

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit
der Vorstandsvergütung
(Drucksache 16/12278)

hier: Überlegungen zur verpflichtenden Einführung von
Selbstbehalten bei D&O-Versicherungen

Inhaltsübersicht

- I. Funktion der D&O-Versicherung
- II. Kritik an der verpflichtenden Einführung von Selbstbehalten
- III. Fazit

**Gesamtverband der Deutschen
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5000
Fax: +49 30 2020-6000

60, avenue de Cortenberg
B - 1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

Ansprechpartner:
**Stefan Richter, Mitglied der Hauptge-
schäftsführung**
**Nils Hellberg, Leiter Haftpflicht-, Unfall,
Rechtsschutz- und Kreditversicherung,
Statistik**

E-Mail: s.richter@gdv.de;
n.hellberg@gdv.de

I. Funktion der D&O-Versicherung

1. Die D&O-Versicherung ist eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager, die entsprechend den gesellschaftsrechtlichen Normen einer persönlichen Haftung ausgesetzt sind. Sie stellt eine Art Berufshaftpflichtversicherung für Führungskräfte dar. Den versicherten Personen wird Versicherungsschutz geboten für den Fall, dass sie wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung für einen Vermögensschaden von Dritten (Außenhaftung) oder von der eigenen Gesellschaft (Innenhaftung) persönlich in Anspruch genommen werden. Vorsätzliche Pflichtverletzungen sind vom Versicherungsschutz ausgeschlossen.
2. Der Abschluss einer D&O-Versicherung dient wirtschaftlich in erster Linie der Absicherung der Unternehmen selbst, denn die gegen die Manager geltend gemachten Schadenersatzansprüche erreichen in aller Regel eine Höhe, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Privatperson bei weitem übersteigt. Durch den Abschluss der D&O-Versicherung wird vermieden, dass die Gesellschaft entstandene Schäden mangels ausreichender Haftungsmasse letztlich selbst tragen muss.
3. D&O-Versicherungen werden von den Unternehmen als Versicherungsnehmer auf eigene Kosten für ihre Organmitglieder abgeschlossen.
4. Die Vielzahl gesetzlicher Vorgaben stellt hohe Anforderungen an die Sorgfalt der Unternehmensleiter, wobei die rechtlichen Rahmenbedingungen auf nationaler und internationaler Ebene immer komplexer werden. Die umfassende Verantwortung hinsichtlich der Führung, Organisation und Überwachung eines Unternehmens kann schnell zum Vorwurf eines Pflichtverstoßes führen, der eine persönliche Haftung nach sich zieht. In Deutschland gelten -auch im internationalen Vergleich- sehr strenge Haftungsregeln. Unternehmensleiter haften bereits bei leichtester Fahrlässigkeit unbeschränkt mit ihrem gesamten Privatvermögen ohne die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung. Eine gesetzliche Regelung zur Freistellung, wie sie in Ländern wie den USA und UK als Ausgleich zu der strengen Haftung vorgesehen ist, existiert nicht. Aufgrund der in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG verankerten Beweislastumkehr bei Innenan-

sprüchen können Vorstände schon allein wegen fehlender Entlastungsmöglichkeit für einfache Fahrlässigkeit mit ihrem ganzen Vermögen haften.

5. Vor diesem Hintergrund haben sowohl Angebot als auch Nachfrage auf dem deutschen Versicherungsmarkt in den letzten 10 Jahren einen starken Zuwachs erfahren. D&O-Versicherungen werden nicht nur von Großunternehmen, sondern in zunehmendem Umfang auch von kleineren und mittelständischen Unternehmen, Vereinen und Stiftungen für ihre Organmitglieder abgeschlossen.

II. Kritik an der verpflichtenden Einführung von Selbsthalten

1. Eingriff in die Vertragsfreiheit

Selbstbehalte werden in der D&O-Versicherung durchaus auf freiwilliger Basis als Element der Risikosteuerung eingesetzt. Die verpflichtende Einführung von Selbsthalten für alle rund 14.000 deutschen Aktiengesellschaften greift demgegenüber erheblich in die auch verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit ein. Es ist grundsätzlich allein Sache der Vertragspartner eines Versicherungsvertrages, ob und in welcher Höhe eine Selbstbeteiligung am Schadenaufwand für einen versicherten Schaden vereinbart wird. Die Höhe des persönlich zu tragenden Risikos und die angemessene Höhe der Vergütung sind Gesichtspunkte, die zusammen betrachtet werden müssen. Es ist Aufgabe des Aufsichtsrates einer AG, diese Angemessenheitsentscheidung zu treffen. Diese Verantwortung sollte dem Aufsichtsrat nicht genommen werden; im Gegenteil sollte das Verantwortungsbewusstsein hier gestärkt werden.

2. Verlagerung des Insolvenzrisikos auf das versicherte Unternehmen

Bei einem verpflichtenden Selbstbehalt trägt der Geschädigte – im Rahmen der Innenhaftung die Aktiengesellschaft selbst – in Höhe des Selbstbehalts das Insolvenzrisiko. Die Aktiengesellschaft wäre insoweit auf die persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Organmitglieder zur Zahlung der auf einen hohen Selbstbehalt entfallenden Anteile eines Schadens angewiesen. Diese wirtschaftliche

Leistungsfähigkeit kann, insbesondere bei Organmitgliedern kleinerer Aktiengesellschaften, nicht vorausgesetzt werden, spielt aber gerade dort eine erhebliche Rolle bei der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Unternehmens im Versicherungsfall. Das Vollstreckungsrisiko erhöht sich noch, wenn mehrere Personen gesamtschuldnerisch haften und jeweils ein Selbstbehalt zur Anwendung kommt.

3. Gehalt als Maßstab für persönliche Haftung?

Das Risiko, persönlich haftbar gemacht zu werden, ist nicht nur von der persönlichen Sorgfalt abhängig, sondern auch ganz wesentlich von der Situation, in der sich das Unternehmen aktuell befindet. So zeigt die Erfahrung, dass Haftpflichtansprüche vermehrt in Insolvenzszenarien geltend gemacht werden oder im Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen. Unternehmensleiter, die in solchen Situationen die Leitung eines Unternehmens übernehmen oder fortführen, übernehmen damit ein deutlich erhöhtes Haftungsrisiko. Entsprechend schwierig ist es für das Unternehmen, in solcher Situation qualifizierte Manager zu erhalten – dies um so mehr, wenn die Aufgabe nur für eine begrenzte Zeit übernommen werden soll. Als Anreiz können ein risikogerechtes Gehalt und eine ausreichende Absicherung über Versicherungen dienen. Wenn aber der Manager einkalkulieren muss, dass er ggf. sein gesamtes Jahresgehalt oder gar mehrere hintereinander anfallende Gehälter verliert, führt dies zu erheblich höheren Risikozuschlägen oder dazu, dass dem Unternehmen keine Kandidaten mit der erforderlichen Qualifikation zur Verfügung stehen.

4. Unverhältnismäßigkeit gerade bei kleineren AG's

D&O-Versicherungen werden unterschiedlichsten Aktiengesellschaften von der kleinen mittelständisch geprägten AG bis hin zur großen börsennotierten AG angeboten. Die Vereinbarung von Selbsthalten ist in Anbetracht der Unterschiedlichkeit dieser versicherten Unternehmen nicht in jedem Fall sinnvoll. Jedenfalls bei der Tätigkeit in kleineren Aktiengesellschaften gegen vergleichsweise geringe Vergütungen ist die Vereinbarung eines Selbsthalts von einem Jahresgehalt unverhältnismäßig. Vorstände solcher Aktiengesellschaften wären bei der Einführung hoher Selbstbehalte gegenüber ggf.

erheblich besser vergüteten Organen anderer Gesellschaftsformen, z. B. Geschäftsführern großer GmbH's, benachteiligt.

5. Ungleichbehandlung deutscher Aktiengesellschaften gegenüber ausländischen Konzernen

Deutschland stünde mit einem verpflichtenden Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen international isoliert da. Hierzu ist zu bedenken, dass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit innerhalb der EU D&O-Verträge geschlossen werden, bei denen über eine dort abgeschlossene D&O-Versicherung auch die Organe deutscher Tochterunternehmen in den Versicherungsschutz mit einbezogen sind. Das deutsche Unternehmen ist in diesen Fällen nicht Versicherungsnehmer des D&O-Vertrages und hat somit auch keinen Einfluss auf seine inhaltliche Ausgestaltung. Die im deutschen Aktiengesetz niedergelegte Selbstbehaltsregelung findet in diesem Fall keinen Eingang in den im Ausland nach ausländischem Recht geschlossenen D&O-Vertrag. Auch bestünde die Gefahr, dass D&O-Verträge künftig verstärkt mit ausländischen Versicherern nach ausländischem Recht ohne Pflichtselbstbehalt geschlossen würden.

Im Ergebnis bestünde eine erhebliche Ungleichbehandlung von Organmitgliedern deutscher Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne gegenüber Organen deutscher Gesellschaften, der die Rekrutierung von Vorständen für deutsche Unternehmen erschweren kann.

6. Ungleichbehandlung gegenüber anderen Berufshaftpflichtversicherungen

Es gibt keine Versicherungsart in Deutschland, die irgendeiner Berufsgruppe einen Selbstbehalt auch nur in annähernder Höhe auferlegt. Weiterhin können bestimmte Berufsgruppen, z. B. Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer, ihre Haftung limitieren. Dies führt zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass bei Ansprüchen, die sowohl gegen Vorstände als auch gegen Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer gerichtet werden, die Vorstände in Höhe des Selbstbehalts nicht einmal Versicherungsschutz haben, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer ihr Risiko hingegen nicht nur voll versichern, sondern darüber hinaus sogar ihre Haftung beschränken können.

7. Keine Geltung bei Anspruchsabwehr

D&O-Versicherungen sind Haftpflichtversicherungen im Sinne des § 100 VVG und enthalten daher auch eine Komponente passiven Rechtsschutzes. Sie stellen das versicherte Organ nicht nur von berechtigten Ansprüchen frei, sondern wehren für diesen auch unberechtigte Ansprüche ab. Solange aber ungewiss ist, ob der gegen das Organ geltend gemachte Anspruch begründet oder unbegründet ist, wäre es unbillig, einen Selbstbehalt zur Anwendung zu bringen. Wenn überhaupt, sollte ein Selbstbehalt daher erst nach feststehender Haftung des Organmitglieds und Freistellungsverpflichtung des Versicherers zur Anrechnung kommen.

8. Beschränkung auf Ansprüche nach § 93 AktG

Insbesondere für Manager börsennotierter und international tätiger Unternehmen besteht ein erhöhtes Risiko nach ausländischen Rechtsnormen in Anspruch genommen zu werden. Es gibt Fälle, in denen Aktionäre „Forum Shopping“ betreiben, um den Vergleichsdruck über US-Klagen zu erhöhen. Hier spielen häufig rein kommerzielle und taktische Überlegungen eine treibende Rolle. Über das Einklagen von Strafschadenersatz („punitive damages“), dessen Höhe nicht von dem entstandenen Schaden abhängt, wird zusätzlicher Druck aufgebaut. Ein Pflichtselbstbehalt darf diese Ansprüche nicht umfassen und sollte daher auf Ansprüche nach § 93 AktG beschränkt sein.

9. Auswirkungen bei gesamtschuldnerischer Haftung mehrerer Organmitglieder

Organmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, haften der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG als Gesamtschuldner auf Schadenersatz. Bei anzunehmenden unterschiedlichen Jahresbezügen wäre in Fällen gesamtschuldnerischer Haftung völlig unklar, welche Beträge gegebenenfalls in Addition zur Anrechnung kommen sollen.

10. Keine Erstreckung auf Aufsichtsräte

Durch die geplante Einfügung der Regelung zum Selbstbehalt in § 93 AktG würde der Selbstbehalt ohne ausdrückliche Ausnahmeregelung über § 116 AktG auch auf Aufsichtsräte Anwendung finden.

Dies ist soweit ersichtlich nicht gewollt. Die Erstreckung auf Aufsichtsräte ist im Hinblick auf die in Relation zu Vorstandsgehältern niedrigen Vergütungen von Aufsichtsräten auch nicht zu empfehlen. Würde auf die ohnehin vergleichsweise niedrigen Vergütungen auch noch ein Selbstbehalt zur Anwendung kommen, dürfte es in Anbetracht des hohen Haftungspotentials von Aufsichtsräten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, qualifizierte Aufsichtsräte mit entsprechendem Know-how zu rekrutieren.

11. „Gesamt-Jahresvergütung“/Definition und zeitlicher Bezugspunkt

Zur Vermeidung von Missverständnissen müsste klar gestellt werden, was unter einer „Gesamt-Jahresvergütung“ zu verstehen ist und auf welches Jahr es hierbei ankommen soll.

Aktienoptionen sind schon nach geltendem Recht erst nach zwei Jahren ziehbar und sollen demnächst möglicherweise mehrjährige Bezugszeiträume haben und erst am Ende dieser Mehrjahresperiode ausgezahlt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint allein die Anknüpfung an die Fixvergütung praktikabel.

Ebenso wäre zu klären, ob der Selbstbehalt bei einer möglichen Mehrfachinanspruchnahme innerhalb eines Jahres durch mehrere Versicherungsfälle oder bei Ansprüchen in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren mehrfach zur Anrechnung kommen soll. Da die Gefahr einer mehrfachen Anrechnung des Selbstbehalts das wirtschaftliche Risiko der Mandatsübernahme unkalkulierbar machen und ggf. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Organs völlig übersteigen würde, müsste den Parteien des Versicherungsvertrages die nur einmalige Anrechnung des Selbstbehalts ermöglicht werden.

Zu klären wäre ferner, ob und ggf. in welcher Form die Einbeziehung eines verpflichtenden Selbstbehalts in bereits laufende und ggf. über einen längeren Zeitraum abgeschlossene Verträge beabsichtigt ist.

Schließlich braucht der Selbstbehalt auch eine zeitliche Bezugsgröße, da ansonsten unklar ist, auf welches Jahr es ankommt. In Betracht kommt sowohl das Jahr der Pflichtverletzung als auch das der Anspruchserhebung oder auch das Jahr vor der Pflichtverletzung

bzw. Anspruchserhebung. Wäre das Jahr der Anspruchserhebung maßgeblich, so stellt sich die Frage, welcher Selbstbehalt bei der Inanspruchnahme von ehemaligen Organmitgliedern nach deren Ausscheiden gelten soll. Die Manipulationsgefahr zulasten des Versicherers dürfte bei der Anknüpfung an die Anspruchserhebung daher größer sein.

III. Fazit

1. Selbstbehalte sind in der D&O-Versicherung im Bereich börsennotierter Aktiengesellschaften Teil der allgemein anerkannten Governance-Grundsätze. Im Übrigen werden sie auch von der Versicherungswirtschaft als Element der Risikosteuerung eingesetzt. In Anbetracht der Unterschiedlichkeit der versicherten Unternehmen nach Größe, Geschäftsgegenstand und Vergütungsstrukturen ist die Gestaltung von Selbsthalten den individuellen Erfordernissen anzupassen. So kann eine verpflichtende Einführung einer pauschalen Selbstbehaltsregelung – gerade auch im Interesse der zu schützenden Aktiengesellschaft – nicht zielführend sein.
2. Bei der Entscheidung über die Einführung verpflichtender Selbstbehalte sollten insbesondere folgende Aspekte berücksichtigt werden:
 - Zu erwartende Nachteile für den Wirtschaftsstandort Deutschland durch die erschwerte Rekrutierung von Spitzenpersonal;
 - Wettbewerbsnachteile durch die unterschiedliche Handhabung von in Deutschland belegenen Aktiengesellschaften gegenüber Tochtergesellschaften oder Niederlassungen von ausländischen Konzernen;
 - Ungleichbehandlung von Unternehmensleitern gegenüber anderen Berufsgruppen wie Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern;
 - Deutliche Steigerung des administrativen Aufwands in der Vertragsbearbeitung mit der Folge höherer Kostenbelastungen und Prämienerrhöhungen;
 - Erforderlichkeit klarer Regeln zur Definition der „Jahresvergütung“ und zu deren zeitlichem Bezugspunkt;

- Erforderlichkeit klarer Regelungen zur Begrenzung des Selbstbehalts bei mehrfachen Pflichtverstößen und zur Berechnung des Selbstbehalts bei gesamtschuldnerischer Haftung;

3. Sofern ungeachtet der skizzierten Bedenken an der Einführung eines verpflichtenden Selbstbehaltes festgehalten wird, sollte dieser

- in Anlehnung an Ziffer 3.8 des Deutschen Corporate Governance Kodex nur für börsennotierte Aktiengesellschaften zur Anwendung kommen, da nur dort das entsprechende öffentliche Interesse vorhanden und auch die Schutzfunktion des Kapitalmarktes gegeben ist;
- nur für die Hauptsacheleistung und nicht auch für die Abwehrkosten zur Anwendung kommen;
- nur für Haftungen nach § 93 AktG zur Anwendung kommen;
- unter Berücksichtigung der bereits heute bestehenden strengen Haftung und der nicht vorhandenen Möglichkeit, das Haftungsrisiko einzugrenzen, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur bei grober Fahrlässigkeit zur Anwendung kommen;
- nur für Vorstände und nicht für Aufsichtsräte zur Anwendung kommen;
- in seiner Mindesthöhe reduziert werden. In der Praxis haben sich Selbstbehalte in Höhe von weit unter einer Gesamt-Jahresvergütung als marktüblich herauskristallisiert.

4. Sollte eine versicherte Person für sich entscheiden, den verpflichtenden Selbstbehalt privat auf eigene Kosten zu versichern, so muss dies möglich sein. Derartige Versicherungsprodukte werden in der Praxis auch bereits jetzt zur Absicherung von Selbsthalten angeboten. Ein Verbot der privaten Versicherung des Selbstbehalts dürfte mit Blick auf die Vertragsfreiheit und die unter Umständen existenzbedrohende Wirkung des Selbstbehalts auch verfassungsrechtlich unzulässig sein.

Berlin, den 22.05.2009

Ergänzende Stellungnahme
zum
**Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstands-
vergütung (VorstAG)**

(Drucksache 16/12278)

in der ergänzten Fassung vom Mai 2009 gemäß Beschlussfassungen
des 6. Ausschusses

**Gesamtverband der Deutschen
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5390
Fax: +49 30 2020-5190

60, avenue de Cortenberg
B - 1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

Ansprechpartner:
Dr. Bernhard Gause
Chefsyndikus

E-Mail: b.gause@gdv.de

www.gdv.de

Zusammenfassung

Der GDV begrüßt die gegenüber dem bisherigen Gesetzesentwurf vorgenommenen Korrekturen und Klarstellungen. Die Korrekturen bleiben aber zum Teil hinter dem Notwendigen zurück. Nach wie vor strikt abzulehnen ist die Einführung einer generellen Cooling-off-Periode für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat. Entsprechendes gilt für die Offenlegungspflicht eines Barwertes von Altersversorgungszusagen. Im Übrigen wird auf die Stellungnahme des GDV vom 7. April 2009 und betreffend die verpflichtende Einführung von Selbstbehalten bei D&O Versicherungen auf die Stellungnahme vom 22. Mai 2009 verwiesen.

Im Einzelnen:

**1. Artikel 1 Nummer a)
(§ 87 Abs. 1 AktG-E; angemessene Vergütung)**

Die angepasste Entwurfsfassung enthält gegenüber dem ursprünglichen Entwurf einige Verbesserungen. So werden durch die Neufassung Zweifel ausgeräumt, ob eine reine Fixvergütung zulässig ist. Ferner wird der Tatsache Rechnung getragen, dass unter besonderen Umständen (z. B. spezielle Turnaround-Situation) eine über dem Üblichen liegende Vergütung gerechtfertigt sein kann.

Zu begrüßen ist auch der Hinweis in der Begründung, dass bei einer variablen Vergütung „ein Mix aus kurzfristigeren und längerfristigen Anreizen möglich“ ist, wenn im Ergebnis ein langfristiger Verhaltensanreiz erzeugt wird. Der Gesetzeswortlaut bildet dies allerdings nicht ab. Die praxisrelevante Frage, ob zumindest ein Teil der variablen Vergütung eine Jahresgratifikation sein kann, bleibt unklar und müsste nach dem Gesetzeswortlaut verneint werden. Im Interesse einer ausreichenden Rechtssicherheit sollte der Gesetzeswortlaut daher klarer gefasst werden. Folgende Formulierung von § 87 Abs. 1 Satz 2 wird vorgeschlagen:

„Bei börsennotierten Gesellschaften hat er ferner dafür zu sorgen, dass *eine variable Vergütung insbesondere langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzt; die entsprechenden Vergütungsbestandteile sollen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben und erst am Ende des Bemessungszeitraums ausgezahlt werden.*“

**2. Artikel 1 Nummer 1b)
(§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG-E; Herabsetzung von Ruhegehältern)**

Für die nachträgliche Herabsetzung von Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art soll nunmehr eine Frist von drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft für die ausreichende Rechtssicherheit und den verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in unverfallbare Anwartschaften sorgen. Die Begründung nennt als weitere Voraussetzung, dass die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft ausgeschiedenen Vorständen zugerechnet werden kann. Auch wenn die Ergänzung in die richtige Richtung geht, bleibt zweifelhaft, ob

sich der nachträgliche Eingriff in einen bestehenden Pensionsanspruch mit dem unbestimmten Zurechnungsbegriff rechtfertigen lässt. Sofern einem ausgeschiedenen Organmitglied eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, besteht ein Regressanspruch. Im Übrigen sollte es dabei bleiben, dass eine Herabsetzung der Bezüge nur für die laufende Vergütung – und dazu zählen auch Beiträge zur Altersversorgung zur Erhöhung der Anwartschaften – vorgenommen werden kann. Zumindest müsste für Altfälle eine entsprechende Übergangsregelung getroffen werden.

**3. Artikel 1 Nummer 1b)
(§ 100 Abs. 2 AktG-E; Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat)**

Für börsennotierte Aktiengesellschaften soll eine generelle Cooling-off-Periode von zwei Jahren für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat eingeführt werden; eine Ausnahme ist für den Fall einer wesentlichen Beteiligung von mindestens 25 % vorgesehen.

Eine generelle Cooling-off-Periode ist abzulehnen, da sie eine qualifizierte Besetzung des Aufsichtsgremiums erschwert. Die vorgeschlagene Regelung soll offenkundig für eine ausreichende Unabhängigkeit des Aufsichtsrates sorgen. Die ausnahmslose Untersagung eines unmittelbaren Wechsels schießt aber über das Ziel hinaus. Selbst die weitreichenden Empfehlungen der EU-Kommission zur Unabhängigkeit enthalten keine derart strikte Regelung. In der Praxis wird der ausreichende Sachverstand (und nicht die Unabhängigkeit) als größte Herausforderung bei der Suche nach geeigneten Kandidaten gesehen. Gerade bei größeren Versicherungsunternehmen ist im Hinblick auf die Komplexitäten der Regulierung und des Versicherungsgeschäfts einschlägiger Sachverstand unverzichtbar. Der Gesetzgeber hat dies selbst im Gesetzesentwurf zur Stärkung der Finanzaufsicht und Versicherungsaufsicht mit einem Regelungsvorschlag zu § 7a VAG zum Ausdruck gebracht. Nach Ablauf von zwei Jahren ist der Vorteil genauer Kenntnisse des Unternehmens und der aktuellen Rahmenbedingungen bereits erheblich beeinträchtigt. Mit der vorgeschlagenen Regelung würde das ohnehin knappe qualifizierte Potential für die Aufsicht ohne Not reduziert. Eine gesetzliche Regelung sollte daher über die derzeitige Corporate Governance Kodex-Empfehlung nicht hinausgehen, dass dem Aufsichtsrat höchstens zwei ehemalige Vorstandsmitglieder angehören sollen.

4. Artikel 1 Nummer 3a)
(§ 120 Abs.4 AktG-E; Beschlussfassung der Hauptversammlung über das System der Vorstandsvergütung)

Es fragt sich, ob die vorgeschlagene Ergänzung von § 120 AktG wirklich notwendig ist. Bereits bisher besteht die Möglichkeit, im Rahmen der Entlastung des Aufsichtsrates die Angemessenheit der Vorstandsvergütung zu thematisieren und durch entsprechendes Abstimmungsverhalten dem Aufsichtsrat ein zustimmendes oder ablehnendes Signal zu geben. Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats für die eigenverantwortliche Festsetzung einer angemessenen Vergütung wird durch ein separates Votum der Hauptversammlung eher beeinträchtigt. Nach den Erfahrungen in Hauptversammlungen deutscher Aktiengesellschaften ist insbesondere damit zu rechnen, dass die entsprechende Erweiterung der Tagesordnung ausschließlich von bekannten Opponenten für eigennützige Zwecke benutzt wird und die entsprechenden Diskussionsbeiträge in der Hauptversammlung nicht repräsentativ sind.

5. Artikel 3
(§ 285 Nummer 9a; 314, Abs.1 Nummer 6 AGP; Offenlegung des Barwerts von Pensionszusagen)

Unverändert ist vorgesehen, dass für Pensionszusagen nicht nur der während des Geschäftsjahres aufgewandte oder zurückgestellte Betrag, sondern auch der Barwert der Zusagen offenzulegen ist. Die Diskussion der letzten Jahre hat gezeigt, dass eine solche Angabepflicht aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Altersversorgungssysteme nicht sinnvoll ist.

Eine Barwertangabe ist allenfalls bei den Altersversorgungssystemen möglich, bei denen feste betragliche Zusagen für Versorgungsbezüge gemacht werden. In dem zunehmend verbreiteten beitragsorientierten Konzept gibt es eine derartige Zusage nicht. Hier werden lediglich jährliche Beiträge zur Altersversorgung festgesetzt, die sich entsprechend der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens auch ändern können. Die Höhe der Anwartschaft hängt schließlich von der nicht abzusehenden Dauer der Vorstandstätigkeit ab. Die Offenlegung des Barwerts könnte also nur unter der Annahme gleichbleibender Beiträge und einer Vorstandstätigkeit bis zur Pensionsgrenze erfolgen und wäre damit in hohem Maße hypothetisch.

Die derzeitige Regelung, dass der wesentliche Inhalt von Pensionszusagen anzugeben ist, ist daher gegenüber einer Barwertangabe vorzuzugs-würdig. Zumindest sollte die Pflicht zur Offenlegung eines Barwerts auf die Fälle beschränkt werden, in denen vertraglich eine betraglich festge- legte Pension zugesagt wird. Unterbleibt auch diese Konkretisierung, wäre für die einheitliche Rechtsanwendung eine Klarstellung unerläss- lich, auf welcher Basis ein Barwert zu ermitteln ist.

Berlin, den 22. Mai 2009

Anlage:

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 7. April 2009

Stellungnahme
zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der
Vorstandsvergütung (VorstAG)

**Gesamtverband der Deutschen
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5390
Fax: +49 30 2020-6390

60, avenue de Cortenberg
B - 1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

Ansprechpartner:

Dr. Bernhard Gause
Chefsyndikus / Leiter Recht

E-Mail: b.gause@gdv.de

Karen Bartel
Recht

E-Mail: k.bartel@gdv.de

www.gdv.de

Der GDV begrüßt die Zielsetzung des Gesetzentwurfes, Missständen bei der Vorstandsvergütung zu begegnen. Zur Verhinderung der für die Finanzkrise mitursächlichen Fehlsteuerungen in den Vergütungssystemen sollte künftig stärker auf eine langfristig ausgerichtete Unternehmensführung geachtet werden. Bei den Gesetzesänderungen darf aber zum Einen das notwendige Maß nicht aus den Augen verloren, zum Anderen muss die für eine hinreichende Rechtssicherheit nötige Bestimmtheit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale eingehalten werden. Vor diesem Hintergrund wirft der Gesetzentwurf in seiner derzeitigen Fassung einige Fragen auf:

- Die Gesetzesformulierung in § 87 Abs. 1 AktG-E schränkt den notwendigen Spielraum der Gesellschaften (z. B. Gewährung einer reinen Festvergütung und Jahresgratifikationen als ein Bestandteil der variablen Vergütung) zu sehr ein.
- Die Beschlusszuständigkeit des Aufsichtsratsplenums auch für sämtliche Detailfragen der individuellen Vergütung ist für die Zielsetzung des Gesetzes nicht erforderlich und in der Praxis schwer umzusetzen.
- Die Verpflichtung des Aufsichtsrates, auch Ruhegehälter nach Maßgabe unbestimmter Rechtsbegriffe herabzusetzen, ist in der jetzigen Fassung abzulehnen. Die Reichweite der Regelung auch bezüglich unverfallbarer Anwartschaften ist unklar. Zudem erscheint ein Abgleich mit den verfassungsrechtlich geprägten Grundsätzen der Rechtsprechung und des Betriebsrentengesetzes notwendig. Im Übrigen sollte klargestellt werden, dass auf die Verpflichtung des Aufsichtsrates im Rahmen der Festsetzung der angemessenen Vergütung die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Anwendung findet.
- Eine generelle cooling-off-Periode für den Prüfungsausschuss von drei Jahren schränkt den Kreis geeigneter Kandidaten unnötig weit ein. Die Vorgabe im Deutschen Corporate Governance Kodex, wonach ein ehemaliges Vorstandsmitglied nicht den Vorsitz des Prüfungsausschusses innehaben darf, ist ausreichend.
- Die Neuregelung der Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrats bei der Gewährung einer unangemessenen Vergütung ist nicht erforderlich. Insbesondere durch die Regelungen zum Schadensumfang wird eine neue, dem deutschen Recht bisher unbekannte Schadenskategorie eingeführt, die einen Systemumbruch darstellt.
- Die Ausweisung eines Barwertes der Pensionszusagen erscheint nicht sinnvoll, weil eine einheitliche vergleichbare Darstellung der verschiedenen Altersversorgungssysteme kaum darstellbar wäre.

Der GDV begrüßt das Ziel des Gesetzentwurfes, Fehlanreize und Missstände bei der Vorstandsvergütung zu verhindern. In diesem Zusammenhang sei der Hinweis erlaubt, dass in der deutschen und europäischen Versicherungswirtschaft derartige Fehlsteuerungen bisher nicht bekannt geworden sind. In einigen Punkten bedarf der Gesetzesentwurf aus Sicht der Versicherungswirtschaft der Korrektur:

**1. Artikel 1 Nummer 1 a)
(§ 87 Abs. 1 AktG-E; angemessene Vergütung)**

Die für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gewählte Formulierung schränkt den notwendigen Spielraum der Gesellschaften zu sehr ein.

Nach der Entwurfsfassung von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG-E hat der Aufsichtsrat langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung zu setzen. Bei wörtlicher Auslegung ist der Aufsichtsrat also zur Festsetzung entsprechender Gehaltsbestandteile verpflichtet. Ein reines Jahresfixgehalt würde dem nicht genügen. Eine solche Verpflichtung erscheint insbesondere für kleinere Aktiengesellschaften nicht sinnvoll. Auch die Gesetzesbegründung sorgt insoweit nicht für Klarheit, soweit es dort heißt: „Zusätzlich wird dem Aufsichtsrat auch vorgegeben, mit den eingesetzten Vergütungsinstrumenten, insbesondere mit den performance-abhängigen, variablen Elementen, langfristige Verhaltensanreize zu setzen.“

Außerdem führt der Wortlaut zu Unsicherheit, ob einfache Jahresgratifikationen, die allein auf ein Geschäftsjahr bezogen sind, noch zulässig sind. Durch die Gesetzesbegründung werden diese Zweifel noch verstärkt, wenn es heißt, dass „beispielsweise Gratifikationen und Boni nicht so angelegt sein sollen, dass die Erfüllung ihrer Parameter nur zum Stichtag (z. B. Jahresende) von den Begünstigten etwa durch Aufblähung des Auftragsvolumens, angestrebt wird und nachfolgende Verschlechterungen der Parameter für die Vergütung ohne Folgen bleiben“. Danach müssten gewährte Jahresboni zumindest zwingend an nachfolgenden Verschlechterungen teilhaben, d. h. sie dürften nicht ausgezahlt werden. Eine derartige Beschränkung einer jahresbezogenen erfolgsabhängigen Vergütung schießt aber über das Ziel hinaus und schränkt den Aufsichtsrat bei der Festsetzung eines angemessenen Gehalts über Gebühr ein.

Außerdem passt die in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG-E vorgesehene sinngemäße Anknüpfung auch der Ruhegehälter und Hinterbliebenenbezüge an die langfristigen Verhaltensanreize nicht.

§ 87 Abs. 1 AktG-E sollte daher aus unserer Sicht wie folgt geändert werden:

(1) Der Aufsichtsrat hat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds (Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütung wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art) dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und der üblichen Vergütung stehen. Variable Vergütungsteile sollen insbesondere langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Satz 1 gilt sinngemäß für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.

Zusätzlich sollte in der Gesetzesbegründung für kleinere, nicht börsennotierte Gesellschaften klargestellt werden, dass eine einfache Jahresgratifikation zulässig ist.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass das in der Begründung genannte Vergleichsumfeld der „Landesüblichkeit“ ein Wettbewerbshindernis für grenzüberschreitend agierende Unternehmen im Wettbewerb um international renommierte Vorstände darstellt.

2. Artikel 1 Nummer 1 b)

(§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG-E; Herabsetzung von Ruhegehältern etc.)

Durch die Bezugnahme auf Absatz 1 werden von der Regelung auch das Ruhegehalt und die Hinterbliebenenbezüge erfasst. Dies wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt. Nicht deutlich wird aber, ob eine Herabsetzung des Ruhegehalts voraussetzt, dass die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft in die entsprechende Zeit der Vorstandsverantwortung fällt und zurechenbar ist, oder ob sich die Herabsetzung auch auf laufende Ruhegeld- und Hinterbliebenenbezüge anderer Berechtigter beziehen kann.

Aus dem vorgesehenen Gesetzeswortlaut und aus der Begründung geht ferner hervor, dass es bei der „Unbilligkeit“ nicht mehr wie bisher auf die „Unbilligkeit“ für die Gesellschaft ankommt. Offenbar soll auch das Empfinden der allgemeinen Öffentlichkeit berücksichtigt werden. Dies ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch und führt zu einer nicht akzeptablen Rechtsunsicherheit.

Insgesamt bedürfen die Gesetzesformulierung und die Begründung einer Überarbeitung. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass der Eingriff in eine erdiente Anwartschaft für die Altersversorgung oder in laufende Ruhegeldbezüge einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Die entsprechen-

den verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtsprechung und des Betriebsrentengesetzes sind zu beachten.

Gerade im Hinblick auf die Haftungsfolgen sollte im Übrigen klargestellt werden, dass eine Pflichtverletzung dann nicht vorliegt, wenn der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sollte auch für die Festsetzung angemessener Vorstandsvergütung gelten.

3. Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a) (§ 107 Abs. 3 AktG-E; Zuständigkeit des AR-Plenums für die Vorstandsvergütung)

Nach § 107 Abs. 3 S. 3 AktG-E soll einem Personalausschuss für die Festsetzung der Vorstandsvergütung nur noch eine vorbereitende Funktion zukommen. Diese Vorgabe soll nach der Begründung zum VorstAG (siehe dort S. 7) deutlich über die entsprechende Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex (nachfolgend: DCGK) hinausgehen. Für den Vergleich wird in der Gesetzesbegründung allerdings auf eine alte Fassung des DCGK abgestellt. 4.2.2 DCGK in der Fassung vom 6. Juni 2008 (bekannt gemacht am 8. August 2008) lautet richtig:

„Das Aufsichtsratsplenum soll auf Vorschlag des Gremiums, das die Vorstandsverträge behandelt, das Vergütungssystem für den Vorstand einschließlich der wesentlichen Vertragselemente beschließen und soll es regelmäßig überprüfen.“

Ziel dieser Änderung war, die Verantwortung des Aufsichtsratsplenums für die Vorstandsvergütung zu stärken. Das ist aber auch das Ziel des VorstAG. § 107 Abs. 3 AktG-E kann allerdings dahin verstanden werden, dass jedwede individuelle betragliche Fixierung des Gehalts vom Plenum vorzunehmen ist. Dies würde auch für die (jährliche) Festlegung der variablen Vergütungsbestandteile gelten, was praktisch auch die Evaluierung der individuellen Leistung der Vorstandsmitglieder umfasst. Dies würde in der Praxis insbesondere bei größeren Aufsichtsräten und bei einer aus mehreren Komponenten bestehenden Vergütung auf Schwierigkeiten stoßen. Denn in diesen Fällen ist es zur Entlastung des Plenums und aus Zeitgründen sinnvoll und sachgerecht, wenn ein Personalausschuss über Einzelfragen der individuellen Vergütung beschließen kann.

Darüber hinaus ist eine offene, sachgerechte und vertrauliche Beurteilung der individuellen Vorstandsleistung durch einen Personalausschuss besser wahrzunehmen als durch ein großes Plenum. Entsprechendes gilt für die individuelle Zielfestsetzung. Eine Erörterung im Gesamtplenum birgt das Risiko, dass die Autorität einzelner Vorstandsmitglieder leidet.

Für die Ziele des VorstAG ist es andererseits ausreichend, dass das Plenum neben der Vergütungsstruktur und den wesentlichen Gehaltsbestandteilen über die Höhe der Vergütung beschließt, wie sie sich aus dem Dienstvertrag ergibt. Soweit dabei variable Gehaltsbestandteile vereinbart sind, sollte weiterhin die Möglichkeit bestehen, dass der Personalausschuss die jährliche Evaluierung und Fixierung des variablen Gehalts innerhalb der dienstvertraglichen und vom Plenum beschlossenen Grenzen festlegt.

In Anlehnung an Abschnitt 4.2.2 DCGK in der Fassung vom 6. Juni 2008 – aber ergänzt um Betragsangaben für die Vergütung der einzelnen Vorstände – sollte Art. 1 Nr. 2 des VorstAG daher lauten:

2) § 107 Abs. 3 wird wie folgt geändert. Nach Satz 2 wird folgender neuer Satz 3 eingefügt:

„Das gilt auch für die Festsetzung des Vergütungssystems für den Vorstand einschließlich der wesentlichen Vertragselemente und des betragsmäßigen Rahmens oder der Obergrenzen der Gesamtbezüge für die einzelnen Vorstandsmitglieder.“

Der bisherige Satz 3 wird Satz 4.

4. Zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe b) (§ 107 Abs. 3 AktG-E; Karenzzeit für Prüfungsausschussmitglieder)

Mit § 107 Abs. 3 S. 4 AktG-E sollen nach der Begründung zum VorstAG (siehe dort S. 8) „mögliche Interessenkonflikte der Ausschussmitglieder aufgrund vorheriger Vorstandstätigkeit vermieden“ werden. Zugleich soll verhindert werden, „dass die Aufdeckung von Unstimmigkeiten in der Vergangenheit vom ehemaligen Vorstandsmitglied im Prüfungsausschuss verhindert wird“. Hinsichtlich dieser Regelung ist kein Zusammenhang zu Fragen der Vorstandsvergütung erkennbar. Vielmehr betrifft Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe b) VorstAG die Unabhängigkeit der Mitglieder des Prüfungsausschusses. Das am 26. März 2009 vom Bundestag verabschiedete Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz enthält hierzu bereits hinreichende und intensiv diskutierte Vorgaben. Eine weitere, parallele Regelung durch das VorstAG erscheint daher nicht notwendig.

Auch in der Sache geht das VorstAG an diesem Punkt zu weit. Die Regelung in § 107 Abs. 3 S. 4 AktG-E bringt ehemaligen Vorstandsmitgliedern, die in den Aufsichtsrat wechseln, ein generelles Misstrauen entgegen, das in der Sache nicht gerechtfertigt ist. Vielmehr können gerade ehemalige Finanzvorstände die Qualität eines Prüfungsausschusses erheblich

verbessern, da sie sowohl die Gesellschaft als auch die spezifischen Finanzthemen der Gesellschaft kennen. Angemessen erscheint die Regelung in Ziffer 5.3.2. S. 3 DCGK, dass den Vorsitz im Prüfungsausschuss kein ehemaliges Vorstandsmitglied übernehmen soll.

**5. Artikel 1 Nummer 3
(§ 116 AktG: Haftung des AR für unangemessene Vergütung)**

Die Regelung ist insgesamt infrage zu stellen. Die geltende Haftungsregelung deckt die Verantwortlichkeit für die Festsetzung angemessener Vergütung bereits ab. Gesetzessystematisch nicht notwendige Einzelregelungen aufgrund aktueller politischer Diskussionen sollten grundsätzlich vermieden werden. Durch die Hervorhebung einer einzelnen Pflicht leidet neben der Systematik auch die Rechtssicherheit, da sich früher oder später die Frage des Verhältnisses zu den sonstigen Pflichten des Aufsichtsrats stellen muss.

Die Definition eines „Mindestschadensersatzes“ stellt einen systemwidrigen Eingriff in das allgemeine Schadensersatzrecht dar. Hiermit wird eine neue Schadenskategorie eingeführt, die automatisch die Frage nach weiteren Kategorien wie den „Normalschaden“ oder den „Höchstschaden“ aufwirft, was auch vor dem Hintergrund der allgemeinen Diskussion über Strafschadensersatz und punitive damages kritisch ist. Zumindest dieser letzte Satz sollte ersatzlos gestrichen werden.

**6. Artikel 3 Nummer 1
(§§ 285 Nr. 9a, 314 Abs. 1 Nr. 6a HGB)**

Künftig sollen für Pensionsanwartschaften nicht nur die im Geschäftsjahr aufgewandten oder zurückgestellten Beträge, sondern auch der Barwert der Pensionszusage ausgewiesen werden. Dies ist nicht sinnvoll. So ist z. B. die Angestelltentätigkeit im Unternehmen vor der Vorstandsbestellung in der Anwartschaft enthalten und würde zu einem irreführenden Ausweis im Vergleich zu Vorstandsmitgliedern, die von außen kommen, führen. Der Barwert hängt insgesamt von der Dauer der Vorstandstätigkeit ab, die nicht absehbar ist. Beim beitragsorientierten Versorgungssystem richtet er sich zudem nach der jährlichen Zuführung, die sich ändern kann. Aus Sicht der Aktionäre entscheidend ist, was die Gesellschaft im Geschäftsjahr für Altersvorsorge zahlt oder zurückstellt.

7. Inkrafttreten / Übergangregelung

Es stellt sich die Frage, ob die neuen Bestimmungen, insbesondere die Erleichterung zur Herabsetzung der Gehälter auf laufende Vorstandsverträge bzw. auf laufende Ruhestandszahlungen und die Cooling Off-Regelung, auf bestehende Prüfungsausschüsse Anwendung finden. Nach dem Gesetzeswortlaut wäre dies der Fall.

Berlin, 7. April 2009