

August 2009/Gesellschaftsrecht

## Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)

Die folgenden Quellen werden in dieser Mandanteninformation in Bezug genommen:

- BGBl. I/2009, S. 2509, Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung ("**VorstAG**")
- BT-Drs. 16/12278 vom 17.03.2009, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, dort insbesondere die Begründung des Entwurfs ("**Gesetzesbegründung**")
- BT-Drs. 16/13433 vom 17.06.2009, *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf, dort insbesondere der Bericht mit der Begründung zu den empfohlenen Änderungen ("**Beschlussempfehlung Rechtsausschuss**")*
- BR-Drs. 592/09, *Beschluss des Bundesrates, dort insbesondere die Erläuterung zu TOP 29 zum Inhalt des Gesetzes und zum Gang der Beratungen ("**BR-Erläuterung**")*
- *Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Entwurf des Gesetzes, April 2009, Stellungnahme Nr. 32/2009 – NZG 2009, 612 ff. ("**Stellungnahme Handelsrechtsausschuss**")*

### A.

#### Status des Gesetzgebungsverfahrens und Inkrafttreten

##### I. Status des Gesetzgebungsverfahrens

Das am 18. Juni 2009 vom Deutschen Bundestag verabschiedete Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) wurde am 4. August 2009 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und damit förmlich verkündet.

##### II. Inkrafttreten

Das VorstAG trat gemäß seines Artikels 6 am Tag nach der Verkündung, also am 5. August 2009, in Kraft.

### B.

#### Ziele des VorstAG

Nach der BR-Erläuterung und, fast wortgleich, der Gesetzesbegründung, zielt das VorstAG darauf ab, die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken. Fehlerhafte Verhaltensanreize in dem Vergütungssystem vieler Unternehmen hätten in der Vergangenheit dazu geführt, dass das Erreichen kurzfristiger Parameter in den Vordergrund gestellt und das langfristige Wohlergehen des Unternehmens nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Nach der Gesetzesbegründung soll zudem die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung gestärkt und konkretisiert sowie die Transparenz der Vorstandsvergütung gegenüber den Aktionären und der Öffentlichkeit verbessert werden.

### C.

#### Inhalt des VorstAG und erste Hinweise für die Praxis

##### I. Bemessung der Vorstandsbezüge

##### 1. Inhalt der neuen gesetzlichen Bestimmungen

- a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmungen gemäß BR-Erläuterung
- Die Vergütung des Vorstands einer Aktiengesellschaft muss künftig auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstands stehen und darf die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen (§ 87 Absatz 1 Satz 1 AktG-neu).

- 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 (§ 87 Absatz 1 Satz 2 und 3 AktG-neu).
- Aktienoptionen können künftig frühestens vier Jahre nach Einräumung der Option ausgeübt werden. Damit soll dem Begünstigten ein stärkerer Anreiz zu nachhaltigem Handeln zum Wohl des Unternehmens gegeben werden (§ 193 Absatz 2 Nr. 4 AktG-neu).

b) Anmerkungen

aa) § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG-neu

Als bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds zu berücksichtigendes Kriterium wird "die Leistung des Vorstandsmitglieds" neu eingeführt, wie dies schon der Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 6. Juni 2008 ("DCGK 2008") als Empfehlung vorsah (der derzeit geltende Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 18. Juni 2009 berücksichtigt bereits das VorstAG). Mit dem Begriff "übliche Vergütung" ist nach der Beschlussempfehlung Rechtsausschuss die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit gemeint (horizontale Vergleichbarkeit). Es seien Unternehmen derselben Branche, ähnlicher Größe und Komplexität in die Bemessung einzubeziehen. Landesüblichkeit stelle auf die Üblichkeit im Geltungsbereich des Gesetzes ab. Es sei aber auch das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen heranzuziehen (Vertikalität). Dabei solle darauf geachtet werden, dass die Vergütungsstaffelung im Unternehmen beim Vorstand nicht Maß und Bezug zu den Vergütungsgepflogenheiten und dem Vergütungssystem im Unternehmen im Übrigen verliert.

Der Begriff "übliche Vergütung" wird über den Versuch einer Ausfüllung durch die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss hinaus ausfüllungsbedürftig sein. So wird man etwa argumentieren können, dass bei in internationalem Wettbewerb um Führungskräfte stehenden Unternehmen unter Üblichkeit nicht nur die "Landesüblichkeit", sondern auch eine an internationalen Standards gemessene Üblichkeit zu verstehen ist. Es steht zur erwarten, dass die sich abzeichnende Kritik an diesem Begriff letztlich zu einer facettenreichen Diskussion in der Literatur über die Auslegung dieses Begriffs führen wird. Der Begriff wird zu Recht als "sehr unscharf" bezeichnet (Stellungnahme Handelsrechtsausschuss).

bb) § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG-neu

Der Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft wird gesetzlich dazu verpflichtet, die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Dieses Ziel könne nach der Beschlussempfehlung Rechtsausschuss mit verschiedenen Vergütungsinstrumenten angestrebt werden. Bei variablen Vergütungsbestandteilen sei auf eine langfristige Wirkung der Verhaltensanreize, die von der Vergütung ausgehen, zu achten. Dabei sei auch eine Mischung aus kurzfristigen und längerfristigen Anreizen möglich, wenn im Ergebnis ein langfristiger Verhaltensanreiz erzeugt werde. Die Neuregelung verlange für variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage. Wie die geforderte mehrjährige Bemessungsgrundlage und damit die Langfristigkeit der Verhaltensanreize konkret vertraglich umgesetzt werden, sage das Gesetz nicht. Dazu gebe es zahlreiche denkbare Vertragsgestaltungen wie Bonus-Malus-Systeme und Performance-Betrachtung über die Gesamtlaufzeit. Aus der Vorgabe der mehrjährigen Bemessungsgrundlage folge zugleich, dass nicht nur die Auszahlung hinausgeschoben sein dürfe, vielmehr müssten die variablen Bestandteile auch an negativen Entwicklungen im gesamten Bemessungszeitraum teilnehmen. Der Nachhaltigkeitsgedanke solle grundsätzlich auch von nicht börsennotierten Gesellschaften berücksichtigt werden; hier werde aber von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen, da sonst Fragen zum Verhältnis zur GmbH und den Personengesellschaften aufgeworfen würden und man es den Eigentümern überlassen könne, die richtigen Instrumente zu finden. Auch über die Verweisung auf § 116 AktG bei der GmbH mit Aufsichtsrat wird der geänderte § 87 AktG-neu nicht für die GmbH anwendbar.

Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, verbindlich vorzuschreiben, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben müssen. Man wird hiervon in begründeten Ausnahmefällen abweichen können, insbesondere dann, wenn durch die Mischung aus kurzfristigen und längerfristigen Anreizen letztlich ein langfristiger Verhaltensanreiz erzeugt wird.

Das Gesetz gibt dem Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften ferner auf, bei der Vereinbarung variabler Vergütungsinstrumente eine Begrenzungsmöglichkeit für außerordentliche Entwicklungen vorzusehen. Variable Vergütungsbestandteile knüpfen an bestimmte Parameter an. Bei einer positiven Entwicklung dieser Parameter soll der Vorstand daran teilhaben. Von außerordentlichen Entwicklungen (Beispiele, die in der Beschlussempfehlung

Rechtsausschuss genannt werden, sind die Unternehmensübernahme, Veräußerung von Unternehmensteilen, Hebung stiller Reserven, externe Einflüsse) soll der Vorstand nicht ohne Beschränkungsmöglichkeit profitieren. Das Gesetz überlässt es dem Aufsichtsrat, wie er diese Begrenzungsmöglichkeiten (Cap) ausgestaltet. Er kann nach der Beschlussempfehlung Rechtsausschuss zum Beispiel eine feste höhenmäßige Begrenzung vorgeben. Die Bestimmung übernimmt eine seinerzeit schon im DCKG 2008 bestehende Empfehlung (4.2.3).

cc) § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG-neu

Hier kann letztlich auf die obige Anmerkung zu § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG-neu verwiesen werden.

In der Gesetzesbegründung heißt es zudem, das Setzen langfristiger Anreize bedeute ferner, dass Aktien, die als Vergütung gewährt werden, Haltefristen unterliegen sollten, die sich an der Ausübungsfrist für Aktienoptionen orientieren, und dass "phantom stocks" und ähnliche schuldrechtliche Instrumente gleichfalls nur die langfristige Kursentwicklung und damit das langfristige Unternehmenswohl belohnen sollten. Die Langfrist-Ausrichtung in § 87 Abs. 1 AktG entspreche der Änderung des § 193 Abs. 2 AktG. Die Vierjahresfrist sei umgekehrt Auslegungshilfe für die Formulierung langfristiger Verhaltensanreize im Sinne des § 87 Abs. 1 AktG.

## 2. Anwendbarkeit

Die neue Regelung in § 87 Abs. 1 AktG gilt nach ihrem Wortlaut für die "Festsetzung" der Vergütung und ist damit nicht auf Altverträge anzuwenden, da dort die Festsetzung noch unter der früheren Rechtslage erfolgte (vgl. die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss). Sie gilt also für eine Festsetzung von Bezügen einzelner Vorstandsmitglieder, die nach Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt.

Gemäß § 23 Abs. 3 EG-AktG-neu ist die Neufassung des § 193 AktG erstmals auf Beschlüsse anzuwenden, die in Hauptversammlungen gefasst werden, die nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes, d.h. ab dem 5. August 2009, einberufen werden.

## 3. Hinweis für die Praxis

Die Gesellschaften sollten zeitnah die derzeit bestehende Vergütungsstruktur prüfen, ob bzw. inwieweit diese bereits den neuen Vorgaben entspricht. Mit erheblichem Vorlauf vor Änderungen von Vorstands-Dienstverträgen oder dem Neuabschluss von Vorstands-Dienstverträgen sind dann die neuen Strukturen zu planen und ggf. mit den gegenwärtigen bzw.

zukünftigen Mitgliedern des Vorstands zu verhandeln. Der Aufsichtsrat muss dokumentieren, dass er sich die hierfür erforderliche, an den Vorgaben des Gesetzes zu messende Entscheidungsgrundlage geschaffen hat. Es mag in Anbetracht des Haftungsrisikos für die Mitglieder des Plenums des Aufsichtsrats ratsam sein, sich bei der Vorbereitung solcher Entscheidungen sachverständiger Unterstützung externer Berater zu bedienen, die die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen prüfen und in einem Gutachten dokumentieren.

Zudem mag es sinnvoll sein, im Austausch zwischen Aufsichtsrat und Vorstand zu klären, ob aus Gründen der Außendarstellung und der Corporate Governance eine Anpassung von bestehenden Dienstverträgen erfolgen sollte, die nicht in Übereinstimmung mit den neuen gesetzlichen Regelungen stehen (bereits vor dem Eintritt einer gesetzlichen Notwendigkeit hierfür).

## II. Nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsbezüge

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Die Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Vergütung bei einer Verschlechterung des Unternehmens nachträglich zu reduzieren, wird erweitert. Der Aufsichtsrat soll die Bezüge auf eine angemessene Höhe herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft so verschlechtert, dass die Weitergewährung der Bezüge unbillig für die Gesellschaft wäre (§ 87 Abs. 2 AktG-neu).

b) Anmerkungen

Bereits nach der alten Fassung des § 87 Abs. 2 AktG bestand unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht des Aufsichtsrats, Bezüge des Vorstands angemessen herabzusetzen. Es handelte sich um eine Kann-Vorschrift, die nunmehr nicht als Muss-Vorschrift, aber als Soll-Vorschrift verschärft ausgestaltet werden soll. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände kann der Aufsichtsrat von einer Herabsetzung absehen (Beschlussempfehlung Rechtsausschuss).

Bislang mussten kumulativ zwei Bedingungen für eine Herabsetzung der Vorstandsbezüge gegeben sein. Es musste eine "wesentliche" Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft eingetreten sein und eine Weitergewährung musste eine "schwere" Unbilligkeit für die Gesellschaft darstellen. Auf die Merkmale der "wesentlichen" Verschlechterung

rung und "groben" Unbilligkeit wurde, laut Entwurfsbegründung wegen deren Unschärfe, verzichtet. Der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins befürchtet in seiner Stellungnahme allerdings, die Regelung werde mit den vorgesehenen Änderungen unklarer und unschärfer. Es könne darüber hinaus schon im Hinblick auf Artikel 14 GG nicht gehen, der Gesellschaft einseitig das Recht zu geben, sich von den vertraglichen Vereinbarungen loszusagen und die Bezüge ihrer aktiven sowie ihrer pensionierten Vorstandsmitglieder und deren Hinterbliebenen herabzusetzen, wenn es sich nicht um eine "schwere" Unbilligkeit handle. Nach der Gesetzesbegründung liegt eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft bspw. dann vor, wenn die Gesellschaft Entlassungen oder Lohnkürzungen vornehmen müsse und keine Gewinne mehr ausschütten könne. Insolvenz oder unmittelbare Krise erfüllten die Voraussetzung stets, seien aber nicht notwendig. Die Weiterzahlung der Bezüge sei "unbillig", wenn der Vorstand pflichtwidrig gehandelt habe, aber auch dann, wenn ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen sei, die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft jedoch in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung falle und ihm zurechenbar sei. Nach der letztlich vom Bundestag verabschiedeten Fassung des VorstAG kommt es dabei ausdrücklich auf die Unbilligkeit "für die Gesellschaft" an.

Die Herabsetzung erfolgt auf das Niveau, welches nach § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG in dieser Situation angemessen wäre. Sie betrifft nicht nur die Bezüge aktiver Vorstandsmitglieder. Erfasst werden neben den Ansprüchen auf Auszahlung der Restlaufzeit des Vertrages bei Entlassung des Vorstands auch die in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG genannten Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art, die in den ersten drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft ebenfalls herabgesetzt werden können.

## 2. Anwendbarkeit

Die Regelung ist mit Inkrafttreten des Gesetzes, also seit dem 5. August 2009, anwendbar. Ob eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung, jedoch vor Inkrafttreten des Gesetzes als Herabsetzungsgrund genügt, wird nicht bestimmt. Dagegen lassen sich zumindest gute Argumente, wie etwa der Vertrauensschutz der Mitglieder des Vorstands finden. Der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (Stellungnahme Handelsrechtsausschuss) äußert zudem zutreffend verfassungsrechtliche Bedenken, was die Anwendung der Neuregelung auf die bei ihrem Inkrafttreten bereits bestehenden Vorstandsverträge angeht. Nach wohl allgemeiner Ansicht sind schuldrechtliche

Forderungen von der Eigentumsgarantie des Artikels 14 GG erfasst. § 87 Abs. 2 AktG erlaubt jedenfalls auch in der neuen Fassung keinen rückwirkenden Eingriff in bereits konkret entstandene Vergütungsansprüche für erbrachte Leistungen, sondern durch die Herabsetzung der Bezüge kann nur für die Zukunft ihre unverminderte "Weitergewährung" verhindert werden (Stellungnahme Handelsrechtsausschuss).

### 3. Hinweis für die Praxis

Es ist zu erwägen, ob der Aufsichtsrat einen Katalog an Kriterien erarbeitet bzw. erarbeiten lässt und festlegt, die die Bestimmung des § 87 Abs. 2 AktG-neu näher ausfüllen. Solche Regelungen können dann etwa in neu abzuschließende bzw. ggf. im Laufe von Verhandlungen neu anzupassende Vorstands-Dienstverträge als Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmung aufgenommen werden.

## III. Entscheidung über die Vergütung eines Vorstandsmitglieds durch das Plenum des Aufsichtsrats

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Die Entscheidung über die Vergütung eines Vorstandsmitglieds darf künftig nicht mehr an einen Ausschuss des Aufsichtsrates delegiert, sondern muss vom Plenum des Aufsichtsrates getroffen werden (§ 107 Absatz 3 AktG-neu).

b) Anmerkungen

Nach dem bis zum 4. August 2009 geltenden Recht musste die Vergütung der Vorstandsmitglieder nicht im Aufsichtsratsplenum beschlossen werden. Vielmehr war häufig, wenn nicht regelmäßig, hierfür ein Ausschuss (Personalausschuss oder Präsidialausschuss bzw. Präsidium) vorgesehen. Zur Verbesserung der Transparenz der Vergütungsfestsetzung (so die Gesetzesbegründung) soll dies nun dem Aufsichtsratsplenum vorbehalten sein. Der Personalausschuss hat dann nur noch vorbereitende Funktion.

### 2. Anwendbarkeit

Hier gibt es keine Besonderheiten. Die Bestimmung ist mit der Verkündung des VorstAG anwendbar.

### 3. Hinweis für die Praxis

Die Geschäftsordnungen für den Aufsichtsrat sowie den entsprechenden (Personal-) Ausschuss sind an die neue Gesetzeslage anzupassen.

## IV. "Verschärfung" der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei Festsetzung einer "unangemessenen" Vergütung

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

- a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Die Haftung des Aufsichtsrates wird verschärft. Setzt dieser eine unangemessene Vergütung fest, macht er sich gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig (§ 116 AktG-neu).

- b) Anmerkungen

Nach der Gesetzesbegründung soll deutlicher gemacht werden, dass die angemessene Vergütungsfestsetzung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und dass er für Pflichtverstöße persönlich haftet. Dies sei den Betroffenen offenbar nicht ausreichend bewusst. Die Gesetzesbegründung erkennt zutreffend an, dass (bereits nach der alten Fassung des AktG) nach den §§ 116, 93 AktG jedes Aufsichtsratsmitglied für einen schuldhaften Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Aufsichtsrats höhenmäßig unbegrenzt haftet. Die vorgeschlagene Änderung hebe die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats bei der Vergütungsfestsetzung besonders hervor. Tatsächlich handelt es sich also nur um eine Wiederholung einer sowieso bereits bestehenden Gesetzeslage. Ob die Hervorhebung jedoch faktisch aus "atmosphärischen" Gründen zu einer kritischeren Betrachtung von Vorstandsvergütungen durch die Gerichte führen wird, bleibt abzuwarten.

### 2. Anwendbarkeit

Hier gibt es keine Besonderheiten. Die Bestimmung ist seit dem Inkrafttreten des VorstAG am 5. August 2009 anwendbar. Da sie lediglich klarstellend ist, ist sie inhaltlich jedoch bereits heute von Bedeutung.

### 3. Hinweis für die Praxis

Es sind keine unternehmensinternen Umsetzungsmaßnahmen veranlasst. Man kann die Mitglieder des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit deren Information über die Bestimmungen des VorstAG auch auf diese klarstellende Bestimmung aufmerksam machen.

## V. Zwingende Vereinbarung eines D&O-Selbstbehalts

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

- a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Bei Abschluss so genannter Directors and Officers Liability-Versicherungen ist zwingend ein Selbstbehalt zu vereinbaren, der nicht niedriger als das Eineinhalbfache der jährlichen Festvergütung sein darf (§ 93 Absatz 2 Satz 3 AktG-neu).

- b) Anmerkungen

Die Anfügung des Satzes 3 an § 93 Abs. 2 AktG begründet ausdrücklich die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts für den Fall des Abschlusses einer D&O-Versicherung für Vorstände. Eine generelle Pflicht zum Abschluss einer solchen Versicherung ist damit nicht verbunden (so die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss). Bei der Vereinbarung des Selbstbehalts sind zwei Werte festzusetzen: Eine prozentuale Quote, die sich auf jeden einzelnen Schadensfall bezieht, und eine absolute Obergrenze, die für alle Schadensfälle in einem Jahr zusammen gilt, jedoch bei großen Schäden auch schon bei einem einzigen Schadensfall erreicht werden kann (so die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss). Die Höhe der Werte gibt das Gesetz nicht abschließend vor, geregelt wird lediglich, wie hoch die Werte mindestens sein müssen. Bei jedem Schadensfall hat sich das Vorstandsmitglied mit einem vertraglich festzulegenden Prozentsatz an dem Schaden zu beteiligen, der mindestens 10 % betragen muss. Absolute Obergrenze ist ein Betrag, der mindestens dem Eineinhalbfachen der jährlichen Festvergütung entsprechen muss. Je nach Änderung der Festvergütung ist (so die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss) die Versicherung jährlich anzupassen. Das Bezugsjahr für den anzuwendenden Selbstbehalt ist das Jahr des Pflichtverstoßes.

Die Neuregelung beschränkt sich auf die Regelung der D&O-Versicherung zugunsten von Vorstands- und nicht Aufsichtsratsmitgliedern.

## 2. Anwendbarkeit

Gemäß § 23 Abs. 1 EG-AktG-neu sind laufende D&O-Versicherungsverträge bis zum 30. Juni 2010 an die Neuregelung anzupassen. Besteht aus dem laufenden Anstellungsvertrag des Vorstandes ein Anspruch auf eine Versicherung ohne einen vom Gesetz geforderten Selbstbehalt, so bleibt diese Verpflichtung der Gesellschaft nach § 23 Abs. 1 Satz 2 EG-AktG-neu bis zum Ablauf des Vorstandsvertrages, also in der Praxis maximal fünf Jahre, erfüllbar. Verlängerungen des Vorstandsvertrages bleiben hierbei außer Betracht (so die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss).

### 3. Hinweis für die Praxis

Es erscheint als ratsam, zeitnah Gespräche mit dem Versicherer (Makler) aufzunehmen, um mit diesem die entsprechend gesetzeskonformen Bedingungen etwa neu abzuschließender D&O-Versicherungsverträge bzw. die Vereinbarung von Änderungen laufender D&O-Versicherungsverträge per 1. Juli 2010 zu erörtern und zu verhandeln. Im Verhältnis zum Versicherer kann mit guten Gründen argumentiert werden, dieser sei zur Mitwirkung an der Anpassung laufender Versicherungsverträge aus Treu und Glauben verpflichtet.

## VI. Unverbindliches Votum der Hauptversammlung zum System der Vorstandsvergütung

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Zur Verbesserung der Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre kann bei börsennotierten Gesellschaften die Hauptversammlung ein unverbindliches Votum zum System der Vorstandsvergütung abgeben (§ 120 Absatz 4 AktG-neu).

b) Anmerkungen

§ 120 Abs. 4 Satz 1 AktG-neu regelt, dass die Hauptversammlung bei börsennotierten Gesellschaften auf Verlangen von Aktionären (§ 122 Abs. 2 AktG) oder auf Vorschlag der Verwaltung zulässigerweise auch darüber beschließen kann, ob das bestehende System zur Vorstandsvergütung gebilligt wird oder nicht. Es handelt sich nicht um einen in regelmäßigen Zeitabständen wiederkehrenden Beschlussgegenstand. Es besteht für die Verwaltung keine Verpflichtung, den Gegenstand auf die Tagesordnung zu setzen. Durch die ausdrückliche Hauptversammlungskompetenz soll den Aktionären ein

Instrument zur Kontrolle des bestehenden Vergütungssystems an die Hand gegeben werden (so die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss). Der Anwendungsbereich ist auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt. § 120 Abs. 4 Satz 2 AktG-neu stellt klar, dass der Hauptversammlungsbeschluss über die Billigung oder Missbilligung des Vergütungssystems rechtlich nicht verbindlich ist. Die Vorschrift ähnelt der auf den Entlastungsbeschluss bezogenen Vorschrift des § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG. § 120 Abs. 4 Satz 3 AktG-neu stellt jedoch den Beschluss über die Billigung des Vergütungssystems darüber hinaus unanfechtbar nach § 243 AktG.

## 2. Anwendbarkeit

Die Übergangsregelung zu der Änderung von § 120 Abs. 4 AktG in § 23 Abs. 3 EG-AktG-neu stellt sicher, dass durch die Gesetzesänderung keine Hauptversammlungen betroffen werden, die bei Inkrafttreten des VorstAG bereits einberufen waren – § 120 Abs. 4 AktG-neu ist erstmals auf Beschlüsse anzuwenden, die in Hauptversammlungen gefasst werden, welche nach dem Tag der Verkündung des Gesetzes einberufen werden.

### 3. Hinweis für die Praxis

Für die Verwaltung mag es ratsam sein, von sich aus diesen Beschlussgegenstand zur Abstimmung zu stellen, um einem entsprechenden Verlangen von Aktionären zuvorzukommen.

## VII. Zweijährige Karenzzeit für ehemalige Vorstandsmitglieder vor Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Ehemalige Vorstandsmitglieder dürften zur Vermeidung von Interessenkonflikten während einer zweijährigen Karenzzeit nach ihrem Ausscheiden grundsätzlich nicht Mitglieder des Aufsichtsrats werden. Dies gilt nicht, wenn die Wahl des ehemaligen Vorstandsmitglieds auf Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft halten (§ 100 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 AktG-neu).

b) Anmerkungen

Durch die Neuregelung wird für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat eine allgemeine Karenzzeit von zwei Jahren eingeführt. Die Vorschrift ist auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt.

Die Karenzzeit gilt dann nicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied aufgrund eines Aktionärsvorschlags gewählt wird, der eines Quorums von 25 % der Stimmen bedarf. Der Bestellungsbeschluss selbst bedarf weiterhin der einfachen Mehrheit.

## 2. Anwendbarkeit

Gemäß § 23 Abs. 2 EG-AktG-neu ist § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG-neu nicht auf Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden, die ihr Mandat im Zeitpunkt der Verkündung des VorstAG bereits innehatten.

### 3. Hinweis für die Praxis

In der Praxis wird es sinnvoll sein, wenn die betreffenden Aktionäre und Aktionärinnen den Vorschlag frühzeitig dem Aufsichtsrat mitteilen, so dass dieser ihn bei seinen Vorschlägen an die Hauptversammlung berücksichtigen kann. Der Aufsichtsrat braucht dann insofern keinen Gegenkandidaten oder keine Gegenkandidatin vorzuschlagen, sondern kann sich dem Vorschlag der Aktionäre anschließen (so die Beschlussempfehlung Rechtsausschuss).

## VIII. Weitergehende Offenlegung von Vergütung und Versorgungsleistungen an Vorstandsmitglieder

### 1. Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

a) Zusammenfassung der neuen gesetzlichen Bestimmung gemäß BR-Erläuterung

Die Unternehmen werden künftig zu einer weitergehenden Offenlegung von Vergütungen und Versorgungsleistungen an Vorstandsmitglieder im Falle der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit verpflichtet, um den Anteilsinhabern einen besseren Einblick in den Umfang der getroffenen Vereinbarungen zu gewähren (§ 285 Nr. 9 a Satz 6 HGB-neu [sowie § 314 Nr. 6 a Satz 6 HGB-neu]).

b) Anmerkungen

Die Neuerungen in §§ 285 und 314 HGB fordern, über das bis zum 4. August 2009 geltende Recht hinausgehend, von börsennotierten Gesellschaften grundsätzlich auch detaillierte Angaben zu Leistungen sowohl für den Fall einer vorzeitigen als auch regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit im Anhang offen zu legen. Regelmäßig werden für den Fall einer Amtsniederlegung, Abberufung, Dienstunfähigkeit und sonstige Fälle, wie z.B. Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge eines Kontrollwechsels nach einem Übernahmeangebot, bereits vorab vertragliche Vorkehrungen getroffen. Angaben über den

Wert solcher Zusagen sollen (so die Gesetzesbegründung) den Einblick der materiell betroffenen Eigenkapitalgeber im Hinblick auf den materiellen Umfang der getroffenen Vereinbarungen und die Anreize ihres Führungspersonals verbessern. Es geht konkret um

- Leistungen, die dem Vorstandsmitglied für den Fall einer vorzeitigen Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind,
- Leistungen, die dem Vorstandsmitglied für den Fall der regulären Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind,
- während des Geschäftsjahres vereinbarte Änderungen dieser Zusagen,
- und Leistungen, die einem früheren Vorstandsmitglied, das seine Tätigkeit im Laufe des Geschäftsjahres beendet hat, in diesem Zusammenhang zugesagt und im Laufe des Geschäftsjahres gewährt worden sind.

### 2. Anwendbarkeit

Artikel 68 des EG-HGB-neu bestimmt, dass die vorgenannten Regelungen erstmals auf Jahres- und Konzernabschlüsse für das nach dem 31. Dezember 2009 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden sind.

### 3. Hinweis für die Praxis

Die entsprechenden Informationen sind zu sammeln, ggf. ist eine Vorabstimmung mit dem Abschlussprüfer ratsam. Nach § 286 Abs. 5 HGB können (u.a.) die vorgenannten Angaben zu individuellen Vorstandsbezügen unterbleiben, wenn die Hauptversammlung dies beschlossen hat. Der Beschluss darf höchstens für fünf Jahre gefasst werden und bedarf einer Mehrheit, die mindestens  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst. Diese bereits heute gültige Bestimmung gilt auch für die ansonsten grundsätzlich erforderliche weitergehende Offenlegung nach VorstAG. Auch wenn das VorstAG sich hierzu nicht ausdrücklich verhält, ist davon auszugehen, dass nach dieser Bestimmung bereits gefasste Beschlüsse der Hauptversammlung sich auf die nunmehr infolge des VorstAG geforderten weitergehenden Offenlegungen im Anhang erstrecken, und mithin auch diese auf der Grundlage bereits gefasster Hauptversammlungsbeschlüsse unterbleiben dürfen.

Diese Mandanteninformation beinhaltet lediglich eine unverbindliche Übersicht über das in ihr adressierte Themen-  
gebiet. Sie ersetzt keine rechtliche Beratung. Als Ansprechpartner zu dieser Mandanteninformation und zu Ihrer Bera-  
tung stehen gerne zur Verfügung:

<b>Dr. Georg Jaeger</b>	<b>Dr. Marc Löbbe</b>	<b>Prof. Dr. Jochem Reichert</b>	<b>Dr. Heino Rück</b>
+49.621.4257 208	+49.621.4257 205	+49.621.4257 229	+49.621.4257 215
georg.jaeger@sza.de	marc.loebbe@sza.de	jochem.reichert@sza.de	heino.rueck@sza.de

**SZA SCHILLING, ZUTT & ANSCHÜTZ RECHTSANWALTS AG**

D-68165 Mannheim, Otto-Beck-Str. 11  
D-68027 Mannheim, Postfach 10 27 50  
Telefon:+ 49 (0) 621 4257 0,  
Telefax:+ 49 (0) 621 4257 280

**WWW.SZA.DE**