

RA Peter Wehner, Frankfurt/M. / RAin/FAinArbR Beatrice Christin Hotze, München

Auswirkungen des Boniverbots im StromPBG und im EWPPBG auf die Vergütung von Vorständen, Geschäftsführern und Aufsichtsräten

RA Peter Wehner ist Partner und **RAin/FAinArbR Beatrice Christin Hotze** ist Senior Associate bei Allen & Overy LLP an den Standorten Frankfurt/M. und München.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Bei der unternehmerischen Entscheidung, ob staatliche Entlastungssummen beantragt werden, sind die damit einhergehenden rechtlichen Beschränkungen durch das StromPBG und EWPPBG zu berücksichtigen. Die dort geregelten Boniverbote können erhebliche Auswirkungen auf die Vergütung von Vorständen, Geschäftsführern und Aufsichtsräten haben. Insofern ist eine präzise Kenntnis der Ausgestaltung und Reichweite dieser Boniverbote erforderlich. Der Beitrag wirft einen genaueren Blick auf die Regelungen und analysiert, unter welchen Voraussetzungen Bonizahlungen ggf. weiterhin möglich bleiben.

I. Einführung

Am 20.12.2022 sind sowohl das Gesetz zur Einführung einer Strompreisbremse (StromPBG) als auch das Gesetz zur Einführung von Preisbremsen für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme (EWPPBG) in Kraft getreten. Diese Preisbremsen sollen nach den jeweiligen Koalitionsentwürfen die steigenden Energiekosten und die schwersten Folgen für Verbraucher und Unternehmen abfedern.¹ Kurz vor der Beschlussfassung ist ein Boni- und Dividendenverbot aufgrund eines Änderungsantrags der Fraktionen von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP² in die Gesetze (§ 29a EWPPBG und § 37a StromPBG) aufgenommen worden.

Das Boniverbot unterscheidet drei Gruppen von Unternehmen, je nachdem, wie hoch die bezogene Entlastungssumme ausfällt, und gilt erst ab Bezug einer Entlastungssumme von über 25 Mio. € Damit dürfte die Anzahl betroffener Unternehmen zwar eher klein sein; für diese ergeben sich bei der Gewährung von Boni jedoch erhebliche Einschränkungen.

Die Regelungen sind an einigen Stellen nicht eindeutig, wodurch Unternehmen vor einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit stehen. So bleibt etwa unklar, ob Unternehmen, die eine Entlastungssumme über 50 Mio. € beziehen, generell keine Boni in 2023 auszahlen dürfen, oder ob dies nur für Boni gilt, die sich auf das Jahr 2023 beziehen. Auch unklar bleibt, welche Konsequenzen das Boniverbot auf die Vereinbarungen mit Berechtigten hat. Diese haben schließlich einen vertrag-

lichen Anspruch auf die Gewährung der Boni. Eine gefestigte Literaturmeinung oder gar Rspr. gibt es zu diesen Fragen naturgemäß noch nicht. Bei Verletzung des Boniverbots droht der Gesellschaft zwar kein Bußgeld, im schlimmsten Fall kann jedoch ein Verstoß gegen das Boniverbot durch die Auszahlung eines Bonus i.H.v. 1 € dazu führen, dass Unternehmen eine Entlastungssumme von 60 Mio. € zurückzugewähren haben.

II. Einordnung der wichtigsten Begriffe

Um sich mit den Auswirkungen des Boniverbots zu beschäftigen, ist zunächst eine Klärung der wichtigsten Begrifflichkeiten erforderlich.

1. Entlastungssumme

Soweit im Folgenden lediglich auf einzelne Absätze Bezug genommen wird, bezieht sich dies auf § 29a EWPPBG bzw. den wortgleichen § 37a StromPBG. Abs. 7 definiert den Begriff der Entlastungssumme. Danach fallen hierunter insb. Beihilfen auf Basis der Preisbremsen selbst. Zudem sind Entlastungsbeträge nach Härtefallregelungen des Bundes oder der Länder aufgrund gestiegener Energiekosten infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine erfasst.

Sowohl § 29a EWPPBG als auch § 37a StromPBG stellen auf „das Unternehmen“ ab. Maßgeblich ist damit alleine die durch die einzelne Gesellschaft bezogene Entlastungssumme. Eine Zurechnung im Konzern findet – anders als im Rahmen des § 9 StromPBG bzw. § 18 EWPPBG – beim Boniverbot gerade nicht statt.

2. Boni

Abs. 1 und 4 finden auf Boni, andere variable oder vergleichbare Vergütungsbestandteile Anwendung. Hierunter fallen auch Konzernbezüge oder über das Festgehalt hinausgehende Vergütungsbestandteile i.S.d. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG. Aufgrund der weiten Aufzählung in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG (Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen wie z.B. Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art) fällt grds. jeder Vergütungsbestandteil, der nicht das Fixgehalt betrifft, unter den Anwendungsbereich des Boniverbots.

Relevant ist insoweit die Frage, ob auch durch Dritte aufgrund des Dienstverhältnisses gewährte Vergütungen vom Boniverbot erfasst werden. Insb. bei Aktienbezugsrechten, Restricted Stock Units oder Phantom Stocks erfolgt die Gewährung zwar aufgrund der Tätigkeit des Berechtigten für das Unternehmen, jedoch nicht durch dieses, sondern eine andere Konzerngesellschaft (zumeist die Muttergesellschaft).

Der BGH³ vertritt die Auffassung, dass auch von Dritten zugesagte Vergütungen an einen Vorstand für dessen Vor-

¹ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Preisbremsen für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme und zur Änderung weiterer Vorschriften (BT-Drucks. 20/4683) und Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Preisbremsen für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme und zur Änderung weiterer Vorschriften (BT-Drucks. 20/4683).

² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie (25. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP – BT-Drucks. 20/4683 (EWPPBG) bzw. BT-Drucks. 20/4685 (StromPBG).

³ BGH vom 28.04.2015 – II ZR 63/14, DB 2015 S. 1459 = NZG 2015 S. 792.

standstätigkeit bei einem Unternehmen in die Kompetenz des Aufsichtsrats dieses Unternehmens fallen. Dieser Betrachtung ist zu eigen, dass der Charakter als Vergütung des Unternehmens nicht durch die Gewährung durch einen Dritten beseitigt wird. Da Abs. 1 und 4 explizit auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG Bezug nehmen, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber ein aktienrechtliches Verständnis der Vergütung vor Augen hatte. Es spricht daher sehr viel dafür, das Boniverbot auch auf Vergütungen zu erstrecken, die Dritte dem Berechtigten aufgrund der Tätigkeit für das Unternehmen gewähren.

3. Gewähren

In der Beschlussempfehlung zu den jeweiligen Gesetzen (vgl. Fn. 2) heißt es:

„Mit dem Begriff ‚gewähren‘ ist die Auszahlung eines Betrags oder das Zukommenlassen eines anderen wirtschaftlichen Vorteils gemeint.“

Maßgeblich für die Gewährung ist mithin nicht die Zusage der Boni, sondern deren Zufluss beim Berechtigten.

4. Berechtigte

Die Normen untersagen die Gewährung von Boni an Mitglieder der Geschäftsleitung, d.h. insb. Vorstände und Geschäftsführer sowie Mitglieder von gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorganen des Unternehmens, d.h. insb. Aufsichtsräte.

III. Restriktionen für Unternehmen bei Bezug einer Entlastungssumme

Die Gesetze unterscheiden jew. drei Gruppen von Unternehmen nach der Höhe der durch das Unternehmen bezogenen Entlastungssumme:

- bis 25 Mio. €,
- über 25 Mio. € bis 50 Mio. € und
- über 50 Mio. €.

1. Entlastungssumme bis 25 Mio. €

Bei Bezug einer Entlastungssumme bis 25 Mio. € durch das Unternehmen findet das Boniverbot keine Anwendung.

2. Entlastungssumme über 25 Mio. € bis 50 Mio. €

Die Absätze 1 bis 3 finden Anwendung auf Unternehmen, die Entlastungssummen über 25 Mio. € beziehen.

a) Verbot freiwilliger Vergütungen und Abfindungen

Nach Abs. 1 Satz 3 ist die Gewährung von Vergütungen oder Abfindungen untersagt, soweit diese rechtlich nicht geboten sind. Insb. bei Abfindungen im Rahmen von einvernehmlichen Trennungen von Berechtigten stellt sich die Frage, wann diese als rechtlich geboten anzusehen sind. Bei einem sehr engen Verständnis könnten Unternehmen gezwungen sein, keine vorzeitigen einvernehmlichen Vertragsbeendigungen vorzunehmen, da Berechtigte kaum ohne Zahlung einer Abfindung dazu bereit sein dürften.

b) „Einfrieren“ der Grundvergütung bei Mitgliedern der Geschäftsleitung

Abs. 3 Satz 1 erfasst ausschließlich Mitglieder der Geschäftsleitung, nicht hingegen gesellschaftsrechtliche Aufsichtsorgane. Es ist insoweit anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Hauptversammlung zur Entscheidung über das „Ob“ und die Höhe einer Grundvergütung von Aufsichtsräten nach § 113 AktG als ausreichendes Kontrollinstrument angesehen hat.

Nach Abs. 3 Satz 1 darf kein Mitglied der Geschäftsleitung eine „Vergütung“ erhalten, die über dessen Grundvergütung vor dem 01.12.2022 hinausgeht, wobei nach Abs. 3 Satz 2 ein Inflationsausgleich zulässig ist. Mit Vergütung kann insoweit nur die Grundvergütung gemeint sein. Wenn die Gewährung von über das Grundgehalt hinausgehenden Vergütungen bereits nach Abs. 3 Satz 1 untersagt wäre, würde das Boniverbot in Abs. 1 Satz 1 andernfalls keinerlei Sinn ergeben. Abs. 3 Satz 3 regelt, dass bei Personen, die erst nach dem 01.12.2022 Mitglied der Geschäftsleitung werden, als Obergrenze die Grundvergütung von Mitgliedern der Geschäftsleitung derselben Verantwortungsstufe drei Monate vor dem 01.12.2022 gilt.

c) Beschränktes Boniverbot

Abs. 1 Satz 1 untersagt die Auszahlung von Boni nur dann, wenn diese nicht vor dem 01.12.2022 (Stichtag) vereinbart oder beschlossen worden sind. In der Praxis kann diese auf den ersten Blick einfache Regelung jedoch zahlreiche Fragen aufwerfen. So ist es zumeist üblich, in einem ersten Schritt zu vereinbaren, dass ein Bonus gewährt wird und erst in einem zweiten Schritt festzulegen, welche Ziele für dessen Gewährung zu erreichen sind. Diese Ziele beziehen sich bei kurzfristigen Boni zumeist auf ein Kalender- oder das Geschäftsjahr des Unternehmens; üblich ist jedoch daneben auch die Vereinbarung von Langfristzielen, die sich auf mehrere Jahre beziehen. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob bereits beim ersten Schritt oder erst beim zweiten Schritt eine Vereinbarung oder ein Beschluss i.S.d. Abs. 1 Satz 1 vorliegt. Zu klären ist auch, ob Abs. 1 Satz 1 Auswirkungen auf das dem Unternehmen bei der Bonusgewährung eingeräumte Ermessen.

aa) Vereinbarung „nur“ des Anspruchs dem Grunde nach

Unklar ist zunächst, welche Voraussetzungen an eine Vereinbarung oder einen Beschluss zu stellen sind.

Dies gilt insb., wenn keine konkrete Höhe der Boni vor dem Stichtag festgelegt wurde, sondern – wie in der Praxis üblich – sich die Boni anhand einer noch durch das Unternehmen vorzugebenden oder zwischen den Parteien zu vereinbarenden Berechnungsmethode anhand von Zielen bestimmen.

Ausweislich der Begründung zu den jeweiligen Beschlussempfehlungen (Fn. 2) ist Ziel des Stichtags,

„eine Umgehung der Verbote nach Bekanntwerden der Regelung zu vermeiden“.

Im Hinblick auf diese Zielsetzung kam es dem Gesetzgeber nach hier vertretener Auffassung darauf an, zu vermeiden, dass Unternehmen Änderungen an bestehenden Bonusvereinbarungen vornehmen, um eine Gewährung trotz Bezugs von Entlastungssummen zu ermöglichen. Dem Gesetzgeber kam es mithin wohl darauf an, dass Unternehmen nur solche Boni gewähren, zu deren Zahlung sie sich in Unkenntnis der Entlastung bereits verpflichtet haben. Für dieses Verständnis spricht auch Abs. 1 Satz 2, der eine nachträgliche Erhöhung vor dem Stichtag zugesagter Boni ausschließt, und Abs. 1 Satz 3, wonach es Unternehmen untersagt ist, freiwillige Vergütungen oder Abfindungen zu gewähren, die rechtlich nicht geboten sind.

Unproblematisch dürften damit Fälle sein, in denen die Berechnungsmethode selbst das Ergebnis rechnerisch eindeutig determiniert, z.B. wenn ein Bonus 10% des konkret definierten Umsatzes des Unternehmens beträgt. Zwar steht in diesem Fall die Höhe des Bonus nicht vor dem Stichtag fest, die Parteien nehmen jedoch – wie vom Gesetzgeber inten-

diert – auf die Höhe des Bonus nach dem Stichtag grds. keinen Einfluss mehr. Auch insoweit könnte man jedoch argumentieren, dass etwa bei einem Umsatzziel Berechtigte durch ihre Dienste sehr wohl Einfluss auf die Zielerreichung und damit die Höhe des Bonus nehmen können.

Noch deutlicher wird dies bei persönlichen Zielen einzelner Berechtigter. Für eine Anwendung des Abs. 1 Satz 1 auch in solchen Fällen spricht jedoch entscheidend, dass in der Praxis Boni weit überwiegend an die Erreichung von Zielen geknüpft sind. Hätte der Gesetzgeber in diesen Fällen eine Vereinbarung vor dem Stichtag verneinen wollen, hätte es nahegelegen, klarzustellen, dass die Ausnahme dann nicht gilt, wenn lediglich die Berechnungsmethode der Boni vor dem Stichtag vereinbart oder beschlossen worden ist.

Zudem zeigt die Regelung in Abs. 2, die variable Vergütungen unter Anknüpfung an das EBITDA des Unternehmens betrifft, dass sich der Gesetzgeber bewusst war, dass Zusagen von Boni in der Regel nur den Anspruch dem Grunde nach betreffen und in einem zweiten Schritt von der Vorgabe oder Vereinbarung von Zielen abhängen. Abs. 2 würde zudem bei einem sehr engen Verständnis des Abs. 1 Satz 1 ohne eigenen Anwendungsbereich verbleiben, da Boni, bei denen lediglich ein EBITDA-Ziel vor dem Stichtag vereinbart oder beschlossen wurde, bei einem sehr engen Verständnis bereits nach Abs. 1 Satz 1 untersagt wären.

Die Ausnahme des Abs. 1 Satz 1 muss damit auch dann greifen, wenn nicht die Höhe, sondern lediglich der Anspruch dem Grunde nach vor dem Stichtag vereinbart oder beschlossen wurde.

bb) Fehlende Zielvorgabe oder -vereinbarung

Wie sind Fälle zu behandeln, bei denen vor dem Stichtag zwar eine Regelung erfolgt ist, wonach sich ein Bonus nach entsprechenden Zielen richtet, selbige jedoch jedenfalls nicht vor dem Stichtag vorgegeben oder vereinbart wurden?

Vor dem Hintergrund, dass es dem Gesetzgeber ausweislich der Begründungen zu den Gesetzen maßgeblich darauf ankam, dass die Parteien nach dem Stichtag keine Veränderungen am bestehenden Bonussystem vornehmen, ist maßgeblich auf das Entstehen der Verpflichtung der Gesellschaft zur Gewährung eines Bonus abzustellen. Hierbei kann es nicht darauf ankommen, ob der Anspruch der Gesellschaft sich durch deren vertragswidriges Verhalten in einen Schadensersatzanspruch gewandelt hat. Entscheidend ist mithin, ob Berechtigten bei fehlender Zielvorgabe oder Zielvereinbarung ein Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft zusteht oder nicht.

Ist dies – wie etwa bei fehlender Zielvorgabe⁴ – der Fall, folgt die Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft dem Grunde nach bereits aus der Vereinbarung selbst, d.h. die Parteien der Vereinbarung haben bereits in der Vereinbarung den Berechtigten einen Bonus zugesagt. Die später zu vereinbarenden oder vorgegebenen Ziele bestimmen lediglich die Höhe des Bonus, nicht jedoch den Anspruch auf diesen. Abs. 1 Satz 1 steht einer Gewährung von Boni damit in diesen Fällen nicht entgegen.

Umgekehrt ist eine Gewährung von Boni nach den genannten Normen jedoch dann untersagt, wenn Berechtigten – etwa mangels erforderlicher Mitwirkung bei einer Zielvereinbarung – bei fehlender Zielvorgabe oder Zielvereinbarung kein Schadensersatzanspruch zusteht. Dies folgt bereits aus Abs. 1

Satz 3, wonach die Gewährung freiwilliger Vergütungen an Berechtigte durch die Gesellschaft untersagt ist.

cc) Auswirkungen auf die Zielerreichung

Bei einer Anknüpfung von Bonuszielen an das EBITDA des Unternehmens ist in Abs. 2 ausdrücklich geregelt, dass die bezogene Entlastungssumme im Rahmen der EBITDA-Berechnung außer Ansatz zu bleiben hat.

Ziel des Gesetzgebers war es damit, dass die Gewährung der Entlastungssumme auf die Berechnung der Bonushöhe ohne Einfluss bleibt. Es spricht viel dafür, diesen Grundsatz generell auf die Zielerreichungsberechnung zu übertragen. Konkret bedeutet dies, dass im Rahmen der Zielerreichung Ist-Werte von Zielen, auf die die bezogene Entlastungssumme Einfluss hat, entsprechend durch Herausrechnen derselben zu korrigieren sind. In der überwiegenden Zahl der Fälle dürfte sich hierdurch eine Reduzierung der Bonushöhe ergeben.

dd) Ermessen des Unternehmens bei der Bonusgewährung

Weitaus problematischer sind jedoch Vereinbarungen oder Beschlüsse, die nicht nur die Ziele von Boni betreffen, sondern darüber hinausgehend dem Unternehmen bei der Festlegung der Zielerreichung ein Ermessen einräumen oder die Höhe des Bonus unabhängig von Zielen in das billige Ermessen des Unternehmens stellen. In diesen Fällen trifft das Unternehmen – anders als bei Feststehen der Berechnungsmethode – nach dem Stichtag eine Entscheidung, die die Höhe des Bonus unmittelbar beeinflusst. Fraglich ist dann, ob die Regelung in Abs. 1 Satz 1 im Rahmen der Ermessensausübung durch das Unternehmen dergestalt zu berücksichtigen ist, dass eine Festlegung des Bonus aufgrund des Bezugs der Entlastungssumme niedriger zu erfolgen hat als dies ohne deren Bezug der Fall gewesen wäre.

Zunächst ist auch hier der in Abs. 2 verankerte Grundsatz anzuwenden, dass die bezogene Entlastungssumme bei der Bewertung der Leistung der Berechtigten außer Ansatz zu bleiben hat. Damit haben Unternehmen im Rahmen des eingeräumten Ermessens etwa die Lage der Gesellschaft so zu bewerten, als sei kein Bezug erfolgt. In der überwiegenden Zahl der Fälle dürfte sich hierdurch eine Reduzierung der Bonushöhe ergeben.

Aus Abs. 1 Satz 1 lassen sich jedoch darüber hinaus keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass Unternehmen im Rahmen einer Ermessensausübung auch zu berücksichtigen haben, dass § 29a EWPG bzw. § 37a StPG an sich die Nichtgewährung von Boni intendieren und diese nur in Ausnahmen gewährt werden dürfen. Eine andere Bewertung würde zu einer nicht gerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung von Ziel- und Ermessensboni führen.

Unternehmen dürfen damit im Rahmen des billigen Ermessens zwar nur den hypothetischen Verlauf ohne Gewährung der Entlastungssumme zugrunde legen, ein eingeräumtes Ermessen muss jedoch darüber hinaus nicht davon geleitet sein, eine möglichst niedrige Bonushöhe zu erzielen.

ee) (Keine) Pflicht des Unternehmens zur Bonusreduktion

Zuletzt stellt sich die Frage, ob aus Abs. 1 Satz 1 eine Pflicht für Unternehmen folgt, von vertraglich oder durch Gesetz eingeräumten Instrumentarien Gebrauch zu machen, die zu einem Entfall oder jedenfalls zu einer Reduktion von Boni führen.

In Betracht kommen nur Fälle, in denen Unternehmen pflichtgemäß eine echte Entscheidung darüber treffen können, ob

⁴ Für den Geschäftsführer vgl. OLG Düsseldorf vom 28.01.2021 – 6 U 115/20, BeckRS 2021, 4927.

Boni reduziert werden oder nicht. Im Rahmen des § 87 Abs. 2 AktG stellt sich die Frage daher in der Regel nicht, da der Aufsichtsrat nach h.M.⁵ bei Vorliegen der Voraussetzungen der Norm zur Reduktion gerade verpflichtet ist. Als Anwendungsfälle sind folglich vor allem vertraglich eingeräumte Reduktionsmöglichkeiten denkbar.

In der Begründung zu den jeweiligen Beschlussempfehlungen (Fn. 2) heißt es, das Boniverbot beruhe auf der Überlegung, dass Unternehmen, die staatliche Hilfen in besonderer Höhe in Anspruch nehmen, Ausgaben, die Einzelnen besonders zugutekommen, für die Zeit der Förderung einsparen sollen. Dies könnte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber nicht nur eine Handlungsempfehlung, sondern im Rahmen des Abs. 1 Satz 1 eine Pflicht der Gesellschaft statuieren wollte, Boni möglichst zu reduzieren.

Gegen eine solche Pflicht spricht jedoch entscheidend, dass die Normen selbst keine Anhaltspunkte hierfür enthalten. Es hätte nahegelegen, dass der Gesetzgeber, wenn er eine solche Pflicht angenommen hätte, ausdrücklich geregelt hätte, dass die Gesellschaft alle ihr insoweit zustehenden Möglichkeiten gegenüber den Berechtigten auszuüben hat.

Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus Abs. 1 Satz 3. Die Sachverhalte sind gerade nicht identisch: Anders als im Rahmen des Abs. 1 Satz 3 ist bei einer der Gesellschaft eingeräumten Möglichkeit der Bonusreduktion nicht von einer freiwilligen Gewährung auszugehen. Vielmehr haben Berechtigte einen Anspruch auf die Gewährung; dieser ist mithin entstanden. Die Gesellschaft könnte lediglich den bereits entstandenen Anspruch nachträglich reduzieren oder entfallen lassen.

Selbst wenn man dies anders bewerten sollte, dürften in der Regel die Voraussetzungen der jeweiligen Reduktionsmöglichkeit nicht vorliegen, da diese zumeist an konkrete Ereignisse anknüpfen, unter die sich der Bezug einer Entlastungssumme gerade nicht subsumieren lässt.

d) Zwischenergebnis

- Bereits die Vereinbarung oder der Beschluss über den Anspruch auf den Bonus dem Grunde nach vor dem Stichtag genügt nach hiesiger Auffassung im Rahmen des Abs. 1 Satz 1.
- Unternehmen haben die Zielerreichung so zu errechnen, als wäre keine Entlastungssumme bezogen worden.
- Ein eingeräumtes Ermessen muss nicht von der Erwägung geleitet sein, einen möglichst geringen Bonus auszuführen.
- Bestehende Reduktionsmöglichkeiten in Bezug auf einen Bonus sind nicht zwingend durch das Unternehmen auszuüben.

Praxistipp:

Unternehmen sollten sich die interne Umsetzung der Bonuszusagen in Bezug auf den Stichtag 01.12.2022 genau ansehen. Sofern die Bonuszusagen bereits vor dem 01.12.2022 erfolgt sind, besteht bei Bezug einer Entlastungssumme über 25 bis 50 Mio. € grds. die Möglichkeit einer Auszahlung im Jahr 2023.

3. Entlastungssumme über 50 Mio. €

Abs. 4 regelt, dass eine Gesellschaft, die eine Entlastungssumme über 50 Mio. € bezieht, Berechtigten bis zum 31.12.2023 „*zudem*“ keine Boni gewähren darf.

a) Keine Maßgeblichkeit der Zusage vor dem Stichtag

Abs. 1 ermöglicht eine Gewährung von an sich untersagten Boni, wenn diese bis zum Stichtag zugesagt wurden, d.h. in vor Bekanntwerden der (geplanten) Regelung getroffene Zusagen soll durch Abs. 1 nicht eingegriffen werden. Abs. 1 bezweckt insoweit, dass in Unkenntnis der (geplanten) Regelung der Preisbremsen an Berechtigte zugesagte Boni weiterhin gewährt werden dürfen. Hieraus lässt sich schließen, dass Abs. 4 ein Verbot der Gewährung vor dem Stichtag bereits zugesagter Boni – anders als Abs. 1 – gerade regeln wollte. Für die in Abs. 4 bezeichneten Fälle ist der Zeitpunkt der Zusage damit ohne Belang.

b) Verhältnis zu Abs. 1 bis 3

Der Wortlaut „*zudem*“ spricht dafür, dass Abs. 1 und 3 neben Abs. 4 anwendbar bleiben sollen. Es ist aber unklar, wann es überhaupt zu einem Nebeneinander der Regelungen kommen kann. Auf den ersten Blick scheint dies alleine bei Abs. 1 Satz 3 (Verbot freiwilliger Vergütungen und Abfindungen) und Abs. 3 („Einfrieren“ der Grundvergütung) denkbar. Ein Nebeneinander von Abs. 4 und Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 scheint nur dann denkbar, wenn man Abs. 4 kein absolutes Boniverbot entnimmt (dazu sogleich).

c) Kein absolutes Boniverbot – Maßgeblichkeit des Bonuszeitraums

Abs. 4 kann entweder dahingehend verstanden werden,

- dass eine Auszahlung jedweder Boni bis zum 31.12.2023 untersagt wird oder
- dass eine Auszahlung jedweder Boni, die sich auf einen bestimmten Zeitraum beziehen, untersagt wird.

Die Unterscheidung ist dann von Belang, wenn Boni – wie allgemein üblich – für einen bestimmten Zeitraum gezahlt werden. So könnte nach der ersten Auslegungsmöglichkeit ein Bonus, der sich auf das Jahr 2022 bezieht, nicht im Jahr 2023 gewährt werden. Nach der zweiten Auslegungsmöglichkeit wäre dessen Gewährung hingegen ggf. möglich.

Der Wortlaut des Abs. 4 spricht zwar auf den ersten Blick dafür, dass die Gewährung von Boni bis zum 31.12.2023 generell untersagt ist; die Systematik und der Gesetzeszweck sprechen jedoch entscheidend dafür, darauf abzustellen, auf welchen Zeitraum sich Boni beziehen.

Der Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, bei der Ausgestaltung des Boniverbots nach der Höhe des Bezugs der Entlastungssumme zu unterscheiden und ein solches erst ab einer Entlastungssumme von über 25 Mio. € geregelt. Hieraus ergibt sich, dass das Boniverbot nach Abs. 4 strenger sein muss als das des Abs. 1. Die Auslegung des Abs. 4 i.S. eines absoluten Boniverbots ist damit allerdings nicht zwingend.

Das Verbot in Abs. 4 wäre auch dann strenger als das Verbot des Abs. 1 Satz 1, wenn Abs. 4 dahingehend verstanden werden würde, dass die Gewährung aller Boni, die sich auf einen bestimmten Zeitraum beziehen, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Zusage untersagt werden. Die Unterscheidung zwischen Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 läge dann darin, dass die Gewährung nach Abs. 4 untersagter Boni nach Abs. 1 Satz 1 dann zulässig wäre, wenn diese vor dem Stichtag zugesagt wurden.

Eine Auslegung des Abs. 4 dahingehend, dass die Gewährung von Boni zulässig ist, soweit diese sich auf einen bestimmten

⁵ BGH vom 27.10.2015 – II ZR 296/14, DB 2016 S. 403 = NZG 2016 S. 264, Rn. 43; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433 S. 10; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 5. Aufl. 2021, § 87 AktG Rn. 183.

Zeitraum beziehen, ist jedoch problematisch, dass Abs. 4 selbst keine Anhaltspunkte dazu enthält, wie der Zeitraum zu bestimmen ist. Da die Zeiträume, auf die sich die Zielvorgaben beziehen, nicht zwingend mit dem Kalenderjahr übereinstimmen müssen, wäre die Annahme des Jahres 2023 als maßgeblicher Zeitraum nicht zwingend. Man könnte insofern auch überlegen, den in Abs. 1 Satz 1 für die Zusage gewählten Stichtag 01.12.2022 als Beginn des Zeitraums anzusehen. Hiergegen spricht jedoch, dass der Stichtag in Abs. 1 Satz 2 nach der Vorstellung des Gesetzgebers den Beginn der Kenntnis von den durch das EWPPBG bzw. StromPBG (geplanten) Änderungen markiert.

Die Funktion des Stichtags in Abs. 1 Satz 1 ist es zudem, eine Umgehung der Ziele des Boniverbots durch ein Verhalten des Unternehmens, d.h. die Zusage von Boni nach dem Stichtag zu verhindern. Eine solche Funktion käme dem Stichtag bei einer Übertragung für Zwecke des Abs. 4 jedoch nicht zu: Der Bonuszeitraum wird zunächst zwischen dem Unternehmen und den Berechtigten festgelegt. Alleine spätere Änderungen unterliegen dem Parteiwillen. Das Bekanntwerden der (geplanten) Regelungen des EWPPBG bzw. StromPBG, dass der Wahl des Stichtags 01.12.2022 in Abs. 1 Satz 1 zugrunde liegt, hätte damit nur bei einer nachträglichen Anpassung des Bonuszeitraums eine Bedeutung. § 3 StromPBG definiert zudem den Entlastungszeitraum als den Zeitraum vom 01.01.2023 bis zum 31.12.2023. Die Festlegung des Gesetzgebers, in welchem Zeitraum eine Förderung erfolgen soll, spricht entscheidend dafür, dass sich an die Förderung gebotene Auflagen und Voraussetzungen auf den genannten Zeitraum beziehen müssen. Aus § 1 EWPPBG ergibt sich eine Beendigung des Entlastungszeitraums am 31.12.2023. Für den Beginn des Entlastungszeitraums des EWPPBG ist jedoch je nach Entlastung entweder auf den 01.01.2023 oder auf den 01.03.2023 abzustellen. Die Wortgleichheit von § 29a EWPPBG und § 37a StromPBG spricht jedoch auch hier für einen Gleichlauf der Zeiträume.

Auch die jeweilige Beschlussempfehlung (Fn. 2) spricht dafür, auf das Jahr 2023 abzustellen: Danach sind untersagte Boni i.S.d. Abs. 4 solche, die sich auf den geförderten Zeitraum vom 01.01.2023 bis zum 31.12.2023 beziehen. Zwar formuliert der Gesetzgeber, dass diese Leistungen vom Verbot „eingeschlossen“ sind, jedoch spricht insb. die Tatsache, dass die jeweilige Beschlussempfehlung keine Ausführungen dazu enthält, dass und welche weiteren Zeiträume umfasst sein sollen, dafür, dass der Gesetzgeber die „eingeschlossenen“ Leistungen als abschließend betrachtet.

Hierfür spricht auch, dass die jeweilige Beschlussempfehlung explizit ausführt, dass eine Verschiebung des Gewährungs-, d.h. des Auszahlungszeitpunkts auf ein Datum nach dem 31.12.2023 das Verbot unangetastet lässt. Diese Klarstellung verdeutlicht, dass es dem Gesetzgeber nicht auf den Auszahlungszeitpunkt selbst ankam, sondern darauf, dass für 2023 keine Boni gewährt werden.

Dieses Verständnis wird zudem auch durch die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz am 01.02.2023 bzw. 15.12.2022 veröffentlichte FAQ-Liste zur Gas- und Wärmepreisbremse bzw. zur Strompreisbremse gestützt. Dort heißt es unter Ziff. 20 bzw. 28:

„Das Verbot [des Abs. 4] gilt für Boni [...] für das Jahr 2023 unabhängig vom Datum der konkreten Auszahlung.“

d) Konsequenz: Anwendung des Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 2

Entnimmt man Abs. 4 zutreffenderweise kein absolutes Boniverbot, sondern beschränkt den Anwendungsbereich auf Boni,

die sich auf das Jahr 2023 beziehen, sind auch bei Bezug von Entlastungssummen über 50 Mio. € die weiteren Regelungen des Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie des Abs. 2 anzuwenden.

Zwar wäre die Auszahlung eines Bonus im Rahmen des Abs. 4 dann nicht untersagt, wenn sich dieser auf das Jahr 2022 bezieht; Abs. 1 Satz 1 stünde der Gewährung jedoch dennoch entgegen, wenn die Vereinbarung oder der Beschluss zur Gewährung nach dem 01.12.2022 erfolgt wäre. So wird sichergestellt, dass Unternehmen nach Bekanntwerden der Preisbremsen keine rückwirkenden Boni ermöglichen. Andernfalls käme es zudem systemwidrig zu einer Besserstellung von Unternehmen, die Entlastungssummen über 50 Mio. € beziehen, gegenüber Unternehmen, die Entlastungssummen über 25 Mio. € bis 50 Mio. € beziehen.

Vor diesem Hintergrund ist auch Abs. 1 Satz 2 anzuwenden. Hiernach ist bei Bezug einer Entlastungssumme über 50 Mio. € eine Erhöhung von vor dem 01.12.2022 zugesagter Boni für das Jahr 2022 nach dem 01.12.2022 ausgeschlossen. Abs. 2 ist in diesen Konstellationen nur von Relevanz, wenn bereits im Jahr 2022 eine Entlastungssumme bezogen wurde. Andernfalls kommt deren Anrechnung von vornherein nicht in Betracht.

e) Berechnung bei Langzeitboni

Langzeitboni beziehen sich auf mehr als ein Kalenderjahr. Z.B. kann ein Langzeitbonus Ziele für die Jahre 2022 bis 2024 festlegen und eine Auszahlung bei Zielerreichung im Jahr 2025 vorsehen. Ein solcher Langzeitbonus würde mithin auch das Jahr 2023 umfassen. Nach hiesiger Auffassung ist Konsequenz des Abs. 4 in einem solchen Fall, dass sich der Langzeitbonus nicht auf das Jahr 2023 beziehen darf. Lassen sich die Ziele des Langzeitbonus nicht einzelnen Jahren zuordnen, kann eine Nichtberücksichtigung des Jahres 2023 nur dergestalt erfolgen, dass die Höhe des Bonus bei 100%-iger Zielerreichung angepasst wird. Im Beispiel würde dies bedeuten, dass der Langzeitbonus bei 100%-iger Zielerreichung auf 2/3 zu kürzen wäre.

f) Zwischenergebnis

Abs. 4 StromPBG untersagt die Auszahlung von Boni nur insoweit, als diese sich auf das Kalenderjahr 2023 beziehen.

Praxistipp:

Insb. bei Langzeitboni ist eine genaue Prüfung ratsam, welche Jahre konkret umfasst sind und auf welche Jahre sich die jeweiligen Ziele beziehen. Soweit nicht bereits ein dokumentiertes gemeinsames Verständnis der Parteien existiert, empfiehlt es sich, dieses nachträglich festzuhalten. Hierbei sollte jedoch keinesfalls eine Änderung erfolgen, sondern lediglich das bereits bei Vereinbarung der Ziele bestehende gemeinsame Verständnis dokumentiert werden.

IV. Opt-Out

Abs. 6 sieht eine Opt-Out-Möglichkeit für Unternehmen vor, da andernfalls die Verbote einen unzulässigen Eingriff in die wirtschaftliche Selbstbestimmung der Unternehmen darstellen würden. Die formlose Erklärung ist an die Prüfbehörde zu richten. Eine „Opt-Out“-Erklärung kann auch in der Form erfolgen, dass die Förderung in Summe nicht mehr als 25 Mio. € betragen soll, wobei Kombinationen aus der Förderung nach Strom-, Gas- und Wärmepreisbremse oder

der vollständige Verzicht auf die Förderung aus einer Bremse möglich sind, solange die Förderung in Summe nicht mehr als 25 Mio. € beträgt.⁶

Rechtsfolge der Erklärung ist, dass Unternehmen nicht den Pflichten nach Abs. 1 bis 5 unterliegen. Dies erscheint zunächst widersprüchlich: Die Pflichten nach Abs. 1 bis 5 treffen nur Unternehmen, die mindestens eine Entlastungssumme über 25 Mio. € beziehen. Eine Befreiung von diesen Pflichten wäre für Unternehmen, die diesen Schwellenwert nicht erreichen, damit nicht notwendig. In der Begründung zu den Beschlussempfehlungen heißt es jedoch für den Fall der Beschränkung der Entlastungssumme auf 25 Mio. € in der Erklärung:

„In diesem Fall würde die Förderung nach Strom-, Gas- und Wärmepreisbremse so berechnet, dass dieser Wert genau erreicht, aber nicht überschritten wird.“

Die Erklärung kann damit nur dann einen eigenen Anwendungsbereich haben, wenn das Unternehmen überhaupt eine Entlastungssumme bezieht. In diesem Fall hat die Erklärung Einfluss auf die Berechnung derselben.

Abs. 6 kann jedoch – entgegen dem missglückten Wortlaut – nicht dahingehend verstanden werden, dass das Boniverbot alle Unternehmen unabhängig vom Bezug und von der Höhe einer Entlastungssumme trifft und die fristgerechte Erklärung Voraussetzung für eine Befreiung von diesem Verbot wäre.

V. Umsetzung gegenüber Berechtigten

Berechtigte haben grds. aus den jeweiligen Vereinbarungen einen Anspruch auf den Bonus. Es ist daher zur Vermeidung von Streitigkeiten anzuraten, mit den Berechtigten eine Vereinbarung zu erzielen, die einen Verzicht auf den Bonus beinhaltet. Zum Schutz der Berechtigten kann eine Bedingung aufgenommen werden, dass der Verzicht nur dann gilt, wenn § 29a EWPBG bzw. § 37a StromPBG einer Auszahlung entgegenstehen.

Sollte eine solche Vereinbarung nicht zustande kommen oder aus politischen Gründen nicht gewünscht sein, stehen Unternehmen vor einer weiteren Frage: Führt Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 4 direkt zu einem Erlöschen des Anspruchs der jeweils Berechtigten?

Hierfür spricht, dass die Normen jeweils ein Verbot enthalten, gegen das das Unternehmen bei Gewährung der Boni verstoßen würde. Dem jeweiligen Unternehmen ist die Auszahlung damit nach § 275 Abs. 1 BGB rechtlich unmöglich.⁷ Die Pflicht des Unternehmens zur Auszahlung des Bonus entfällt. Im Fall der Unmöglichkeit steht dem Gläubiger jedoch ein Schadensersatzanspruch zu, wenn dieser die Herbeiführung der Unmöglichkeit zu vertreten hat (§275 Abs. 4 i.V.m. §§ 280, 283 BGB).⁸

Vorliegend hätte das Unternehmen durch die Beantragung der Entlastungssumme in der entsprechenden Höhe die Anwendbarkeit des Boniverbots kausal herbeigeführt, sodass grds. von einem Vertretenmüssen auszugehen wäre. Es bestehen jedoch sehr gute Argumente dafür, vorliegend von einer Pflichtenkollision auf Unternehmensseite auszugehen. So kommt etwa dem Aufsichtsrat nach § 116 i.V.m. § 93 AktG bei der AG bzw. i.V.m. § 52 GmbHG bei der GmbH die Pflicht zu, im Rahmen der Finanzverantwortung die Liquiditätssicherung des Unter-

nehmens zu gewährleisten.⁹ Diese Pflicht kann es im Einzelfall auch bedingen, Entlastungssummen über 25 Mio. € bzw. über 50 Mio. € zu beantragen.

Es ist sodann auf § 275 Abs. 2 BGB analog abzustellen: Steht die Nichtbeantragung der Entlastungssumme in entsprechender Höhe in einem groben Missverhältnis zum Interesse des Berechtigten, den Bonus zu erhalten, hat das Unternehmen die Herbeiführung der Unmöglichkeit nicht zu vertreten. Es bestünde dann kein Schadensersatzanspruch des Berechtigten. In dem meisten Fällen dürfte alleine aufgrund des absoluten Verhältnisses der Entlastungssumme über jedenfalls 25 Mio. € zum jeweiligen Bonus des Berechtigten ein grobes Missverhältnis vorliegen, d.h. das Unternehmen wäre nicht verpflichtet – nur, um sich gegenüber dem Berechtigten vertragsgetreu zu verhalten –, die Entlastungssumme nicht zu beantragen.

Praxistipp:

Zwar bestehen gute Gründe dafür, dass der Bonusanspruch Berechtigter durch die Beantragung der Entlastungssumme in entsprechender Höhe aufgrund der gesetzlichen Regelungen entfällt. Zur Vermeidung von Streitigkeiten empfiehlt es sich jedoch, mit Berechtigten eine Vereinbarung zu erzielen, die einen Verzicht auf den jeweiligen Bonus beinhaltet, soweit das Boniverbot nach § 29a EWPBG bzw. § 37a StromPBG einer Auszahlung entgegensteht.

VI. Fazit

Den Regelungen zum Boniverbot ist anzumerken, dass diese „auf den letzten Drücker“ in das Gesetz eingefügt wurden. Der Wortlaut der jeweiligen Normen ist teils widersprüchlich und wirft mehrere Rechtsfragen mit erheblichen Auswirkungen auf. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber hier nachbessern wird, um Rechtssicherheit für betroffene Unternehmen zu schaffen. In jedem Fall ist damit zu rechnen, dass das Boniverbot in den kommenden Jahren Gegenstand diverser Gerichtsentscheidungen sein wird. Es drohen insoweit einerseits Rückzahlungsforderungen im Hinblick auf bezogene Entlastungssummen und andererseits Zahlungsklagen von Berechtigten, die aufgrund des Boniverbots vereinbarte Vergütungen nicht erhalten.

Eine zweckorientierte und systematische Auslegung des Boniverbots kann nach hiesiger Auffassung nur zu dem Ergebnis gelangen, dass Abs. 4 kein generelles Boniverbot statuiert, sondern nur insoweit auf Boni anzuwenden ist, als sich diese auf das Jahr 2023 beziehen. Damit bleibt eine Auszahlung von sich auf Vorjahre beziehenden Boni in 2023 auch für Unternehmen möglich, die Entlastungssummen über 50 Mio. € beziehen.

Soweit das Boniverbot nach Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 4 greift, ist die Gewährung von Boni dem Unternehmen rechtlich unmöglich. Schadensersatzansprüche der Berechtigten drohen Unternehmen nach hiesiger Auffassung grds. nicht: Das in der Regel gegebene Missverhältnis zwischen der Höhe der Entlastungssumme und dem Berechtigten zustehenden Bonus führt dazu, dass die Unmöglichkeit der Gewährung durch das Unternehmen nicht zu vertreten ist. In jedem Fall ist es Unternehmen jedoch anzuraten, bestehenden Risiken durch den Abschluss von Verzichtsvereinbarungen mit den Berechtigten zu begegnen.

6 Begründung der jeweiligen Beschlussempfehlung, Fn. 2.

7 Für Corona-Beihilfen: ArbG Bielefeld vom 20.12.2023 – 5 Ca 1665/22, n.v.

8 Lorenz, in: BeckOK BGB, 64. Ed., Stand 01.11.2022, § 275 BGB Rn. 67.

9 Fleischer, in: BeckOGK, Stand 01.01.2023, § 93 AktG Rn. 74.