

Mayrhofer & Partner · Heimeranstraße 35· 80339 München

Heimeranstraße 35
(Theresienhöhe)
80339 München
Tel.: 089/23 23 93-0
Fax: 089/23 23 93-33
kontakt@mayrhofer-partner.de
www.mayrhofer-partner.de

Thomas Mayrhofer
Rechtsanwalt

Hans-Ulrich Birkhofer
Rechtsanwalt
Steuerberater

Dr. Alexander Thomas
Rechtsanwalt

Dr. Barbara Pirner
Rechtsanwältin

Dr. Christine von Hauch
Rechtsanwältin

Alexander Sanz
Rechtsanwalt

München, den 23. Oktober 2009

Mandanteninformation

Umsetzung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) in der Praxis

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 05. August 2009 hat die aktiengesetzlichen Regelungen der Vorstandsvergütung geändert. Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat am 18. Juni 2009 auf das VorstAG abgestimmte neue Empfehlungen verabschiedet. Wie die Neuregelungen umgesetzt werden können, zeigen nachfolgende Praxishinweise:

I.

Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats

Ab sofort ist der Gesamtaufsichtsrat für die Vorstandsvergütung zuständig (§ 87 Abs. 1 und 2 AktG). Eine Delegation an den Personalausschuss ist ausgeschlossen, § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG. Das Delegationsverbot bezieht sich auf sämtliche in § 87 Abs. 1 und 2 AktG geregelten Punkte. Daher muss das Plenum nach neuem Recht nicht nur über die wesentlichen

Partnerschaftsgesellschaft
Sitz München
AG München PR 261

Bayerische Hypo- und
Vereinsbank AG München
BLZ 700 202 70
Kto.-Nr. 33 86 75 81

Bankhaus Reuschel & Co.
München
BLZ 700 303 00
Kto.-Nr. 12 29 059

Elemente der Vergütung beschließen, sondern über sämtliche Vergütungsbestandteile, also auch z. B. über die private Nutzung des Mobiltelefons. Der Gesamtaufsichtsrat ist auch für eine jährlich zu erfolgende Festlegung der konkreten Ziele oder Benchmarks zuständig sein.

Praxishinweis:

Für alle Vergütungsfragen ist der Gesamtaufsichtsrat zuständig. Der Aufsichtsrat darf ab sofort Vergütungsthemen nicht mehr auf einen Ausschuss delegieren.

II.

Höhe der Vorstandsvergütung

§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG lautet wie folgt:

„Der Aufsichtsrat hat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds (Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen wie z. B. Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art) dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.“

Die Vorstandsvergütung muss zukünftig nicht mehr nur in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen, sondern auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstandsmitglieds. Darüber hinaus dürfen die Gesamtbezüge eines Vorstandsmitglieds die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.

Bei der „üblichen Vergütung“ geht es um die sog. horizontale und die sog. vertikale Vergleichbarkeit. Unter horizontaler Vergleichbarkeit versteht man die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit. Unter vertikaler Vergleichbarkeit versteht man das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen selbst. Nach der an das VorstAG angepassten Ziffer 4.2.2. Abs. 2 Satz 2 des Kodex geht es um die Berücksichtigung „der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt“. Bei einem Konflikt zwischen horizontaler und vertikaler Vergleichbarkeit hat im Zweifel die horizontale Vergleichbarkeit den Vorrang.

Praxishinweis:

Der Aufsichtsrat sollte ab sofort dokumentieren, dass und wie er den Vergütungsvergleich durchgeführt hat. In Bezug auf die horizontale Vergleichbarkeit reicht es z. B. aus, wenn sich der Aufsichtsrat anhand der Vergütungsberichte vergleichbarer inländischer börsennotierter Gesellschaften über die Höhe der gezahlten Vorstandsbezüge informiert und diesen Vergleich bei seiner Vergütungsentscheidung heranzieht. Selbstverständlich kann sich der Aufsichtsrat auch externer Vergütungsexperten bedienen. Bei börsennotierten Gesellschaften ist gemäß der Empfehlung in Ziff. 4.2.2. Abs. 3 des Kodex auf dessen „Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen“ zu achten. Vergütungsexperten sind z. B. Kienbaum oder große Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Nach unserer Information kosten derartige individuelle Vergütungsgutachten zwischen € 10.000.- und € 20.000.-.

III.**Zusammensetzung der Vorstandsvergütung**

§ 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG lautet:

„Die Vergütungsstruktur ist bei börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Variable Vergütungsbestandteile sollen daher eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren.“

Reines Festgehalt

Festzuhalten bleibt, dass auch zukünftig ein reines Festgehalt vereinbart werden kann und auf jegliche variable Vergütungen verzichtet werden kann. Der Gesetzgeber wollte mit § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG keinen Zwang zur variablen Vergütung begründen.

Allerdings ist bei einem reinen Festgehalt die Empfehlung in Ziff. 4.2.3. Abs. 2 Satz 2 des Kodex zu beachten, wonach „die monetären Vergütungsteile fixe und variable Bestandteile umfassen sollen (= müssen)“. Bei Vereinbarung eines reinen Festgehalts ist also eine Abweichung von dieser Kodex-Empfehlung in der Entsprechenserklärung zu erklären.

Boni

Die nächste Frage ist die, ob auch zukünftig ein erfolgsabhängiger Jahresbonus gewährt werden darf. Nach der bislang vorliegenden Literaturmeinung kann davon ausgegangen werden, dass auch zukünftig ein auf den Erfolg des abgelaufenen Jahres abstellender Jahresbo-

nus zulässig ist, wenn durch die Kombination mit zumindest einem mehrjährigen Vergütungselement eine Struktur der Vergütung erreicht wird, die insgesamt einen ausreichenden Anreiz zu langfristigem Handeln bietet. Auch Ziffer 4.2.3. Abs. 2 Satz 3 des Kodex, wonach der Aufsichtsrat dafür zu sorgen hat, „dass variable Vergütungsteile grundsätzlich eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben“ ändert hieran nichts. Der Kodex enthält keine über das gesetzlich gebotene hinausgehende eigenständige Empfehlung, was durch die Formulierung „grundsätzlich“ zum Ausdruck kommt.

Unzulässig ist also zukünftig die Vereinbarung eines Festgehalts und ausschließlich eines Jahresbonus, der nur auf den Erfolg des abgelaufenen Jahres Bezug nimmt.

Fraglich ist, in welchem Verhältnis die kurz- und langfristigen variablen Vergütungselemente im Verhältnis zueinander gerichtet werden müssen, um insgesamt dem Erfordernis eines Verhaltensanreizes zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung zu genügen. Eine starre Regel gibt das Gesetz nicht vor. Der Wert des langfristig strukturierten Teils der variablen Vergütung soll das kurzfristige Element auf alle Fälle überwiegen.

Ermessenstantieme

Auch die in der Praxis oft vertretene Ermessenstantieme ist weiterhin als einzige variable Vergütung zulässig, wenn der Dienstvertrag eine entsprechende Ermessensrichtlinie vorsieht. In dieser Ermessensrichtlinie muss der Aufsichtsrat mindestens verpflichtet werden, sich bei seiner konkreten Ermessensentscheidung an solchen mehrjährigen Betrachtungen zu orientieren.

Sondervergütungen

Auch Sondervergütungen bleiben zukünftig zulässig. Derartige Sondervergütungen werden in der Praxis für besonders erfolgreiche einmalige Ereignisse, wie z. B. Börsengang, Kapitalerhöhung, M&A-Transaktion gewährt. Seit der sog. „Mannesmann“-Entscheidung ist allerdings darauf zu achten, dass eine derartige Sondervergütung zumindest dem Grunde nach durch den Anstellungsvertrag abgesegnet ist oder die Zahlung dieser Sondervergütung dem Unternehmen einen anderweitigen Vorteil bringt.

Praxishinweis:

In VorstandsDienstverträgen sollte prophylaktisch eine Klausel aufgenommen werden, wonach der Aufsichtsrat bei außerordentlichen Leistungen des Vorstandsmitglieds nach billigem Ermessen über eine Sondervergütung entscheiden kann.

Mehrjährige Bemessungsgrundlage

Wie sieht nun eine mehrjährige Bemessungsgrundlage aus? Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass bereits eine zweijährige Bemessungsgrundlage dem neuen Wortlaut von § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG entspricht, zum Teil wird aus der Änderung in § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG hergeleitet, dass die „mehrjährige“ Bemessungsgrundlage mindestens vier Jahre betragen muss. Die überwiegende Literatur erachtet eine drei bis fünfjährige Bemessungsgrundlage für richtig.

Praxishinweis:

Für die Festlegung von mehrjährigen Bemessungsgrundlagen sollten mindestens drei Jahre vorgesehen werden.

Die nächste Frage, die sich stellt ist die, ob und wie sich negative Entwicklungen im Bemessungszeitraum auswirken. Nach Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 4 des Kodex „soll sowohl positiven als auch negativen Entwicklungen bei der Ausgestaltung der variablen Vergütungsteile Rechnung getragen werden“. Damit ist also eine „Bonus-Malus-Regelung“ zu berücksichtigen.

Kappung variabler Vergütungen

Während Ziffer 4.2.3 Abs. 3 Satz 4 des Kodex bereits bislang empfahl, für außerordentliche, nicht vorhergesehene Entwicklungen eine Begrenzungsmöglichkeit für variable Vergütungskomponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter zu vereinbaren, verlangt nun § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG bei börsennotierten Gesellschaften generell für alle variablen Vergütungselemente eine Begrenzungsmöglichkeit. Hintergrund dieser Neuregelung ist, dass der Vorstand von außerordentlichen Entwicklungen wie z. B. Unternehmensübernahmen nicht ohne Beschränkungsmöglichkeit profitieren soll.

Praxishinweis:

Der Aufsichtsrat soll mit dem Vorstand entweder einen allgemein gehaltenen Vorbehalt oder - besser - ein fest definiertes Cap vereinbaren. Die Vereinbarung eines festen Höchstbetrages hat den Vorteil, dass dann nicht diskutiert bzw. gestritten werden muss, ob eine entsprechende außerordentliche Entwicklung vorlag oder nicht.

IV.

Beginn der Neuregelung

Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Neufassung von § 87 AktG keine Übergangsregelung beschlossen. Nach der Gesetzesbegründung ist eine Übergangsregelung

nicht erforderlich. Die neuen Regeln gelten beim Abschluss von Neuverträgen und bei Vertragsverlängerungen. Problematisch sind Klauseln in Dienstverträgen, wonach sich der Dienstvertrag im Falle der Wiederbestellung automatisch verlängert. Wenn der Aufsichtsrat bei einer derartigen Klausel den Dienstvertrag unverändert fortgelten lässt, entscheidet der Aufsichtsrat auch über die Vergütung für die nächste Amtsperiode. Sofern der Dienstvertrag den neuen Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG nicht entspricht, ist dieser an das neue Recht anzupassen.

Veränderungen des Dienstvertrages während der Laufzeit, die sich nicht auf die Vergütung beziehen, ergibt sich keine Verpflichtung, bei dieser Gelegenheit auch die Vergütungsbestimmungen anzupassen. Wenn allerdings auch nur eine unter mehreren Vergütungsbestimmungen des Dienstvertrages geändert wird, handelt es sich insgesamt um eine Festsetzung der Bezüge, für die die neuen Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG heranzuziehen sind. Sofern also z. B. lediglich das Festgehalt erhöht wird, muss der Aufsichtsrat prüfen, ob die bisher geltenden variablen Vergütungen den neuen Vorschriften entsprechen.

Sofern im Dienstvertrag eine Bonusregelung vereinbart ist, während individuelle Ziele jährlich neu vereinbart werden müssen, bei dieser Festlegung der Ziele keine Vertragsänderung vor. Die Zielvereinbarung beinhaltet also nicht die Verpflichtung, die gesamte Vergütungsstruktur zu überprüfen. Wenn allerdings die Zielvereinbarung so formuliert ist, dass die Zielvereinbarung im Ermessen des Aufsichtsrats liegt, handelt es sich bei der Ermessensausübung um eine Vergütungsentscheidung. In diesem Fall ist dann der Aufsichtsrat gehalten, die Ziele so festzusetzen, dass sie einen Anreiz zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung enthalten. Dies gilt aber wiederum auch nur insoweit, als die Bonusregelung überhaupt die Festsetzung von Zielen erlaubt, die über ein Jahr hinausgehen.

Praxishinweis:

Sofern VorstandsDienstverträge eine Vergütungsregelung beinhalten, wonach jährlich individuelle Ziele vereinbart werden müssen, hat der Aufsichtsrat zu prüfen, inwiefern bei der Vereinbarung von Zielen bereits die neuen Vorschriften anzuwenden sind.

V.

Herabsetzung von Vorstandsgehältern

§ 87 Abs. 2 AktG lautet wie folgt:

„Verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach Abs. 1 unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat oder im Falle des § 85 Abs. 3 das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen. Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art können nur in den ersten drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft nach Satz 1 herabgesetzt werden. Durch die Herabsetzung wird der Anstellungsvertrag im Übrigen nicht berührt. Das Vorstandsmitglied kann jedoch seinen Anstellungsvertrag für den Schluss des nächsten Kalendervierteljahres mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen.“

Die Neuregelung stellt eine wesentliche Verschärfung gegenüber der alten Rechtslage dar. Nach der alten Rechtslage musste es sich um eine „wesentliche“ Verschlechterung der Lage der Gesellschaft handeln. Zukünftig reicht es aus, wenn sich die Lage der Gesellschaft „nur verschlechtert“ hat. Eine derartige Verschlechterung liegt z. B. dann vor, wenn die Gesellschaft Lohnkürzungen vornehmen muss. Nach der neuen Rechtslage muss auf alle Fälle die Verschlechterung der Geschäftslage nicht so gravierend sein, dass das Unternehmen sich bereits in der Krise befindet. Anders als nach der alten Rechtslage ist es nicht mehr erforderlich, dass die Weitergewährung der Bezüge zu einer „schweren“ Unbilligkeit führt. Nach der neuen Rechtslage reicht es bereits aus, dass eine nicht reduzierte Weitergewährung der Bezüge „unbillig für die Gesellschaft“ wäre. Eine Weiterzahlung der Bezüge dürfte dann „unbillig“ sein, wenn die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft vom Vorstand zu verantworten ist. Zwischen der Vorstandstätigkeit und der Verschlechterung der Lage muss also ein kausaler Zusammenhang bestehen.

Die neue Rechtslage verpflichtet den Aufsichtsrat, die Vergütung herabzusetzen. Nach der alten Rechtslage war der Aufsichtsrat lediglich berechtigt. Nach der neuen Rechtslage „soll“ der Aufsichtsrat die Bezüge unter den gesetzlichen Voraussetzungen herabsetzen. Diese „Soll“-Regelung führt dazu, dass der Aufsichtsrat die Vergütung herabsetzen muss, es sei denn, es liegen gesonderte Umstände vor, die eine Nichtherabsetzung rechtfertigen. Ein derartiger Umstand liegt z. B. dann vor, wenn die Gesellschaft gerade auf dieses Vorstandsmitglied besonders angewiesen ist.

Praxishinweis:

Der Aufsichtsrat ist zukünftig verpflichtet, bei eintretenden schwierigen Situationen der Gesellschaft zu prüfen, ob eine Herabsetzung der Bezüge erforderlich ist oder nicht.

VI.**Entscheidung der Hauptversammlung über die Vorstandsvergütung**

§ 120 Abs. 4 AktG lautet wie folgt:

„Die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft kann über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen. Der Beschluss begründet weder Rechte noch Pflichten; insbesondere lässt er die Verpflichtung des Aufsichtsrats nach § 87 AktG unberührt. Der Beschluss ist nicht nach § 243 AktG anfechtbar.“

Ein Hauptversammlungsvotum kann auf Verlangen einer Aktionärsminderheit, die Aktien zu nominal € 500.000.- oder von 5 % des Grundkapitals halten oder auf Vorschlag der Verwaltung erfolgen. Eine Pflicht zur Einholung eines Votums durch die Hauptversammlung besteht nicht. Dem Votum kommt nach dem Gesetzestext ausdrücklich keine rechtlichen Wirkungen zu. Aus diesem Grund ist auch eine Anfechtung des Votums der Hauptversammlung über die Vorstandsvergütung ausdrücklich ausgeschlossen. Ebenso entfaltet eine Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung keine haftungsbefreiende Wirkung für den Aufsichtsrat.

Praxishinweis:

Nachdem das Hauptversammlungsvotum in keinerlei Hinsicht Urteile bringt, muss der gesetzliche Neuerung in der Praxis nicht umgesetzt werden.

VII.**D&O-Versicherung für Vorstandsmitglieder**

§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG lautet wie folgt:

„Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des 1 ½-fachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.“

Was bislang nur über Ziffer 3.8 Abs. 2 des Kodex empfohlen wurde, wird nunmehr durch § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG gesetzlich normiert. Die Regelung gilt für Vorstände von börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften.

Praxishinweis:

Nachdem für den Abschluss von D&O-Versicherungen der Vorstand zuständig ist, ist der Vorstand verpflichtet, die D&O-Versicherungen entsprechend abzuändern. D&O-Versicherungen, die nach dem Inkrafttreten des VorstAG neu abgeschlossen werden, müssen den Mindestselbstbehalt von vornherein vorsehen. Für laufende D&O-Versicherungsverträge gibt es eine Übergangsregelung zur Anpassung der Verträge bis zum 30. Juni 2010. Eine Ausnahme von der Anpassungspflicht besteht dann, wenn im Dienstvertrag bereits bisher vereinbart wurde, dass für den Vorstand eine D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt abgeschlossen wird. In diesem Fall kann und muss der Dienstvertrag bis zum Ende seiner Laufzeit ohne Einführung eines Selbsthalts erfüllt werden.

VIII.**D&O-Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder**

Die Neuregelung in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG gilt nur für Vorstandsmitglieder, nicht für Aufsichtsratsmitglieder. Für Aufsichtsratsmitglieder sieht lediglich Ziffer 3.8 Abs. 2 des Kodex vor, dass ein entsprechender Selbstbehalt vereinbart werden soll. Nachdem der Kodex von einem „entsprechenden Selbstbehalt“ spricht, ist davon auszugehen, dass auch hier die Übergangsfrist bis zum 30. Juni 2010 entsprechend angewendet werden kann. Spätestens ab 01. Juli 2010 muss dann für Aufsichtsratsmitglieder ein Selbstbehalt vereinbart werden oder es muss eine Abweichung vom Kodex erklärt werden.

Praxishinweis:

Der Aufsichtsrat muss bis 30. Juni 2010 prüfen, ob der D&O-Versicherungsvertrag entsprechend geändert wird oder eine Abweichung zum Kodex erklärt wird.

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Thomas Mayrhofer
(Rechtsanwalt)