

September, 2009

**DAS GESETZ ZUR ANGEMESSENHEIT
DER VORSTANDSVERGÜTUNG
UND
ÄNDERUNGEN DES
DEUTSCHEN CORPORATE GOVERNANCE KODEX'**

In einem bemerkenswert kurzen Verfahren hat der Gesetzgeber das **Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)** geschaffen, das am 5. August 2009 in Kraft getreten ist. Es regelt verschiedene Aspekte der Vorstandsvergütung mit dem Ziel, eine nachhaltige Unternehmensführung durch die Vorstände zu fördern und den Aufsichtsrat bei der Ausgestaltung der Vorstandsvergütung stärker in die Verantwortung (und Haftung) zu nehmen.

WESENTLICHE ECKPUNKTE DES VORSTAG

- ◆ Die Grundsätze für die Vergütung der Vorstandsmitglieder werden konkretisiert; insbesondere soll bei börsennotierten Gesellschaften zukünftig eine Begrenzung für außerordentliche Entwicklungen vereinbart werden (Ziff. I.1).
- ◆ Die nachträgliche Herabsetzung von Vorstandsbezügen durch den Aufsichtsrat wird erleichtert (Ziff. I.2).
- ◆ Bei D&O-Versicherungen von Vorstandsmitgliedern muss künftig zwingend ein Selbstbehalt vereinbart werden (Ziff. I.3).
- ◆ Die persönliche Haftung des Aufsichtsrats für eine unangemessene Vorstandsvergütung wird hervorgehoben (Ziff. I.6).
- ◆ Für börsennotierte Gesellschaften wird eine zweijährige Karenzzeit für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat eingeführt (Ziff. I.7).

Parallel hierzu wurde der **Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)** überarbeitet. Die Mehrzahl der diesjährigen Änderungen des Kodex' steht daher im Zusammenhang mit den Regelungen des VorstAG.

WESENTLICHE ÄNDERUNGEN DES DCGK

- ◆ Bei D&O-Versicherungen für Aufsichtsratsmitglieder soll auch für diese ein Selbstbehalt entsprechend dem VorstAG vereinbart werden (Ziff. II.1).
- ◆ Bei der Ausgestaltung der variablen Vergütungsbestandteile des Vorstands soll sowohl positiven als auch negativen Entwicklungen Rechnung getragen werden (Ziff. II.4).
- ◆ Vorstandsmitglieder einer börsennotierten Gesellschaft sollen insgesamt nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen (Ziff. II.10).

HRO CONTACTS
Corporate Law & Securities

Gudrun Moll
Partner
gudrun.moll@hro.com
+49 89 38 39 80-128

Dr. Michael Reichard
Associate
michael.reichard@hro.com
+49 89 38 39 80-128

Holme Roberts & Owen
ROSENAL 4,
80331 MÜNCHEN
TEL +49 (89) 38 39 80-0
FAX +49 (89) 38 39 80-99



Holme Roberts & Owen
Rechtsanwälte

Die nachfolgende Darstellung gibt einen Überblick sowohl über die grundlegenden Änderungen des Aktiengesetzes durch das VorstAG als auch über die diesjährigen Änderungen des DCGK.

I. Änderungen des VorstAG

Das am 5. August 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung ist das Ergebnis der im Zuge der Finanzkrise aufgeworfenen Diskussion über die Begrenzung von Managergehältern.

1. Konkretisierung der Grundsätze für die Vergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87 Abs. 1 AktG)

a. Allgemeingültige Konkretisierung

§ 87 Abs. 1 AktG verpflichtete den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft schon nach bisherigem Recht, die Gesamtbezüge eines Vorstandsmitglieds einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen. Der Gesetzgeber hat nun zusätzliche Kriterien zur Konkretisierung der Angemessenheit normiert. Neben der Lage der Gesellschaft und den Aufgaben des Vorstandsmitglieds (schon nach alter Rechtslage) sind nun auch die Leistungen des Vorstandsmitglieds zu berücksichtigen. Daneben dürfen die Bezüge die „übliche Vergütung“ nur bei Vorliegen besonderer Gründe übersteigen (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG). In die Ermittlung der üblichen Vergütung sind dabei sowohl die Vorstandsvergütung bei Unternehmen derselben Branche, Größe und Komplexität als auch das Gehaltsgefüge im Unternehmen selbst einzubeziehen.

b. Börsennotierte Gesellschaften

Bei börsennotierten Gesellschaften im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG (d.h. Notierung der Aktien an einem regulierten Markt) muss die Vergütungsstruktur darüber hinaus auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet werden (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG). Langfristige Verhaltensanreize sollen u.a. dadurch gesetzt werden, dass für variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage vereinbart wird (§ 87 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 AktG). Die Verlängerung der Wartezeit für die Ausübung von Aktienoptionen von zwei auf vier Jahre (siehe unten Ziff. I.4) lässt vermuten, dass der Gesetzgeber hier einen Zeitraum von vier Jahren als mehrjährige Bemessungsgrundlage für ausreichend erachtet.

Zudem ist der Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften künftig verpflichtet, eine Begrenzung der Vorstandsvergütung für den Fall außergewöhnlicher Ereignisse zu vereinbaren (§ 87 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 AktG). Von außerordentlichen Entwicklungen (z.B. Veräußerung von Unternehmensteilen, Hebung stiller Reserven) soll der Vorstand nicht unbeschränkt profitieren.

Der neue § 87 Abs. 1 AktG gilt für die Festsetzung der Vorstandsvergütung in Neuverträgen und für Vertragsverlängerungen nach dem 5. August 2009. Die Vergütungsregelungen in Altverträgen haben weiterhin Bestand.

2. Nachträgliche Herabsetzung der Vergütung durch den Aufsichtsrat (§ 87 Abs. 2 AktG)

Die nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsvergütung war nach alter Rechtslage nur dann zulässig, wenn eine wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft eingetreten war und überdies die Weitergewährung der ungekürzten Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft darstellte. Diese Voraussetzungen lagen in der Praxis jedoch nur äußerst selten vor.

Durch das VorstAG wurde der Anwendungsbereich der Vorschrift nun etwas weiter gefasst: Voraussetzung für die Herabsetzung ist nunmehr (nur noch) eine solche Verschlechterung der Lage der Gesellschaft, dass die Weitergewährung der ungekürzten Bezüge für die Gesellschaft unbillig wäre. Eine „wesentliche“ Verschlechterung und eine „schwere“ Unbilligkeit sind also nicht mehr erforderlich. Bei Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art kann die Herabsetzung jedoch nur in den ersten drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft erfolgen.

Zudem wird der Aufsichtsrat im Hinblick auf Kürzungen der Vorstandsvergütung stärker in die Pflicht genommen. Während er nach alter Rechtslage gegebenenfalls zur Kürzung „berechtigt“ war, „soll“ er nun die Bezüge kürzen. Der Aufsichtsrat kann dementsprechend bei Vorliegen der Voraussetzungen nur im Ausnahmefall von einer Herabsetzung der Vorstandsvergütung absehen – nämlich nur dann, wenn besondere Gründe dafür vorliegen.

Eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft liegt beispielsweise vor, wenn die Gesellschaft Entlassungen oder Lohnkürzungen vornehmen muss und keine Gewinne mehr ausschütten kann. Eine unmittelbare Krise oder gar Insolvenz sind jedoch nicht notwendig.

Die neue Fassung des § 87 Abs. 2 AktG gilt ab dem 5. August 2009 für sämtliche Vorstandsverträge unabhängig vom Zeitpunkt ihres Abschlusses – also auch für Altverträge.

3. Zwingender Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen zugunsten von Vorstandsmitgliedern (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG)

Wird zugunsten eines Vorstandsmitglieds eine D&O-Versicherung abgeschlossen, muss künftig ein Selbstbehalt vereinbart werden (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG). Der Selbstbehalt muss mindestens 10 % des jeweiligen Schadens betragen; für alle Schäden innerhalb eines Jahres muss der Selbstbehalt mindestens dem Eineinhalbfachen der jährlichen Festvergütung des Vorstandsmitglieds entsprechen.

Die vorgenannte Neuregelung gilt für alle Aktiengesellschaften unabhängig von einer Börsennotierung. Altverträge genießen Bestandsschutz bis zum Ablauf des 30. Juni 2010 (§ 23 Abs. 1 EGAktG). Danach muss eine Vertragsänderung bzw. –verlängerung der D&O-Versicherung die neue Regelung zum Selbstbehalt umsetzen.

4. Verlängerung der Wartezeit für die Ausübung von Aktienoptionen (§ 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG)

Die Mindestwartezeit für die erstmalige Ausübung von Aktienoptionen, die Vorstandsmitgliedern oder Arbeitnehmern einer Aktiengesellschaft bzw. Mitgliedern der Geschäftsführungen oder Arbeitnehmern von mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen eingeräumt werden, wurde von zwei Jahren auf vier Jahre verlängert. Auch dies ist Ausdruck des vom Gesetzgeber angestrebten Ziels der nachhaltigen Entwicklung von Unternehmen.

5. Alleinige Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums für Vergütungsentscheidungen (§ 107 Abs. 3 AktG)

Gemäß § 107 Abs. 3 AktG kann die Festsetzung und nachträgliche Herabsetzung der Vergütung nicht einem Ausschuss an Stelle des Aufsichtsrats zur Beschlussfassung übertragen werden. Ausschließlich zuständig in allen Fragen der Vorstandsvergütung ist das Aufsichtsratsplenum.

6. Betonung der persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Festsetzung der Vergütung des Vorstands (§ 116 Satz 3 AktG)

Bereits nach bisheriger Rechtslage konnten Aufsichtsratsmitglieder im Falle einer unangemessen hohen Vergütung für Vorstandsmitglieder persönlich haftbar gemacht werden.

Durch die Ergänzung des § 116 AktG um den Satz „*Sie [die Aufsichtsratsmitglieder] sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen*“ wird diese Haftung nun ausdrücklich hervorgehoben und damit verdeutlicht, dass die Entscheidung in Vorstandsvergütungsfragen zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört.

7. Karenzzeit beim Wechsel von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat (§ 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG)

Für börsennotierte Gesellschaften wurde eine „Cooling Off-Periode“ von zwei Jahren für den Wechsel von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat eingeführt. Ein nahtloser Übergang von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat ist aber ausnahmsweise dann erlaubt, wenn die Wahl in den Aufsichtsrat aufgrund eines Vorschlags von Aktionären erfolgt, die mindestens 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.

8. Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Billigung des Vergütungssystems (§ 120 Abs. 4 AktG)

Die Aktionäre einer Aktiengesellschaft können nunmehr über die Billigung/Nichtbilligung des Systems der Vergütung für Vorstandsmitglieder beschließen (§ 120 Abs. 4 AktG). Ein solcher Beschluss hat allerdings rein symbolische Bedeutung – er ist nicht mit Rechtsfolgen verbunden. Insbesondere lässt er die Verpflichtungen des Aufsichtsrats in Bezug auf die Vorstandsvergütung unberührt und begründet keine Rechte oder Pflichten.

9. Konkretisierung der Offenlegung der Vergütung und Versorgungsleistungen (§§ 285 Nr. 9 lit. a, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a HGB)

Die im Anhang von Jahres- bzw. Konzernabschluss zu veröffentlichenden Pflichtangaben (§§ 285 Nr. 9 lit. a, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a HGB) wurden um detaillierte Angaben zu den Leistungszusagen an die Vorstandsmitglieder erweitert. Dies betrifft insbesondere Leistungen, die einem Vorstandsmitglied für den Fall der vorzeitigen Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind.

Diese Änderungen sind erstmals auf Jahres- und Konzernabschlüsse für das nach dem 31. Dezember 2009 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden.

II. Änderungen des DCGK

Wie die Schaffung des VorstAG sind auch die diesjährigen Änderungen des DCGK in vielen Punkten der Finanzmarktkrise geschuldet. Die geänderte Fassung vom 18. Juni 2009 des DCGK wurde am 5. August 2009 im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht und ist daher ab diesem Zeitpunkt im Rahmen der Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zu beachten.

Die Änderungen beinhalten einerseits einige neue Empfehlungen und Anregungen. Andererseits haben bisher geltende Empfehlungen ihren Charakter als „Empfehlung“ durch Aufnahme in ein Gesetz verloren und sind rechtlich verbindlich geworden.

1. Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen zugunsten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern (Abschnitt 3.8 Abs. 2 DCGK)

Die bisherige Empfehlung des DCGK, im Falle des Abschlusses einer D&O-Versicherung für Vorstand und Aufsichtsrat einen angemessenen Selbstbehalt zu vereinbaren, wurde hinsichtlich des Vorstands vom Gesetzgeber durch die Neuregelung im VorstAG ersetzt (siehe oben Ziff. I.3).

Hinsichtlich des Aufsichtsrats wurde die bisherige Empfehlung dahingehend angepasst, dass in einer D&O-Versicherung für den Aufsichtsrat nun ein *entsprechender* Selbstbehalt vereinbart werden soll. D.h., auch hier soll zukünftig ein Selbstbehalt von mindestens 10% des jeweiligen Schadens bzw. von mindestens dem Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds für alle Schäden innerhalb eines Jahres enthalten sein.

2. Corporate Governance-Bericht (Abschnitt 3.10 DCGK)

Die bisherige Empfehlung, dass Vorstand und Aufsichtsrat jährlich im Geschäftsbericht über die Corporate Governance des Unternehmens berichten sollen, ist aufgrund einer Anpassung an das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) entfallen.

Der durch das BilMoG neu eingeführte § 289a HGB verpflichtet kapitalmarktorientierte Gesellschaften u.a. dazu, den Geschäftsbericht um eine Erklärung zur Unternehmensführung zu ergänzen, die die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG enthält. Der Corporate Governance-Bericht ist dementsprechend zukünftig bereits Bestandteil der neuen Erklärung zur Unternehmensführung der Gesellschaft.

3. Angemessenheit der Vergütung des Vorstands (Abschnitt 4.2.2 Abs. 3 DCGK)

Im Zusammenhang mit der Festsetzung der Vorstandsvergütung wurde in Abschnitt 4.2.2 Abs. 3 DCGK die neue Empfehlung aufgenommen, dass der Aufsichtsrat, soweit er zur Beurteilung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung einen externen Vergütungsexperten hinzuzieht, auf dessen Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen achten soll.

Im Übrigen wurde Abschnitt 4.2.2 DCGK an die Neufassung der §§ 87 Abs. 1, 107 Abs. 3 Satz 3 AktG durch das VorstAG angepasst (vgl. auch oben Ziff. I. 1b und I.5).

4. Struktur und Bestandteile der Vergütung des Vorstands (Abschnitt 4.2.3 Abs. 2 und 3 DCGK)

Die Regierungskommission hat die neue Vorgabe des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG, wonach die Vergütungsstruktur an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung auszurichten sei, in Abschnitt 4.2.3 Abs. 2 durch eine neue Empfehlung dahingehend konkretisiert, dass bei der Ausgestaltung der variablen Vergütungsbestandteile sowohl positiven als auch negativen

Entwicklungen Rechnung getragen werden soll. Überdies darf kein Vergütungsbestandteil zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten.

Die beispielhafte Aufzählung variabler Vergütungsbestandteile in Abschnitt 4.2.3 Abs. 3 beinhaltet nunmehr „auf das Unternehmen bezogene aktien- oder kennzahlenbasierte Vergütungselemente“. Die bisherige Empfehlung, dass der Aufsichtsrat für außerordentliche Entwicklungen eine Begrenzungsmöglichkeit (Cap) vereinbaren soll, hat aufgrund des VorstAG Eingang in das Aktiengesetz (§ 87 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 AktG) gefunden; die entsprechende Formulierung wurde daher angepasst.

5. Offenlegung der Vorstandsvergütung (Abschnitte 4.2.4, 4.2.5 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 DCGK)

Auch Abschnitt 4.2.4 DCGK wurde infolge von Gesetzesänderungen angepasst. Die Gesamtvergütung eines jeden Vorstandsmitglieds ist grundsätzlich - aufgeteilt nach fixen und variablen Vergütungsbestandteilen - unter Namensnennung bereits aufgrund § 285 Satz 1 Nr. 9a HGB im Anhang offen zu legen. Weiterhin erstreckt sich die gesetzliche Offenlegungspflicht auf Zusagen von Leistungen, die einem Vorstandsmitglied für den Fall der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Tätigkeit als Vorstandsmitglied gewährt werden oder die während des Geschäftsjahres geändert worden sind.

Die bisherigen Empfehlungen hinsichtlich der Offenlegung bestimmter Vergütungsbestandteile (Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter, Versorgungszusagen, Zusagen für den Fall der Beendigung der Tätigkeit als Vorstandsmitglied) in Abschnitt 4.2.5 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 DCGK sind aufgrund der gesetzlichen Neuregelung überholt und wurden ersatzlos gestrichen.

6. Bestellung von Vorstandsmitgliedern, Vielfalt bei der Zusammensetzung des Vorstands (Abschnitt 5.1.2 Abs. 1 DCGK)

Neu ist hier die Empfehlung, dass der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands auch auf Vielfalt (Diversity) achten soll. Damit soll eine größere Internationalität sowie eine angemessene Vertretung von Frauen in deutschen Vorständen erreicht werden. Bei dieser Neuregelung handelt es sich um eine von den Gesetzgebungsverfahren zum VorstAG und BilMoG losgelöste Änderung des Kodex’.

Sofern der Aufsichtsrat die Vorbereitung der Bestellung von Vorstandsmitgliedern einem Ausschuss überträgt, ist zu beachten, dass nach der Neufassung des DCGK dieser Ausschuss die Bedingungen des Anstellungsvertrages einschließlich der Vergütung nicht mehr „festlegt“, sondern lediglich „behandelt“. Damit wird auch hier verdeutlicht, dass die Kompetenz in Vorstandsvergütungsfragen ausschließlich dem Aufsichtsratsplenum zusteht.

7. Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses (Abschnitt 5.3.2 Satz 3 DCGK)

Abschnitt 5.3.2 Satz 3 DCGK greift die Neuregelungen der §§ 107 Abs. 4, 100 Abs. 5 AktG durch das BilMoG (mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses muss die nötige Unabhängigkeit aufweisen) und des durch das VorstAG neugefassten § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG (zweijährige Karenzzeit, siehe oben Ziff. I.7) auf. Im Hinblick auf eine weitere Professionalisierung von Aufsichtsräten hat die Regierungskommission beschlossen, die Anregung zur Besetzung des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses zu ändern. Die Anregung richtet sich – anders als früher – nicht mehr kategorisch gegen die Besetzung des Vorsitzes des Prüfungsausschusses mit einem ehemaligen Vorstandsmitglied. Sie schreibt nunmehr (nur noch) vor, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig und vor Ablauf einer zweijährigen Karenzzeit kein ehemaliges Vorstandsmitglied sein sollte.

**8. Vielfalt bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats
(Abschnitt 5.4.1 Satz 2 DCGK)**

Auch bei der Zusammensetzung von Aufsichtsräten soll künftig auf Vielfalt (Diversity) geachtet werden. Wie schon bzgl. der Besetzung des Vorstands (siehe oben Ziff. II.6) stand auch bei dieser Empfehlung das Ziel Pate, für größere Internationalität und eine stärkere Präsenz weiblicher Aufsichtsräte zu sorgen.

**9. Karenzzeit bei Wechsel von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat
(Abschnitt 5.4.4 DCGK)**

Abschnitt 5.4.4 Satz 1 DCGK gibt den Inhalt des neuen § 104 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG zum Wechsels eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat wieder (siehe oben Ziff. I.7). Aus der bisherigen Empfehlung wurde eine gesetzlich verbindliche Bestimmung.

Für den Sonderfall, dass die Wahl eines ehemaligen Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat innerhalb der zweijährigen Karenzzeit aufgrund eines Vorschlags von Aktionären erfolgt, die mindestens 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten, und damit zulässig ist, wurde die Empfehlung ergänzt, dass der Wechsel des Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsratsvorsitz während der Karenzzeit jedoch nur eine vor der Hauptversammlung zu begründende Ausnahme sein soll (Abschnitt 5.4.4 Satz 2 DCGK). Damit wird der besonderen Bedeutung des Aufsichtsratsvorsitzes Rechnung getragen.

**10. Maximale Anzahl gleichzeitig wahrnehmbarer Aufsichtsratsmandate durch Vorstände
börsennotierter Gesellschaften (Abschnitt 5.4.5 Satz 2 DCGK)**

Wer dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehört, soll insgesamt nicht mehr als drei (bisher: fünf) Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen. Die Regierungskommission hat sich zur Verschärfung dieser Empfehlung entschlossen, um der stetig wachsenden Beratungs- und Kontrollfunktion der Aufsichtsräte gerecht zu werden.

Obiger Inhalt dient nur der allgemeinen Information und stellt keine individuelle Rechtsberatung dar. Für die Richtigkeit des Inhalts wird keine Gewähr übernommen. Eine Haftung ist ausgeschlossen. Für etwaige Rückfragen stehen Ihnen die entsprechenden Ansprechpartner unserer Sozietät gerne zur Verfügung.