

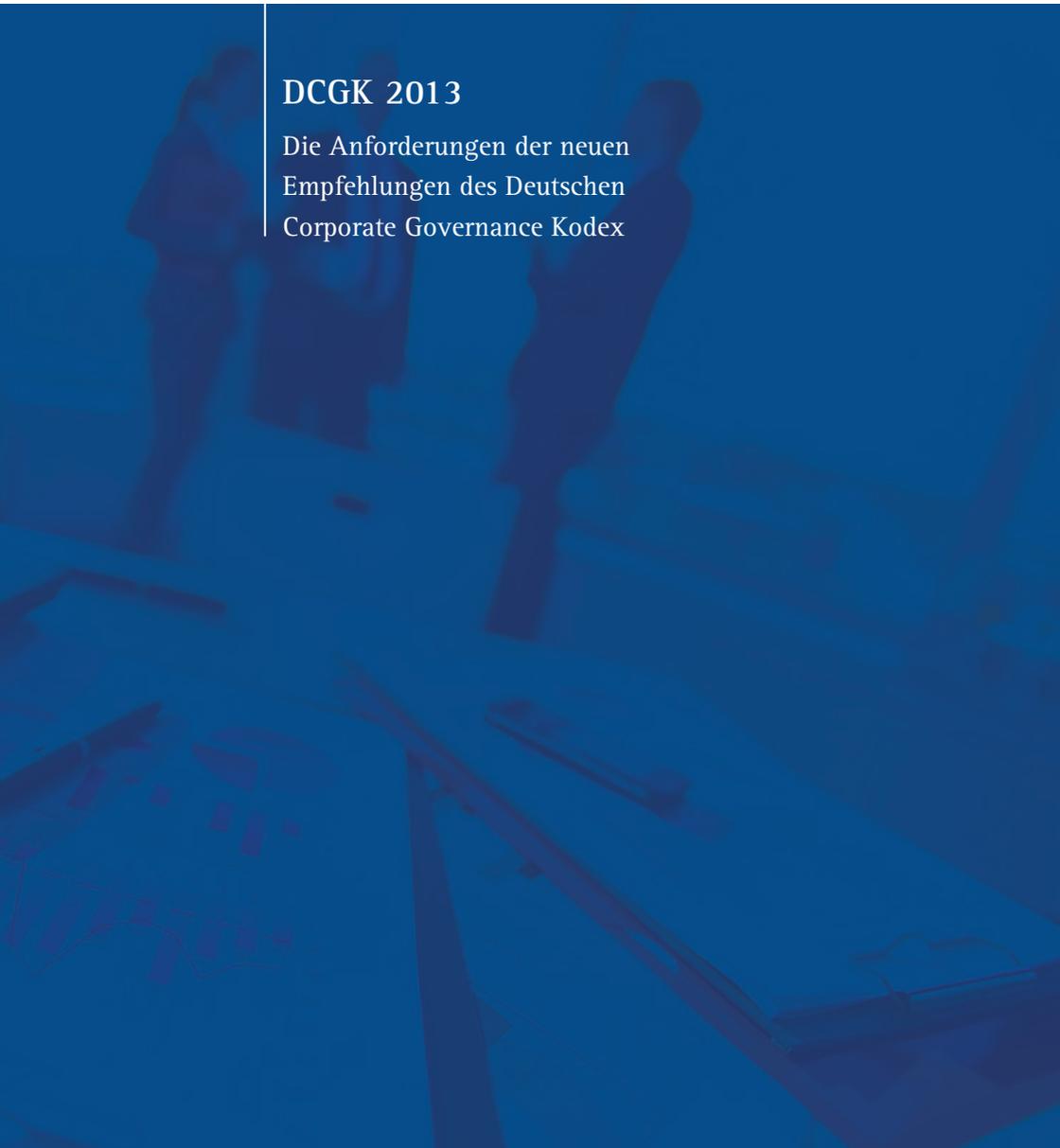


DIRK

Deutscher
Investor Relations
Verband e.V.

DCGK 2013

Die Anforderungen der neuen
Empfehlungen des Deutschen
Corporate Governance Kodex



The background of the lower half of the page is a dark blue gradient. It features faint, semi-transparent silhouettes of several people in business attire, appearing to be in a meeting or conference room. Some are standing and talking, while others are seated at a table. The overall aesthetic is professional and modern.

Die Autoren



Holger Lehnen

Rechtsanwalt und Referent für Kapitalmarktrecht
DIRK - Deutscher Investor Relations Verband e.V.
Reuterweg 81 · 60323 Frankfurt am Main
hlehen@dirk.org | +49 (69) 95 90 94 90



Dr. Julia Sitter

Rechtsanwältin und Local Partner
White & Case LLP
Bockenheimer Landstraße 20 · 60323 Frankfurt am Main
julia.sitter@whitecase.com | +49 (69) 29994 1283

Über den DIRK

Der Deutsche Investor Relations Verband (DIRK) ist der deutsche Berufsverband für Investor Relations (IR) und Vertreter kapitalmarktorientierter Unternehmen. Als Sprachrohr der IR Professionals vertritt der DIRK die Belange seiner Mitglieder aktiv im Dialog mit den Interessensgruppen und Institutionen des Kapitalmarkts, der Politik und der Öffentlichkeit. Seinen Mitgliedern bietet der Verband aktive fachliche Unterstützung und fördert den regelmäßigen Austausch untereinander sowie mit IR Fachleuten aus aller Welt. Darüber hinaus fördert er die Entwicklung des Berufsstandes und setzt mit seinen über 300 Mitgliedern Qualitätsstandards für Finanzkommunikation. Die Bandbreite der im DIRK organisierten Unternehmen umfasst nahezu sämtliche DAX-Werte sowie das Gros der im MDAX, SDAX und TecDAX gelisteten Aktiengesellschaften bis hin zu Unternehmen mit geringer Marktkapitalisierung und solchen, die den Gang an die Börse noch vor sich haben oder Fremdkapitalinstrumente emittieren. Zunehmend sind auch an der Kapitalmarktkommunikation interessierte natürliche Personen Mitglied im DIRK.

Weitere Informationen unter www.dirk.org.

Allgemeines

Dieses Papier richtet sich grundsätzlich an börsennotierte Unternehmen, d.h. Unternehmen, deren Aktien am Regulierten Markt notiert sind. Im Vordergrund stehen Anforderungen an die Investor-Relations-(IR-)Abteilungen, weshalb sich das Papier auf die für IR aktuell entscheidenden Änderungen beschränkt. Es hat zum Ziel, konkrete Handlungsempfehlungen für den Umgang mit den neuen Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) zu geben. Beachten Sie in diesem Zusammenhang bitte den untenstehenden Disclaimer.

Eine Übersicht über alle Änderungen des DCGK in 2013 erhalten Sie unter www.corporate-governance-code.de bzw. http://corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2013/D_CorGov_Endfassung_Mai_2013_markiert.pdf.

Modus des Papiers

Diese Arbeitshilfe ist in Form eines Q&A-Katalogs abgefasst. Nach Darstellung der jeweiligen neuen Empfehlung werden in kursiver Schreibweise fiktiv gestellte Fragen beantwortet.

Das Papier folgt der Begriffsverwendung des Kodex und weist Empfehlungen daher mit dem Begriff „soll“ und Anregungen mit „sollte“ aus.

Disclaimer

Der DIRK - Deutscher Investor Relations Verband e.V. nimmt keine rechtliche Beratung vor. In Ermangelung entsprechender Rechtsprechung zu den neuen DCGK-Empfehlungen übernimmt er auch keine Gewähr für die Richtigkeit der hier gemachten Angaben. Auch wenn bei Erstellung des Guides auf eine sorgfältige Recherche geachtet und die entsprechenden Positionen mit verschiedenen Experten diskutiert wurden, gibt er letztlich nur die Meinung der Autoren wieder.

Stand

November 2013

Inhalt

I. Transparenz und Angemessenheit der Vorstandsvergütung

1. Geltungszeitpunkt

- Gelten die Empfehlungen auch für „Alt-Verträge“? 06
- Wie sind die Vergütungsregeln für Vorstände zu behandeln, die nach dem 10. Juni 2013 nicht neu bestellt, sondern deren Bestellung und Anstellung für eine nächste Amtsperiode verlängert werden? 07

2. Vertikales Verhältnis (Ziffer 4.2.2 Abs. 2 DCGK)

- Wenn das vertikale Verhältnis bereits laut Gesetz zu berücksichtigen ist, warum braucht es dann einer gesonderten DCGK-Empfehlung? 09
- Was sind der obere Führungskreis und die relevante Belegschaft? 09
- Welcher Zeitraum ist mit „zeitlicher Entwicklung“ gemeint? 11
- Wie kann das vertikale Verhältnis angemessen berücksichtigt werden? 11
- Kann der Aufsichtsrat einen externen Vergütungsberater zur Prüfung der Angemessenheit heranziehen? 12
- Muss der Vergütungsbericht Angaben zum vertikalen Verhältnis enthalten? 12

3. Caps (Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK)

- Wie hoch sollen diese Caps sein? 14
- Reicht ein genereller Cap für die gesamte Vorstandsvergütung? 14
- Ist bei der Berechnung der Höchstgrenzen aktienbezogener Vergütungen nur auf die Zuteilung von Umtausch- und Bezugsrechten oder auch auf die Ausübung der Rechte abzustellen? 15

4. Versorgungszusagen (Ziffer 4.2.3 Abs. 3 DCGK)

- Was ist mit Versorgungszusagen gemeint? 16

5. Beurteilung der Aktionärsrechte

- Besteht ein Anfechtungsrisiko, soweit die DCGK-Empfehlungen nicht berücksichtigt wurden? 17
- Können Aktionäre auf der Hauptversammlung Auskunft darüber verlangen? 17

6. Empfehlungen für den Vergütungsbericht (Ziffer 4.2.5 Abs. 3 DCGK)

- Wie ist das Verhältnis zu einem sog. opt-out-Beschluss der Hauptversammlung, nach dem die Vorstandsvergütung nicht individualisiert offengelegt muss? Muss ich eine Abweichung in der Entsprechenserklärung begründen oder stellt es aufgrund des HV-Votums keinen Verstoß gegen den DCGK dar? 18

II. Corporate Governance Bericht (Ziffer 6.3 Satz 2 DCGK)

- Gab es diese Empfehlung nicht bereits? 19
- Bezieht sich die Empfehlung für den Corporate Governance Bericht nur auf Satz 2, also soll sie nur für den Fall gelten, dass der Gesamtbesitz 1 % übersteigt? 19

Neue Anforderungen des DCGK

Während in 2012 die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats im Mittelpunkt der DCGK-Novelle stand, fokussieren sich die diesjährigen Änderungen auf die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Vorstandsvergütung. Daneben gab es aber auch fast unbemerkt eine kleinere Änderung hinsichtlich des Inhalts des Corporate Governance Berichts.

I. Transparenz und Angemessenheit der Vorstandsvergütung

Im Wesentlichen empfiehlt der neue DCGK dem Aufsichtsrat, dass bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung auch das Verhältnis zum oberen Führungskreis und der relevanten Belegschaft berücksichtigt, Vergütungscaps eingeführt, die Versorgungsleistungen und der Aufwand für das Unternehmen kalkuliert und weitere Angaben bei der individuellen Offenlegung der Vorstandsvergütung gemacht werden sollen.

1. Geltungszeitpunkt

Gelten die Empfehlungen auch für „Alt-Verträge“?

Die neuen Kodex-Empfehlungen gelten seit dem 10. Juni 2013, als sie durch das Bundesministerium der Justiz im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden sind. Zwar fehlt eine Übergangsregelung, aus der sich eindeutig ergibt, dass die neuen Kodex-Empfehlungen erst für neu festgesetzte Vorstandsvergütungen, also nicht für Alt-Verträge gelten. Die neu aufgenommenen Empfehlungen in Ziffer 4.2.2 Abs. 2 Satz 3 zum vertikalen Vergütungsvergleich und in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 zum angestrebten Versorgungsniveau stellen jedoch ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Festlegung der Vorstandsvergütung bzw. der Versorgungszusage ab; es geht also um einen neuen Vertragsabschluss (vgl. dazu Bauer/Arnold in BB 2008, 1692, 1693, zur DCGK-Novelle 2008). Etwas anderes soll dagegen für die Empfehlung in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 zu den betragsmäßigen Höchstgrenzen gelten. Diese Regelung bezieht sich von ihrem Wortlaut her nicht auf einen konkreten Zeitpunkt, sondern beschreibt die Vergütungsstruktur. Daher wird in der Literatur vertreten, dass „zumindest vorsichtshalber“ angenommen werden sollte, die neue Empfehlung zu den Höchstgrenzen erfasse auch laufende Vorstandsverträge (Klein in AG 2013, 733, 737). Diese Auffassung lässt jedoch außer Acht, dass die Empfehlungen zur Vergütungsstruktur und damit auch zu den Höchstgrenzen im Zeitpunkt der Vergütungsfestlegung zu berücksichtigen sind; nach Vertragsabschluss muss Rechtssicherheit für das betroffene Vorstandsmitglied, aber auch für Vorstand und Aufsichtsrat insgesamt bestehen, eine kodexkonforme Vergütungsregelung vereinbart zu haben. Insofern darf bezweifelt werden, ob – mit der ohnehin zurückhaltend formulierten Auffassung von Klein – eine Abweichung erklärt werden muss, wenn ein Altvertrag

keine betragsmäßige Höchstgrenze enthält. Unseres Erachtens sind Alt-Verträge nicht grundsätzlich auf den Prüfstand zu stellen.

Anderes gilt, wenn die Überprüfung des Vergütungssystems im Alt-Vertrag vorgesehen ist. In entsprechenden Klauseln wird dann vereinbart, dass die Vergütung des Vorstandsmitglieds in einem bestimmten Rhythmus überprüft wird. Hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, über die Angemessenheit der Vorstandsvergütung erneut zu entscheiden, so sind die neuen Kodex-Empfehlungen zu beachten; anderenfalls wäre eine Abweichung zu erklären (so zur DCGK-Novelle 2008 Bauer/Arnold in BB 2008, 1692, 1693).

Wie sind die Vergütungsregeln für Vorstände zu behandeln, die nach dem 10. Juni 2013 nicht neu bestellt, sondern deren Bestellung und Anstellung für eine nächste Amtsperiode verlängert werden?

Hier ist zwischen verschiedenen Arten der „Verlängerung“ zu unterscheiden. Es kommt darauf an, wie die Amtszeit des Vorstands verlängert wird und ob der Aufsichtsrat eine erneute Entscheidung über die Vorstandsvergütung fällt bzw. fällen kann.

Nach § 84 Abs. 1 AktG kann ein Vorstand auf höchstens fünf Jahre bestellt werden. Die wiederholte Bestellung ist zulässig. Bei einer erneuten Bestellung wird regelmäßig auch der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds verlängert bzw. neu abgeschlossen; in diesem Rahmen wird dann auch die Vorstandsvergütung überprüft und gegebenenfalls neu verhandelt.

Verlängerung der Amtszeit

Die Vorgaben zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung in § 87 Abs. 1 AktG und in den Ziffern 4.2.2 f. beziehen sich nicht auf die „organschaftliche“ Bestellung des Vorstands, sondern auf die Festsetzung der Vergütung im Anstellungsvertrag. Für diesen gibt es eine Sondervorschrift in § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG. Danach kann der Anstellungsvertrag (im Gegensatz zur Bestellung) eine automatische Verlängerung für den Fall vorsehen, dass die Amtszeit der Bestellung (das organschaftliche Verhältnis) verlängert wird. Die Regelungen zur Vergütung des Vorstandsmitglieds sind allerdings nur ein Teil des Anstellungsvertrags und nicht zwangsweise von der automatischen Verlängerung betroffen. Vielmehr können hierzu gesonderte Regelungen bestehen. Beispielsweise könnte die Vergütung jährlich überprüft, der Anstellungsvertrag im Übrigen aber automatisch verlängert werden, wenn über die Verlängerung der Amtszeit der Bestellung (das organschaftliche Verhältnis) des Vorstands beschlossen wurde.

Sofern der Anstellungsvertrag automatisch und insgesamt verlängert wird, wäre mit der Verlängerung der Amtszeit keine neue Entscheidung über die Vorstandsvergütung im Anstellungsvertrag verbunden, weshalb auch die neuen Empfehlungen des DCGK

grundsätzlich nicht zu beachten wären. Die Situation ist anders, wenn die Regelungen zur Vergütung nicht automatisch verlängert werden. Dann kommt es auf die Bedingungen im Einzelfall und auf die Frage an, ob der Aufsichtsrat über die Angemessenheit der Vorstandsvergütung erneut entscheiden kann. In dem Fall müsste sich der Aufsichtsrat mit den neuen Kodex-Empfehlungen auseinandersetzen.

Einvernehmliche Aufhebung und erneute Bestellung

Der BGH hat in seinem Urteil vom 17. Juli 2012, Az. II ZR 55/11, klargestellt, dass es zulässig ist, die Bestellung (das organschaftliche Verhältnis) auch vor Ablauf der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG einvernehmlich aufzuheben und im Anschluss das Vorstandsmitglied vorzeitig erneut zu bestellen. Dieser Vorgang macht eine erneute Entscheidung über die Vorstandsvergütung erforderlich. Es handelt sich gerade um die gewollte Situation, dass die vorherige Amtszeit und damit auch das Anstellungsverhältnis beendet und eine erneute Bestellung und Anstellung vorgenommen werden. Damit ist diese Bestellung mit Blick auf die Anwendbarkeit der neuen Kodex-Empfehlung wie eine Neubestellung und -anstellung eines vorher noch nie bestellten Vorstands zu beurteilen; auch in diesem Fall wird in der Regel ein neuer Anstellungsvertrag abgeschlossen und die Vorstandsvergütung festgelegt.

- > Beachten Sie hierbei allerdings Ziffer 5.1.2 Abs. 2 Satz 2 DCGK.
Eine einvernehmliche Aufhebung und erneute Bestellung sollen hiernach nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen.

Handlungsempfehlung

Sofern der Aufsichtsrat keine erneute Entscheidung über die Vergütung im Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds fällen kann/darf, ist unseres Erachtens keine Abweichung in der Entsprechenserklärung zum DCGK zu erklären. Da es hierzu eine gegenläufige Auffassung in der Literatur gibt, sollte die Entscheidung hierüber eng mit der Rechtsabteilung des Unternehmens abgestimmt werden.

2. Vertikales Verhältnis (Ziffer 4.2.2 Abs. 2 DCGK)

Ziffer 4.2.2 Abs. 2 Satz 2 enthielt bereits Ausführungen zu den Angemessenheitskriterien, die bei Festsetzung der Vorstandsvergütung schon gesetzlich zu beachten sind (vgl. § 87 Abs. 1 AktG). Danach sind Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung sowohl die jeweiligen 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 (sog.

horizontale Vergleichbarkeit) und der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt (sog. vertikale Vergleichbarkeit).

Nach Ziffer 4.2.2 Abs. 2 Satz 3 soll bei Beurteilung der vertikalen Vergleichbarkeit von nun an das vertikale Verhältnis der Vorstandsvergütung zur Vergütung des oberen Führungskreises (1) und der Belegschaft insgesamt (2) auch in der zeitlichen Entwicklung (3) berücksichtigt werden, „wobei der Aufsichtsrat für den Vergleich [selbst] festlegt, wie der obere Führungskreis und die relevante Belegschaft abzugrenzen sind“.

Wenn das vertikale Verhältnis bereits laut Gesetz zu berücksichtigen ist, warum braucht es dann einer gesonderten DCGK-Empfehlung?

Bisher wurde dem gesetzlich vorgesehenen vertikalen Vergütungsvergleich wenig Praxisrelevanz zugemessen (Bauer/Arnold in AG 2009, 717, 720; Hüffer, AktG 2012, § 87 Rn. 2 m.w.N.). Um der Vertikalität zu mehr Praxisrelevanz zu verhelfen, gibt der DCGK nun eine Empfehlung, wie dieser vertikale Vergleich vorgenommen werden soll (Wilsing/von der Linden in DStR 2013, 1291, 1292).

Was sind der obere Führungskreis und die relevante Belegschaft?

Der DCGK sieht hierzu keine festen Regeln vor. Ausweislich der Formulierung, dass der Aufsichtsrat die Vergleichsgruppen „oberer Führungskreis“ und „relevante Belegschaft“ festlegt, ist es an jedem Unternehmen, selbst zu entscheiden, wie der obere Führungskreis bzw. die relevante Belegschaft abzugrenzen sind. Diese Regelung folgt keinem bestimmten Leitbild, sondern der Idee, dass der Aufsichtsrat bei seiner Vergütungsentscheidung belastbare Vergleichsgrößen verwendet, um sich selbst bewusst zu machen, ob die Vorstandsvergütung noch als angemessen beurteilt werden kann.

Handlungsempfehlung

Wie bei vielen Entscheidungen kommt es auch hier auf den Einzelfall an, weshalb nachfolgend nur grundsätzliche Kriterien genannt werden können, die eine erste Indikation geben, wie der obere Führungskreis und die relevante Belegschaft bestimmt werden können. Die jeweilige Personalstruktur im Unternehmen kann auch eine andere Beurteilung der Kriterien zulassen.

Oberer Führungskreis (1)

Mit dem oberen Führungskreis ist typischerweise die erste Ebene nach der Vorstandsebene gemeint. Das sind die Personen, die Führungsverantwortung haben und direkt an den Vorstand berichten. Führungsverantwortung hat derjenige, der anderen Weisungen erteilen kann und diese beaufsichtigt bzw. beurteilt.

Im Gegensatz dazu ist die untere Führungsebene diejenige, die ebenfalls Führungsverantwortung besitzt und außerdem an eine obere Führungsebene berichten muss. Es muss daher nicht nur zwei Führungskreise geben. Es können auch ein oberer, ein unterer und mehrere mittlere Führungskreise existieren, solange jeweils der untere an den nächsthöheren Führungskreis berichtet und der unterste auch noch Führungsverantwortung wahrnimmt.

Es obliegt dem Aufsichtsrat, mit Blick auf die verschiedenen Führungsebenen den oberen Führungskreis im Sinne von Ziffer 4.2.2 Abs. 2 Satz 3 zu bestimmen. Als erste Orientierung kann der Aufsichtsrat das im Unternehmen bestehende Organigramm heranziehen.

Relevante Belegschaft (2)

Die relevante Belegschaft stellt typischerweise die „Stammbelegschaft“ dar, also die Belegschaft, die dauerhaft im Unternehmen arbeitet, und folglich nicht temporäre Leiharbeiter. Beschränkt bleiben sollte die Beurteilung auf die deutsche Stammbelegschaft, um nicht durch unterschiedliche Lohnniveaus verschiedener Länder ein verzerrtes Bild zu erzeugen.

Hierin ist auch der obere Führungskreis einzurechnen, da die Empfehlung die Belegschaft „insgesamt“ und damit auch den oberen Führungskreis umfassen will. Nicht einzurechnen ist der Vorstand selbst. Das sich dadurch ergebende Bild würde keinen sinnvollen Vergleichsmaßstab bieten.

Abgestellt werden sollte auf „Vollzeitstellen“, so dass die vorhandenen Teilzeitstellen entsprechend hochgerechnet werden.

Die Betrachtung sollte grundsätzlich konzernweit erfolgen, damit der Vergleich nicht durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen verzerrt wird. Dabei sollte allerdings nur die Stammbelegschaft des „Kerngeschäfts“ zum Vergleich herangezogen werden. Bei einem Automobilproduzenten könnten demzufolge die Mitarbeiter der konzerneigenen Finanzierungsbank außer Betracht bleiben.

Dass eine konzernweite internationale Betrachtung dem Abstellen auf die deutsche Stammbelegschaft widersprechen kann, ist durchaus möglich. Solche Widersprüche müssen zur Ermittlung belastbarer Vergleichsgrößen vom Aufsichtsrat im Einzelfall aufgelöst werden.

Richtiger Ansprechpartner

Gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 4 HGB ist im Konzernanhang die durchschnittliche Zahl der Arbeitnehmer der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen während des Geschäftsjahrs, getrennt nach Gruppen, anzugeben.

Hierbei wird auch der verursachte Personalaufwand mit aufgeführt, sofern er nicht ge-

sondert in der Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen ist. Die hierfür verantwortliche Abteilung ist der richtige Ansprechpartner, um die relevante Belegschaft zu ermitteln, da sie über die entsprechenden Informationen verfügen und am ehesten die erforderlichen Daten erheben können wird. In den meisten Unternehmen dürfte das die Personalabteilung sein, die die dort ermittelten Zahlen typischerweise an das Accounting weitergibt.

Für die Zukunft sollte mit dieser Abteilung abgestimmt werden, dass entsprechende Daten regelmäßig erstellt und dem Aufsichtsrat zur Verfügung gestellt werden.

Welcher Zeitraum ist mit „zeitlicher Entwicklung“ gemeint? (3)

Das vertikale Verhältnis soll auch in der zeitlichen Entwicklung berücksichtigt werden. Diese Regelung folgt der Idee, dass sich der Aufsichtsrat bewusst wird, wie sich die Vergütung des Vorstands zu dem Gehaltsgefüge der Belegschaft entwickelt. Der Aufsichtsrat soll sich unter anderem bewusst machen, ob sich die zum Vergleich herangezogene Vergütung „scherenartig“ zur Vorstandsvergütung oder gleichlaufend verhält. Ein bestimmter Zeitraum ist nicht vorgesehen, sondern wiederum vom Aufsichtsrat selbst festzulegen.

Handlungsempfehlung

Es sind Daten zur Vergangenheit und zur Zukunft zu erheben. Für die zukünftige Prognose erscheint die Dauer der Amtszeit angebracht. Es kann auch ein längerer Zeitraum zur Beurteilung herangezogen werden, wenn der Aufsichtsrat dies für sinnvoll erachtet. Spiegelbildlich könnte die Entwicklung der vergangenen fünf Jahre vor der Bestellung genutzt oder ebenfalls ein längerer Zeitraum betrachtet werden.

Wie kann das vertikale Verhältnis angemessen berücksichtigt werden?

Der DCGK verlangt nicht, dass sich die Vorstandsvergütung in einem konkreten vertikalen Verhältnis befindet (bspw. das Zwanzigfache der Durchschnittsvergütung der relevanten Belegschaft). Das vertikale Verhältnis ist nur ein Kriterium unter mehreren, welches schon von Gesetzes wegen Berücksichtigung finden muss (Wilsing/von der Linden, DStR 2013, 1291, 1293). Berücksichtigen bedeutet, dass der Aufsichtsrat diesen Aspekt in seine Überlegungen einbezieht. Das vertikale Verhältnis muss folglich bei der Entscheidung des Aufsichtsrats bei Festsetzung der Vorstandsvergütung eine Rolle spielen.

Der DCGK gibt somit nicht die Empfehlung ab, ob das vertikale Verhältnis zu berücksichtigen ist – dies ergibt sich bereits aus dem Aktiengesetz (s.o.) –, sondern zeigt vielmehr auf, wie der Vergleich mit der Vorstandsvergütung angestellt und berücksichtigt werden soll.

Handlungsempfehlung

Der Aufsichtsrat entscheidet im Einzelfall, welche Ebene er dem oberen und dem unteren Führungskreis zuordnet, was er als relevante Belegschaft festlegt und wie die Vertikalität in der zeitlichen Entwicklung berücksichtigt wird. Die Gründe, wie oberer Führungskreis, relevante Belegschaft und zeitliche Entwicklung festgelegt wurden, die dabei erhobenen Vergleichsdaten und die Begründung, dass die Festsetzung der Vorstandsvergütung damit auch in Anbetracht des vertikalen Verhältnisses (noch) als angemessen beurteilt werden kann, müsste im Aufsichtsratsbeschluss dokumentiert werden.

Eine darüber hinausgehende Berichtspflicht, etwa im Geschäftsbericht oder Corporate Governance Bericht, besteht nicht.

Kann der Aufsichtsrat externen Vergütungsberater zur Prüfung der Angemessenheit heranziehen?

- > In diesem Zusammenhang ist Ziffer 4.2.2 Abs. 3 DCGK zu beachten. Nach dieser Empfehlung soll auf die Unabhängigkeit eines Vergütungsexperten vom Vorstand bzw. vom Unternehmen geachtet werden, wenn einer vom Aufsichtsrat zur Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung hinzugezogen wird.

Mit einem ggf. hinzugezogenen Vergütungsexperten kann vereinbart werden, dass er nicht nur die Angemessenheit nach den rechtlichen Kriterien in § 87 Abs. 1 AktG beurteilt, sondern ebenfalls die vertikale Angemessenheit nach den hier genannten Grundsätzen. Das entbindet den Aufsichtsrat zwar nicht von seiner Pflicht einer eigenen Überprüfung auf Plausibilität (Fleischer in Spindler/Stilz, AktG 2010, § 87 Rn. 40), vereinfacht aber die Beurteilung der Angemessenheit.

Muss der Vergütungsbericht Angaben zum vertikalen Verhältnis enthalten?

Im Anhang bzw. Konzernanhang sind die Gesamtbezüge der Mitglieder des Vorstands gemäß § 285 Nr. 9 lit. a), § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) HGB offenzulegen; zusätzlich sind im Lagebericht bzw. Konzernlagebericht börsennotierter Gesellschaften die Grundzüge des Vergütungssystems der Gesellschaft für die in § 285 Nr. 9, § 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB genannten Gesamtbezüge gemäß § 289 Abs. 2 Nr. 5, § 315 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu veröffentlichen. Angaben zum Verfahren, nach dem die Gesamtbezüge oder das Vergütungssystem festgelegt worden sind, erfassen die Vorschriften nicht.

Der vertikale Vergütungsvergleich ist ein Teil des Verfahrens, mit dem der Aufsichtsrat die angemessene Vorstandsvergütung ermittelt und festlegt. Eine Beschreibung dieses Verfahrens wird im Vergütungsbericht nicht verlangt.

Es fragt sich aber, ob das Ergebnis des vertikalen Vergleichs (im Sinne einer konkreten Zahl) Eingang in den Vergütungsbericht finden muss. Empfehlungen zum Inhalt des Vergütungsberichts gibt der DRS 17. DRS 17 Nr. 12 empfiehlt im Sinne der Klarheit und Übersichtlichkeit, die Angaben zur individualisierten Vergütung (Konzernanhang) und Beschreibung der Grundzüge des Vergütungssystems (Konzernlagebericht) sowie ggf. weitergehende Angaben zur Vergütung, die aufgrund des Deutschen Corporate Governance Kodex gemacht werden, in einem Vergütungsbericht als Teil des Konzernlageberichts zusammenzufassen. Grundsätzlich spricht DRS 17 solche Empfehlungen des DCGK an, die die Offenlegung betreffen, wie bspw. Ziffer 4.2.5 Abs. 2 und 3. Das könnte auch für den vertikalen Vergleich gelten.

Eine Berichtspflicht besteht gemäß DRS 17 Nr. 80 immer dann, wenn die anzugebenden Sachverhalte bei vernünftiger kaufmännischer Betrachtung wichtige Informationen für die Berichtsempfänger darstellen. Der Vergütungsbericht als Teil des Lageberichts hat eine Informationsfunktion über den Geschäftsverlauf und die Lage der Gesellschaft. Wenn das vertikale Verhältnis bei der Vergütungsentscheidung eine grundsätzliche Rolle einnimmt, könnte dadurch eine wichtige Information für die Berichtsempfänger bestehen, über die dann auch zu berichten wäre. Dafür spricht, dass die Vergütungspolitik durch die Offenlegung im Vergütungsbericht der Kontrolle durch die Aktionäre unterworfen werden soll, weil sie von grundsätzlicher Bedeutung für die Lage der Aktiengesellschaft ist (Ellrott, Beck'scher Bilanz-Kommentar 2012, § 289 HGB Rn. 93). Dagegen spricht allerdings der Vergleich mit den Angaben, die nach DRS 17 Nr. 79 als Angaben zum Vergütungssystem offenzulegen sind. Unter die Angaben des Vergütungssystems fallen im Einzelnen die Erläuterungen zum Verhältnis zwischen erfolgsunabhängigen und erfolgsabhängigen Komponenten sowie der Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und insbesondere der einzelnen Parameter der Erfolgsbindung. Diese Komponenten zeigen, welche Anreize in der Vergütungsstruktur der Vorstände gesetzt wurden, die zukünftige Verbesserung der Lage der Gesellschaft zu unterstützen. So zeigen Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung gerade, welches Interesse das Vorstandsmitglied haben kann, eine nachhaltige Entwicklung des Unternehmens zu fördern.

Die Offenlegung des vertikalen Verhältnisses zeigt dies unseres Erachtens nicht. In ihr kommt nicht zum Ausdruck, inwiefern der Vorstand das Wachstum bzw. die Verbesserung der Lage der Gesellschaft im Blick haben wird. Genau das ist aber gemäß §§ 289, 315 HGB Ziel des Lageberichts.

Zudem verbietet bereits die Vertraulichkeit der Beratungen des Aufsichtsrats, zum Verfahren der Entscheidungsfindung nähere Angaben zu machen.

3. Caps (Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK)

Absatz 2 der Ziffer 4.2.3 bezieht sich auf die variablen Vergütungsbestandteile. Bereits kodifiziert war, dass diese eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben müssen, nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten dürfen und dass sie sowohl positiven als auch negativen Entwicklungen Rechnung tragen sollen.

Neu ist, dass die Vergütung insgesamt und hinsichtlich ihrer variablen Vergütungsteile betragsmäßige Höchstgrenzen aufweisen soll (auch als Caps bezeichnet).

Wie hoch sollen diese Caps sein?

Die Höhe der Caps ist mit Blick auf die Angemessenheit und Üblichkeit der Vorstandsvergütung zu bestimmen (§ 87 Abs. 1 AktG). Ihre Festsetzung dient der Nachvollziehbarkeit für den Aufsichtsrat selbst. Er soll sich bei der Festlegung der Vorstandsvergütung entscheiden, welche Vergütung maximal erreicht werden kann, und muss sich dabei im Rahmen einer angemessenen Vergütung bewegen.

Reicht ein genereller Cap für die gesamte Vorstandsvergütung?

Der DCGK empfiehlt ausdrücklich, eine betragsmäßige Höchstgrenze hinsichtlich der Vergütung insgesamt und hinsichtlich ihrer variablen Vergütungsteile festzusetzen. Insofern sind ein Gesamtcap für alle Vergütungsleistungen und zumindest ein Cap für sämtliche variable Vergütungsbestandteile zu bestimmen.

Aus unserer Sicht empfiehlt der DCGK darüber hinaus auch, pro variablen Vergütungsteil ein gesondertes Cap festzulegen. Das ergibt sich aus der folgenden Überlegung: Wenn ein Gesamtcap festgelegt wird, ermittelt sich durch Abzug der ohnehin feststehenden Vergütungsteile bereits das Cap für die variablen Vergütungsteile. Es macht daher keinen Unterschied, ob zusätzlich ein Cap für den gesamten variablen Vergütungsteil gesondert festgelegt wird. Insofern dürfte die Regierungskommission mit der Festlegung betragsmäßiger Höchstgrenzen hinsichtlich der variablen Vergütungsteile, neben dem Gesamtcap für die Vergütung insgesamt, Caps für jeden einzelnen variablen Vergütungsteil gemeint haben.

Auch wenn der Aufsichtsrat das anders sähe, müsste er sich gleichwohl mit der Höchstgrenze eines jeden variablen Vergütungsbestandteils auseinandersetzen, um den einheitlichen Cap der gesamten variablen Vergütung bestimmen zu können.

Handlungsempfehlung

Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Empfehlung erscheint es ratsam, nicht nur ein

Cap für alle variablen Vergütungsteile, sondern für jeden einzelnen variablen Vergütungsteil eine separate Höchstgrenze festzulegen (so auch Klein in AG 2013, 733, 735).

Ist bei der Berechnung der Höchstgrenzen aktienbezogener Vergütungen nur auf die Zuteilung von Umtausch- und Bezugsrechten oder auch auf die Ausübung der Rechte abzustellen?

Die Anreizfunktion einer aktienbasierten Vergütung liegt in der Partizipation am Gesamtunternehmererfolg. Es wäre nicht nachvollziehbar, warum ein Vorstandsmitglied mit seinen aktienbezogenen Rechten daran weniger beteiligt werden soll als jeder andere Aktionär. Sein Bestreben, den Unternehmenserfolg zu fördern, könnte dadurch sogar reduziert werden, sobald der Wertzuwachs sein Cap erreicht. Nach dem Sinn und Zweck einer entsprechenden Vereinbarung über eine aktienbezogene Vergütung ist eine Höchstgrenze also auf den Zeitpunkt der Zuteilung zu beziehen (so bereits im Konsultationsverfahren DAV-Stellungnahme, NZG 2013, 419, 420; nach Bekanntmachung des DCGK auch Wilsing/von der Linden, DStR 2013, 1291, 1293 m.w.N.).

Eine Stütze findet diese Auffassung auch in § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) Satz 4 HGB. Nach dieser Vorschrift sind Bezugsrechte und sonstige aktienbasierte Vergütungen (Definitionen in DRS 17 Nr. 9) mit ihrer Anzahl und dem beizulegenden Zeitwert zum Zeitpunkt der Gewährung anzugeben. In DRS 17 Nr. 29 heißt es dazu, dass Bezugsrechte und aktienbasierte Vergütungen als gewährt gelten, wenn dem Begünstigten eine rechtsverbindliche Zusage erteilt wurde, d.h. die Bewertung der Bezugsrechte und sonstigen aktienbasierten Vergütungen erfolgt zum Zeitpunkt der rechtsverbindlichen Zusage. Mit diesem Wert sind die Bezugsrechte und sonstigen aktienbasierten Vergütungen in die Gesamtbezüge einzubeziehen. Nach § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) Satz 4 Hs. 2 HGB sind nur die späteren Wertveränderungen zu berücksichtigen, die auf einer Änderung der Ausübungsbedingungen beruhen. Nach DRS 17 Nr. 32 sind andere Wertänderungen nicht zu berücksichtigen. Die Ausübung der Bezugsrechte ist keine Änderung der Ausübungsbedingungen und demzufolge nicht in die Gesamtvergütung einzubeziehen; sie hat damit unseres Erachtens auch keinen Einfluss auf die festzusetzenden Caps nach dem DCGK.

4. Versorgungszusagen (Ziffer 4.2.3 Abs. 3 DCGK)

Mit dem neuen Absatz 3 in Ziffer 4.2.3 wurde die Empfehlung eingefügt, dass bei Versorgungszusagen der Aufsichtsrat das jeweils angestrebte Versorgungsniveau – auch nach der Dauer der Vorstandszugehörigkeit – festlegen und den daraus abgeleiteten jährlichen sowie den langfristigen Aufwand für das Unternehmen berücksichtigen soll.

Was ist mit Versorgungszusagen gemeint?

Diese Empfehlung bezieht sich auf die Angaben nach § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) Satz 6 HGB, die grundsätzlich im Konzernanhang, aber auch im Konzernlagebericht bzw. Vergütungsbericht gemacht werden können.

5. Beurteilung der Aktionärsrechte

Besteht ein Anfechtungsrisiko, soweit die DCGK-Empfehlungen nicht berücksichtigt wurden?

Die Empfehlungen des DCGK haben keine eigene Gesetzesqualität. Allerdings enthält § 161 AktG eine gesetzliche Verpflichtung, die vom Vorstand und Aufsichtsrat zu erfüllen ist. Hiernach müssen die Empfehlungen des DCGK zwar nicht befolgt werden. Sofern von ihnen abgewichen wird oder werden soll, muss diese Abweichung allerdings erklärt und begründet werden.

Wenn zu Unrecht in der Entsprechenserklärung nicht offengelegt und begründet wurde, dass das vertikale Verhältnis im oben beschriebenen Umfang keine Berücksichtigung fand oder die Vergütung keine betragsmäßigen Höchstgrenzen erfuhr, ist die Entsprechenserklärung fehlerhaft. Eine gesetzliche Pflicht wurde damit grundsätzlich verletzt, weshalb hinsichtlich der Entlastungsbeschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat ein Anfechtungsrisiko nach § 243 Abs. 1 AktG besteht. Allerdings nimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung bei fehlerhaften Entsprechenserklärungen Einschränkungen vor (zuletzt BGH, Beschluss vom 14.05.2013, Az. II ZR 196/12). Zum einen ist eine Entlastungsentscheidung nur bei einem eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß der Organe anfechtbar. Zum anderen kommt es bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung darauf an, ob die nicht oder nur unzureichend offengelegte Information für die Entlastungsentscheidung der Aktionäre maßgeblich gewesen wäre. Damit wird ein Informationsdefizit angesprochen, weshalb der BGH die Wertung des § 243 Abs. 4 AktG heranzieht. Nach dieser Vorschrift kann wegen Informationsdefiziten nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. Damit sind Entscheidungen gemeint wie z.B., ob der Aktionär deshalb zur Hauptversammlung kommt, Fragen stellt und/oder wie er zu einem Beschluss abstimmt.

Ob ein eindeutiger und schwerwiegender Gesetzesverstoß vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Jedenfalls ist anzuerkennen, dass es für die Aktionäre entscheidungserheblich sein kann, ob das vertikale Verhältnis nicht in der empfohlenen Art berücksichtigt oder keine Vergütungshöchstgrenzen vereinbart wurden.

Können Aktionäre auf der Hauptversammlung Auskunft darüber verlangen?

Gemäß § 131 Abs. 1 AktG gilt, dass jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten zu geben ist, soweit die Auskunft zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Die Ausnahmen sind in § 131 Abs. 3 AktG geregelt.

Als Tagesordnungspunkt kommt die Entlastung der Vorstands- bzw. der Aufsichtsratsmitglieder in Betracht. Da für die Entlastung u.a. erheblich ist, ob die Organe rechtlich zulässig gehandelt haben (Kubis in MüKo, AktG Band 3 2013, § 131 Rn. 53), kommt es auch darauf an, ob die Entsprechenserklärung rechtmäßig abgegeben wurde. Demzufolge können Fragen zur Befolgung des DCGK gestellt werden, wenn von Empfehlungen keine Abweichung erklärt wurde.

Bei Aktionärsfragen, welche die Entsprechung bzw. Abweichung von Kodex-Empfehlungen zur Vorstandsvergütung zum Inhalt haben, ist die Vertraulichkeit der Aufsichtsratsberatungen zu beachten. Daher können Aktionäre keine Auskunft über den genauen Beratungsverlauf verlangen.

Handlungsempfehlung

Die Befolgung der DCGK-Empfehlungen sollte sich derart vollziehen, dass der Aufsichtsrat auf der Hauptversammlung unter Berücksichtigung der Vertraulichkeit seiner Beratungen in der Lage ist, sie zu erläutern bzw. zu ihr Stellung zu nehmen.

6. Empfehlungen für den Vergütungsbericht (Ziffer 4.2.5 Abs. 3 DCGK)

Zur weiteren Unterstützung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit empfiehlt der DCGK in Ziffer 4.2.5 Abs. 3 die Aufnahme weiterer Informationen in den Vergütungsbericht. Dazu zählen u.a. die für das jeweilige Berichtsjahr gewährten Zuwendungen, wobei bei variablen Vergütungsteilen die erreichbare Maximal- und Minimalvergütung angegeben werden soll. Um die Vergleichbarkeit dieser Daten zu erleichtern, sollen Mustertabellen verwendet werden, die dem Kodex nunmehr anhängen. Zu beachten ist, dass die neuen Vorgaben zum Vergütungsbericht im Gegensatz zu den übrigen Vorgaben erst für die Geschäftsjahre gelten, die nach dem 31. Dezember 2013 beginnen (folglich erstmalig für die Berichterstattung über das Geschäftsjahr 2014, wenn es dem Kalenderjahr entspricht).

Wie ist das Verhältnis zu einem sog. opt-out-Beschluss der Hauptversammlung, nach dem die Vorstandsvergütung nicht individualisiert offengelegt muss? Muss ich eine Abweichung in der Entsprechenserklärung begründen oder stellt es aufgrund des HV-Votums keinen Verstoß gegen den DCGK dar?

Bereits für Ziffer 4.2.4 DCGK in der Fassung von 2005 – als die individualisierte Offenlegung nur eine Empfehlung des DCGK und noch keine gesetzliche Pflicht war – wurde angenommen, dass auch bei einem Hauptversammlungsvotum eine Abweichung in der Entsprechenserklärung offenzulegen sei (vgl. BT-Drucks. 15/5577, S. 8). Dies wird ebenso für eine Abweichung von Empfehlungen der Ziffer 4.2.5 gelten, die erhöhte Anforderungen an die individualisierte Offenlegung stellen.

II. Corporate Governance Bericht (Ziffer 6.3 Satz 2 DCGK)

Nach Ziffer 3.10 Satz 1 sollen Vorstand und Aufsichtsrat jährlich über die Corporate Governance berichten und diesen Bericht im Zusammenhang mit der Erklärung zur Unternehmensführung veröffentlichen. In Satz 2 wird angeregt, dass dabei auch zu den Kodex-Anregungen Stellungen genommen werden sollte. In Ziffer 5.4.1 Abs. 3 Satz 2 wird empfohlen, dass im Corporate Governance Bericht die Zielsetzung und der Stand der Umsetzung hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats veröffentlicht werden sollen. Nach Ziffer 7.1.3 soll der Corporate Governance Bericht konkrete Angaben über die Aktienoptionsprogramme und ähnliche wertpapierorientierte Anreizsysteme der Gesellschaft enthalten, soweit diese Angaben nicht bereits im Jahresabschluss, Konzernabschluss oder Vergütungsbericht gemacht werden.

Mit der Novelle 2013 hat der DCGK hinsichtlich des Corporate Governance Berichts eine weitere Empfehlung hinzugewonnen. Mit dem neuen Satz 2 der Ziffer 6.3 wurde eine leicht abgewandelte Fassung einer früheren Empfehlung wieder aufgenommen.

Nach Ziffer 6.3 Satz 1 soll über die gesetzliche Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung und Veröffentlichung von Geschäften in Aktien der Gesellschaft (Directors' Dealings) hinaus der Besitz von Aktien der Gesellschaft oder sich darauf beziehender Finanzinstrumente von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern angegeben werden, wenn er direkt oder indirekt größer als 1 % der von der Gesellschaft ausgegebenen Aktien ist.

Nach Ziffer 6.3 Satz 2 soll der Gesamtbesitz getrennt nach Vorstand und Aufsichtsrat im Corporate Governance Bericht angegeben werden, wenn der Gesamtbesitz aller Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder 1 % der von der Gesellschaft ausgegebenen Aktien übersteigt.

Gab es diese Empfehlung nicht bereits?

Die Empfehlung, Angaben zum Aktienbesitz der Organmitglieder im Corporate Governance Bericht zu machen, bestand bereits 2010, wurde im Rahmen der Kodex-Novelle 2012 gestrichen und ist nun wieder – in abgeänderter Form – eingefügt worden.

Bezieht sich die Empfehlung für den Corporate Governance Bericht nur auf Satz 2, also soll sie nur für den Fall gelten, dass der Gesamtbesitz 1 % übersteigt?

In der Fassung von 2010 war der Empfehlung, die Angaben im Corporate Governance Bericht zu machen, noch ein eigener Satz gewidmet, der sich ausdrücklich auf alle Angaben bezog. Die Empfehlung aus 2010 wurde jedoch nicht mit identischer Formulierung in den DCGK aufgenommen. Vielmehr erfasst die Empfehlung zur Angabe im Corporate Governance Bericht nur noch die Angaben in Satz 2. Es sollen damit nur noch Angaben zum Gesamtbesitz der beiden Organe Vorstand und Aufsichtsrat im Corporate Governance Bericht gemacht werden, wenn der Gesamtbesitz aller Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder 1 % der ausgegebenen Aktien übersteigt.

Fazit

Die auf den ersten Blick schwerverständlichen neuen Empfehlungen sind so angelegt, dass den Emittenten Spielräume eingeräumt werden, um eine für sich individuelle Lösung zu finden. Ohne den Sinn der einzelnen Empfehlungen beurteilen zu wollen, ist das zu begrüßen. Es bleibt aber abzuwarten, wie die Emittenten diese Spielräume für sich nutzen werden und wie die Regierungskommission darauf reagieren wird.

Sollten Sie zu diesem Thema weitere Fragen haben, stehen Ihnen die Autoren gerne zur Verfügung und sind für Rückmeldungen dankbar.

Impressum

© 2013, DIRK – Deutscher Investor Relations Verband e.V.
Reuterweg 81, 60323 Frankfurt
Tel.: +49 (0)69.95909490
Fax: +49 (0)69.959094999
E-Mail: info@dirk.org
www.dirk.org

Alle Rechte, einschließlich der Übersetzung in Fremdsprachen, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm, CD, Internet oder einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

DIRK – Deutscher Investor Relations Verband e.V.
Reuterweg 81, 60323 Frankfurt
Tel.: +49 (0)69.95909490
Fax: +49 (0)69.959094999
E-Mail: info@dirk.org
www.dirk.org