

# Die Vereinbarung von Kontrollwechselklauseln in Vorstandsverträgen

Der vorliegende Beitrag zeigt die gesetzlich bestehenden und richterlich bestätigten Möglichkeiten und Grenzen der Festsetzung und Änderung von Vorstandsvergütungen bei einem so genannten Kontrollwechsel, der oft auch mit dem Auswechseln zumindest von Teilen des bestehenden Vorstandes einhergeht, auf und ergänzt diese mit Hinweisen auf die „Verschärfungen“ durch neue gesetzliche Regelungen zur Angemessenheit von Vorstandsgehältern. Der Aufsatz richtet sich an Juristen, die einen Einstieg in das Thema suchen, sowie an Aufsichtsräte und deren Berater, Vorstände und Aktionäre.

## I. Einleitung

Ein erheblicher Anstieg der Vorstandsgehälter durch eine extreme Ausweitung variabler, an die kurzfristige Gewinn- bzw. Börsenkursentwicklung der Unternehmen gekoppelter Vergütungsbestandteile – insbesondere auch bei Versagen des Managements und unrühmlichem Abgang einzelner Vorstände – sorgte bei gleichzeitiger Pleitewelle, Insolvenzen, Massenentlassungen und staatlichen Rettungspaketen in der deutschen Presse und Öffentlichkeit für einen Sturm der Empörung. Namen von einst hochgelobten Topmanagern und Spitzenverdienern der deutschen Wirtschaft wurden zum Synonym für ein vermeintlich raffgieriges System, das Unternehmen ausbluten lässt und verantwortungslosen Managern dennoch phantastisch anmutende Gehälter, Abfindungen und Boni zufließen ließ, während Aufsichtsräte, Gerichte und Landesregierungen scheinbar tatenlos zusehen. Rufe nach strengeren Gesetzen wurden laut, denen Regierungskoalition und Gesetzgeber nachgegeben haben. Aber bereits vorher

waren gesetzliche Regularien vorhanden, umfangreiche Rechtsprechung zu Schadensersatzpflichten von Vorständen und Aufsichtsräten ergangen.

## II. Rechtsnatur und Zulässigkeit von Kontrollwechselklauseln

### 1. Rechtsnatur von Kontrollwechselklauseln (CiC-Klauseln)

Unter einer Kontrollwechselklausel (Change-in-Control- oder Change-of-Control-Klausel) wird üblicherweise ein schuldrechtliches Leistungsversprechen der Aktiengesellschaft an ihren Vorstand für den Fall der Beendigung der Vorstandstätigkeit aufgrund eines (im Einzelfall näher konkretisierten) Kontrollwechsels innerhalb der Gesellschaft verstanden.

Kontrolle innerhalb einer Aktiengesellschaft heißt, den Aufsichtsrat, und über diesen den Vorstand einer Aktiengesellschaft bestimmen zu können, m. a. W. über die Mehrheit in der Hauptversammlung zu verfügen.

Üblicherweise umfassen Kontrollwechselklauseln nicht nur Situationen, in denen die Kontrolle innerhalb einer AG wechselt, sondern auch solche Situationen, in denen die Kontrolle innerhalb einer AG erstmals erworben wird.<sup>1</sup>

Es handelt sich um eine anstellungsvertragliche (schuldrechtliche) Abfindungsregelung für bestimmte Fälle der Beendigung des Vor-

<sup>1</sup> Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005) 155, 170.

standsvertrages<sup>2</sup> und somit um einen Vergütungsbestandteil. Durch die schuldrechtliche ex ante Gewährung bereits bei Abschluss des Vorstandsvertrages unterscheiden sich CiC-Klauseln von solchen Abfindungen, die erst im Nachhinein aus Anlass der konkreten Beendigung des Vorstandsvertrages gewährt werden. Von ihrer Zielrichtung her unterscheiden sich CiC-Klauseln auch von so genannten „Abschreckungsvereinbarungen“<sup>3</sup>, die zwischen der AG und ihren Vorstandsmitgliedern abgeschlossen werden, um damit feindliche Übernahmen zu erschweren.<sup>4</sup>

## 2. Zulässigkeit von Kontrollwechselklauseln

Die h. M. in der Literatur hält CiC-Klauseln grundsätzlich für zulässig.<sup>5</sup>

Andere Stimmen in der Literatur sehen dagegen jedwede Abfindungszahlungen an Vorstände anlässlich eines vorzeitigen Ausscheidens (also auch im Rahmen von CiC-Klauseln) als rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam an. Es handele sich um eine verschleierte Doppelvergütung für ein und dieselbe Tätigkeit und damit in Wirklichkeit um eine ungerechtfertigte Anhebung der regulären Vergütung.<sup>6</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH in dem Mannesmann-Verfahren<sup>7</sup> aus dem Jahre 2006 darf man jedoch davon ausgehen, dass CiC-Klauseln nicht grundsätzlich unzulässig sind. Von einer umfassenden oder gar abschließenden Klärung der Frage, wann Sonderzahlungen anlässlich eines Kontrollwechsels „wasserdicht“ sind, ist die Rechtsprechung aber noch weit entfernt. Hinzuweisen ist zudem auf die Rechtsprechung des BGH zur Vereinbarung einer Abfindung für den Fall der außerordentlichen Kündigung des Geschäftsführers bzw. Vorstands aus wichtigem Grund durch eine GmbH<sup>8</sup> bzw. Genossenschaft.<sup>9</sup> die Vereinbarung einer solchen Abfindung sei unwirksam, weil sie das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde unzumutbar erschwere.

## III. Was heißt Kontrollwechsel?

Eine aktienrechtliche Definition des Kontrollwechsels/Kontrollerwerbs gibt es nicht. Üblicherweise wird darunter – wie bereits erwähnt – die Mehrheit in der Hauptversammlung und daraus abgeleitet, die Beherrschung (= Kontrolle) der Gesellschaft durch Bestimmung des Aufsichtsrates und im Weiteren des Vorstands verstanden. Eine negative Beherrschung des Unternehmens durch eine Sperrminorität wird üblicherweise nicht als Kontrolle in diesem Sinne verstanden.<sup>10</sup>

Eine übernahmerechtliche Definition von Kontrolle über eine Aktiengesellschaft findet sich in § 29 Abs. 2 WpÜG: „Kontrolle ist das Halten von mindestens 30 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft.“

Rein praktisch bedeutet Kontrollwechsel die (wie auch immer vermittelte) Möglichkeit, die personelle Besetzung des Leitungsorgans der Gesellschaft zu bestimmen. In der Regel führt dieser Weg von der (Mehrheit in der) Hauptversammlung über den Aufsichtsrat zum Vorstand.

Denkbar ist die Ausübung von Kontrolle innerhalb einer Hauptversammlung durch abgestimmtes Verhalten von Aktionären, die zusammen über die Mehrheit der Stimmrechte, mindestens aber 30 %, in der Hauptversammlung verfügen, das so genannte „acting in concert“. Das „acting in concert“ zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels mehrerer Aktionäre wird in der Regel auf informeller Basis, also verdeckt stattfinden.<sup>11</sup>

Denkbar ist daneben die Anknüpfung an konzernrechtliche Maßstäbe des Aktiengesetzes. § 16 AktG definiert die Mehrheitsbeteiligung, wenn einem Unternehmen die Mehrheit der Anteile (Kapitalmehrheit) oder Mehrheit der Stimmrechte (Stimmrechtsmehrheit) an einem anderen Unternehmen zusteht. § 17 AktG definiert den Abhängigkeitstatbestand: Ein rechtlich selbständiges Unternehmen ist abhängig, wenn es sich in einer Situation befindet, in der es der Möglichkeit einer mittelbaren oder unmittelbaren Beherrschung durch ein anderes Unternehmen ausgesetzt ist.<sup>12</sup> Ein beherrschender Einfluss kann auch bei einer unter 50 % liegenden Beteiligung gegeben sein, wenn weitere verlässliche Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art eine Abhängigkeit begründen. Dies kann der Fall sein, wenn die Hauptversammlungen einer AG erfahrungsgemäß so besucht sind, dass die unter 50 % liegende Beteiligung eines Großaktionärs regelmäßig ausreicht, um für einen längeren Zeitraum Beschlüsse mit einfacher Mehrheit durchzusetzen.<sup>13</sup> Tatsächliche Einflussnahme auf den Vorstand und seine Geschäftspolitik, die ein Großaktionär bei einer Gesellschaft, an der überwiegend Klein- und Kleinstaktionäre beteiligt sind, in hohem Maße ausüben kann, insbesondere wenn er ein oder mehrere Aufsichtsratsmandate besetzen kann, ist ebenfalls als beherrschender Einfluss i. S. v. § 17 Abs. 1 AktG anzusehen. Das Abhängigkeitsverhältnis nach § 17 AktG setzt dabei nicht die tatsächliche Ausübung der Herrschaft, sondern nur die deren Möglichkeit voraus.<sup>14</sup>

Ein beherrschender Einfluss im Sinne von § 17 AktG muss gesellschaftsrechtlich bedingt oder zumindest vermittelt sein. Eine durch Austauschbeziehungen, z. B. einen Kreditvertrag, begründete rein wirtschaftliche Abhängigkeit reicht hierfür nicht aus. Durch sie kann sich lediglich ein ohnehin schon bestehender gesellschaftsinterner Einfluss zu einem beherrschenden Einfluss verstärken.<sup>15</sup>

Der beherrschende Einfluss auf die Gesellschaft und damit die Kontrolle der Gesellschaft kann also von der jeweiligen Präsenz und/oder dem abgestimmten Verhalten von Aktionären in der Hauptversammlung abhängen.

Kontrollerwerb über eine Aktiengesellschaft ist auch auf anderem Wege denkbar, z. B. durch Eingliederung (§§ 319 ff. AktG), durch Rechtsformwechsel (etwa durch Umwandlung, § 190 UmwG, oder Fusionen, §§ 2 ff. UmwG) oder auch durch Abschluss eines Unternehmensvertrages als abhängige Gesellschaft (§§ 291 ff. AktG).

**PRAXISTIPP:** Für die vertragliche Gestaltung einer Kontrollwechselklausel muss nicht zwingend auf die Definition des § 29 Abs. 2 WpÜG zurückgegriffen werden, man kann stattdessen auch an andere Kriterien anknüpfen, z. B. an die in der Hauptversammlung effektiv gegebene Stimmrechtsmehrheit.<sup>16</sup>

2 Korts, AG 2006, 106, 106.

3 Auch „poison pills“ genannt.

4 Korts, AG 2006, 106, 107.

5 Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005), 155, 170 m. w. N. in Fn. 51.

6 Z. B. Martens, ZHR 169 (2005) 124, 143.

7 BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04 „Mannesmann“.

8 BGH, 3.7.2000 – II ZR 282/98 = BB 2000, 1751.

9 BGH, 17.3.2008 – II ZR 239/06 = BB 2008, 1812.

10 Fonk, in: Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 271.

11 Verdeckt u. a. auch deshalb, weil § 35 Abs. 1 iV m. § 30 Abs. 2 WpÜG bestimmt, dass die Anteile von gemeinsam agierenden Aktionären (= Bieter) zusammengerechnet werden und von ihnen ein Übernahmeangebot abgegeben werden muss, wenn ihr gemeinsamer Stimmrechtsanteil 30 % (vgl. § 29 Abs. 2 WpÜG) überschreitet.

12 Nach BGH, 17.3.1997 – II ZB 3/96 „VW“, BB 1997, 1548 = DB 1997, 1121, 1122.

13 BGH 17.3.1997 – II ZB 3/96 „VW“, BGHZ 135, 107, 114 = BB 1997, 1548 = DB 1997, 1121, 1122.

14 Hüfner, 8. Aufl. 2008, AktG, § 17 Rn. 6.

15 BGH, 26.3.1984 – II ZR 171/83 „BuM“, NJW 1984, 1883.

16 Fonk, in: Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 271.

## IV. Grundlagen der Vereinbarung von CiC-Klauseln

### 1. Erfordernis einer vertraglichen Grundlage

Grundsätzlich dürfen Zahlungen oder sonstige Zuwendungen der Gesellschaft an ihre Vorstandsmitglieder dann nicht erfolgen, und daher vom Aufsichtsrat nicht initiiert oder gebilligt werden, wenn dafür eine Grundlage im Anstellungsvertrag des jeweils begünstigten Vorstandsmitgliedes fehlt.<sup>17</sup> Soweit ein Vorstandsvertrag also eine CiC-Klausel von vornherein enthält, ist die vertragliche Grundlage unproblematisch.

Der BGH unterscheidet in seinem Mannesmann-Urteil<sup>18</sup> zwischen drei Kategorien nachträglicher Sonderzahlungen für den Vorstand:

- die von vornherein vereinbarte nachträgliche Vergütung;
- die nicht von vornherein vereinbarte nachträgliche Vergütung mit zukunftsbezogenem Nutzen für die Gesellschaft;
- die nicht von vornherein vereinbarte nachträgliche Vergütung ohne zukunftsbezogenen Nutzen für die Gesellschaft.

Überträgt man die Gedanken des BGH zu den Rechtsfolgen der drei Kategorien auf die CiC-Klausel, würde die Anwendung dieser dreiteiligen Abstufung bedeuten, dass bei ursprünglicher Vereinbarung einer solchen zusätzlichen Vergütung (bei Erfüllung aller weiteren Voraussetzungen, insbesondere der Anreizwirkung der Vergütung und der Angemessenheit der Vergütungshöhe) im Hinblick auf eine etwaige Pflichtverletzung durch den Aufsichtsrat und zur Zulässigkeit einer solchen Vergütung keine durchgreifenden Bedenken bestehen.

Ohne entsprechende vertragliche Regelung müsste eine nachträglich zuerkannten CiC-Vergütung durch zukunftsbezogene Vorteile zugunsten der Gesellschaft gerechtfertigt sein, um eine Pflichtverletzung durch den Aufsichtsrat aufgrund der Zuerkennung dieser Vergütung verneinen zu können.

Die drei entscheidenden Kriterien einer Sondervergütung anlässlich des Ausscheidens eines Vorstandsmitgliedes sind im Wesentlichen die ursprüngliche vertragliche Vereinbarung, die zukunftsbezogene Anreizwirkung und die Angemessenheit in der Höhe.

### 2. Schaffung der vertraglichen Grundlagen

#### a) Zuständigkeit für die Vereinbarung von Kontrollwechselklauseln

Nach § 112 AktG kommt dem Aufsichtsrat für alle Rechtsgeschäfte mit Vorstandsmitgliedern eine ausschließliche Vertretungsmacht für die Gesellschaft zu.<sup>19</sup> Eine Änderung des Vorstandsvertrages obliegt daher ebenso wie der Abschluss und die Beendigung des Vorstandsvertrages allein dem Aufsichtsrat.

Der Aufsichtsrat hat bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung stets im Unternehmensinteresse zu handeln, insbesondere den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Nachteile von ihr abzuwenden. Es handelt sich dabei um die Pflicht des Aufsichtsrates, fremde Vermögensinteressen (die der Aktiengesellschaft) wahrzunehmen. Der Aufsichtsrat hat jede Vergütungsentscheidung am Wohl der Gesellschaft zu orientieren. Er hat zudem die Angemessenheitsparameter des § 87 Abs. 1 AktG zu wahren.

#### b) Zeitpunkt der Vereinbarung von nachträglichen Kontrollwechselklauseln

Die Dauer der Bestellung von Vorstandsmitgliedern beträgt gem. § 84 Abs. 1 AktG maximal fünf Jahre, wobei eine wiederholte Bestellung

oder Verlängerung der Amtszeit auf weitere 5 Jahre zulässig ist. Dafür ist jedoch ein erneuter Aufsichtsratsbeschluss erforderlich, der frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefasst werden kann. Entsprechendes gilt für die schuldrechtlichen Anstellungsverträge der Vorstände, die jedoch eine automatische Verlängerungsklausel bei wiederholter Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit enthalten können. Ein Verstoß gegen § 84 Abs. 1 S. 3 AktG führt nach allgemeiner Meinung zur Unwirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses und kann daher weder eine wirksame Verlängerung der Amtszeit noch eine wirksame Verlängerung (oder Neufassung) des Anstellungsvertrages des Vorstandes begründen.<sup>20</sup>

In der Praxis anzutreffen, aber umstritten ist die Vorgehensweise, einen Vorstand vorzeitig wieder zu bestellen, indem zunächst das Amt durch den Vorstand (einvernehmlich) niedergelegt wird und unmittelbar anschließend eine Neubestellung durch den Aufsichtsrat erfolgt. Trotz gewisser Bedenken wird dieses Vorgehen als zulässig erachtet.<sup>21</sup>

Zwar lässt sich aus § 87 AktG kein Verbot einer nachträglichen Erhöhung der Vorstandsbezüge ableiten. Es bleibt allerdings festzustellen, dass bei einer nachträglichen Erhöhung der Bezüge die Prüfung der Angemessenheit umso sorgfältiger auszufallen hat.<sup>22</sup> Haben sich Vorstand und Aufsichtsrat im Anstellungsvertrag auf eine Vergütung geeinigt, die sie als angemessen werten, dann lässt sich regelmäßig kaum begründen, dass ex post die geleisteten Dienste z. B. mehr als ein Dreifaches wert gewesen sein sollen.<sup>23</sup> Eine nachträgliche (also während der Laufzeit des Vertrages) vorgenommene Änderung im Sinne der Vereinbarung einer vorher nicht vorhandenen CiC-Klausel unterliegt also in besonderem Maße den Angemessenheitsanforderungen und der Frage nach dem zukunftsbezogenen Nutzen dieser Zahlung.

Nach der förmlichen Bekanntgabe der Absicht eines Übernahmeangebotes (§ 10 WpÜG) und dem dadurch ausgelösten Verhinderungsverbot (§ 33 WpÜG) muss bei der dann erfolgten Vereinbarung einer CiC-Klausel zusätzlich geprüft werden, ob dies eine gem. § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG verbotene Handlung darstellt,<sup>24</sup> was in der Literatur z. T. unter Hinweis auf § 33 Abs. 1 S. 2 WpÜG grundsätzlich verneint wird.<sup>25</sup>

### 3. Inhaltliche Vorgaben für die vertragliche Grundlage

#### a) Wahrung des Unternehmensinteresses

Der Aufsichtsrat hat bei der Vereinbarung und Bemessung der Vorstandsvergütungen im Interesse des Unternehmens zu handeln. Dem Aufsichtsrat ist dabei ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet.<sup>26</sup> Aus der Natur der Vergütungsentscheidung als unternehmerische Entscheidung mit prognostischen Elementen folgt, dass dem Aufsichtsrat bei dieser Entscheidung eine Einschätzungsprärogative zusteht.

17 Mertens, in: Kölner Komm AktG, Bd 2 §§ 76–117 AktG, 2. Aufl. 1996, § 93 Rn 62; Hüffer, BB 2003, Beil. 7, 1, 18 m w N.

18 Welches sich zwar nicht mit Vergütungen aufgrund einer CiC-Klausel befasste, aber dennoch grundsätzliche rechtliche Bewertungen enthält und damit Einfluss auf Vorstandsvergütungen jeglicher Art hat

19 Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 112 Rn 3.

20 Bauer/Arnold, DB 2006, 260.

21 Bauer/Krets, DB 2006, 811, 817 m w N. für die Bedenken in Fn. 65 und die Befürworter in Fn. 66.

22 Hefermehl/Spindler, in: MünchKomm AktG, Bd 3, 2. Aufl. 2004, § 87 Rn 15; Thüsing, ZGR 2003, 457, 504.

23 Thüsing ZGR 2003, 547, 504.

24 Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005), 155, 171.

25 Bauer/Krets, DB 2006, 811, 816: Eine CiC-Klausel sei keine unzulässige Abwehrmaßnahme nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG, da der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft zugestimmt habe und daher eine der Ausnahmen des § 33 Abs. 1 S. 2 WpÜG vorliege.

26 BGH, 21.12.2005 - 3 StR 470/04 „Mannesmann“

Das Unternehmensinteresse ist in der Rechtsprechung bei unternehmerischen Entscheidungen im Aktienrecht als verbindliche Richtlinie anerkannt und basiert auf dem allgemeinen Grundsatz des Zivilrechts, dass derjenige, der fremdes Vermögen zu betreuen hat, ausschließlich und uneingeschränkt im Interesse des Vermögensinhabers handeln muss und das anvertraute Vermögen nicht nutzlos hingeben darf.<sup>27</sup> Was das Unternehmensinteresse inhaltlich bedeutet, lässt sich weder abstrakt noch für den Einzelfall genau festlegen. Generell kann man festhalten, dass das Unternehmensinteresse allgemein darauf gerichtet ist, die Selbsterhaltung, die innere Stabilität und den Erfolg des Unternehmens am Markt zu sichern.<sup>28</sup> Unter dem Unternehmensinteresse werden in der juristischen Literatur in erster Linie der Bestand und die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens verstanden,<sup>29</sup> wobei Letzteres i. d. R. ausschlaggebend sein wird. Dabei muss die dauerhafte Rentabilität von der kurzfristigen Gewinnmaximierung abgegrenzt werden.<sup>30</sup>

#### b) Angemessenheit der Vorstandsvergütung

Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der Angemessenheit von Vorstandsvergütungen gem. § 87 AktG ist – soweit ersichtlich – noch nicht gefällt worden,<sup>31</sup> so dass hier allein auf die juristische Literatur und die BGH-Rechtsprechung zur Vergütung von GmbH-Geschäftsführern zurückgegriffen werden muss. Dies dürfte sich sicherlich angesichts des am 5.8.2009 in Kraft getretenen Gesetzes über die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen<sup>32</sup> bald ändern. Danach muss die Vergütung des Vorstands einer Aktiengesellschaft künftig auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstands stehen und darf die (branchen- oder landes-)übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen; dies gilt auch für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art (§ 87 Abs. 1 S. 1 und 4 AktG). Variable Vergütungsbestandteile sollen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben; für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren (§ 87 Abs. 1 S. 3 AktG). Die Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Vergütung bei einer Verschlechterung der Lage des Unternehmens nachträglich zu reduzieren (bisher: § 87 Abs. 2 S. 1 AktG), wird erweitert (zukünftig: § 87 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG). Die Herabsetzung von Ruhegehältern ist auf die ersten drei Jahre nach dem Ausscheiden des betroffenen Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft befristet (§ 87 Abs. 2 S. 2 AktG). Eine die Herabsetzung ermöglichende Verschlechterung soll zum Beispiel vorliegen, wenn die Gesellschaft Entlassungen vornehmen muss, keine Gewinne mehr ausschütten kann und die Weiterzahlung der Vergütung für die Gesellschaft „unbillig“ wäre. Eine Insolvenz soll dafür nicht erforderlich sein.<sup>33</sup>

Aktionäre und Gläubiger sollen durch § 87 Abs. 1 AktG davor geschützt werden, dass durch übermäßige Bezüge der Vorstandsmitglieder das Gesellschaftsvermögen geschmälert wird.<sup>34</sup> Bei der Angemessenheitsprüfung muss die gesamte dem Vorstand gewährte Vergütung einbezogen werden einschließlich der im Falle eines Kontrollwechsels zugesagten Leistungen. Die in Klammern gesetzte Aufzählung von Vergütungsbestandteilen ist nicht abschließend. Jedes der Vergütungselemente muss sowohl für sich allein als auch als Gesamtheit mit den übrigen Elementen angemessen sein.<sup>35</sup> Einzubeziehen sind weitere Vergütungen, die der Vorstand innerhalb eines Konzerns insgesamt erhält.<sup>36</sup>

Bei der konkreten Bemessung der Vergütung können Zahlenvergleiche mit anderen Unternehmen nur bedingt weiter helfen, da nach dem Wortlaut der Vorschrift die Maßstäbe ganz individuell zu setzen sind, nämlich anhand der vom Vorstand zu bewältigenden Aufgaben und der Lage der Gesellschaft. Durch ersteren Anknüpfungspunkt wird Bezug genommen auf die ganz speziellen, unternehmensgeprägten Aufgaben, denen der Vorstand in genau diesem Unternehmen gegenübersteht. Dies kann auch in ein- und derselben Branche und bei ähnlichen Unternehmenszahlen durchaus erheblich unterschiedlich sein. Durch letzteren Anknüpfungspunkt soll verhindert werden, dass die Gesellschaft Managementdienstleistungen „einkauft“, die sie sich finanziell nicht leisten kann.

Dennoch wird der Fremdvergleich mit anderen (vergleichbaren) Unternehmen in der Literatur häufig als ein Angemessenheitskriterium herangezogen, wobei der Fremdvergleich jedoch immer nur ein Anhaltspunkt von vielen sein kann.<sup>37</sup> Denn der BGH hat in einer Entscheidung über die Angemessenheit der Vergütung eines GmbH-Geschäftsführers den Vorrang der individuellen Einzelfallentscheidung unter Einbeziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalls<sup>38</sup> ausdrücklich hervorgehoben.

**PRAXISTIPP:** Nicht nur die zu erbringenden oder bereits erbrachten Tätigkeiten des Geschäftsführers spielen dabei eine Rolle, sondern ergänzend die Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens: Art, Größe, Leistungsfähigkeit des Betriebes; Alter, Ausbildung, Berufserfahrung und Fähigkeiten des Geschäftsführers; Umfang und Bedeutung seiner Tätigkeit. Es empfiehlt sich, dieses schriftlich festzuhalten.

Der Deutsche Corporate Governance Kodex<sup>39</sup> formuliert in Ziffer 4.2.2. als Kriterien für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung die Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds, seine persönliche Leistung, die wirtschaftliche Lage, Erfolg und Zukunftsaussichten des Unternehmens und die Üblichkeit der Vergütung unter Berücksichtigung des Vergleichsumfeldes und der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt. Für Abfindungen anlässlich des Ausscheidens eines Vorstandsmitglieds sieht der Deutsche Corporate Governance Kodex in Ziffer 4.2.3. vor, dass bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit ohne wichtigen Grund die Abfindung einschließlich Nebenleistungen den Wert von zwei Jahresvergütungen nicht überschreiten (Abfindungs-Cap) und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages vergütet werden soll. Eine Zusage für Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge eines Kontrollwechsels (Change of Control) soll 150% des Abfindungs-Caps nicht übersteigen.

27 BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04 „Mannesmann“.

28 Fönk, in: Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 12 Rn 93 m. w. N.

29 Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 76 Rn. 13.

30 Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 76 Rn. 14.

31 In dem Mannesmann-Urteil des BGH wird auf die Frage der Angemessenheit gem. § 87 AktG nicht im Einzelnen eingegangen.

32 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509 ff.

33 Vgl. Pressemitteilung des BMJ vom 18.6.2009 zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), abrufbar auf der Homepage des BMJ.

34 Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 87 Rn. 1; Thüsing, ZGR 2003, 457, 459; Körner, NJW 2004, 2697, 2698; Brauer, NZG 2004, 502, 503; „Schutz vor einem unwirtschaftlichen Geschäft“.

35 Körner, NJW 2004, 2697, 2698.

36 Spindler, DStR 2004, 36, 39.

37 Dafür: Brauer, NZG 2004, 502, 504, Dreher, AG 2002, 219, Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97, 100; dagegen: Thüsing, ZGR 2003, 470.

38 BGH, 14.5.1990 – II ZR 126/98, BGHZ 111, 224 ff. = NJW 1990, 2625 f.

39 Aktuelle Fassung vom 18.6.2009, bekannt gemacht am 5.8.2009 durch das Bundesministerium der Justiz.

## c) Sonstige Kriterien

Weitere Negativkriterien, die vom BGH<sup>40</sup> in einem Urteil anlässlich der Beurteilung von Spenden einer Aktiengesellschaft herausgearbeitet wurden und die bei der Frage, ob eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates vorliegt, als gesellschaftsrechtliche Vorfrage für die anschließende Prüfung der Strafbarkeit einzubeziehen sind, sind:

- fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand,
- Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage des Unternehmens,
- fehlende innerbetriebliche Transparenz (u.a. § 107 Abs 2 S. 1 AktG) sowie
- Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich Verfolgen rein persönlicher Präferenzen.

**PRAXISTIPP:** Bei weit gefassten Leistungszusagen im Falle eines vorzeitigen Ausscheidens sollte ein Angemessenheitsvorbehalt eingefügt werden, wonach die Gesellschaft bei Fälligkeit der versprochenen Leistungen nach § 242 BGB („Treu und Glauben“) die Zusage auf ein angemessenes Maß herabsetzen oder vollends verweigern darf.<sup>41</sup>

## V. Folgen rechtswidriger Kontrollwechselklauseln

### 1. Rechtsfolgen für die Vergütung

Nach h.M. führt ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot des § 87 AktG nicht zur Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Abfindungsklausel gem. § 134 BGB, so dass dem Vorstand der schuldrechtliche Anspruch auf Zahlung der unangemessenen hohen Vergütung zusteht. In Betracht kommt in diesem Fall jedoch eine Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrates gemäß §§ 116, 93 AktG.<sup>42</sup>

Eine Nichtigkeit der unangemessen hohen Vergütungsvereinbarung kann nur bei Vorliegen „besonderer Umstände“ im Sinne von Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB vorliegen.<sup>43</sup> Das bedeutet, dass der Vorstand aufgrund wirksamer Vereinbarung einen Anspruch auf Zahlung gegen die Gesellschaft hat, der Aufsichtsrat der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des durch diese Zahlung entstandenen Schadens verpflichtet ist. Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands hingegen wird von der h.M. verneint,<sup>44</sup> so dass der Aufsichtsrat im Falle einer solchen Pflichtverletzung alleiniger Schadensersatzverpflichteter ist.

### 2. Zivilrechtliche Haftung des Aufsichtsrates

Eine Sorgfaltspflichtverletzung gem. §§ 116, 93 AktG durch Verstoß gegen § 87 AktG durch Gewährung einer unangemessenen Vergütung begründet einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrates.

Eine Pflichtverletzung liegt gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dann nicht vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese so genannte *Business Judgment Rule* schließt eine Erfolgshaftung von Organmitgliedern gegenüber der Gesellschaft aus, soweit es sich um einen Fehler im Rahmen des unternehmerischen Ermessens- und Handlungsspielraumes handelt. Voraussetzungen hierfür sind, dass das handelnde bzw. entscheidende Organmitglied gutgläubig war und das Handeln bzw. die Entscheidung ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, zum Wohle der Gesellschaft und auf der Grundlage ange-

messener Informationen erfolgte. Eine besondere Schärfe in der Haftung liegt in der Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG. Danach muss die AG lediglich nachweisen, dass ein bestimmtes Handeln eines Organs adäquat kausal zu einem Schaden der Gesellschaft geführt hat. Dem Organ obliegt dann in Abweichung von den allgemeinen Regeln die Beweislast nicht nur für fehlendes Verschulden, sondern auch für die fehlende Pflichtwidrigkeit der schädigenden Handlung.<sup>45</sup>

Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 116, 93 AktG beträgt fünf Jahre und beginnt, sobald der Anspruch durch Klage geltend gemacht werden kann und der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsauslösenden Umständen erlangt, §§ 93 Abs. 6 AktG, 199 Abs. 1 BGB.<sup>46</sup>

Wird – wie im Mannesmann-Verfahren – eine Strafbarkeit des Aufsichtsrates wegen Untreue festgestellt, könnte dies in zivilrechtlicher Hinsicht neben der Schadensersatzpflicht der §§ 116, 93 AktG auch die Anwendbarkeit der Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB wegen unerlaubter Handlung eröffnen. Diese Ansprüche verjähren innerhalb von drei Jahren ab Ende des Kalenderjahres der Anspruchsentstehung und Kenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Tatsachen, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. Die Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrates bei der Festsetzung einer unangemessenen Vergütung wurde durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)<sup>47</sup> ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen (§ 116 S. 2 AktG). Damit wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die angemessene Vergütungsfestsetzung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und er für Pflichtverstöße persönlich haftet.<sup>48</sup>

### 3. Strafbarkeit des Aufsichtsrates

Nicht jede Vergütungsentscheidung, die im Ergebnis zu einer Schädigung der Gesellschaft führt, ist eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates. Wie bereits oben erwähnt, ist die Vergütungsentscheidung – wie jede unternehmerische Führungs- und Gestaltungsentscheidung – eine Aufgabe, die einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Bei unternehmerischen Entscheidungen gilt es i.d.R. eine zukunftsbezogene Gesamtabwägung von Chancen und Risiken zu treffen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr einer erst nachträglich erkennbaren Fehlbeurteilung enthält. Eine Pflichtverletzung bei einer im Ergebnis schädigenden Vergütungsentscheidung durch den Aufsichtsrat wird also so lange nicht vorliegen, wie die Grenzen eines „von Verantwortungsbewusstsein getragenen, ausschließlich am Unternehmenswohl orientierten, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhenden unternehmerischen Handelns“ nicht überschritten werden.<sup>49</sup>

**PRAXISTIPP:** Eine – zugunsten des Aufsichtsrates strafrechtlich im Sinne eines Einverständnisses bedeutsame – Anerkennung der an sich strafbaren

40 BGH, 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187, 197

41 Bauer/Arnold, DB 2006, 546, 549.

42 Bauer/Arnold, DB 2006, 546 m.w.N. für die h.M. in Fn. 10.

43 Spindler, DStR 2004, 36, 42; Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 87 Rn. 5.

44 So Bauer/Arnold, DB 2006, 546 m.w.N. für die h.M.; für eine Schadensersatzpflicht des Vorstandes aus § 93 Abs. 2 AktG, wenn er eine unangemessen hohe Vergütung annimmt: Körner, NJW 2004, 2697, 2699.

45 Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 16 m.w.N.

46 Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 37.

47 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509 ff.

48 Vgl. Pressemitteilung des BMJ vom 18.6.2009 zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), abrufbar auf der Homepage des BMJ.

49 BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04 „Mannesmann“.

Vergütungsregelung durch den Alleinaktionär oder die Gesamtheit der Aktionäre kann durch einen ordnungsgemäßen und wirksamen HV-Beschluss über Verwendung des Bilanzgewinns – allerdings nur vor der Tat – erfolgen.

#### 4. Absicherung der Haftungsrisiken durch D&O Versicherung

Eine Absicherung von strafrechtlichen Risiken ist nicht möglich.

Eine Absicherung der zivilrechtlichen Haftung von Organmitgliedern ist durch eine D&O Versicherung möglich. Dabei hängt es jedoch von dem konkreten Inhalt des Versicherungsvertrages ab, welche Handlungen bzw. welche Risiken im Einzelnen abgesichert sind und welche Sachverhalte von der Versicherung ausgeschlossen sind.

So bestehen bei den Versicherungsprodukten bereits Unterscheide dahingehend, ob jedwedes Handeln des versicherten Organs vom Versicherungsschutz umfasst ist oder nur die Tätigkeiten, die aus der unmittelbaren Organstellung heraus erfolgen.

Der Abschluss von Vergütungsvereinbarungen mit dem Vorstand ist ureigenste Aufgabe des Aufsichtsrates und dürfte daher in den meisten Fällen ohne Weiteres zum versicherten Handeln gehören.

Bei den derzeit am Markt befindlichen Versicherungsmodellen für eine D&O Versicherung handelt es sich hauptsächlich um Versicherungen, die das Risiko der nach deutschem Recht hauptsächlich relevanten Innenhaftung, also der Haftung der Organe gegenüber ihrer Gesellschaft abdecken. Versicherungsrechtlich liegt eine Haftpflichtversicherung vor, für die §§ 149 ff. VVG einschlägig sind.

Die Versicherung umfasst häufig – wie bei Haftpflichtversicherungen üblich – den Anspruch auf Abwehr unberechtigter Ansprüche und die Befriedigung berechtigter Ansprüche. Wird also das Organmitglied von seiner (i. d. R. ehemaligen) Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen, wird der Versicherer zunächst juristisch prüfen lassen (ggf. im Rahmen eines Klageverfahrens), ob die erhobenen Ansprüche begründet sind.

Von der Versicherung ausgeschlossen sind gem. § 152 VVG (nur) vorsätzliche Schadensherbeiführungen. Allerdings ist § 152 VVG abdingbar, so dass die einzelnen D&O Versicherungen genauestens auf etwaige weitergehende Ausschlussgründe zu prüfen sind. Von Bedeutung ist z. B. der Ausschluss bei wissentlichem Verstoß gegen Satzungsbestimmungen, ohne dass es hierbei auf einen eventuellen Schädigungsvorsatz ankäme. Zu prüfen ist weiter der zeitliche Umfang des Versicherungsschutzes, also ob er sich z. B. auch auf Pflichtverletzungen vor Abschluss des Versicherungsvertrages bezieht, deren Folgen erst während der Versicherungszeit auftreten oder geltend gemacht werden. Gleiches gilt für etwaige Versicherungsfälle, die erst nach Ablauf der Versicherungszeit geltend gemacht werden, die ursächliche Pflichtverletzung aber noch während der Vertragslaufzeit stattgefunden hat.

Zukünftig wird aufgrund des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)<sup>50</sup> beim Abschluss von D&O Versicherungen für Vorstände ein Selbstbehalt von mindestens 10% der Schadenssumme bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitgliedes zu vereinbaren sein (§ 93 Abs. 2 S. 3 AktG)<sup>51</sup>.

**PRAXISTIPP:** Im konkreten Einzelfall ist eine eingehende Prüfung der konkreten Versicherungsbedingungen durch den Anwalt unerlässlich.

## VI. Gestaltungsmöglichkeiten von Kontrollwechselklauseln

### 1. Mögliche Anknüpfungspunkte für einen Kontrollwechsel<sup>52</sup> und dessen Kenntnisnahme durch den Vorstand

Wie der Vorstand vom Eintreten der Voraussetzungen seiner CiC-Klausel erfährt, hängt davon ab, welche Definition des Kontrollwechsels seine Klausel konkret vorsieht und welche objektiven Kriterien als anspruchsauslösende Elemente vereinbart wurden. Nachfolgend werden mögliche Kontrollwechseldefinitionen dahingehend überprüft, wie der Vorstand vom Eintreten der Voraussetzungen erfahren kann.

**PRAXISTIPP:** Es sollte immer darauf geachtet werden, dass in der vertraglichen Abrede die Anknüpfungspunkte so konkret festgeschrieben werden, dass sie (auch für einen außenstehenden Dritten – z. B. einen Richter) objektiv feststellbar sind.

#### a) Überschreitung der 30%-Schwelle („Kontrollerwerb“) durch einen Bieter

Der Bieter, der 30% oder mehr an Stimmrechten – und damit die Kontrolle im Sinne des WpÜG – über die Zielgesellschaft erlangt, muss dies unverzüglich, spätestens innerhalb von sieben Kalendertagen in einem überregionalen Börsenpflichtblatt oder einem weit verbreiteten elektronischen Informationsverbreitungssystem veröffentlichen, §§ 29 Abs. 2, 35 Abs. 1 S. 1, 30 Abs. 2 S. 1 WpÜG. Die Kenntnisnahme wäre also dem Vorstand aufgrund dieser gesetzlich zwingenden Veröffentlichung möglich.

Aber: Das WpÜG ist gemäß seinem § 1 anwendbar nur auf Zielgesellschaften, deren Aktien zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind, also gem. § 2 Abs. 7 WpÜG nicht auf im Freiverkehr gehandelte Unternehmen.

Eine Kenntniserlangung durch den Vorstand einer nicht den Bestimmungen des WpÜG unterliegenden Gesellschaft ist daher mangels einschlägiger gesetzlicher Veröffentlichungspflicht nicht gewährleistet.

#### b) Überschreitung einer Schwelle gem. §§ 21, 22 WpHG

Wer durch Erwerb, Veräußerung oder auf sonstige Weise 3 Prozent, 5 Prozent, 10 Prozent, 15 Prozent, 20 Prozent, 25 Prozent, 30 Prozent, 50 Prozent oder 75 Prozent der Stimmrechte an einem Emittenten erreicht, überschreitet oder unterschreitet, hat dies unverzüglich, spätestens innerhalb von vier Handelstagen dem Emittenten unter Beachtung der Zurechnungsvorschriften des § 22 Abs. 1 und 2 WpHG mitzuteilen. Das Eintreten einer CiC-Klausel, die an einen Schwellenwert des § 21 WpHG anknüpft,<sup>53</sup> würde dem betreffenden Vorstand durch die Mitteilung des Meldepflichtigen bekannt werden.

Aber: Als börsennotierte Gesellschaften gelten dabei gem. § 21 Abs. 2 WpHG nur Gesellschaften, deren Aktien zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind. Hierzu zählen gem. § 2 Abs. 5 WpHG nicht die im Freiverkehr gehandelten Unternehmen.

<sup>50</sup> Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509 ff.

<sup>51</sup> Vgl. dazu *Olbrich/Kassing*, BB 2009, 1659.

<sup>52</sup> *Bauer/Krets*, DB 2003, 811, 816; *Dreher*, AG 2002, 241, 218.

<sup>53</sup> Wobei streitig ist, ob bei 25% bereits von Kontrollerwerb zu sprechen ist, i. E. wird die Sperrminorität als solche für eine Kontrolle nicht ausreichen, vgl. *Fonk*, in: *Semler/v. Schenk*, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 271.

Probleme entstehen auch beim „Heranschleichen“ mittels Swap Geschäften, die keinen Anspruch auf Übertragung der Aktienposition der Bank enthalten.<sup>54</sup>

Eine Kenntniserlangung durch den Vorstand einer nicht den Bestimmungen des WpHG unterliegenden Gesellschaft ist daher mangels einschlägiger gesetzlicher Mitteilungspflicht nicht gewährleistet.

## c) Erwerb von Mehrheitsbeteiligung § 16 AktG/ Abhängigkeit § 17 AktG

Der Aktienbesitz von mehr als 25 % ist unverzüglich der betreffenden Aktiengesellschaft mitzuteilen, § 20 Abs. 1 AktG. Rechtsfolge der Verletzung der Mitteilungspflicht ist der Eintritt einer Ausübungssperre, d.h. der mitteilungspflichtige Aktionär kann seine Rechte aus den Aktien nicht ausüben,<sup>55</sup> solange er seiner Mitteilungspflicht nicht nachkommt.<sup>56</sup>

Aber: Mitteilungspflichtig im Sinne von § 20 AktG ist nicht der Privataktionär, sondern nur der Unternehmensaktionär (anders bei den Mitteilungspflichten nach §§ 21 ff. WpHG).

Eine Kenntniserlangung durch den Vorstand ist daher mangels einschlägiger gesetzlicher Mitteilungspflicht nicht für alle Fälle gewährleistet.

## d) Weitere Anknüpfungspunkte

Als weitere mögliche Anknüpfungspunkte kommen der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages nach § 291 AktG, eines Eingliederungsvertrages nach § 319 AktG oder eine Umwandlung der Gesellschaft nach dem Umwandlungsgesetz in Betracht. Falls ein solcher Tatbestand Gegenstand einer CiC-Klausel sein soll, dürfte dies i. d. R. deswegen unproblematisch sein, weil der Vorstand derjenige ist, der (ggf. unter Beachtung etwaiger Zustimmungserfordernisse seitens des Aufsichtsrats) diese Verträge für die Gesellschaft abschließen bzw. die Umwandlungsvorgänge durchführen wird.

Problematisch ist die Situation also immer, wenn der Kontrollenerwerb nicht zwingend mitteilungs- oder veröffentlichungspflichtig ist. Für diese Fälle müssen also (ev. kumulativ) objektive und erkennbare Kriterien geschaffen werden, um den Kontrollwechsel/-erwerb für den Vorstand sichtbar zu machen.

Wenn ein Privataktionär eine als Kontrollwechsel definierte Schwelle von Anteilen oder Stimmrechten überschreitet, wird der Vorstand dies entweder dann erkennen, wenn ihm (sozusagen freiwillig) davon Mitteilung gemacht wird (dann unproblematisch) oder auf der Hauptversammlung, wenn der betreffende Großaktionär dort in Erscheinung tritt. Laut Satzung haben die Aktionäre zur Teilnahme an der Hauptversammlung ihren Anteilsbesitz und ihre Stimmrechte der Gesellschaft im Vorfeld mitzuteilen. Sie könne sich allerdings auch vertreten lassen.

Ein möglicher Anknüpfungspunkt wäre also neben der Überschreitung einer bestimmten Anteilsschwelle (z. B. 30 %) die Kenntniserlangung hiervon durch den Vorstand (ggf. unerheblich, wie der Vorstand Kenntnis erlangt). Z. B. könnten die Rechte des Vorstands, die sich aus der CiC-Klausel ergeben, im Sinne einer zeitlichen Ausübungsbegrenzung nicht schon bei dem Kontrollenerwerb/Kontrollwechsel, sondern erst dann beginnen, wenn der Vorstand positive Kenntnis davon erhält.

**PRAXISTIPP:** Um die Kenntnis nicht in das Belieben des Vorstands zu stellen, sollte über bestimmte Vermutungstatbestände nachgedacht wer-

den, z. B. bei freiwilliger Mitteilung/Veröffentlichung eines solchen Aktionärs analog den wertpapierrechtlichen Pflichten nach WpHG, WpUG und natürlich bei Mitteilungen gemäß § 20 AktG oder bei entsprechender Anmeldung eines solchen Aktionärs zur Hauptversammlung

Nicht gelöst ist damit aber das Problem verdeckter Zurechnung von Stimmrechten oder eines faktischen *acting in concert*, welches typischerweise auch verdeckt bleibt. Als Grundlage für eine CiC-Klausel taugt die Anknüpfung an § 35 WpUG nicht, da es höchst unsicher und streitig ist und als anspruchsauslösendes Tatbestandsmerkmal aufgrund seiner Unsicherheit völlig ungeeignet erscheint.

Eine weitere Möglichkeit, etwaige Kontrollwechselvorgänge überwachen zu können, wäre die Umstellung von Inhaberaktien auf Namensaktien. Dann wäre es für den Vorstand (und den Aufsichtsrat sowie die anderen Aktionäre) problemlos möglich, einen Kontrollwechsel, der auf dem Erwerb von Aktien in einer bestimmten Größenordnung beruht, zu erkennen.

## 2. Weitere zu berücksichtigende Umstände für die Klauselgestaltung

Geprüft werden sollte, ob die Rechtsfolgen der CiC-Klausel neben dem Eintritt eines definierten Kontrollwechsels auch noch von weiteren kumulativen Umständen abhängig gemacht werden soll, um etwaigen Missbrauchsverdacht von vornherein auszuschließen. Dies wird immer dann erforderlich sein, wenn die CiC-Klausel dem Vorstandsmitglied ein einseitiges Sonderkündigungsrecht einräumt. Wenn lediglich eine einseitige Willenserklärung seitens des Vorstandes genügt, um in den Genuss der vorgesehenen Leistungen zu kommen, könnte dies als eine sehr unangemessene Regelung zu Lasten der Gesellschaft betrachtet werden. Es gibt Stimmen in der juristischen Literatur, die die Einräumung eines einseitigen Sonderkündigungsrechtes des Vorstandes in einer CiC-Klausel für grundsätzlich unzulässig halten.<sup>57</sup>

Ein Sonderkündigungsrecht des Vorstands kommt beispielsweise in Betracht, wenn der Kontrollwechsel die Stellung des Vorstands erheblich beeinträchtigt.<sup>58</sup>

**PRAXISTIPP:** Grundsätzlich sollte die Abberufung aus dem wichtigen Grund der schuldhaften Pflichtverletzung des Vorstands ausgenommen werden.

## 3. Mögliche Rechtsfolgen aufgrund CiC-Klausel

### a) Die Auszahlung des noch laufenden Vertrages

Die Auszahlung des vorzeitig beendeten Vertrages, d. h. die Abgeltung der kapitalisierten Bezüge für die restliche Vertragslaufzeit, wird nach einhelliger Auffassung in der Literatur auch ohne besondere Regelung zu erfolgen haben.<sup>59</sup>

Angesprochen wird in diesem Zusammenhang häufig die Abzinsung des kapitalisierten Betrages (z. B. 4–6 % p. a.), die allerdings manch-

<sup>54</sup> Vgl. Vorgehensweise der Schaeffler KG bei der Conti AG.

<sup>55</sup> Ausnahme: Gewinnbezugsrecht

<sup>56</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Gesellschaft das Überschreiten der Schwelle durch diesen Aktionär aus anderer Quelle bereits bekannt ist

<sup>57</sup> Martens, ZHR (169) 2005, 124, 140

<sup>58</sup> Beispiele für eine wesentliche Berührung der Vorstandsposition bei *Dorwächter/Trafkowski*, NZG 2007, 846, 847; Änderung des Ressortzuschnitts, Einschränkung der Zuständigkeit des Vorstandsmitglieds oder Sitzverlagerung der Gesellschaft; gegen die Vereinbarung von einseitigen Sonderkündigungsrechten für Vorstände *Fonk*, in: Semler/v. Schenk, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 272, der in solchen Formulierungen zuviel Zündstoff sieht und letztlich davon abrät.

<sup>59</sup> *Fonk*, in: Semler/v. Schenk, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 273.

mal als Ausgleich für nicht mehr zu realisierende zukünftige Vergütungserhöhungen unterleibt.<sup>60</sup> Auch wird häufig ein pauschaler Abzug für anderweitigen Erwerb innerhalb der restlichen Vertragslaufzeit vereinbart. Da aber § 615 S. 2 BGB, der diesen Grundgedanken normiert, grundsätzlich abdingbar ist, kann eine solche pauschale Anrechnung auch ausgeschlossen werden.<sup>61</sup>

**PRAXISTIPP:** Bei der Gewährung von geldwerten Vorteilen sollten diese bei der Abgeltung in der für die Besteuerung maßgeblichen Höhe berücksichtigt werden.

Bei dem Vorstand bereits gewährten Aktienoptionen könnte entweder die sofortige Freigabe zur Ausübung oder eine Abgeltung in bar überlegt werden. Ausgeschlossen scheint jedoch eine Neugewährung anlässlich des Ausscheidens, dafür würde i. d. R. die Rechtsgrundlage fehlen.

Die Zahlung künftiger Tantiemen bzw. erfolgsabhängiger (variabler) Vergütungsbestandteile wird man auf der Basis eines bestimmten Prozentsatzes abgelteten. Hier kommt es auf die konkrete Ausgestaltung dieses Vergütungsbestandteils an. Bei der Bestimmung des Prozentsatzes wird sich natürlich die Frage nach der Angemessenheit stellen, die sich jedenfalls an der bisherigen Zielerreichung durch den ausscheidenden Vorstand orientieren wird, der durch das vorzeitige Ausscheiden ja gar nicht mehr die Möglichkeit hat, auf die Zielerreichung hinzuwirken und so Einfluss auch auf einen Teil seiner Vergütung zu nehmen. Hat der Vorstand in der Vergangenheit die Zielvorgaben stets zu 100 % erreicht oder sogar übertroffen, wird man auch bei der Zukunftsprognose als Grundlage der Abgeltungsbemessung von voller Zielerreichung ausgehen können, wenn nicht sogar müssen.<sup>62</sup> Empfohlen wird jedoch, insgesamt eine Maximum-Begrenzung vorzusehen.<sup>63</sup> Hier schlägt der Deutsche Corporate Governance Kodex in Ziffer 4.2.3 dritter Absatz<sup>64</sup> eine Beschränkung von maximal zwei Jahresgehältern (Abfindungs-Cap) und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages vor (doppelte Beschränkung).

## b) Zusätzliche Leistungen aus Anlass eines Kontrollwechsels

Oft findet sich in CiC-Klauseln zusätzlich zur Abgeltung der restlichen Vertragslaufzeit die Zusage einer zusätzlichen Zahlung. Leistungen an den Vorstand aus Anlass eines Kontrollwechsels sollen nach Anregung 4.2.3 vierter Absatz des Deutschen Corporate Governance-Kodex<sup>65</sup> max. 150 % des Abfindungs-Caps der Empfehlung 4.2.3 dritter Absatz (zwei Jahresvergütungen) betragen, also maximal drei Jahresvergütungen.<sup>66</sup> Diese Anregung zur Begrenzung zusätzlicher Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung auf 150 % des Abfindungs-Caps wirft (ebenso wie die Empfehlung zum Abfindungs-Cap selbst in Ziffer 4.2.3 dritter Absatz des Kodex) einige Fragen auf:<sup>67</sup>

Zum einen ist die AGB-rechtliche Seite zu beachten, zum anderen muss die zeitliche Befristung von Vorstandsverträgen in diesem Zusammenhang gesehen werden. Weiterhin wäre zu klären, ob die Kodex-Formulierung „ohne wichtigen Grund“ einen solchen Grund im Sinne von § 626 BGB oder § 84 Abs. 3 AktG meint. In der Literatur wird mit m.E. zutreffenden Erwägungen vertreten, dass es sich bei dem wichtigen Grund des Kodex' um einen solchen im Sinne von § 626 BGB handeln muss.<sup>68</sup>

AGB-rechtlich besteht das Problem darin, dass der Vorbehalt der Kürzung der Vorstandsbezüge in der Zukunft (d. h. die Begrenzung auf

die Cap-Summe bzw. auf 150 % der Cap-Summe) als Änderungsvorbehalt gem. § 308 Nr. 4 BGB zu qualifizieren sein könnte, der jedenfalls dann, wenn der Vorstandsvertrag über eine Dauer von zwei Jahren oder länger (was im Hinblick auf die fünfjährige Bestellperiode des § 84 Abs. 1 AktG regelmäßig der Fall sein dürfte) geschlossen wird, unwirksam sein könnte. Zu prüfen wäre allerdings nach dem Gesetzeswortlaut, ob dieser Änderungsvorbehalt unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders (hier also der Aktiengesellschaft) dem anderen Vertragsteil zumutbar ist, was i. d. R. dann der Fall sein wird, wenn für die Änderung ein „triftiger Grund“ vorliegt.<sup>69</sup>

Im Rahmen der Befristung von Vorstandsverträgen besteht das Problem darin, dass ohne ausdrückliche Vereinbarung der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit diese ausgeschlossen ist. Der Vertrag des Vorstands besteht also bis zur vereinbarten Frist weiter, während das organschaftliche Amt durch Abberufung ohne Weiteres beendet werden kann. Die Beendigung auch der schuldrechtlichen Vertragsbeziehung zwischen AG und abberufenem Vorstand ist – wenn eine außerordentliche Kündigung nicht möglich ist – nur einvernehmlich möglich, also durch Aufhebungsvertrag. Dieser bedarf der Einigung mit dem Vorstand, für den i. d. R. kein Grund ersichtlich sein dürfte, auf bestehende Ansprüche zu verzichten. Im Gegenteil enthalten solche Aufhebungsverträge oft zusätzliche Ansprüche des Vorstands, mit denen die vorzeitige Beendigung des Dienstvertrages erkaufte wird. Bei dem Pensionsanspruch muss z. B. überlegt werden, ob dessen Höhe auf dem Betrag basieren soll, den er bei regulärer Beendigung seines Dienstverhältnisses erreicht hätte. Fallen Beendigung der Vorstandstätigkeit und Altersruhe zusammen und gewährt das Unternehmen dem ehemaligen Vorstand eine angemessene Pension, soll es keine Veranlassung für eine zusätzliche Abfindung neben der kapitalisierten Restbezüge und der Pension geben.<sup>70</sup>

**PRAXISTIPP:** Der Zeitpunkt für die erstmalige Auszahlung von Ruhegeld sollte für den Fall eines vorzeitigen Ausscheidens aufgrund einer CiC-Klausel ausdrücklich auf das Datum nach Ende der ursprünglichen Vertragszeit gelegt werden.<sup>71</sup>

## VII. Offenlegungspflichten von Kontrollwechselklauseln

### 1. Handelsrechtliche Offenlegungspflichten

Die erstmals auf nach dem 31.12.2005 beginnende Geschäftsjahre anzuwendenden erweiterten Offenlegungspflichten<sup>72</sup> nach dem Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz<sup>73</sup> und dem Übernahmerrichtlinie-Umsetzungsgesetz,<sup>74</sup> die auch die Offenlegung von Vorstandsver-

60 Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97, 101.

61 Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97, 101.

62 Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97, 101.

63 Hoffmann-Becking, ZHR (169) 2005, 155, 171.

64 Aktuelle Fassung vom 18.6.2009, bekannt gemacht am 5.8.2009 durch das Bundesministerium der Justiz.

65 Aktuelle Fassung vom 18.6.2009, bekannt gemacht am 5.8.2009 durch das Bundesministerium der Justiz.

66 Vgl. dazu auch Lutter, BB 2009, 1874 (in diesem Heft).

67 Dornwächter/Trafkowski, NZG 2007, 846, 848 f.

68 Bauer/Arnold, BB 2008, 1692, 1694; Dornwächter/Trafkowski, NZG 2007, 846, 848.

69 Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 308 Rn. 23.

70 Fank, in: Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 272.

71 Fank, in: Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 273.

72 Z. B. §§ 289 Abs. 4 Nr. 8 und 9 HGB, 315 Abs. 4 Nr. 8 und 9 HGB und 171 Abs. 2 S. 2 AktG, eingefügt durch Übernahmerrichtlinie-Umsetzungsgesetz; §§ 285 Abs. 1 Nr. 9 lit. a S. 6 HGB und 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a S. 6 HGB eingefügt durch Vorstandsvergütungs-offenlegungsgesetz.

73 Gesetz v. 3.8.2005, BGBl. 2005 I, 2267 f.

74 Gesetz v. 8.7.2006, BGBl. 2006 I, 1426 ff.

gütungen bei Kontrollwechseln vorschreiben, gelten nur für Aktiengesellschaften, die einen organisierten Markt gem. § 2 Abs. 7 WpÜG durch von ihnen ausgegebene stimmberechtigte Aktien in Anspruch nehmen. Daher sind nur Gesellschaften erfasst, die im amtlichen Handel oder im geregelten Markt gehandelt werden, Gesellschaften, deren Aktien im Freiverkehr gehandelt werden, sind von diesen (neuen) Offenlegungspflichten nicht betroffen.<sup>75</sup> Es bleibt also bei den bisherigen Offenlegungspflichten, hinsichtlich der Bezüge von Vorständen also insbesondere §§ 285 Nr. 9 S. 1 bis 4, 289 Abs. 1 bis 3 HGB.

Durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)<sup>76</sup> sind Unternehmen künftig zu einer weitergehenden Offenlegung von Vergütungen und Versorgungsleistungen an Vorstandsmitglieder im Falle der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit sowie der während des Geschäftsjahres vereinbarten Veränderungen verpflichtet. Es sind hierzu Neufassungen bzw. Änderungen der §§ 285 Nr. 9 (Sonstige Pflichtangaben), § 289 Abs. 2 (Unterlassen von Angaben) und § 314 (Sonstige Pflichtangaben im Konzernanhang) HGB erfolgt.

## 2. § 161 AktG

Die Verpflichtung zur Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG zur Einhaltung des Deutschen Corporate Governance-Kodex betrifft alle börsennotierten Aktiengesellschaften mit Ausnahme derer, deren Aktien im Freiverkehr gehandelt werden, § 3 Abs. 2 AktG.

## 3. Berichtspflicht des Aufsichtsrates gegenüber der HV

Die Berichtspflicht des Aufsichtsrates gem. § 171 Abs. 2 AktG erstreckt sich nicht nur auf die Prüfung der Rechnungslegung/Abchlussprüfung und der Geschäftsführung, sondern auch auf die eigene Tätigkeit (wobei in der Praxis eher formelhafte Erklärungen üblich sind, es sei denn, im Einzelfall wurden gebotene Überwachungsmaßnahmen ergriffen).<sup>77</sup> Es ist davon auszugehen, dass den Aufsichtsrat hier keine Erläuterungs- und Kommentierungspflichten treffen, die über eine Wiederholung der bereits im (Konzern-)Lagebericht enthaltenen Angaben hinausgehen.<sup>78</sup>

Aber es besteht natürlich ein Auskunftsrecht der Aktionäre nach § 131 AktG mit den dortigen abschließenden Verweigerungsgründen, dieses Auskunftsrecht richtet sich aber an den Vorstand.

## VIII. Fazit

1. Ist die CiC-Klausel von vornherein vereinbart und entspricht sie zukunftsbezogen dem Unternehmensinteresse und den Vorgaben des § 87 AktG, ist sie nach dem Mannesmann-Urteil nicht als Pflichtverletzung des Aufsichtsrates anzusehen.<sup>79</sup>
2. Wird die CiC-Klausel nicht mit dem (ursprünglichen) Anstellungsvertrag, sondern später, aber noch vor dem Kontrollwettbewerb/-wechsel vereinbart (und erfüllt sie auch alle sonstigen Zulässigkeitskriterien), so soll sie betreffend den Zeitpunkt ihrer Vereinbarung noch zulässig sein, wenn sie nicht bloße Verschwendung von Gesellschaftsvermögen ist, sondern noch irgendeine Anreizwirkung auf das Vorstandshandeln darstellt oder eine für das Unternehmen vorteilhafte Anreizwirkung für einen Dritten von ihnen ausgeht.<sup>80</sup> Das Angemessenheitskriterium spielt in diesen Fällen eine noch stärkere Rolle.
3. Die nachträglich zuerkannte, kompensationslose Anerkennungsprämie ist als Pflichtverletzung und rechtswidrige Vermögensverschwendung durch den Aufsichtsrat zu Lasten der Gesellschaft anzusehen.

## // Autor

**Sebastian Korts**, MBA/M.I.Tax, ist Fachanwalt für Steuer- sowie für Handels- und Gesellschaftsrecht. Geschäftsführer der Korts Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH in Köln. Autor von elf im Verlag Recht und Wirtschaft erscheinenden Heidelberger Musterverträgen zum Gesellschaftsrecht. Dozent bei der Anwaltsakademie GmbH und Sprecher des Arbeitskreises Gesellschaftsrecht für den Kölner Anwaltverein.



<sup>75</sup> Sailer, AG 2006, 913, 914.

<sup>76</sup> Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509 ff.

<sup>77</sup> Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 171 Rn. 13.

<sup>78</sup> Sailer, AG 2006, 913, 925 m.w.N. in Fn. 67.

<sup>79</sup> So auch Korts, AG 2006, 106, 107.

<sup>80</sup> BGH, 21.12.2005 - 3 StR 470/04 „Mannesmann“