel aus der Praxis zu nehmen – keine wesentliche Änderung (bzw bedarf es keiner wesentlichen Änderung der Vergütungspolitik), wenn eine Gesellschaft die Zahlung von „stay on- und retention Boni“ in der Vergütungspolitik verankert hat, mit einem Vorstandsmitglied aber eine Vereinbarung trifft, der zufolge das Vorstandsmitglied dann einen namhaften Betrag erhält, wenn der Aufsichtsrat nicht binnen eines bestimmten Zeitraumes die Verlängerung des Vorstandsmandats und des Anstellungsvertrages um eine bestimmte Dauer beschließt.⁴¹ Insgesamt spricht mE für ein eher großzügiges Verständnis des Begriffs der „wesentlichen“ Änderung in § 78b Abs 1 Satz 1 AktG auch, dass sich Österreich (ebenso wie zB Deutschland) für die Umsetzung jenes Modells der ARRL II entschieden hat, demzufolge der Hauptver-

sammlung kein Recht auf ein für die Verwaltung verbindliches – sondern nur für ein gleichsam empfehlendes – Votum zukommt. Zwar darf – wie auch die ersten praktischen Erfahrungen zeigen – die faktische Autorität selbst eines unverbindlichen Beschlusses nicht unterschätzt werden, doch ist es angesichts des Fehlens einer mit Verbindlichkeit ausgestatteten Entscheidungsmacht der Aktionäre eher gerechtfertigt, bei der Abgrenzung wesentlicher von unwesentlichen Änderungen nicht kleinlich zu sein, weil die Anteilseigner eine Entlohnung aufgrund einer ihnen nicht genehmen Vergütungspolitik ohnehin (bzw nur sehr indirekt durch Austausch des Aufsichtsrates) verhindern können.

Klar ist, dass der Aufsichtsrat die Vorschrift des § 78b Abs 1 Satz 1 AktG nicht dadurch umgehen kann, dass er gleichsam „scheibchenweise“ unwesentliche Änderungen aneinanderreicht. Hier hat es vielmehr zu einer „Zusammenrechnung“, dh Gesamtbetrachtung aller seit der letzten Vorlage an die Hauptversammlung durchgeführten Änderungen zu kommen.

3. Zusammenfassung

- a. Die vermeintliche Antinomie zwischen § 78b Abs 1 Satz 1 und § 78b Abs 2 Satz 1 AktG (in Deutschland § 87a Abs 2 und § 120a AktG) ist so zu lösen, dass § 78b Abs 2 Satz 1 AktG kraft teleologischer Reduktion in der Weise ausgelegt wird, dass das Gebot, Vorstandsmitglieder nur aufgrund einer der Hauptversammlung vorgelegten Vergütungspolitik zu entlohnen, bloß dann gilt, wenn die seit der letzten Vorlage vorgenommene Änderung wesentlich und daher *vorlagepflichtig* ist.
- b. Aus dem Verhältnis zwischen § 78b Abs 1 Satz 1 und § 78b Abs 2 Satz 1 AktG kann für die Beantwortung der Frage nichts gewonnen

werden, welche finanzielle Dimension oder sonstige Bedeutung die Änderung haben darf, um noch nicht „wesentlich“ zu sein.

- c. Auch aus der „Notfallklausel“ des § 78a Abs 8 AktG kann nicht abgeleitet werden, dass der Begriff der „wesentlichen“ Änderung eng auszulegen ist. Denn § 78a Abs 8 AktG beschreibt (in eher praxisferner Weise) nur die inhaltlichen Voraussetzungen für die Verankerung von „Notfallklauseln“ in der Vergütungspolitik, begrenzt aber das wirtschaftliche Ausmaß der aufgrund solcher Klauseln vorgenommenen Änderungen bei der Vorstandsentslohnung in keiner Weise.

41 Gemeinhin wird unter einem „Retention-Bonus“ ein Bonus verstanden, der gewährt wird, wenn die betroffene Person für einen bestimmten Zeitraum weiterhin für die Gesellschaft tätig bleibt <https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/retention-bonus> (abgerufen am 29.11.2021): „an extra payment that is given to an employee as a way of persuading them not to leave the company, especially at a time when the company is experiencing big changes.“ https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2013_10 (abgerufen am 29. November 2021): „Retention bonuses“ are a form of additional remuneration granted if an employee stays in the institution for a pre-defined period of time. The payment of such a bonus is therefore not necessarily linked to the staff member's performance and/or results of the institution, but the fact that the staff member is still employed by

the institution for a pre-defined time period.“ Grundsätzlich sind derartige Vereinbarungen zulässig (Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I³ § 78a Rz 11 [“stay bonus”]). Die im Beispiel genannte Vereinbarung weist zwar unverkennbar ein Naheverhältnis zu einem retention- bzw stay on-Bonus auf, ist aber dennoch nur bei sehr extensiver Auslegung, wenn nicht Überstrapazierung des allgemeinen Begriffsverständnisses als “retention bonus” zu verstehen. Ein wesentlicher Unterschied zu einem solchen besteht nämlich darin, dass mit der im Beispiel genannten Vereinbarung der Aufsichtsrat nicht sicherstellt, dass das Vorstandsmitglied für einen bestimmten, im Voraus definierten Zeitraum tatsächlich bei der Gesellschaft verbleibt. Die Zahlung gebührt ja gerade für den Fall, dass der Aufsichtsrat bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine Verlängerung des Mandats anbieten sollte.

d. Generell spricht für ein eher großzügiges Verständnis des Begriffs der „wesentlichen“ Änderung der Vergütungspolitik in § 78b Abs 1 Satz 1 AktG der Umstand, dass der österreichische Gesetzgeber sich – wie der deutsche – für das von der ARRL II gestattete Modell entschieden hat, der Hauptversammlung kein für die Verwaltung verbindliches Votum über deren Vergütung zuzuerkennen.

e. Eine „wesentliche“ Änderung der Vergütungspolitik liegt dann vor, wenn entweder die aufgrund der Änderung tatsächlich eintretende (dh auf der Grundlage der Änderung mit Vorstandsmitgliedern konkret vereinbarte) oder zumindest mögliche Änderung (Erhöhung oder Verringerung) der Vorstandsentslohnung wesentlich ist – was eine deutlich mehr als 10%ige Veränderung der Gesamt-Bezüge voraussetzt –, oder wenn aus der Sicht verständiger Aktionäre wesentliche Vergütungsbestand-

teile nicht bloß unwesentlich geändert werden, selbst wenn sich daraus noch keine unmittelbare finanzielle Auswirkung ergibt. Letzteres ist zB bei einer Neueinführung oder einem völligen Entfall von claw back- und Malus-Klauseln der Fall.

f. Mehrere – für sich genommen, nicht wesentliche – Änderungen der Vergütungspolitik sind zusammenzurechnen, wenn und soweit sie seit der letzten Beschlussfassung durch die Hauptversammlung vorgenommen wurden, sodass der Aufsichtsrat § 78b Abs 1 Satz 1 AktG nicht dadurch umgehen kann, dass er die Vergütungspolitik „scheibchenweise“ ändert.

Korrespondenz:

Hon Prof Dr Georg Schima, MBL-HSG, LL.M. (Vaduz), Rechtsanwalt und Partner der Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte GmbH, Wien, georg.schima@sms.law