

KEMPTER, GIERLINGER UND PARTNER  
Rechtsanwälte

Rechtsanwälte Kempter, Gierlinger und Partner  
Barer Straße 48/1, D - 80799 München

Dr. jur. FRITZ KEMPTER\*  
ALEXANDER GIERLINGER  
Dr. jur. SIBILLA OPRÉE  
FLORIAN KEMPTER\*  
Dr. jur. ANDREAS WURM  
Rechtsanwälte  
\*auch FA für Arbeitsrecht

Barer Straße 48/1  
80799 München  
Telefon+49-89 2872390  
Telefax+49-89 28 45 32  
www.kgp-law.de  
kanzlei@kgp-law.de

**Anhörung vor dem Rechtsausschuss des  
Deutschen Bundestages**

**am 25.05.2009**

**zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung  
(VorstAG)**

## I.

Die Regierungsfractionen CDU/CSU und SPD haben am 17. März 2009 den Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) im Bundestag eingebracht (BT-Drucks 16/12278). Hierzu liegen vor:

- Anträge der Abgeordneten Mechthild Dyckmans u.a. und der Fraktion der FDP vom 12.11.2008 (künftig „Antrag FDP“),
- der Abgeordneten Christine Scheel u.a. und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (künftig „Antrag Bündnis 90/Die Grünen“) sowie
- der Abgeordneten Dr. Jürgen Gehb und Joachim Stünker vom 14. Mai 2009 (künftig „Antrag Gehb“).

## II.

Der Unterzeichner nimmt zu dem Entwurf sowie zu den Anträgen Stellung wie folgt:

Wenn über die verbreitete Kritik an überhöhten Managergehältern mit zusätzlichen aktienrechtlichen Vorschriften reagiert werden soll, dann sollte das Ziel beachtet werden. Auslöser der Kritik ist die Finanzkrise und das dadurch offenbar werdende Missverhältnis zwischen Vorstandsgehältern einerseits und den Kriterien für solche Vorstandsgehälter andererseits. Dabei wird übersehen, dass es sich bei den Auslösern nur um einige wenige Einzelfälle handelt. Insbesondere handelt es sich durchwegs um Vorstandsbezüge aus im DAX notierten Unternehmen bzw. ehemaligen solchen Unternehmen. Sowohl der Gesetzentwurf als auch die Anträge gehen insoweit über das Ziel hinaus, als sie nicht nur die im DAX notierten oder sonstigen börsennotierten bzw. kapitalmarktorientierten Unternehmen erfassen, sondern jede Aktiengesellschaft, also auch Familienaktiengesellschaften und insbesondere kleine Aktiengesellschaften.

Weder der Gesetzentwurf noch die Anträge mit Ausnahme desjenigen der FDP berücksichtigen diesen Gedanken. Dabei ist er naheliegend. Denn sowohl FamilienAG als

auch die sogenannte kleine AG sind wesentlich personalistischer organisiert als die kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften. Vergütung, Haftung und die übrigen angesprochenen Rechte und Pflichten der Vorstandsmitglieder sind in den dortigen Vorstandsdiensverträgen per se situationsbezogener geregelt als in kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften. Diese (wenige) Vertragsfreiheit würde den Aufsichtsräten in den kleinen Aktiengesellschaften und Familienaktiengesellschaften genommen. Im Einzelnen:

Artikel 1: Änderung des Aktiengesetzes:

1. § 87 Abs. 1 AktG-E – Festsetzung der Vorstandsbezüge –

- (1) Der Katalog der Vergütungskriterien wird um denjenigen der „Leistungen“ und „der üblichen Vergütung“ erweitert. Generell stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, den im Gesetz vorhandenen Katalog um zwei Kriterien zu erweitern. Rechtsprechung und Literatur haben nämlich eine Vielzahl weiterer Kriterien wie z.B. die Qualifikation, den Marktwert, die konkrete Verhandlungslage, die Betriebszugehörigkeit, familiäre Verhältnisse usw. entwickelt.
- (2) Wie unscharf der Begriff „üblichen Vergütung“ ist, zeigt der Versuch einer Konkretisierung durch den Antrag Gehb. Diese kann so nicht gelingen; denn was nützt die Landesüblichkeit, wenn es ein landesübliches Unternehmen nicht gibt. Beispielsweise die Firma Linde AG hat übliche Wettbewerber nur im europäischen und internationalen Ausland. Wenn, kann der Blick auf die übliche Vergütung sinnvoll sein, um für Vergütungen, die das Übliche überschreiten, eine besondere sachliche Rechtfertigung zu fordern. Diese Überlegung greift der Antrag Gehb richtigerweise auf.
- (3) Das Kriterium „langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung“ steht schon systematisch am falschen Platz. Abs. 1 S. 2 gemäß § 87 AktG-E bezieht sich mit dem Wort „dies“ genau auf dieses Kriterium, was für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art redaktionell nicht passt. Darüber hinaus verbietet es bei strikter Auslegung künftig die Vereinbarung nur eines Fixgehaltes, was in vielen Fällen sinnvoll sein kann. Selbst wenn variable Vergütungselemente vereinbart

werden sollen, scheinen sie nach dieser Vorgabe nur noch dann zulässig zu sein, wenn sie langfristige Auswirkungen haben. Die übliche Jahrestantieme die an den Erfolg im abgelaufenen Geschäftsjahr anknüpft wäre künftig gänzlich unzulässig. Schließlich scheint dieses Kriterium als Eingriff in die Vertragsfreiheit bei nicht kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften unverhältnismäßig.

Wenn das Kriterium aufrecht erhalten bleiben soll und nicht nur über eine besondere Betonung z.B. im Corporate Governance Kodex (künftig Kodex) auf den Dienstvertragsinhalt des Vorstandsmitglieds einwirken soll, dann muss es in einem gesonderten Satz 2 erfasst werden. Es darf nicht so zwingend ausgestaltet sein, dass es die reine Fixvergütung verbietet. Der Aufsichtsrat muss die Flexibilität haben, variable Vergütungselemente, die an einmalige oder jährlich wiederkehrende Erfolgskomponenten anknüpfen mit langfristig wirkenden Elementen zu kombinieren, wie es Ziffer 4.2.3 Abs. 2 des Kodex ausdrücklich empfiehlt. Auch einmalige Erfolge können nämlich eine besondere Vergütung rechtfertigen. Die Sorge, dass die Vorstandsmitglieder bei einer Anknüpfung an einmalige oder jährlich wiederkehrende Elemente die Erfüllung dieser Parameter durch Manipulation künstlich herbeiführen könnten, erscheint überzogen und kann jedenfalls kein Grund sein, kurzfristige Vergütungselemente pauschal zu verbieten.

Insoweit ist auch der Antrag Gehb, der viele dieser Gedanken bereits berücksichtigt, noch ergänzungsbedürftig.

- (4) Wird systematisch ein neuer Satz 2 mit den angeregten Inhalten eingefügt, kann im jetzigen Satz 2, der dann zum Satz 3 wird, das Wörtchen „dies“ entfallen. Damit ist auch die notwendige redaktionelle Anpassung erledigt.
- (5) Wenn das Gesetz geändert wird, sollte der Begriff der „Gesamtbezüge“ vereinheitlicht werden. So wird dieser Begriff, der derzeit in §§ 285 Satz 1 Nr. 9 lit. a), 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) HGB einerseits und § 87 AktG andererseits verwandt wird, dort unterschiedlich definiert.

(6) Zusammenfassung:

- a) § 87 Abs. 1 S. 1 AktG sollte unverändert bleiben. Danach sollte ein neuer Satz 2 eingefügt werden und der bisherige Satz 2 ist redaktionell anzupassen.

„..... in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Werden variable Vergütungsbestandteile vereinbart, hat der Aufsichtsrat bei einer börsennotierten Gesellschaft dafür zu sorgen, dass darunter in angemessenem Umfang Vergütungsteile enthalten sind, die langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen, eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben und erst am Ende des Bemessungszeitraums ausgezahlt werden. Satz 1 gilt sinngemäß für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.“

- b) § 87 Abs. 2 S. 1 AktG-E – Herabsetzung der Bezüge –

Dieser Komplex ist durch die Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins Nr. 32/2009 vom April 2009 umfassend und erschöpfend behandelt. Der Unterzeichner macht sich deshalb diese Stellungnahme zu Eigen und zitiert sie zum bessern Verständnis wie folgt:

- aa) „Der Regelungsvorschlag betrifft die nachträgliche Herabsetzung der Bezüge amtierender und pensionierter Vorstandsmitglieder. Er enthält gegenüber der geltenden Rechtslage gravierende Veränderungen, die sämtlich problematisch erscheinen:

- (1) Der Entwurf will die Anforderungen an die Herabsetzung der Bezüge senken. Zum einen will er nur noch eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft fordern, während bislang eine „wesentliche“ Verschlechterung erforderlich ist. Zum anderen soll die Herabsetzung schon zulässig sein, wenn die Weitergewährung der Bezüge unbillig wäre, während nach geltendem Recht eine „schwere“ Unbilligkeit nötig ist. Der Entwurf begründet die vorgeschlagenen Änderungen mit

dem Ziel, die Voraussetzungen einer Herabsetzung der Vorstandsbezüge „klarer und schärfer“ zu fassen. Es steht jedoch zu befürchten, dass die Regelung mit den vorgesehenen Änderungen unklarer und unschärfer wird. Denn während die Tatbestandsmerkmale der „wesentlichen“ Veränderung und der „schweren“ Unbilligkeit bislang klarstellen, dass eine Herabsetzung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen kann, gibt die Entwurfsfassung, die im Ergebnis nur noch auf das unscharfe Merkmal „einfacher“ Unbilligkeit abstellen will, die Rechtssicherheit weitgehend preis. Das ist nicht nur für die betroffenen Vorstandsmitglieder eine unzumutbare Belastung, sondern auch für den Aufsichtsrat, wenn dieser künftig nicht nur berechtigt, sondern unter Haftungsandrohung verpflichtet sein soll, von einem Herabsetzungsrecht Gebrauch zu machen. Überdies trifft das Haftungsrisiko künftig alle Mitglieder des Aufsichtsrats, da die Vergütungsentscheidungen nach § 107 Abs. 3 S. 3 AktG-E zwingend vom Gesamtaufsichtsrat getroffen werden sollen.

- (2) Das eigentliche politische Ziel des Regelungsvorschlags dürfte allerdings weniger darin liegen, die Vorschrift klarer und schärfer zu fassen, als die Voraussetzungen für einen Eingriff in vertragliche Vergütungszusagen zu senken. Dieses Ziel ist mit den vorgeschlagenen Formulierungsänderungen aber kaum erreichbar. Denn eine Weitergewährung der vereinbarten Bezüge bei Verschlechterung der Lage der Gesellschaft kann nur dann unbillig sein, wenn es sich um eine „wesentliche“ Verschlechterung handelt, mag der Gesetzgeber dieses Tatbestandsmerkmal streichen oder nicht. Und gleiches gilt bei dem Merkmal der Unbilligkeit. Ist diese keine „schwere“ Unbilligkeit, kann es – auch im Hinblick auf Artikel 14 GG – nicht angehen, der Gesellschaft einseitig das Recht zu geben, sich von den vertraglichen Vereinbarungen loszusagen und die Bezüge ihrer aktiven

sowie ihrer pensionierten Vorstandsmitglieder und deren Hinterbliebenen herabzusetzen.

- bb) Zur Beurteilung als unbillig heißt es in der Begründung des Entwurfs, es komme nicht nur auf die „Unbilligkeit“ für die Gesellschaft an, ohne das gesagt wird, auf wen und wessen Beurteilung es sonst noch ankommen soll. In der „Formulierungshilfe“ der Bundesregierung schloss sich der folgende Satz an, der zwar im Gesetzentwurf der Fraktionen fehlt, aber vermutlich immer noch gedanklich zu ergänzen ist:

„Unbillig kann die Weitergewährung auch sein, wenn sie von einer allgemeinen Betrachtung aus unbillig erscheint.“

Diese Ausweitung ist systematisch verfehlt und in ihrer Tendenz gefährlich. Es kann nur um die Unbilligkeit für die Gesellschaft gehen, also um den Widerspruch zum Unternehmensinteresse, das nach dem herrschenden Verständnis zwar nicht nur durch das Interesse der Aktionäre determiniert wird, sondern auch das Interesse der anderen „Stakeholder“ einbezieht, aber jedenfalls keine grenzenlose Öffnung für die Beurteilung durch die allgemeine Öffentlichkeit, wie es dem Gedankengut des Jahres 1937 (Einschub durch den Unterzeichner) zugrunde lag, erlaubt. Es sollte deshalb unbedingt bei der bisherigen Gesetzesfassung verbleiben.

- cc) Während das Gesetz bislang in § 87 Abs. 2 S. 1 AktG nur eine Herabsetzung der Bezüge der aktiven Vorstandsmitglieder zulässt, soll nach dem Entwurf das Herabsetzungsrecht und die Herabsetzungspflicht! künftig auch auf Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art erstreckt werden. Davon ist dringend abzuraten. Das Vertrauen auf den Bestand von Ruhegeldzusagen ist im besonderen Maße schützenswert: Sie sind Teil der Gegenleistung für die vom Vorstandsmitglied bereits in der Vergangenheit erbrachten Dienstleistungen, sie sind in aller Regel der Grundpfeiler der Altersversorgungsplanung, und das Vorstandsmitglied ist bei einem nachträglichen Eingriff in diese

Rechte wirtschaftlich wehrlos, weil es seine Arbeitsleistung schon erbracht hat und – anders als das aktive Vorstandsmitglied – nicht mehr in der Lage ist, als Reaktion auf die Herabsetzung seinen Anstellungsvertrag zu kündigen und seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen. Damit verträgt es sich nicht, die Herabsetzungsmöglichkeit des § 87 Abs. 2 AktG auf Ruhegelder und andere Leistungen der Altersversorgung zu erstrecken, und zwar umso weniger angesichts der vorstehend erörterten Zielsetzung des Entwurfs, zugleich auch die Voraussetzungen für eine Herabsetzung der Bezüge zu reduzieren. Das Gesetz sieht daher bislang für Versorgungsansprüche eine besondere aktienrechtliche Herabsetzungsmöglichkeit, die über das nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zulässige hinausgeht, mit Recht nicht vor. Auch künftig sollte es bei den allgemeinen Grundsätzen für einen Widerruf oder Teilwideruf von Versorgungszusagen bleiben, die einen Eingriff nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erlauben.

dd) Was die Versorgungsanwartschaften betrifft, so ist zu unterscheiden:

§ 87 Abs. 2 AktG ermöglicht schon in der geltenden Fassung eine Herabsetzung der Bezüge in dem Sinne, dass der künftige Zuwachs der Anwartschaft als Gegenleistung für die künftige Tätigkeit vermindert wird, denn insoweit geht es um die „Weitergewährung“ der vereinbarten Bezüge.

Ausgeschlossen ist dagegen ein Eingriff in den bereits verdienten Umfang der Anwartschaft.

Der Entwurf will aber viel weiter gehen: Es soll auch eine Reduzierung der erreichten unverfallbaren Anwartschaften der aktiven und der ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder möglich sein, und es soll sogar möglich sein, einem vor langen Jahren in den Ruhestand getretenen Vorstandsmitglied die laufende Pension zu kürzen oder sogar ganz zu entziehen. In der Begründung des Entwurfs

heißt es zwar, die Herabsetzung der Ruhegehaltsbezüge des Vorstandsmitglieds sei nur zulässig, wenn die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft „in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist“. Diese Einschränkung ist aber dem vorgeschlagenen Gesetzestext zumindest nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen und vor allem ist dieses Merkmal der „Zurechenbarkeit“ viel zu unscharf, um einen so weitreichenden Eingriff in die Altersversorgung eines ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds zu rechtfertigen.

- ee) Nach der Entwurfsfassung des § 87 Abs. 2 S. 1 AktG soll der Aufsichtsrat künftig zur Herabsetzung verpflichtet sein, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen („hat .... herabzusetzen“), während die geltende Gesetzesfassung den Aufsichtsrat nur zu einer Herabsetzung „berechtigt“. Auch in diesem Punkt ist die bestehende Gesetzeslage vorzugswürdig. Schon nach geltendem Recht wird der Aufsichtsrat kraft der ihn treffenden Sorgfaltspflicht (§§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG) in aller Regel verpflichtet sein, von der Herabsetzungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Das kann aber im Einzelfall anders sein. Es ist nämlich zu bedenken, dass sich mit einer Herabsetzung der Bezüge das Recht des Vorstandsmitglieds verbindet, vorzeitig aus seinem Vorstandsamt auszuschcheiden (§ 87 Abs. 2 S. 3 AktG). Gerade in schwierigen wirtschaftlichen Situationen kann es sein, dass die Gesellschaft auf ein Vorstandsmitglied nicht verzichten kann und es im Interesse der Gesellschaft besser ist, auf eine Herabsetzung nach § 87 Abs. 2 S. 1 AktG zu verzichten, als das Risiko einer vorzeitigen Kündigung nach § 87 Abs. 2 S. 3 AktG einzugehen. Diese Flexibilität muss der Aufsichtsrat behalten. Die Entwurfsfassung würde sie ihm nehmen.
- ff) Jedenfalls soweit sich die vorgeschlagene Neuregelung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits bestehende Vorstandsverträge beziehen soll, bestehen gegen sie auch verfassungsrechtliche Bedenken. Nach wohl allgemeiner Ansicht sind auch schuldrechtliche Forde-

rungen von der Eigentumsgarantie des Artikel 14 GG erfasst (vgl. etwa BVerfGE 89, 1, 8; BVerfGE 68, 193, 222 ff.); dazu zählen auch Ansprüche nach § 87 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG. Der Eigentumsschutz nach Artikel 14 GG schließt zwar einen gesetzgeberischen Eingriff nicht per se aus. Voraussetzung ist aber, dass hierfür unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein öffentliches Interesse angeführt werden kann. Dabei ist namentlich auch der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten, der für das Eigentum in Artikel 14 GG eine eigene Ausprägung gefunden hat (vgl. BVerfGE 95, 640; BVerfGE 117, 272, 294), weshalb ein Eingriff in bestehende Rechte, insbesondere dann unzulässig sein kann, wenn die Bestandsinteressen des Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfGE 95, 640). Vieles spricht dafür, dass sich nur ein öffentliches Interesse von besonderem Gewicht gegen die Eigentumsinteressen durchzusetzen vermag (vgl. BVerfGE 83, 201, 212; BVerfG (K), NJW 1998, 367, 368; BVerfG (K), NVwZ 2002, 1365).

- gg) Ob das VorstAG diesen Anforderungen genügt, ist fraglich. Welches öffentliche Interesse für den Eingriff in bestehende Ansprüche angeführt werden kann, ergibt sich aus der Begründung zum Gesetzentwurf allenfalls in Umrissen. Offensichtlich geht es dem VorstAG um die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft im Sinne eines Gemeinwohlbelangs. Ob dies einen Eingriff in bestehende Vertragsrechte heute noch legitimieren kann, sollte der Gesetzgeber sorgfältig überprüfen. Fraglich ist insbesondere die Zulässigkeit des Eingriffs in die Versorgungsansprüche ausgeschiedener Vorstandsmitglieder und die unverfallbaren Versorgungsanwartschaften tätiger Vorstandsmitglieder, weil die betroffenen Vorstandsmitglieder ihre Gegenleistung bereits erbracht haben, die in Rede stehenden Ansprüche mithin auf einer eigenen Leistung beruhen. Das BVerfG hat die eigene Leistung als besonderen Schutzgrund der Eigentumsgewährleistung anerkannt (vgl. etwa BVerfGE 100, 1, 33; BVerfGE 117, 272, 294, jeweils im Zusammenhang mit

Rentenanwartschaften). Zumindest sollte der Gesetzgeber überprüfen, ob Gemeinwohlbelange auch bei der Vielzahl der Aktiengesellschaften angeführt werden können, deren Anteile mangels Börsennotierungen nicht öffentlich gehandelt werden.

- hh) Schließlich ist folgendes zu bedenken: § 87 Abs. 2 AktG erlaubt weder in der geltenden noch in der vorgeschlagenen Fassung einen rückwirkenden Eingriff in bereits konkret entstandene Vergütungsansprüche für erbrachte Leistungen, sondern durch die Herabsetzung der Bezüge kann nur für die Zukunft eine unverminderte „Weitergewährung“ verhindert werden. Zulässig ist nur eine Herabsetzung der dem Vorstandsmitglied künftig zustehenden Bezüge. So ist es z.B. nicht möglich, unter Berufung auf § 87 Abs. 2 AktG die Erfüllung eines Bonusanspruches für das vergangene Geschäftsjahr zu verweigern, wenn dessen vertragliche Voraussetzungen erfüllt sind. Die Erfüllung eines bereits konkret begründeten Zahlungsanspruchs kann nur verweigert werden, wenn die einschlägigen allgemeinen Rechtsbehelfe eingreifen, also insbesondere ein Wegfall der Geschäftsgrundlage oder eine missbräuchliche Rechtsausübung vorliegt. Daran soll und kann auch die vorgesehene Verschärfung des § 87 Abs. 2 AktG nichts ändern.“

## 2. § 107 Abs. 3 AktG-E:

- (1) Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums für die Vorstandsvergütung (Satz 3):
- a) Die Entscheidungen zur Vorstandsvergütung sollen künftig nicht mehr von einem Personalausschuss des Aufsichtsrats getroffen werden können, sondern zwingend dem Plenum zugewiesen sein. In der Begründung hierzu wird auf die Empfehlungen des Kodex verwiesen, aber eine alte Fassung des Kodex (Ziffer 4.2.2) zitiert. Nach der neuesten Fassung vom 06. Juni 2008 (bekanntgemacht am 08. August 2008) soll das Aufsichtsratsplenum nicht nur über das Vergütungssystem beraten,

sondern „das Vergütungssystem für den Vorstand einschließlich der wesentlichen Vertragselemente beschließen“.

- b) Es geht zu weit, wenn man verlangt, dass das Aufsichtsratsplenum sämtliche Details zu den Vergütungen in den Vorstandsverträgen regelt und alle individuellen Entscheidungen zu den einzelnen Vorstandsmitgliedern trifft. Die durch die Einsetzung des Personalausschusses beabsichtigte Entlastung des bis zu 20 Mitglieder zählenden Plenums wäre nicht mehr erreichbar, wenn das Plenum z.B. über das Fahrzeug, die EDV-Ausstattung oder die Zielvorgaben für das neue Geschäftsjahr usw. entscheiden müsste. Darüber hinaus wäre es nicht nur aus Gründen der Praktikabilität sondern auch zur Gewährleistung einer sachgerechten Entscheidung vorzugswürdig, die Beurteilung der individuellen Leistung der einzelnen Vorstandsmitglieder auch künftig dem kleineren und in der Regel qualifizierteren Gremium des Personalausschusses zu überlassen. So kann vermieden werden, dass Aufsichtsräte z.B. bei Entscheidungen über Personalmaßnahmen im Ansehen beschädigt werden. Die Erörterung und Bewertung von individuellen Leistungen und Zielerreichungen überfordert das Plenum und birgt zugleich Gefahren für die Autorität der Vorstandsmitglieder.
  - c) Wenn eine zwingende Zuweisung von Vergütungsentscheidungen zum Plenum erfolgen soll, ist sie auf das zu beschränken, was der Kodex derzeit empfiehlt.
- (2) § 107 Abs. 3 S. 4 AktG-E – Karenzzeit für ehemalige Vorstandsmitglieder im Prüfungsausschuss –
- a) Nach dem Entwurf soll ein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft frühestens drei Jahre nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand Mitglied des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats werden können. Nach der Begründung des Entwurfs geht es darum, mögliche Interessenkonflikte der Ausschussmitglieder aufgrund vorheriger Vorstandstätigkeit zu vermeiden; insbesondere soll verhindert werden, dass die Aufdeckung von Unstimmigkeiten in der Vergangenheit vom

ehemaligen Vorstandsmitglied im Prüfungsausschuss verhindert wird. Es geht also nicht um Fragen der Vorstandsvergütung, sondern um eine thematisch über den Rahmen des Gesetzentwurfs hinausgehende Absicherung der Unabhängigkeit der Mitglieder des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats.

- b) Ehemalige Vorstandsmitglieder sind in den ersten drei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand nicht per se ungeeignet, die Aufgabe eines Mitglieds des Prüfungsausschusses unbefangen wahrzunehmen. Deshalb empfiehlt der Kodex in Ziffer 5.3.2 nur, dass der Vorsitz im Prüfungsausschuss nicht von einem ehemaligen Vorstandsmitglied übernommen werden soll. Auch hier gilt: Die konkrete Befangenheit im Einzelfall kann und wird individuell geregelt und bedarf keiner pauschalen zwingenden gesetzlichen Vorgabe.

3. § 116 AktG-E – Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei unangemessener Vergütung –

Der Gesetzentwurf will § 116 AktG um zwei neue Sätze (drei und vier) zur Haftung des Aufsichtsrats bei Festsetzung einer unangemessenen Vergütung ergänzen. Beides ist überflüssig.

- (1) Bereits nach geltender Rechtslage (§§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 AktG) haften die Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie durch Festsetzung einer unangemessenen Vergütung ihre Pflichten verletzen. Die Festsetzung der Vergütung ist eine wichtige Aufgabe des Aufsichtsrats aber bei weitem nicht die wichtigste (vgl. Bestellung des Vorstands, Überwachung und Beratung des Vorstands usw.). Außer tagespolitischen Motiven gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, die Haftung des Aufsichtsrats ausgerechnet für die Vergütungsbemessung durch eine ausdrückliche Regelung zu betonen. Da Satz 3 rein deklaratorisch ist und damit überflüssig ist, sollte er gestrichen werden.
- (2) Gleiches gilt für § 116 S. 4 AktG-E. Hier handelt es sich um eine Spezialregelung zur Höhe des Schadenersatzes bei einer unangemessenen Vergütung. Schon der Begriff „Mindestschaden“ ist fehl am Platz; kann es sich da-

bei doch nur um einen Strafschadenersatz handeln, wenn nach allgemeinen Regeln kein Schaden zu ersetzen wäre. Solches ist dem deutschen Recht fremd und die Anspruchsgrundlage des § 116 S. 3 AktG-E ist schon gar kein Rechtfertigungsgrund.

Auch das Motiv, eine Vorteilsausgleichung ausschließen zu wollen greift nicht. Die Vergütung ist nämlich nicht unangemessen, wenn und soweit sie zu Vorteilen für die Gesellschaft geführt hat.

- (3) Unsystematisch ist auch, dass die neuen Sätze drei und vier nicht für eine pflichtwidrig unterlassene Herabsetzung der Bezüge nach § 87 Abs. 2 AktG gelten sollen. Warum wird hier zwischen den Haftungsfolgen unterschieden?
- (4) Nicht zuletzt gilt § 116 AktG auch für die Aufsichtsräte mitbestimmter GmbH's nach den Mitbestimmungsgesetzen (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG). Nicht gilt für diese § 87 AktG. Zumindest ist in der Begründung klarzustellen, dass sich daran durch § 116 S. 2 AktG-E nichts ändern wird.

#### 4. § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG – vierjährige Wartezeit bei Aktienoptionen –

Die Verlängerung der Wartezeit für die erstmalige Ausübung von Optionsrechten auf den Bezug von Aktien von zwei auf vier Jahre seit der Einräumung der Bezugsrechte ist unbedenklich.

In der Begründung sollte allerdings klargestellt werden, dass die Übergangsregelung nicht nur für Beschlüsse zur Schaffung eines bedingten Kapitals sondern über § 71 Abs. 1 Nr. 8 S. 5 AktG auch für die vor der Hauptversammlung geschlossene Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien zur Bedienung der Optionen gilt.

Zu Artikel 2:

Keine Anmerkungen.

Zu Artikel 3 „Änderung des Handelsgesetzbuchs“:

1. Durch die vorgeschlagenen Änderungen zu §§ 295 Nr. 9a HGB und § 314 Abs. 1 Nr. 6a HGB sollen Lücken in der bisherigen Regelung der individuellen Offenlegung der Vorstandsbezüge geschlossen werden. Dabei sollte der Gesetzgeber beachten:
2. Die Offenlegung der Vorstandsvergütung wurde durch das Gesetz vom 03. August 2005 geregelt und die entsprechenden Bestimmungen sind erstmals auf Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2007 begannen. Zu diesen Offenlegungsregelungen wurde nach aufwändiger Diskussion der deutsche Rechnungslegungsstandard Nr. 17 (DRS 17) am 07. Dezember 2007 verabschiedet und durch das BMJ gemäß § 342 Abs. 2 HGB am 05. Juni 2008 bekannt gemacht. Zur Offenlegung von Pensionszusagen gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) S. 6 HGB ist in der DRS 17 Nr. 51 folgendes festgehalten:

„Die Angaben müssen den Abschlussadressaten in die Lage versetzen, sich anhand jedes Abschlusses ein Bild über den Umfang der individuellen Zusage zu verschaffen. Anzugeben sind die Basisdaten einer Zusage. Die versicherungsmathematischen Barwerte des für das Erreichen der Altersgrenze und/oder das vorzeitige Ausscheiden zugesagten Gesamtbetrags der künftigen Leistungen brauchen nicht angegeben zu werden.“

Diese noch sehr junge geltende Rechtslage, wonach börsennotierte Aktiengesellschaften im Vergütungsbericht auch den wesentlichen Inhalt von Pensionszusagen darzustellen haben, ist sachgerecht und im Zusammenhang mit den Auslegungsregeln des DRS 17 auch praktikabel. Eine erneute kurzfristige Veränderung erscheint nicht erforderlich.

Zu Artikel 4 „Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch“:

Keine Anmerkungen.

### III.

#### Zu sonstigen Änderungsvorschlägen im Antrag Gehb

Zu § 93 Abs. 2 (Selbstbeteiligung der Vorstandmitglieder bei Vermögensschadensversicherungen):

Alle Diskutanten gehen grundsätzlich davon aus, dass der Vorstand ähnlich wie ein üblicher Arbeitnehmer haftet. Das sieht das Gesetz in § 93 AktG aber gerade nicht so. So haftet der Vorstand grundsätzlich für jedes Verschulden, ggf. auch für leichte Fahrlässigkeit. Für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz greift die so oft zitierte D&O-Versicherung in der Regel nicht; dieser Schaden bleibt also unmittelbar beim Vorstandsmitglied hängen. Selbst wenn eine D&O-Versicherung greift, erfasst diese heutzutage in vielen Fällen nicht die Höhe des tatsächlichen Schadensersatzanspruchs. Die Prämie für eine D&O-Versicherung die die derzeit anhängigen Schadenersatzprozesse abdecken würde, ist für keine Gesellschaft bezahlbar. Demnach ist in vielen Fällen schon der Denkansatz unzutreffend.

Ferner wird zu wenig bedacht, dass mit jeder der geplanten Regelungen in das Institut der Vertragsfreiheit eingegriffen wird. Es erscheint z.B. nicht sachgerecht, bei einem Vorstandsdiensvertrag, der von vornherein nur auf eine Dauer von zwei Jahren angelegt ist, eine Schadenersatzpflicht in Höhe von mindestens der Bezüge eines Jahres verpflichtend vorzugeben. Praktisch wird dies, wie auch viele andere Vorschläge dazu führen, dass kein qualifiziertes Vorstandsmitglied mehr bereit sein wird, eine solche Aufgabe zu übernehmen.

Zu § 100 Abs. 2 AktG (Wechsel des Vorstands in den Aufsichtsrat):

Auch hier stellt sich die Frage, ob es notwendig ist dies gesetzlich zwingend zu regeln oder ob nicht den Bestimmungen des Kodex der Vorzug gegeben werden sollte. Bedenkt man, dass diese Bestimmungen des Kodex zwischenzeitlich von mehr als 90% der im DAX notierten Aktiengesellschaften befolgt werden, stellt man fest, dass damit schon die Gesellschaften, die es treffen soll, erfasst sind. Der Unterzeichner plädiert also dafür, es bei den Regelungen des Kodex zu belassen.

Zu § 120 Abs. 4 AktG (Beschluss der Hauptversammlung über das Vergütungssystem):

Auch hier gilt das zuvor Gesagte. Schon jetzt ist der Aufsichtsratsvorsitzende nach Nummern 4.2.3 und 4.2.5 des Kodex gehalten, die Hauptversammlung in einem Vergütungsbericht über die Grundzüge des Vergütungssystems und deren Veränderungen zu informieren. Weil dies schon jetzt von mehr als 90% der börsennotierten Unternehmen eingehalten wird, erscheint es nicht notwendig, dass der Gesetzgeber hier zwingend in ein funktionierendes System eingreift, zumal das Gesetz nicht mehr bewirkt, als die Information. Im Gegenteil: Befolgt künftig auch nur 1% der börsennotierten Gesellschaften die gesetzliche Regelung nicht, wird dies den Gesetzgeber animieren, die jetzt noch sanktionslose Bestimmung mit Sanktionen zu versehen. Das kann nicht im Sinne des Aktienrechts sein.

Zu den sonstigen Änderungsvorschlägen:

Keine Anmerkungen.

#### IV.

##### Zum Antrag der FDP

Was die Zahl der Aufsichtsratsmandate pro Person und die Größe der Aufsichtsräte insgesamt anbelangt, dient dies einer gewisse Professionalisierung und Endbürokratisierung und ist deshalb zu begrüßen.

Zur Wählbarkeit früherer Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat ist Stellung genommen. Die Konkretisierung auf den Vorstandsvorsitzenden zum Aufsichtsratsvorsitzenden im selben Unternehmen ist sachgerecht, durch die Regelungen des Kodex aber ausreichend erfasst.

In Anbetracht des geltenden scharfen Haftungssystems für die Aufsichtsräte (§§ 116, 93 AktG) ist eine Professionalisierung von deren Tätigkeit dringend erforderlich. Das setzt über die vorhandenen Informationsrechte auch die Ausstattung der Aufsichtsräte mit entsprechenden Hilfsmitteln voraus.

## V.

### Zum Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Der Betriebsausgabenabzug von Managerabfindungen und Managergehältern erscheint als unzweckmäßiger Ansatzpunkt. Noch ist die Managervergütung großenteils am Unternehmenserfolg gemessen. Je größer der Unternehmenserfolg ist, desto größer ist die Chance, dass darin steuerpflichtige Erträge enthalten sind. Die Erfahrung hat gezeigt, dass hervorragende Leistungen sich nicht mit begrenzten Vergütungen erzielen lassen.

Neue Haftungsregelungen:

Hierzu ist oben ausgeführt. § 93 AktG ist ein scharfes Schwert. Die sich häufenden Klagen von Aktionärsvertretern gegen die Gesellschaft zeigen, dass entgegen der im Antrag vertretenen Meinung den Aktionären sehr wohl eigene Ansprüche zustehen. Auch wenn sich die Ansprüche unmittelbar nur gegen die Gesellschaft richten, wird durch eine im deutschen Recht übliche Streitverkündung das jeweilige Vorstandsmitglied blitzschnell in die unmittelbare Haftung einbezogen. Dies gilt im Übrigen auch für Aufsichtsräte!

Bevor deshalb wieder einmal über neue haftungsverschärfende Regelungen nachgedacht wird, sollte die bestehende gesetzliche Systematik überprüft werden. Tut man dies, wird man feststellen, dass es keine offensichtliche Regelungslücke gibt. Nicht zu vergessen ist: Der Vorstand haftet ggf. für leichte Fahrlässigkeit, was bei dem Arbeitnehmer z.B. grundsätzlich ausgeschlossen ist. Deshalb ist ein Vergleich zu den abhängig Tätigen in jeder Richtung unpassend.

Zu den Kontrollfunktionen des Aufsichtsrats und den Rechten der Hauptversammlung ist oben ausgeführt. Diese Petiten sind entweder schon durch die geltende Rechtslage bzw. den Gesetzentwurf abgedeckt.

Zur Wirkung des Corporate Governance Kodex:

Auch zu diesen Petiten ist oben bereits Stellung genommen.

München, den 19.05.2009

(Dr. Kempter)  
Rechtsanwalt