

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung

VRiBGH Prof. Dr. Wulf Goette, Ettlingen

Vorbemerkung

Im Zuge der Globalisierung ist es zu einem „Import“ von Anschauungen gekommen, die einseitig auf den mitunter vordergründig definierten ökonomischen Erfolg abstellen und deswegen in einem früher unbekanntem Maß die Leitungsorgane von Unternehmen über eine Beteiligung an dem erwirtschafteten Erfolg dazu anhalten wollen, sich an der Ausweitung des sog. „shareholder value“ zu beteiligen und dabei den langfristigen Perspektiven weniger große Bedeutung beizumessen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese – strukturell die Gefahr von Fehlanreizen in sich tragende – Sichtweise z.B. durch die Anerkennung von Aktienoptionsprogrammen übernommen. Die dadurch entstandenen Auswüchse werden in der gegenwärtigen Finanzkrise auch einem breiteren Publikum deutlich vor Augen geführt, vor allem wenn in spektakulären, Gott sei Dank aber seltenen Einzelfällen, Manager durch ein Beharren auf Rechtspositionen beweisen, dass ihnen jedes Gefühl dafür abhanden gekommen ist, dass sie nicht die Herren des Unternehmens sind, sondern als angestellte Leitungsorgane das Vermögen Dritter verantwortungsbewusst zu verwalten haben. Deswegen greift der Entwurf in seinem Bestreben, die Verantwortung der Aufsichtsräte bei der Festsetzung der Vorstandsvergütungen und die Selbstverantwortung der Vorstandsmitglieder bei der Entgegennahme dieser Gegenleistungen für ihre Leitungstätigkeit zu stärken, ein wichtiges Anliegen auf. Dieses Anliegen hat umso größeres Gewicht, als die deutschen Gesellschaftsrechtsgesetze mit Recht die Managerhaftung nicht schon bei jedem Misserfolg, sondern erst dann eingreifen lassen, wenn das Leitungs- oder Aufsichtsorgan sich schuldhaft pflichtwidrig verhalten hat, eine Herabsetzung der Vergütung nach dem bisherigen § 87 Abs. 2 AktG aber ohne Rücksicht auf ein solches schuldhaftes Fehlverhalten bereits dann in Betracht kommt, wenn es der

Gesellschaft wegen der Verschlechterung ihrer Lage unzumutbar ist, sich an den getroffenen Verabredungen festhalten zu lassen.

Auch wenn die vorgesehenen Änderungen sich unmittelbar nur auf die Aktiengesellschaft beziehen, darf nicht aus der Betrachtung ausgeblendet werden, dass die Rechtsprechung vielfach Regelungen des AktG auch auf die GmbH anwendet. Gerade im Hinblick auf § 87 Abs. 2 AktG ist dies z.B. in dem Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 15.6.1992 (II ZR 88/91, DStR 1992, 1443) geschehen. Eine Neufassung des § 87 AktG, die einseitig die börsennotierten Aktiengesellschaften in den Blick nimmt, ließe in der Zukunft eine solche Übertragung schwerlich zu. Dies führt zu dem Grundproblem der Abwägung zwischen Freiheit und Verantwortung bei der Vergütungsfestsetzung, die – auch bei der Aktiengesellschaft – nicht allein an der Frage der Börsennotierung anknüpfen sollte. Vielmehr sollte in einer freien, von der Privatautonomie geprägten Gesellschaft selbstverständlich sein, dass in den allgemeinen Grenzen, die die Rechtsordnung vorgibt, die Gesellschafter und nicht Außenstehende darüber entscheiden, wie ein Manager oder ein Mitglied des Aufsichtsgremiums für seine Tätigkeit entlohnt wird, was ihnen also deren Tätigkeit für die Gesellschaft „wert“ ist; denn die Gesellschafter sind es, die Teile ihres grundrechtlich geschützten Eigentums in Gestalt der Vergütung an die genannte Personengruppe leisten müssen. Für nicht börsennotierte Gesellschaften ist es deswegen richtig, dass der Entwurf - in der Fassung der Ergänzungen der Berichterstatter - im Ansatz besondere Zurückhaltung bei den gesetzlichen Vorgaben für die Bemessung der Vergütung übt. Er geht indessen in diesem Punkt teilweise über das erforderliche Maß hinaus, bleibt andererseits aber auch hinter dem Gebotenen zurück. Die privatautonome Gestaltungsfreiheit ist, soweit es nicht um den Schutz des großen Anlegerpublikums geht, also insbesondere für die nicht börsennotierten Gesellschaften im Ausgangspunkt schlechthin und nicht nur eingeschränkt bei der Bemessung der variablen Bezüge zu achten. Generell – dh auch bei nicht börsennotierten Gesellschaften (auch außerhalb des Aktienrechts) - gilt indessen, dass die privatautonome Vereinbarung dann nicht mehr als gültig anerkannt werden darf, wenn die Vergütung, die der Manager oder das Aufsichtsratsmitglied erhält, nicht mehr aus dem Vermögen der „Veranstalter“ des

Unternehmens stammt, sondern von der Allgemeinheit – etwa in Gestalt von staatlichen Hilfen – oder letztlich von den Gesellschaftsgläubigern, die einen entsprechenden Teil ihrer Forderungen nicht mehr honoriert erhalten, getragen wird. Und allein dieser Aspekt vermag den nachträglichen Eingriff in abgeschlossene Verträge (§ 87 Abs. 2 AktG) überhaupt zu rechtfertigen. Bei der schärferen Konturierung der Voraussetzungen, unter denen gerade bei Vorstandsvergütungen eine Herabsetzung zulässig sein soll, gilt es diesem besonderen Ausnahmecharakter des Eingriffs in bestehende Verträge besonders Rechnung zu tragen.

Einzelbemerkungen zum AktG

§ 87 Abs. 1

Die eingehendere Beschreibung der einzelnen Elemente der „Gesamtbezüge“ ist zwar nicht unbedingt erforderlich, wird aber den für die Festsetzung der Vergütung Verantwortlichen deutlicher vor Augen führen, dass das Vergütungssystem als Ganzes in den Blick genommen, die Großzügigkeit bei einem Vergütungselement also u.U. an anderer Stelle kompensiert werden muss.

Die Prüfungsparameter „Aufgaben“ und „Leistungen“ scheinen mir allerdings die möglichen und notwendigen Unterscheidungskriterien bei der Vergütungsbestimmung zu sehr einzuengen: Auch in der gerichtlichen Praxis begegnen Fälle, in denen eine Gesellschaft einen bestimmten Manager in ihren Diensten haben bzw. halten möchte, um zu verhindern, dass er mit seinen Fähigkeiten und Erfahrungen ein Konkurrenzunternehmen stärkt. Es können auch besondere Persönlichkeitsmerkmale wie Führungsstärke, Teamfähigkeit, Charisma, Fähigkeit, mit der Öffentlichkeit umzugehen, oder herausragende berufliche Qualifikation ein Grund dafür sein, eine höhere Vergütung für angemessen zu halten. Neben diesen Umständen – das gilt vor allem hinsichtlich der Versorgungsbezüge – kann das Alter des Managers eine erhebliche Rolle spielen; in der Entscheidungspraxis des II. Zivilsenats spielen gerade solche über die engeren Regeln des BetrAVG hinausgehende Leistungsversprechen eine nicht unerhebliche

Rolle, ein Vorstandsmitglied zu gewinnen. Schließlich kann es – die gegenwärtige Krise belegt dies – notwendig sein, die besondere Verantwortung zu honorieren, die schon mit der Übernahme der Aufgabe verbunden ist, ein Unternehmen sachgerecht und erfolgversprechend zu leiten.

Wenn danach die Begriffe „Aufgaben“ und „Leistungen“ zu eng sind, erscheint auch die Konjunktion „und“ nicht unproblematisch. Es besteht die Gefahr, dass „Leistung“ verengt als Steigerung des Unternehmenswertes verstanden und dementsprechend angenommen wird, bei Ausbleiben eines solchen Erfolges – zu denken ist etwa an den Fall, dass es einem Manager „nur“ gelingt, ein insolvenzreifes Unternehmen nicht in die Insolvenz führen zu müssen, sondern die Arbeitsplätze zu erhalten – dürften Boni oder Ähnliches nicht gewährt werden. Dies würde den notwendigen unternehmensbezogenen Spielraum des Aufsichtsrates unnötig einengen und läge nicht im Interesse der Gesellschaft und der Allgemeinheit.

Ebenso begegnet der Begriff der „üblichen Vergütung“ Vorbehalten. Die Bewertung der Tätigkeit eines Managers ist – wie bereits ausgeführt – von verschiedenen Parametern abhängig, die sogar eine Vergleichbarkeit auf der horizontalen Ebene nahezu unmöglich machen; erst recht kann die Managerleistung nicht mit Arbeiten verglichen werden, bei denen es nicht entscheidend darauf ankommt, von welcher konkreten Person sie versehen wird. Deswegen erscheint mir die Vertikalität als Vergleichsmaßstab ebenfalls wenig geeignet. Da das Gesetz auch in Zukunft die „Angemessenheit“ der Gesamtbezüge als maßgeblich ansehen will, ist der Praxis und den deren Handhabung ggfs. kontrollierenden Rechtsprechung ein ausreichender und sachgerechter Maßstab an die Hand gegeben, so dass auf die „übliche Vergütung“ im Gesetzestext verzichtet werden kann.

Soweit der Aufsichtsrat anreizorientierte Vergütungszusagen gewährt, erscheint es sachgerecht, dass besonderer Bedacht darauf genommen wird, dass diese Anreizwirkungen eine langfristige Orientierung haben. Der in den Ergänzungen vorgeschlagene Text scheint mir indessen zu restriktiv zu sein, weil danach zB gewinnabhängige Tantiemen – sie fallen sicher unter den Begriff „variable Vergütungsbestandteile“ – nicht am Ende des Geschäftsjahres, sondern erst am

Ende der – regelmäßig fünfjährigen – Amtsperiode eines Vorstandsmitglieds gezahlt werden dürften. Soweit mit diesen Vergütungsbestandteilen dagegen Aktienoptionen gemeint sein sollten, bestehen gegen die vorgeschlagene Regelung keine Bedenken, weil diese Optionsprogramme ohnehin nicht unproblematisch hinsichtlich einer sachgerechten Verhaltenssteuerung sind und die Aktionäre bei ihrer Bewilligung regelmäßig nicht absehen können, wie groß der Vermögensbestandteil ist, den sie auf diesem Wege an die Leitungs- und Überwachungsorgane weggeben.

Wegen der Bedenken gegen die Erstreckung der Regeln auf „gesunde“, nicht börsennotierte Gesellschaften verweise ich auf meine Vorbemerkungen.

§ 87 Abs. 2

Die Vorschrift ist schon nach geltendem Recht eine Sondervorschrift, die – wie oben erörtert nur ausnahmsweise - den Eingriff in bestehende Verträge erlaubt. Die hierfür geltenden Voraussetzungen will der Entwurf deutlich abschwächen, indem auf die einengenden Kriterien „wesentliche“ Verschlechterung und „schwere“ Unbilligkeit verzichtet und indem dem Aufsichtsrat das bisherige unternehmerische Ermessen, ob er von dieser Regelung Gebrauch macht, abgeschnitten wird. Dies erscheint aus der Sicht der richterlichen Praxis als nicht erforderliche Verschärfung, die dem besonderen Charakter eines Eingriffs in die privatautonome Gestaltung, die auch für die Manager einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, nicht gerecht wird. Fallgestaltungen, wie sie in jüngster Zeit in der Öffentlichkeit kritisch erörtert werden, in denen Manager auf formalen Rechtspositionen beharren, obwohl das Unternehmen nur noch mit Hilfe des Staates oder zB der Sicherungseinrichtungen des Bankgewerbes überhaupt den Gang zum Insolvenzgericht hat vermeiden können, haben sich in der Vergangenheit auf der Grundlage des geltenden Rechts sachgerecht lösen lassen, und es besteht kein Anlass zu der Befürchtung, dass diese Frage nunmehr von den Gerichten anders beurteilt werden wird.

Wenn gleichwohl an dem bisherigen Konzept des Entwurfs festgehalten werden soll, ist die in den Ergänzungen vorgesehene – mit drei Jahren meines Erachtens nicht weit genug gehende - Beschränkung der Herabsetzung von Versorgungsbezügen notwendig, weil die Gewährung solcher Zahlungen Entgelt für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen ist und es ja auch nicht anginge, einem Vorstandsmitglied rückwirkend das Gehalt zu kürzen und das erbrachte Gehalt teilweise zurückzufordern.

Im Zusammenhang mit der Kürzungsmöglichkeit nach § 87 Abs. 2 ist in der Begründung sowohl zum Entwurf als auch zu den Ergänzungen davon die Rede, eine Kürzung komme nur dann in Betracht, wenn die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft dem Betroffenen „im Rahmen der Billigkeitsprüfung zugerechnet“ werden könne. Was hiermit gemeint ist, wird aus den Erörterungen nicht recht deutlich. Auf „Zurechnung“ im Sinne eines Fehlverhaltens kann es hier nicht ankommen, und auch eine nur an den negativen „Erfolg“ anknüpfende Betrachtung scheint mir nicht angemessen zu sein. Denn der Sache nach soll § 87 Abs. 2 AktG auch in Zukunft ein besonders geregelter Anwendungsfall der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) sein, bei dem es auf das Überschreiten der Opfergrenze und nicht auf die Frage ankommt, ob dieser Zustand der einen oder der anderen Seite zugerechnet werden kann. Der tragende Grund, die Kürzung von Versorgungsbezügen zeitlich zu beschränken, liegt demgegenüber – wie oben ausgeführt – in dem besonderen, nachhaltigen Vertrauensschutz erfordernden Charakter dieses Teils der Gesamtbezüge.

§ 93 Abs. 2

Die Erscheinung der D&O-Versicherungen gehört zu den im Zuge der Globalisierung in Deutschland eingeführten „Errungenschaften“. Der Sache nach handelt es sich um eine Vermögensschadenversicherung der Gesellschaften, die deswegen auch die Prämien zu leisten haben, die nur der Form halber als Versicherung für schuldhaft pflichtwidriges Verhalten der Manager ausgestaltet ist. Handelte es sich um eine

Haftpflichtversicherung, hätten die Manager selbstverständlich die Verträge auf eigene Rechnung abzuschließen, das Problem des Selbstbehalts, zu dessen Lösung der Gesetzgeber sich nun aufgerufen fühlt, entstünde gar nicht. Denn die in dem Wunsch, die Haftung zu vermeiden, liegende notwendige Verhaltenssteuerung würde schon in dem Versicherungsverhältnis stattfinden, weil der Versicherer durch die Festsetzung der Prämien und/oder den Selbstbehalt die notwendigen ökonomischen Anreize setzen würde.

Wenn man indessen – wie der Entwurf – die Gegebenheiten hinnimmt, wie sie sich entwickelt haben, ist es notwendig, die Manager an der Behebung des finanziellen Schadens zu beteiligen, wenn die Haftungsandrohung überhaupt eine verhaltenssteuernde Wirkung haben soll. Ob die Höhe dieses Selbsthalts als Mindestgröße festzusetzen und hierfür die Gesamtbezüge eines Jahres als Bezugsgröße zu bestimmen, vermag ich ohne entsprechende rechtstatsächliche Untersuchung nicht zu beurteilen. Zu bedenken ist jedoch, dass dieser Selbstbehalt seinerseits wieder versichert werden könnte, was es notwendig macht sicherzustellen, dass die dafür erforderlichen Prämien wirklich von dem Manager selbst getragen und nicht etwa in die Gesamtvergütung „eingepreist“ werden.

§ 100 Abs. 2

So sehr mit dem Wechsel der handelnden Personen vom Vorstand in den Aufsichtsrat Kontinuität bei der Führung einer Aktiengesellschaft gewahrt wird und dies positive Effekte haben kann, so sehr besteht auf der anderen Seite doch die Gefahr, dass die Aufgaben der Leitungs- und der Überwachungsebene vermischt und verwischt werden und die Chance eines Neubeginns mit der Beendigung des Vorstandsamtes nicht genutzt werden kann. Die in den Ergänzungen vorgeschlagene Regelung – einschließlich der vorgesehenen Ausnahmen – erscheint mir deswegen sachgerecht; sie ist auch der in § 107 Abs. 3 des Entwurfs vorgesehenen Anordnung überlegen.

§ 107 Abs. 3

Es entspricht der Gesamtverantwortung des Aufsichtsrates, dass er insgesamt über die Vergütungsregeln befindet und dass dem Personalausschuss lediglich die Vorbereitung dieser Entscheidung vorbehalten wird. Diese Regelung ist schon deswegen erforderlich, weil man anderenfalls schwerlich jedes Aufsichtsratsmitglied der vorgesehenen erweiterten Haftung nach § 116 AktG unterwerfen dürfte.

§ 116

Zu meinen generellen Bedenken gegen D&O-Versicherungen für die Mitglieder von Verwaltungsorganen verweise ich auf die vorstehenden Bemerkungen zu § 93 Abs. 2 AktG. Bei der entsprechenden Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder stellt sich zusätzlich das bisher nicht abschließend gelöste Problem, ob diese Verträge von dem Vorstand geschlossen werden dürfen oder ob es nicht einer Befassung der Hauptversammlung (§ 113 AktG) bedarf, was jedenfalls dann näher liegt, wenn man den Charakter der D&O-Versicherung als Haftpflichtversicherung ernst nimmt und die Übernahme der Prämien durch die Gesellschaft als Vergütungsbestandteil ansieht.

Geht man von der Zulässigkeit des bisher üblichen Vorgehens aus, dass der Vorstand die Verträge auf Rechnung der Gesellschaft abschließt, erscheint mir die in den Ergänzungen vorgesehene Einschränkung, dass auf jeden Selbstbehalt soll verzichtet werden dürfen, bedenklich; auf diese Weise verliert die Haftungsandrohung jegliche Verhaltenssteuerung, was sich im übrigen auch für die nach dem Entwurf dieses Gesetzes beabsichtigte Stärkung der Verantwortung der Aufsichtsratsmitglieder für die Festsetzung der Vergütung des Vorstands negativ auswirken kann.

Dass nach den Ergänzungen der pauschale „Mindestschadenersatz“ gestrichen werden soll, ist aus den in der Begründung angeführten Gründen sehr zu begrüßen. Es besteht kein Anlass zu der Befürchtung, die Gerichte würden im Streitfall nicht ohnehin zu einer sachgerechten Bemessung des Schadenersatzbetrages finden.

§ 120

Da die Aktionäre die Mitglieder des Vorstands aus ihrem Vermögen zu honorieren haben, haben sie das selbstverständliche Recht, über diese Gegenstände informiert zu werden und darüber Beschluss zu fassen, ob sie mit den für sie durch den hierzu berufenen Aufsichtsrat getroffenen Entscheidungen einverstanden sind. Der Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft entspricht es, dass dieser Beschluss keine Bindungswirkungen entfaltet, der Aufsichtsrat vor allem nicht aus seiner Verantwortung entlassen wird; im übrigen ist es nach den Erfahrungen der gerichtlichen Praxis unerlässlich, der bekannten Gruppe von Aktionären nicht ein neues Betätigungsfeld zu eröffnen.

Änderungen des HGB

Der notwendigen größeren Transparenz tragen die vorgesehenen Änderungen des HGB sachgerecht Rechnung.

Ettlingen, den 17. Mai 2009

