Dr. Benedikt Hohaus/Dr. Christoph Weber*)

Haftungsfolgen und -fragen für Aufsichtsratsmitglieder nach dem VorstAG

Für die Vorstandsvergütung gilt gemeinhin: „Pay for Performance". Ob diese Zielsetzung ein Regelungsproblem darstellt und ob diesem mit gesetzlichen Maßnahmen zu begegnen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, durch das zum 05.08.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) die Regelungsdichte für die Vergütungsentscheidung zu erhöhen. Für Aufsichtsräte, die für die Festsetzung der Vorstandsvergütung verantwortlich sind, bedeuten die neuen Regelungen Pflichten und neue Haftungsfallen.

„Die erhöhte Regelungsdichte steht für ein erhöhtes Haftungsrisiko."

I. Das VorstAG und die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Die bisherige gesetzliche Forderung nach angemessener Vorstandsvergütung (§ 87 Abs. 1 AktG) pointiert das VorstAG vor allem durch drei Regelungsansätze: Vorgaben zur Schaffung langfristiger Anreize, Betonung der Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat durch Änderung der Haftungs- und Zuständigkeitsregeln und Verbesserung der Kontrolle der Vergütung durch Aktionäre und Öffentlichkeit.

Das VorstAG hebt die Pflichten des Aufsichtsrats bei einer Vergütungsentscheidung weiter hervor; der Haftungsmaßstab selbst bleibt unberührt. Ein Aufsichtsratsmitglied schuldet weiterhin die Wahrnehmung der Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Beraters (§§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Dies gilt auch angesichts des neuen § 116 Satz 3 AktG, wonach Aufsichtsratsmitglieder namentlich dann zum Ersatz verpflichtet sind, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen (§ 87 Abs. 1 AktG). Ebenso unverändert bleibt, dass das Aufsichtsratsmitglied das Haftungsprivileg der Business Judgment Rule (BJR) für sich beanspruchen kann. Demnach begeht das Aufsichtsratsmitglied dann keine Pflichtverletzung, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Seit dem „Mannesmann-Urteil" (BGH, Urt. v. 21.12.2005) gilt eine Vergütungsentscheidung als eine unternehmerische Entscheidung. Die übrigen Voraussetzungen der BJR sind einzelfallabhängig zu ermitteln. Der „angemessenen Information" und deren Dokumentation kommt hierbei besondere Bedeutung zu. Auch weil die Beweislast für die geschuldete Sorgfalt bei dem Aufsichtsratsmitglied liegt (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG), stellt sich die Frage der Relation von Aufsichtsratshaftung und -vergütung (s. „Der Aufsichtsrat" 2009, S. 154 ff.).

II. Vergütungsüblichkeit

Das AktG sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass die Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe überschreiten dürfen (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG a.E.). Um auf der Grundlage angemessener Information im Sinne der BJR zu handeln, ist der Aufsichtsrat grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Vergütungsberater zur Ermittlung der Vergütungsüblichkeit einzuschalten. Es genügt, wenn der Aufsichtsrat das Vergütungsniveau vergleichbarer inländischer Gesellschaften anhand deren Vergütungsberichte ermittelt und bei der Festsetzung der Vergütung berücksichtigt. Ein quantitatives Benchmarking, bei dem die Vergütungshöhe pauschal abgeglichen wird, dürfte aber nicht ausreichen. Vielmehr muss auch ein qualitatives Benchmarking gewährleistet sein. Es ist also darauf zu achten, welche Leistungen, Aufgaben und Unternehmenssituation – gemessen etwa an dem Delta der erreichten EBITDA-Steigerung – der als Vergleich genommenen Vergütung zugrunde liegen.

Wird ein Vergütungsberater eingesetzt, so ist die Empfehlung von Tz. 4.2.2 Abs. 3 DCGK zu berücksichtigen. Danach soll der Vergütungsberater unabhängig vom Vorstand bzw. vom Unternehmen sein. Der „Kodex für unabhängige Vergütungsberatung" (s. „Der Aufsichtsrat" 2010, S. 12 und 36 f.) bietet eine Grundlage zur Beantwortung der Frage, wann ein Vergütungsberater als unabhängig gelten kann. Wenn die Unabhängigkeit des Vergütungsberaters festgestellt werden konnte, sollte der gewählte Vergütungsberater diese durch eine Unabhängigkeitserklärung schriftlich bestätigen. Überdies ist das Aufsichtsratsmitglied gehalten, das Votum des

*) Dr. Benedikt Hohaus, FAStR, RA, Partner; Dr. Christoph Weber, LL.M. (UVA), EMBA, RA, beide P+P Pöllath + Partners, München.

Vergütungsberaters einer eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen (s. „Der Aufsichtsrat“ 2009, S. 170 ff.).

Wenn nach einer der vorgenannten Methoden ein Vergütungsniveau als üblich verifiziert wurde, kann der Aufsichtsrat gleichwohl ohne Pflichtverletzung von diesem abweichen. Dafür müssen aber besondere Gründe bestehen. Diese können etwa in außerordentlichen angebrachten Aufgaben des Vorstandsmitglieds zu sehen sein, die sich gerade bei besonderen Situationen der Gesellschaft stellen (bevorstehende Sanierung, Übernahme, IPO).

III. Nachhaltige Unternehmensentwicklung

§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG fordert nunmehr, die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Als Grundregel gilt: Bei realistischer Planung sollte der Anteil der langfristigen variablen Vergütungsbestandteile an den jährlichen Gesamtbezügen des einzelnen Vorstandsmitglieds größer sein als der Anteil der kurzfristigen variablen Vergütungsbestandteile (Bsp.: 50% fix, 20% variabel kurzfristig, 30% variabel langfristig). Maßgeblich für die Verteilung sind unseres Erachtens allein die vertraglichen Konditionen der einzelnen Vergütungskomponenten, nicht die aus buchhalterischen Gründen erfolgende Periodisierung der Aufwendungen.

Selbst unter der Annahme, dass die Gesamtbezüge für ein Jahr t1 trotz Überwiegens der kurzfristigen variablen Vergütungsbestandteile der Höhe nach für t1 eigentlich angemessen sind, kann ein haftungsrelevanter Schaden vorliegen. Denn bei der gebotenen langfristigen Ausrichtung der Vergütung wäre wegen einer hypothetischen Verschlechterung der Unternehmensentwicklung in den Folgejahren t2 und t3 die Vergütung für t1 geringer ausgefallen. Für die Ermittlung der Zusammensetzung der Vergütungsbestandteile kann aber die BJR eingreifen. Sollte im Nachhinein das Verhältnis der einzelnen Vergütungskomponenten zueinander anders als bei realistischer Planung ursprünglich angenommen ausfallen, muss daher keine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats vorliegen.

Die Grundregel „Überwiegen der langfristigen variablen Vergütungskomponenten“ ist nur eine Richtschnur – letztlich entscheidet der Gesamtcharakter der Vergütungsstruktur. Sind die Vorstandsmitglieder anderweitig an den Risiken des Unternehmens beteiligt, etwa indem sie selbst Aktien an dem Unternehmen halten oder im Rahmen eines Vergütungsprogramms erwerben, kann es zulässig sein, dass die kurzfristigen variablen Vergütungselemente überwiegen.

Überdies stellt sich für den haftungsbedrohten Aufsichtsrat die Frage, wann ein variabler Vergütungsbestandteil als lang- oder als kurzfristig zu gelten hat. Vorrangig entscheidend für die berechtigte Annahme des langfristigen Charakters ist die Berücksichtigung der „mehrjährigen Bemessungsgrundlage“ und der „Begrenzungsmöglichkeit“ (§ 87 Abs. 1 Satz 3 AktG). Zu berücksichtigen ist auch eine Sperrfrist, welche für kursorientierte Long Term Incentive-Programme (LTI-Programme) grundsätzlich entsprechend § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG vier Jahre und für LTI-Programme ohne Kursorientierung vorsichtshalber drei Jahre betragen sollte. Um von einer Langfristigkeit eines variablen Vergütungsbestandteils ausgehen zu können, gilt nach unserer Ansicht die Faustregel, dass mindestens 50% der auf Basis des LTI-Programms gewährten jährlichen Bonuszahlung an negativen Entwicklungen in dem nachfolgenden Zeitraum teilnehmen. Nach unserer Meinung können auch einmalige Zahlungen für singuläre Ereignisse als langfristige Anreize gelten, wenn sie mit einem entsprechenden Vorlauf vereinbart und in Abhängigkeit von einer langfristig vorbereiteten Maßnahme wie etwa einem IPO als Exit-Bonus mit fester Obergrenze gewährt werden.

Um für die variable Vergütung die gesetzlich geforderte Begrenzungsmöglichkeit vorzusehen, wird sich regelmäßig empfehlen, eine feste Obergrenze („Cap“) zu vereinbaren. Die Vorgabe eines Zahlenwerts geht zwar über die gesetzliche Forderung hinaus. Allerdings werden so im konkreten Einzelfall Streitigkeiten darüber vermieden, was als „außerordentliche Entwicklung“ anzusehen ist.

IV. Hauptversammlungsvotum

§ 120 Abs. 4 AktG sieht für börsennotierte Gesellschaften gesondert vor, dass die Hauptversammlung über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen kann („Say on Pay“, s. „Der Aufsichtsrat“ 2009, S. 173 ff.). Ein solcher Beschluss kann auf die Initiative der Verwaltung oder auf ein Verlangen der Aktionärsminderheit zurückgehen. Ob der Aufsichtsrat das Hauptversammlungsvotum einholt, steht in seinem an das Unternehmensinteresse gebundenen Ermessen. Aktuelle Einladungen zu Hauptversammlungen zeugen von dem „Trend“, dass Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam die Angemessenheit der Vergütung als Punkt auf die Tagesordnung setzen. Gleichwohl gilt: Die Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung enthaftet den Aufsichtsrat nicht, die Missbilligung zieht keine Haftung nach sich. Bei negativem Votum ist der Aufsichtsratsvorsitzende allenfalls gehalten, die Ausführungen im Vergütungsbericht ausführlicher zu gestalten, damit das Vergütungssystem zukünftig die Billigung der Hauptversammlung findet.

V. Herabsetzung der Vergütung in Krisenzeiten

Wir vertreten die Ansicht, dass auch die Herabsetzungsentscheidung nach § 87 Abs. 2 AktG eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats im Sinne der BJR darstellt. Auf der Rechtsfolgenseite deutet der Normwortlaut „soll“ zwar eine gewisse Ermessenslenkung an. Von der dann gebotenen Herabsetzung kann aber bei besonderen Gründen (z.B. im Fall einer ohnehin zu niedrigen Vergütung, besonderer Aufgaben in der Sanierung) abgewichen werden. Die Ermittlung der konkreten Abweichung obliegt dem Aufsichtsrat. Bei der Abwägung hat der Aufsichtsrat die Gründe für seine Entscheidung wiederum zu dokumentieren. Der Aufsichtsrat dürfte gut beraten sein, das Sonderkündigungsrecht, das dem betroffenen Vorstandsmitglied wegen der Vergütungsreduktion zusteht (§ 87 Abs. 2 Satz 4 AktG), zu berücksichtigen.