

Leseprobe zu



Ihrig/Schäfer

Rechte und Pflichten des Vorstands

2014, 622 Seiten, Monographie / Praxisbuch / Ratgeber, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-31714-0

99,00 €

§ 12

Vergütung des Vorstands

Literaturübersicht: *Abel*, Angemessene Vorstandsbezüge: Werden Benchmarks zum Alibi?, Der Aufsichtsrat 2010, 82; *Achleitner*, Ausgewählte Aspekte der Vorstandsvergütung in börsennotierten Unternehmen, ZCG 2010, 113; *Annuß/Theusinger*, Das VorstAG – Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434; *Bauer/Arnold*, Mannesmann und die Folgen für Vorstandsvorträge, DB 2006, 546; *Bauer/Arnold*, Sind Abfindungs-Caps in Vorstandsvorträgen wirklich zu empfehlen? – Zur Überarbeitung des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2008, 1692; *Bebchuk/Fried/Walker*, Managerial Power and Rent Extraction in the Design of Executive Compensation, 69 U. Chi. L. Rev. 751 (2002); *Bosse*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) – Überblick und Handlungsbedarf, BB 2009, 1650; *Cahn*, Vorstandsvergütung als Gegenstand rechtlicher Regelung, in *FS Hopt*, 2010, S. 431; *Cannivé/Seebach*, Vorstandsvergütung als neue Haftungsfalle für Aufsichtsratsmitglieder?, Der Konzern 2009, 593; *Dauner-Lieb*, Die Verrechtlichung der Vorstandsvergütung durch das VorstAG als Herausforderungen für den Aufsichtsrat, Der Konzern 2009, 583; *Dauner-Lieb/von Preen/Simon*, Das VorstAG – Ein Schritt auf dem Weg zum Board-System?, DB 2010, 377; *DAV-Handelsrechtsausschuss*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 612; *Deilmann/Otte*, Auswirkungen des VorstAG auf die Struktur der Vorstandsvergütung, GWR 2009, 261; *DIHK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 538; *Diller*, Nachträgliche Herabsetzung von Vorstandsvergütungen und -ruhegeldern nach dem VorstAG, NZG 2009, 1006; *Drygala*, Die fehlende Verantwortung für sein Gehalt, oder: Ketzerische Gedanken zur Vergütungsdebatte, ZRP 2012, 161; *Dzida/Naber*, Risikosteuerung durch variable Vergütung, BB 2011, 2613; *Eichner/Delahaye*, Sorgfaltspflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats bei Vorstandsvorträgen nach dem VorstAG, ZIP 2010, 2082; *Fleischer*, Aufsichtsratsverantwortlichkeit für die Vorstandsvergütung und Unabhängigkeit der Vergütungsberater, BB 2010, 67; *Fleischer*, Zur Regulierung der Vorstandsvergütung durch das Steuerrecht, DB 2010, 601; *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801; *Filbert/Klein/Kramarsch*, Top-Managementvergütung – Status quo, regulatorisches Umfeld und notwendiger Evolutionen, ZfK 2009, 525; *Fonk*, Vergütungsrelevante Zielvereinbarungen und -vorgaben versus Leitungsbefugnis des Vorstands, NZG 2011, 321; *Gaul/Janz*, Wahlkampfgetöse im Aktienrecht: Gesetzliche Begrenzung der Vorstandsvergütung und Änderungen der Aufsichtsratstätigkeit, NZA 2009, 809; *Götz/Friese*, Empirische Analyse der Vorstandsvergütung im DAX und MDAX nach Einführung des VorstAG, CFB 2010, 410; *Hanau*, Der (sehr vorsichtige) Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NJW 2009, 1652; *Hecker*, Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex im Überblick, BB 2009, 1654; *Hennke*, Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz: erste Praxiserfahrungen und Stellungnahmen zu E-DRS 22, BB 2007, 1267; *Hirte*, Neuzuordnung der Vorstandsvergütung durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), Status: Recht 2009, 140; *Hoffmann-Becking*, Abfindungsleistungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder, ZIP 2007, 2101; *Hoffmann-Becking/Krieger*, Leitfaden zur Anwendung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, Beil. Heft 26; *Hohaus/Weber*, Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gem. § 87 AktG nach dem VorstAG, DB 2009, 1515; *Hohenstatt*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, ZIP 2009, 1349; *Hohenstatt/Wagner*, Zur Transparenz der Vorstandsvergütung – 10 Fragen aus der Unter-

nehmenspraxis, ZIP 2008, 945; *Homann/Wolff*, Managerbezüge, ZGR 2010, 959; *Hüttenbrink/Kaserer/Rapp*, Vorstandsvergütung und geschäftspolitische Risiken bei Banken, ZBB 2012, 1; *Ihrig/Wandt/Wittgens*, Die angemessene Vorstandsvergütung drei Jahre nach Inkrafttreten des VorstAG, ZIP 2012, Beil. Heft 40; *Inwinkl/Schneider*, Überblick über das neue Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), WPg 2009, 971; *Jaeger*, Zur Problematik der Einbeziehung von „good leaver“-Klausel in die Regelungen der variablen Vergütungen von Vorstandsmitgliedern, in *Liber amicorum Martin Winter*, 2011, S. 313; *Jaeger*, Die Auswirkungen des VorstAG für die Praxis von Aufhebungsvereinbarungen, NZA 2010, 128; *Jahn*, Das VorstAG: Neue Vorschriften gegen „unangemessene“ Managerbezüge, GWR 2009, 135; *Jooß*, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer AG, NZG 2011, 1130; *van Kann/Keiluweit*, Das neue Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Wichtige Reform oder viel Lärm um nichts?, DStR 2009, 1587; *Keiser*, Die Herabsetzung von Managergehältern in der Krise als Organpflicht des Aufsichtsrats, RdA 2010, 280; *Klasen*, Vorstandsvergütungsangemessenheitsgesetz – viel Lärm um nichts?, Der Aufsichtsrat 2009, 69; *Klöhn*, Die Herabsetzung der Vorstandsvergütung gemäß § 87 Abs. 2 AktG in der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZGR 2012, 1; *Koch*, Die Herabsetzung der Vorstandsbezüge gemäß § 87 Abs. 2 AktG nach dem VorstAG, WM 2010, 49; *Kocher/Bednarz*, Mehrjährigkeit der variablen Vorstandsvergütungen im Lichte der Nachhaltigkeit nach dem VorstAG, Der Konzern 2011, 77; *Lieder/Fischer*, The Say-on-Pay Movement – Evidence From a Comparative Perspective, ECPR 2011, 376; *Lingemann*, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1918; *Lorenz*, Entwurf für ein Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, WM 2009, 674; *Lutter*, Das Abfindungs-Cap in Nummer 4.2.3 Abs. 3 und 4 des Deutschen Corporate Governance-Kodex, BB 2009, 1874; *Marsch-Barner*, Zum Begriff der Nachhaltigkeit in § 87 Abs. 1 AktG, ZHR 175 (2011), 737; *Martens*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Vorstandsvergütung, in *FS Hüffer*, 2010, S. 647; *Mayer-Uellner*, Zur Zulässigkeit finanzieller Leistungen Dritter an die Mitglieder des Vorstands, AG 2011, 193; *Meier*, Der fehlerhafte Anstellungsvertrag von Organmitgliedern und die Rückabwicklung der Vergütung, NZA 2011, 267; *Melot de Beauregard*, Variable Vergütung im Trennungsprozess mit Geschäftsführern und Vorständen (Teil 1), DB 2012, 2792; *Mertens*, Vorstandsvergütung in börsennotierten Aktiengesellschaften, AG 2011, 57; *Möllers/Christ*, Selbstprüfungsverbot und die zweijährige Cooling-off-Periode beim Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrats nach dem VorstAG, ZIP 2009, 2278; *Niedereichholz*, Einflussfaktoren des deutschen Corporate Governance-Systems auf die Vorstandsvergütung, 2010; *Nikolay*, Die neuen Vorschriften zur Vorstandsvergütung – Detaillierte Regelungen und offene Fragen, NJW 2009, 2640; *Oetker*, Nachträgliche Eingriffe in die Vergütungen von Geschäftsführungsorganen im Lichte des VorstAG, ZHR 175 (2011), 527; *Poguntke*, Anerkennungsprämien, Antrittsprämien und Untreuestrafebarkeit im Recht der Vorstandsvergütungen, ZIP 2011, 893; *Raible/Schmidt*, Ist die Ausrichtung der Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensführung mit einer Jahrestantieme vereinbar?, ZCG 2009, 249; *Reichert/Balke*, Die Berücksichtigung von Konzernzielen bei der variablen Vergütung des Vorstands einer abhängigen Gesellschaft im faktischen Konzern, in *FS Hellwig*, 2010, S. 285; *Rieckhoff*, Vergütung des Vorstands mit langfristiger Anreizwirkung, AG 2010, 617; *Reuter*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, AG 2011, 274; *Rieble/Schmidlein*, Vergütung von Vorstand und Führungskräften, 2011; *Roth*, Private Altersvorsorge als Aspekt der Corporate Governance, ZGR 2011, 516; *Schick*, Praxisfragen zum Vergütungssystem der Hauptversammlung nach § 120 Abs. 4 AktG, ZIP 2011, 593; *Schüppen*, Vorstandsvergütung – (K)ein Thema für die Hauptversammlung?, ZIP 2010, 905; *Seibert*, Das VorstAG – Regelungen zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung und zum Aufsichtsrat, WM 2009, 1489; *Seibert*, Die Koalitionsarbeitsgruppe „Managervergütungen“: Rechts-

politische Überlegungen zur Beschränkung der Vorstandsvergütung (Ende 2007 bis März 2009), in FS Hüffer, 2010, S. 955; *Semler*, Mitverantwortung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft für die eigenen Vergütungen – Grenzen der Vergütungskompetenz des Aufsichtsrats, in Liber amicorum Wilhelm Happ, 2006, S. 277; *Spindler*, Rechtsfolgen einer unangemessenen Vorstandsvergütung, AG 2011, 725; *Spindler*, Angemessenheit und Zuständigkeit für Vergütungsfragen der Geschäftsführung einer GmbH nach dem VorstAG, in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 1287; *Stoll*, Die neuen Empfehlungen zur Vorstandsvergütung in der Kodexnovelle 2013 – Anwendung auch auf laufende Vorstandsverträge?, NZG 2014, 48; *Suchan/Winter*, Rechtliche und betriebswirtschaftliche Überlegungen zur Festsetzung angemessener Vorstandsbezüge nach Inkrafttreten des VorstAG, DB 2009, 2531; *Sünner*, Zum Ausweis betragsmäßiger Höchstgrenzen der Vorstandsvergütung in Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK, AG 2014, 115; *Süßmann*, Neue Kriterien für die Vergütung der Vorstände, BB 2009, 1481; *Thüsing*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517; *Uckermann*, Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer bzw. Vorstände von Kapitalgesellschaften, NZA 2012, 434; *E. Vetter*, Der kraftlose Hauptversammlungsbeschluss über das Vorstandsvergütungssystem nach § 120 Abs. 4 AktG, ZIP 2009, 2136; *Wagner/Wittgens*, Corporate Governance als dauernde Reformanstrengung: Der Entwurf des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, BB 2009, 906; *Wagner*, Nachhaltige Unternehmensentwicklung als Ziel der Vorstandsvergütung, AG 2010, 774; *Waldenberger/Kaufmann*, Nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsvergütung: Vermeidung von Haftungsrisiken für den Aufsichtsrat, BB 2010, 2257; *Waldhausen/Schüller*, Variable Vergütung von Vorständen und weiteren Führungskräften im AG-Konzern, AG 2009, 179; *Weppner*, Vergütungsherabsetzung gem. § 87 II AktG – Leitlinien für die Praxis, NZG 2010, 1056; *Wettich*, Vorstandsvergütung: Bonus-Malus-System mit Rückforderungsmöglichkeit (claw back) und Reichweite des Zuständigkeitsvorbehals zugunsten des Aufsichtsratsplenums, AG 2013, 374; *Wilsing/Paul*, Reaktionen der Praxis auf das Nachhaltigkeitsgebot des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG – Eine erste Zwischenbilanz, GWR 2010, 363; *Winter/Michels*, Mindestlöhne und Managerbezüge, NZA Beilage 2011 (Nr. 1), 22; *Wittuhn/Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, ZGR 2009, 847; *Ziemons*, Angemessene Vorstandsvergütung und Change of Control Klauseln, in FS Huber, 2006, S. 1035.

I. Grundlagen

1. Ausgangspunkt und rechtspolitischer Hintergrund

Die Bestimmungen über die Vergütung des Vorstands bilden den Kern des Anstellungsvertrages zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied (dazu allgemein § 11). Für diesen gilt im Ausgangspunkt der Grundsatz der **Vertragsfreiheit**; der Inhalt des Anstellungsvertrages ist das Ergebnis der Verhandlungen zwischen dem (zukünftigen) Mitglied des Vorstands und der Gesellschaft. § 87 AktG setzt der Gestaltungsfreiheit der Parteien indessen zwingende Grenzen, das gilt nicht nur für börsennotierte Gesellschaften, sondern für jede Aktiengesellschaft unabhängig von der Zahl ihrer Aktionäre und ihrem Mitbestimmungsstatus.¹ Danach hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Verstandsbezüge dafür zu sorgen, dass diese in einem **angemessenen Verhältnis** zu den Aufgaben und Leistungen des

1 Dazu näher *Ihrig/Wandt/Wittgens*, Beilage zu ZIP 40/2012, 3 f.

Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.

- 191 Die ökonomische Rechtfertigung für diese Begrenzung der Vertragsfreiheit versucht die Principal-Agenten-Theorie zu liefern. Danach stimmen die Eigeninteressen des Vorstands im Ausgangspunkt nicht mit den Interessen des Unternehmens überein.¹ Dem soll ein **anreizorientiertes Vergütungssystem**, das den Vorstand an die Interessen des Unternehmens bindet, entgegenwirken. Darüber hinaus will das Gesetz mit der Verpflichtung auf die *angemessene* Vergütung die Vergütungshöhe reglementieren.
- 192 Die Finanzmarktkrise 2008 hat den Fokus der öffentlichen Diskussion auf die als unangemessen hoch empfundenen Vorstandsbezüge gelenkt und eine neuerliche politische Befassung mit Fragen der Managementvergütung bewirkt. Eine Folge dessen waren im Jahre 2009 auf **europäischer Ebene** die auf Grundlage des De-Larosière-Berichts² ergangenen Empfehlungen der Europäischen Kommission.³ In Deutschland wurde der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) tätig.⁴ Er hat zudem mit § 25a Abs. 1 KWG und § 64b VAG Sonderregeln für den Finanzsektor geschaffen.⁵ Dass die Umgestaltung des Rechts der Vorstandsvergütung trotz dieser Reform noch nicht abgeschlossen ist, belegt das **Grünbuch der Europäischen Kommission** zur

1 Achleitner/Rapp/Schaller/Wolff, ZCG 2010, 113; Rapp/Wolff, Determinanten der Vorstandsvergütung – Eine empirische Untersuchung der deutschen Prime-Standard-Unternehmen, 2010, abrufbar auf SSRN Nr. 1555654; jew. m.w.N.

2 Bericht der „High Level Group on Financial Supervision in the EU“ v. 25.2.2009, S. 34 ff., abrufbar unter <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf>.

3 Empfehlung 2009/384/EG der Kommission vom 30. April 2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor, ABl. EU Nr. L 120 v. 15.5.2009, S. 22; Empfehlung 2009/385/EG der Kommission vom 30. April 2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, ABl. EU Nr. L 120 v. 15.5.2009, S. 28. Zur Umsetzung der Empfehlung in anderen EU-Staaten s. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2010) 284 endg.; bzw. Bericht über die Umsetzung der Empfehlung 2009/385/EG, KOM(2010) 285 endg.

4 VorstAG v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509. S. auch den Gesetzentwurf v. 17.3.2009, BT-Drucks. 16/12278 und den Bericht des Rechtsausschusses v. 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13433; zu der Gesetzgebungsgeschichte Seibert, WM 2009, 1489. Eine empirische Analyse der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG bieten Götz/Friese, CFB 2010, 410 ff.

5 § 25a Abs. 1 KWG und § 64b VAG wurden durch das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen v. 21.7.2010 (BGBl. I 2010, 950) eingeführt; s. auch für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen v. 26.7.2010, BGBl. I 2010, 50.

Corporate Governance vom 2.6.2010, das einen Fokus auf Fragen der Vergütung legt.¹

Die Diskussion hat zwei Problemkreise herausgestellt: Es gehe „zum einen um die oftmals übertriebene Höhe der Vergütungen im Finanzsektor und zum anderen um deren Struktur, insbesondere die Tatsache, dass diese zu überhöhten Risiken animiert und kurzfristiges Denken fördert, anstatt die langfristige Ertragsentwicklung in den Vordergrund zu stellen.“² Mit dem VorstAG wurden diese Aspekte aufgenommen und die im Gesetz bereits enthaltenen Regelungsmechanismen schärfert konturiert, u.a. durch die Zuweisung der Entscheidung über die Vergütungshöhe an den Gesamtaufsichtsrat (dazu Rn. 194 ff.), die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch strengere inhaltliche Vorgaben (dazu Rn. 199 ff.) und eine Verschärfung der Publizität (dazu Rn. 265 ff.). Offen bleiben auch nach der Neuregelung zahlreiche Detailfragen, u.a. die nach den Folgen einer gesetzeswidrigen Vergütungsvereinbarung für den Vorstand (dazu Rn. 276 ff.).

2. Grundlage des Vergütungsanspruchs

Grundlage für den Anspruch auf Vergütung des Vorstands ist der **Anstellungsvertrag**, für dessen Abschluss der Aufsichtsrat zuständig ist. Eine Zielsetzung des VorstAG war es, die Stellung des Aufsichtsrats als Sachwalter des Unternehmensinteresses zu stärken und einem insoweit unerwünschten Schulterschluss zwischen Aufsichtsrat und Vorstand vorzubeugen.³ Deshalb ist nach § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG die Festsetzung der Vergütung nunmehr zwingend dem **Aufsichtsratsplenum** vorbehalten.⁴ Das schließt die bei einem größeren Aufsichtsrat sinnvolle Vorbereitung der Beschlussfassung durch einen **Ausschuss** nicht aus.⁵ Außerdem will

1 Grünbuch, Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik v. 2.6.2010, KOM(2010) 285 endg. Allgemeiner: Grünbuch, Europäischer Corporate Governance-Rahmen, KOM(2011) 164/3, S. 10.

2 De-Larosière-Bericht v. 25.2.2009, S. 35, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf>. Zum Konzept des VorstAG s. insb. Dauner-Lieb, Der Konzern 2009, 583, 584 f.; Dauner-Lieb/von Preen/Simon, DB 2010, 377, 378 f.; kritisch Cahn in FS Hopt, S. 431, 432.

3 Gesetzentwurf v. 17.3.2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 5; vgl. auch Cannivé/Seebach, Der Konzern 2009, 593, 595; Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 16. Studien zeigen, dass die Eigentümerstruktur die Vergütungshöhe determiniert. So ist die Vergütungshöhe bei Aktiengesellschaften in der Hand von Großaktionären tendenziell geringer, Rapp/Wolff, Determinanten der Vorstandsvergütung – Eine empirische Untersuchung der deutschen Prime-Standard-Unternehmen, 2010, abrufbar auf SSRN Nr. 1555654. Kritisch zur Funktion des Aufsichtsrats, Dauner-Lieb/von Preen/Simon, DB 2010, 377, 381.

4 Zum Anwendungsbereich näher Ihrig/Wandt/Wittgens, Beilage zu ZIP 40/2012, 3 f.; Wettich, AG 2013, 374, 378 ff.

5 Gesetzentwurf v. 17.3.2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 7; wegen der aufwendigen Erörterung von Detailfragen im Plenum mit Recht kritisch Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2009, 612, 615; vgl. auch Cannivé/Seebach, Der Konzern

193

194

§ 100 Abs. 2 AktG die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder im Verhältnis zum Vorstand, auch im Hinblick auf die Festsetzung der Vorstandsvergütung, sichern; danach ist grundsätzlich eine Karenzzeit von zwei Jahren nach Ausscheiden aus dem Vorstand abzuwarten, bevor ein vormaliges Vorstandsmitglied in den Aufsichtsrat eintreten kann (cooling off).¹ Im Übrigen soll der Aufsichtsrat einen Vergütungsberater beziehen, ohne indes dazu verpflichtet zu sein.² Schließlich hat das VorstAG die **Haftung des Aufsichtsrats** im Kontext der Vergütungsentscheidung durch eine (klarstellende) Ergänzung in § 116 AktG besonders herausgestellt. Ist eine variable Vergütung vereinbart, muss der Aufsichtsrat über die konkrete Höhe des auszuzahlenden Betrages Beschluss fassen und die Rechnungsschritte zu dessen Bestimmung überprüfen.³

- 195 Fehlt es an einem **wirksamen** Anstellungsvertrag insgesamt oder ist die im Vertrag enthaltene Vergütungsregelung unwirksam, steht dem Vorstandsmitglied unter den Voraussetzungen des § 612 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf die „übliche“ Vergütung zu,⁴ wobei auch diese wegen § 87 Abs. 1 AktG dem Maßstab der Angemessenheit genügen muss.⁵
- 196 Wird ein Vorstandsmitglied gerichtlich bestellt, hat es nach § 85 Abs. 3 Satz 1 AktG Anspruch auf den Ersatz angemessener barer **Auslagen** und auf die **übliche und angemessene Vergütung**. Höhe und Struktur der Vergütung sollen in diesem Fall zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied vereinbart werden; ist eine Einigung nicht möglich, setzt das Gericht die Auslagen und die Vergütung fest.

3. Vergütungsbestandteile

- 197 Zu den Gesamtbezügen zählt jegliche vermögenswerte **Leistung**, die dem Vorstand als Gegenleistung für seine Tätigkeit gewährt wird. Dazu gehö-

2009, 593, 596; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 804; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1922. *Seibert*, WM 2009, 1489, 1491, regt Zwischenbeschlüsse des Plenums an, auf deren Basis der Personalausschuss die Verhandlungen führen kann.

1 Zu § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG s. Bericht des Rechtsausschusses v. 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 17; ausführlich dazu *Möllers/Christ*, ZIP 2009, 2278 ff.; *Sünner*, AG 2010, 111 ff.; *Ihrig* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 617. Zur rechtspolitischen Kritik vgl. namentlich *Krieger* in FS Hüffer, 2010, S. 521 f.; *Sünner*, AG 2010, 111, 112; *Schulenburg/Brosius*, WM 2011, 58, 59; befürwortend (mit dem Monitum, die Umsetzung des „Cooling-off“-Gebots durch das VorstAG greife zu kurz) etwa *Möllers/Christ*, ZIP 2009, 2278; zu den Vor- und Nachteilen des sofortigen Wechsels von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat aus Sicht der empirischen Corporate Governance-Diskussion jüngst *Velte*, WM 2012, 537.

2 Kritisch zu Vergütungsberatern *Fleischer*, BB 2010, 67 ff.

3 *Fonk*, NZG 2011, 321, 323.

4 *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 84 AktG Rn. 29.

5 Dies ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Vergleich zu dem Fall, in dem die Vergütung konform mit § 87 AktG ausgehandelt wird, unerlässlich; vgl. auch *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 5.

ren das Festgehalt – bestehend aus Barbezügen und Sachbezügen (wie z.B. Dienstwagen zur privaten Nutzung, Dienstwohnung, Unterstützung bei der Finanzplanung durch einen unentgeltlich zur Verfügung gestellten Finanzberater, zinsloses oder zinsgünstiges Arbeitgeberdarlehen, Ruhegeldzusagen sowie Versicherungsentgelte) – ebenso wie variable Vergütungsbestandteile.¹ Der **Vergütungsbegriff** ist weit zu verstehen. Beispiellohaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit zählt das Gesetz dazu Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art.² Die Zahlung der Prämien für eine D&O-Versicherung gehört dagegen nach richtiger Auffassung nicht dazu; sie hat keinen Vergütungscharakter, sondern ist Bestandteil der dienstlichen Fürsorgeaufwendungen der Gesellschaft für den Vorstand.³ Das gilt auch dann, wenn der Anstellungsvertrag dem Vorstandsmitglied einen Anspruch auf Versicherungsdeckung im Rahmen einer D&O-Versicherung einräumt.

Die Erscheinungsformen der **variablen Vergütungsbestandteile** sind äußerst vielfältig.⁴ Ihnen ist gemein, dass ihre Höhe von einem bei der Vereinbarung in seiner Höhe noch unbestimmten Bemessungsfaktor abhängt, wie insbesondere der Leistung des Berechtigten oder der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens. **Tantiemen** sind variable Barvergütungen, deren Höhe sich an einer bestimmten Berechnungsgröße in einem bestimmten Bemessungszeitraum festmacht, zum Beispiel am Umsatz des Unternehmens (umsatzabhängige Tantiemen), an der Dividendenhöhe (dividendenabhängige Tantiemen), an dem Ergebnisbeitrag des einzelnen Vorstandsmitglieds (Performancetantiemen) oder am Überschuss des Gesamtkonzerns (konzernerfolgsabhängige Tantiemen).⁵ Als **Bonus oder Anerkennungsprämie** bezeichnet man eine einmalige Barvergütung, die sich an einem konkreten Ergebnis ausrichtet, wie etwa der Transaktionsbonus für den erfolgreichen Abschluss einer Akquisition.⁶ **Aktienoptionen** berechtigen den Vorstand, Aktien des Unternehmens zu einem im Voraus festgelegten Preis nach Ablauf einer nach dem Gesetz

198

1 Seibt in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 5; Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, § 6 Rn. 2. Zu den variablen Bestandteilen s. unten Rn. 198.

2 Vgl. auch § 285 Abs. 1 Nr. 9 HGB, der Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Bezugsrechte und sonstige aktienbasierte Vergütung, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen aufzählt; zu unglücklichen Differenzen zwischen den Legaldefinitionen, s. Bauer/Arnold, AG 2009, 717, 718; vgl. auch Hoffmann-Becking/Krieger, NZG 2009, Beilage Heft 26, S. 1.

3 Zum Meinungsstand s. Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 20.

4 S. im Überblick Götz/Friese, CFB 2010, 410, 415 f.

5 Zu diesen Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 24, 26 ff.; Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 40; Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, § 6 Rn. 49; ausführlich ferner Hoffmann-Becking, NZG 1999, 797, 800 ff.

6 Zu diesen Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 32 ff.

mindestens vierjährigen Wartezeit¹ zu erwerben. Dabei begegnen im Einzelnen verschiedene Gestaltungen: *Stock Appreciation Rights* (SARs) erlauben es den Inhabern, zwischen dem Bezug von Aktien und dem Erhalt einer Geldsumme, etwa in Höhe der Differenz zwischen dem Bezugs- und dem Börsenkurs, zu wählen. Ein *Performance-Share-Plan* – auch Long Term Incentive Plan (LTIP) genannt – macht den Erhalt der Aktien oder Aktienoptionen von dem Erreichen eines genau definierten Ziels in einem gewissen Zeitraum abhängig.² Demgegenüber räumt der *Phantom-Stock-Options-Plan* dem Vorstand nicht die Aussicht auf eine Aktionärsstellung ein, sondern richtet sich nur rechnerisch nach der Entwicklung des Aktienkurses, indem er zur Auszahlung von Barleistungen in Höhe des Wertes der Aktien zu einem im Voraus bestimmten Zeitpunkt berechtigt.³

II. Vergütungshöhe

- 199 § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG macht dem Aufsichtsrat für die Festsetzung der Vergütungshöhe bestimmte Vorgaben: Im Hinblick auf die Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds hat der Aufsichtsrat 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.⁴ Der Gesetzeswortlaut spricht klar dafür, dass der Aufsichtsrat die Höhe der einzelnen Vergütungselemente frei bestimmen kann, die **Gesamtvergütung** aber an der üblichen und angemessenen Vergütung zu messen hat.⁵ Einzelne Vergütungsbestandteile sind also im Rahmen des § 87 AktG nicht jeweils gesondert an dem Angemessenheitskriterium zu messen, sondern es ist eine Bewertung der Höhe der Vergütung in Summe geboten.⁶ Demgegenüber meint **Nr. 4.2.3 Abs. 2 Satz 5 DCGK**, dass sämtli-

1 § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG.

2 Dazu *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 37 ff., 79 ff.; *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 60.

3 *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 59; *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 60; vgl. insg. zu Stock Options *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 6.

4 Vgl. auch § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWG und § 64b VAG, die für Geschäftsleiter, Mitarbeiter und Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen bzw. Kreditinstituten „angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung“ ausgerichtete Vergütungssysteme verlangen. Genauere Ausgestaltung des KWG in Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung) vom 6.10.2010 (BGBl. I 2010, 1374); dazu *Friebel/Langenbucher*, GWR 2011, 103; *Rubner*, NZG 2010, 1288 ff.; *Simon/Koschker*, BB 2011, 120 ff.; *Bartel/Bilobrk/Zopf*, BB 2011, 1269 ff.; *Annuß/Sammet*, BB 2011, 115 ff.

5 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 6; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 6; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 9; vgl. wohl auch *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 3.

6 Tendenziell anders aber wohl *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 7.

che Vergütungsteile „*für sich und insgesamt angemessen*“ sein müssen. Dafür lässt sich dem Gesetz aber nichts entnehmen. Maßgeblich ist im Übrigen grundsätzlich der Betrag, der tatsächlich aus der Gesellschaft abfließt (**Bruttobetrachtung**).¹ Das schließt es nicht aus, dass der Aufsichtsrat im Einzelfall den konkreten steuerlichen Belangen eines Vorstandsmitglieds namentlich dann, wenn dieser den Besonderheiten eines ausländischen Steuerregimes unterliegt, bei der Ausgestaltung der Vergütung Rechnung tragen darf.

Bis zum Inkrafttreten des VorstAG wurde der Begriff der Angemessenheit überwiegend nach den Maßstäben der Üblichkeit² und nach dem Marktwert des Vorstandsmitglieds³ konkretisiert. Nach der Neufassung von § 87 AktG durch das VorstAG sind die Üblichkeit und die Angemessenheit voneinander zu sondernde Maßstäbe.⁴ Während die Üblichkeit auf eine bloß formale Vergleichbarkeit zielt, zwingt das Kriterium der Angemessenheit zu einer materiellen Würdigung. Der Aufsichtsrat muss daher die Gesamtvergütung des Vorstands in **zwei Schritten würdigen**: Zunächst ist auf die **Üblichkeit** einzugehen, im zweiten Schritt ist die **Angemessenheit** der Vergütung zu prüfen. Es empfiehlt sich, die der Vergütungsentscheidung zugrunde liegenden Erwägungen des Aufsichtsrats auch entsprechend differenziert zu dokumentieren.⁵

200

1. Üblichkeit der Vergütung

a) Vergleichsmaßstab

Bei der Üblichkeit der Vergütung geht es sowohl um die **horizontale** als 201 auch um die **vertikale Vergleichbarkeit**.⁶

1 Dafür spricht u.a. die praktische Handhabbarkeit.

2 Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 5. Dafür auch weiterhin Abel, Der Aufsichtsrat 2010, 82; Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 8; Seibt in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 8, 10; vgl. auch Nr. 4.2.2 Abs. 2 Satz 2 DCGK: „Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung bilden sowohl die Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds, seine persönliche Leistung, die wirtschaftliche Lage, der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens als auch die Üblichkeit der Vergütung unter Berücksichtigung des Vergleichsumfelds und der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt.“

3 Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 5.

4 Hüffer, § 87 AktG Rn. 2; s. auch Bauer/Arnold, AG 2009, 717, 719; Cahn in FS Hopt, S. 431, 433; Suchan, DB 2009, 2531, 2535. Kritisch zu der Aufteilung Danner-Lieb, Der Konzern 2009, 583, 586, da die Angemessenheit die Üblichkeit indiziere. Vgl. auch anders Nr. 4.2.2 Abs. 2 Satz 2 DCGK.

5 Cannivé/Seebach, Der Konzern 2009, 593, 599; Seibt in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 16.

6 Gesetzentwurf v. 17.3.2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 6; Bericht des Rechtsausschusses v. 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 15. Kritisch zu dem Konzept der üblichen Vergütung Cahn in FS Hopt, S. 431, 434; Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 16.

- 202 Für die horizontale Betrachtung ist die Vergütung derjenigen Vorstände zu berücksichtigen, die ein in der Marktstellung **vergleichbares Unternehmen** führen. Damit ist die Landes-, Größen- und Branchenüblichkeit gemeint.¹ Grundsätzlich ist der Vergleich auf Unternehmen im Geltungsbereich des AktG zu beschränken;² in vielen Fällen wird aber auch ein Vergleich mit ausländischen Vergütungsniveaus nicht nur zulässig, sondern geboten sein. Dies ist der Fall, wenn sich ein Unternehmen bei der Rekrutierung von Vorständen aus einem internationalen Markt für Führungspersönlichkeiten bedient und bedienen muss, also in einem grenzüberschreitenden Wettbewerb um die besten Führungskräfte steht.³ Die Bestimmung der Vergleichsgruppe ist schon deshalb weitgehend dem **Ermessen des Aufsichtsrats** überlassen,⁴ weil es ihm im Rahmen seiner Personalkompetenz obliegt, den Markt abzugrenzen, auf dem er die für die Leitungsaufgaben am besten geeigneten Führungspersönlichkeiten sucht.
- 203 Daneben soll – wenn auch nachrangig⁵ –, die **vertikale Vergleichbarkeit**, d.h. die Vergütungsstruktur innerhalb des Unternehmens, für die Ermittlung des Üblichen herangezogen werden. Dies schließt als Maßstab nicht nur die Vergütung der anderen Vorstandsmitglieder ein,⁶ sondern auch das Verhältnis zur **ersten Führungsebene** unter dem Vorstand und gegebenenfalls auch das durchschnittliche Gehalt eines Arbeitnehmers der Gesellschaft.⁷ In diesem Sinne verlangt Nr. 4.2.2 Abs. 2 Satz 2 DCGK die Berücksichtigung der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft

1 Gesetzentwurf v. 17.3.2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 6; *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 2; vgl. *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 11. *Abel*, Der Aufsichtsrat 2010, 82, benennt ferner Internationalität, Tiefe und Breite der Wertschöpfungskette und Eigentümerstrukturen. S. *Götz/Friese*, CFB 2010, 410, 412, nach denen die Vergütungshöhe bei MDAX-Unternehmen wesentlich unter dem der DAX-Unternehmen liegt. Kritisch zu dem Begriff *Suchan*, DB 2009, 2531, 2534.

2 Bericht des Rechtsausschusses v. 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 15; *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2435; *Hohaus/Weber*, DB 2009, 1515, 1516. Vgl. auch *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1999; *Suchan*, DB 2009, 2531, 2535, die dies für eine Frage der Rechtfertigung der Unüblichkeit halten.

3 Vgl. *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 720; *Cannivé/Seebach*, Der Konzern 2009, 593, 597; *Dauner-Lieb*, Der Konzern 2009, 583, 587; ähnlich *Fleischer*, NZG 2009, 801, 802; *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009, Beilage Heft 26, S. 1; *Inwinkl/Schneider*, WPg 2009, 971, 975; *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 907.

4 Im Ergebnis auch *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 8.

5 *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 2; *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009, Beilage Heft 26, S. 1, 2; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 802; vgl. ferner *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2435; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 8; *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 907. A.A. mit guten Gründen gegen die Berücksichtigung der vertikalen Vergleichbarkeit *Thüsing*, AG 2009, 517, 518, der die Abweichung vom Lohngefüge der Gesellschaft für eine Frage der Rechtfertigung hält, so im Ergebnis auch als Praxisempfehlung formulierend *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 907.

6 *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 12.

7 Gegen die Berücksichtigung aber *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 2, da dies im Spannungsverhältnis zur horizontalen Vergleichbarkeit stehe. Vgl. auch *Winter/Michels*, NZA 2011, 22, 27 mit der Erwägung, der Vorstand könnte untere Lohngruppen aus dem Unternehmen auslagern. Kritisch auch *Annuß/Theusinger*, BB 2009,

gilt. Konkretisierend empfiehlt der Kodex im Folgesatz, dass der Aufsichtsrat das Verhältnis der Vorstandsvergütung zur Vergütung des oberen Führungskreises und der Belegschaft insgesamt auch in der zeitlichen Entwicklung berücksichtigen soll, wobei die Abgrenzung des oberen Führungskreises und der relevanten Belegschaft für den Vergleich dem Aufsichtsrat obliegt.

b) Rechtfertigung der Unüblichkeit

Nicht jede unübliche Vergütung verstößt gegen die Vorgaben des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG. Sofern besondere Gründe eine Abweichung rechtfer-
tigen, ist auch die Vereinbarung einer unüblichen Vergütung zulässig. Vo-
raussetzung hierfür ist die begründete Darlegung, warum sich die **Situati-
on des Unternehmens** und seines Vorstands von der der Vergleichsgruppe
unterscheidet und warum eine abweichende Behandlung im **Unterneh-
mensinteresse** geboten ist. 204

So kann etwa die Insolvenznähe oder die besondere örtliche Lage des Unternehmens eine besondere Vergütung rechtfertigen.¹ Bei der Begründung der Unüblichkeit mit der besonderen Größe des Unternehmens oder einer hervorragenden Performance ist hingegen Zurückhaltung geboten, da diese Aspekte bereits in die Bestimmung der Vergleichsgruppe einflie-
ßen.² 205

2. Angemessenheit der Vergütung

Die Üblichkeit einer Vergütung indiziert nicht, dass diese auch angemes-
sen ist.³ Versagt der Markt für Führungskräfte, folgt aus der Üblichkeit
nichts.⁴ Dieses Defizit versucht das Tatbestandsmerkmal der Angemes-
senheit zu korrigieren, indem es – wenn auch reichlich unbestimmte –
materielle Anforderungen hinzufügt. 206

a) Begriff der Angemessenheit

aa) Beurteilungsmaßstab

Als denkbar unbestimmter Rechtsbegriff ist der Maßstab der Angemes-
senheit nur schwer zu konkretisieren. Mit einer Gleichsetzung von Ange- 207

2434, 2435; *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 720; *Cahn* in FS *Hopt*, S. 431, 434;
Dauner-Lieb, Der Konzern 2009, 583, 587; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 802.

1 Vgl. *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434, 2435.

2 Vgl. *Suchan*, DB 2009, 2531, 2534, 2535.

3 Zutreffend *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 2; vgl. dazu auch *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb.
Vorstandsrecht, § 6 Rn. 10; *Thüsing*, AG 2009, 517, 518; s. auch *Hohaus/Weber*,
DB 2009, 1515, 1516.

4 Bericht des Rechtsausschusses v. 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13433, S. 15 spricht
von möglichen „Aufschaukelungseffekten“; s. auch die Stellungnahme des *Han-
delsrechtsausschusses des DAV*, NZG 2009, 612, 613.

messenheit und Erforderlichkeit¹ ist nicht viel gewonnen. Die Gesetzesformulierung „in einem angemessenen Verhältnis stehen“ legt vielmehr eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** nahe. Geboten ist eine Einzelfallbetrachtung unter Abwägung sämtlicher wertender Kriterien, die in die Entscheidung über die Vergütungshöhe einfließen sollen.

- 208 Die Höhe der Vergütung ist anhand personenbezogener Kriterien auf der einen und gesellschaftsbezogener Kriterien auf der anderen Seite (dazu unten Rn. 212 ff.) zu bemessen.² Diese Abwägung wird dadurch erschwert, dass eine verbale Konkretisierung der Angemessenheit kaum in die Festlegung einer konkreten monetären Vergütung zu übersetzen ist.³ Deshalb kann es sich bei der Angemessenheitsprüfung nur um eine dem Aufsichtsrat obliegende **Evidenzkontrolle** in dem Sinne handeln, dass ganz offensichtlich überzogene Vergütungen auszuschließen sind. Die relevanten Abwägungsgesichtspunkte sollte der Aufsichtsrat detailliert festhalten, um belegen zu können, dass die Anforderungen des § 87 AktG beachtet wurden.

bb) Absolute Grenzen

- 209 Bezifferte **Faustformeln** über die Grenzen der Vergütungshöhe sind schon methodisch wegen der in jedem Einzelfall gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung fehl am Platz:⁴ Das Gesetz bestimmt in § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a FMStFV⁵ gleichwohl eine absolute Grenze für den Fall, dass einem Unternehmen infolge der Inanspruchnahme des Finanzmarktstabilisierungsfonds Auflagen erteilt werden. Die Bestimmung basiert offensichtlich auf der Annahme, dass eine Vergütung von Organmitgliedern und Geschäftsleitern in allen vom Anwendungsbereich der Norm erfassten Unternehmen, die 500 000 Euro per annum übersteigt, unangemessen hoch ist. Das ist schon im Ausgangspunkt zweifelhaft, jedenfalls aber **nicht verallgemeinerungsfähig**. In der öffentlichen Diskussion sind darüber hinaus teilweise nach Unternehmensgröße abgestufte Regelhöchstgrenzen präsentiert worden: In Anlehnung an die Größenklassen des § 267 HGB soll in kleinen Aktiengesellschaften nur bei Gesamtbezügen bis zu 150 000 Euro, in mittleren Aktiengesellschaften nur bei Gesamtbezügen bis zu 350 000 Euro und in großen Aktiengesellschaften nur bei

1 In diesem Sinne Goette in BT-Protokoll Nr. 143 v. 25.5.2009.

2 Vgl. zu den Schwierigkeiten, die Leistung des Vorstands als Vergütungsmaßstab angemessen zu erfassen, Spindler, DStR 2004, 36, 40. Zu einer marktbezogenen Auslegung unter Anziehung angebots- und nachfrageorientierter Angemessenheitskriterien, vgl. Dauner-Lieb, Der Konzern 2009, 583, 586, die auf die „auschlaggebende Bedeutung des Marktes für geeignete Führungskräfte“ bei der Bestimmung des Angemessenheitskriteriums hinweist.

3 Vgl. Spindler, DStR 2004, 36, 40.

4 Hüffer, § 87 AktG Rn. 3; Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 9.

5 Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (FMSTFV) v. 20.10.2008, BGBl. I 2008, 1980.

Gesamtbezügen bis zu 700 000 Euro eine (widerlegliche) Vermutung für die Angemessenheit der Vergütung bestehen.¹

Im Gesetz ist das Konzept strikter Höchstgrenzen (**Caps**) – abgesehen von der Sonderregelung in § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a FMStFV – nur ansatzweise reflektiert. § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG statuiert, dass der Aufsichtsrat bei variablen Vergütungsbestandteilen grundsätzlich eine **Begrenzungsmöglichkeit zu vereinbaren** hat. Hierfür bedarf es nicht etwa der Vereinbarung einer strikten Obergrenze im Sinne eines bezifferten Caps; vielmehr reicht es aus, wenn sich der Aufsichtsrat vertraglich die Möglichkeit vorbehält, bei außergewöhnlichen Entwicklungen den Vergütungsanspruch zu begrenzen.² Das kann auch in Gestalt von Rückforderungsklauseln (Claw-Back-Klauseln) geschehen.³ Entsprechende Gestaltungen sind aber konfliktträchtig. Es empfiehlt sich deshalb im Regelfall, die Höchstgrenze von vornherein bereits unmittelbar im Vertrag selbst festzusetzen.⁴

Wann außerordentliche Entwicklungen vorliegen, ist allerdings weder dem Gesetz noch dem DCGK zu entnehmen. Praxisrelevant sind insoweit insbesondere Sachverhalte, in denen etwa aufgrund von Unternehmensübernahmen, der Veräußerung von Unternehmensteilen, der Hebung stiller Reserven oder aufgrund von anderen externen Einflüssen **besondere Kurseinflüsse** entstehen, deren Auswirkungen auf die variable Vergütung zu eliminieren sind.⁵ Davon abgesehen können aber auch andere besondere Entwicklungen als außerordentlich eingestuft werden. Welche dies im Einzelfall sein können, entzieht sich einer generellen Aussage und hängt im Wesentlichen davon ab, was auf Basis der Unternehmensplanung und einer Vergangenheitsanalyse der Unternehmenswicklung der Gesellschaft als außergewöhnlich und deshalb vom Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung nicht voraussehbar einzustufen ist. Nach Nr. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK soll die Vergütung insgesamt und hinsichtlich ihrer variablen Vergütungsteile betragsmäßige Höchstgrenzen aufweisen.⁶ Dies bereitet hinsichtlich der variablen Vergütungsbestandteile keine Probleme; sie müssen einen Cap beinhalten. Gewisse Schwierigkeiten verbinden sich indessen mit der Empfehlung, dass auch die Vergütung insgesamt eine betragsmäßige Höchstgrenze aufweisen soll. Damit ist nämlich nicht nur das von vornherein unproblematische Festgehalt erfasst. Zur Gesamtvergütung zählen nach Nr. 4.2.3 Abs. 1 DCGK auch die an das jeweilige Vorstandsmitglied

1 Vgl. die Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 16/7743; *Keiser*, RdA 2010, 280, 284; zu weiteren Vorschlägen *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 8; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, § 6 Rn. 9, 32.

2 Zu den begrifflichen Unterschieden zwischen Cap und Begrenzungsmöglichkeit, s. *Hohenstatt/Kuhnke*, ZIP 2009, 1981, 1988.

3 Eingehend dazu *Wettich*, AG 2013, 374 ff.

4 *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009, Beilage Heft 26, S. 1, 4.

5 Vgl. BT-Drucks. 16/13433, S. 10; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803.

6 Zur Anwendbarkeit der neuen Kodex-Empfehlungen auf laufende Vorstandsverträge mit Recht zurückhaltend *Stoll*, NZG 2014, 48 ff.

210

211

gewährten Nebenleistungen und sonstige sachlichen Zuwendungen (Dienstwagen, Firmenjet, Sicherheitsdienst, Versicherungen). Aus diesem Grund bezieht auch die Erläuterung der Mustertabelle 1 zu Nr. 4.2.5 Abs. 3 DCGK Angaben zu Sachbezügen und Nebenleistungen ausdrücklich mit ein.¹ In der Praxis ergeben sich hieraus nicht zu unterschätzende Probleme, da derartige Zuwendungen naturgemäß stark schwanken und kaum jemals sicher vorhergesehen werden können, andererseits ihrer Höhe nach aber regelmäßig nicht ins Gewicht fallen.² Den Zielen des Kodex dürfte richtigerweise bereits dann gedient sein, wenn hier als Höchstgrenze an der Erfahrung orientierte Schätzwerte angegeben werden.³ Unklar ist im Übrigen, ob die Kodex-Empfehlung vorschreibt, den Höchstwert im Anstellungsvertrag ziffernmäßig (d.h. auf einen bestimmten Euro-Betrag lautend) anzugeben. Das ist richtigerweise zu verneinen, wie sich schon aus dem Wortlaut der Nr. 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK ergibt. Denn dort ist die Rede von „aufweisen“ und nicht von „ausweisen“, so dass die Vergütungsregelung ziffernmäßig bestimmte Höchstbeträge lediglich beinhalten, jedoch nicht explizit nennen muss.⁴

b) Kriterien der Angemessenheit

- 212 Zur Bestimmung der Angemessenheit nennt § 87 Abs. 1 AktG als zu berücksichtigende Kriterien einerseits **Aufgaben und Leistungen** des Vorstandsmitglieds und andererseits die **Lage der Gesellschaft**.⁵ Abstrakter formuliert sollen also angebotsorientierte – damit ist die Seite der Vorstände angesprochen – und nachfrageorientierte – d.h. die Gesellschaft betreffende – Parameter Berücksichtigung finden.⁶ Über die im Gesetz explizit genannten Kriterien hinaus dürfen und gegebenenfalls müssen nach allgemeiner Meinung weitere Gesichtspunkte bei der Angemessenheitsprüfung mitberücksichtigt werden, wozu namentlich besondere **Fähigkeiten**, Kenntnisse und Erfahrungen, das **Alter** und die **Reputation** des Vorstandsmitglieds, die Dauer seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft und die konkrete Verhandlungsposition zählen.⁷ Nach Nr. 4.2 Abs. 2 Satz 2 DCGK stellen zudem der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens geeignete Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit dar.

1 Aus diesem Grund für eine Anpassung der Mustertabelle *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2013, 419, 420.

2 Kritisch vor allem auch *Wilsing/von der Linden*, DStR 2013, 1291, 1293.

3 *Sünner*, AG 2014, 115, 116.

4 S. hierzu *Sünner*, AG 2014, 115, 117.

5 *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, § 6 Rn. 7 unterteilt diese in materielle, relationale, funktionale und prozessuale Kriterien.

6 *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 8; *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, § 6 Rn. 8. Kritisch zur Justiziabilität der Begriffe, *Cannivé/Seebach*, Der Konzern 2009, 593, 597.

7 S. zu diesen und weiteren Kriterien *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 87 AktG Rn. 19, *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1350; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 14 f.; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 9; *Semler* in Liber amicorum Wilhelm Happ, 2006, S. 277, 291 ff.

Auch nach Inkrafttreten des VorstAG lässt sich eine generelle Aussage, welchen der vorstehend genannten und ggf. zusätzlich in Betracht kommenden weiteren Angemessenheitskriterien besonderes Gewicht zukommen soll, nicht treffen. Der Aufsichtsrat kann und muss im konkreten Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung entscheiden, welche Kriterien unter den gegebenen Voraussetzungen einzubeziehen und wie sie zu gewichten sind.¹

aa) Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds, Lage der Gesellschaft

Maßgebend sind etwa die **Umsatz- und Beschäftigtenzahl der Gesellschaft** sowie deren **Ertrag**.² Nr. 4.2.2 Abs. 2 Satz 2 DCGK nennt als Maßstab auch die Zukunftsaussichten des Unternehmens. Auf der anderen Seite soll der dem Vorstand im Anstellungsvertrag zugewiesene Aufgabenbereich berücksichtigt werden, so dass die Komplexität der **Aufgabenstellung, der Grad der Verantwortung**, die Anzahl der unterstellten Mitarbeiter und das potentielle Haftungsrisiko die Höhe der Vergütung beeinflussen können.

Dass die **Leistungen des Vorstandsmitglieds** bei der Bestimmung der Angemessenheit maßgeblich sind, bestimmt § 87 Abs. 1 AktG ausdrücklich erst seit der Reform durch das VorstAG; im Kern war dies aber schon zuvor anerkannt. Mit der Neufassung der Norm ist insoweit also keine materielle Änderung verbunden.³ In jedem Fall sind **fachliche Qualifikation**, Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft in die Betrachtung einzubeziehen.⁴ Die Konturen des Leistungsbegriffs sind jedoch bislang im Detail wenig geklärt, so dass sich etwa die Frage stellt, inwieweit auch sog. „soft skills“ in den Kriterienkatalog aufzunehmen sind. Richtigerweise ist der Leistungsbegriff sowohl handlungs- als auch erfolgsbezogen. Daher sind Merkmale wie besondere Kenntnisse, Fähigkeiten, Erfahrungen des Vorstandsmitglieds jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass sich diese in Handlungen oder Ergebnissen zugunsten des Unternehmens ausdrücken werden.⁵ Sofern das Vorstandsmitglied bereits zuvor für das Unternehmen tätig war, muss der Aufsichtsrat auch auf hierauf bezogene Leistungsbeurteilungen zurück-

213

214

1 Zutreffend *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 9 („marktorientierte Einzelfallentscheidung“).

2 *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 9; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 31.

3 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 13; *Fonk*, NZG 2005, 248, 249; *Thüsing*, AG 2009, 517, 518.

4 *Hüffer*, § 87 AktG Rn. 2; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 9; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 28; mit weiteren Kriterien *Thüsing*, AG 2009, 517, 518.

5 Vgl. *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 14; ferner *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434; kritisch zu dem Leistungsbezug *Suchan/Winter*, DB 2009, 2531, 2532 f.

greifen; im Übrigen muss sich seine Prognose auf fremde Beurteilungen und gegebenenfalls öffentlich zugängliche Berichte stützen; damit wird zugleich dem Erfordernis der Leistungsbeurteilung nach Nr. 4.2.2 Abs. 2 Satz 1 DCGK Rechnung getragen. Ob besondere **familiäre Verhältnisse** des Vorstands berücksichtigt werden dürfen, ist zweifelhaft¹ und dürfte allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommt.

- 215 Weil § 87 Abs. 1 AktG auf die Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds verweist, gilt für den Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung grundsätzlich ein **Individualisierungsgebot**. Das wirft die Frage auf, ob die in der Praxis nicht selten anzutreffende Gleichbehandlung aller ordentlichen Vorstandsmitglieder – bei Festsetzung einer erhöhten Vergütung lediglich für den Vorstandsvorsitzenden – mit dem Gesetz vereinbar ist. Das wird unter Betonung der Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder teils bejaht,² teils aber auch kritisch gesehen.³ Richtigerweise ist eine Gleichbehandlung bei Festsetzung der Vergütung nach wie vor zulässig, setzt aber voraus, dass die Anforderungen an die Vorstandsmitglieder im Wesentlichen auch vergleichbar sind und deren individuelle Leistungsfähigkeit übereinstimmt.

bb) Berücksichtigung der Konzernunternehmen

- 216 Im Konzern wirft die Bestimmung der angemessenen Vergütung der Vorstände besondere Fragen auf. Sobald der Vorstand eine AG leitet, die als Mutter- oder Tochterunternehmen konzernverbunden ist, stellt sich bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung die Frage einer Einbeziehung der **Lage der Konzerngesellschaften**, mit denen das Vorstandsmitglied nicht durch Anstellungsvertrag unmittelbar verbunden ist. Eine solche Sonder situation ist namentlich im Falle des **Doppelmandats** gegeben. Ist ein Vorstandsmitglied nicht nur für eine Gesellschaft, sondern zugleich auch für die Mutter- bzw. die Tochtergesellschaft tätig, stellt sich die Frage, ob die Bezüge für beide Tätigkeiten insgesamt an dem Angemessenheitsgebot zu messen sind. Nach ganz h.M. trägt der Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft die Verantwortung für die Angemessenheit der Gesamtbezüge – d.h. der Bezüge unter Einschluss der von der abhängigen Gesellschaft geleisteten Bezüge.⁴ Eine Doppelvergütung gilt es zu vermeiden.⁵ Dies bringt

1 Vgl. Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 28.

2 Vgl. Bauer/Arnold, AG 2009, 717, 719.

3 Rieble/Schmidlein, Vergütung von Vorstand und Führungskräften, 2011, Rn. 132 (S. 39): nur bei konkreter Begründbarkeit.

4 Fonk, NZG 2010, 368, 372; a.A. etwa Traugott/Grün, AG 2007, 761, 769. Vgl. Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 32 (die Konzernbezüge seien einzubeziehen, maßgeblich blieb aber immer die jeweilige Gesellschaft).

5 So bereits RegE eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BT-Drucks. 13/9712, S. 23 a.E. zu § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG.

auch Nr. 4.2.2 Abs. 2 Satz 1 DCGK zum Ausdruck, wonach etwaige Konzernbezüge zu berücksichtigen sind.¹

Es ist ferner unklar, inwiefern **Verluste und Gewinne einzelner Konzernunternehmen** in die Bestimmung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern einfließen sollten, die kein Doppelmandat innehaben. So lässt sich die Auffassung vertreten, dass Unternehmensergebnisse von „unten nach oben“,² nicht aber von „oben nach unten“ zuzurechnen sind. Denn wenn die Muttergesellschaft Verluste schreibt, ist dieser Umstand nicht dem Vorstand der Tochtergesellschaft zuzurechnen, wohingegen im umgekehrten Fall der Vorstand der Muttergesellschaft im Zweifel auch für die wirtschaftliche Entwicklung der Tochtergesellschaften verantwortlich ist. Es spricht viel dafür, insoweit auf das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der **Aufgaben und Leistungen** des Vorstandsmitglieds abzustellen. Sofern die Leitung diverser Untergesellschaften zum jeweiligen konkreten Aufgabenbereich gehört, kann und muss die sachliche Komplexität dieser Leistungsaufgabe und das erwartete Geschäftsergebnis der Untergesellschaften bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung berücksichtigt werden.³ Umgekehrt ist es möglich, die auf der Ebene des Vorstands der Tochtergesellschaft bestehenden Besonderheiten im Konzern (z.B. Prüfung von Einflüssen nach §§ 308 Abs. 2, 311 AktG einerseits, Abgabe von Verantwortung im Vertragskonzern andererseits) bei der Festsetzung der Vergütung zu berücksichtigen.

217

3. Vorgaben in der Satzung

Die Satzung kann nur sehr begrenzt Vorgaben für die Festsetzung der Vergütung statuieren. Die Kompetenz und die Pflicht zur Festsetzung der Vergütung ist allein dem Aufsichtsrat zugewiesen und nicht der Hauptversammlung, anderes ergibt sich auch nicht aus der Regelung des sog. „say on pay“ in § 120 Abs. 4 AktG, wie schon die mangelnde Verbindlichkeit des diesbezüglichen Hauptversammlungsbeschlusses bestätigt. Konkrete Vorgaben zur Vergütungshöhe in der Satzung widersprechen dieser Kompetenzverteilung in der AG.⁴ Eine Satzungsbestimmung darf die **Entscheidungskompetenz des Aufsichtsrats** über Personalfragen (§ 84 Abs. 1

218

1 Dazu Ringleb in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Aufl. 2014, 4.2.2, Rn. 700.

2 Für die Zulässigkeit der Berücksichtigung der Lage der Untergesellschaft: Fleischer in Spindler/Stilz, § 87 AktG Rn. 14 (mit der Einschränkung, die Berücksichtigung dürfe keine Anreize dafür bieten, Interessen der Konzernobergesellschaft und ihrer Aktionäre zu vernachlässigen; dabei handelt es jedoch um eine Frage der Ausrichtung variabler Anteile an dem Kurs der Obergesellschaft, dazu unten Rn. 226 ff.).

3 Vgl. Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 32.

4 Seibt in K. Schmidt/Lutter, § 87 AktG Rn. 3; Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 74.

AktG) nicht aushöhlen.¹ Dies wäre etwa bei der Festlegung von festen Obergrenzen der Fall.² Zulässig dürfte aber die Festsetzung einzelner Kriterien zur Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung sein, da eine solche Ausrichtung die grundsätzliche Unternehmenszielbestimmung beeinflusst und nicht ausschließlich auf die Bestimmung der konkreten Vergütungshöhe gerichtet ist.³

III. Ausrichtung der Vergütungsstruktur

- 219 Nicht nur die Höhe der Vergütung ist Gegenstand gesetzlicher Vorgaben. Auch die **Zusammensetzung der Vergütungsbestandteile** – also die Vergütungsstruktur – unterliegt besonderen Regelungen. Es war ein zentrales Anliegen des VorstAG, die Vereinbarung von langfristig orientierten, performanceabhängigen Vergütungselementen zu fördern und gleichzeitig diejenigen Vergütungsbestandteile, die Anreize für lediglich kurzfristige Unternehmenserfolge setzen, zurückzudrängen.⁴ Börsennotierten Aktiengesellschaften müssen deshalb nach § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG ihre Vergütungsstruktur auf eine **nachhaltige Unternehmensentwicklung** ausrichten. Grundlage dieser Ausrichtung ist nach § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG eine grundsätzlich mehrjährige Bemessungsgrundlage für variable Vergütungsbestandteile.

1. Nachhaltige Unternehmensentwicklung

- 220 Im Zentrum der gesetzlichen Zielbestimmung steht das Postulat der nachhaltigen Unternehmensentwicklung. Der Begriff der Nachhaltigkeit ist schillernd; er ist dem Bereich der Ökologie entlehnt und meint dort die regenerierende Nutzung vorhandener Ressourcen. Bezogen auf die **Unternehmensentwicklung** folgt daraus weder eine pauschale Festlegung auf die Beibehaltung des *status quo* noch eine Verpflichtung auf Wachstum, sei es den Ausbau des Marktanteils, die Einführung neuer Produkte oder die Steigerung des Umsatzes oder Ertrags. Das Ziel des Unternehmens wird vielmehr auf der Grundlage der Vorgaben in der **Satzung** durch die jeweilige Unternehmensstrategie festgelegt.⁵

1 H.M., s. Hüffer, § 87 AktG Rn. 2; Leßmann, S. 146; Thüsing in Fleischer, Hdb. Vorstandrecht, § 6 Rn. 25; Thüsing, AG 2009, 517, 526 jew. m.w.N.

2 Hüffer, § 87 AktG Rn. 2.

3 Dagegen aber Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 4 m. umf. N. zum Meinungsstand.

4 Gesetzentwurf v. 17.3.2009, BT-Drucks. 16/12278, S. 6. Anschaulich zu weiteren Aspekten der Incentivierung Cahn in FS Hopt, S. 431, 436.

5 Vgl. Dauner-Lieb/von Preen/Simon, DB 2010, 377, 379; Hohenstatt/Kuhnke, ZIP 2009, 1981, 1982; Thüsing, AG 2009, 517, 520.