

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

Anmerkung: Der Stellungnahme liegt der Entwurf in der Fassung der Synopse des Fraktionsentwurfs zugrunde. Verweise auf die Begründung beziehen sich auf die dort gegebene, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird.

GLIEDERUNG:

| | |
|---|----|
| I. Ergänzung § 87 Abs. 1 S. 1 AktG: Erweiterung der Aufzählung um „anreizorientierte Vergütungszusagen wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art“ | 2 |
| II. Ergänzung § 87 Abs. 1 S. 1 AktG: Aufnahme weiterer Kriterien zur Ermittlung der Angemessenheit..... | 2 |
| III. Einfügung § 87 Abs. 1 S. 2 AktG: Variable Vergütungsbestandteile für langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung..... | 4 |
| 1. Bisheriger Vorschlag | 4 |
| a) Pflicht zur Vereinbarung variabler Vergütungsbestandteile? | 4 |
| b) Angestrebte Vergütungsstruktur - Gestaltungsermessen | 5 |
| aa) Abschließende Regelung variabler Vergütungsbestandteile? | 5 |
| bb) Sind dann nur langfristige Anreize zulässig?..... | 5 |
| 2. Stellungnahme..... | 6 |
| IV. Einfügung § 87 Abs. 1 S. 2 AktG: Mehrjährige Bemessungsgrundlage, „Auszahlungssperre“ | 7 |
| V. Neufassung § 87 Abs. 2 S. 1 AktG: Erleichterte Herabsetzungsvoraussetzungen | 8 |
| VI. Einfügung § 87 Abs. 2 S. 2 AktG: Einbeziehung von Ruhegehalt in die Herabsetzung..... | 10 |
| VII. Einfügung § 93 Abs. 2 S. 3 AktG: Obligatorischer Selbstbehalt bei D&O Versicherung für Vorstandsmitglieder | 11 |
| 1. Obligatorischer Selbstbehalt als solcher..... | 12 |
| 2. Höhe des Selbstbehalts..... | 14 |
| VIII. Erweiterung des § 100 Abs. 2 AktG: Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat | 15 |
| 1. Karenzfrist..... | 15 |
| 2. Ausnahmen für Großaktionäre | 15 |
| a) Notwendigkeit einer Ausnahme?..... | 15 |
| b) Konkrete Ausgestaltung..... | 16 |
| 3. Abdingbarkeit durch die Satzung | 17 |
| IX. Ergänzung des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG: Entscheidungen über die Vergütung der Vorstandsmitglieder im Aufsichtsratsplenium..... | 17 |
| X. Erweiterung des § 116 AktG: Schadensersatzpflicht der Aufsichtsräte | 18 |
| XI. Einfügung des § 120 Abs. 4 AktG. Konsultativer Beschluss der Hauptversammlung über das System der Vorstandsvergütung zu beschließen..... | 19 |
| 1. Hauptversammlungsbeschluss in Vergütungsfragen..... | 19 |
| 2. Gegenstand des Beschlusses..... | 20 |
| 3. Festlegung von Vergütungsvorgaben in der Satzung..... | 21 |
| XII. Änderung des § 194 Abs. 2 Nr. 3 AktG..... | 21 |
| XIII. Erweiterung der §§ 285, 314 HGB: Publizitätspflichten..... | 21 |
| 1. Erweiterung auf Leistungen im Hinblick auf das Ausscheiden..... | 21 |
| 2. Einzelpunkte..... | 22 |

I. Ergänzung § 87 Abs. 1 S. 1 AktG: Erweiterung der Aufzählung um „anreizorientierte Vergütungszusagen wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art“

Nach der Intension der Verfasser handelt sich hierbei lediglich um die Klarstellung, dass auch Aktienbezugsrechte und andere „anreizorientierte Vergütungszusagen“ zur Vergütung i.S.d. § 87 Abs. 1 S.1 AktG zählen. Das war schon bislang anerkannt und auch nicht streitig.¹ Allzuviel Klärungsbedarf sehe ich hier nicht.

Wenn man die Regelung jedoch aufnimmt, sollte Sie legislativ richtig erfolgen. Dies gilt zum einen in sprachlicher Hinsicht: statt „zum Beispiel“ sollte ein der Gesetzessprache eher angemessener Begriff wie „insbesondere“ verwandt werden oder zumindest das „zum Beispiel“ gestrichen werden (auch dann bliebe durch das „wie“ der beispielhafte Charakter der Nennung von Aktienbezugsrechten erhalten). „Zum Beispiel“ findet sich zwar in einigen Normen neuerer Provenienz², insgesamt jedoch nur höchst vereinzelt in Parlamentsgesetzen. So sollte es bleiben. Ebenfalls überdacht werden sollte der gewählte Begriff der „anreizorientierten Vergütungszusagen“. Auch die in der Aufzählung ebenfalls genannten Provisionen sind anreizorientierte Vergütungszusagen. Damit wird der Oberbegriff in eine Reihe mit dem speziellen Fall gestellt und damit gesetzestechnisch auf dieselbe Ebene. Dies ist nicht überzeugend. Es liegt nahe, Provisionen als weiteren Unterfall der anreizorientierten Vergütungszusage in eine Reihe mit Aktienbezugsrechten zu stellen.

II. Ergänzung § 87 Abs. 1 S. 1 AktG: Aufnahme weiterer Kriterien zur Ermittlung der Angemessenheit

Bereits bisher wurde verbreitet das jetzt neu einzufügende Kriterium der „Leistung“ in die Angemessenheitsprüfung einbezogen³. Als ausdrücklich genanntes Kriterium kommt ihm nun herausgehobene Bedeutung zu. Eine wesentliche Änderung ist damit jedoch nicht verbunden: Bisher wurde es zum Teil unter „Aufgaben“ subsumiert, zum Teil als unbenannter Faktor herangezogen⁴. Die ausdrückliche Nennung der Leistung des Vorstandsmitgliedes liegt auf einer Linie mit dem DCGK, der in Ziff. 4.2.2. empfiehlt, die Vergütung der Vorstandsmitglieder „auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung“ festzulegen. Gleiches gilt für die Empfehlung der EU

¹ MüKo/Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 9

² Prominent etwa in § 1666 III Nr. 1 BGB; s. auch §§ 14 S. 3, 52 I S. 2, 55 I AO; § 150 I BauGB.

³ S. etwa *Fleischer* DStR 2005, 1279, 1280; *Hüffer*, BB 2003, Beil. 7, S. 23; MüKo/Spindler, 3. Aufl. 2008, AktG, § 87 Rn. 30.; vgl. auch die Stellungnahme zur vorherigen Entwurfsfassung (BT-Drs. 16/12278) BDI/BDA, S. 3.

⁴ S. MüKo/Spindler, 3. Aufl. 2008, AktG, § 87 Rn. 28 m. Nachweisen für beide Ansichten.

Kommission zur Vorstandsvergütung⁵. Dies zeigt: der Leistung soll eben eine herausgehobene Stellung eingeräumt werden. Daher ist sie ausdrücklich zu nennen.⁶

Neben dem Wert der Arbeit für das Unternehmen könnte auch auf den Bedarf des Vorstandsmitglieds abgestellt werden. Ein hohes Gehalt ist in München angemessener als in Chemnitz, für einen Familienvater mit 8 Kindern eher zu rechtfertigen als für einen Single ohne Verpflichtungen. Möglich ist damit auch die Rücksichtnahme auf seine Familienverhältnisse.⁷ Die Vorstellung, die Gesellschaft schulde dem Vorstandsmitglied keine Versorgung nach beamtenähnlichen Grundsätzen, steht dem nicht entgegen, denn auch bei Arbeitnehmern ist eine solche Differenzierung nach dem gesteigerten Bedarf, etwa in Familienzuschlägen üblich.⁸ Eine solche Differenzierung ist durchaus marktkonform, weil der Bedarf des Vorstandsmitglieds sein Angebotsverhalten mit prägen wird.

Richtig ist es auch, die Üblichkeit der Vergütung als Kriterium allein für die Obergrenze der Angemessenheit festzulegen. Die Annahme einer Indizwirkung dahingehend, eine übliche Vergütung sei *prima facie* auch angemessen⁹, traf bereits *de lege lata* auf berechtigten Widerspruch. Denn dies setzt voraus, dass der Markt für Vorstände funktioniert. Daran bestehen berechnete Zweifel¹⁰. Richtiger ist es daher, sich wie der Entwurf nur des Gegenstücks der Üblichkeit, der Unüblichkeit, zu bedienen: Dort, wo Vergütungen unüblich hoch sind, besteht der Verdacht, dass sie unangemessen sind, solange es nicht rechtfertigende Gründe hierfür gibt¹¹.

Auch die Festlegung des nationalen Managermarktes als im Regelfall relevanten Vergleichsmarkt überzeugt. Entgegen Stimmen in der Literatur¹² gibt es auch heute regelmäßig noch keinen „echten internationalen Managermarkt“¹³. Sollte ein Kandidat doch einmal konkret nachweisbar länderübergreifend Angebote erhalten, kann eine abweichende Entscheidung getroffen werden;

⁵ S. Art. 3.1 der Empfehlung der KOM 2009/385/EG, ABl. L 120 v. 15.5.2009, S. 28ff.

⁶ A.A. jedoch der DAV in seiner Stellungnahme zur vorherigen Entwurfsfassung (BT-Drs. 16/12278), Rn. 3, „eines von vielen Kriterien“.

⁷ Vgl. Baumbach/Hueck AktG § 87 Rn. 5; MünchKommAktGHefermehl/Spindler § 87 Rn. 3; Hüffer AktG § 87 Rn. 2; AnwK-AktG/Oltmanns, 2003, § 87 Rn. 1; früher schon Großkomm AktG/ W. Schmidt, 1. Aufl. 1939, § 78 AktG 1937 Rn. 2 („entspricht durchaus den heutigen Anschauungen“); einschränkend v. Godin/Wilhelmi AktG § 87 Rn. 6.

⁸ Dennoch krit. Fleischer DStR 2005, 1279.

⁹ Vgl. Fleischer, DStR 2005, 1279, 1282.

¹⁰ S. Thüsing, ZGR 2003, 457, 465ff.; Fleischer/ders., Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 10; Fleischer, DStR 2005, 1279, 1282

¹¹ S. bereits Fleischer/Thüsing, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 11.

¹² Vgl. etwa Wagner/Wittgens, BB 2009, 906, 907; MüKo/Spindler, 3. Aufl. 2008, AktG, § 87 Rn. 24.

¹³ So schon Thüsing, ZGR 2003, 457, 468.

das muss dann aber dargelegt werden. Daher droht wohl kein Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen.

III. Einfügung § 87 Abs. 1 S. 2 AktG: Variable Vergütungsbestandteile für langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung

Die Zielrichtung des Gesetzes ist auch hier grundsätzlich zu begrüßen¹⁴. Was genau damit der Entwurf anstrebt, ist jedoch nicht eindeutig. Vielmehr stellen sich bei der Auslegung der Norm nach der Entwurfsfassung Auslegungsprobleme, die im Folgenden zunächst kurz skizziert werden sollen (1.). Anschließend werden Vorschläge unterbreitet, wie diese im Sinne des Gesetzgebers beseitigt werden können (2.).

1. Bisheriger Vorschlag. Keine Schwierigkeiten bereitet der Begriff der variablen Vergütungsbestandteile. Er wird bereits heute verwendet¹⁵ und findet sich auch in Ziff. 4.2.3 DCGK¹⁶. Daran soll ersichtlich angeknüpft werden.

a) Pflicht zur Vereinbarung variabler Vergütungsbestandteile? Unklar ist jedoch, ob eine generelle Pflicht des Aufsichtsrates ausgesprochen wird, variable Vergütungsbestandteile mit der genannten Zielrichtung vorzusehen, auch wenn bisher nur Festgehälter gezahlt wurden. Für eine Pflicht, variable Vergütungsbestandteile vorzusehen, spricht der Wortlaut und die entsprechende Empfehlung des DCGK¹⁷. Andererseits sind Anlass für die Neuregelung nicht fehlende variable Vergütungssysteme, sondern solche, die falsche Anreize setzen. Klarer wäre eine Formulierung, dass die Pflicht nur besteht, soweit überhaupt variable Vergütungsanreize vereinbart werden, es sei denn es ist Wille des Gesetzgebers, bei börsennotierten Unternehmen reine Festgehälter zu verbieten. Das wäre aber international einmalig und auch nicht sinnvoll- denn Festgehälter haben sich in der Vergangenheit wohl am ehesten als angemessen erwiesen, da hier das „Camouflage-Element“¹⁸, das insbesondere den Aktienoptionen oftmals immanent ist, fehlt.

¹⁴ Und findet sich auch in europäischen Empfehlungen, s. etwa 6. Erwägungsgrund, Empfehlung KOM 2009/385/EG, ABl. L 120 v. 15.5.2009, S. 28ff.

¹⁵ S. etwa MüKo/Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 37ff.

¹⁶ Dazu Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 3. Aufl. 2008, Rn. 720ff.

¹⁷ Auch der DAV geht in seiner Stellungnahme zur vorherigen Entwurfsfassung von der Pflicht zur Fixvergütung aus, Rn. 5.

¹⁸ S. auch *Bebchuk/Fried/Walker*, Managerial Power and Rent Extraction in the Design of Executive Compensation, 69 U. Chi. L. Rev. 751, 789 (2002).

b) Angestrebte Vergütungsstruktur - Gestaltungsermessen. Unklar sind auch die Vorgaben für das Gestaltungsermessen des Aufsichtsrates.

aa) Abschließende Regelung variabler Vergütungsbestandteile? Regelt die Norm die Vereinbarung variabler Vergütungsbestandteile abschließend oder können auch solche mit einer anderen Zielsetzung vereinbart werden? Dafür, dass sich die Neuregelung auf alle Arten von Vergütungen bezieht, spricht wiederum zunächst der Wortlaut, der ganz allgemein von variablen Vergütungsbestandteilen spricht. In diese Richtung deutet auch die Begründung, nach der ein Mix aus kurz- und langfristigen Anreizen möglich sein soll, solange im Ergebnis ein Anreiz zum nachhaltigen Erfolg erzeugt wird. Die Vorgabe, die Vergütungsstrukturen im Sinne einer „langfristigen und nachhaltigen“ Unternehmensentwicklung auszurichten, soll also insgesamt gelten. Letztlich müssen schon deshalb alle variablen Vergütungsbestandteile einbezogen werden, da sonst eine Umgehung des angestrebten Ziels durch andere variable Vergütungsstrukturen möglich erscheint.

bb) Sind dann nur langfristige Anreize zulässig? Der Entwurf regelt damit wohl alle variablen Vergütungsbestandteile. Dies führt zu der nächsten Unklarheit. Diese sollen „langfristige Anreize“ setzen. Zunächst ist zu fragen: was sind langfristige Anreize? Auf den ersten Blick könnte es eine Wiederholung des Ziels der nachhaltigen Unternehmensentwicklung sein. Eine solche wäre freilich unnötig. Aus der Begründung ergibt sich außerdem, dass langfristig nicht die Zielsetzung, sondern die Wirkungsweise der Anreize beschreiben soll, da sie dort den „kurzfristigen Anreizen“ entgegengesetzt werden. Durch das Nebeneinander von langfristig und nachhaltig vermischt ungeschickt Ziel und Mittel. Ausweislich des Wortlauts und der Begründung möchte der Gesetzgeber auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung hinarbeiten. Dies ist sein Ziel. Langfristig konkretisiert nur noch die Wirkungsweise der Anreize, also das Mittel zur Erreichung dieses. Sieht der Gesetzgeber aber nur dieses eine Mittel (langfristige Anreize) zur Erreichung des Ziels einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung vor, sind andere Mittel ausgeschlossen¹⁹. Letzteres liegt nahe, da er variable Vergütungsbestandteile abschließend regelt und dann festlegt, dass sie langfristige Anreize setzen müssen.

Da auch kurzfristige Anreize sinnvoll sein können, wenn sie denn der nachhaltigen Unternehmensentwicklung dienen, vermag dies kaum zu überzeugen. Dass ein kategorischer Ausschluss kurzfristiger Anreize nicht gewollt ist, ergibt sich auch aus der Begründung, die auch

¹⁹ Vgl. auch die Stellungnahmen des BDA/BDI, S. 3 und des DAV, Rn. 5, 8, zum Wortlaut der vorherigen Entwurfsfassung die die Zulässigkeit von kurzfristigen Anreizen ebenfalls für unklar halten.

kurzfristige Anreize ausdrücklich zulässt. Dies kann allerdings letztlich nicht über den Wortlaut hinweghelfen, der nur langfristige Anreize kennt. Letztlich bleibt auch hier unklar, ob das angestrebte Ziel mit dem Entwurf erreicht werden kann.

2. *Stellungnahme.* Ansatzpunkte der Kritik sind die beiden oben als unklar benannten Punkte. Das angestrebte Ziel, dem Vorstand Anreize zu geben, eine nachhaltige Unternehmenspolitik zu betreiben, verdient Zustimmung. Damit wird die bereits anerkannte Pflicht des Vorstandes, für den Bestand des Unternehmens und damit für dauerhafte Rentabilität zu sorgen²⁰, abgesichert und verstärkt²¹. Bedenken, dass auf diese Weise das unternehmerische Ermessen des Aufsichtsrates bezüglich der Zielsetzung der Vergütung und des Vorstandes bezüglich der Führung des Unternehmens unzulässig eingeschränkt wird können nicht durchgreifen: wie oben dargestellt, ist die Pflicht zur nachhaltigen Führung der Geschäfte auch nach bisherigem Recht als äußerste Grenze des Leitungsermessens anerkannt. Die neue Vergütungsstruktur ändert an diesem also nichts, sondern sorgt nur für eine bessere Umsetzung in der Praxis. Allerdings werden damit andere Ziele selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Sie müssen sich jedoch stets auch daran messen lassen, ob sie der nachhaltigen Entwicklung des Unternehmens dienen, die sozusagen „Metaziel“ ist.

Problematisch ist jedoch die Verquickung des Ziels, für eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu sorgen, mit „langfristigen“ Verhaltensanreizen. Eine nachhaltige Unternehmensentwicklung kann nicht nur durch langfristige, sondern auch durch kurzfristige Anreize erreicht werden. Dies steht mit dem Einklang des DCGK, der einmalige sowie jährlich wiederkehrende, an den geschäftlichen Erfolg gebundene variable Vergütungskomponenten vorsieht sowie auch Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter, Ziff. 4.2.3. Es ist also nicht überzeugend, den Aufsichtsrat ausschließlich auf langfristig wirkende Anreize zu beschränken. Es mag durchaus sinnvoll sein, etwa für kurzfristig zu erreichende Erfolge (Eintritt in einen neuen Markt, Akquisition) einmalige Boni zu bezahlen²². Auch so kann die nachhaltige Unternehmensentwicklung sichergestellt werden.

Es ist wohl auch nicht Absicht des Entwurfs, den Aufsichtsrat auf langfristige Anreizsysteme zu beschränken; ansonsten müsste er die auch die Provisionen verbieten, die ja weiterhin im

²⁰ S. nur OLG Hamm AG 1995, 512, 514; .Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 13.

²¹ Bedenken, dass eine Gesellschaft auch auf Auflösung gerichtet sein mag, wie von *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 907 äußern, bestehen hier nicht, da dann die Vorgaben nach Sinn und Zweck nicht anwendbar sind.

²² S. mit weiteren Beispielen *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 3. Aufl. 2008, 2. Teil, Rn. 727. So auch DAV in seiner Stellungnahme zur vorherigen Entwurfsfassung (BT-Drs. 16/12278), Rn. 8 und BDI/BDA, Stellungnahme zu demselben Entwurf, S. 4

Gesetzestext ausdrücklich genannt werden. Außerdem kann auf die Begründung verwiesen werden. Hinweise gibt auch der Regelungszusammenhang: Die langfristigen Verhaltensanreize stehen mit der Festlegung einer langfristigen Bemessungsgrundlage im 2. HS. im Zusammenhang. Es soll über einen längeren Zeitraum der Erfolg gemessen werden, damit seine Nachhaltigkeit nachweisbar ist. Damit sollen Vergütungssysteme, die im Zuge der Finanzkrise in Verruf geraten sind und im Wesentlichen kurzfristige Kurssteigerungen belohnt haben, verhindert werden. Es ist jedoch nicht nötig, den Gestaltungsspielraum des Aufsichtsrates nur auf diese zu beschränken. Da der Wortlaut des Entwurfs etwas anderes zumindest nahe legt, sollte er angepasst werden.

IV. Einfügung § 87 Abs. 1 S. 2 AktG: Mehrjährige Bemessungsgrundlage, „Auszahlungssperre“

Im 2. HS schreibt der Entwurf vor, wie langfristige Anreize zu setzen sind: Sie sollen eine „mehrjährige Bemessungsgrundlage haben und erst am Ende des Bemessungszeitraums ausgezahlt werden“. Erst, wenn sich der Erfolg des Unternehmens bewiesen hat, sollen die variablen Vergütungsbestandteile fließen. Dazu ist eine mehrjährige Bemessungsgrundlage nötig. Sie ergibt sich allerdings bereits daraus, dass es sich um langfristige Anreize handeln soll. Eine Klarstellung schadet jedoch nicht.

Die „Auszahlungssperre“ ist dagegen nicht erforderlich. Soweit die Festsetzung der variablen Vergütung erst mit Ablauf der mehrjährigen Bemessungsfrist vorgenommen wird, entsteht der Anspruch erst in diesem Moment. Wird dagegen eine Berechnung nach einzelnen Jahren vorgenommen, wird dem Erfordernis der mehrjährigen Bemessungsgrundlage nicht genüge getan. Dann hat die Fälligkeitsregelung auch keinen Mehrwert: eine Herabsetzung nach § 87 Abs. 2 S. 1 AktG kommt für bereits entstandene Ansprüche nicht in Betracht²³. Der Vergütungsanspruch dient allenfalls als Sicherheit für mögliche Forderungen der Gesellschaft gegen das Organmitglied. Die Fälligkeitsregelung sollte daher gestrichen werden.

Alternativ oder auch kumulativ kann eine Pflicht des Aufsichtsrats begründet werden, für Vergütungsbestandteile Rückzahlungspflichten vorzusehen, falls der angestrebte nachhaltige Erfolg nicht erreicht wird. Ähnliches sieht auch die Empfehlung der Kommission zur Vorstandsvergütung vor²⁴. Dann wären auch jährliche Gewinnbeteiligungen o.Ä. gleichsam als

²³ MüKo/Spindler, AktG, § 87 Rn. 96; KK-Mertens, AktG, § 87 Rn 14; Fleischer/Thüsing, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 29.

²⁴ Art. 3.4 der Empfehlung KOM 2009/385/EG, ABl. L 120 v. 15.5.2009, S. 28ff.

„Abschlagszahlung“ ohne weiteres möglich. Sie müssten aber zurückgezahlt werden, wenn sich herausstellt, dass die Gewinne auf einem auf Kosten der nachhaltigen Entwicklung entfalteten Strohfeder beruhen. Die Voraussetzungen der Rückforderung müssen im Zeitpunkt der Vereinbarung der variablen Vergütungsbestandteile festgelegt werden.

§ 87 Abs. 1 S. 2 AktG sollte daher wie folgt gefasst werden: „Die Vergütungsstruktur ist bei börsennotierter Gesellschaften auf das Ziel einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung auszurichten. Hierzu dienen insbesondere variable Vergütungsbestandteile mit mehrjähriger Bemessungsgrundlage.“

V. Neufassung § 87 Abs. 2 S. 1 AktG: Erleichterte Herabsetzungsvoraussetzungen

Die Gesetzesänderung soll die Herabsetzung von Vorstandbezügen erleichtern. Es reicht nunmehr, dass sich die Lage der Gesellschaft verschlechtert, so dass die Weitergewährung der bisherigen Bezüge unbillig für diese wäre. Nach bisheriger Rechtslage liegt die Latte höher: Die Unbilligkeit der Weiterzahlung der bisherigen Bezüge wurde bisher schon verneint, wenn an die Aktionäre noch eine Dividende ausgeschüttet wird, und sei es auch nur auf Grund der Veräußerung von Anlagevermögen der Gesellschaft²⁵. Es geht also um eine quantitative Erleichterung der Eingriffsvoraussetzungen. Allerdings ist zweifelhaft, ob die in der Begründung genannten Fälle wie Entlassungen alleine auch nur eine Verschlechterung der Verhältnisse der Gesellschaft darstellen. Es kann durchaus im Interesse eines erfolgreichen Unternehmens sein, zur Steigerung der Ertragskraft Mitarbeiter zu entlassen²⁶. Wenn nicht „durch die Hintertür“ das Unternehmensinteresse definiert werden soll, sollte die Begründung insofern entschlackt werden.

Allerdings bleibt es dabei, dass die Norm keine Rückwirkung der Herabsetzung erlaubt²⁷. Soweit ein „verfehlter“ Bonus einmal erworben wurde, kann er, auch wenn er noch nicht ausgezahlt wurde, nicht mehr herabgesetzt werden. Damit kann die Änderung die Auszahlung von hohen

²⁵ LG Duisburg, BB 1971, 145; GroßKomm/Kort, AktG, 4. Aufl. 2006, § 87 Rn. 290. Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, Rn. 9. Zwingend erscheint dies freilich nicht, s. Fleischer/Thüsing, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 31.

²⁶ Vgl. Wagner/Wittgens, BB 2009, 906, 910.

²⁷ Entsprechend der bisherigen Rechtslage, s. Fn. 22.

Boni, die aus vorherigen Geschäftsjahren stammen, auch dann nicht verhindern, wenn sich die Gesellschaft inzwischen in einer Krise befindet²⁸.

Auf Bedenken stößt allerdings die nunmehr vorgesehene Rechtsfolge, eine Herabsetzung auf das angemessene Maß vorzunehmen. Bisher war die Herabsetzung Mittel, das wirtschaftliche Wohlergehen der Gesellschaft zu sichern, und konnte nur zu diesem Zweck eingesetzt werden²⁹. Diese Zweckbindung zeigt sich auch an der Rechtsfolge: Die Anpassung erfolgte nicht bis zum nach § 87 Abs. 1 AktG angemessenen Maß, sondern nur bis zum nicht mehr schwer unbilligen. Die nunmehr vorgesehene Herabsetzung auf das nach § 87 Abs. 1 AktG angemessene Maß geht darüber hinaus. Sie passt eher zu einer Norm, die allgemein die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen sichern möchte. Da sie die Unbilligkeit dadurch beseitigen will, dass die Vergütung auf die nach § 87 Abs. 1 AktG angemessene herabgesetzt wird, liegt es außerdem nahe, die Unbilligkeit nach § 87 Abs. 1 AktG zu bestimmen. Damit bekommt die Norm einen gewissen Zwittercharakter. Sie geht über das, was für ihr ursprüngliches Ziel nötig ist, deutlich hinaus, ohne sich einem andern Ziel - Sicherung angemessener Vorstandsvergütung - völlig zu verschreiben, da an dem Erfordernis einer Verschlechterung festgehalten wird. Dies ist wohl nicht beabsichtigt. Vielmehr sollte es bei einer nur quantitativen Erleichterung der Eingriffsvoraussetzungen bleiben. Die Ergebnisse der Neuregelung erschienen außerdem sonst willkürlich. Ob eine Anpassung auf das gewünschte - angemessene - Maß vorgenommen werden kann, hängt davon ab, ob zufällig eine Verschlechterung der Lage eintritt. Geht es aber gerade darum, die Angemessenheit zu sichern, kann diese mehr nicht davon abhängen, ob zufällig eine Verschlechterung der Lage eingetreten ist. Es sollte insofern bei dem bisherigen Wortlaut bleiben, dass eine „angemessene Herabsetzung“ erfolgen soll.

Nunmehr hat der Aufsichtsrat die Herabsetzung vorzunehmen, vorher stand sie in seinem Ermessen³⁰. Allerdings soll schon nach *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, 1. Aufl. 1937, § 78 Rn. 12 dieses Ermessen im Regelfall auf Null reduziert sein. Die Änderung jetzt ist in der Praxis wohl mehr eine Klarstellung. Aber eben nur für den Regelfall: Was ist, wenn der Schaden für die Gesellschaft, der nach Weggang des mit der Herabsetzung nicht einverstandenem Vorstands droht, mit Händen zu greifen und erheblich ist? Soll dann auch gekürzt werden müssen? Man mag erwägen, es bei der Ermessensregelung zu belassen.

²⁸ Darauf weist auch der DAV in seiner Stellungnahme zum vorherigen Entwurf hin, Rn. 21.

²⁹ Fleischer/*Thüsing*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 31.

³⁰ S. dazu auch Fleischer/*Thüsing*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 34; *Schüller*, Vorstandsvergütung, S. 207; gleichsinnig *KK-Mertens*, AktG § 87 Rn. 15. Der Änderung wird insofern kaum praktische Bedeutung zukommen.

VI. Einfügung § 87 Abs. 2 S. 2 AktG: Einbeziehung von Ruhegehalt in die Herabsetzung

Mit der Neuregelung weicht der Gesetzgeber von der heute ganz h.M., nach der eine Herabsetzung von Ruhebezügen unzulässig ist, ab³¹. Die Entscheidung ist nicht ohne historisches Vorbild³² und als solche zu begrüßen³³. Sieht man mit der bisher wohl h.M. die Rechtfertigung für die Herabsetzung in der Treuepflicht der Organmitglieder zur Gesellschaft, so vermag zumindest im vom Entwurf vorgesehenen zeitlichen Nahbereich nach dem Ausscheiden die Nachwirkung dieser auch dem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied gegenüber eine Herabsetzung zu rechtfertigen. Geht man mit dem Gesetzgeber davon aus, dass Kriterien der Zurechenbarkeit - ggf. auch hier im Rahmen der Treuepflicht - eine Rolle spielen, ergibt sich die Anpassungsmöglichkeit von selbst. Sieht man in der Regelung des § 87 Abs. 2 AktG eher eine Regelung der Geschäftsgrundlage³⁴, so kann diese grundsätzlich über die ganze Laufzeit des Dauerschuldverhältnisses unabhängig von zeitlichen Grenzen eine „billige“ Anpassung rechtfertigen.

Die Interessen der ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder können in die Abwägung einfließen und sind daher ebenfalls gewahrt. Es ist selbstverständlich, dass hier die auch vom Gesetzgeber in der Begründung erwähnten Aspekte der Zurechenbarkeit eine wesentliche Rolle spielen. Im Regelfall wird eine Anpassung der Vorstandsvergütung ausscheiden, wenn nicht die Verschlechterung der Gesellschaft auf Entscheidungen des Vorstandsmitgliedes beruht oder es um eine Existenzkrise der Gesellschaft geht. Dabei kommt der Herabsetzung insofern eine eigenständige Bedeutung neben dem Schadensersatzanspruch zu, da sie auch in Fällen, in sich eine unternehmerische Entscheidung erst nachträglich als falsch herausstellt, greift.

Die zeitliche Begrenzung der Anpassungspflicht sollte jedoch überdacht werden. Für den Arbeitnehmer gilt sie auch nicht. Hier kann auch – bei entsprechender Rechtsfertigung – noch nach vielen Jahren in verdiente Anwartschaften eingegriffen werden.³⁵ Warum soll das

³¹ BGH Urt. v. 22.9.1975 – II ZR 85/74, WM 1976, 56; *Wiesner* MünchHandbAktG § 21 Rn. 31; *Hüffer* AktG, 8. Aufl. 2008, § 87 Rn. 6.

³² So bezog sich das Herabsetzungsrecht gemäß § 78 II AktG-1937 nach *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, § 78 Rn. 10 auf die Gesamtbezüge.

³³ A.A. jedoch DAV, Stellungnahme zur vorherigen Fassung, Rn. 16; BDI/BDA, Stellungnahme zur vorherigen Fassung, Rn. 5.

³⁴ Vgl. *Fleischer/Thüsing*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 31.

³⁵ Zum fest etablierten Drei-Stufen-Modell des BAG s. nur Urt. v. 24.01.2006 - 3 AZR 583/04 und BAG v. 10.09.2002 - 3 AZR 635/01.

Vorstandsmitglied besser behandelt werden als der Arbeitnehmer? Verfassungsrechtlich gefordert ist die Grenze ohnehin nicht: Art. 14 GG schützt das Eigentum nur im Rahmen der Gesetze. Damit sind bisherige Ansprüche geschützt, nicht aber künftig entstehende – wer einen neue Vorstandsvertrag schließt, unterwirft sich freiwillig dem Regime des § 87 AktG.³⁶ Für neue Vergütungsvereinbarungen kann sie also durchaus auch zeitlich unbegrenzt vorgesehen werden. Anders gilt allerdings für Altverträge. Diese Versorgungsanwartschaften unterfallen der Eigentumsgarantie im Umfang des heutigen Bestands, d.h. ohne Herabsetzungsmöglichkeit. Ob eine Herabsetzung zulässig ist, ist zweifelhaft³⁷. Daher sollte § 23 I EGAktG-E so abgeändert werden, dass die Neuregelung nur auf Neuverträge Anwendung findet.

Durch die Neuregelung verliert § 87 Abs. 2 AktG seinen Charakter als absolute Ausnahmevorschrift ein Stück weit; gleichzeitig gebietet der Zweck, eine unbillige wirtschaftliche Belastung zu verhindern, auch, Ruhegelder anzupassen, wenn dies erforderlich sein sollte. Da hier selbstverständlich auch der Vertrauensschutz und die Bedürfnisse des Vorstandsmitgliedes³⁸ eine Rolle spielen, wird eine Anpassung von Ruhebezügen die Ausnahme sein. Sie lässt sich im Wesentlichen dann rechtfertigen, wenn die wirtschaftlichen Schwierigkeiten dem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied noch zurechenbar sind³⁹. Daher wird sie mit Zeitablauf seit dem Ausscheiden zunehmend schwieriger. Eine feste Grenze ist aber nicht erforderlich, da schon in der Abwägung die Interessen der Vorstandsmitglieder gewahrt werden können. Zu beachten ist jedoch auch, dass auch deshalb strengere Anforderungen nötig sein werden, weil das ausgeschiedene Vorstandsmitglied nicht die Reaktionsmöglichkeit der Kündigung hat⁴⁰.

VII. Einfügung § 93 Abs. 2 S. 3 AktG: Obligatorischer Selbstbehalt bei D&O Versicherung für Vorstandsmitglieder

Die Vereinbarung eines Selbstbehaltes ist sinnvoll, da durch sie das Vorstandsmitglied auch bei Bestehen einer D&O Versicherung einen starken Anreiz erhält, sich pflichtgemäß zu verhalten. Haftung dient der Verhaltenssteuerung⁴¹; umfassende Versicherung hebt sie auf.

³⁶ A.A. insofern DAV, Stellungnahme zur vorherigen Fassung, Rn. 14.

³⁷ Kritisch auch die Stellungnahme des DAV zur vorherigen Fassung, Rn. 19ff.

³⁸ Schon nach bisherigem Recht sind die Verhältnisse des Vorstandsmitgliedes einzubeziehen, s. Fleischer/Thüsing, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 32.

³⁹ Vgl. die Begründung.

⁴⁰ S. auch DAV, Stellungnahme, Rn. 16.

⁴¹ Ausführlich Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 16ff., 358ff. mwN.

1. *Obligatorischer Selbstbehalt als solcher.* Eine solche Regelung liegt nahe: Schon bisher wurde eine Versicherung von Risiken dann für unzulässig gehalten, wenn man glaubte, auf die verhaltenssteuernde Wirkung des Haftungsrisikos nicht verzichten zu können. So hielt die frühere Praxis mit dieser Begründung Selbstbehalte bei Berufshaftpflichtversicherungen für sittenwidrig⁴²; in neuerer Zeit werden mit gleichen Argumenten Versicherungen gegen Bußgelder als Verstoß gegen den *ordre public* eingeordnet und daher für unzulässig gehalten⁴³. Das Bedürfnis, im Bereich der D&O Versicherungen Haftungsrisiken als verhaltenssteuernde Anreize zu erhalten, zeigt sich daran, dass es bereits heute Vertragspraxis ist, einen Selbstbehalt zu vereinbaren⁴⁴. Auch der DCGK empfiehlt in Ziff. 3.8.2 bei Abschluss einer D&O Versicherung einen Selbstbehalt vorzusehen. Die Versicherungsunternehmen wissen um die positive Anreizwirkung eines Selbstbehaltes. Um diesen zu erhalten, wird teilweise sogar versicherungsvertraglich verboten, den vorgesehenen Selbstbehalt anderweitig zu versichern⁴⁵ – ganz im Sinne der avisierten Regelung. So soll Sinn und Zweck des Selbstbehalts erhalten werden, nämlich Missbrauch der Versicherung zu vermeiden und durch Verhaltenssteuerung präventiv Haftungsfällen entgegenzuwirken.

Allerdings führt auch hier die Detailsicht zu ungeklärten Fragen. Unklar bleibt, ob der Entwurf nur das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis regeln möchte oder ob die Vorgabe, einen Selbstbehalt zu vereinbaren, auch im Außenverhältnis zur Versicherung tragen soll. Von Formulierung und systematischer Stellung her liegt es nahe, dass es nur um eine gesellschaftsrechtliche Vorgabe an das beim Abschluss handelnde Organ geht. Andererseits regelt die vorgesehene Übergangsregelung, vgl. § 23 I EGAktG-E und die dazugehörige Begründung, dass die Neuregelung erst ab 1.7.2010 auf Altverträge anzuwenden sei. Dies überrascht, da die aus § 93 II S. 3 AktG-E folgende Pflicht ausweislich des Wortlauts nur bei Abschluss eines Vertrages gilt. Für Altverträge sollte daher keine Änderung eintreten. Dass dies doch der Fall sein soll, ist offensichtlich gewollt, dass die Neuregelung auch die Vertragsbeziehungen unmittelbar regeln soll. Wie dies zu bewerkstelligen ist, bleibt jedoch rätselhaft. So lässt sich die Norm nicht als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB einordnen, gerichtet gegen den Abschluss von D&O Verträgen ohne Selbstbehalt. Gegen eine solche Einordnung spricht nämlich neben dem Wortlaut auch, dass selbst damit das benötigte Ergebnis nicht zu erreichen wäre: § 134 BGB führt entsprechend den

⁴² S. Prölss-R.Schmidt/Frey, VAG, 10. Aufl. 1989, § 8 Rn. 42.

⁴³ Prölss-Präve, VAG, 12. Aufl. 2005, § 8 Rn. 21.

⁴⁴ Vgl. zur entsprechenden Praxis v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Geschäftsführerverträge, Rn. 179f; s. auch MüKo/Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 176.

⁴⁵ Vgl. Ziff. 1.2 der AVB-AVG. Andere Modelle differenzieren zwischen den einzelnen Selbstbehalten (Geschäftsführer und Company reimbursement), so z.B. Art. 7.1 der AVBDO der Zürich Versicherung.

allgemeinen Grundsätzen intertemporalen Rechts, insb. im Hinblick auf Art. 14 GG⁴⁶, nicht zur rückwirkenden Unwirksamkeit von Altverträgen, die vor Erlass des Verbotsgesetzes geschlossen wurden. Der Paragraph verlangt außerdem ausweislich seines Wortlauts „Rechtsgeschäft ist nichtig“, nicht etwa „wird“, dass das Verbotsgesetz vor Vornahme des Geschäfts erlassen wurde⁴⁷. Damit verbleibt nur eine Einordnung als Norm des Versicherungsvertragsrechts, die in Wirklichkeit das Vertragsverhältnis Versicherung - Gesellschaft unmittelbar regelt. Dies gibt der Wortlaut jedoch nicht her. Eine solche wäre außerdem im § 93 Abs. 2 AktG, in dem es um die Haftung gegenüber „der Gesellschaft“ geht, also um das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis, denkbar deplaziert.

Daher sollte zumindest entweder die Übergangsvorschrift gestrichen oder sie in dem Sinne ergänzt werden, dass sie die Unwirksamkeit von Altverträgen ausdrücklich anordnet. Dies ist jedoch nur die Minimallösung. Nach dem jetzigen Entwurfsstand ist ein viel gravierenderes Problem die Möglichkeit der Umgehung.

So lässt sich die Regelung leicht dadurch aushebeln, dass sich das Vorstandsmitglied für die Höhe des Selbstbehaltes persönlich versichert – sie regelt nur Versicherungen der Gesellschaft. Zwar mag auch von den zusätzlichen Prämienzahlungen eine gewisse Anreizwirkung ausgehen, besonders umsichtig Pflichtverletzungen zu vermeiden, aber dies wird bei weitem nicht an die hier angestrebte Wirkung haben⁴⁸. Darauf weist auch die Gesetzesbegründung hin, die eine persönliche Inanspruchnahme des Vorstandsmitgliedes jedenfalls voraussetzt. Daher erscheint es sinnvoll, generell nur D&O Versicherungen zuzulassen, die einen entsprechenden Selbstbehalt kennen.

Eine Pflicht zum Selbstbehalt könnte im VVG normiert werden und würde so unmittelbar die rechtliche Zulässigkeit auch im Verhältnis Gesellschaft - Versicherung regeln. Nachteil dieser Lösung wäre freilich, dass auch diese, etwa durch Vertragsabschluss im Ausland, umgangen werden kann. Deutsches Recht wäre hier nicht anwendbar. Überzeugend erscheint es daher, die Verortung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene beizubehalten und entsprechend dem Entwurf eine Verpflichtung vorzusehen, entsprechende Selbstbehalte zu vereinbaren. Dies sollte allerdings

⁴⁶ S. MüKo/*Armbrüster*, BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 20 m.w.N.

⁴⁷ So auch MüKo/*Armbrüster*, BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 20 m.w.N.; offengelassen, aber eine Rückwirkung anzweifelnd auch BGHZ 45, 322, 326.

⁴⁸ Vgl. auch die Vertragspraxis, die genau dies durch Regelungen im Versicherungsvertrag verhindern möchte, etwa Ziff. 1.2 der AVB-AVG. Andere Modelle differenzieren zwischen den einzelnen Selbsthalten (Geschäftsführer und Company reimbursement), so z.B. Art. 7.1 der AVBDO der Zürich Versicherung. Vgl. Thüsing GF Rn. 179f.

flankiert werden durch eine Regelung, die es den Vorstandsmitgliedern verbietet, diese Selbstbehalte privat zu versichern. Auch diese sollte als Organpflicht im Innenverhältnis ausgestaltet werden.

2. *Höhe des Selbstbehalts.* Es wird nicht ein prozentualer, sondern ein betragsmäßiger Selbstbehalt normiert. Dies sollte überdacht werden. Zweck der Regelung ist es nicht, eine Entlastung für Bagatellfälle zu erreichen, was typischerweise das Ziel betragsmäßiger Selbstbehalte ist. Vielmehr geht es um die verhaltenssteuernde Wirkung. Hier ist ein prozentualer Selbstbehalt einerseits effektiver. Andererseits ist er auch angemessener, da es nicht erforderlich ist, dass das Vorstandsmitglied sämtliche Schäden in Folge von Pflichtverletzungen bis zu einer gewissen Grenze in voller Höhe selbst trägt. Eine Vielzahl von kleinen Fällen müsste etwa voll aus der Tasche des Vorstandsmitgliedes bezahlt werden. Damit würde der D&O Versicherung im Wesentlichen die Aufgabe zufallen, in den Fällen einzutreten, in denen das Vorstandsmitglied finanziell überfordert ist. Sie wäre also mehr Sicherungsmittel als Versicherung im eigentlichen Sinne⁴⁹. Als Prozentsatz bieten sich 10 % an.

Problematisch ist außerdem die Ermittlung des Mindestbetrages des Selbstbehalts, nämlich der für ein Jahr zugesagten Gesamtbezüge. Zunächst einmal ist unklar, um welches Jahreseinkommen es geht. Das des Jahres, in dem die Pflichtverletzung begangen wurde? Das des Jahres, in dem der Anspruch geltend gemacht wird? Das Durchschnittliche, gerechnet über die Vertragslaufzeit? Zuletzt hat sich gezeigt, dass es darauf entscheidend ankommen kann⁵⁰. Die Gesetzesbegründung geht hier wohl davon aus, dass es auf bestimmtes Jahr ankommen soll, nicht auf das durchschnittliche Einkommen, da von Schwierigkeiten gesprochen wird, auch nur das Einkommen eines Jahres zu dessen Ende festzustellen. Wie sich aber an dem Beispiel zeigt, kann das Abstellen auf nur ein Jahr zu großen Differenzen führen. Sinnvoller ist es daher, auf die durchschnittlichen jährlichen Gesamtbezüge während der Vertragslaufzeit abzustellen.

§ 93 Abs. 2 AktG sollte wie folgt gefasst werden: „Versicherungen, die Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern abdecken, dürfen durch die Gesellschaft

⁴⁹ Allerdings wird bisher die D&O Versicherung von einigen Stimmen in der Literatur so verstanden, s. etwa Großkomm/*Hopt*, AktG, § 76 Rn 519; *Kieth*, BB 2003, 537, 539; *Bauer/Krets*, DB 2003, 811, 814; vgl. MüKo/*Spindler*, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn 180 m.w.N. Der Gesetzgeber strebt nunmehr jedoch offensichtlich eine andere Funktion an.

⁵⁰ So verringerte sich das Gehalt von Josef Ackermann, Vorstandssprecher der Deutschen Bank, im Zuge der Finanzkrise von knapp 14 Mio. € 2007 auf 1,39 Mio. €, s. FAZ v. 24.03.2009, eingesehen auf www.faz.net, am 19.5.2009.

nur abgeschlossen werden, soweit sie einen Selbstbehalt des Vorstandsmitgliedes von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zu der Höhe der durchschnittlichen jährlichen Gesamtbezüge (§ 81 Absatz 1 des Gesetzes) des Vorstandsmitgliedes vorsehen. Das Vorstandsmitglied, dessen Haftungsrisiko versichert wird, darf diesen Selbstbehalt nicht anderweitig versichern.“ Ggf. alternativ: „Soweit das Vorstandsmitglied selbst eine Versicherung über Haftungsrisiken abschließt, muss es einen entsprechenden Selbstbehalt vorsehen.“

VIII. Erweiterung des § 100 Abs. 2 AktG: Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat

1. *Karenzfrist.* Die Einführung einer Karenzfrist trägt seit Langem geäußerten Bedenken der Literatur gegen einen Wechsel eines Vorstandes in den Aufsichtsrat⁵¹ Rechnung und geht sogar weiter als Ziff. 5.4.4. des DCGK. Als solche ist die Karenzfrist zu begrüßen⁵². Forthin droht damit kaum noch, dass das Aufsichtsratsmitglied seine Entscheidungen als Vorstand kontrollieren muss oder versucht, in das Ressort seines Nachfolgers hineinzuregieren. Dem müssen die Vorteile, die es mit sich bringen kann, mit dem Unternehmen wohl vertraute „Insider“ im Aufsichtsrat zu haben, weichen⁵³.

2. *Ausnahmen für Großaktionäre*

a) *Notwendigkeit einer Ausnahme?* Ob ein erhebliches Aktienpaket eine Ausnahme von der Regel bedingt, wie dies die Begründung nahe legt, erscheint zweifelhaft. Zwar unterfallen Aktien ohne weiteres dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG⁵⁴. Allerdings steht diese unter dem Ausgestaltungsvorbehalt des einfachen Gesetzes, Art. 14 I S. 2 AktG. Damit ist das „Eigentum“ an Aktien nur nach Maßgabe des AktG geschützt. Dieses sieht für den Anteilseigner gerade kein Recht auf einen Aufsichtsratsitz vor. Er ist vielmehr darauf verwiesen, seinen Einfluss über die Hauptversammlung auszuüben. Durch den Erwerb bestimmter Anteilsquoten mutiert die Summe der einzelnen Anteilsrechte nicht zu einem qualitativ anderen Gesamtrecht. Damit handelt es sich nur um eine Ausgestaltung des mit dem Anteil verbundenen Stimmrechts: dieses wird personell eingeschränkt. Gemessen an dem einzelnen Anteil, der nur Gegenstand des

⁵¹ S. etwa *Lange*, NZG 2004, 265; *Schwarz/Holland*, ZIP 2002, 1661, 1670.

⁵² A.A. zur Karenzfrist für den Prüfungsausschuss DAV, Stellungnahme zur vorherigen Entwurfsfassung, Rn. 26; und BDI/BDA, Stellungnahme zur vorherigen Entwurfsfassung, S. 7; *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 909.

⁵³ A.A. jedoch *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 907

⁵⁴ BVerfGE 100, 289, 301; s. auch BVerfG NJW 2007, 3265; Beck'scherOK/*Axer*, Art. 14 Rn. 49.

Eigentumsschutzes ist und auf den es daher nur ankommen kann, ist dies ein höchst geringer Eingriff. Er ist durch das angestrebte, legitime Ziel, die *Corporate Governance* zu verbessern, gerechtfertigt. Im Übrigen sind auch Härten für den Mehrheitsaktionär nicht erkennbar. Er kann seinen Einfluss zumindest nicht wesentlich schlechter ausüben, indem er sonstige Aufsichtsräte seines Vertrauens wählt.

Eine Ausnahme ist verfassungsrechtlich somit nicht erforderlich. Vom Sinn und Zweck der Regelung erscheint sie möglich, wenn auch nicht geboten. Vielmehr führt die Verbindung von Aufsichtsratsmitgliedschaft, ehemaliger Vorstandstätigkeit und Gesellschaftsanteilen zu einer noch größeren Machtfülle als im Falle des „normalen“ ehemaligen Vorstands. Damit kann ein Hineinregieren noch weit effektiver durchgesetzt werden, eine Kontrolle der eigenen Amtstätigkeit noch weit effektiver verhindert werden. Hinzu kommt noch, dass ein ehemaliges Vorstandsmitglied, das selbst im Aufsichtsrat sitzt, bei der Kontrolle seiner eigenen Amtsführung als Vorstand auch nicht durch Haftungsrisiken diszipliniert wird. Da es schon als Vorstand haftet, muss es als Aufsichtsrat keine weitere Haftung befürchten und hat daher *carte blanche*, seine Sonderinteressen gegen das Interesse der Gesellschaft durchzusetzen. Außerdem entspricht dies auch dem gesetzlichen Bild der AG, die sich eben durch eine strenge Trennung von Anteilseigentum und Management auszeichnet⁵⁵. Gerade bei börsennotierten Publikumsgesellschaften wird das Unternehmen vom Vorstand, nicht aber vom Aufsichtsrat und erst recht nicht von den Aktionären geführt. Eine AG ist schlechthin nicht das Mittel der Wahl, um ein Unternehmen unter unmittelbarer Kontrolle des Mehrheitsgesellschafters zu führen – ein prominentes Beispiel jüngerer Zeit ist etwa der Übernahmeschlacht um die Volkswagen AG.

b) *Konkrete Ausgestaltung.* Die vorgesehene Ausnahmeregelung für Großaktionäre ist auch ihrer konkreten Ausgestaltung nach kritisch zu betrachten. Schon sprachlich erscheint der Entwurf zu detailliert und umfangreich: Die Ausnahmeregelung allein benötigt siebzig Worte; bisher kam der gesamte § 100 Abs. 2 S. 1 AktG mit sechsundvierzig aus. Auch sachlich ist der hohe Detailgrad des Entwurfes zu kritisieren. Er nimmt diesem die für einen abstrakt-generellen Rechtssatz nötige Anpassungsfähigkeit an eine Vielzahl von Sachverhalten und führt so zu willkürlichen Ergebnissen. Ein Beispiel ist die Beschränkung der Ausnahme auf natürliche Personen, mit denen das Vorstandsmitglied verwandt oder verschwägert ist. So fallen Stimmrechte, die nicht direkt von Verwandten des Vorstandsmitglieds gehalten werden, sondern unter Einschaltung einer Familiengesellschaft, nicht unter die Ausnahmeregelung. Insofern ist der Entwurf auch in sich

⁵⁵ S. nur *K. Schmidt*, GesR, § 26 III 1 a), S. 770.

inkonsequent, da er beim Vorstandsmitglied selbst auch indirekte Kontrolle über Anteile ausreichen lässt, bei Familienmitgliedern dagegen nur eine sehr spezifische Form der direkten Beteiligung. Eine solche Differenzierung ist jedoch sachlich nicht zu rechtfertigen.

Anstatt genau vorzuschreiben, welche Stimmrechte zugerechnet werden, kann einfach darauf abgestellt werden, wer diese letztlich kontrolliert. Auch die Verweise auf Normen außerhalb des AktG sollten nur als Anhaltspunkt in die Begründung aufgenommen werden.

3. *Abdingbarkeit durch die Satzung.* Allerdings sollte der Rigor der Norm dadurch entschärft werden, dass zumindest in der Satzung eine abweichende Regelung zugelassen werden kann. Eine Satzungsregelung hätte gegenüber dem bisherigen Entwurf einerseits den Vorteil der Transparenz; andererseits können die Aktionäre ihre betroffenen Interessen selbst abwägen. Außerdem kann auch hier der vom Entwurf privilegierte Großaktionär seinen Einfluss angemessen nutzen. Andererseits muss der sich der Diskussion auf der Hauptversammlung, bei der er für eine Mehrheit werben muss, ernsthaft stellen. So wird auch den Interessen der Minderheitsaktionäre Rechnung getragen.

§ 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG sollte wie folgt gefasst werden: „Nr. 4. wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied derselben börsennotierten Gesellschaft war, es sei denn, er oder Personen, mit denen er verwandt oder verschwägert ist, kontrollieren mehr als den vierten Teil der Stimmrechte der Gesellschaft; die Satzung der Gesellschaft kann eine abweichende Regelung vorsehen.“

IX. Ergänzung des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG: Entscheidungen über die Vergütung der Vorstandsmitglieder im Aufsichtsratsplenum

Indem die Entscheidung über Vorstandsvergütung dem Aufsichtsratsplenum überwiesen wird, soll die Transparenz der Vergütungsentscheidung sichergestellt und verbessert werden. Damit geht der Entwurf über die Empfehlung des DCGK hinaus, der in Ziff. 4.2.2 lediglich vorsieht, dass das Plenum nur allgemein die Struktur der Vergütung und die wesentlichen Vertrags Elemente festlegt und diese überprüft. Die genaue Ausgestaltung soll nach dem DCGK dagegen dem Personalausschuss überlassen bleiben. Während der Entwurf das Ziel größerer Transparenz insbesondere der Entscheidungsfindung sicherlich erreicht, lassen sich auch für die vom DCGK

vorgesehen Aufgabenverteilung gute Argumente ins Feld führen: ganz allgemein wird die Arbeitsfähigkeit großer Aufsichtsräte in Zweifel gezogen⁵⁶, was bereits für eine Delegation an den Personalausschuss spricht. Dies gilt insbesondere in Fragen der Vorstandsvergütung, die in besondere Weise Anlass zu Kontroversen geben, und durch eine Debatte im Plenum unnötig politisiert werden können. Andererseits kann die Ausarbeitung der Details weiterhin in Ausschüssen erfolgen, nur die Beschlussfassung muss im Plenum erfolgen⁵⁷. Daher kann die eigentliche Diskussion weiterhin im kleinen Kreis stattfinden, gleichzeitig muss die Entscheidung vor allen Mitgliedern begründet und von allen Aufsichtsräten legitimiert werden. Mit dieser Aufteilung findet der Entwurf den goldenen Mittelweg zwischen Transparenz und Praktikabilität.⁵⁸

X. Erweiterung des § 116 AktG: Schadensersatzpflicht der Aufsichtsräte

In der jetzigen Entwurfsfassung handelt es sich nur um eine Klarstellung. Ob diese nötig ist, mag hier offen bleiben.⁵⁹ Etwas anderes wurde bislang nicht behauptet. Mehr bewirkt hätte die ursprüngliche Fassung des Änderungsentwurfs, nach der als „Mindestschadensersatz“ der Mehrbetrag zur angemessenen Vergütung geschuldet gewesen wäre. Der verwandte Begriff des „Mindestschadensersatzes“ war zwar unglücklich, da er Assoziationen an einen Strafschadensersatz weckt⁶⁰. Doch der Ausschluss der Vorteilsausgleichung ist etwas gänzlich anderes als die Begründung eines Strafschadensersatzes. Das Gebot der Gewinnabwehr durch Schadensersatz gilt ohnehin nur eingeschränkt.⁶¹ Tatsächlich aber ist eine Schadenspauschalierung, wenn nicht erforderlich so zumindest sinnvoll. Ein möglicher Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen Aufsichtsräte wegen Vereinbarung überhöhter Vorstandsvergütungen ist eine höchst theoretische Sanktion – bisher spielt er in der Praxis keine Rolle⁶². Daher sollte festgelegt werden, dass der Mehrbetrag zu ersetzen ist. Dies ist eine Verbesserung gegenüber der Lage nach dem Entwurf: nach allgemeinen Grundsätzen muss die

⁵⁶ S. etwa Thüsing, DB 2003, 1612, 1615 m.w.N, s. auch die Stellungnahme des DAV vom Vorentwurf, Rn. 23; BDI/BDA, Stellungnahme zur vorherigen Fassung, S. 6f.

⁵⁷ So die h.M. zu den bisherigen Fällen des § 107 III S. 2 AktG, vgl. MüKo/Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 144 m.w.N.

⁵⁸ Diese Aufteilung favorisieren auch BDI/BDA, Stellungnahme zur vorherigen Fassung, S. 6; a.A. Stellungnahme des DAV vom Vorentwurf, Rn. 23.

⁵⁹ Zurecht kritisch DAV, Stellungnahme, Rn. 28.

⁶⁰ Vgl. die Begründung des aktuellen Entwurfs, die ihn deshalb auch ablehnt; vgl. auch die Stellungnahme BDI/BDA, S. 8, die darin eine Amerikanisierung des deutschen Rechts sieht, deren bloßer „Verdacht“ vermieden werden sollte.

⁶¹ Ausführlich Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 423ff.

⁶² S. Thüsing, ZGR 2003, 457, 505.

Gesellschaft die Höhe des Schadens beweisen, und dem Aufsichtsrat die Möglichkeit verbleiben würde, Vorteile der Gesellschaft anzuführen, die gegenzurechnen sind.⁶³

§ 116 AktG sollte wie folgt ergänzt werden: „Vereinbaren sie eine unangemessene Vorstandsvergütung, ist als Mindestbetrag des Schadens die Differenz zwischen vereinbarter und angemessener Vergütung anzusetzen, soweit dass Aufsichtsratsmitglied nicht darlegt, dass der Schaden tatsächlich geringer war.“

XI. Einfügung des § 120 Abs. 4 AktG. Konsultativer Beschluss der Hauptversammlung über das System der Vorstandsvergütung zu beschließen.

1. Hauptversammlungsbeschluss in Vergütungsfragen. Die Einführung einer Möglichkeit, über die Vorstandsvergütung in der Hauptversammlung zu beschließen, ist zu begrüßen. Sie entspricht nicht nur Vorschlägen der Literatur⁶⁴, sondern setzt auch europäische Empfehlungen⁶⁵ um. Sowohl die europäischen Empfehlungen wie auch der Entwurf orientieren sich am Recht des Vereinigten Königreiches. Dort verpflichtet seit 2002 der Companies Act 1985 in sec. 241a (nunmehr sec. 439 Companies Act 2006) die *directors*, der Hauptversammlung einen Bericht über ihre Vergütung zur Abstimmung vorzulegen. Auch diese Abstimmung ist unverbindlich, insbesondere hat sie keine Auswirkung auf den Vergütungsanspruch der Organmitglieder, sec. 439 (5). Trotzdem hat sie sich entsprechend den Erwartungen⁶⁶ bereits als wirksames Mittel erwiesen, eine Vergütungspraxis im Sinne der Anteilhaber herbeizuführen. Prominent ist etwa der Fall *Glaxo Smith Kline*⁶⁷, in dem nach mehreren Abstimmungsniederlagen das Vergütungssystem des Konzerns geändert wurde. Im Ganzen gilt also: ein probates Mittel, um die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen jedenfalls aus Aktionärssicht sicherzustellen.

Allerdings können die englischen Erfahrungen auch Anstoß sein, den vorliegenden Entwurf in einigen Fragen zu überdenken. So wird hier die Möglichkeit eingeführt, dass die Hauptversammlung überhaupt über Vergütungsfragen beschließt. Das englische Recht kennt ein

⁶³ S. etwa MüKo/Spindler, AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 168.

⁶⁴ Etwa Thüsing, ZGR 2003, 457, 484; ders., DB 2003, 1612, 1614.

⁶⁵ S. Empfehlung KOM 2004/913/EG, Erwägungsgrund 7,8; Art. 4, veröffentlicht im Amtsblatt L 385 v. 29.12.2004, S. 55ff.

⁶⁶ S. die Einschätzung von Copp, ICCLR 2003, 14 (3), S. 115, 126.

⁶⁷ S. Thüsing, DB 2003, 1612, 1614; aus britischer Sicht L. Roach, Comp. Law. 2006, 27(10), 297, 301ff.

etwas anderes Verfahren. Dort wird nicht über das Vergütungssystem als solches entschieden, sondern über den *directors' remuneration report*, einen Bericht über die Vergütung des Vorstandes im letzten Jahr. Es besteht eine strafrechtliche bewährte Pflicht der *directors*, diesen zu erstellen und zur Abstimmung zu bringen, sec. 420 ff., 439 f. Damit erreicht das englische Recht die angestrebten Ziele vielleicht noch etwas effektiver als der vorliegende Entwurf. Einerseits handelt es sich bei dem *remuneration report* um eine präzise und gleichzeitig zugängliche⁶⁸ und daher der Transparenz besonders dienliche Publikationspflicht. Andererseits ist der Bericht jährlich zu erstellen und ein Beschluss über diesen herbeizuführen. Damit ist dieser fester Bestandteil der jährlichen Hauptversammlung. Auch für das deutsche Recht sollte erwogen werden, die Abstimmung verpflichtend zu gestalten: so kann eine fortlaufende, konstruktive Debatte über die Vergütung der Vorstandsmitgliedern angeregt werden. Gleichzeitig besteht keine Gefahr, dass das Recht auf Entscheidung über die Vergütung in der Praxis nicht wahrgenommen wird⁶⁹.

2. *Gegenstand des Beschlusses.* Sinnvoll erscheint es auch, den Gegenstand der Beschlussfassung zu erweitern. Der Entwurf sieht nur eine Entscheidung über das „System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder“ vor. Dies erscheint schon deshalb zu eng, weil es keine Verpflichtung des Aufsichtsrates gibt, ein „Vergütungssystem für die Vorstandsmitglieder“ einzurichten. Es ist durchaus zulässig, die Vergütung für jedes Vorstandsmitglied individuell festzulegen. Daher wäre es wohl doch vorzugswürdig sich noch enger an das englische Vorbild anlehnen und eine Berichtspflicht des Aufsichtsrates über die Vorstandsvergütung vorsehen. Dieser wäre dann Gegenstand des Hauptversammlungsbeschlusses. Dadurch wäre ein klarer Beschlussgegenstand gegeben, über den die Hauptversammlung sinnvoll beschließen kann⁷⁰.

Außerdem ist nach der jetzigen Fassung auch die Reichweite des Befassungsrechts fraglich. Geht es nur um Zustimmung / Ablehnung (was „Billigung“ nahe legt) oder sind auch Anträge zu einzelnen Aspekten des Vergütungssystems zulässig? Dann aber wäre es letztlich möglich, dass

⁶⁸ So enthält dieser ausführliche Angaben zu dem Vergütungssystem im Allgemeinen, detaillierte Informationen über die Bezahlung einzelner Vorstände, auch in tabellarischer Form, und graphische Darstellungen des Unternehmenserfolges im Allgemeinen, im Vergleich zur Konkurrenz etc. s. zum Inhalt auch *Thüsing*, DB 2003, 1612, 1614. Konkrete Beispiele finden sich im Internet, etwa der *report* der *Royal Bank of Scotland* http://www.rbs.com/microsites/gra2008/governance/directors_remun_report/index.html oder des Pharmakonzerns *AstraZeneca* http://www.astrazeneca-annualreports.com/2008/remuneration_report/index.html.

⁶⁹ Was zumindest in normalen Zeiten durchaus droht, da Vergütungsfragen im Verhältnis zu Umsatz und Gewinn des Unternehmens und damit für die Interessen der Aktionäre kaum eine Rolle spielen, s. *Thüsing*, ZGR 2003, 457, 466. Auch die Empfehlung 2004/913/EG empfiehlt, die Vergütungspolitik zum Tagesordnungspunkt zu machen, ohne dass Anträge eingebracht werden müssen.

⁷⁰ Auch dies entspricht europäischen Empfehlungen. So sieht die Empfehlung KOM 2009/385/EG in Art. 5.2 einen vergleichbaren Bericht als Abstimmungsgegenstand vor, ABl. L 120 v. 15.5.2009, S. 28ff.

die Hauptversammlung die gewünschten Grundsätze zumindest durch (unverbindlichen) Beschluss feststellt. Auch wenn dieser keine Rechtswirkungen erzeugt, ist davon auszugehen, dass von ihm eine starke faktische Bindungswirkung für den Aufsichtsrat ausginge.

3. *Festlegung von Vergütungsvorgaben in der Satzung.* Noch weiter ginge es, der Hauptversammlung anheim zu stellen, Grundsätze, nach denen sich die Vergütung der Vorstände bemessen soll, selbst in der Satzung festzulegen. Auf den ersten Blick ein Vorschlag, der im System des AktG als Fremdkörper erscheint. Jedoch lässt sich nicht sagen, die Hauptversammlung sei für Vergütungsentscheidungen schlechthin ungeeignet. Nach § 113 AktG entscheidet sie bereits über die Vergütung des Aufsichtsrates. Trotzdem wird *de lege lata* die Zulässigkeit entsprechender Satzungsregelungen mit Hinweis auf die Zuständigkeit des Aufsichtsrates in Anstellungsfragen angezweifelt⁷¹. Es entspricht jedoch weitgehendem Konsens in der Literatur und auch der Stoßrichtung dieses Entwurfs, dass eine Stärkung der Kontrollrechte der Anteilseigner eines der effektivsten Mittel ist, für angemessene Vorstandsbezüge zu sorgen. Dies spricht sehr nachhaltig dafür, auch eine entsprechende Regelung durch Satzung zuzulassen⁷². Ihre Zulässigkeit sollte daher im Rahmen des Entwurfes klargestellt werden. Dies wäre dann eine Klarstellung von Fragen, die tatsächlich *de lege lata* unklar sind.

XII. Änderung des § 194 Abs. 2 Nr. 3 AktG

Der Entwurf will die Wartefrist für die erstmalige Ausübung von Optionsrechten auf den Bezug von Aktien von zwei auf vier Jahre verlängern. Damit wird der Inhaber der Bezugsrechte längerfristig an das Unternehmen gebunden. Die Änderung liegt in der Stoßrichtung des Entwurfs und ist daher zu begrüßen. Allerdings wird ihre praktische Bedeutung gering sein; echte Bezugsrechte sind heute nicht mehr häufig⁷³.

XIII. Erweiterung der §§ 285, 314 HGB: Publizitätspflichten

1. *Erweiterung auf Leistungen im Hinblick auf das Ausscheiden.* Da sie zu einem Mehr an Transparenz führen, sind auch diese Änderungen zu begrüßen. Auch hier soll allerdings eine Erfahrung aus dem englischen Recht einfließen, das ebenfalls vergleichbare Publikationspflichten (Companies Act 2006, sec. 409ff.) kennt. Dort weiß man um die Gefahr der Umgehung dieser

⁷¹ Etwa KK-Mertens, AktG, § 87 Rn. 3 m.w.N.

⁷² S. Thüsing, DB 2003, 1612, 1615; dem folgend Lutter, ZIP 2003, 740, 741.

⁷³ So auch die Einschätzung des DAV, Stellungnahme Rn. 32.

Vorschriften durch Zahlungen an Verwandte oder vom Organmitglied kontrollierte Gesellschaften. Deshalb sollten die Publizitätspflichten, ähnlich *sec. 412 (4) Companies Act 2006*, auch auf natürliche Personen, die mit dem Direktor in Verbindung stehen, und juristische Personen, die er kontrolliert, erweitert werden. Dies gilt für alle Angaben nach §§ 285 Nr. 9 lit. a), 314 I Nr. 6 lit. a) HGB.⁷⁴

2. *Einzelpunkte.* Im Einzelnen ist anzumerken: Lit. aa) fällt bereits unter den heutigen S. 6 und ist daher unnötig⁷⁵. Problematisch ist auch die Regelung der lit. bb). Zunächst geht es um ihr Verhältnis zu Nr. 9 lit. b). Diese regelt, nach welcher auch die Bezüge ausgeschiedener Organmitglieder zu veröffentlichen sind. Dies erfasst den Zeitraum nach dem Ausscheiden. Nr. 9 lit. a) sub-Lit. bb) regelt dagegen, inwiefern bereits vor dem Ausscheiden spätere Versorgungszusagen usw. zu veröffentlichen sind. Der dort verwandte Umschreibung „Leistungen, die dem Vorstandsmitglied für den Fall der regulären Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt werden, im Anhang veröffentlicht werden“ findet sich auch in § 285 Nr. 9 lit. a) S. 5. Es handelt sich letztlich um die auch nach Lit. b) zu veröffentlichen Bezüge⁷⁶. Da somit die Zahlungen aus solchen Versorgungs- und Abfindungszusagen im Jahr der Zahlung unter die Angabepflichten nach Nr. 9 b für die früheren Mitglieder des Vorstands - jedoch nicht individualisiert - fallen, kommt es insoweit zu einer Doppelangabe im Laufe der Zeit⁷⁷. Der Doppelangabe kommt aber insofern Mehrwert zu, da die ursprüngliche Ausweisung nach lit.a sub-lit bb) individualisiert erfolgte⁷⁸.

Problematischer ist jedoch, wie diese Leistungen ausgewiesen werden soll. Nach dem Entwurf soll dies mit dem Barwert erfolgen. Außerdem ist der von der Gesellschaft während des Geschäftsjahres hierfür aufgewandten oder zurückgestellten Betrag anzugeben. Die Veröffentlichung der Rückstellungen entspricht Ziff. 4.2.5. des DCGK und ist als solche

⁷⁴ Übrigens ist § 285 HGB auch grammatikalisch nicht korrekt: eigentlich stellen alle Nummern (1 - 19) einen Satz dar und sind nur durch Semikola getrennt. Es sollten also keine vollständigen Sätze in die einzelnen Nummern eingefügt werden. Da davon allerdings schon lange abgewichen wurde, ist dies wohl nicht mehr zu kritisieren. So gesehen ist die Neufassung sogar eine Verbesserung: Bisher endeten die Sätze der Nr. 9 lit a) mit Punkten, nur der letzte, vermutlich um zu den anderen Nummern zu passen, mit Semikolon. Dies ist natürlich absurd. Daher ist es ehrlicher und auch sprachlich jedenfalls besser vertretbar, die Nummern zu selbstständigen Sätzen umzugestalten.

⁷⁵ Vgl. auch Stellungnahme des DAV zur vorherigen Entwurfsfassung, Rn. 34.

⁷⁶ S. Beck'scher Bilanzkommentar/*Ellrott*, § 285 HGB Rn. 174.

⁷⁷ Dies sieht auch der DAV, Stellungnahme, Rn. 35; vgl. zur vorherigen Rechtslage auch Beck'scher Bilanzkommentar/*Ellrott*, § 285 HGB Rn. 174.

⁷⁸ Vgl. auch *Thüsing*, ZIP 2005, 1389, 1393.

unproblematisch⁷⁹. Auch die Veröffentlichung des aufgewandten Betrages ist ohne weiteres möglich und aussagekräftig⁸⁰. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Ermittlung des konkreten Barwertes. Auch wenn seine Einbeziehung aus Gründen der Transparenz zu begrüßen ist, muss man sich hier darüber im Klaren sein, dass eine genaue Vergleichbarkeit selten bestehen wird⁸¹. Dies rührt daher, dass in der Praxis verschiedene Vergütungssysteme Verwendung finden, deren „Wert“ nur eingeschränkt vergleichbar ist⁸²: so gibt es teils monetäre Festzusagen, die bestimmte Vergütungsklassen mit Festbeträgen ausweisen und deren Höhe „nur“ noch von der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem tatsächlichen Ausscheidensalter abhängt, teils werden dagegen strikt leistungsbezogene Zusagen gewährt, bei denen die Höhe der tatsächlichen Pensionszahlung von der jährlich festzustellenden Performance des betroffenen Vorstandsmitglieds bis zur Pensionierung abhängt. Zieht man darüber hinaus noch die sonstigen Konditionen, wie Wartefristen, Anrechnung von anderem relevanten Einkommen etc. in Betracht, wird schnell klare, wie schwer es ist, Transparenz auf vergleichbarer Basis zu schaffen. Dass der Gesetzgeber dies trotzdem versucht, ist zu begrüßen.

Ferner ist zu lit. dd) anzumerken, dass eine Beschränkung auf das laufende Geschäftsjahr keinen Sinn macht – so fielen darunter nicht über mehrer Jahre zu erbringende Ratenzahlungen.

⁷⁹ S. auch DAV, Stellungnahme, Rn. 36.

⁸⁰ Ebenso *Strieder*, DB 2005, 957,959; s. auch *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 3. Aufl. 2008, Rn. 793.

⁸¹ S. auch DAV, Stellungnahme, Rn. 36; vgl. *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 3. Aufl. 2008, Rn. 793.

⁸² *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 3. Aufl. 2008, Rn. 793; DAV, Stellungnahme, Rn. 37.