

20. Mai 2009

**Schriftliche Stellungnahme zum
Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
(VorstAG),
BT-Drucks. 16/12278**

I. Grundsätzliches

Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfes ist es, die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken.

Dieses Ziel ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat dieses Ziel bereits auf der außerordentlichen Plenarsitzung am 16. Januar 2009 unterstrichen und entsprechende Kodex-Anpassungen für die turnusmäßige Sitzung der Kommission angekündigt. Bereits in der derzeit gültigen Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die variablen Vergütungsbestandteile auch Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter enthalten sollen.

Ein weiteres Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfs ist es, die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung noch stärker zu betonen und zu konkretisieren sowie die Transparenz der Vorstandsvergütung gegenüber den Aktionären und der Öffentlichkeit zu verbessern.

Auch diese Ziele sind grundsätzlich zu unterstützen. Dabei wird es vor allem darauf ankommen, Rahmenbedingungen in Deutschland zu schaffen, die eine weitere Professionalisierung deutscher Aufsichtsräte ermöglichen.

Abgesehen von den vorgeschlagenen Einzelregelungen, auf die später noch im Detail einzugehen sein wird, stellt sich die Grundsatzfrage, ob die Politik zur Erreichung der Ziele gesetzgeberisch tätig werden muss oder dies auch über die bereits in der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex diskutierten erweiterten Kodexregeln möglich ist.

Mit der vom Bundesjustizministerium im September 2001 eingesetzten Regierungskommission und dem am 26. Februar 2002 verabschiedeten Deutschen Corporate Governance Kodex hat die Politik bewusst auf einen flexiblen Weg gesetzt, der das deutsche Corporate Governance-System transparent und nachvollziehbar macht und das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der

Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften fördert. Über die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG besitzt er überdies eine gesetzliche Grundlage, auf die sich bereits Gerichte gestützt haben.

Die Ergebnisse der jährlichen umfangreichen Studien des Berlin Center of Corporate Governance zeigen, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex fester und anerkannter Bestandteil des Unternehmensalltags ist. 2009 wurden beispielsweise durchschnittlich 95 % der insgesamt 84 Empfehlungen und durchschnittlich gut 86% der 19 Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex von den befragten DAX 30-Unternehmen befolgt. Der „Comply or Explain“-Grundsatz gibt den Unternehmen die vom Gesetzgeber bewusst eingeräumte und im Einzelfall notwendige Flexibilität und stellt gleichzeitig die erforderliche Transparenz sicher.

Hierin liegt der Vorteil eines Kodex auf gesetzlicher Basis gegenüber einem Gesetz.

Der vorliegende Gesetzesentwurf wirft daher letztlich die Frage auf, welche Rolle Bundesregierung und Bundestag dem Deutschen Corporate Governance Kodex in Zukunft beimessen wollen. Mit fortschreitender Regelung durch den Gesetzgeber würde der Deutsche Corporate Governance Kodex weniger der flexiblen Standardsetzung nach nationalen sowie internationalen Maßstäben dienen und stattdessen zu einer Sammlung wesentlicher gesetzlicher Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften mutieren.

Vor dem Hintergrund der bisherigen positiven Wirkung des Corporate Governance Kodex auf die heutige Unternehmenswirklichkeit in Deutschland im Vergleich zu der Zeit vor 15 bis 20 Jahren sollte der Kodex aber weiter gestärkt werden.

II. Einzelanmerkungen

1. § 87 Abs. 1 AktG-E

Vor dem Hintergrund der aktuellen Situation ist das mit dem Gesetzesvorhaben angestrebte Ziel einer Konkretisierung des bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung zu beachtenden Angemessenheitskriteriums zwar verständlich, die sachgerechte Umsetzung dieses Vorhabens durch den Rückgriff auf die „übliche Vergütung“ aber nicht gelungen. Eine rechtssicher feststellbare „Üblichkeit“ dürfte in der Praxis kaum zu erreichen sein; zu unterschiedlich sind die Tatbestände. Zusätzlich verstärkt die Verwendung des Begriffs „Üblichkeit“ die Gefahr einer Nivellierung auf hohem Niveau. Dass die Gesetzesbegründung jetzt auch auf den vertikalen Vergleich, d.h. die Vergütungsstruktur im Unternehmen, abstellt, ist akzeptabel. Zur Konkretisierung des Kriteriums „Üblichkeit“ trägt der vertikale Vergleich aber nicht bei.

Bedenklich ist ferner, dass der Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften verpflichtet werden soll dafür zu sorgen, dass variable Vergütungsbestandteile ausschließlich langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen und somit Festvergütungen oder auch ein Bonus für besondere im Geschäftsjahr erbrachte Leistungen nicht mehr zulässig sind. Hier scheinen die Nachteile strikter gesetzlicher Vorgaben im Verhältnis zu der bisher vom Deutschen Corporate Governance Kodex ermöglichten flexiblen Handhabung deutlich auf.

Flexibilität und Transparenz haben den Kodex stets ausgezeichnet. Ihrem Auftrag entsprechend ist die Kodexkommission vorbereitet, die bestehenden best practice Kriterien für die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen zu überprüfen und anzupassen.

Der Kodex hatte schon immer variable Vergütungskomponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter – wenn auch mit anderer Gewichtung als es heute sachgerecht erscheint – empfohlen. Daher liegt die Vorschrift, dass variable Vergütungsbestandteile langfristige Verhaltensanreize setzen und eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen, auf der Linie der Überlegungen der Kodex-Kommission. Auch in diesem Fall ist die vorgesehene gesetzliche Regelung jedoch zu starr. Der Gesetzesvorschlag dürfte in der Praxis auf Übergangsschwierigkeiten stoßen und tendenziell zu einer Erhöhung der Festvergütung führen. Bis zur ersten Zahlung des variablen Vergütungsteils müsste bei mehrjährigem Bemessungszeitraum dieser erst einmal überwunden werden. Es bieten sich daher ebenfalls flexible Kodexregelungen anstelle starrer gesetzlicher Regelungen an.

2. § 87 Abs. 2 AktG-E

Nach bisheriger Rechtslage war für die Herabsetzung der Vorstandsbezüge durch den Aufsichtsrat eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft Voraussetzung, dass die Weiterzahlung eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft bedeutete. Diese Entscheidung hatte der Aufsichtsrat nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen, war also in seiner Entscheidung nicht etwa vollständig frei.

Nach der vorgeschlagenen Neufassung ist der Aufsichtsrat zur Herabsetzung der Bezüge verpflichtet, wenn sich die Lage der Gesellschaft so verschlechtert, dass die Weiterzahlung der Bezüge unbillig für die Gesellschaft wäre.

Es steht nicht zu erwarten, dass die Gesetzesänderung zu einer erheblichen Änderung der Rechtslage führen wird. Ohnehin können nur wesentliche Verschlechterungen der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zur Unbilligkeit führen. „Leichte“ Unbilligkeit im Gegensatz zur bisherigen „schweren“ Unbilligkeit dürften zusätzliche Unsicherheit in die Spruchpraxis der Gerichte tragen.

Vor dem Hintergrund dieser zusätzlichen Unsicherheit und der verbalen Verschärfung der Aufsichtsratshaftung ist **Verpflichtung** des Aufsichtsrats zur Herabsetzung der Vergütung kritisch zu sehen.

3. § 93 Abs. 2 AktG-E

Der Entwurf sieht vor, dass die Gesellschaft bei Abschluss einer D&O-Versicherung für ihre Vorstandsmitglieder einen Selbstbehalt in Höhe der für ein Jahr jeweils zugesagten Gesamtbezüge vereinbaren muss. Grundsätzlich bestehen gegen das Erfordernis eines angemessenen Selbsthalts, wie es der Deutsche Corporate Governance Kodex bereits empfiehlt, keine Bedenken. Allerdings dürfte die Umsetzung der vorgesehenen gesetzlichen Regelung in der Vertragspraxis auf Schwierigkeiten stoßen. Die jährlichen Gesamtbezüge unter Berücksichtigung der variablen Vergütungsbestandteile mit mehrjähriger Bemessungsgrundlage stehen regelmäßig erst im Nachhinein fest; der Selbstbehalt muss im Versicherungsvertrag aber im Voraus vereinbart werden. Es wäre daher ggf. an einen Selbstbehalt orientiert an der Festvergütung zu denken. Dies ist praktisch handhabbar und sollte insoweit einen hinreichenden verhaltenssteuernden Anreiz für Vorstandsmitglieder darstellen.

4. § 100 Abs. 4 AktG-E

Der Gesetzesvorschlag sieht nunmehr eine zweijährige Cooling Off-Periode für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat der gleichen börsennotierten Gesellschaft vor. Die im Vorentwurf enthaltene Cooling Off-Periode für den Wechsel vom Vorstand in den Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats (§ 107 Abs. 3 AktG-E) ist dafür ersatzlos entfallen.

In der Gesetzesbegründung wird die Gefahr hervorgehoben, dass das ehemalige Vorstandsmitglied den neuen Vorstand behindern kann und die Bereinigung strategischer Fehler oder Beseitigung von Unregelmäßigkeiten aus der eigenen Vorstandszeit unterbinden könnte. Dies mag in der Theorie zutreffen. Wenn man allerdings bedenkt, dass z.B. bei den DAX-Unternehmen bei einem 20-köpfigen mitbestimmten Aufsichtsrat in aller Regel nur wenige Aufsichtsratsmitglieder ehemalige Vorstandsmitglieder der Gesellschaft sind, bedeutet die Betonung des vorbezeichneten Arguments eine bedenkliche Herabwürdigung der Kompetenz und des Durchsetzungsvermögens der anderen Aufsichtsratsmitglieder, denen damit unterstellt wird, ihrer Überwachungsfunktion nicht hinreichend nachzukommen.

Unabhängig davon gilt es, die vorbezeichnete Gefahr gegen die massiven Nachteile abzuwägen, wenn ein ehemaliges Vorstandsmitglied für die Dauer von zwei Jahren nicht in den Aufsichtsrat einrücken darf. Gerade aus der

Vorstandstätigkeit ist bei ihm Know How bezüglich der Gesellschaft vorhanden, das einer sachgerechten Überwachung zugute kommt und auf das in der Praxis keinesfalls verzichtet werden kann. Gerade im Hinblick auf die Schnelligkeit der derzeitigen nationalen und internationalen Entwicklungen ist das Insiderwissen, das im Aufsichtsrat und insbesondere in seinem Prüfungsausschuss erforderlich ist, und auf das für eine effiziente Überwachung nicht verzichtet werden kann, nach dem Ablauf von zwei Jahren nicht mehr in ausreichendem Maße vorhanden. Mit dem neuen Gesetzesvorschlag wird das Vermeiden einer theoretischen Gefahr teuer erkaufte durch den Verzicht auf wertvolles Know How. Die Regelung sollte daher noch einmal überdacht werden.

5. 107 Abs. 3 AktG-E

Nach dem Gesetzesvorschlag sollen die Entscheidungen zur individuellen Vorstandsvergütung künftig nicht mehr von einem Personalausschuss des Aufsichtsrats getroffen werden können, sondern zwingend dem Plenum zugewiesen werden. Diese Regelung erscheint besonders vor dem Hintergrund als unzweckmäßig, dass nach dem Kodex in der Fassung vom 6. Juni 2008 das Aufsichtsratsplenum die Vergütungsstruktur für den Vorstand einschließlich der wesentlichen Vertragselemente beschließen und regelmäßig überprüfen soll. Wenn die Aufsichtsratsvergütung von einem Ausschuss innerhalb der vom Plenum verabschiedeten detaillierten Vergütungsstruktur festgelegt wird, besteht kein Erfordernis, die individuellen Entscheidungen im gesamten Aufsichtsrat zu behandeln, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Bezüge ohnehin später bekannt zu machen sind.

Gerade bei Verhandlungen mit externen Kandidaten für eine Vorstandsposition ist äußerste Vertraulichkeit geboten. Sollte der Gesetzesvorschlag umgesetzt werden, würde dies in der Praxis bedeuten, dass beispielsweise bei einem 20-köpfigen Aufsichtsrat ca. 40 Personen und mehr von den Verhandlungen mit einem Vorstandskandidaten zu einem Zeitpunkt Kenntnis erlangen, wo Vertraulichkeit zum Schutz des Kandidaten angebracht ist. Die Bestellung hoch qualifizierter Vorstände würde damit enorm erschwert werden.

Vertretbar erscheint es, das Plenum dann einzuschalten und seine Zustimmung zu fordern, wenn bei der Vergütung von der vom Gesamtplenum verabschiedeten detaillierten Vergütungsstruktur abgewichen werden soll.