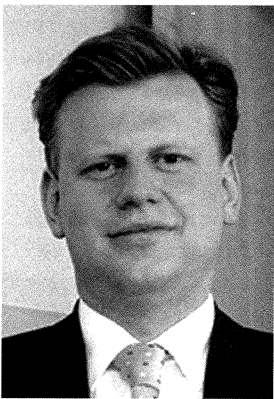


Clemens Hasenauer / Lorenz Pracht

# Revision des Österreichischen Corporate Governance Kodex

*Die Umsetzung der EU-Vergütungsempfehlung<sup>(1)</sup> und das Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 (AktRÄG 2009) haben die Anpassung einiger Regeln des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK)<sup>(2)</sup> notwendig gemacht. Das Hauptaugenmerk der Kodexrevision liegt dabei auf den durch die Finanzkrise ins Blickfeld der Öffentlichkeit geratenen (variablen) Vorstandsvergütungen. Der vorliegende Beitrag stellt die neuen Regeln des ÖCGK im Bereich der Vorstandsvergütungen dar und wirft einen vergleichenden Blick auf die deutsche Umsetzung der EU-Vergütungsempfehlung. Abschließend werden die durch das AktRÄG 2009 bedingten Änderungen des Kodex, die vornehmlich die Hauptversammlung betreffen, kurz angeführt.*



## 1. EINLEITUNG

Im Zuge der Finanzkrise gerieten die von Großunternehmen zum Teil gezahlten Boni und der Mangel an verbindlichen, auf Nachhaltigkeit der Unternehmensführung ausgerichteten Regelungen für variable Vergütungssysteme zusehends ins Kreuzfeuer der öffentlichen Kritik. So hat die Finanzkrise nach Meinung der EU-Kommission etwa gezeigt, dass die Vergütungsstrukturen zunehmend komplexer geworden sind, sich zu stark an kurzfristigen Ergebnissen orientieren und in einigen Fällen zu unverhältnismäßig hohen Vergütungen geführt haben, die durch die erbrachte Leistung nicht gerechtfertigt sind.<sup>(3)</sup> Neben den bestehenden gesetzlichen Regelungen versucht der ÖCGK i. d. F. 2010, der für Geschäftsjahre gilt, die nach dem 31. 12. 2009 beginnen, Aufsichtsräten, einen diesbezüglichen Ordnungsrahmen zur Verfügung zu stellen.

## 2. VORSTANDSVERGÜTUNGEN

Die gesetzliche Grundlage für die Bezüge der Vorstandsmitglieder findet sich in § 78 Abs. 1 AktG. Danach hat der Aufsichtsrat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Der ÖCGK i. d. F. 2010 sieht in diesem Zusammenhang eine Reihe von C-Regeln (*comply or explain*) vor, die der Aufsichtsrat bei der Bemessung der Vor-

standsvergütung zu beachten hat. Dabei ist auch die Rechtslage in Deutschland von Interesse. Dort erfolgte die Umsetzung der EU-Vergütungsempfehlung nicht nur im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK),<sup>(4)</sup> sondern zum Teil auch – durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)<sup>(5)</sup> – im deutschen Aktiengesetz (dAktG).

### 2.1. Grundsätze für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern (Regel 27 ÖCGK)

Schon nach der bisherigen Regel 27 ÖCGK sollte sich die Vergütung von Vorstandsmitgliedern (und leitenden Angestellten) nach dem Umfang des Aufgabenbereiches, der Verantwortung, der Erreichung der Unternehmensziele und der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens richten. Erfolgsabhängige Bestandteile der Vergütung sollten dabei an langfristige und nachhaltige Performancekriterien anknüpfen.

#### 2.1.1. Persönliche Leistung und Größe des Unternehmens

Nunmehr wird diese C-Regel im ÖCGK i. d. F. 2010 weiter verschärft und konkretisiert. So soll auch die persönliche Leistung des Vorstandsmitglieds sowie die Größe des Unternehmens bei der Bemessung der Vergütung beachtet werden. Mit der Einbeziehung der persönlichen Leistung soll etwa klargestellt werden, dass z. B. Gewinne, die lediglich aus (bilanzziel-

Dr. Clemens Hasenauer, LL.M. ist Partner einer international tätigen Rechtsanwaltskanzlei in Wien.

Mag. Lorenz Pracht, LL.M. ist Rechtsanwaltsanwärter derselben Kanzlei in Wien.

Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind M&A und Übernahmen.

(1) Empfehlung der Kommission vom 30. 4. 2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, ABl. Nr. L 120 vom 15. 5. 2009, S. 28.

(2) Eine Übersicht der Kodexänderungen ist auf der Internetseite des Österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance unter <http://www.corporate-governance.at> abrufbar.

(3) Vgl. Erwägungsgrund 2 der EU-Vergütungsempfehlung.

(4) Deutscher Corporate Governance Kodex i. d. F. 18. 6. 2009, abrufbar auf der Internetseite der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex unter <http://www.corporate-governance-code.de>.

(5) Gesetz vom 31. 7. 2009, dBGBl. I 2009, S. 2509.

len) Aufwertungen resultieren und folglich nicht auf Leistungen des Vorstandsmitglieds beruhen, nicht berücksichtigt werden sollen.<sup>(6)</sup>

Durch die Miteinbeziehung der Größe des Unternehmens wurde außerdem klargestellt, dass sich der Aufsichtsrat bei der Bemessung der Vergütung auch am Vergleichsumfeld und somit an der Marktüblichkeit der Vergütung bei anderen vergleichbaren Unternehmen ähnlicher Größe unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage zu orientieren hat.<sup>(7)</sup>

### 2.1.2. Nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien

Der Begriff der erfolgsabhängigen Bestandteile wurde durch die Wendung „*variable Bestandteile/Vergütungsteile*“ ersetzt. Dies entspricht der Terminologie der EU-Vergütungsempfehlung und soll verdeutlichen, dass die genannten Vergütungsteile nicht nur am (möglicherweise kurzfristigen) Erfolg zu bemessen sind. Die variablen Vergütungsteile sollen an nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien angeknüpft werden, wobei auch nicht-finanzielle Kriterien einbezogen werden sollen. Außerdem dürfen die variablen Vergütungsteile nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten. Nachhaltig und langfristig bedeutet, dass z. B. Geschäftspraktiken, die kurzfristig gute Ergebnisse um den Preis der Veräußerung bedeutender Unternehmensteile liefern (Schlagwort: „*selling the future*“), vermieden werden sollen.<sup>(8)</sup>

Weiters soll der Vorstand keine unangemessenen Risiken (um einer Prämie willen) eingehen, die sich später für den Bestand des Unternehmens als nachteilig herausstellen können.<sup>(9)</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Rechtslage in Deutschland (§ 93 Abs. 2 dAktG n. F. und Regel 3.8 DCGK), wonach ein mindestens 10%iger Selbstbehalt des Vorstandsmitglieds bei einer für das betreffende Vorstandsmitglied abgeschlossenen D&O-Versicherung vorzusehen ist. Damit trägt das betroffene Vorstandsmitglied selbst im Fall einer vollen Versicherungsdeckung ein zumeist nicht unerhebliches finanzielles Risiko. Erfahrungsgemäß trägt eine solche Gestaltung zu erhöhter Vorsicht des Managements bei (wenn natürlich

auch die Gefahr besteht, dass die erhöhte Alarmbereitschaft in übertriebene Vorsicht umschlägt).

Nicht näher determiniert ist der Begriff der nicht-finanziellen Kriterien. Diese müssen vom Aufsichtsrat festgelegt werden. So könnten z. B. die Steigerung der Innovationsfähigkeit oder der Mitarbeiter- und Kundenzufriedenheit relevante Kriterien sein. Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Aussagekraft, Messbarkeit und Nachweisbarkeit solcher Kriterien fragwürdig sein kann. Derartige Kennzahlen können nämlich je nach Definition unter Umständen leicht erreicht werden, weil die zugrunde liegenden Fakten nicht im Detail zu veröffentlichen und keiner unabhängigen externen Überprüfung zu unterziehen sind.

### 2.1.3. Messbarkeit und Höchstgrenzen

Der ÖCGK legt überdies fest, dass für variable Vergütungskomponenten messbare Leistungskriterien sowie betragliche oder als Prozentsätze der fixen Vergütungsteile bestimmte Höchstgrenzen im Voraus festzulegen sind. Weitergehender bzw. ausdrücklicher in seiner Anordnung ist in diesem Zusammenhang der DCGK, der in Regel 4.2.3 vorsieht, dass auch negativen Entwicklungen bei der Ausgestaltung der variablen Vergütung Rechnung getragen werden und eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter ausgeschlossen sein soll (Letzteres sieht Regel 28 ÖCGK für Vorstandsmitglieder nur bei Stock-Option-Programmen oder Programmen für die begünstigte Übertragung von Aktien, jedoch nicht generell für variable Vergütungen vor). Für die Praxis stellt diese Regel aufgrund der Auslegungsbedürftigkeit der zuvor genannten Begriffe aber wahrscheinlich keine große Hilfe dar.

### 2.1.4. Rückforderung

Gemäß Regel 27 ÖCGK ist vorzusehen, dass die Gesellschaft variable Vergütungskomponenten zurückfordern kann, wenn sich herausstellt, dass diese auf der Grundlage von offenkundig falschen Daten ausgezahlt wurden. Dies wird aber wohl auch schon nach bisheriger Rechts-

**Schon nach der bisherigen Regel 27 ÖCGK sollte sich die Vergütung von Vorstandsmitgliedern (und leitenden Angestellten) nach dem Umfang des Aufgabenbereiches, der Verantwortung, der Erreichung der Unternehmensziele und der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens richten. Nun sollen zudem auch die persönliche Leistung des Vorstandsmitglieds sowie die Größe des Unternehmens bei der Bemessung der Vergütung beachtet werden.**

(6) Vgl. *Schima*, Vergütung für den Vorstand: Regeln verschärft, Die Presse, Rechtspanorama vom 10. 1. 2010.

(7) Expliziter und weitgehend in dieser Hinsicht der DCGK, nach dessen Regel 4.2.2 ein Kriterium für die Angemessenheit der Vergütung die Üblichkeit der Vergütung unter Berücksichtigung des Vergleichsumfelds und der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt, ist; vgl. ebenso § 87 Abs. 1 Satz 1 dAktG i. d. F. VorstAG, dem zufolge die Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds „*die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen*“ dürfen.

(8) Vgl. *Thüsing*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517 (520).

(9) Das Eingehen unangemessener Risiken ist dem Vorstand allerdings bereits aufgrund der in § 84 AktG normierten Sorgfaltspflicht verwehrt; vgl. auch *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> (2006) §§ 77 – 84 Rz. 95.

lage der Fall gewesen sein.<sup>(10)</sup> Einen Schritt weiter geht die verschärfte Herabsetzungsbestimmung des § 87 Abs. 2 dAktG, der zufolge der Aufsichtsrat die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen soll, wenn durch eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft die Weitergewährung für die Gesellschaft unbillig wäre.<sup>(11)</sup>

## 2.2. Abfindungszahlungen (Regel 27a ÖCGK)

Neu eingefügt wurde im Zuge der Kodexrevision die Regel 27a (C-Regel), die Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit behandelt. Nach dieser auf der EU-Vergütungsempfehlung beruhenden Bestimmung ist darauf zu achten, dass Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung ohne wichtigen Grund mehr als zwei Jahresgesamtvergütungen nicht übersteigen und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages abgelten.<sup>(12)</sup> Bei vorzeitiger Beendigung aus einem vom Vorstandsmitglied zu vertretenden wichtigen Grund soll keine Abfindung gezahlt werden. Zu beachten ist dabei, dass ein Vorstandsmitglied vom Aufsichtsrat nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann (§ 75 Abs. 4 AktG). Eine vorzeitige Beendigung ohne wichtigen Grund kommt daher letztlich nur bei einer einvernehmlichen Lösung in Betracht. Eine Beschränkung der Abfindungszahlung auf zwei Jahresgesamtvergütungen wird – etwa bei einem auf fünf Jahre bestellten Vorstandsmitglied, dessen Tätigkeit nach einem Jahr beendet werden soll – das Erreichen einer einvernehmlichen Lösung nicht gerade erleichtern.<sup>(13)</sup>

Weiters sieht die genannte Regel vor, dass bei Vereinbarungen über Abfindungszahlungen, die aus Anlass des vorzeitigen Ausscheidens eines Vorstandsmitglieds getroffen werden, die Umstände des Ausscheidens und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu berücksichtigen sind.

## 2.3. Stock-Option-Programme (Regel 28 ÖCGK)

Verschärft wurde im Zuge der Kodexrevision auch die Regel 28 (C-Regel) über Stock-Option-Programme und Programme für die begünstigte Übertragung von Aktien für Vorstandsmitglieder. So sollen auch diese Programme an vorher

festgelegten, messbaren, langfristigen und nachhaltigen Kriterien anknüpfen. Der Aufsichtsrat wird in diesem Zusammenhang wieder mit denselben Auslegungsfragen wie bei Regel 27 ÖCGK zu kämpfen haben (siehe oben unter Punkt 2.1. bzw. 2.1.3.).

Weiters ist (entgegen der bisherigen Fassung) eine nachträgliche Änderung der Kriterien nicht nur zu vermeiden, sondern ausgeschlossen. Über (sonstige) Änderungen der Programme für Vorstandsmitglieder entscheidet weiterhin die Hauptversammlung. Zusätzlich sieht die neue Regelung Warte- und/oder Behaltefristen von mindestens drei Jahren vor. Der Vorstand hat außerdem für die Dauer eines solchen Programmes, längstens aber bis zum Ausscheiden, einen angemessenen Eigenanteil an Aktien des Unternehmens zu halten. In diesem Zusammenhang stellt sich unter anderem die Frage, wie bzw. nach welchen Kriterien die Angemessenheit des Eigenanteils zu bemessen ist.

## 2.4. Leitende Angestellte (Regel 28a ÖCGK)

Nach der neu eingeführten R-Regel 28a (*recommendation*) sind die zuvor dargestellten Regeln 27 und 28 auch bei der Einführung neuer Vergütungssysteme für leitende Angestellte entsprechend anzuwenden. Dies war bisher schon in Regel 27 dem Grunde nach so festgehalten.

## 2.5. Corporate-Governance-Bericht und Vergütungsausschuss (Regeln 30 und 43 ÖCGK)

Neben lediglich terminologischen Anpassungen betreffen die restlichen Neuerungen im Vergütungsbereich den Corporate-Governance-Bericht (C-Regel 30) und den Vergütungsausschuss (C-Regel 43). So sollen im Corporate-Governance-Bericht Informationen über die Leistungskriterien für variable Vergütungen (gemäß C-Regel 27), die Methoden, anhand derer die Erfüllung der Leistungskriterien festgestellt wird, und die für variable Vergütungen bestimmten Höchstgrenzen sowie die vorgesehenen Eigenanteile und Fristen gemäß C-Regel 28 aufgenommen werden. Damit soll die Transparenz der variablen Vergütungssysteme erhöht werden.

Der Vergütungsausschuss soll nunmehr für die Umsetzung der zuvor beschriebenen Regeln

<sup>(10)</sup> Vgl. *Schima*, Die Presse, Rechtspanorama vom 10. 1. 2010.

<sup>(11)</sup> Vgl. dazu ausführlich *Thüsing*, AG 2009, 522; *Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717 (724 ff.).

<sup>(12)</sup> Vgl. auch die nahezu gleichlautende Regel 4.2.3 DCGK. Der DCGK ist jedoch insofern expliziter, als für die Berechnung dieses Abfindungs-Caps auf die Gesamtvergütung des abgelaufenen und gegebenenfalls auch auf die voraussichtliche Gesamtvergütung für das laufende Geschäftsjahr abgestellt werden soll.

<sup>(13)</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des OGH vom 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t.

**Die variablen Vergütungsteile sollen an nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien angeknüpft werden, wobei auch nicht-finanzielle Kriterien einbezogen werden sollen. Außerdem dürfen die variablen Vergütungsteile nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten.**

